

La natura della responsabilità dell'ente, i criteri di imputazione soggettiva e l'onere della prova ex art. 6 d.lgs. 231/01 nella sentenza della Corte di Cassazione n. 27735 del 16 luglio 2010 e nei precedenti giurisprudenziali.

La decisione

I Giudici di legittimità, con la sentenza n. 27735/2010¹ (dep. 16.07.10), hanno affermato la compatibilità tra la disciplina ex D.lgs. 231/01 e l'art. 27 della Costituzione, ritenendo il fatto di reato cui è riconnessa la responsabilità dell'ente, quale fatto «*“proprio” anche della persona giuridica, e ciò in forza di un rapporto di immedesimazione organica*» tra la persona fisica e l'ente stesso. «*La persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto*». Trattasi, infatti, di un *tertium genus* di responsabilità, rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale ed amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente che si fonda sul presupposto che *“il fatto di reato è, pertanto, fatto della società, di cui essa deve rispondere (...) senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità per fatto altrui”* ex art. 27 Cost. La responsabilità dell'ente non è considerata, inoltre, dai Giudici di legittimità una forma di responsabilità oggettiva, essendo fondata sulla necessaria sussistenza della c.d. “colpa di organizzazione” dell'Ente: il *“riscontro del deficit organizzativo consente una piena ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato in ambito operativo”*.

Con riferimento al c.d. “onere della prova”, la Suprema Corte ritiene che *“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 del d.lgs. 231 e la carente regolamentazione interna all'ente”*, nessuna inversione dell'onere della prova è ravvisabile nella disciplina di cui al Decreto.

Le previsioni probatorie di segno contrario ex art. 6 del decreto, a favore dell'ente, sono previste, a parere della Cassazione, con effetti liberatori, al fine di contrastare gli elementi di accusa a carico dell'ente stesso. Ne deriva, a parere della Corte, alcuna violazione dei presidi costituzionale relativi al principio di uguaglianza (ex art. 3 Cost.) ed esercizio del diritto di difesa (ex art. 24 Cost.).

Il commento

Con la sentenza n. 27735 (dep. il 16.07.10) la Corte di Cassazione (VI sez. pen.), nel respingere la sollevata questione di illegittimità costituzionale (ex art. 3, 24 e 27 Cost.) inerente la disciplina ex d.lgs. 231/01 (di seguito denominato anche “decreto”), ha espresso interessanti principi interpretativi del decreto, aventi ad oggetto la natura della responsabilità degli enti, i criteri di imputazione all'ente e l'onere probatorio ex art. 6 co.1 del decreto.

¹ Cass. Pen., Sez. VI, ud. 18.02.2010, dep. 16.07.2010, sentenza n. 27735/2010 in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

Nella prima parte della motivazione, dedicata all'interpretazione del dettato legislativo ex d.lgs. 231/01, la Corte di Cassazione ritorna ancora una volta ad evidenziare la **natura c.d. "propria"** della responsabilità amministrativa in sede penale degli enti, allineandosi agli orientamenti giurisprudenziali e di quella parte della dottrina, già in passato impegnati a superare i dubbi interpretativi sulla natura della responsabilità.

Infatti, la giurisprudenza della materia, in passato, ha sottolineato che *"la responsabilità ex d.lgs. 231/01 è una "responsabilità diretta, in quanto deriva da fatto proprio dell'ente, ed autonoma rispetto alla responsabilità dell'autore del reato"*². Inoltre, è stato evidenziato che *"il decreto legislativo 231/2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irriogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma "societas delinquere non potest"*³.

Sul punto, la stessa Relazione ministeriale di accompagnamento allo schema di decreto delegato, nell'introduzione, evidenzia che *"l'incremento ragguardevole dei reati dei "colletti bianchi" e di forme di criminalità a questa assimilabili, ha di fatto prodotto un sopravanzo mento della illegalità d'impresa sulle illegalità individuali, tanto da indurre a capovolgere il noto brocardo, ammettendo che ormai la societas può (e spesso vuole) delinquere"*.

Sin dalla prima fase applicativa, l'interpretazione della disciplina della responsabilità degli enti, è stata caratterizzata dall'elaborazione della teoria del c.d. *"tertium genus"* di responsabilità, quale soluzione di *"compromesso"* tra le opposte teorie di interpretazione della natura di tale responsabilità, assimilata ai sistemi tradizionali di responsabilità penale o di responsabilità amministrativa⁴.

La stessa Relazione Ministeriale⁵, nella lettura autentica del decreto, ha ritenuto che *"tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia"*, evidenziando, altresì, che *"non si sarebbero incontrate insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti. Sul punto può dirsi oltretutto superata l'antica obiezione legata al presunto sbarramento dell'art. 27 Cost., e cioè all'impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti"*.

² Tribunale di Milano - giudice per le indagini preliminari dr.ssa Cerreti, sentenza del 26.02.2007, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza; in conformità: Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 36083 ud. 09.07.09 - dep 17.09.2009, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza; Tribunale di Milano - sezione XI penale riesame ordinanza del 28.04.2008, dep. 07.05.2008, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

³ Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 3615 dep. 30.01.2006 - ud. 20.12.2005, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

⁴ In giurisprudenza, con riferimento alla teoria del *"tertium genus"* si veda tra le altre: Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 3615/2006, cit.

⁵ Si veda il par. 1.1 della Relazione ministeriale di accompagnamento allo schema di decreto delegato.

A tal riguardo, ulteriori precedenti giurisprudenziali hanno trattato, sebbene in via incidentale, il tema della compatibilità costituzionale del decreto. E' stato evidenziato, infatti, che il sistema normativo ex d.lgs. 231/01 sia teso a “*salvaguardare il nuovo modello di responsabilità da censure di incostituzionalità rispetto al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.*”⁶. Il principio di colpevolezza, sul quale fanno leva le istanze di incostituzionalità della disciplina, è stato rappresentato dalla giurisprudenza della materia quale “*elemento imprescindibile che ha assunto un ruolo centrale nel nostro ordinamento penale, come è dato desumere dall'articolo 27 comma 1 della Costituzione, secondo l'interpretazione ormai invalsa, in base alla quale l'applicazione di una pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto reato alla volontà antidoverosa del soggetto (mutatis mutandis: del singolo fatto illecito ascritto alla persona giuridica). Come la Corte Costituzionale ha da tempo chiarito (vedasi le sentenze nn. 364/88 e 1085/88) – prosegue la giurisprudenza in esame - l'imputazione subiettiva del fatto criminoso può considerarsi veramente conforme al principio di "personalità" a condizione che il fatto stesso sia attribuibile all'autore almeno a titolo di colpa, mentre ove un solo elemento della fattispecie che concorre a contrassegnare la lesività del fatto, sia sganciato dal "dolo" o dalla "colpa", viene meno il carattere personale dell'addebito e un' eventuale attribuzione di responsabilità penale si pone perciò in insanabile conflitto con l'articolo 27 , comma 1, Costituzione. A tale principio, si è ispirato il legislatore anche nel tratteggiare il sistema della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”⁷.*

In tale contesto, si colloca la decisione in commento, la quale pone a fondamento dell'esclusione di ogni responsabilità per fatto altrui e della responsabilità oggettiva - più volte lamentata - la sussistenza di **criteri di imputazione in capo all'ente** sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo **compatibili con il dettato costituzionale**.

Il principio di immedesimazione organica - che lega l'ente alla persona fisica che agisce nel suo interesse o vantaggio - e la rimproverabilità in capo all'ente stesso del c.d. difetto di organizzazione sono sufficienti ad attribuire alla responsabilità ex d. lgs. 231/01 la dignità costituzionale.

Nello stesso senso, si era espressa la Relazione ministeriale, con riferimento ad entrambi i criteri di imputazione sopra citati⁸.

In particolare, con riferimento ai criteri di imputazione soggettiva, nella citata Relazione ministeriale si legge che “*appare ormai recessiva una concezione "psicologica" della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno*” delle realtà collettive. Ai fini della responsabilità dell'ente, occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le

⁶ Cass. pen., sez. II, ud. 14.06.2006, dep. 27.07.2006, sent. n. 31989, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza. Nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 36083/2009, cit.

⁷ Tribunale di Torino - Giudice dell'udienza preliminare dr. Perelli, ord. del 10.02.2005, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

⁸ Si veda par. 3.2 e 3.3 della citata Relazione Ministeriale.

condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della *politica aziendale* o quanto meno derivare da *una colpa di organizzazione*⁹. La Suprema Corte nella decisione in commento, in conformità dei precedenti in materia¹⁰, ritiene che il riscontro di tale *deficit* organizzativo - consistente nel non avere predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato - consente una piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale commesso nel suo ambito operativo.

Nella successiva parte motiva della decisione, la Suprema Corte effettua un ulteriore passaggio in ordine ai risvolti probatori, ponendo in capo all'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa e ritenendo l'estensione della responsabilità per rimbalzo dall'individuo all'ente collettivo, con l'individuazione di precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro.

Ancorché in termini maggiormente approfonditi, tale orientamento ricalca i precedenti giurisprudenziali che, in osservanza delle regole generali, hanno posto a carico dell'accusa l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito dell'ente¹¹.

Ma vi è di più. La Cassazione in commento, si spinge fino a ritenere, in capo all'accusa, anche l'**onere della prova** afferente agli "*elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo*", affermando, altresì, che a favore dell'ente militano, con effetti liberatori, le previsioni ex art. 6 del decreto. "*Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto - a parere della Suprema Corte - ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità dell'ente, gravando sull'accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte della persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 del d.lgs. 231 e la carente regolamentazione interna all'ente*".

Tale ultimo orientamento, espresso dalla Corte, costituisce senza dubbio una novità interpretativa che non trova precedenti in giurisprudenza ed in dottrina¹², destando non poche perplessità circa l'aderenza al dettato legislativo ed i risvolti di natura processuale ed applicativa (dalla fase investigativa, all'applicazione delle misure cautelari, fino al dibattimento e giudizio) che può comportare.

⁹ Si veda par. 1.1 e 3.3 della citata Relazione Ministeriale. Cfr. in piena conformità: *Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 36083/2009*, cit.

¹⁰ Si veda, a tal riguardo: *Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 36083/2009*, cit; *Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 3615/2006*, cit.; *Tribunale di Milano - giudice per le indagini preliminari dr.ssa Cerretì*, cit; *Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 36083/2009*, cit.

¹¹ Si veda, ancorché con le limitazioni tipiche della fase cautelare: *Tribunale di Milano - sezione XI penale riesame*, cit.

¹² La dottrina, da tempo impegnata ad interpretare la discussa scelta legislativa dell'inversione dell'onere della prova, ha ritenuto la natura di scusante (quale causa di esclusione della colpevolezza in senso normativo) dell'esonero ex art. 6, sebbene non siano mancate interpretazioni nel senso di esclusione della punibilità della previsione di cui sopra. Sulle differenti interpretazioni dottrinarie dell'esonero ex art. 6, si veda tra gli altri: *De Vero - La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Trattato di diritto penale, Milano 2008, pag. 179 - 181; *Manna - Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, pag. 61.

L'ente risulterebbe, pertanto, liberato da una *probatio* non del tutto agevole¹³ - essendo in tal modo rimossa la c.d. presunzione di colpevolezza dell'ente, da sempre dibattuta – pur tuttavia, potrebbe esercitare, con effetto liberatorio, la prova contraria in ordine a quanto richiesto ex art. 6 citato.

La decisione in commento, nel tentativo, forse estremo, di resistenza alle istanze di incostituzionalità, “scivola” su un’erronea interpretazione del dettato legislativo dell’art. 6 del decreto, snaturando l’*incipit* dell’art. 6 del decreto ed elevando il c.d. deficit organizzativo ad elemento costitutivo della fattispecie posta in capo all’ente, il cui onere probatorio, secondo le regole procedurali ordinarie, graverebbe sull’accusa.

L’art. 6, co. 1 del decreto, con riferimento ai reati commessi da persone in posizione apicale di cui all’art. 5, co.1, lett.a), prevede, *claris verbis*, che “*l'ente non risponde se prova che...*”, con la successiva elencazione degli *standard* doverosi inerenti alla adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo e nomina ed operatività dell’organismo di vigilanza sul funzionamento ed osservanza dei modelli, oltre che la dimostrazione sull’elusione fraudolenta del modello da parte dei soggetti apicali.

Invero, il fermo diniego di alcuna inversione probatoria a carico dell’ente, nelle ipotesi ex art. 6 del decreto, determinerebbe, sotto tale aspetto, una conseguente omogeneità con le fattispecie di reato poste in essere dai dipendenti ex art. 7 del decreto, non voluta dallo stesso legislatore.

La Relazione ministeriale, con riferimento all’onere probatorio ex art. 6 cit., effettua una lettura della norma molto distante dall’interpretazione dei giudici di legittimità.

Si legge, infatti: “*la particolare qualità degli autori materiali dei reati ha suggerito al delegato l'opportunità di differenziare il sistema rispetto all'ipotesi in cui il reato risulti commesso da un sottoposto, prevedendo, nel primo caso, una inversione dell'onere probatorio. In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata) sia, nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la societas a dimostrare la sua estraneità, e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti (è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta). L'ente, dunque, è chiamato a dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei (...); dovrà inoltre vigilare sulla effettiva operatività dei modelli, e quindi sulla osservanza degli stessi (...). Ma - quel che più conta - l'ente dovrà dimostrare che il comportamento integrante il reato sia stato posto in essere dal vertice eludendo fraudolentemente i suddetti modelli di organizzazione e di gestione*”¹⁴.

¹³ L’applicazione del decreto nei primi 9 anni di vigenza ha evidenziato numerose pronunce giurisprudenziali, prevalentemente riferibili alla fase cautelare, nelle quali la prova ex art. 6 da parte degli enti non è stata ritenuta integrata. Fa eccezione l’unica nota pronuncia che riconosce l’idoneità del Modello organizzativo e l’avvenuta elusione fraudolenta ex art. 6 – si veda: Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, dott. Manzi, del 17.11.2009 in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza

¹⁴ Si veda par. 3.4 della citata Relazione Ministeriale.

Sul medesimo aspetto, la giurisprudenza consolidata¹⁵ ha costantemente riconosciuto ed evidenziato detta inversione.

In particolare, il *Tribunale di Napoli*¹⁶, con decisione del 26.06.2007, ha effettuato un'analisi approfondita in merito dell'onere probatorio - in linea con la relazione ministeriale – escludendo margini di lettura dell'art. 6 citato nel senso ritenuto nella sentenza in commento.

Infatti, il Gip di Napoli, nel caso Impregilo, ha sottolineato che: *“l'enunciato normativo è esplicito nel prevedere che tutte le concorrenti condizioni contemplate nelle lettere a), b), c) e d) dell'art. 6, I comma, idonee ad esentare l'ente da responsabilità, siano oggetto di un onere della prova a carico dell'interessato (“l'ente non risponde se prova”). Ed è proprio l'esplicita previsione dell'inversione dell'onere della prova che induce a ritenere il reato già perfetto e completo in tutti i suoi elementi costitutivi allorché ricorrano le condizioni di cui all'art. 5: reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetto che rivesta al suo interno una posizione apicale.”*

L'ordinanza, inoltre, evidenzia: *“quando il reato è commesso da un vertice il requisito soggettivo di responsabilità dell'ente è soddisfatto, giacché il vertice rappresenta ed esprime la politica di impresa. L'illecito amministrativo è, dunque, perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. Ove così non fosse, dovrà essere la società a dimostrare la sua estraneità, provando la sussistenza di una serie di condizioni concorrenti?”*.

Il contrasto è evidente nel nuovo panorama giurisprudenziale. Eppure, le opposte interpretazioni, non riescono a risolvere i dubbi interpretativi della non felice formulazione dell'*incipit* ex art. 6 del decreto. Il limite risiede nella stessa impostazione della disciplina e traspare evidente nella motivazione dell'ordinanza del Gip di Napoli sopra citata, ove si legge: *“diversamente opinando, la prova dell'elemento costitutivo dell'illecito dovrebbe essere fornita, secondo le ordinarie regole, dall'accusa, mentre aver attribuito l'onere probatorio della sussistenza delle ridette condizioni alla persona giuridica ne evidenzia la loro natura di elemento impeditivo e cioè di elemento idoneo a paralizzare le conseguenze giuridiche connesse alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito”*.

De *iure condendo*, si evidenzia la Proposta di Legge – Atto Camera dei Deputati n. 3640¹⁷ - di modifica al d.lgs. 231/01, presentata il 19 luglio 2010 già assegnata alla II Commissione Giustizia in sede Referente il 29 luglio 2010, che prevede tra le principali linee guida della riforma: *“lo spostamento dell'onere della prova di dimostrare l'inefficacia del Modello a carico della Pubblica Accusa anche quando il reato è commesso da soggetto*

¹⁵ In giurisprudenza: *Tribunale di Milano - sezione XI penale riesame*, cit.; *Tribunale di Milano - sezione X penale, sentenza del 20.03.2007, dep. 31.07.2007*, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza; *Tribunale di Milano - giudice per le indagini preliminari dr.ssa Cerreti*, cit.; *Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 32627, 23.06.2006*, in www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza; *Tribunale di Lucca - giudice dell'udienza preliminare dr. Dal Torrione, sentenza del 26.10.2004*, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

¹⁶ *Tribunale di Napoli, ordinanza del 26.06.2007, Giudice per le indagini preliminari dr.ssa Saraceno*, in: www.aodv231.it, sezione documentazione/giurisprudenza.

¹⁷ Si veda: *DDL n.3640 – Proposta di modifica al d.lgs. 231/01 (On. Della Vedova)*, in www.aodv231.it, sezione documentazione, con possibilità di download dell'intero testo.

apicale” (si veda a pag. 4 della proposta), con relativo commento e modifica dell’art. 6 del decreto, proposta all’art. 1 del disegno di legge.

Inoltre, lo Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231¹⁸, presentato dall’AREL nello scorso mese di luglio, propone, all’art. 1, la modifica dell’art. 6 del decreto, ponendo a carico dell’accusa l’onere probatorio oggi gravante sull’ente.

La modifica normativa è auspicabile, a garanzia e maggiore tutela dell’ente.

Avv. Valeria Pece

¹⁸ Si veda: *Schema di disegno di legge di modifica al d.lgs. 231/01 (AREL) del 12.07.2010*, in www.aodv231.it, sezione notizie ed eventi/news, con possibilità di download dell’intero testo.