

## Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 14<sup>^</sup> ed. 2020-2021

### Lezione P-10

#### La responsabilità degli enti

**Sommario:** 1. Il dibattito sulla responsabilità penale delle persone giuridiche: il superamento del principio *societas delinquere non potest*. 2. Le prime tappe normative: la riforma "Mirone" del diritto societario ed il progetto "Grosso" del nuovo codice penale. 3. Il decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 e l'autonomia dell'accertamento della responsabilità dell'ente. 3.1. Ambito soggettivo di applicazione: il problema delle società pubbliche e delle imprese individuali, nonché delle società fallite. 3.2. Il principio di legalità e tipologie di reato. 3.3. I requisiti di imputazione della responsabilità. 3.3.1. I requisiti di natura oggettiva. 3.3.1.1. La compatibilità con i reati colposi. 3.3.2. I requisiti di natura soggettiva. 3.3.2.1. I modelli di organizzazione. 3.3.2.2. Il contenuto minimo del modello *ante factum*. 3.3.2.3. Il giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli *ante factum* e *post factum* nella giurisprudenza. 3.3.2.4. Le differenze tra i modelli di organizzazione *ante factum*. 3.3.2.5. La responsabilità omissiva dell'organismo di vigilanza. 4. L'apparato sanzionatorio. 4.1. 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 i reati tributari. 4.2. Il problema della c.d. solidarietà passiva tra correi nel sequestro e nella confisca a carico degli enti. 5. La natura giuridica della responsabilità degli enti. 5.1. La tesi della responsabilità amministrativa. 5.2. La tesi della responsabilità penale. 5.3. La tesi del *tertium genus* di responsabilità. 5.4. La posizione della giurisprudenza.

OMISSIS

#### 3. 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, adonta 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 tenuità 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."* D'altronde, l'art. 8 d.lgs. 231/2001, prevede che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, nonché quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

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.

Ad ulteriore conferma dell'assunto si veda l'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.

In linea con quanto appena esposto, la Suprema Corte ha affermato che in caso di proscioglimento della persona fisica autrice del reato presupposto per particolare tenuità del fatto, il giudice deve procedere all'autonomo accertamento della sussistenza dell'illecito amministrativo e, dunque, della responsabilità dell'ente. Infatti, se è vero che la sentenza irrevocabile di proscioglimento che applica l'art. 131-bis c.p. fa stato nel giudizio amministrativo e civile, altrettanto non può dirsi per il giudizio penale a carico dell'ente e ciò in ossequio al principio di autonomia desumibile dall'art. 8 d.lgs. 231/2001 (Cass., sez. III, 28.2.2018, n. 9072).

Peraltro, *nel procedere all'autonomo accertamento della responsabilità amministrativa* della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso *"non può prescindere dalla verifica della sussistenza in concreto del fatto di reato, non essendo questa desumibile in via automatica dall'accertamento contenuto nella sentenza di proscioglimento emessa nei confronti della persona fisica"* (Cass., sez. III, 28.2.2018, n. 9072, cit.).

Occorre però dare conto anche del fatto che a seguito dell'introduzione dell'art. 131-bis nel codice penale, nessuna modifica è stata apportata all'art. 8 d.lgs. 231/01, e ciò ha fatto sorgere due diverse soluzioni interpretative: la prima, fondata sul tenore letterale del citato art. 8, propende per l'esclusione della responsabilità dell'ente, poiché tale disposizione non considera espressamente le cause di non punibilità (qual è quella prevista dall'art. 131-bis c.p.) tra le ipotesi che la lascerebbero sussistere; la seconda, invece, ritiene non ragionevole il fatto che l'ente non sia esente da responsabilità nelle ipotesi, indicate dall'art. 8, lett. b) di estinzione del reato per cause diverse dall'amnistia e non anche quando il reato sia accertato ma non punibile, come nei casi stabiliti dall'art. 131-bis c.p., la cui applicazione comporta conseguenze anche pregiudizievoli quali l'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale e l'effetto di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso nel giudizio civile o amministrativo di danno ai sensi dell' art. 651-bis c.p.p.

Tale seconda interpretazione è stata seguita dalla Cassazione per la quale *"è appena il caso di accennare al fatto 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. Se la responsabilità dell'ente presuppone comunque che un reato sia stato commesso, viceversa, non si è ritenuto utile specificare che la responsabilità dell'ente lascia permanere quella della persona fisica. Si tratta infatti di due illeciti, quello penale della persona fisica e quello amministrativo della persona giuridica, concettualmente distinti, talché una norma che ribadisse questo dato avrebbe avuto il sapore di un'affermazione di mero principio"* (Cass., sez. III, 23.1.2019, n. 11518).

Invero, continuano i giudici di legittimità nella medesima sentenza, la concreta natura della responsabilità degli enti disciplinata dal d.lgs. 231/2001, oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza (su cui v. *infra*), è improntata ad un *tertium genus*, valorizzando i contenuti della relazione ministeriale che come tale lo qualifica. Si tratta, quindi, di un sistema sostanzialmente differente, il quale rispetto alle diverse discipline dell'illecito penale e di quello amministrativo si pone in un rapporto di limitata permeabilità, dipendente dalle sue specifiche caratteristiche.

### 3.1. 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 la riforma del diritto societario introdotto dal D.Lgs. n. 88/1993 si è ammessa la possibilità di costituire una società di capitali, oltre che per mezzo di contratto, anche mediante atto unilaterale, così riconoscendo il legislatore, con gli artt. 2328 e 2463 c.c., la validità delle società di capitali caratterizzate dall'unicità del socio (c.d. **società unipersonali**).

Ammessa la configurabilità della società unipersonale, si è dibattuto circa l'assoggettabilità di tale tipo societario alla disciplina sanzionatoria di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

Un primo orientamento esclude le società unipersonali dall'ambito dei destinatari di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 231/2001, sostenendo l'incompatibilità strutturale di tali figure con l'impianto di disciplina prefigurato dallo stesso D.Lgs. Si sostiene infatti che la disciplina in tema di responsabilità degli enti è concepita per forme di criminalità poste in essere da soggetti operanti all'interno di strutture organizzate e complesse, optandosi per una nozione di ente connotata dal carattere della collettività e dalla natura plurisoggettiva, sicché non si può ricomprendere nel novero dei soggetti attivi realtà in cui ente e persona fisica non appaiano virtualmente distinguibili (Stortoni-Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 21 ss.). Ne discende che si ravvisa anche la difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra autore del reato ed ente, con il rischio di una duplicazione sanzionatoria in capo sia al titolare che all'ente, con conseguente violazione del *ne bis in idem* (tra gli altri, Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1352 ss.).

Si è però osservato che le società unipersonali sono comunque portatrici di un interesse, un patrimonio e un'organizzazione propri ed è la stessa soggettività giuridica a permettere la distinzione tra la persona fisica e l'ente metaindividuale e, quindi, di individuare un *discrimen* tra gli interessi e i rapporti facenti capo alla società e quelli riconducibili al socio, seppur unico (Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 55 ss.).

Si sottolinea inoltre che l'argomento della tesi negazionista che fa leva sulle modeste dimensioni che le società unipersonali assumerebbero nella prassi con la conseguente diseconomicità che deriverebbe dall'applicazione di un complesso apparato sanzionatorio, come quello previsto dal legislatore per l'illecito amministrativo dipendente da reato, a realtà organizzative minimali è sconfessato dal fatto che l'art. 6, comma 4 D.Lgs. n. 231/2001, prevede che negli "*enti di piccole dimensioni*" il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione dell'ente può essere svolto direttamente dall'organo dirigente, sicché esprime la chiara volontà del legislatore di assoggettare alla disciplina in questione anche le realtà organizzative di modeste dimensioni (tra gli altri, D'Arcangelo, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/2001*, in

*Rivista 231, 2008, 3, 145 ss.*)

La giurisprudenza di legittimità sembra porsi nel solco di questa dottrina che consente di delineare lo statuto giuridico dell'ente per mezzo di un'interpretazione sistematica, alla stregua della quale è possibile individuare i tre elementi costitutivi dell'ente stesso: anzitutto, la sussistenza di un interesse dell'ente distinguibile da quello della persona fisica che compie il reato, in considerazione del disposto degli artt. 5 e 12, comma 1, lett. a); la presenza di un'organizzazione che lo differenzi dalla persona fisica che compie l'atto, così come si desume dalla lettura congiunta degli artt. 5, 6 e 7; la ravvisabilità di un patrimonio ad esso riconducibile, che sia separato da quello delle singole persone fisiche, in ossequio a quanto prescritto dall'art. 27 (sul punto, v. Delsignore, *I soggetti*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI, Torino, 66 ss.).

Infatti, la Corte ha avuto occasione di evidenziare come il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti sia l'esistenza di un "*soggetto di diritto metaindividuale*" che si configuri come autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano per nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente (tra le altre, Cass., sez. VI, 25.10.2017, n. 49056; Cass., sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085).

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 (tra le altre, 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.

### 3.2. Il principio di legalità e tipologie di reato.

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 si articola, quindi, in due punti: il fatto deve essere previsto dalla legge come reato (in relazione alla persona fisica) e la legge, riguardo a quel reato, deve prevedere specificamente la responsabilità della persona giuridica ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 o anche di altra norma di legge (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte, con la sentenza 22.9.2011, n. 34476, ha stabilito che il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, nell'abrogare e riformulare il contenuto precettivo dell'art. 174-bis T.U.F. (Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione), non è intervenuto sulla responsabilità amministrativa da reato dettata dall'art. 25-ter d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto le relative fattispecie non sono richiamate da questo testo normativo e non possono conseguentemente costituire fondamento di siffatta responsabilità). Si tratta di un principio che non ha valenza costituzionale, sicché potrebbe essere superato da una successiva previsione contenuta in una legge ordinaria.

La necessità che la responsabilità dell'ente sia prevista da un'apposita norma e che l'ente venga conseguentemente coinvolto nel procedimento penale che conduce alla condanna della persona fisica ad esso collegata e alla condanna dell'ente stesso è stata ribadita dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 28.6.2018 GIEM ed altri c. Italia in tema di confisca urbanistica di cui all'art. 44 co. 2 TU edilizia (sulla quale v. Lezione P1).

La Corte di Strasburgo si è occupata del ricorso di quattro società ed una persona fisica destinatarie di una sentenza di confisca ex art. 44 co. 2 cit. in assenza di un provvedimento di formale condanna penale nei confronti degli autori del reato di lottizzazione abusiva (cioè, i rappresentanti legali di tali società), sicché la Corte ha affrontato, tra le altre questioni, quella se la confisca urbanistica possa essere disposta nei confronti di soggetti (nella specie, persone giuridiche) che non siano state parti del procedimento penale all'interno del quale la misura è stata inflitta.

Nell'ordinamento italiano i reati urbanistici non rientrano, infatti, nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti ex D.Lgs. 231/2001, sicché i Giudici di Strasburgo, muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta, hanno affermato, anche nei confronti della persona giuridica, **il divieto di responsabilità per il fatto altrui**: *"Con riferimento al principio per il quale un soggetto non può essere punito per un atto relativo alla responsabilità penale di un altro [soggetto]"* – si legge al § 274 della pronuncia in questione – *"una confisca disposta, come nel caso oggetto di giudizio, nei confronti di soggetti o enti che non siano stati parti nel procedimento [che la infligge] è incompatibile con l'art. 7 della Convenzione"*.

Dopo tale pronuncia del giudice sovranazionale, la Cassazione ha ritenuto che lo strumento dell'incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p. che garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale (Cass., sez. III, 23.4.2019, n. 17399, per cui *"con riferimento alla confisca per il reato di lottizzazione abusiva, il principio espresso dall'art. 7 CEDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28/06/2018 nella causa GIEM s.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione del terzo, persona giuridica, al procedimento di esecuzione, in cui detto terzo può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito, cui è rimasto estraneo"*).

L'art. 2 in esame 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 d.lgs. n. 231/2001 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).

OMISSIS

### **3.3. 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.

#### **3.3.1. 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-*terdecies*, 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 antiggiuridicità 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 antiggiuridicità 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 omesso 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 reo<sup>50</sup>, 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 anche occupata 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 o 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".*

OMISSIS

### 3.3.2. I requisiti di natura soggettiva.

Si è già osservato che la colpevolezza 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 ed idonei 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.

Quindi, la responsabilità per il reato-presupposto può essere ascritta ad un ente perché ha *omesso in toto* il modello di organizzazione, perché il modello di organizzazione di cui si è dotato risulti *inadeguato* ovvero *inefficacemente applicato*.

Il nucleo di antidoverosità è rappresentato da una regola di natura cautelare, orientata su di un rischio specifico e previsto, sulla falsariga dei reati colposi previsti per le persone fisiche. Il rischio si concretizza in un evento rappresentato dal reato-presupposto che ha tutte le caratteristiche dell'evento tipico estrinsecantesi nel paradigma della colpa individuale.

Come condivisibilmente rilevato in dottrina (C. E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. econom.* n. 1-2, 2018, 213 ss.). L'imputazione soggettiva della responsabilità all'ente richiede l'accertamento giudiziale, mediante il criterio c.d. della prognosi postuma (il giudizio dovrà essere effettuato avendo in considerazione esclusivamente le circostanze conosciute o conoscibili dall'ente, al momento della procedimentalizzazione del rischio), della violazione di una regola di organizzazione idonea a prevenire il rischio di commissione del reato concretamente verificatosi. In questa prospettiva, dunque, l'illecito colposo della persona giuridica è un *illecito di evento*, rappresentato dal reato-presupposto della persona fisica, che deve essere provato collegandolo attraverso un doppio nesso di causalità: naturalistico e normativo).

Il nesso naturalistico intercorre fra *la condotta della persona giuridica*, cioè lo specifico protocollo violativo della regola cautelare sottostante, in quanto mal strutturato o non correttamente implementato alla luce delle *best practices* e, ma solo come primo orientamento, delle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria (59) – e l'evento-reato posto in essere dalla persona fisica.

Il nesso normativo: intercorrente fra violazione concreta della specifica regola cautelare, che impone la predisposizione delle cautele ovvero l'efficace implementazione delle stesse, e

rischio tipico di reato di cui il reato presupposto *hic et nunc* perpetrato dalla persona fisica rappresenti la concretizzazione, valorizzando così in definitiva la prospettiva del comportamento alternativo lecito, c.d. evitabilità in concreto dell'evento (il tutto in sintonia con quanto si dirà in tema prevedibilità ed evitabilità ovvero di c.d. causalità della colpa rispetto alla responsabilità colposa individuale).

Se 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, secondo una certa impostazione, lo stesso prevederebbe 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; 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 pozione 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.

OMISSIS

#### **4.1. 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 i 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 rinvencono 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 era possibile applicare quella sanzione, mancando una disposizione che espressamente la contemplasse, che prevedesse 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, 2019, 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*".