

QUESITI

DANIELE PIVA

Concorso di persone e responsabilità dell'ente vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma

SOMMARIO: Premessa: due piani di interferenza tra concorso di persone e responsabilità dell'ente. - Sezione I. Il richiamo al concorso per individuare gli specifici titoli di responsabilità dell'ente. - 1. Fattispecie plurisoggettiva o illecito per difettosa organizzazione obiettivamente condizionato: un contrasto giurisprudenziale in atto? - 2. La possibile rilevanza della questione e l'ambiguità delle scelte del legislatore: il dato normativo come parametro di compatibilità ma non di intrinseca correttezza. - 3. L'illecito dell'ente come fattispecie "paraconcorsuale" e l'assimilazione al modello dell'art. 57 c.p. - Sezione II. La responsabilità dell'ente nei casi di concorso. - 1. La mancanza di una previsione *ad hoc* e la sua rilevanza (non sull'*an* ma sul *quomodo* e sul *quantum* della responsabilità dell'ente) in rapporto alle diverse tipologie di concorso (attivo o passivo, omogeneo o eterogeneo, interno o esterno). - 2. Concorso nel reato e interesse o vantaggio dell'ente tra esigenze di concretezza e rischi di estensione oggettiva della responsabilità. - 3. Concorso eterogeneo e imputazione della responsabilità all'ente: la prevalenza del criterio "forte" dell'art. 6 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. - 4. La violazione degli obblighi di direzione o vigilanza ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 231/2001 come forma di concorso passivo: critica. - 5. I possibili canali ascrittivi del concorso *esterno*: dai fenomeni di collegamento strutturale o negoziale, all'esercizio delle attività di direzione e coordinamento sino alla titolarità delle qualifiche di fatto. - 5.1. Problemi di disciplina per il concorso dell'ente tra applicazione degli artt. 110 ss. c.p. e divieto di analogia. - 5.2. Dalla moltiplicazione alla unificazione delle responsabilità in concorso: più enti come unico soggetto ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 231 del 2001? - 6. Conclusioni e prospettive di riforma: un *vulnus* di legalità per la disciplina imputativa all'ente singolarmente considerato e la possibile diversificazione dei criteri d'imputazione nei casi di concorso.

Premessa: due piani di interferenza tra concorso di persone e responsabilità dell'ente

Le possibili interferenze tra disciplina del concorso di persone nel reato e responsabilità dell'ente sembrano muoversi essenzialmente lungo due sentieri, sia pur diversi e indipendenti tra di loro.

Il primo, già ampiamente solcato da dottrina e giurisprudenza, attiene più da vicino all'oggetto della responsabilità dell'ente trattandosi di stabilire, nell'ambiguità del testo legislativo, se quest'ultimo sia chiamato a rispondere del medesimo illecito commesso dalla persona fisica nell'ambito di una fattispecie a concorso necessario oppure di un illecito autonomo che non si identifica col reato-presupposto ma semmai lo comprende: questione che, come si vedrà, non è un mero esercizio di dogmatica ma può produrre diversi effetti sul piano applicativo.

Il secondo, senz'altro meno battuto salvo qualche pronuncia giurisprudenziale riguardante i fenomeni di gruppo, riguarda le ipotesi di reato-presupposto commesso da più persone fisiche in concorso tra di loro, rispetto alle quali

occorre valutare la funzionalità dei criteri d'imputazione della responsabilità e quelli di determinazione/commisurazione delle sanzioni di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dal momento che l'intero sistema risponde ad una concezione atomistica fondata sulla commissione di un reato da parte di un unico soggetto (apicale o sottoposto) nell'ambito di un singolo ente puntualmente considerato.

Sezione I. Il richiamo al concorso per individuare gli specifici titoli di responsabilità dell'ente

1. Come noto, l'istituto del concorso di persone è stato richiamato per rispondere all'interrogativo condensabile nella domanda "di cosa risponde l'ente?", prospettandosi il ricorso ad una fattispecie plurisoggettiva *sui generis* nell'ambito della quale, ancorché in concreto eventualmente non punibili, persona fisica e giuridica concorrono nel medesimo reato secondo la logica dell'accessorietà ma con criteri d'imputazione diversi¹. Tesi che, in effetti, ha trovato accoglimento nella giurisprudenza cautelare laddove, in applicazione del medesimo principio di solidarietà tra i concorrenti, se ne è dedotto che il sequestro per equivalente del profitto di cui agli artt. 53 e 19, d.lgs. n. 231 del 2001 possa incidere indifferentemente sui beni dell'ente e della persona fisica purché non ecceda nel *quantum* il suo ammontare complessivo²; ma, in fon-

¹ Si richiama, in particolare, la ricostruzione effettuata da PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 24 ss.; ID., *La Società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1535 ss., in cui si distinguono pure reati propri dell'ente rispetto ai quali le persone fisiche si atteggiano a meri prolungamenti fisici o appendici operative dell'agire collettivo, reati meramente *strumentali* rispetto alla politica d'impresa e reati *culturali* in quanto espressivi di una determinata cultura d'impresa; ID., *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, in *Soc.*, 2011, suppl. 12, 14 ss.; cui sostanzialmente aderiscono VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in Vinciguerra, Ceresa Gastaldo, Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 27; BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 167 ss.; MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2015, 569; sia pur nei termini di un "concorso anomalo", ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 410; nonché, con specifico riguardo alla responsabilità per infortuni sul lavoro, PIVA, *La responsabilità del vertice per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 282 ss.

² Cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Impianti s.p.a. e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss. (con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luce ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite* e LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*) e in *Cass. pen.*, 2008, 4544 ss. (con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*), il cui *obiter dictum* si esprime nel senso che «il fatto della persona fisica, cui è connessa la responsabilità della persona giuridica, dev'essere considerato 'fatto' di entrambe, per entrambe antiguridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma della responsabilità concorsuale»; ID., Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 19764, in *de-*

do, alla stessa logica può ricondursi anche l'esclusione delle imprese individuali dai destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001 non potendo evidentemente l'ente concorrere con se stesso³.

Va tuttavia rilevato che a tale ricostruzione se ne contrappone un'altra giacché, per escludere la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, la giurisprudenza si è orientata nel senso di individuare una fattispecie a struttura complessa nell'ambito della quale l'illecito amministrativo non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica ma "semplicemente lo presuppone"⁴: assodata l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente e la distinzione tra la sua responsabilità e quella della persona fisica, entrambi come desumibili dal corrispondente principio di cui all'art. 8 d.lgs. 231 del 2001, se ne è poi dedotto, in dottrina, che il rimprovero risulta incentrato sul *deficit* organizzativo rispetto al modello ideale tipizzato agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231 del 2001 rispetto al quale il reato finisce col rivestire, *mutatis mutandis*, il ruolo di una condizione obiettiva di punibilità⁵.

Allo stato, dunque, la stessa giurisprudenza di legittimità non si attesta su un'unica posizione, essendosi susseguite pronunce al massimo grado i cui *obiter dicta* sembrano profondamente divergenti, forse anche perché orientati più a risolvere le singole questioni sottese al giudizio che a "fare dogmatica" attribuendo veste teorica agli istituti esaminati.

jure.giuffrè.it; Id., Sez. VI, 6 marzo 2009, *ivi*; Id., Sez. V, 3 febbraio 2010, *ivi*; Id., Sez. III, 7 ottobre 2010, *ivi*; Id., Sez. V, 10 gennaio 2012, *ivi*; Id., Sez. II, 26 maggio 2014, *ivi*. Per una recente analisi critica di tale indirizzo cfr., volendo, MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 dicembre 2015, 27 ss.; nonché, con specifico riguardo ai rapporti tra confisca societaria ex art. 2641 c.c. e confisca all'ente ex art. 19, d.lgs. 231 del 2001, PIVA, *Commento all'art. 2641 c.c.*, in *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Torino, 2009, 3043 ss.

³ Cfr. Cass., Sez. VI, 16 maggio 2012, in *www.rivista231.it*, nonché già Id. Sez. VI, 22 aprile 2004, *ivi*; in senso contrario, ma isolata, Id., Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, *ivi*.

⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 9, 52 ss. (con commento di BRICCHETTI, *La persona giuridica non risponde del reato ma di un illecito inidoneo per il risarcimento* e in *Dir. pen. proc.*, 2001, 4, 431 ss. (con commento di MUCCIARELLI); in senso analogo v. poi Id., Sez. un., 30 gennaio 2014, Gubert, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2014, con nota illustrativa di TRINCHEIRA, *La sentenza delle Sezioni unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, nonché in questa rivista con note di VITALE, *Le Sezioni unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta* (n. 1/2014, 1 ss.) e di FONDAROLI, *"Essere o non essere?": reati tributari, sequestro preventivo e confisca del profitto (di nuovo) al vaglio delle Sezioni Unite* (n. 2/2015, 1 ss.).

⁵ In tal senso v., in dottrina, MUCCIARELLI, *Dir. pen. proc.*, 2001, 4, 442; nel senso della pluralità degli illeciti anche COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 91; STORTONI-TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 1-4, 25; da ultimo GIUNTA, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *www.rivista231.it*.

2. Il tema merita senz'altro un approfondimento per la sua rilevanza pratica, con riguardo non solo ai menzionati profili cautelari ma anche, ad esempio, alla posizione della società di diritto straniero che operi in Italia e alla utilizzabilità delle rogatorie internazionali: ragionando infatti nei termini del concorso, l'ente estero risponderebbe in Italia in quanto una frazione dell'unica fattispecie sanzionatoria si sarebbe realizzata nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 6 c.p. e risulterebbero utilizzabili nei confronti dell'ente le prove acquisite mediante rogatoria aventi ad oggetto il medesimo reato commesso dalla persona fisica; per contro, muovendo dal modello della omessa vigilanza l'illecito dell'ente recupera la propria autonomia anche agli effetti della giurisdizione e del noto vincolo di specialità della rogatoria⁶.

E ancora: con riguardo alla c.d. *voluntary disclosure*, quale causa di non punibilità per i reati-presupposto di riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio, essa può semmai valere anche nei confronti dell'ente, in deroga al principio di autonomia di cui all'art. 8 d.lgs. 231 del 2001, solo ove lo si qualifichi come "concorrente" con la persona fisica, atteso il disposto dell'art. 1, comma 5, L. 186/2014 secondo cui gli effetti penali connessi alla procedura si estendono a coloro che abbiano concorso a commettere i predetti delitti⁷.

A dispetto della sua importanza, la questione non viene però risolta dal legislatore il quale, anzi, offre elementi di segno contrario idonei a dimostrare la compatibilità di ciascuna delle due prospettate ricostruzioni, ma non la loro intrinseca correttezza, ricorrendo a formule che potremmo definire persino "barocche" a discapito della purezza di significato.

A favore del concorso in unico illecito depongono, ad esempio: il riferimento alla responsabilità per un fatto costituente reato (artt. 2 e 3)⁸; la disciplina del tentativo nella quale il reato della persona fisica figura testualmente come evento (art. 26, co. 2); sul versante processuale, il nesso tra posizione dell'ente e della persona fisica ai fini dell'applicazione della sanzione su richiesta (art. 63).

⁶ Così SGUBBI-FONAROLI-ASTROLOGO, *La nuova legge sammarinese sulla responsabilità delle persone giuridiche: un confronto con la legislazione italiana*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 3, 180-182; nonché STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ In tema D'ARCANGELO, *Gli effetti penali della voluntary disclosure e la responsabilità da reato degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, 2, 20; PIVA, *Gli effetti penali della voluntary disclosure*, in *Corriere tributario*, 26 gennaio 2015, 4, 259 ss.

⁸ In tal senso anche BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 179. Diversamente, l'uso del solo termine "fatto" sta ad indicare ora il reato commesso dalla persona fisica (artt. 6, co.1, lett. a), 11, 12, 25, 46 e 50), ora l'illecito amministrativo dell'ente (artt. 59 e 61, co. 2).

Rispondono, invece, alla logica dell'autonomia dei due illeciti: il ricorso alle locuzioni *illicito commesso* dall'ente (artt. 15, co. 2 e 20), illecito (amministrativo) *dipendente* da reato [artt. 10, 36, 38, 39, 43, co. 2, 44, lett. a), 45, 55, 59, co. 2, 60, 61, co. 2, 71, co. 3, 72 e 81] o reato da cui *dipende* l'illecito amministrativo [artt. 39 o 44, co. 1, lett. a)]; l'indicazione del collegamento tra responsabilità dell'ente e reato non mediante l'uso della preposizione "per" ma con l'inciso "in relazione al" (artt. 2, 3, 4, 8, 13, 16, 21, 24, 25, 26 e 31)⁹; l'impossibilità per la persona offesa di opporsi alla archiviazione disposta nei confronti dell'ente direttamente dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 58, d.lgs. n. 231 del 2001.

Quanto alla distinzione delle sanzioni a seconda della tipologia del reato-presupposto, alla sua commisurazione in rapporto alla relativa gravità (artt. 11, 12 e 26) e al regime di improcedibilità (art. 37), si tratta di regole compatibili a livello strutturale non solo con l'unicità ma anche con la pluralità degli illeciti, come dimostra il modello della responsabilità del direttore di stampa (artt. 57 e 58-*bis* c.p.).

Così come il principio di autonomia di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 è compatibile anche con la tesi della fattispecie plurisoggettiva¹⁰ essendo noto che, ai sensi degli artt. 112, u.c., e 182 c.p., il concorso sussiste anche se taluno dei concorrenti non è imputabile o punibile e di regola l'estinzione del reato ha effetto solo nei confronti di coloro ai quali si riferisce.

Altrettanto non risolutiva appare, infine, la nota questione della natura giuridica della responsabilità dell'ente dal momento che, se la qualificazione come penale¹¹ o amministrativa¹² potrebbe condurre rispettivamente all'unicità ovve-

⁹ La medesima espressione era peraltro utilizzata nella legge delega 29 settembre 2000, n. 300 [art. 11, co.1, lett. a), b), c) e d)], la quale ha così inteso tradurre la locuzione «for the bribery of a foreign public official» della Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (artt. 2 e 3, co. 2).

¹⁰ Cfr., ancora, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 179.

¹¹ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2015, in *Dir. & giust.*, con nota di GRILLO; Id., Sez. VI, 05 novembre 2014, *ivi*, con nota di CAPITANI; Id., Sez. un., 27 marzo 2008, cit.; Id., Sez. II, 20 dicembre 2005, in *Cass. pen.*, 2007, 1, 74 ss.; nonché Id., Sez. VI, 3 marzo 2004, *ivi*, 2004, 4046 ss. (con nota di DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*), la quale ha escluso l'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali facendo leva proprio sul divieto di analogia di cui all'art. 25, cpv, Cost.

¹² Cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, in *Guida al dir.*, 2013, 45/70 ss.; Id., Sez. un., 23 giugno 2011, Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, 433 ss. Nella giurisprudenza di merito cfr. già Gip Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333 ss., con nota di GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti di enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*; Id., ord. 25 gennaio 2005, in *Soc.*, 2005, 1441 ss., con commento di BARTOLOMUCCI; Trib. Milano, ord. 18 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 3858 ss.; Gip Trib.

ro alla pluralità degli illeciti della persona fisica e dell'ente, quella (ormai dominante) come *tertium genus*¹³ lascia spazio ad ogni possibile inquadramento¹⁴. ...

TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI

Milano, ord. 8 marzo 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2012, in cui si è pertanto esclusa ogni rilevanza dell'art. 25 cpv. Cost. quale possibile parametro di legittimità costituzionale.

¹³ Cfr., per tutte, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn e altri, in *Cass. pen.*, 2015,2, 426 (s.m.), con nota di SUMMERER, *La pronuncia delle sezioni unite sul caso thyssen krupp. profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa* - the decision of the corte di cassazione in the thyssen krupp case: the border between intention and negligence; nonché, in precedenza, Id., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, *ivi*, 2011, 5, con nota di AGNESE; Id., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, *ivi*, 2010,5, 1938ss., con osservazioni di LEI; Id., Sez. un. Civ., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, II, c. 1327 ss. le quali hanno conseguentemente ammesso, in tema di abusi di mercato, la legittimità del cumulo tra la responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25-*sexies*, d.lgs. n. 231 del 2001 e quella autenticamente amministrativa prevista dall'art. 187-*quinqüies*, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

¹⁴ Sulla posizione della dottrina in merito si rinvia, per esigenze di spazio, all'ampia bibliografia riportata in DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*.