

Responsabilità degli enti sempre meno “amministrativa”: senza interruzione il cammino verso l'adozione del principio “societas delinquere potest”.

L'articolo 44 del D. Lgs. 231 /01 può ritenersi compatibile con le disposizioni Costituzionali degli articoli 3 e 24 della Costituzione, con il disposto dell'articolo 6 della CEDU e con i principi del Trattato di Nizza solo se, nell'ottica di un interpretazione Costituzionalmente orientata al legale rappresentante dell'ente, chiamato ad assumere la veste di testimone nel procedimento penale di cui l'ente è parte, sono riconosciute le garanzie previste dall'articolo 210 del codice di rito.

Il caso

Nell'ambito di un procedimento penale, radicato avanti al Tribunale di Verbania in composizione collegiale, promosso nei confronti di numerosi imputati accusati, a mezzo di associazione a delinquere fra i medesimi costituita, della commissione di plurime frodi fiscali vengono chiamati a rispondere, ex D.Lgs. 231/01, fallimenti inerenti aziende che avevano utilizzato od emesso le false fatturazioni ed effettuato o richiesto i rimborsi e/o la compensazione di imposta che dall'utilizzo di detti fatturazioni derivavano.

I fallimenti chiamati a rispondere ai sensi della norma sulla responsabilità amministrativa dell'ente, sono in giudizio a mezzo dei propri legali rappresentanti, ovvero dei curatori fallimentari.

Ai fini di ottenere prove inerenti la responsabilità dell'ente, e di terzi, la pubblica accusa ne richiede l'audizione in qualità di testi ex articolo 44 D.Lgs. 231/01

La difesa di un imputato solleva eccezione di costituzionalità della norma citata per contrasto con gli articoli 3 e 24 della Costituzione, 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e con i principi contenuti nel Trattato di Nizza in tema di “nemo tenetur se detegere”.

La norma tacciata di incostituzionalità

La norma nei confronti della quale è stata sollevata questione di incostituzionalità, come è noto sollevabile direttamente anche con esclusivo riferimento a fonti convenzionali europee quali la CEDU ed il Trattato di Nizza senza necessità di diretto contrasto con norma costituzionale, è costituita dall'articolo 44 del d.lgs. 231/01.

Detta norma indica come impossibilitato ad assumere la qualità di testimone colui che sia (lett. a) imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo e (lett. b) colui che rappresenta l'ente nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato.”

Sostanzialmente quindi che sia ritenuto responsabile dell'azione o dell'omissione che ha dato corso alla imputazione e colui che al momento del fatto rivestisse la funzione e la qualifica di legale rappresentante dell'ente.

Il comma 2 della norma dispone che “nel caso di incompatibilità la persona che rappresenta l'ente può essere interrogata ed esaminata nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.”

Ovvero chi formalmente o potenzialmente può rivestire la qualifica di indagato, o indagabile, deve essere sentito con le garanzie previste dall'articolo 210 c.p.p..

Cioè può avvalersi della facoltà di non rispondere.

Disponendosi, a contrario che il legale rappresentante dell'ente non in carica al momento della commissione del fatto reato presupposto debba e possa rivestire la qualifica di testimone puro, con i conseguenti obblighi di verità e l'evidente impossibilità di sottrarsi all'esame incrociato delle parti.

La possibilità di far assumere una simile veste al legale rappresentante di un ente sottoposto a procedimento, potenzialmente in grado con le proprie dichiarazioni di nuocere alla persona giuridica nei confronti della quale egli ha “obblighi” di non nuocere, è apparsa subito ad alcuni commentatori problematica.

L'ente chiamato a rispondere in sede penale ex D.Lgs 231/01 assume certamente una veste ambigua: da un canto si trova nella situazione, sostanziale e processuale, dell'imputato, dall'altro è chiamato a collaborare con la pubblica accusa ai fini di fornire la prova dell'idoneità del M.O.G. o dell'assenza di qualsiasi diretto interesse o vantaggio (anche nella forma della cosiddetta ricaduta) a proprio favore.

Un imputato “ex lege” collaborante, costantemente in condizione, possibile e per certi versi inevitabile, di possibilità di “auto accusarsi” nel tentativo di discolpare sé o l'ente.

La scelta del Legislatore del 2001 appare ancor più curiosa laddove si ponga mente al disposto dell'articolo 197 comma 1 lett. c) del codice di rito che, come è noto, dichiara la incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone da parte di chi rivesta la qualifica di legale rappresentante dell'ente responsabile civile o civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

Ed ancor più, con riferimento e riguardo ai criteri ed ai canoni di giudizio adottati del giudicante, allorché si consideri che essi sono quelli dall'art. 538, comma 3, c.p.p., che recita “se il responsabile civile è stato citato o è intervenuto nel giudizio, la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno è pronunciata anche contro di lui in solido, quando è riconosciuta la sua responsabilità”.

Con il ché appare evidente il rischio di obbligare il legale rappresentante dell'ente a condotte processuali che hanno effetto ed efficacia “contra se” nell'accezione più ampia della definizione che deve necessariamente tenere conto del ruolo dal medesimo rivestito e dai rapporti che egli ha, in forza di obblighi giuridici riconosciuti quali validi, leciti e legittimi, con l'ente chiamato a giudizio.

La posizione della Giurisprudenza

Il contrasto, quantomeno potenziale, tra la disposizione in commento ed il principio del “nemo tenetur se detegere”, parte del patrimonio Costituzionale Italiano e dei Principi Comuni alle Tradizioni degli Stati membri, santificato nel disposto dell’articolo 6 CEDU, appare evidente.

Ma, forte del principio immanente nel sistema e riconducibile a quel “societas delinquere non potest” ben noto alla tradizione ed alla dottrina penale italiana, la giurisprudenza (in punto si rimanda alle rassegne giurisprudenziali rintracciabili in De Jure) ha sempre rigettato qualsiasi questione di legittimità Costituzionale formulata in punto, trincerandosi dietro il principio del “tertium genus di responsabilità”, attribuita all’ente.

Non versandosi in tema di responsabilità penale, formalmente, la giurisprudenza ha ritenuto di non applicare i canoni Costituzionali previsti esclusivamente in tema di procedimento atto e diretto a dichiarare la penale responsabilità dell’imputato.

Ovvero, una questione sollevata sul mero contrasto tra il disposto dell’articolo 44 del D.lgs. 231/01 e le previsioni contenute nell’articolo 3 e 24 della Costituzione, poteva, a sensi di una lettura letterale della norma, essere considerata irrilevante data la diversità di posizioni, rectius di responsabilità, contestate: amministrativa, nell’un caso, penale, nell’altro.

Situazioni diversi cui il legislatore poteva (doveva) fornire tutele differenti.

La norma europea

Come è noto la norma d’origine “europea” (CEDU e Trattato di Nizza) ha riflessi di immediata operatività nel sistema giuridico italiano.

In particolar modo l’articolo 6 della CEDU sancisce il diritto dell’uomo di essere sottoposto ad un processo equo.

Processo equo che, fra gli altri fondamentali ed irrinunciabili canoni, contiene anche quello di “difendersi personalmente o con l’assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per pagare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia”

Occorre, ai fini di non essere tratti in inganno dal tenore della norma, considerare che il soggetto cui è attribuito il diritto di difendersi non è da individuarsi nel legale rappresentante ma nell’ente stesso.

Giovi considerare come la responsabilità degli enti dipendente da fatto reato abbia trovato cittadinanza in Italia proprio a seguito dell’adozione di normativa comunitaria di cui il D.lgs. 231/01 e le sue successive modifiche, sono frutto.

A sensi della norma attuata l’ente “potest delinquere” e, quindi, è considerato e da considerarsi alla stregua del soggetto sottoposto a giudizio.

Ovvero si trova in condizione del tutto equiparabile a quella prevista per il responsabile civile od il civilmente obbligato nel rito italiano.

Sottrarre un soggetto, fisico o giuridico, al giusto processo, ovvero non concedergli il diritto di difesa tecnica, appare, allo stato, ed anche in relazione alla norma procedural penale interna, impossibile.

Pena il ricorso alla Corte di Strasburgo con le conseguenti declaratorie del caso.

L'eccezione di incostituzionalità

L'eccezione sollevata si è fondata proprio e direttamente sul contrasto della disposizione non soltanto con il tenore degli articoli 3 e 24 della Costituzione, ovvero invocando la disparità di trattamento tra soggetti in posizione certamente analoga quale quella rivestita dal responsabile civile, dal civilmente obbligato e dal legale rappresentante dell'ente chiamato a rispondere ex D.lgs. 231/01 e sulla violazione del principio del "nemo tenetur se detegere", ma anche sul quel complesso di norme, contenute nel trattato di Nizza di cui l'articolo 6 della CEDU è divenuto manifesto e presidio.

Ovvero sulla necessità per tutti i soggetti chiamati ad essere sottoposti a procedimento penale, d'essere fatti oggetto di un "equo processo".

Equo processo che pare escluso dalla sottrazione del diritto ad un'autonoma e piena difesa dell'ente che preveda, anche per il responsabile chiamato a deporre che né è parte fondamentale e quasi inscindibile quanto agli effetti che la deposizione potrebbe produrre, l'estensione delle garanzie previste per l'imputato.

Ovvero, in altre parole, che egli possa scegliere, senza che da ciò derivino conseguente negative né per sé né per l'ente che gli rappresenta, il diritto al silenzio.

La soluzione adottata dal Tribunale di Verbania

Il Tribunale di Verbania ha ritenuto rilevante la questione di illegittimità Costituzionale sollevata.

Alla luce delle considerazioni svolte nella ordinanza essa viene considerata capace di esplicare effetti diretti nel procedimento penale in cui è stata eccepita.

Nondimeno ne dichiara la infondatezza manifesta, con ciò evitando di dover trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale.

Nihil sub soli novi ?

Niente affatto.

Il Tribunale dichiara la manifesta infondatezza della questione facendo ricorso ad una interpretazione Costituzionalmente orientata a sensi ella quale riconosce quale principio consolidato ed esteso a tutti i soggetti parte del processo penale, ovviamente a quelli che del processo penale vedono parte propri interessi diretti ed immediatamente dipendenti dalla sua definizione, il diritto a non auto incriminarsi quale manifestazione, così crediamo, del Principio, ormai anche Costituzionalizzato, e del Diritto al processo equo.

Ovvero sarebbe iniquo non concedere il diritto di difendersi al legale rappresentante dell'ente in giudizio ex D.Lgs. 231/01 chiamato a deporre privandolo del diritto al silenzio riconosciuto all'imputato ed alla figure al medesimo equiparabile in relazione all'effetto della sentenza od alla

qualifica rivestita o potenzialmente rivestibile (si consideri quanto previsto in punto dall'articolo 197 bis c.p.p.)

Od ancora esporlo al rischio della falsa testimonianza.

Rischio evitato, sempre attraverso la concessione del diritto al silenzio, a tutti quei soggetti legati da relazioni, strette e basate sullo jus sanguinis, con l'imputato.

Dunque anche al legale rappresentante dell'ente, a sensi di una interpretazione Costituzionalmente orientata, va riconosciuto il diritto al silenzio.

E ciò in forza dell'equiparazione, almeno così ritiene il Tribunale, tra ente ed imputato prevista dall'articolo 35 del Decreto Legislativo in commento.

Equiparazione però che, prima d'ora, non aveva mai dato corso ad una simile applicazione del disposto dell'articolo 44 del D.Lgs. 231/01, in virtù della parte finale dell'articolo che dichiara fattibile l'equiparazione tra ente e imputato solo allorché essa sia compatibile con le altre disposizioni contenute nell'articolato.

Ora facendo leva sulla dichiarata equiparazione e ritenendo di uniformarsi al disposto della Costituzione e della normativa contenute nelle fonti comunitarie, il Tribunale di Verbania di fatto ritiene di disapplicare il disposto dell'articolo 44, ritenendolo incompatibile con i principi dell'equo processo.

Il legale rappresentante dell'ente, non diretto responsabile del fatto reato per cui si procede né legale rappresentante dello stesso all'epoca dei fatti, la cui deposizione viene dichiarata raccogliibile con le forme della testimonianza non assistita è incompatibile con i canoni processuali dettati dalla normativa Costituzionale e Comunitaria.

Quindi, il suo disposto non può che essere interpretato in modo conforme a quei principi, ovvero estendo le tutele previste dal secondo comma in caso di incompatibilità a tutti quei soggetti che hanno rivestito o rivestono la qualifica di legale rappresentante dell'ente.

Ovvero procedendo all'assunzione della testimonianza con le forme e le garanzie previste dall'articolo 210 c.p.p.

A ben vedere si tratta di una soluzione condivisibile e coraggiosa.

Che si pone, prima in ordine di tempo, in un'ottica finalizzata a far chiarezza in relazione all'ibrida posizione dell'ente chiamato in giudizio ex D.Lgs. 231/01, sorpassando suddivisioni basate su formalismi che appaiono non soltanto inaccettabili ma contrari a quel sistema di principi giuridici condivisi di cui ormai il nostro Paese è parte.

Un soggetto sottoposto a processo penale è sostanzialmente un imputato cui vanno assicurate le garanzie previste dal Sistema per l'imputato.

Garanzie fra le quali quella del diritto al silenzio assume portata relevantissima.

A ben vedere la pronuncia restituisce potenzialità effettive di difesa anche al difensore dell'ente che può considerare il legale rappresentante dell'ente un "cliente" non assoggettato a quell'obbligo

di verità che non consentiva, e non consente allo stato permanendo la vigenza della norma, di articolare e strutturare difese complete e coerenti.

Una pronuncia condensata in poche righe che apre però il campo ad una serie di importantissime riflessioni e certamente potrà divenire spunto per un dibattito, quello relativo alla responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/01, affatto terminato.

Un passo importante nella definizione dei canoni e dei termini in cui il processo può e deve definirsi equo in un'ottica e con un respiro decisamente più ampio rispetto all'orizzonte nazionale.

(avv. Claudio Bossi – pubblicato da Diritto&Giustizia Giuffrè editore s.p.a)