

Corso intensivo on - line MAGISTRATURA 2018

Lezione P-02

Il soggetto attivo del reato

Sommario: A. I REATI MONOSOGGETTIVI. Omissis B. I REATI PLURISOGGETTIVI. Omissis C. LA RESPONSABILITA' DEGLI ENTI **1.** Il decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 e l'autonomia dell'accertamento della responsabilità dell'ente. **2.** Ambito soggettivo di applicazione: il problema delle società pubbliche e delle imprese individuali, nonché delle società fallite. **3.** Il principio di legalità e tipologie di reato. **4.** I requisiti di imputazione della responsabilità. **4.1.** I requisiti di natura oggettiva. **4.1.1.** La compatibilità con i reati colposi. **4.2.** I requisiti di natura soggettiva. **4.2.1.** I modelli di organizzazione. **4.2.2.** Il contenuto minimo del modello *ante factum*. **4.2.2.1.** Il giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli *ante factum* e *post factum* nella giurisprudenza di merito. **4.2.2.2.** Le differenze tra i modelli di organizzazione *ante factum*. *Omissis* **6.1.** La confisca ed il sequestro preventivo: il problema della confisca per equivalente rispetto ai reati per i quali non è prevista la responsabilità dell'ente, in particolare rispetto ai reati tributari. **6.2.** Il problema della c.d. solidarietà passiva tra correi nel sequestro e nella confisca a carico degli enti. **6.3.** Le misure previste dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90. **7.** La natura giuridica della responsabilità degli enti. *Omissis*.

Omissis

1. Il decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 e l'autonomia dell'accertamento della responsabilità dell'ente

Dopo un lungo periodo di tempo, durato diversi anni e volto ad ammettere già in termini di principio una responsabilità della persona giuridica, esercitando la delega conferita dall'art. 11 della Legge n. 300/00, il legislatore italiano è intervenuto in materia con l'emanazione del decreto legislativo n. 231/01, rubricato "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica".

Nonostante la terminologia usata, come si vedrà nel corso del presente lavoro, dall'analisi dell'intero addentellato normativo emerge una figura di responsabilità che riecheggia fortemente quella (definita innanzi *tertium genus*) descritta dal progetto "Grosso" di riforma del codice penale.

Si tratta di una novella legislativa che – senza alcuna esagerazione – può definirsi imposta dalle numerose istanze provenienti dal diritto comunitario. A metà degli anni Novanta, infatti, vedono la luce due importanti convenzioni che spingono fortemente in questa direzione:

a) la *Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità Europee* del 1996 (*breviter* Convenzione P.I.F.) che ha impegnato i singoli Stati membri ad introdurre misure idonee a combattere le frodi fiscali ai danni della Comunità (si pensi all'art. 640 bis c.p.) e che ha approntato i primi criteri per approntare un sistema sanzionatorio che colpisca direttamente l'ente;

b) la *Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* del 1997 che, in armonia con la precedente, impone di introdurre idonee norme incriminatrici per colpire tale forma di corruzione.

A tali sollecitazioni, come si diceva, il legislatore italiano ha risposto con la Legge n. 300/00 che, da un lato, ha introdotto nuove fattispecie in materia di peculato, corruzione e così via, ivi comprese quelle cristallizzate negli artt. 316 bis e ter c.p., e che, dall'altro, ha conferito con l'art. 11 delega al Governo per l'emanazione di un decreto avente ad oggetto quella responsabilità di cui la Convenzione P.I.F. aveva cominciato a parlare e che, nel contempo, era stata oggetto dell'attenzione dei riformatori del codice penale.

E' nato così il più volte menzionato decreto legislativo n. 231/01 che, per l'appunto, ad onta della terminologia usata in rubrica, mostra diversi punti di contatto con il diritto penale sì da giustificare l'interrogativo – su cui ci si soffermerà innanzi – circa l'esatta natura giuridica di

tale nuova forma di responsabilità: a cominciare dal fatto che l'accertamento della responsabilità e l'applicazione delle relative sanzioni sono riservate al giudice penale.

Al contempo, però, altrettanti sono gli indici prudenziali del legislatore che, evidentemente preoccupato della possibilità di suscitare le reazioni della dottrina più tradizionale, evita una totale equiparazione alla responsabilità delle persona fisiche. Non a caso, la relazione governativa di accompagnamento definisce "meramente cautelativa" la scelta di definire amministrativa la responsabilità in questione. Rinviando l'analisi al successivo par. 5 circa l'individuazione della sua esatta natura, conviene analizzare partitamente le norme principali del decreto 231, non mancando di evidenziare i relativi contributi dottrinali e giurisprudenziali, onde poter giungere ad una soluzione del quesito ponderata.

La responsabilità dell'ente, come si vedrà, è strettamente connessa al reato commesso dalla persona fisica che opera nel suo interesse o a suo vantaggio. Tuttavia, i piani dell'accertamento delle rispettive responsabilità non sono sovrapponibili. Ciò è stato affermato dalla Suprema Corte che, dopo aver incidentalmente chiarito che l'art. 60 del D.Lgs. n. 231/2001 preclude la contestazione dell'illecito amministrativo in presenza di un reato presupposto già prescritto non impedendo, al contrario, il proseguimento del procedimento *de societate* in corso nel caso in cui la prescrizione del reato si realizzi nelle more dello stesso (giacché il relativo termine, una volta esercitata l'azione, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica), ha delineato i tratti dell'autonomia dell'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente e della responsabilità penale della persona fisica codificata nell'art. 8 del D.Lgs. n. 231/2001 (Cass., Sez. V, 4 aprile 2013, n. 200060).

Tale ultimo articolo, rubricato autonomia della responsabilità dell'ente, sancisce, proprio in virtù di tale autonomia, che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ovvero il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia, la quale solo allora fa vanir meno la responsabilità dell'ente anche se l'autore del reato vi abbia rinunciato.

Il dato letterale di tale disposizione evidenzia non tanto l'autonomia delle due fattispecie generatrici di responsabilità penale e amministrativa, laddove la seconda presuppone e dipende dalla prima, quanto piuttosto l'autonomia sotto il profilo processuale, cioè del loro accertamento. Ai fini della declaratoria di responsabilità dell'ente risulta necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è parimenti indispensabile che la condotta di rilievo penale venga accertata in termini tali da addivenire alla individuazione e condanna del responsabile. La responsabilità penale presupposta può essere pertanto accertata *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi non è imputabile) e, nonostante ciò, la società può essere comunque sanzionata in via amministrativa.

L'intenzione del legislatore si evince dal testo della relazione governativa di accompagnamento al Decreto, laddove si afferma che il titolo di responsabilità dell'ente, pur presupponendo la commissione di un reato, è autonomo rispetto a quello penale, di natura personale. Del resto, la mancata identificazione della persona fisica che ha posto in essere la condotta penalmente rilevante è un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa, rientrando nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità delle persone giuridiche, sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere, ricorrendo tutte le altre condizioni, sul piano amministrativo.

In definitiva, la responsabilità amministrativa della persona giuridica non può essere automaticamente esclusa per il sol fatto che l'autore materiale del reato presupposto sia stato assolto nel relativo processo, anche per intervenuta prescrizione, in quanto l'accertamento dell'illecito amministrativo ha carattere autonomo e può quindi sussistere anche in assenza di una condanna dell'apicale o del sottoposto che abbia agito in concreto, come accade, per espressa previsione legislativa, quando questi non sia stato individuato o non sia imputabile.

In ossequio a tale autonomia, la responsabilità dell'ente sussiste anche nel caso in cui la causa di non punibilità della particolare tenutà del fatto (art. 131-bis c.p.) venga riconosciuta all'autore del reato e ciò ben può accadere in considerazione del fatto che sono numerosi i reati-presupposto della responsabilità dell'ente puniti fino a cinque anni di reclusione, pena

edittale massima prevista dal predetto articolo del codice penale per l'operatività della causa di non punibilità.

La relazione ministeriale del d.lgs. 231/2011 testualmente stabilisce che *"...le cause di estinzione della pena (emblematici i casi grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato."*

La responsabilità dell'ente e della persona fisica costituiscono infatti due illeciti concettualmente distinti, sicché il venire meno della responsabilità penale (*rectius*, della sola punibilità) della persona fisica con la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. non può avere alcuna incidenza sulla responsabilità della persona giuridica.

Ciò trova conferma nell'art. 12 d. lgs 231 che prevede *"la tenuità dell'illecito dell'ente"* che non esclude la punibilità della persona giuridica, ma ne riduce la sanzione.

2. L'ambito soggettivo di applicazione: il problema delle società pubbliche e delle imprese individuali, nonché delle società fallite.

I soggetti collettivi ai quali si applica la disciplina in questione sono indicati dall'art. 1 a mente del quale *"Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"*.

La disciplina si rivolge oltre che alle società commerciali, a tutti gli enti dotati di personalità giuridica, nonché alle associazioni anche prive della personalità giuridica, definite di fatto. Ciò che rileva (come messo ben in evidenza anche dalla relazione governativa di accompagnamento al d.lgs.) è, dunque, l'esistenza non della personalità giuridica, che sta a indicare l'autonomia patrimoniale dell'ente, ma l'esistenza di un ente metaindividuale, ossia di un soggetto collettivo di imputazione di situazioni giuridiche soggettive.

Con riferimento agli **enti pubblici**, la disciplina si applica ai soli enti pubblici economici, che, peraltro, sono destinati a scomparire per effetto del processo di privatizzazione degli stessi iniziato ormai da qualche anno nel nostro paese (ai sensi del decreto, infatti, le norme *de quibus* "non si applicano (solo) allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici"). Si tratta di quegli enti (imprenditoriali) che svolgono attività di produzione e fornitura di beni e servizi, conformemente alle regole del diritto privato, che agiscono, cioè, nei confronti dei terzi *iure privatorum* (devono comprendersi in questa categoria le aziende municipalizzate non ancora privatizzate, poiché sono enti pubblici volti alla produzione di servizi).

La Suprema Corte ha anche precisato che **la natura pubblica di una società** non la esonera da responsabilità amministrativa se svolge attività economica. Alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti sono sottratti solo lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici (come previsto dal comma 3 dell'art. 1 cit.). Non sfuggono dunque alle norme in questione anche le società miste (a partecipazione pubblica e privata), pur volendole qualificare come enti pubblici, poiché la natura pubblicistica di un ente è condizione insufficiente per l'esonero dalla disciplina della responsabilità amministrativa, servendo l'assenza di un'attività economica (Cass. 21.7.2010 n. 28699, nella specie trattavasi di società che gestiva attività sanitaria). La centralità dello svolgimento di attività economica, quale criterio per stabilire l'operatività del d.lgs. 231/2001, è stata ribadita pure con riferimento ad una s.p.a. mista comunale di gestione dei rifiuti. Secondo la Corte la società d'ambito costituita nella forma di società per azioni per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali, è soggetta alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti (Cass. 10.1.2011, n. 234; Trib. Enna, ord. 12 maggio 2010, ha sostenuto che l'inapplicabilità della disciplina di cui al D.Lgs. n. 231/2001 si estende anche alle società d'ambito, quando si verifica (nella specie a seguito di commissariamento di un Comune) un vero e proprio trasferimento di funzioni da parte dell'ente locale all'autorità d'ambito appositamente costituita, venendo quest'ultima a svolgere funzioni tipicamente pubbliche: *"Significativa al riguardo è una lettura dell'art. 1 del d.lgs. n.231 alla luce dell'art.*

11 legge n.300/00 che, a differenza del legislatore delegato, non indica le categorie soggettive, ma la natura delle funzioni esercitate dall'ente, che ne escludono la assoggettabilità alla responsabilità amministrativa. Tenuto conto, pertanto, che il d.lgs. n.231 ha cristallizzato le figure soggettive escluse al fine di equipararle allo Stato, per evitare differenze di trattamento, ritiene il Collegio che, avallare un criterio ermeneutico formale, basato sulla mera "etichetta" rivestita dall'ente, determinerebbe uno svilimento della ratio applicativa della norma. La società E., infatti, agisce con le risorse dell'ente territoriale (che sono beni pubblici), ha il potere di imporre e di riscuotere la tariffa sullo smaltimento dei rifiuti e svolge tutte le funzioni amministrative dell'ente territoriale, pertanto, va esclusa dall'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n.231/01").

Esulano dal novero degli enti pubblici economici, in quanto non perseguono scopi lucrativi, gli enti pubblici non territoriali come le Camere di Commercio, gli enti di erogazione di un pubblico servizio come gli Istituti di Assistenza, le Aziende Ospedaliere, le Scuole e le Università, gli enti pubblici associativi (come, ad esempio, il C.O.N.I.) aventi natura pubblica per effetto del disposto di leggi speciali, gli enti autarchici che perseguono fini ed interessi dello Stato (come l'I.N.A.I.L., l'I.N.P.S., l'I.S.T.A.T. ecc.), gli enti cd. istituzionali, come gli Ordini ed i Collegi professionali, nonché gli enti lirici. A tali enti, dunque, in quanto pubblici non economici non si applica la disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/2001.

Per quanto riguarda lo Stato, le Regioni, le Province ed i Comuni, *nulla quaestio*, essendo questi espressamente esclusi, in considerazione del ruolo loro riconosciuto nella Costituzione.

Infine, va rilevato che sono esclusi anche gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, tra cui rientrano i partiti politici ed i sindacati. Questi sono sguarniti di personalità giuridica (vista, quanto ai sindacati, la nota mancata attuazione dell'art. 39 Cost.), ma la loro natura di associazioni private non riconosciute poteva ammetterne l'inclusione ai sensi del comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001. Si tratta di un scelta che si giustifica alla luce delle gravi conseguenze che produrrebbe su questi soggetti, di imprescindibile rilevanza sociale, l'impatto delle sanzioni interdittive previste dal nuovo impianto legislativo.

Dubbi si sono registrati sull'applicabilità del decreto in questione alle **imprese individuali**. Al quesito hanno dato risposta negativa la Cassazione (Cass., sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1894) ed il Tribunale di Roma (Trib. Roma, ord. 30 maggio 2003). Secondo tali pronunce l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica non può essere esteso alle imprese individuali poiché il decreto non menziona l'impresa individuale tra i destinatari dell'applicazione delle relative disposizioni, facendo riferimento, conformemente alla legge delega ed alle convenzioni internazionali a cui si è dato attuazione, solo ad enti, cioè a soggetti di diritto metaindividuali. Inoltre, l'applicazione analogica della disciplina in questione all'impresa individuale, non testualmente prevista, si scontrerebbe con il divieto di *analogia in malam partem* sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.

In dottrina si è anche sottolineato che se così non fosse, cioè se si ammettesse l'applicabilità della disciplina in questione alle imprese individuali, si violerebbe il principio del *ne bis in idem*, atteso che si punirebbe per un unico fatto lo stesso soggetto (cioè l'imprenditore), ora in qualità di titolare dell'impresa individuale, ora come persona fisica che realizza materialmente il fatto di reato. Invero, rispetto all'impresa individuale non sorge l'esigenza di punire anche il soggetto (collettivo) che viene a beneficiare direttamente della condotta illecita commessa da chi agisce per suo conto, atteso che la condotta posta in essere è direttamente riconducibile al titolare dell'impresa quantomeno a titolo di omesso controllo sull'operato dei sottoposti. Insomma non è configurabile la scissione tra la persona fisica autrice o a cui è riferibile la condotta delittuosa ed il destinatario della sanzione penale.

Secondo un'altra parte della giurisprudenza (Cass., Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657), la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231/2001 è applicabile anche alle imprese individuali, essendo notorio che molte di queste spesso ricorrono ad una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale. Pertanto, sul piano operativo-economico non può negarsi, secondo questa impostazione, che l'impresa individuale possa essere assimilata ad una persona giuridica in cui viene a confondersi la persona dell'imprenditore. Ne discende che una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame deve indurre a conferire al disposto di cui al comma 2 dell'art. 1 del Decreto una

portata più ampia, tanto più che, non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione dell'area dei destinatari della norma. Una loro esclusione potrebbe infatti porsi in conflitto con norme costituzionali - oltre che sotto il riferito aspetto della disparità di trattamento - anche in termini di irragionevolezza del sistema. Invero, si creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse ad una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate.

Un problema diverso, ma in qualche modo connesso alla tematica del novero dei soggetti a cui applicare il decreto in questione, riguarda il caso in cui un dato reato venga commesso da parte di un soggetto che opera per una società controllante nell'interesse o a vantaggio di una società controllata, ossia una società le cui azioni appartengono, in tutto o in maggioranza, alla prima, detta capogruppo o holding. In tal caso si è posta la questione della sussistenza o meno della responsabilità della società capogruppo per un reato commesso nell'interesse o a vantaggio della controllata da parte di un soggetto che non opera nell'ambito di questa, bensì della controllante. Si tratta di una questione che postula la conoscenza del concetto di interesse di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, talché appare opportuno affrontarla nel paragrafo in cui ci si sofferma su tale articolo.

Infine, va osservato che, secondo la giurisprudenza di legittimità, la disciplina della responsabilità degli enti è applicabile anche alle **società che successivamente al fatto illecito falliscano**, poiché il fallimento della società non è equiparabile alla morte del reo ex art. 150 c.p. e quindi non determina l'estinzione della sanzione amministrativa prevista dal d.lgs. n. 231/2001 (Cass. 13.6.2014, n. 25201; Cass. 26.9.2012, n. 44824).

Infatti, l'estinzione dell'ente è legata esclusivamente alla cancellazione della società dal registro delle imprese, mentre la procedura concorsuale è finalizzata al soddisfacimento dei creditori e dalla stessa la società può in astratto tornare in bonis.

In seno alla giurisprudenza di legittimità si è discusso se sia ammissibile un sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni di una società ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nei cui confronti pende un procedimento per responsabilità amministrativa nascente da reato anche quando sopravviene a carico dell'ente una procedura concorsuale.

A scioglimento del conflitto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni unite (sent. 25 settembre 2014, n. 11170), le quali, ribadendo la natura sanzionatoria - obbligatoria e autonoma - della confisca, anche per equivalente, disciplinata dagli artt. 9 e 19 d.lg. n. 231 del 2001, hanno statuito che il vincolo penale ben può coesistere, in caso di fallimento dell'ente, con la restrizione derivante dalla procedura concorsuale, non essendo l'uno di ostacolo all'altra. Ad avviso della suprema Corte, infatti, diverse risultano le finalità ispiratrici dei due vincoli, benché entrambi rispondenti ad interessi di rilievo pubblicistico: il sequestro ex art. 19 d.lg. n. 231 del 2001 mira a preservare da sparizione ed occultamenti i beni che si presume siano stati acquisiti illecitamente dall'ente e che possano, in caso di affermazione di responsabilità dello stesso, essere oggetto di confisca, per tal via presentando analogie con il sequestro conservativo penale, in quanto posto a garanzia dei beni sui quali possa essere esercitata la pretesa statale in caso di condanna dell'ente; il vincolo concorsuale, invece, intende spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, evitare ulteriori depauperamenti del cespite patrimoniale, nonché garantire *lapar condicio creditorum*.

Pertanto, spetterà al giudice penale della cognizione, qualora non sia intervenuta sentenza di condanna nei confronti dell'ente stesso, ovvero al giudice dell'esecuzione, in caso di declaratoria di responsabilità della persona giuridica, la verifica dei diritti acquisiti dai terzi in buona fede sui beni provento del reato presupposto, potendo essi inficiare la legittimità del provvedimento ablativo.

3. Il principio di legalità e tipologie di reato (aggiornate alla legge 23 luglio 2009, n. 99, ed alla legge 15 luglio 2009, n. 94).

Ai sensi dell'art. 2, "L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto".

Dunque, la responsabilità della persona giuridica in relazione ad un particolare titolo di reato deve radicarsi su una norma di legge che *espressamente* la preveda e che sia entrata in vigore *prima* della "commissione del fatto". La Suprema Corte ha chiarito che la sanzione può essere irrogata alla persona giuridica a condizione che il reato presupposto sia stato consumato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001 (Cass., sez. V, 16.1.2015, n. 15951, per cui per l'applicabilità della sanzione della confisca ai danni dell'ente è irrilevante che il profitto sia stato conseguito da parte del destinatario della sanzione in un momento precedente alla commissione del reato e all'entrata in vigore della legge, rappresentando quest'ultimo solo l'oggetto della sanzione ablativa, rievando invece solo il momento della commissione del reato presupposto).

La disposizione è anche espressione del *principio di irretroattività* della norma sfavorevole all'ente in quanto estensiva della relativa responsabilità ad una nuova ipotesi di reato. Si tratta, come noto, di un'articolazione fondamentale del principio di legalità, ossia di uno dei principi generali che ispirano il sistema di responsabilità *ex crimine* della persona giuridica, concepito dal d.lgs. 231/2001 come principio di *garanzia* per l'ente. Un principio che, se si qualifica (nella disputa della responsabilità dell'ente come sostanzialmente penale e non semplicemente amministrativa; v. *infra*) può contare su una copertura costituzionale (per applicazioni del principio di irretroattività in materia, v. Cass., sez. III, 30 settembre, n. 39373 Cass., sez. VI, 24.1.2014, n. 3635, sul caso Ilva).

Il decreto enumera analiticamente i reati per i quali la persona giuridica può e deve rispondere. Si parla, a tal proposito, dei **cd. reati presupposti**. A tal uopo, va precisato che la legge delega aveva invitato il Governo a prevedere la responsabilità a carico degli enti non solo per i reati di cui agli artt. 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319-*bis*, 319-*ter*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 640, comma 2, n. 1, 640-*bis* e 640-*ter*,, a cui fanno riferimento gli artt. 24 e 25 del decreto, ma anche per ulteriori reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica, nonché per diversi altri reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio. Il governo, ha esercitato la delega soltanto in relazione a quelli contemplati dagli articoli succitati, così imprimendo alla disciplina della responsabilità degli enti un impatto ben più limitato di quello immaginato dal legislatore delegante. Solo dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del decreto, si è registrata la prima estensione del novero dei reati a cui ricollegare la responsabilità dell'ente, estensione, questa, che è ancora in corso.

Si precisa che l'art. 26 del d.lgs. 231/2001 prevede la responsabilità dell'ente anche qualora il reato presupposto si sia arrestato al **tentativo** (cfr. Cass. 20.2.2009, n. 7718).

Di seguito si riportano le fattispecie criminose per le quali è prevista anche la responsabilità degli enti.

Tale responsabilità, *ex art. 24* del decreto, viene in essere se uno degli agenti commette i delitti di cui agli artt. 316-*bis* c.p. (Malversazione a danno dello Stato), 316-*ter* c.p. (Indebita percezione di erogazioni pubbliche), 640 comma 2 n. 1 c.p. (Truffa in danno dello stato o di altro ente pubblico), 640-*bis* c.p. (Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640-*ter* c.p. (Frode informatica in danno dello stato o di altro ente pubblico). Per questi reati si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a 500 quote. La sanzione pecuniaria è aumentata e varia da 200 a 600 quote nel caso in cui l'ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità o sia derivato un danno di particolare gravità. Se il giudice decide di applicare anche la sanzione interdittiva dovrà sceglierla tra il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e loro revoca se già concessi e il divieto di pubblicizzare beni e servizi.

Con l'art. 7 della legge 18 marzo 2008, n. 48, è stato introdotto l'**art. 24-*bis*** sui delitti informatici e quelli relativi al trattamento illecito di dati personali. Il primo comma di tale articolo è stato modificato dal d.l. 14.8.2013, n. 93, conv. in l. 15.10.2013, n. 119, ed attualmente recita: "*In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinquies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* e 640-*ter*, terzo comma, del codice penale nonché dei delitti di cui agli articoli 55, comma 9, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e di cui alla Parte III, Titolo III, Capo II del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote*" (il testo previgente recitava: "*1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinquies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote*"). Dunque, a seguito delle modifiche introdotte, tra le fattispecie di reato che possono configurare, a carico degli enti, una

responsabilità amministrativa, rientrano anche: la frode informatica (art. 640-ter c.p.) nella variante aggravata dall'essere il fatto commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; l'indebito utilizzo, falsificazione o alterazione di carte di credito o di pagamento o di qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, nonché il possesso, la cessione o l'acquisto di tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché di ordini di pagamento prodotti con essi (art. 55, co. 9, d.lgs. n. 231/2007); il trattamento illecito di dati, falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante della privacy, inosservanza delle misure minime di sicurezza e di protezione dei dati personali (artt. 167 - 172 d.lgs. n. 196/2003).

Successivamente, è stato introdotto nel contesto del Decreto l'**art. 24-ter**, ad opera dell' art. 2, co. 29, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica). Tale nuova disposizione estende la responsabilità dell'ente ad una serie di delitti in tema di criminalità organizzata. Al comma 1 sono previste le ipotesi più gravi che determinano l'applicazione di una sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Segnatamente, si tratta delle seguenti ipotesi delittuose: l'associazione per delinquere finalizzata alla riduzione o mantenimento in schiavitù, alla prostituzione minorile, alla pornografia minorile ed ai reati concernenti le violazioni delle disposizioni sull'immigrazione clandestina di cui all' art. 12, D.Lgs. 25.7.1998, n. 286 (art. 416, co. 6, c.p., così come modificato dalla stessa legge n. 94/2009), associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.); scambio elettorale politico-mafioso (416-*ter* c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. (ossia, tutti quei delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento che ne deriva), ovvero al fine di agevolare le associazioni previste dallo stesso articolo, associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Nel comma 2 è prevista una sanzione meno rigorosa (sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote) in relazione ai seguenti delitti: associazione per delinquere (art. 416 c.p., ad eccezione delle ipotesi di cui al comma 6, già contemplata dal primo comma) e delitti concernenti la fabbricazione ed il traffico di armi da guerra, esplosivi ed armi clandestine (art. 407, co. 2, lett. a), n. 5, c.p.p.). Per tutti i delitti previsti dal primo e dal secondo comma, inoltre, si applicano le misure interdittive di cui all' art. 9, co. 2, del Decreto per una durata non inferiore ad un anno (comma 3). Infine, se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo di commettere uno delitti di cui sopra, si potrà applicare la misura dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività di cui all' art. 16, co. 3, del Decreto (comma 4).

Ai sensi dell'**art. 25**, in relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 318, 321, 322, commi 1 e 3, c.p. (Corruzione per l'esercizio della funzione ed istigazione) si applica la sanzione pecuniaria fino a 200 quote. In caso di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari semplice e istigazione alla corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (artt. 319, 319-*ter*, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4 c.p.), si applica la sanzione pecuniaria da 200 a 600 quote. In relazione alla commissione dei reati di cui agli artt. 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-*bis* quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-*ter*, comma 2, 319-*quater* e 321 c.p. (concussione; corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravata dal conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o dalla stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale appartiene il p.u.; induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione in atti giudiziari aggravata), si applica la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote. Se il giudice decide di applicare, oltre alla sanzione pecuniaria, anche una o più delle sanzioni interdittive potrà sceglierle tra quelle elencate nell'art. 9, comma 2, senza alcuna esclusione. La condanna ad una sanzione interdittiva non potrà essere inferiore a un anno (l'art. 25 in esame è stato modificato dalla L. del 6 novembre 2012, n. 190).

Quanto alle responsabilità sancite dall'**art. 25-bis**, introdotto dall'art. 6 del d.l. n. 350/2001 convertito nella legge n. 409/2001, disciplina i reati di falsità in monete, in carte di pubblico credito ed in valori di bollo. In relazione alla commissione di questi delitti si applicano all'ente delle pesanti sanzioni pecuniarie. Tuttavia, in caso di condanna per uno dei delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 459, 460 e 461 c.p. si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste

dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore ad un anno.

L'**art. 25-bis 1**, aggiunto dall'art. 15 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (recante disposizioni per lo sviluppo e l'internalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) ha esteso la responsabilità degli enti ai reati contro l'industria ed il commercio previsti dal codice penale. Si tratta, in particolare da un lato dei delitti previsti dagli articoli 513, 515, 516, 517, 517-ter e 517-quater c.p. (comma 1, lett. a) per la commissione dei quali è prevista la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote, e dall'altro dei delitti di cui agli articoli 513-bis e 514 c.p. (comma 1, lett. b) per i quali la sanzione introdotta è quella pecuniaria fino a ottocento quote. In relazione a tali ultimi delitti (cioè quelli previsti dal comma 1, lett. b), si applicano all'ente anche le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, co. 2., del Decreto.

L'**art. 25-ter** è una delle norme che maggiormente ha suscitato l'attenzione dell'interprete e della giurisprudenza. Trattasi di responsabilità in materia di **reati societari**. Introdotto dall'art. 3 del d.lgs. n. 61/02, tale articolo letteralmente disponeva: *"In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie..."*.

Tale previsione poneva poi problemi di coordinamento con i criteri di cui all'art. 5 del decreto di cui si dirà successivamente: mentre, infatti, la norma di cui all'articolo da ultimo citato prevede come criterio di imputazione oggettivo che la persona fisica abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, quella di cui all'art. 25-ter prevedeva come criterio di imputazione oggettivo soltanto l'interesse, mentre nulla dispone con riguardo al vantaggio. Si discuteva allora che se, contrariamente a quanto accade per tutti gli altri reati, in ambito societario non vi fosse la responsabilità dell'ente nel caso in cui la persona fisica abbia conseguito un vantaggio accidentale, visto che trattavasi di condotta non realizzata nell'interesse della società.

Per tale ragione il legislatore è intervenuto (con l'art.12, co. 1, lettera a), l. 27 maggio 2015, n. 69) prevedendo che: *"In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: ..."*, richiamando così implicitamente i criteri di imputazione di carattere generale e rimodulando le sanzioni a carico dell'ente anche in relazione alle novità introdotte dalla stessa legge in tema di false comunicazioni sociali.

I delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico sono invece disciplinati dall'**art. 25-quater**, introdotto successivamente, dall'articolo 3 della legge n.7/2003. In relazione alla commissione di tali delitti, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, si applicano all'ente una serie di sanzioni pecuniarie. In particolare, se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria va da duecento a settecento quote; se, invece, il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, la sanzione pecuniaria varia da quattrocento a mille quote.

Si possono applicare, inoltre, le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell' articolo 16, comma 3.

Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 dell'articolo in commento si applicano, altresì, in relazione alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati in precedenza, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999.

L'**art 25-quater.1**, invece, disciplina le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. Anch'esso di recente introduzione (è stato inserito dall'articolo 3 della n. 7/2006) in relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 583-bis del codice penale, dispone che si applichino all'ente, nella cui struttura è commesso il delitto, la sanzione pecuniaria da trecento a settecento quote e le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. Nel caso in cui si tratti di un ente privato accreditato è altresì revocato l'accreditamento. Tuttavia, se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei predetti delitti, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

In relazione alla commissione dei delitti previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale ("Delitti contro la personalità individuale", tra cui riduzione in schiavitù, prostituzione minorile e pornografia minorile), l'articolo **25-quinquies**, introdotto dall'art. 5 della legge n. 228/2003 (come modificato con la l. 29.10.2016 n. 199), dispone si applichino determinate sanzioni pecuniarie specificamente indicate. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lettere a) e b), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati sino a questo momento enumerati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

L'art. **25-sexies**, introdotto dall'articolo 9 della legge n. 62/2005, come presupposto la commissione del delitto di abuso di informazioni privilegiate e quello di manipolazione del mercato, ridisegnati dagli artt. 184 e 185 d.lgs. n. 58/1998. La norma dispone che si applichi all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Inoltre, se in seguito alla commissione di tali reati, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto.

Nel *corpus* del decreto è stato pure inserito, dall'articolo 9 della legge 123/2007, sostituito dall'articolo 300 del d.lgs. n. 81/2008, l'omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (**art. 25-septies**). Ai sensi dello stesso, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a mille quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui si discute si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno. Inoltre, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno. Infine, in relazione al delitto di cui all'articolo 590, comma 3, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi.

Tale articolo che ha suscitato sotto molteplici aspetti l'attenzione dell'interprete. La norma, infatti, ha sanato il *deficit* normativo in relazione al novero dei reati perseguibili ai sensi del d.lgs. n. 231/01, prevedendo la punibilità dell'ente per i reati di morte e lesioni colpose conseguenti alla violazione della disciplina sull'igiene e sicurezza sul lavoro. È stato così previsto un diretto coinvolgimento della persona giuridica nel triste fenomeno delle cd. morti bianche, ma, per quel che più interessa in questa sede, si sanziona l'ente anche per i reati commessi dalla persona fisica, laddove le precedenti ipotesi delittuose enumerate nel decreto erano soltanto di stampo doloso. I criteri di imputazione della responsabilità a carico dell'ente, invece, restano quelli previsti in generale dal d.lgs. n. 231/01, per cui, a differenza di quanto accaduto in ambito societario, non si registra alcuna apparente distonia.

Con l'art. 63 del d.lgs. n. 231/2007 è stato introdotto il delitto di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (**art. 25-octies**). L'articolo prevede che, in relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, si applichi all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni, si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. Va precisato che nei casi di condanna per uno dei delitti citati, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni. La rubrica dell'art. 25-octies in esame è stata modificata dalla L. 15 dicembre 2014, n. 186, che ha aggiunto, anche nel testo, il riferimento al reato di autoriciclaggio.

Nuovi reati presupposti sono stati aggiunti con l'art. **25-novies**, introdotto dall'art. 15, l. 23.07.2009, n. 99. Si tratta di delitti in materia di violazione del diritto d'autore e precisamente quelli di cui agli articoli 171, primo comma, lettera a-bis), e terzo comma, 171-bis, 171-ter, 171-septies e 171-octies della legge 22 aprile 1941, n. 633, per i quali si applica

all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote. Inoltre, il comma 2 dell'art. 25-*novies* cit. prevede che nel caso di condanna per tali delitti si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, co. 2, per una durata non superiore ad un anno. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 174-*quinquies* della citata legge n. 633 del 1941.

Un altro reato inserito nella galassia di quelli imputabili anche all'ente, in ossequio al principio di legalità, è quello di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria di cui all'art. 377-*bis* c.p., previsto dall'**art. 25-*decies*** (inserito dall'art. 4, l. 3.08.2009, n. 116), per cui si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

Tra i reati imputabili all'ente vi sono oggi, per effetto dell'art. 2 del d.lgs. n. 121/2011, che ha introdotto l'**art. 25-*undecies***, i reati ambientali ed, in particolare, quelli di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., introdotti dal medesimo d.lgs., quelli previsti dal T.u. in materia ambientale (d.lgs. n. 152/2006), nonché quelli di nuovo conio di cui all'art. 452-*bis* ss. c.p., introdotti dalla l. 22 maggio 2015, n. 68 che li ha menzionati nell'articolo in questione.

Dunque, la l. n. 68/2015 ha esteso il catalogo dei reati che costituiscono presupposto della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente da reato. In particolare, per effetto della modifica si prevedono a carico dell'ente specifiche sanzioni pecuniarie per la commissione dei delitti di inquinamento ambientale (da 250 a 600 quote), di disastro ambientale (da 400 a 800 quote), di inquinamento ambientale e disastro ambientale colposi (da 200 a 500 quote); di associazione a delinquere (comune e mafiosa) con l'aggravante ambientale (da 300 a 1.000 quote); di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (da 250 a 600 quote). Inoltre, con l'inserimento del comma 1-*bis* nel menzionato articolo 25-*undecies*, si specifica, in caso di condanna per il delitto di inquinamento ambientale e di disastro ambientale, l'applicazione delle sanzioni interdittive per l'ente previste dall'art. 9 del d.lgs. n. 231/2001 (interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni; divieto di contrattare con la PA; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi). La disposizione impone che per il delitto di inquinamento ambientale, la durata di tali misure non può essere superiore a un anno.

L'**art. 25-*duodecies***, inserito dall'articolo 2, comma 1, del D.Lgs. 16 luglio 2012, n. 109, prevede che, in tema di immigrazione clandestina ed in relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 22, comma 12-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, (impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare) si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro (successivi commi e quindi illeciti sono stati inseriti (v. art. 30) dalla recente legge di riforma del codice antimafia approvata in via definitiva dalla Camera il 27.9.2017).

In conclusione, vanno menzionati nell'elenco dei reati presupposto **i reati transnazionali**. Questi reati non sono indicati dal d.lgs. n. 231/2001, ma sono contemplati nell'art. 10 della legge 16 marzo 2006, n. 146, di esecuzione della Convenzione ONU sul crimine transnazionale organizzato (tra cui quelli previsti, ad esempio, dagli artt. 416, il 416-*bis* c.p. ovvero quelli di cui all'art. 74 DPR 309/90), e possono fondare l'illecito a carico dell'ente solo se assumono la qualifica di transnazionali.

Il comma 1 del citato art. 10, rubricato "Responsabilità amministrativa degli enti", così dispone: "In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati previsti dall'articolo 3, si applicano le disposizioni di cui ai commi seguenti". I commi successivi prevedono per ogni tipo di reato contemplato, che assuma le caratteristiche del reato transnazionale, determinate sanzioni pecuniarie ed interdittive per gli enti. L'art. 3 della medesima legge definisce il reato transnazionale: "Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato". Dunque, i presupposti necessari perché un reato possa definirsi transnazionale e si possa conseguentemente applicare la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche (oltre che gli altri istituti previsti dalla stessa legge, come, ad esempio, ipotesi speciali di confisca obbligatoria ed equivalente, cfr art. 11) attengono: 1) alla *pena*

edittale prevista per il reato base; 2) ai *soggetti del reato base*; 3) *all'interstatualità*, nel senso che l'azione delittuosa deve interessare, a seconda dei casi, due o più Stati.

Va ricordato, come già visto, trattandosi di una autonoma ipotesi di reato, che, nel caso in cui il delitto della persona fisica si arresti allo stadio del **tentativo**, ai sensi dell'art. 26 del decreto, le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà. L'ente, invece, non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento (desistenza volontaria e recesso attivo).

In tema di principio di legalità relativo alla responsabilità degli enti, la Cassazione ha chiarito che qualora il reato commesso nell'interesse o a vantaggio di un ente non rientri tra quelli che fondano la responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001, ma la relativa fattispecie ne contenga o assorba altra che invece è inserita nei cataloghi dei reati presupposto della stessa, non è possibile procedere alla scomposizione del **reato complesso** o di quello assorbente al fine di configurare la responsabilità della persona giuridica (fattispecie relativa all'annullamento del provvedimento di sequestro preventivo a fini di confisca del profitto del reato di truffa aggravata ai danni dello Stato contestato ad una società in seguito alla sua enucleazione da quello di frode fiscale contestato invece agli amministratori della medesima).

4. I requisiti di imputazione della responsabilità.

Per la sussistenza della responsabilità dell'ente è anche necessaria la concorrenza dei requisiti di imputazione oggettiva, cristallizzati nell'art. 5 del d.lgs. n. 231/01, ed i requisiti di imputazione soggettiva, previsti dagli artt. 6 e 7 del medesimo decreto.

4.1. I requisiti di natura oggettiva

Il primo criterio di imputazione dell'illecito del soggetto collettivo opera sul piano obiettivo e consiste nel reato commesso da una persona fisica (in posizione apicale o subordinata nell'ambito della struttura dell'ente) nell'interesse o a vantaggio del medesimo soggetto collettivo. L'art. 5 prevede testualmente che "1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi". Nel prosieguo si analizzeranno più nello specifico tali requisiti di natura oggettiva.

Il primo requisito oggettivo, come si è detto in precedenza, è rappresentato dalla commissione da parte di una persona fisica di un **reato cd. presupposto**, ossia di un reato consumato o di un delitto tentato (art. 26) tra quelli che per il legislatore possono fondare la responsabilità dell'ente (attualmente quelli di cui agli artt. 24 – 25-*duodecies*, nonché 10 della legge 146/2006).

Occorre, inoltre, l'esistenza di un **rapporto qualificato tra l'autore del reato e l'ente**, da identificarsi o in una posizione apicale (formale o di fatto) di direzione, gestione o amministrazione, ovvero in una relazione di dipendenza dai soggetti che ricoprono le summenzionate cariche. Trattandosi, infatti, di una responsabilità propria della persona giuridica, è necessario che il reato presupposto sia riferibile all'ente stesso e quindi sia stato materialmente realizzato da un suo organo (o comunque da un suo sottoposto), ovvero da un soggetto in grado, in quanto legittimato, di manifestare all'esterno, concretizzandola, la volontà dell'ente medesimo (art. 5).

Non è, quindi, sufficiente che il reato cd. presupposto sia commesso da un qualsiasi soggetto che faccia parte della struttura organizzativa dell'ente, ma deve trattarsi necessariamente di una persona fisica avente i requisiti di cui all'art. 5. La norma, come si vede, prende in considerazione i soggetti collocati ai vertici dell'organizzazione dell'ente (legali rappresentanti, amministratori e direttori generali). Stante l'eterogeneità degli enti e delle molteplici forme di organizzazione, ha evitato di procedere con elencazioni tassative, preferendo piuttosto fare ricorso ad una formula elastica caratterizzata per il suo contenuto oggettivo-funzionale, e ciò tanto nel caso di investitura formale, quanto nel caso di esercizio di fatto di dette funzioni apicali. La norma, in chiave antielusiva, fa riferimento alla qualifica soggettiva di fatto,

evocando anche le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dell'ente. Si pensi alla figura dell'amministratore di fatto, cioè a colui che, pur sprovvisto di un valido titolo, gestisca e/o concorra a gestire la società esercitando poteri di fatto corrispondenti a quelli degli amministratori di diritto, o al socio cd. tiranno che, essendo in grado di imporre il compimento di determinate operazioni è in grado di determinare la politica d'impresa. Occorrerà, peraltro, che tali soggetti svolgano di fatto congiuntamente poteri di gestione e controllo. Restano, dunque, esclusi dall'orbita dei soggetti che possono originare la responsabilità dell'ente coloro che svolgono solo una funzione di controllo, assimilabile da quella svolta dai sindaci.

Stante l'autonomia tra la responsabilità della persona fisica per il reato commesso e quella dell'ente, che, come si è detto, si aggiunge alla prima, non rileva che l'autore del reato venga individuato o sia imputabile, sussistendo la responsabilità dell'ente anche se l'autore non sia stato identificato ovvero non sia imputabile (art. 8). Al riguardo, per la Suprema Corte il significato letterale, sistematico e finalistico dell'art. 8 è nel senso non tanto dell'autonomia dell'illecito amministrativo a carico dell'ente e dell'illecito penale relativo al reato presupposto (giacché, anzi, l'illecito amministrativo "presuppone" e, quindi, dipende da quello penale), quanto piuttosto dell'autonomia delle due condanne sotto il profilo processuale. Per la responsabilità amministrativa è cioè necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile: la responsabilità penale presupposta può essere ritenuta solo *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi non è imputabile) e ciò nonostante può essere sanzionata in via amministrativa la società. Del resto, la mancata identificazione della persona fisica è un fenomeno "tipico" nell'ambito della responsabilità d'impresa, tanto da avere reso avvertita l'esigenza di sancire la responsabilità amministrativa dell'ente (Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060; Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192 per l'affermazione del principio di diritto secondo cui dalla norma in oggetto discende non l'autonomia dell'illecito amministrativo della persona giuridica rispetto al reato della persona fisica bensì, in termini più circoscritti, l'autonomia processuale della condanna dell'ente rispetto a quella dell'individuo, con conseguente necessità di una verifica quanto meno incidentale circa la sussistenza del fatto di reato).

Peraltro, la Suprema Corte ha precisato che nell'ipotesi di mancata identificazione dell'autore del reato presupposto, può essere affermata la responsabilità dell'ente, ai sensi dell'art. 8, D.Lgs. n. 231 del 2001, solo quando sia, comunque, individuabile a quale categoria, tra quelle indicate agli artt. 6 e 7 del medesimo decreto, appartenga l'autore del fatto, e sia, altresì, possibile escludere che questi abbia agito nel suo esclusivo interesse (Cass., sez. VI, 7.7.2016, n. 28299). E' cioè necessario accertare se cioè si tratti di un soggetto c.d. apicale ovvero di un dipendente, con conseguente applicazione dei diversi criteri di imputazione e del relativo regime probatorio (v. art. 5 del decreto); allo stesso modo dovrà essere possibile escludere che il soggetto agente abbia agito nel suo esclusivo interesse, dovendo quindi risultare che il reato sia stato posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Alla luce della previsione di cui all'art. 8 per cui la responsabilità dell'ente sussiste anche se l'autore non è individuato, si è affermato in dottrina che il concetto di reato presupposto va intesa diversamente rispetto alla nozione di reato relativa agli individui, ossia ridotta alla tipicità e antigiusuridicità con esclusione della colpevolezza. Infatti, si sostiene che è impossibile verificare la colpevolezza del reato-presupposto in caso di mancata identificazione dell'individuo, atteso che l'accertamento di tale dimensione del reato presuppone la riferibilità ad un soggetto determinato del coefficiente psicologico. La verifica dell'elemento soggettivo del reato rispetto ad un soggetto sconosciuto è come una contraddizione in termini, non essendo possibile investigare il nesso di partecipazione psicologica al fatto di cui la colpevolezza si sostanzia (sul punto A. Orsina, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 937 ss.).

A tal proposito la Cassazione ha affermato che: "*quando si parla di autonomia ciò che deve precedere in via pregiudiziale l'accertamento della responsabilità dell'ente è sì il reato, ma inteso come tipicità del fatto, accompagnato dalla sua antigiusuridicità oggettiva, con esclusione della sua dimensione psicologica*" (Cass., sez. VI, 7.7.2016, n. 28299). Naturalmente, in caso di mancata identificazione dell'individuo la colpevolezza non è esclusa a priori ma non sarà possibile verificarne la sussistenza (sul piano processuale) in quanto viene meno la possibilità

di riferire il rimprovero ad un determinato soggetto.

Sul versante dell'individuo autore del reato presupposto non si pone un problema di violazione del principio di colpevolezza: essendo la persona fisica ignota, il fatto non può esserle imputato e dunque non insorge l'esigenza di verificarne la partecipazione psicologica al fatto medesimo. La necessità di accertare il coefficiente soggettivo sussiste invece per l'ente: trattandosi del destinatario esclusivo della reazione sanzionatoria dell'ordinamento, si deve pretendere un accertamento compiuto del deficit organizzativo ad esso rimproverabile (A. Orsina, *op. cit.*, 942).

Oltre ai requisiti già esaminati, sempre sul piano oggettivo, la legge richiede che la commissione del reato risponda ad un **interesse o vantaggio per l'ente**. I requisiti dell'interesse o del vantaggio sono previsti in forma alternativa, come dimostrato dall'utilizzo della disgiuntiva "o", il che comporta che la sussistenza del solo interesse ovvero del solo vantaggio integra il requisito oggettivo in esame: si tratta di due concetti giuridici distinti (cfr. Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, per la quale *"In tema di responsabilità da reato delle persona giuridiche il presupposto normativo della commissione dei reati 'nel suo interesse o a suo vantaggio non contiene un endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato ex ante, sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale"*).

Il concetto di interesse sta ad indicare la proiezione finalistica della condotta della persona fisica, da valutarsi *ex ante*, nel senso che è sufficiente che il soggetto abbia commesso il reato per perseguire un dato interesse dell'ente anche se poi di fatto non è stato conseguito (Cass. 26.4.2012, n. 40380). Il concetto di vantaggio (da intendersi in senso economico, visto lo specifico settore della criminalità d'impresa in cui è inserito) dà, invece, rilevanza al risultato concretamente conseguito, da analizzare con una verifica *ex post*, sicché questo può sussistere anche qualora la persona fisica non abbia agito nell'interesse dell'ente, ma abbia comunque conseguito un vantaggio in suo favore. In questo senso, la Suprema Corte ha osservato che i due vocaboli (interesse o vantaggio) esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse a monte della società ad una locupletazione (prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata) in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente (Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316; Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615; per Cass. 5 giugno 2013, n. 24557, in forza del citato art. 5 può riconoscersi, da un lato, un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non anche realizzato e, dall'altro, un vantaggio, in effetti, conseguito, nonostante non prospettato *ex ante*).

Il legislatore ha inteso agire in una logica precauzionale secondo la quale l'ente va punito non solo nei casi in cui si sia effettivamente arricchito (il che potrebbe anche non verificarsi o essere abilmente mascherato), ma anche in quelli in cui non abbia tratto un reale vantaggio, ma la persona fisica abbia violato la legge nel suo interesse.

Va, inoltre, sottolineato che non è richiesto che la condotta delittuosa venga posta in essere nell'esclusivo interesse dell'ente. Infatti, anche in caso di interesse prevalente (ma non esclusivo) del soggetto agente sussiste la responsabilità dell'ente, il quale beneficia di uno sconto di pena (v. l'art. 12, comma 1, lett. a); per Cass., sez. V, 4 marzo 2014, n. 10265; Cass., sez. II, 15 aprile 2014, n. 16359 e Cass. 5 giugno 2013, n. 24557 cit. la responsabilità della persona giuridica non è esclusa quando l'ente ha avuto un interesse concorrente a quello delle persone fisiche agenti che abbiano commesso il reato presupposto), mentre, come visto, il secondo comma dell'art. 5 esclude tale responsabilità se le persone indicate nel comma 1 abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (tale interesse fa venir meno quel rapporto di immedesimazione organica tra ente e soggetto in posizione apicale che giustifica la responsabilità diretta dell'ente per fatti commessi da persone fisiche di vertice; così Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, per cui l'ente che abbia ommesso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi in cui questi abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, non riconducibile neppure parzialmente all'interesse dell'ente (art. 5, co. 2, d.lgs. 231/2001), ossia nel caso in cui non sia più possibile configurare immedesimazione organica tra ente e quel soggetto).

Peraltro, può accadere che l'ente riceva un vantaggio dal fatto illecito posto in essere dalla persona fisica, sebbene questa abbia agito nel proprio esclusivo interesse ovvero nell'interesse di terzi. In tal caso, stando a quanto detto in precedenza, ossia che i requisiti del dell'interesse e del vantaggio sono concepiti in via alternativa, dovrebbe concludersi, e la giurisprudenza di legittimità, come visto, conclude, per la responsabilità dell'ente che comunque consegue un vantaggio dall'attività illecita della persona fisica che opera al suo interno.

Tuttavia, c'è chi ha sottolineato la centralità che assume nella normativa in esame l'interesse rispetto al vantaggio. Si è sostenuto che guardando all'intero impianto normativo, si nota una prevalenza nella considerazione dell'interesse rispetto al vantaggio (in questo senso, assume che la rilevanza dell'interesse, nel senso che se si accerta che la persona fisica ha agito per interesse esclusivo proprio o di terzi la responsabilità dell'ente va esclusa, Cass., sez. IV, marzo 2014, n. 10265, per cui *"Se, infatti, non può sussistere dubbio alcuno circa il fatto che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di terzi alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a rispondere dell'illecito amministrativo ex d. lgs. n. 231/2001 (in questo senso anche Sez. 6, n. 36083 del 9 luglio 2009, Mussoni e altri, Rv. 244256), ciò peraltro non significa che il criterio del vantaggio perda automaticamente di significato. Infatti, ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato ex ante alla consumazione dell'illecito e purchè non sia, come detto, contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi."*).

Taluni ritengono che quello dell'interesse sembra essere l'unico criterio rilevante ovvero che l'interesse e il vantaggio costituiscono nella struttura della norma un'endiadi. Ciò lo si afferma sulla base di una lettura sistematica del comma 2 dell'art. 5 che, prevedendo che l'ente non risponde se l'agente abbia commesso il fatto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, scioglie il rapporto di immedesimazione organica tra l'autore e lo stesso ente. Ne discende che il fatto commesso, pur apportando un vantaggio all'ente, non potrebbe essere ritenuto un suo fatto proprio. In tale evenienza, non si dovrà neppure accertare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio, dato che si tratterebbe di un vantaggio fortuito, di per sé estraneo alla 'volontà' dell'ente.

Ulteriori conferme di questa tesi sarebbero fornite, secondo i suoi sostenitori, dal combinato disposto di cui agli artt. 5, co., 1 ed 12, co. 1 lett. a), d.lgs. n. 231: l'art. 12 riduce della metà la sanzione pecuniaria se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha tratto vantaggio o ne ha tratto un vantaggio minimo. Se ne deduce che la responsabilità sussisterebbe a fronte di un minimo interesse dell'ente anche in mancanza di un suo vantaggio.

La prevalenza della direzione finalistica per la configurabilità della responsabilità dell'ente la si evince anche dalla previsione di cui all'art. 25-ter in materia di reati societari di cui si è detto in precedenza. Tale norma, come già esposto, pone problemi di coordinamento con la disciplina generale in tema di responsabilità delle persone giuridiche. Infatti, richiede, ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, soltanto l'interesse, senza fare alcun riferimento al vantaggio. Sembrerebbe che, contrariamente a quanto accade per le altre ipotesi delittuose, non vi sia responsabilità in caso di vantaggio (accidentale) conseguito a seguito di condotta non realizzata nell'interesse dell'ente. In dottrina si è ritenuto che, non potendosi attribuire un valore così dirompente ad una norma in cui il legislatore non è stato esplicito, è preferibile interpretare l'art. 25-ter in combinato con il precedente art. 5, contenete i criteri generali di imputazione, e, quindi, ritenere che vi sia responsabilità anche in caso di solo vantaggio.

Sulla scorta di tali argomentazioni, si afferma che qualora l'ente sia del tutto estraneo alla finalità perseguita dall'agente, il fatto che il primo abbia conseguito un vantaggio ha carattere fortuito non attribuibile alla sua "volontà". Agendo la persona fisica nel proprio o nell'altrui esclusivo interesse si deve ritenere che venga meno lo stesso schema di immedesimazione organica e si deve concludere nel senso che il soggetto ha agito solo per sé stesso e non per l'ente, venendo, dunque, meno l'imputabilità della sua condotta all'ente (Cass., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 3267). Dunque, si esclude che il criterio del vantaggio possa rivestire un ruolo autonomo nell'imputazione del fatto di reato all'ente. La tesi è stata fortificata dalla considerazione che il vantaggio non possa da solo garantire il rispetto del principio di personalità, ex art. 27 Cost.: affinché si possa muovere un rimprovero all'ente è necessario

tener conto della sua realtà in termini di difetto di organizzazione, ovvero di politica d'impresa. Il vantaggio è allora un a mero indice probatorio della sussistenza dell'interesse e da chi ha ritenuto, con la conseguenza che il solo criterio dell'interesse risulterebbe idoneo a tratteggiare l'atteggiamento complessivo dell'ente e a fondare la responsabilità dello stesso.

In ogni caso, a prescindere dall'adesione alla teoria che distingue concettualmente l'interesse dal vantaggio ovvero che lo centralizza come requisito oggettivo, in ordine al criterio dell'interesse è sorto un altro dubbio interpretativo, relativo al suo significato, cioè se debba essere accertato *in senso subiettivo*, come criterio di connessione con l'atteggiamento psicologico della persona fisica, ovvero *in senso obiettivo*, in quanto oggettivatosi nel fatto di reato.

La prima tesi implica un'indagine nella sfera psicologica dell'autore del reato volta a ricercare la finalità o anche la consapevolezza di agire in vista di una possibile utilità dell'ente. Tale tesi si espone però a una critica non superabile: sarebbe impossibile, in ottica soggettiva, ravvisare la responsabilità dell'ente nel caso in cui rimanga ignota l'identità del reo⁵⁰, e di conseguenza, si consentirebbe ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 8.

Preferibile è quindi la tesi che ricostruisce l'interesse in chiave oggettiva, come proiezione finalistica della condotta idonea a produrre un benefit per l'ente. Si ritiene che ai fini del suo accertamento possano trovare utile applicazione i requisiti oggettivi del tentativo (art. 56 c.p.), l'idoneità e la non equivocità, in rapporto all'intenzione di conseguire un vantaggio. In questa prospettiva il criterio dell'interesse non viene concepito come una sorta di dolo specifico dell'autore materiale del reato, bensì come una qualità che caratterizza oggettivamente la sua condotta, denotandone la idoneità a produrre un beneficio per l'ente all'esito, come già accennato, di un giudizio *ex ante* di prognosi postuma.

Una particolare ipotesi di perseguimento di un interesse nella commissione di un dato reato può ricorrere quando questo venga posto in essere da un **soggetto che opera per la società controllante** nell'interesse o a vantaggio di una società controllata, ossia una società le cui azioni appartengono, in tutto o in maggioranza, alla prima, detta capogruppo o holding. In tal caso è sorta la questione della sussistenza o meno della responsabilità della società capogruppo per un reato commesso nell'interesse o a vantaggio di una società, la controllata, da parte di un soggetto che non opera nell'ambito di questa, bensì della controllante.

Al riguardo, una parte della giurisprudenza, ha mutuato la nozione civilistica di interesse di gruppo, in forza del quale si ritiene che una società controllante che agisca in ausilio di una società del gruppo non soddisfa un interesse altrui, ma un proprio interesse (si vedano gli artt. 2497 e 2497-ter c.c.). Ha, inoltre, distinto due modelli di società capogruppo: quello in cui la controllante non svolge alcuna attività di produzione o di scambio, ma che si limita ad amministrare le proprie partecipazioni azionarie, cioè a dirigere le società del proprio gruppo (cd. holding pura), e quello in cui la controllante esercita sulle controllate un'attività di direzione e coordinamento, sicché esercita in modo mediato la medesima attività di impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto. Solo in questo secondo modello è configurabile la responsabilità della controllante per i reati commessi da chi opera per la stessa non nel suo interesse o a suo vantaggio, ma nell'interesse o vantaggio dell'intero raggruppamento attraverso l'attività della società controllata (Trib. Milano, sez. G.i.p., 20 settembre 2004).

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale non è tanto il riferimento a concetti e criteri di stampo civilistico, previsti solo per le società commerciali e per fini diversi da quelli penalistici, a fondare la responsabilità degli enti facenti parte di un medesimo aggregato. La responsabilità dell'ente nel cui ambito occupi una posizione qualificata l'autore del reato, commesso per far conseguire vantaggi ad un altro ente, si fonda sull'esistenza di legami o nessi tra gli enti coinvolti che non consentono di ritenere l'ente favorito come terzo, in considerazione dei riflessi che i vantaggi di un ente hanno sulle condizioni economiche e patrimoniali dell'altro e del fatto che il reato sia effettivamente destinato a soddisfare l'interesse di più soggetti tra i quali rientri l'ente in cui l'autore del reato occupi una posizione qualificata (Trib. Milano, sez. G.i.p. 14 dicembre 2004; Trib. Torino, sez. G.i.p., 28 gennaio 2004).

La Suprema Corte, diversamente da questi due primi orientamenti, pur occupandosi del diverso **caso del reato commesso dal soggetto qualificato nell'ambito della controllata**, sembra ritenere insufficiente per configurare la responsabilità della società controllante il solo fatto che il soggetto qualificato operante per la controllata abbia commesso

un reato che in qualche modo generi un vantaggio o sia nell'interesse anche della controllante (Cass., sez. IV, 18.1.2011, n. 24583). Secondo la Corte invero la società capogruppo può essere chiamata a rispondere, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della holding, perseguendo anche l'interesse di quest'ultima.

Nella sentenza si ricorda che perché si possa affermare la responsabilità di un ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 sono necessarie tre condizioni, che debbono ricorrere congiuntamente.

Come primo elemento necessario, infatti, che sia stato commesso uno dei reati di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Come secondo elemento è necessario che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l'ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale, è cioè necessario che l'agente rivesta una posizione qualificata all'interno dell'Ente. A tale riguardo si osserva che la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato: insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società controllante ai sensi della L. n. 231 del 2001.

Il terzo elemento richiesto è che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, interesse e vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società controllante deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto.

La Cassazione si è occupata anche del caso che **un soggetto operante** (in posizione verticistica od anche subordinata) **nella holding istighi o determini un soggetto operante in posizione verticistica in una controllata a commettere un reato nell'interesse od a vantaggio di quest'ultima** (il riferimento è a Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit.). Ciò implica l'esame della questione dell'applicabilità in tema di responsabilità degli enti della disciplina sul concorso di persone nel reato di cui all'art. 110 c.p., atteso che il d.lgs. n. 231/2001 non contiene un'espressa disciplina in tema di concorso di persone.

Una parte della dottrina ha, in proposito, osservato che l'ammissibilità del concorso di enti giuridici nell'illecito amministrativo dipendente da reato avrebbe potuto costituire una possibile soluzione del problema della responsabilità degli enti in rapporto al fenomeno dei gruppi di imprese. Tuttavia, anche in caso di riconosciuta natura penale della responsabilità degli enti, non potrebbe ammettersi senz'altro l'operatività, rispetto alle persone giuridiche, dell'art. 110 c.p.: il carattere di clausola d'incriminazione suppletiva, proprio di tale disposizione, sembra richiedere comunque un'espressa previsione nel sottosistema in esame, del tipo di quella contenuta nell'art. 26 d.lgs. n. 231/2001 a proposito del tentativo. Altra dottrina ha anche osservato che è concreto il rischio che, attraverso un'artificiosa gestione della valvola del concorso di persone nel reato, i vertici apicali della controllante vengano ritenuti responsabili di quello commesso nell'ambito della gestione della controllata in quanto ritenuti destinatari di una posizione di garanzia in grado di attribuire rilevanza all'eventuale omessa vigilanza sull'operato di quest'ultima.

Tuttavia, in giurisprudenza (il riferimento è ancora a Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit.) prevale la considerazione per cui il fatto che, formalmente, le società facenti parte del gruppo siano giuridicamente autonome ed indipendenti, non impedisce che le attività di ciascuna costituiscano espressione di una comune politica d'impresa, generalmente voluta dalla holding partecipante nell'ottica della diversificazione dei rischi.

La possibile rilevanza dell'"interesse di gruppo" era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità civile, che, prima della riforma del diritto societario, aveva preso atto che determinati atti compiuti in apparente pregiudizio di una delle società appartenenti al gruppo per favorirne un'altra, potessero trovare giustificazione nel conseguimento dell'interesse del gruppo medesimo, inteso come veicolo di realizzazione mediata dell'oggetto sociale delle sue componenti.

E' proprio a quest'ottica "compensativa" che si è da ultimo ispirato anche il legislatore, allorché, nel riformare il diritto societario, ha con maggior convinzione dimostrato di accettare l'ineluttabile realtà del fenomeno dell'aggregazione d'impresе, e di riconoscere l'enucleabilità di un "interesse di gruppo" idoneo a giustificare anche le scelte di gestione apparentemente svantaggiose per le singole componenti del gruppo (v. art. 2497 e 2497-ter c.c.).

Il legislatore penale, a sua volta, ha fatto riferimento al concetto di gruppo in sede di definizione delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), e nell'art. 2634 c.c. ha escluso l'ingiustizia del profitto, che integra il dolo specifico di quel reato, quando lo svantaggio per la società, cui appartiene l'amministratore infedele, venga compensato da un vantaggio che gli provenga dalle dinamiche di gruppo.

La Suprema Corte (cioè Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit.) ha quindi ribadito l'orientamento espresso da Cass. n. 24583/2011 cit., e cioè che, in tema di responsabilità da reato od altro illecito degli enti, *la società capogruppo (la c.d. holding) o altre società facentiparte di un "gruppo" possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, del reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata appartenente al medesimo gruppo, purché nella consumazione del reato presupposto concorra anche almeno una persona fisica che agisca per conto della "holding" stessa o dell'altra società facente parte del gruppo*, perseguendo anche l'interesse di queste ultime, non essendo sufficiente - per legittimare un'affermazione di responsabilità ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001 della holding o di altra società appartenente ad un medesimo gruppo - l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un c.d. generale interesse di gruppo.

Richiamata la natura della responsabilità da reato degli enti se non formalmente penale, quanto meno costituente tertium genus caratterizzato da accenti di afflittività di natura inequivocabilmente penale nessun automatismo (in termini di ineludibile riferibilità alla holding dei reati-presupposto commessi nell'interesse od a vantaggio immediato di una società controllata) sarebbe ipotizzabile in difetto di una espressa previsione di legge, ostandovi i principi dettati dalla Costituzione in tema di responsabilità penale, ed in particolare la non configurabilità di ipotesi di responsabilità per fatto altrui. Si richiama, al riguardo, Cass., sez. VI, 18.2.2010, n. 27735 che ha già dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. n. 231/2001, sollevata proprio con riferimento all'art. 27 Cost., evidenziando che l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda.

L'orientamento accolto, prosegue la Corte, non restringe (alle sole imprese facenti formalmente parte del gruppo, in presenza di un «interesse di gruppo»), bensì amplia (anche fuori dai casi in cui sia formalmente configurabile la sussistenza del fenomeno del gruppo di imprese, civilisticamente inteso) l'ambito della responsabilità da reato alle società anche solo sostanzialmente collegate, in tutti i casi nei quali *all'interesse o vantaggio di una società si accompagni anche quello concorrente di altra (od altre) società, ed il soggetto-persona fisica autore del reato presupposto sia in possesso della qualifica soggettiva necessaria, ex art. 5 D. Lgs. n. 231/2001, ai fini della comune imputazione dell'illecito amministrativo da reato de quo.*

Invero, il riferimento al c.d. "interesse di gruppo" può risultare fuorviante: come correttamente osservato dalla dottrina, *"è sufficiente evidenziare che in una situazione di aggregazione di imprese (indipendentemente dalla natura dei rapporti che la caratterizzano, che potrebbero anche risultare diversi da quelli presi in considerazione dalle norme in precedenza passate in rassegna) una di queste può attraverso la consumazione del reato perseguire un proprio interesse anche quando il risultato si traduca in un vantaggio per un'altra componente dell'aggregato o, nell'immediato, nel soddisfacimento di un interesse particolare di quest'ultima. Ma la fattispecie descritta è tutt'altro che sconosciuta alla normativa sulla responsabilità degli enti, identificandosi proprio con quell'interesse "misto" (...) identificabile attraverso il combinato disposto degli artt. 5 co. 2, 12 co. 1 lett. a) e 13 ult. co. D. Lgs. n. 231/2001. Non dunque un indistinto "interesse di gruppo", ma un coacervo di interessi che trovano semmai nella dinamica del gruppo una attuazione unitaria attraverso la consumazione del reato".*

4.1.1. La compatibilità con i reati colposi

Comunque lo si voglia intendere il rapporto tra il criterio dell'interesse e il criterio del vantaggio, questi sono stati originariamente concepiti sul modello di illecito doloso, con la conseguenza che sorgono problemi di adattabilità col modello di illecito colposo, qual è quello che caratterizza non solo, come visto, i delitti di cui all'art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001, in materia di sicurezza sul lavoro, ma anche i reati di cui all'art. 25-undecies del medesimo

decreto, che ricomprende nel catalogo dei reati presupposto illeciti contravvenzionali, i quali, a norma dell'art. 42, co. 4, c.p., possono essere realizzati con condotte sia dolose che colpose.

Ad un primo approccio, appare una contraddizione in termini pensare che un soggetto possa, non volendolo, commettere un fatto illecito nell'interesse di qualcun altro, non essendo concepibile che l'ente tragga un interesse, nè un vantaggio, da un infortunio sul lavoro o dalla condotta che rischia di generare inquinamento. Si pensi agli obblighi derivanti dal risarcimento danni, ai danni d'immagine per l'azienda, ai costi di assicurazione e della sostituzione del lavoratore. Se si dovesse interpretare il criterio dell'interesse in termini soggettivamente pregnanti, come finalità che orienta in una certa direzione il comportamento dell'autore individuale, esso risulterebbe difficilmente compatibile con le ipotesi di colpa incosciente, in cui manca per definizione la consapevolezza della situazione di rischio e della violazione di una regola cautelare. Ma, come si è già visto, tale criterio va interpretato piuttosto in chiave oggettiva.

Infatti, nella giurisprudenza di merito, sul versante della sicurezza sul lavoro, si afferma, non solo che tanto l'interesse quanto il vantaggio devono essere interpretati in senso alternativo e oggettivo, ma soprattutto, per quanto qui interessa, che devono essere accertati in sede giudiziale *con riferimento alla condotta colposa che ha generato l'evento infortunistico*. Si deve cioè accertare se è con la condotta colposa che la persona fisica agente ha perseguito l'interesse o conseguito il vantaggio per l'ente. Inoltre, si afferma che la condotta deve possedere un contenuto economico: le violazioni della normativa antinfortunistica devono essere volte al perseguimento della finalità del profitto o della riduzione dei costi (tra le altre, Trib. Cagliari, 4 luglio 2011; Trib. Torino, 15 aprile 2011; Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 26 ottobre 2009).

Il tema è stato oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite che ha chiarito come con riferimento alla responsabilità da reato degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva consistenti nell'interesse o vantaggio dell'ente, devono essere riferiti alla condotta e non all'evento (sent. del 24.4.2014, n. 38343).

L'orientamento delle Sezioni Unite è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità successiva, che ha pure specificato il contenuto che i criteri di imputazione oggettiva assumono con riferimento ai reati colposi.

In particolare, è stata fornita (Cass., sez. IV, del 21.1.2016, n. 2544) un'interpretazione del criterio oggettivo fondato sull'interesse od il vantaggio dell'ente nei reati colposi, sottolineando come tali concetti, proprio in quanto riferiti alla condotta anziché all'evento, assumono una connotazione peculiare ed idonea a fungere da criterio di imputazione della responsabilità dell'ente, evitando che questa si traduca in una sorta di responsabilità oggettiva conseguente al verificarsi del reato colposo.

La Corte parte dal presupposto secondo il quale il finalismo della condotta prevista dall'art. 5 d.lgs. 231 del 2001 è compatibile con la non volontarietà dell'evento lesivo, sempre che si accerti che la condotta che ha cagionato quest'ultimo sia stata determinata da scelte rispondenti all'interesse dell'ente o sia stata finalizzata all'ottenimento di un vantaggio per l'ente medesimo. Pertanto, *"ricorre il requisito dell'interesse quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica; ciò accade, ad esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito (non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma) di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo il verificarsi dell'infortunio a danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione). Ricorre il requisito del vantaggio quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza del lavoro, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto; il criterio del vantaggio, così inteso, appare indubbiamente quello più idoneo a fungere da collegamento tra l'ente e l'illecito commesso dai suoi organi apicali ovvero dai dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi"* (così, Cass., sez. IV, del 21.1.2016, n. 2544; conf. Cass., sez. IV, 20.7.2016, n. 31210).

La Cassazione ha anche chiarito che uno degli elementi costitutivi del vantaggio è non solo la riduzione dei costi derivante dalla violazione della normativa antinfortunistica, ma anche un aumento della produttività che sia diretta conseguenza della mancata osservanza della normativa cautelare che, ove attuata, avrebbe rallentato i tempi di esecuzione della fase della lavorazione nell'ambito della quale si è verificato l'infortunio (Cass., sez. IV, 14.6.2016, n. 24697) e che la responsabilità dell'ente non può essere esclusa in considerazione dell'esiguità del vantaggio o della scarsa consistenza dell'interesse perseguito, in quanto anche la mancata adozione di cautele comportanti limitati risparmi di spesa può essere causa di lesioni personali gravi, sicché anche un vantaggio minimale può costituire ugualmente un "vantaggio" rilevante ai fini dell'imputazione dell'illecito (Cass., sez. IV, 14.6.2016, n. 24697 cit.).

Una parte della dottrina e della giurisprudenza osserva però che l'orientamento di cui si è appena detto darebbe la stura ad un'interpretazione che contrasta con il divieto di analogia in *malam partem* poiché la legge richiede che il reato, e non la condotta inosservante, sia stato posto in essere nell'interesse o comunque a vantaggio dell'ente: il criterio dell'interesse è riferito esplicitamente dalla legge (art. 5, comma 1, d.lgs. 231/2002) al reato nella sua interezza, comprensivo, in quanto tale, di tutti gli elementi costitutivi che lo caratterizzano e, dunque, in questo caso, anche dell'evento naturalistico (morte o lesioni personali del lavoratore). Quindi, muovendo dalla irriducibilità concettuale tra il concetto di "interesse" dell'ente alla commissione del reato e la natura colposa dei reati di omicidio e lesioni ovvero delle contravvenzioni ambientali, ha cercato di risolvere il problema *facendo leva sul secondo criterio di imputazione oggettiva, cioè sul solo vantaggio* da valutarsi ovviamente *ex post*. Sicuramente infatti se nelle ipotesi di reati colposi non è possibile rinvenire in chi agisce il fine di realizzare un interesse dell'ente, non è altresì da escludersi che la commissione del reato, o meglio, la condotta inosservante delle regole cautelari poste a tutela della sicurezza sul lavoro o a tutela dell'ambiente, abbia in concreto portato un vantaggio all'ente identificabile nel risparmio sui costi, talora notevoli, ovvero ad un aumento della produttività (R. Brichetti e L. Pistorelli, *Responsabili anche gli enti collettivi*, in *Guida dir.*, 2007, n. 35, p. 42).

Si è però anche fatto notare che pure il criterio dell'interesse o vantaggio è riferito esplicitamente dalla legge al reato nella sua interezza e il verificarsi di accadimenti come morte o lesioni personali del lavoratore, ben lungi dal procurare all'ente dei vantaggi, potrà arrecargli pregiudizi non indifferenti di vario genere: basti pensare alla perdita di immagine, alla diminuzione del patrimonio di competenze, ai costi connessi alla formazione di un nuovo addetto o a quelli derivanti da un peggioramento delle relazioni industriali; ovvero, ancora, al pregiudizio economico derivante dall'obbligo di risarcire i danni causati alla vittima del reato e agli altri danneggiati (S. Dovere, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 333; P. Aldovrandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Ind. pen.*, 2009, 501).

In dottrina si è anche osservato che la ricostruzione teorica in ordine al ruolo dell'interesse e del vantaggio rispetto ai reati colposi, non può essere generalizzata, ma *occorre distinguere tra i reati di pura condotta e i reati di evento*.

I primi, cioè gli illeciti penali consistenti nella mera violazione di una regola cautelare dettata per il sicuro svolgimento di un'attività rischiosa, a prescindere dalla produzione di un evento materiale di danno nei confronti del bene giuridico, si pensi alle contravvenzioni in materia di tutela dell'ambiente, appaiono compatibili con entrambi i criteri di imputazione descritti dall'art. 5 d.lgs. n. 231/2001, dal momento che è facilmente dimostrabile che la violazione della norma di diligenza penalmente sanzionata sia stata realizzata dall'autore materiale nell'interesse o nel vantaggio dell'ente. Si pensi, ad esempio, ad un dirigente di una società che decida di non adottare alcune misure antinquinamento prescritte allo scopo precipuo di contenere i costi e di ottimizzare così il profitto della società e, dunque, di far ottenere a quest'ultima un vantaggio economico. E' di intuitiva evidenza che in un caso del genere il reato colposo di mera condotta realizzato dal dirigente sia stato commesso nel convergente interesse *ex ante* della società e, soprattutto, nel suo vantaggio economico *ex post*.

Al riguardo, si è assunto che l'interesse, ricostruito in chiave oggettiva, va riferito alla condotta che viene quindi assunta come termine di paragone del primo. Quindi, la condotta che la persona fisica abbia tenuto nello svolgimento della sua attività per l'ente è il riferimento obbligato per l'accertamento dell'interesse.

Tale argomentare, secondo la dottrina prevalente, non può essere speso (contrariamente a quanto sostiene la giurisprudenza) per i delitti colposi di evento e, dunque, per le fattispecie di omicidio e lesioni aggravate colpose verificatesi in violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro previste dall'art. 25-septies d.gs. n.231/2001. È evidente come in questa ipotesi è arduo ritenere che la morte colposa o la lesione colposa aggravata del lavoratore sia stata realizzata dalla persona fisica nel convergente interesse *ex ante* della persona giuridica o nel suo vantaggio economico *ex post*.

Quindi, riferendo l'interesse alla condotta e non all'evento del reato, si preverrebbe ad una modifica surrettizia delle fattispecie presupposto con la conseguente violazione del principio di legalità, poiché nei reati colposi di evento è lo stesso evento, e non la condotta, a dover essere associato all'ente. In altri termini, se la violazione cautelare non integra di per sé reato l'ente viene chiamato a rispondere per una condotta che gli appartiene, ma che non costituisce illecito penale, così nel settore antinfortunistico perché vi sia il reato deve essere l'infortunio sul lavoro (omicidio o lesioni) a rilevare affinché vi sia l'illecito dell'impresa e non una mera condotta violativa delle norme inerenti la tutela della sicurezza sul lavoro.

Ecco allora che si propone di riconoscere ai criteri dell'interesse e del vantaggio un'autonomia concettuale ed una piena indipendenza funzionale ai fini dell'imputazione oggettiva del reato, ma a condizione di una compiuta valorizzazione della nozione di interesse in termini oggettivi: la condotta oggetto di rimprovero deve essere posta in essere dal suo autore (persona fisica) nell'ambito del perseguimento di compiti "istituzionalmente" affidatigli dall'ente. In altre parole, l'accertamento dell'interesse dovrà saggiare le finalità della condotta dell'agente significativo verso la realizzazione di un compito istituzionale dell'ente. Si dovrà verificare, non solo, se la condotta abbia rilevanza causale nei confronti dell'evento, ma soprattutto se la stessa si inserisca nel contesto dell'attività istituzionale dell'ente. La condotta riferibile all'ente sarà quella riconducibile ad una posizione di garanzia. E', infatti, la posizione di garanzia a testimoniare la "connaturalità" tra la regola violata e l'attività dell'ente. Pertanto, sarà considerato perpetrato nell'interesse dell'ente il reato realizzato da un soggetto qualificato (*rectius*, garante) che ha posto in essere un comportamento difforme da quello normativamente imposto, consistente in una violazione di una regola cautelare, il cui rispetto connota l'agire lecito dell'ente (così, A. Picillo, *La responsabilità da ecoreato degli enti: il criterio dell'imputazione oggettiva*, in *Arch. pen.*, 2013, 27).

4.2. I requisiti di natura soggettiva.

Si è già osservato che la colpevolezza (autonoma) dell'ente sussiste quando il reato commesso da un soggetto in posizione apicale o da un sottoposto si inquadra in una precisa politica aziendale o sia quantomeno riconducibile ad una *colpa cd. di organizzazione*, consistente nella mancata adozione di specifici modelli comportamentali diretti ad impedire (ad esempio, attraverso la fissazione di regole di condotta, trasparenti modalità di gestione del bilancio o obblighi di informazione) la commissione di determinati reati, ovvero nella omessa o insufficiente vigilanza sul rispetto dei medesimi da parte degli organismi dotati di potere di controllo.

La colpa deriva quindi dalle concrete condizioni in cui l'ente lascia operare i dirigenti e i sottoposti che nel suo interesse o a suo vantaggio abbiano commesso dei reati. La colpa organizzativa dell'ente, come tale "rimproverabile", consegue alla mancata realizzazione di un modello di legalità aziendale preventiva e di un efficiente apparato di controllo in grado di indurre a considerare il reato della persona fisica come il risultato di una non evitabile elusione fraudolenta del modello.

Se allora non c'è dubbio che il profilo soggettivo rileva anche con riguardo alla responsabilità di cui ci stiamo occupando (sul punto, si veda Cass., sez. VI, 17.9.2009, n. 36083, per cui "La mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato) è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. In tale concetto di "rimproverabilità" è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale"; analogamente Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit. che parla di *culpa in vigilando*), è previsto, però, un diverso regime

probatorio in ordine alla sussistenza della cd. colpa di organizzazione, a seconda che il reato presupposto sia stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione.

L'art. 6 prevede, al comma 1, che se il reato è stato commesso dalle *persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a)*, l'ente non risponde se prova che: "a) *l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)*".

Riservando al prosieguo la trattazione sui modelli di organizzazione previsti dal menzionato articolo, va qui messo in evidenza che lo stesso prevede una vera e propria inversione dell'onere della prova, onere che viene posto a carico dell'ente. Si muove dalla convinzione che in caso di reato commesso da un soggetto di vertice, capace di esternare la volontà dell'ente e, quindi, di identificarsi con questo, è integrato il requisito della colpevolezza dell'ente stesso che è tenuto a provarne l'assenza. Una volta, cioè, che sia stata accertata la commissione di un reato cd. presupposto da parte di uno dei soggetti qualificati di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), e la realizzazione del medesimo risponda ad uno specifico interesse o comporti un vantaggio per l'ente, sussiste la responsabilità di questo, a meno che l'ente medesimo non ottemperi all'onere probatorio richiesto dalla legge, ossia dimostri quanto previsto dalle riportate lettere del comma 1 dell'art. 6 (in questo senso, implicitamente Cass., sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005). Analogamente Trib. Bari, G.i.p., ord., 18 aprile 2005 che ha rimarcato che l'onere della prova a carico dell'ente riguarda non solo l'idoneità del modello adottato, ma anche la sua efficace attuazione).

A tal proposito in dottrina si è parlato di *probatio* diabolica, atteso che la costituzione del modello di organizzazione e gestione di per sé potrebbe non bastare, anche se ritenuto idoneo, giacché il sistema di esclusione della responsabilità dell'ente presuppone anche, tra l'altro, la dimostrazione della commissione, da parte di colui che ha agito nell'interesse della società, di un comportamento fraudolento idoneo ad eludere i meccanismi di controllo e garanzia (prova ancor più complessa qualora tale soggetto non sia identificato, cfr. art. 8, comma 1, lett. a). Al riguardo, si è sollevato qualche dubbio in termini di compatibilità con i principi-cardine del diritto penale, primo fra tutti quello secondo cui l'innocenza è sempre presunta (arg. ex art. 27, comma 2, Cost.), nella misura in cui sembrerebbe sussistere un sistema nel quale non è l'accusa a dover dimostrare la colpa, ma l'imputato a provarne la mancanza mediante la prova che la società si è dotata, prima della commissione del reato, di sistemi organizzativi di controllo efficienti.

Proprio in ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 27 co. 2, si afferma nella giurisprudenza prevalente che la responsabilità degli enti non è una forma di responsabilità oggettiva, essendo previsto necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della c.d. colpa di organizzazione della persona giuridica. Quindi, nessuna inversione dell'onere della prova è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, l'interesse o il vantaggio per l'ente e la carente regolamentazione interna dell'ente. Quest'ultimo però ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria (Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit.; Cass., Sez. Un. 18 settembre 2014, n. 38343 (sul noto caso ThyssenKrupp) per cui "*Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria.*"; v. anche Cass., sez. VI, n. 27735/2010 che ha rigettato la relativa questione di costituzionalità in relazione all'art. 27 Cost. sul principio della responsabilità quantomeno per colpa).

Non manca peraltro chi assegna al modello di organizzazione e gestione adottato ed efficacemente attuato la *natura di esimente*, quasi una sorta di situazione scriminante in presenza della quale non può attribuirsi a carico dell'ente l'illecito penale posto in essere dalla persona fisica (tale soluzione appare, a ben vedere, incompatibile con la tesi (qualora la si

accolga) della natura penale della responsabilità amministrativa dell'ente poiché implicitamente prescinde dalla sussistenza della colpevolezza, da intendersi in senso oggettivo).

Va anche segnalato che l'art. 6, comma 5, che anche qualora non vi sia colpa organizzativa, è comunque disposta la confisca che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente (su tale ultimo tipo di confisca, v. art. 19, comma 2).

Diversamente, quando trattasi di reato commesso da *soggetto dipendente*, proprio perché per definizione sottoposto a direzione e vigilanza da parte degli organi di vertice, la posizione processuale dell'ente è alleggerita. Invero, l'art. 7, ai commi 1 e 2, dispone che: "1. *Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. 2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.*". In questo caso, grava sull'accusa l'onere di provare l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, anche se l'ente può dimostrare l'avvenuta adozione ed efficace attuazione (v. comma 4 dello stesso art. 7) del modello di prevenzione, andando così esente da responsabilità.

Dunque, se si accede alla tesi dell'inversione dell'onere probatorio in caso di soggetto apicale, due sono le differenze sul piano dell'imputazione soggettiva a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto di vertice ovvero da un sottoposto. Nel secondo caso, a differenza che nel primo, non è prevista alcuna inversione dell'onere della prova e non è prevista, per l'ipotesi di assenza di colpa organizzativa dell'ente, la confisca (anche per equivalente) del profitto che questo abbia tratto dal reato.

4.2.1. I modelli di organizzazione.

I modelli di organizzazione e di gestione integrano uno strumento di prevenzione, esplicitamente mutuato dall'esperienza anglosassone dei *compliance programs*. Negli Stati Uniti, infatti, sono così denominati i protocolli di comportamento interno all'ente, previsti dalla legislazione vigente in quanto idonei a prevenire la commissione di reati.

Tali modelli assumono una posizione di assoluta centralità nell'economia dell'intero impianto legislativo che assegna loro non solo *efficacia scusante* (ovvero, a seconda di differenti impostazioni, esimente o di esclusione della punibilità), qualora il giudice li reputi idonei a svolgere la funzione di prevenzione loro ascritta, ma anche di *riduzione della sanzione pecuniaria* ex art. 12, co. 2, lett. b) (che sollecita alla messa in opera di un modello organizzativo dopo la commissione del reato e prima dell'accertamento giudiziale della responsabilità dell'ente) e di *sospensione della misura cautelare interdittiva* (al riguardo, di noti che la giurisprudenza di merito (Trib. Milano, G.i.p., ord. 14 dicembre 2004; Trib. Roma, G.i.p., ord. 4 aprile 2003) ha anche riconosciuto una *valenza implicita* dei modelli dovuti alla loro caratterizzazione legislativa in termini di idoneità ed efficacia preventiva rispetto alla commissione di reati da cui dipende l'illecito dell'ente, tale perciò da escludere il *periculum* cui è subordinata l'applicazione di misure cautelari interdittive, sicché è configurabile una possibile ed autonoma causa di esclusione o di revoca di misure cautelari interdittive, indipendentemente dal perfezionamento delle altre condotte riparatorie richieste per l'integrazione delle fattispecie; cfr. artt. 49 e 50).

Nel nostro ordinamento l'adozione di tali modelli è prevista dagli artt. 6 e 7 come facoltativa. Tuttavia, le sempre più estesa area della responsabilità degli enti e le gravi conseguenze a cui gli stessi vanno incontro nel caso di loro mancata adozione, soprattutto nell'ottica della descritta inversione dell'onere della prova, rendono di fatto indispensabile che essi si attrezzino con la costituzione di organismi di controllo e vigilanza, nonché con la predisposizione di validi ed idonei modelli organizzativi soprattutto per poter andare esenti da responsabilità.

Quanto ai criteri di redazione dei modelli di organizzazione, il legislatore all'art. 6, co. 2, ne ha dettagliatamente individuato le caratteristiche, descrivendo le esigenze che essi hanno il compito di soddisfare.

Occorre, in particolare, la predisposizione ed efficace attuazione di un modello organizzativo adeguato e calibrato sulla attività sociale e sui rischi di illecito penale ad essa prevedibilmente connessi. Invero, la giurisprudenza ritiene che la mera predisposizione di pur idonei modelli organizzativi non ha rilevanza diretta qualora tali modelli non siano anche efficacemente attuati (Trib. Bari, G.i.p., ord. 18 aprile 2005, cit.) e costantemente monitorati, dovendosi

avere riguardo anche agli aspetti dinamici del modello, che passano attraverso sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi e dei controlli periodici sulle attività aziendali sensibili (ad esempio, il mancato avvio di procedimento disciplinari ai sensi dei medesimi modelli di organizzazione è stato ritenuto segno di una loro mancata efficace attuazione e si è rimarcata l'importanza della previsione ed attuazione di controlli periodici sia di *routine* sia "a sorpresa").

E' prevista, altresì, la costituzione di un organismo di vigilanza realmente autonomo ed indipendente, in grado di vigilare sull'osservanza del modello. Deve trattarsi di un organismo *ad hoc* senza la possibilità di utilizzare gli organismi di controllo interno delle società previsti ai fini civilistici (come il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato di controllo). In giurisprudenza è stata evidenziata la necessità che l'organismo di controllo abbia forma collegiale e non abbia compiti operativi e sia composto da soggetti (anche esterni all'ente dotati della necessaria professionalità) impegnati esclusivamente nell'attività di vigilanza, così da assicurare continuità di azione (Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit. osserva che l'approntamento di un modello, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 231 del 2001 non è sufficiente ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di modelli, attribuita a un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo". Tuttavia, iniziativa e, principalmente, controllo, possono essere ritenuti effettivi e non meramente "cartolari", soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato: non a caso, l'art. 6, comma 2, lett. d), prevede una serie di obblighi di informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, al fine evidente di consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto); inoltre, l'art. 6, comma 2, lett. e), prevede un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, ovviamente per rendere "credibile" il potere di controllo).

Nel d.lgs. n. 231/2001 ai modelli di organizzazione viene attribuita una diversa rilevanza a seconda del momento in cui gli stessi sono stati adottati ed attuati, così da poter distinguere *i modelli ante factum* dai *modelli post factum*. Ai primi sono riconducibili effetti incidenti *sull'esistenza stessa della responsabilità dell'ente*, secondo quanto prescritto dai già citati artt. 6, comma 1 e 7, commi 1 e 2. I modelli *post factum* possono comportare la riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12, comma 1, lett. b), rappresentare causa di esclusione delle sanzioni interdittive ex art. 17, lett. b), causa di sospensione e revoca delle misure cautelari interdittive ex artt. 49 e 50 oppure causa di sospensione e successiva conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, qualora la fattispecie riparatoria si realizzi tardivamente ex art. 78.

I modelli possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia (art. 6, co. 3; la Confindustria e l'ABI hanno elaborato dei modelli che si basano sulla precisa delimitazione delle competenze interne, sulla separazione dei compiti specie nelle funzioni finanziarie, sulla proceduralizzazione delle fasi a rischio di commissione di reato, sull'adozione di sanzioni per l'inosservanza delle direttive interne anche se non è stato commesso alcun reato). La previsione ha dato luogo ad un articolato dibattito sul rapporto destinato ad intercorrere tra i codici di comportamento e ed i singoli modelli adottati da ciascun ente e sull'estensione dei poteri del giudice in ordine a modelli singoli conformati a quelli predisposti dall'associazione di appartenenza.

La Suprema Corte ha concluso nel senso che i criteri di redazione del *compliance program* indicati dalle associazioni di categoria sono giusto un punto di riferimento, dovendo poi ogni modello organizzativo essere calato nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione (Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677).

Del resto la stessa Relazione al Decreto pone in luce, invero, l'impossibilità di determinare *una tantum* il perfetto modello d'organizzazione e di gestione; per costruire un programma efficace ai sensi dell'art. 6, co. 2, occorre aver presente la realtà aziendale di riferimento.

4.2.2. Il contenuto minimo del modello ante factum.

La valutazione di idoneità ex art. 6, comma 1, lett. a), e commi 2 e 3, nonché ex art. 7 del modello organizzativo adottato e la sua efficace attuazione spetta ovviamente al giudice penale.

Dal punto di vista più strettamente contenutistico, il modello organizzativo costituisce un vero e proprio codice comportamentale, cui gli appartenenti all'ente dovranno informare il proprio comportamento, dal momento che codifica una serie di regole cautelari la cui violazione si tradurrà in una colpa specifica dell'ente medesimo.

Occorre, adesso, verificare, nel dettaglio, quale dovrebbe essere il contenuto minimo di questo modello. In questo senso, il decreto fornisce delle indicazioni abbastanza precise, rintracciabili nelle disposizioni di cui all'articolo 6 (per i reati commessi da soggetti in posizione apicale) e all'articolo 7 (per i reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione). Da una prima lettura delle norme *de quibus* ci sia accorge subito che il Decreto, invece di sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente, ha preferito riempire tale dovere di specifici contenuti per indurre all'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio di commissione di determinati reati.

Le caratteristiche dei modelli organizzativi, devono, in particolare, essere quelle individuate dall'art. 6 comma 2. In particolare essi devono: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Il comma 3 prevede, inoltre, che i modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati. Il comma 4, infine, dispone che negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente (come già evidenziato in precedenza, l'ultimo comma dell'art. 6 prevede che, in ogni caso (cioè anche l'ente riesce a dimostrare l'assenza della cd. colpa di organizzazione), sia disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente).

Qualora si tratti di reati commessi da sottoposti, per andare esente da responsabilità l'ente, deve aver adottato un modello di organizzazione che preveda, "in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio" (art. 7, comma 3). A tal proposito, l'art. 7, comma 4, specifica che "L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello".

Il legislatore, dunque, evita di cristallizzare i modelli organizzativi, prevedendo che essi debbano calibrarsi non soltanto sul tipo di reato, ma anche sulla natura e sulle caratteristiche dell'ente, sulle sue dimensioni e sulle peculiarità dell'attività svolta. Anche la Relazione, in più punti, si pronuncia in merito all'impossibilità di determinare *una tantum* il perfetto modello di organizzazione e di gestione, perché, per costruire un programma efficace occorre aver presente le diverse realtà aziendali di riferimento.

4.2.2.1. Il giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli *ante factum* e *post factum* nella giurisprudenza di merito.

L'idoneità dei modelli organizzativi *ante factum* va valutata *ex ante* ed in concreto, non potendosi ammettere alcun automatismo che ricavi l'inidoneità degli stessi dall'essersi verificato un reato, altrimenti, così ragionando, per il sol fatto che il reato è stato commesso dovrebbe sempre ritenersi che il modello non era idoneo (in questo senso, anche Trib. Roma, G.i.p., ord., 4.4.2003, e Trib. Milano, G.i.p., ord., 20 settembre 2004).

Analogamente a ciò che accade in tema di verifica dell'idoneità degli atti nel delitto tentato (art. 56 c.p.), in argomento soccorre il criterio della c.d. prognosi postuma, da condursi in concreto ed *ex ante*. L'accertamento avverrà in via ipotetica riportandosi idealmente nelle stesse condizioni e circostanze in cui si trovava l'agente al momento dell'attività criminosa, al fine di verificare se il modello adottato dall'ente fosse *ex ante* astrattamente idoneo allo scopo

indicato dalla legge. Come detto, la valutazione *ex post* dei modelli di organizzazione, secondo la logica del senno del poi, porta ad una inevitabile ed iniqua condanna dell'azienda. Quindi, il giudizio dovrà essere effettuato *ex ante* e volto a stabilire se le componenti del modello siano state sufficienti per assicurare, quale risultato futuro, la gestione del rischio di commissione del reato e non potrà avere come base conoscitiva tutti i dati di cui il giudice dispone nel momento in cui effettua la valutazione, altrimenti ogni modello sarebbe inidoneo per il solo fatto che un reato è stato commesso.

La valutazione di idoneità *ex art. 6, comma 1, lett. a)*, e commi 2 e 3, nonché *ex art. 7, commi 3 e 4*, del modello organizzativo *ante factum* adottato e la sua efficace attuazione spetta, nel sistema processuale delineato dal decreto, al giudice penale. L'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi i reati, presuppone un'analisi approfondita della realtà aziendale con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato. È altresì necessaria un'analisi delle possibili modalità attuative dei reati stessi. L'analisi della storia dell'ente, della sua natura, delle sue caratteristiche e della realtà aziendale è imprescindibile per potere individuare i reati che, con maggiore facilità, possono essere commessi nell'ambito dell'impresa e le loro modalità di realizzazione. Orbene, su tali criteri generali deve fondarsi il giudizio di idoneità a cui il giudice penale deve pervenire al fine di valutare positivamente o negativamente la responsabilità dell'ente.

Come visto, l'art. 6, comma 1, lett. a), e commi 2 e 3, e l'art. 7, commi 3 e 4, visto, l'art. 16, co. 3, cit. richiedono che il sistema di verifica e controllo debba essere non solo adottato, ma anche efficacemente attuato. Ne discende che la valutazione dell'idoneità del sistema ad esplicitare l'effetto liberatorio sul piano penale per il datore di lavoro dovrà essere effettuata, a ben vedere, non solo, come detto, *ex ante* (secondo il criterio della c.d. prognosi postuma), al fine di accertare l'astratta idoneità del sistema a garantire l'efficace verifica del funzionamento del modello gestionale, ma anche *ex post*, allo scopo di verificare la sua concreta applicazione. L'effettività della applicazione del modello rappresenta un punto indispensabile affinché il modello espliciti la sua portata esimente, ma si pone come un *posterius* rispetto al preventivo requisito della idoneità del modello, consistente nella individuazione di modelli comportamentali specificamente calibrati sulla possibilità del verificarsi del rischio reato.

Assai discusso è il **concetto di idoneità** del modello *"a prevenire reati della specie di quello verificatosi"* (art. 6, comma 1, lett. a).

Secondo taluni la soluzione ermeneutica è offerta dallo stesso art. 6 del Decreto il quale, al comma 1 lettera c), subordina la possibilità di applicazione della esimente alla circostanza per cui il reato sia stato commesso *"eludendo fraudolentemente"* i modelli di organizzazione e gestione, pur adottati ed efficacemente attuati dall'ente.

Con il riferimento a tale circostanza (cioè *l'elusione fraudolenta*), il legislatore ha inteso chiarire che, ai fini dell'esonero di responsabilità dell'ente, è necessario che il modello sia idoneo a raggiungere l'obiettivo di prevenire la commissione del fatto reato e che, solo l'elusione fraudolenta dei protocolli specifici richiesti possa rappresentare una scusante per l'ente. *Solo se si accerta che il reato sia stato commesso attraverso l'aggiramento ingannevole del modello da parte dell'autore della condotta criminosa il modello può reputarsi idoneo.* Quindi, secondo questa teoria, *detta del rischio accettabile*, l'ente avrebbe l'onere di predisporre tutti i controlli possibili e necessari affinché l'evento reato non si verifichi se non attraverso una ingannevole elusione dei protocolli operativi posti a presidio del rischio.

Per la Suprema Corte il d.lgs. n. 231/2001 *"parte dal presupposto che un efficace modello organizzativo e gestionale può essere violato (e dunque il reato che si vuole scongiurare può essere commesso) solo se le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente (art. 5 comma primo lett. a) abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso. Dunque la natura fraudolenta della condotta del soggetto apicale (persona fisica) costituisce, per così dire, un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le "misure di sicurezza". Occorre dunque chiarire che cosa sia una condotta fraudolenta, essendo evidente che essa non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello"* (così Cass., sez. V, n. 4677/2014, in motivazione). Il concetto di frode, pur se non necessariamente coincidente con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640-bis c.p., deve quanto meno consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, ovvero in una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della stessa (Cass., sez. II, 9.12.2016, n. 52316 cit.).

In dottrina si è ritenuta eccessivamente rigorosa la posizione di chi pretende che l'ente, al fine di andare esente da responsabilità, debba individuare tutte le possibili modalità attuative delle numerose fattispecie criminose previste dagli artt. 24 ss. del Decreto, sì che il modello di prevenzione risulti esaustivo di tutte le possibili condotte, anche astrattamente ipotizzabili.

In effetti, così argomentando, se il modello predisposto dall'ente non abbia previsto anche una delle possibili (poiché poi in concreto realizzatasi) modalità attuative di un'ipotesi di reato prevista dal Decreto, e questa si sia effettivamente verificata, deve concludersi che il modello progettato non è esaustivo del requisito della idoneità ex art. 6, inteso alla stregua della *teoria del rischio accettabile*, poiché, in tal caso, non si verterebbe in ipotesi di elusione fraudolenta dei protocolli di mitigazione.

La giurisprudenza che è intervenuta con riferimento alla disciplina introdotta dal decreto legislativo in esame in relazione alla efficacia dei modelli organizzativi ha sovente concluso per l'insufficienza dei modelli adottati dalla società (e in altri casi ha preso atto dell'omessa adozione di tali modelli, come Trib. Lucera 21.07.2009, che dopo aver accertato la commissione del reato presupposto e dell'interesse per la società ha constatato che è *"mancata qualunque allegazione circa l'esistenza di modelli di organizzazione che ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 231/01 avrebbero potuto elidere la responsabilità dell'ente"*).

Il Tribunale di Napoli, con l'ordinanza del Gip del 26 Giugno 2007 è entrato nel merito degli strumenti organizzativi dell'ente ritenendo i modelli adottati inadeguati e infliggendo in via cautelare la sanzione interdittiva di un anno dalla contrattazione con la Pubblica Amministrazione e sequestrando una ingente somma di denaro ad una società quotata. Così si argomenta nell'ordinanza: *"Occorre premettere che, sotto l'aspetto strutturale e contenutistico, il modello deve rappresentare l'esito di una corretta analisi del rischio e, pertanto, l'esito della corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell'ente in rapporto alla sua organizzazione ed attività. Una volta effettuata la cosiddetta mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole a un efficace e costante azione di controllo e presidiandole con altrettante e adeguate specifiche sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantirne un effettiva attuazione dell'intero sistema organizzativo così approntato per rendere cioè il modello non un mero strumento di facciata dotato di una valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa e organizzativa della persona giuridica. Benché il modello di organizzazione sia unico, le sue previsioni devono diversificarsi in relazione allo specifico rischio-reato da prevenire e considerata la pluralità degli agenti di rischio devono essere modulate sia sul momento della formazione e dell'attuazione della volontà dell'ente che sul successivo momento esecutivo. Inoltre, quando già determinati reati si sono verificati ovvero è altamente probabile che si siano verificati, il contenuto programmatico del modello, in relazione all'area in cui gli indicatori di rischio sono più evidenti, dovrà necessariamente essere calibrato e mirato all'adozione di più stringenti misure idonee a prevenire o a scongiurare il pericolo di reiterazione dello specifico illecito già verificatosi."*

In un precedente del Tribunale di Milano è stata diffusamente esaminata l'idoneità dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex artt. 6 e 7, adottati prima della commissione del reato (Trib. Milano, G.i.p., ord., 20 settembre 2004). Dalle indicazioni desumibili da tale precedente è stato tratto quello che è stato definito il **"decalogo 231"**, che contiene le ragioni in base alle quali un modello viene considerato o meno idoneo, offrendo un elenco più che esaustivo dei criteri a cui deve informarsi il giudizio dell'organo giudicante (criteri che, per buona parte, sono quelli di cui si è già dato conto). Secondo queste indicazioni il modello:

1. deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo.
2. deve prevedere che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale.
3. deve prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'ODV la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile.
4. deve differenziare tra formazione rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza ed ai preposti al controllo interno.

5. deve prevedere il contenuto dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi.

6. deve prevedere espressamente la comminazione di sanzione disciplinare nei confronti degli amministratori, direttori generali e compliance officers che per negligenza ovvero imperizia non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati.

7. deve prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale).

8. deve prevedere controlli di routine e controlli a sorpresa – comunque periodici – nei confronti delle attività aziendali sensibili.

9. deve prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza

10. deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

4.2.2.2. Le differenze tra i modelli di organizzazione *ante factum*.

Ciò posto in relazione al contenuto ed alla valutazione dei modelli, ci si è interrogati sul rapporto tra le previsioni di cui all'art. 6 e all'art. 7. Ci si è chiesti, in particolare, se esse concorrano a disegnare un modello unico ovvero se le stesse si riferiscano a due modelli differenti. Secondo una prima opzione ermeneutica, detta *dualistica*, gli artt. 6 e 7 delineerebbero due diversi modelli, atteso che gli stessi attengono alla prevenzione della commissione di reati da categorie di soggetti diverse, ossia i soggetti in posizione apicale, che dirigono o rappresentano l'ente, da un lato ed i soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza. Ciò si rifletterebbe sulla non necessità della presenza di un organismo di controllo nel caso dei caso dei modelli di cui all'art. 7, in quanto i relativi compiti sono svolti dai vertici dell'ente.

Secondo un'altra opzione ermeneutica, detta *monistica*, le indicazioni contenute ne gli artt. 6 e 7 contribuiscono alla definizione di un modello unitario di organizzazione o, quantomeno, ad un comune elemento base costituito dall'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati. Nonostante la diversa terminologia utilizzata (nell'art. 6 si parla di "modello di organizzazione e di gestione", mentre nell'art. 7 di "modello di organizzazione, di gestione e controllo"), non vi è dubbio che anche l'art. 6 preveda un modello di controllo, in considerazione degli obblighi di informazione ad un organo di vigilanza con particolari caratteri previsti in detta norma. Si è osservato, d'altronde, che nelle due disposizioni si rinvengono sovrapposizioni o lacune in ordine ad elementi essenziali che possono essere colmate soltanto integrando le due norme, da interpretarsi come volte a delineare un modello unitario caratterizzato, sia nell'art. 6 che nell'art. 7, dalla medesima finalità preventiva di uno stesso rischio. Sarebbe, in questa prospettiva, artificioso ed inutile separare in due distinti modelli le due norme che, al contrario, appaiono complementari, pena l'irrazionalità di disciplina e la disparità di trattamento di situazioni consimili, da evitare quanto meno in sede di interpretazione utile o conforme alla Costituzione. Le differenze riguardano, quindi, non tanto il modello di organizzazione contemplato dalle due disposizioni, quanto la fattispecie di esonero dalla responsabilità, certamente, come visto, configurata in modo diverso nei due casi.

Circa le differenze in termini di esonero da responsabilità, va notato che ai sensi dell'art. 7 l'ente è responsabile "se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza". Tale inosservanza, tuttavia, è esclusa se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Come si può notare, nell'art. 7 (e non nell'art. 6), la dizione utilizzata dal legislatore ("è stata resa possibile") impone una indagine sul terreno della causalità, al fine di verificare la connessione tra il reato del sottoposto e le modalità organizzative dell'ente. Tale causalità può essere concepita in termini di causalità condizionalistica o agevolatrice. Parte della dottrina ritiene che la violazione degli obblighi di direzione e vigilanza si debba porre come condizione necessaria

della verifica del reato, nel senso che la responsabilità sussiste solo se in presenza di modelli idonei e ben attuati il reato c.d. presupposto non sarebbe stato commesso. Altra tesi, più rigorosa, propende per la causalità agevolatrice, facendo leva soprattutto sul tenore letterale della norma che utilizza una locuzione che lascia intendere che intanto il fatto del sottoposto può essere imputato all'ente, in quanto detta imputazione si fonda sulla verificata agevolazione resa dalla violazione degli obblighi di direzione o vigilanza alla realizzazione del reato.

Omissis

6.1. La confisca ed il sequestro preventivo: il problema della confisca per equivalente rispetto ai reati per i quali non è prevista la responsabilità dell'ente, in particolare rispetto ai reati tributari.

Con riguardo alle misure diverse, meritano particolare attenzione la confisca ed il sequestro preventivo.

L'art. 53 prevede che il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'articolo 19. A sua volta tale ultimo articolo prevede che con la sentenza di condanna il giudice dispone sempre la confisca del *prezzo* (cioè il compenso dato o promesso come corrispettivo per commettere il reato c.d. presupposto) o del *profitto* del reato (cioè il vantaggio economico ricavato dal reato c.d. presupposto), salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti dei terzi in buona fede, come un terzo acquirente (per Cass., Sez. Un., 2.7.2008, n. 26654, il profitto del reato oggetto di confisca ai sensi dell'art. 19, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone; la Corte ha poi precisato che, nella ricostruzione della nozione di profitto oggetto di confisca, non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico – quali ad esempio quelli del "profitto lordo" e del "profitto netto" –, ma che, al contempo, tale nozione non può essere dilatata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure ha trovato la sua genesi nell'illecito, pone in essere un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato; la Corte ha anche concluso per la confiscabilità dei crediti in forma diretta (e non anche per equivalente) purché questi siano certi, liquidi ed esigibili e costituiscano effettivamente il profitto del reato presupposto, così anche Cass. 17.6.2010, n. 35748; ha infine chiarito la Corte che, la confisca del profitto del reato prevista dall'art. 19 cit. si configura come *sanzione principale*, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente, e si differenzia da quella configurata dall'art. 6, comma 5, del medesimo Decreto, applicabile solo nel caso *difetti la responsabilità della persona giuridica*, la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente; così anche Cass, sez. II, 27.6.2012, n. 39840).

La confisca può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di *valore equivalente* al prezzo o al profitto del reato (**confisca per equivalente**) nei casi in cui non sia possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto. Siffatta confisca è proprio intesa ad evitare che il soggetto collettivo riesca comunque a godere dei proventi del reato ormai non più disponibili ed aggredibili con le forme della confisca ordinaria.

La giurisprudenza ritiene che in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di **illecito plurisoggettivo**, analogamente a ciò che accade in caso di concorso di persone, deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione con la conseguenza che la confisca (o il sequestro) per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, atteso il carattere eminentemente sanzionatorio del provvedimento. Pertanto, la confisca per equivalente può estendersi per l'intero a ciascun concorrente del reato presupposto, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel *quantum* l'ammontare complessivo dello stesso (tra le altre, Cass. 22.2.2012, n. 20976 che ha ritenuto immune da censure di legittimità

l'operato dei giudici di merito che hanno disposto il sequestro non soltanto nei confronti della società che ha beneficiato del prezzo o del profitto del reato, ma anche delle persone fisiche che hanno concorso nella sua commissione, entro i limiti della concorrenza del quantum complessivamente sequestrabile e secondo il principio della solidarietà passiva).

La dottrina ha criticato tale ultimo orientamento. Si osserva infatti in linea generale che l'applicazione del principio solidaristico proprio del concorso di persone nel reato – già in sé ritenuto distonico rispetto ai principi di colpevolezza e proporzionalità – non sarebbe replicabile per la responsabilità degli enti, posto che in tale materia prevale il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, sancito dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, il quale orienterebbe anche la scelta in ordine al tipo di confisca attivabile, nel senso che per recuperare il profitto percepito dalla persona e dall'ente andrebbero attivate le diverse forme di confisca previste dall'art. 240 c.p. e dall'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, senza possibilità di confondere sequestri per equivalente. Si è anche osservato che introdurre un principio di solidarietà tra persona fisica ed ente sarebbe *contra legem*, giacché una tale relazione è prevista solo nella ipotesi di scissione a norma dell'art. 30 del d.lgs. n. 231/2001. Si contesta, poi, la possibilità di fare applicazione del principio solidaristico fra enti, posto che nel d.lgs. n. 231/2001 non si rinvengono tracce che richiamino la disciplina del concorso nei reati e non potendosi ravvisare i relativi elementi strutturali, quali il nesso causale tra autore e reato, e l'elemento psicologico, in capo agli enti collettivi. Il particolare tipo di imputazione proprio dello schema concorsuale avrebbe dovuto comportare dunque una espressa previsione, così come è stato fatto dall'art. 26 del decreto in tema di tentativo.

Si è posto il problema della **confiscabilità per equivalente nei confronti della società i cui organi amministrativi commettano a suo beneficio patrimoniale reati per i quali non è prevista la responsabilità della società stessa**. In particolare, il problema è sorto riguardo ai **reati tributari**.

L'art. 1 c. 143 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008) prevede che *"Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale"*, articolo quest'ultimo che disciplina la confisca obbligatoria e la confisca c.d. per equivalente nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Per effetto del menzionato art. 1, c. 143, gli istituti della confisca obbligatoria e della confisca c.d. per equivalente sono oggi applicabili anche agli indicati reati tributari, rispetto ai quali viene in rilievo, ai fini dell'applicazione delle due misure, il profitto, ossia il vantaggio economico che il reo lucra da tali reati (la giurisprudenza, ha qualificato come vera e propria sanzione penale la confisca c.d. per equivalente (stante soprattutto l'assenza della c.d. pertinenzialità della cosa confiscata al reato) ed ha concluso nel senso dell'inapplicabilità retroattiva del nuovo art. 1, c. 143, L. 244/2007, nel senso che la confisca c.d. per equivalente non può trovare applicazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale ultima previsione normativa: artt. 25 Cost. e 2 c. 1 c.p.).

Qualora il reato fiscale sia commesso da una persona fisica ed i vantaggi economici maturino in capo ad una persona giuridica nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato, si verifica un divario tra autore (persona fisica) del fatto criminoso e beneficiario del profitto dell'illecito (persona giuridica) al quale non sarà possibile applicare quella sanzione, mancando una disposizione che espressamente la contempli, che preveda cioè la possibilità di colpire il patrimonio del fruitore dell'evasione fiscale in quanto estraneo al reato, non essendo in questo caso applicabile l'art. 19 d.lgs. 231/01 perché per quel reato non è prevista la responsabilità dell'ente. Dunque, la confisca per equivalente non può essere disposta sui beni immobili appartenenti alla persona giuridica ove si proceda per le violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, atteso che gli artt. 24 e ss. del D.Lgs. 231/2001 non prevedono i reati fiscali tra le fattispecie in grado di giustificare l'adozione del provvedimento, con esclusione dell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti (Cass. 4.7.2012, n. 25774 per cui è illegittimo, in ipotesi di reato tributario commesso da amministratore di s.r.l., il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente che abbia ad oggetto beni appartenenti alla società medesima stante, in ragione della natura di sanzione penale di detta confisca, l'inapplicabilità della stessa nei confronti di un soggetto diverso dall'autore del fatto, salvo che la struttura societaria rappresenti un apparato fittizio utilizzato dal reo proprio per porre in essere reati di

frode fiscale sicché ogni cosa fittiziamente intestata alla società sia immediatamente riconducibile alla disponibilità dell'autore del reato).

Sul piano politico-criminale, atteso che gli adempimenti tributari di maggiore spessore e consistenza concretizzano ben precise scelte di politiche di impresa cui conseguono vantaggi indebiti soprattutto per l'ente, è irragionevole escludere la confisca per equivalente nei confronti dei contribuenti, come le società, che, producendo ricchezze significative, rappresentano i protagonisti principali del rapporto tributario ed è, al contrario, riduttivo punire il solo autore/persona fisica.

Proprio in quest'ottica, la Suprema Corte (Cass. 7.6.2011, n. 28731) ha affermato che, indipendentemente dall'applicabilità del d.lgs. 231 del 2001, la sequestrabilità/confiscabilità per equivalente (in virtù del citato art. 1, c. 143) dei beni intestati alla società beneficiaria dal reato tributario, in considerazione del fatto che le conseguenze patrimoniali dell'illecito ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico. Invero, la *"società non può considerarsi terza estranea al reato perché partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati"*. La Corte afferma inoltre che *"Il reato è addebitabile allo indagato, ma le conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico; questo principio, pacificamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità, non richiede che l'ente sia responsabile a sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001"*.

Si è osservato però che questa linea ermeneutica non integra un'operazione di mera interpretazione estensiva dell'art. 322-ter c.p., bensì una vera e propria applicazione analogica della norma, sia pur fondata sulla necessità di valorizzare le istanze politico-criminali sottese all'introduzione della confisca per equivalente nel sistema penale tributario. In tal modo, tuttavia, si viola il divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale, che vincola il giudice alla stretta osservanza di quanto il legislatore è chiamato, sulla base dell'art. 25, comma 2, Cost., a stabilire tassativamente. Del resto, una volta affermata, sulla scorta della spinta del diritto sovranazionale, la natura di autentica sanzione penale della confisca per equivalente (v. CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Dike Giuridica, 2016, parte III, cap. III, § 7), ne deriva l'applicazione delle relative garanzie e, segnatamente, del principio di tassatività dal quale deriva il divieto di analogia *in malam partem*.

Corollario naturale ed imprescindibile della riconosciuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente è il principio che il sequestro e la successiva confisca per equivalente non possono essere applicati se non al reo, con esclusione, quindi, di una possibile ricaduta di questi provvedimenti ablativi sul patrimonio di altro soggetto, estraneo al reato. Con riferimento alla confisca nella forma per equivalente, la giurisprudenza esclude la necessità di un rapporto di pertinenzialità tra profitto e reato che lo ha generato, ma richiede la dimostrazione di una relazione tra i beni oggetto di ablazione e la persona del reo. Sul punto la giurisprudenza ritiene *la disponibilità come sinonimo di appartenenza sostanziale*, ossia di un rapporto di fatto tra il soggetto e la *res* che consente al primo di atteggiarsi, rispetto al bene, *uti dominus*, anche in assenza di titolarità formale. Sulla base di tale principio la stessa soluzione proposta dalla summenzionata pronuncia della Suprema Corte può essere sostenuta accertando che la persona fisica che ha operato per conto dell'ente abbia la disponibilità dei beni formalmente appartenenti alla società in quanto, ad esempio, li gestisce come amministratore. In tal modo la confisca per equivalente viene applicata all'autore del reato fiscale ma le sue conseguenze ricadono pure se non solamente sulla società che di quel reato ha beneficiato.

Tuttavia, si può osservare che la "disponibilità" dei beni da assoggettare a confisca per equivalente a cui fa riferimento l'art. 322-ter c.p. è quella personale, cioè di quei beni dei quali il reo (nel nostro caso, l'amministratore) dispone liberamente ma in proprio, cioè quale persona fisica (nel nostro caso, dell'amministratore come soggetto distinto dalla società), e non di quei beni dei quali può disporre non in proprio ma per conto di un terzo titolare e nei limiti del rapporto con questo terzo, ovviamente non concorrente nel reato (nel nostro caso, la società non concorre nel reato con l'amministratore, né è prevista una sua responsabilità ex d.lgs. 231/01).

Diversamente, da quanto assunto da Cass. n. 28731/2011 ed in linea con quanto assunto da Cass. n. 25774/2012, la Suprema Corte, più di recente, ha sostenuto, facendo leva proprio sul principio di legalità, che in tema di confisca per equivalente del profitto di reati tributari, commessi a vantaggio dell'ente da un soggetto apicale (nella specie, executive officer di un Istituto di credito), l'art. 1, comma 143, l. n. 244/2007 non può costituire una base giuridica autonoma e sufficiente a giustificare l'applicazione della confisca in relazione ai reati tributari nei confronti delle persone giuridiche, mancando una espressa previsione legislativa della responsabilità dell'ente per illeciti penali tributari (Cass., sez. III, 29 luglio 2013 n. 32799; Cass., sez. III, 30 luglio 2013 n. 32958; Cass., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256).

Significativo è il passaggio di tale sentenza ove da un lato si esprime il disagio per una soluzione legislativa non convincente e dall'altro che *de iure condito* non sono possibili soluzioni che consentano la confisca di valore ai danni dell'ente per i reati tributari commessi dall'amministratore: *"appare a questo Collegio che l'attuale sistema punitivo, e soprattutto quello volto al recupero dei proventi del reato attraverso la confisca di valore, nella materia dei reati tributari sia inefficace ed evidenzia una disparità di trattamento in riferimento alla previsione della confisca non solo tra le persone fisiche e le persone giuridiche, ma tra le stesse persone giuridiche, a seconda che le stesse rappresentino una emanazione meramente strumentale degli autori del reato - persone fisiche, ossia un comodo e artificioso schermo al cui riparo agire indisturbati, ovvero siano persone giuridiche di dimensione non modesta, rispetto alle quali il contributo delle persone fisiche non può mutarne a tal punto la natura, sicché per quest'ultime può ben parlarsi di una vera e propria "impunità fiscale" rispetto alle prime. Questi profili di violazione al principio di uguaglianza e parità di trattamento sono del tutto privi di conseguenze nella presente sede, poiché non è possibile percorrere un'interpretazione estensiva creativa, per di più in malam partem, in palese violazione del principio di legalità, in quanto solo un intervento legislativo che preveda espressamente la responsabilità della persona giuridica per i reati tributari commessi a vantaggio e nell'interesse dell'ente può rendere possibile la confisca di valore"* (nello stesso senso, Cass., sez. III, 28 maggio 2013, n.22980; Cass., Sez. III, 28 febbraio 2013, n. 9576).

Tuttavia la Suprema Corte ha ammesso la confisca nei confronti dell'ente realmente operativo quando sussista un'associazione finalizzata alla commissione di reati tributari, in quanto l'associazione costituisce presupposto di illecito a carico dell'ente (art. 24-ter del D.Lgs. n. 2311/2001). In questi casi è confiscabile il profitto del reato associativo, con possibili profili distintivi rispetto a quello dei singoli reati-fine perpetrati.

La Corte nel giustificare tale soluzione ha affermato che il profitto del reato di associazione per delinquere, sequestrabile ai fini della successiva confisca per equivalente (art. 11, legge 16 marzo 2006, n. 146), è costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati fine, dai quali è del tutto autonomo e la cui esecuzione è agevolata dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e dal comune progetto delinquenziale. Inoltre, come già affermato dalla Corte, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, avendo natura provvisoria, può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, sebbene il provvedimento definitivo di confisca, rivestendo invece natura sanzionatoria, non possa essere duplicato o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso profitto.

Va in conclusione precisato che la confisca per equivalente dei beni appartenenti formalmente alla società può senz'altro essere disposta qualora si dimostri la pura fittizietà della struttura (schermo) sociale, poiché in tal caso si tratterebbe di beni nella disponibilità del reo, così come prescrive l'art. 322-ter c.p.

In linea con l'indirizzo giurisprudenziale da ultimo riportato e con la precisazione appena esposta **le Sezioni Unite**, muovendo dal carattere sanzionatorio penale della confisca per equivalente, che, in quanto tale, non ammette applicazioni analogiche, hanno concluso che, in mancanza di una norma che espressamente preveda la confisca per equivalente ai danni dell'ente per un reato tributario, non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni (Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014 n. 10561).

La Suprema Corte è consapevole che la situazione normativa presenta evidenti profili di irrazionalità, perché il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007, essendo possibile attraverso l'intestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al profitto di reato, sottrarre tali beni alla confisca per equivalente, vanificando o rendendo più difficile la possibilità di recupero di beni pari all'ammontare del profitto di reato, ove lo stesso sia stato occultato e non vi sia disponibilità di beni in capo agli autori del reato. Tuttavia, osserva la Corte tale irrazionalità non è suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.

Peraltro, va segnalato che nella sentenza, al fine di individuare la confisca eseguibile per reati tributari del rappresentante legale, si distingue tra *confisca diretta*, ritenuta ammissibile, e confisca per equivalente ritenuta, come visto, non ammissibile attesa la sua natura sanzionatoria.

Per giustificare la confisca diretta le Sezioni Unite, dopo avere precisato che anche il bene acquistato tramite il profitto che proviene dal reato tributario è confiscabile in via diretta, affermano che è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica.

A tale riguardo, la Corte richiama l'art. 6, co. 5 d.lgs. n. 231/2001, ai sensi del quale anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello stesso decreto per essere stati efficacemente attuati i modelli organizzativi per impedire la commissione di reati da parte dei rappresentanti dell'ente, è "*comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente*".

6.2. Il problema della c.d. solidarietà passiva tra correi nel sequestro e nella confisca a carico degli enti.

Va adesso affrontata la questione relativa all'utilizzabilità dello schema concorsuale qualora si versi nell'ambito della responsabilità da reato degli enti, e del principio della c.d. solidarietà passiva tra correi ai fini della determinazione del *quantum* del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente ex artt. 19 e 53 d.lgs. 231/2001.

Le Sezioni Unite hanno affermato che in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo, deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso (sent. 2.7.2008, n. 26654; sulla disciplina del concorso di persone nella responsabilità degli enti, v. *supra* par. 3.3.1.).

In tale modo le Sezioni Unite hanno traslato nell'ambito della responsabilità degli enti il principio della c.d. solidarietà passiva affermato in generale in tema di concorso di persone fisiche nel reato ex art. 110 c.p. e seguito dalla giurisprudenza prevalente, in base al quale l'unicità del titolo di reato implica l'unicità del profitto, con conseguente imputazione dell'intera azione delittuosa e delle sue conseguenze in capo a ciascun concorrente, sì che ciascuno possa essere considerato responsabile per l'intero e subire il sequestro e la successiva confisca per l'intero (v., in argomento, CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Dike giuridica, 2017, parte IV, cap. 3, part. 7.1.).

La giurisprudenza di merito ha però precisato che la declinazione del predetto principio in tema della responsabilità degli enti può valere solo quando la responsabilità degli enti sorge in relazione *ad un unico reato presupposto*, potendosi parlare solo in tal caso di "*unico illecito amministrativo plurisoggettivo*" avente carattere unitario, mentre diversa è la soluzione se si è in presenza di *più illeciti dipendenti da reato perché plurimi sono gli episodi delittuosi* che ne costituiscono i reati presupposti. In tal caso infatti, alla luce del principio di legalità e di tassatività nell'individuazione dei casi di responsabilità dell'ente, è preclusa un'applicazione estensiva della disciplina sul concorso di persone fisiche nel reato pena la violazione del divieto di analogia *in malam partem*. Non è cioè possibile estendere in termini solidaristici la responsabilità dell'ente oltre i confini individuati dal d.lgs. n. 231/2001, con la conseguenza che il *quantum* sequestrabile a ciascun ente va determinato nei limiti della quota di profitto allo stesso riferibile ed in relazione ai soli reati commessi nell'interesse e/o a vantaggio di quello specifico ente da persone fisiche che, rispetto a quello specifico ente, si trovino in posizione apicale o in posizione di dipendente soggetto alla direzione-vigilanza di un soggetto apicale (così, Trib. Venezia 26.10.2015 che in sede di riesame ha riformato l'ordinanza del G.I.P. che aveva disposto il sequestro preventivo nei confronti di ciascun ente attraverso la semplice somma aritmetica dei profitti calcolati in relazione a ciascun reato presupposto, senza alcuna differenziazione sulla base delle quote effettivamente imputabili a ciascun ente; esattamente: il sequestro preventivo "*fino alla concorrenza massima della somma complessiva di euro 7.681.529,16 delle possidenze immobiliari e mobiliari, somme di denaro o altri valori facilmente liquidabili, che all'atto del sequestro saranno nella disponibilità di ciascun Ente, fino all'ammontare predetto*").

Tale precisazione è stata, del resto, effettuata dalla Suprema Corte nel caso di pluralità di illeciti plurisoggettivi da parte di persone fisiche, affermandosi che in tal caso la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può eccedere nel "quantum" nè l'ammontare del profitto complessivo, nè in caso di imputato cui non sono attribuibili tutti i reati accertati, il profitto corrispondente ai reati specificamente attribuiti al soggetto attinto dal provvedimento ablatorio (Cass., sez. III, 26.6.2015, n. 27072, fattispecie relativa ad associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati tributari, nella quale la Corte ha annullato il provvedimento di confisca, con rinvio per l'individuazione del profitto anche avendo riguardo alla necessità di individuare gli specifici reati fine attribuibili a ciascun coimputato; Cass., sez. II, 2.8.2016, n. 33755, fattispecie relativa ai delitti di associazione a delinquere, truffa aggravata e frode informatica in concorso, in cui era stata disposta la confisca, per l'intero ammontare del profitto, nei confronti dei diversi correi).

6.3. Le misure previste dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, ha introdotto misure sul fronte della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi, definite "*misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese*".

Si tratta di misure che, disposte a fini *anticorruzione*, sono dalla legge finalizzate esclusivamente alla *completa esecuzione delle prestazioni oggetto di un contratto pubblico*, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o altri comportamenti illeciti ed è pure prevista l'irrogazione delle predette misure anche alle imprese colpite da *informazione antimafia interdittiva*.

Tali misure hanno la finalità di salvaguardare la realizzazione di interessi pubblici superiori messi in pericolo da situazioni di contiguità o agevolazione mafiosa, ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di condizionarne l'andamento. Si tratta di presidi a garanzia di uno specifico contratto e non della totalità delle commesse pubbliche acquisite dall'impresa al momento dell'adozione della misura.

L'art. 32 prevede una graduazione delle misure in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'operatore economico e, quindi, dell'entità degli interventi che devono essere messi in campo per assicurare che la prosecuzione del contratto possa avvenire in condizioni di ripristinata legalità nei rapporti con la pubblica amministrazione.

La più lieve delle misure consiste nell'inserimento nell'impresa di un "presidio" composto di esperti in numero non superiore a tre, allo scopo di ricondurne la gestione su binari di legalità e trasparenza.

Nei casi più gravi sono previste due distinte misure: la prima consiste nell'ordine di rinnovare la composizione degli organi sociali, sostituendo il titolare o componente che risulta coinvolto nel procedimento penale per fatti di corruzione o al quale sono ascrivibili le altre situazioni anomale o di collusione/contiguità mafiosa.; la seconda, da applicarsi nei casi più gravi o in quelli di inottemperanza all'ingiunzione di rinnovare gli organi, consiste nella straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto oggetto del procedimento penale, con la nomina di uno o più amministratori.

Queste misure pongono problemi di rapporti con l'istituto del commissariamento previsto, come visto, dall'art. 15 d.lgs. n. 231/2001, attivabile già in sede cautelare. Al riguardo, si è ritenuto, in particolare, che la misura della straordinaria e temporanea gestione si distingue dal commissariamento, essendo volta a sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire, non anche, come col commissariamento, a realizzare un integrale spossessamento dei poteri gestori.

4. La natura giuridica della responsabilità degli enti.

Una volta descritte le caratteristiche essenziali della responsabilità degli enti, così come previste nel D.Lgs. n. 231/2001, è possibile soffermarsi sulla sua natura. Deve prendersi atto che le opinioni sulla natura giuridica della responsabilità degli enti non sono univoche, registrandosi tre diversi orientamenti: quello che sostiene la natura penale, quello che patrocina la natura amministrativa e quello che propende per un *tertium genus* di responsabilità.

In dottrina v'è stato chi ha ritenuto sterile la *querelle* della natura giuridica della responsabilità degli enti, considerata puramente astratta ed infeconda di implicazioni rilevanti sul piano applicativo. Tali autori hanno soffermato la loro attenzione sulla valutazione del nuovo modello punitivo sul piano dell'effettività e delle garanzie, prendendo atto, come si vedrà, della difficoltà, se non impossibilità, di propendere per una delle opposte tesi della responsabilità penale e della responsabilità amministrativa.

A costoro si contrappongo gli autori che, invece, propendono per la **rilevanza pratica della questione**. Sé, infatti, osservato che, tra le varie implicazioni, va innanzitutto enunciata la possibilità di riconoscere o meno valore vincolante nella normativa sulla responsabilità degli enti ai principi dimostrativi dettati dalla Costituzione per il diritto penale sostanziale, ed, in particolare, il principio di legalità (in tutte le sue molteplici accezioni di riserva di legge, precisione, determinatezza o tassatività, divieto di analogia e irretroattività), sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., il principio di colpevolezza, il principio della presunzione di non colpevolezza ed il principio della finalità rieducativa della pena, statuiti, rispettivamente, dai commi 1, 2 e 3, dell'art. 27 Cost.

Analogamente, solo condividendo la tesi della responsabilità penale, si possono invocare rispetto alla nuova normativa i principi affermati dalla Costituzione per il processo penale. Basti pensare, ad esempio, al principio di obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., ed ai suoi difficili rapporti con l'art. 58 del D.Lgs. n. 231/2001, che, invece, affida al pubblico ministero, senza controllo del giudice, la scelta sulla archiviazione del procedimento a carico dell'ente. Ebbene, l'unico modo per eccepire un preteso contrasto di tale disposizione con l'art. 112 Cost. è, per l'appunto, quello di attribuire natura penale alla responsabilità degli enti.

Si è obiettato, tuttavia, che i primi articoli del D.Lgs. n. 231/2001, sulla falsariga degli artt. 1 e ss. della legge n. 689/1981, in tema di illecito amministrativo, enunciano, con formule sostanzialmente analoghe, principi pressoché identici a quelli dettati dalla Costituzione e dal codice penale per il diritto penale sostanziale, quali il principio di legalità e quello di irretroattività. Ne consegue che non sarebbe necessario ricorrere all'affermazione della natura penale della responsabilità di cui si discute, per tutelare il rispetto di questi principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico. Tuttavia, come già rilevato, è anche vero che l'affermazione del principio di legalità contenuta in una legge ordinaria (come l'art. 2 del Decreto e l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689) ha un diverso valore rispetto a quella contenuta nelle norme costituzionali, dal momento che la prima, a differenza delle seconde,

ha, in prospettiva futura, un valore meramente indicativo per il legislatore. Pertanto, soltanto una norma di rango costituzionale può evitare l'aspetto della transitorietà insito nella natura della legge ordinaria e tale aspetto sarebbe evitato in tema di responsabilità degli enti solo riconoscendovi natura penale, con la conseguente applicazione dei relativi principi fondamentali.

Vi è anche chi ha rimarcato che la qualificazione del tipo di responsabilità prevista dal D.Lgs. n. 231/2001 non presenta interesse puramente accademico, perché da essa dipendono importanti conseguenze, quali il grado di completezza richiesto alla delega parlamentare (che deve evidentemente tener conto dei principi costituzionali in materia penale), la misura della discrezionalità consentita al legislatore delegato e la disciplina di riferimento per integrare il suddetto decreto legislativo nelle parti in cui si rivela lacunoso.

A quest'ultimo proposito è appena il caso di fare riferimento ad una recente decisione del G.i.p. del Tribunale di Palermo in cui si è affermato, nel silenzio del D.Lgs. n. 231/2001, che il fallimento della società configura un'ipotesi in tutto assimilabile negli effetti alla morte del reo, sicché l'illecito della società dipendente da reato va dichiarato estinto, non potendosi configurare una successione processuale della curatela rispetto alla società fallita. Il giudice palermitano sviluppa il suo *iter* argomentativo muovendo dall'esistenza di voci contrastanti con riferimento alla natura della responsabilità degli enti e cita, prestandovi implicita adesione, la tesi del *tertium genus*, sottolineando come in ambito penale la morte del reo durante il processo estingue il reato, mentre dopo la condanna estingue la pena, e che analogamente, in tema di illeciti amministrativi, la normativa generale (ossia la legge n. 689/1981) all'art. 7 stabilisce che l'obbligazione di pagare una somma a titolo di sanzione amministrativa non si trasmette agli eredi. Dunque, vista la convergenza del settore penale ed amministrativo verso il principio della personalità della responsabilità, stante il silenzio della normativa in materia di responsabilità delle persone giuridiche, non può non farsi applicazione anche in tale ambito di questo principio, con le conseguenze viste in precedenza in caso di fallimento della società (Trib. Palermo, G.i.p., 22 gennaio 2007, n. 48).

A tale riguardo va fatto riferimento anche ad una decisione della Suprema Corte (già esaminata nel paragrafo relativo all'ambito soggettivo di applicazione del decreto) che ha escluso l'operatività della disciplina sulla responsabilità degli enti alle imprese individuali, facendo perno da un lato sul fatto che il legislatore fa riferimento solo agli enti collettivi e dall'altro che sarebbe inammissibile una applicazione analogica della disciplina stessa all'impresa individuale, per il divieto di *analogia in malam partem* sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. in materia penale (Cass., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941). Con tale affermazione sembra che la Corte abbia, sia pur implicitamente, aderito alla tesi della natura penale della responsabilità, invocando un principio cardine del diritto penale, quello di legalità.

La problematica della natura della responsabilità in esame può assumere rilevanza anche nell'ambito della questione relativa all'ammissibilità della costituzione di parte civile del soggetto danneggiato dal reato commesso dalla persona fisica operante nell'interesse o a vantaggio dell'ente nel procedimento contro l'ente medesimo (le norme sul procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni a carico dell'ente contenute nel D.Lgs. n. 231/2001, agli artt. 34 ss., nulla prevedono in ordine alla possibilità per il danneggiato di costituirsi parte civile e chiedere la condanna al risarcimento del danno nei confronti dell'ente). La questione vede divisa la giurisprudenza di merito ed alcune delle pronunce che sostengono la tesi dell'inammissibilità hanno fatto leva anche sul carattere amministrativo della responsabilità in questione, alcune delle decisioni che propendono per l'ammissibilità si sono basate anche sul carattere penale della responsabilità.

In argomento, è intervenuta la Suprema Corte (Cass. 22.1.2011, n. 2251) per cui nel processo volto ad accertare la responsabilità a carico dell'ente, così come disciplinato nel D.Lgs. 231/2001, non è ammissibile la costituzione della parte civile. In tale decisione si segue un approccio che si discosta dalla convinzione che la soluzione del problema sta nell'interpretazione sulla natura della responsabilità, e poggia essenzialmente sulla constatazione che nel decreto manca ogni riferimento espresso e/o richiamo alla parte civile (così anche, Cass., sez. IV, 27.1.2015, n. 3786).

Alla luce di tale *dictum* il Tribunale-Ufficio Gup di Firenze, con ordinanza del 9.2.2011, ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia osservando che, qualora si condivida l'interpretazione prevalente in giurisprudenza, avallata dalla Cassazione, la situazione che ne

risulta non è compatibile con il diritto dell'Unione (segnatamente, con la direttiva 2004/80 e con l'articolo 9 della decisione quadro 2001/220), dal momento che il diritto italiano limita in tal modo la possibilità per la vittima di ottenere un pieno risarcimento del danno subito e la costringe a proporre una nuova azione per chiedere il risarcimento al di fuori dell'ambito del processo penale, la quale, ammesso che abbia esito positivo, si svolge in tempi successivi, il che rende detta azione non efficace.

La Corte di Giustizia, con la sentenza 12 luglio 2012, C-79/11, mette in evidenza che secondo il giudice del rinvio, in un regime come quello istituito da tale decreto legislativo, la responsabilità della persona giuridica è qualificata come «amministrativa», «indiretta» e «sussidiaria», e si distingue dalla responsabilità penale della persona fisica, autrice del reato che ha causato direttamente i danni e a cui può essere chiesto il risarcimento nell'ambito del processo penale.

Pertanto, le persone offese in conseguenza di un illecito amministrativo da reato commesso da una persona giuridica, come quella imputata in base al regime instaurato dal decreto legislativo n. 231/2001, non possono essere considerate, ai fini dell'applicazione dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro, come le vittime di un reato che hanno il diritto di ottenere che si decida, nell'ambito del processo penale, sul risarcimento da parte di tale persona giuridica.

Ne deriva che l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato.

Dunque, la Corte lambisce il tema della natura giuridica degli enti, rifuggendo dalla tesi della responsabilità penale, il cui riconoscimento determinerebbe la "criminalizzazione" dell'ente e quindi l'applicazione della predetta decisione quadro, ed opta per la natura amministrativa riprendendo il ragionamento del giudice del rinvio.

Lo stesso Tribunale-Ufficio Gup di Firenze, con ordinanza del 17.12.2012, ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 3 Cost dello stesso art. 83 c.p.p. e dell'intero testo del d.lgs.231/01 nella parte in cui *"non prevedono espressamente e non permettono che le persone offese e vittime del reato possano chiedere direttamente alle persone giuridiche ed agli enti il risarcimento in via civile e nel processo penale nei loro confronti dei danni subiti e di cui le stesse persone giuridiche e gli enti sono chiamati a rispondere per il comportamento dei loro dipendenti"*.

La Corte Costituzionale con la sentenza del 18.7.2014, n. 218, ha dichiarato inammissibile la questione e nel corpo della motivazione ha evidenziato le peculiarità di tale responsabilità, distinguendola da quella penale della persona fisica: *"nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, l'illecito ascrivibile all'ente costituisce una fattispecie complessa e non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica (Cassazione, sezione sesta penale, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011), il quale è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità amministrativa, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica, alle condizioni perché della sua condotta debba essere ritenuto responsabile l'ente e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio di questo"*, con la conseguenza che *"se l'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 non coincide con il reato, l'ente e l'autore di questo, non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi. Sotto questo aspetto, quindi, la disposizione dell'art. 83, comma 1, cod. proc. pen., alla quale il giudice rimettente fa riferimento, non costituirebbe un impedimento alla citazione dell'ente come responsabile civile"*.

Con tale pronuncia quindi la Consulta ha chiarito l'ammissibilità in sede penale, cioè nel processo alla persona fisica, dell'azione civile *indiretta* tramite lo strumento della citazione del responsabile civile contro la società coinvolta in un procedimento ai sensi del d. lgs. 231/2001.

Infine, la diversa qualificazione di tale tipologia di illecito produce conseguenze di non secondario momento anche sul piano della **cooperazione giurisdizionale**, per non parlare della **giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo** che, dalla qualificazione delle norme come penali piuttosto che civili, dovrebbe desumere l'ancoraggio a differenti parametri normativi e la conseguente applicabilità o meno di talune garanzie.