

L'autonomia della responsabilità dell'ente nel sistema 231: il banco di prova dell'art. 131-bis c.p.¹

di **Marco Gambardella**

1. Ringrazio l'amico avv. Guido Stampanoni Bassi e l'avv. Lorenzo Meazza per l'invito al Convegno per la presentazione della seconda edizione del loro "Commentario al decreto sulla responsabilità degli enti" (Pacini giuridica editore, 2024).

Il mio intervento è in qualità di Professore di diritto penale e, soprattutto, di diritto penale dell'economia: all'interno del corso in Sapienza svolgo infatti una parte sul sistema 231. Inoltre anche in qualità di operatore del settore, perché sono membro di Organismi di vigilanza e ho cercato in questi anni di coniugare la teoria con la pratica.

Ho accolto l'invito dell'avv. Guido Stampanoni Bassi consapevole di parlare a esperti operatori del settore. Ebbene, l'argomento da me oggi trattato potrebbe sembrare del tutto teorico: l'esistenza del (presunto) principio di autonomia della responsabilità dell'ente e il ruolo che esso svolge (o meglio, svolgerebbe) nel nostro ordinamento. A me sembra, invece, che siamo in presenza di una tematica cruciale proprio per la pratica.

E per affrontare il tema muovo da una questione molto specifica, la quale ha oltretutto una data di nascita: il 2015.

Che cosa è accaduto nel 2015? Il legislatore italiano ha introdotto all'interno del codice penale l'art. 131-bis. Sulla scorta del Progetto della "Commissione Palazzo", viene innestata nel codice penale la clausola generale di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Questa micro-questione ci fa toccare con mano un problema capitale con ampi risvolti giurisprudenziali. Si vuole alludere ai criteri di imputazione della responsabilità da reato degli enti, nonché ai rapporti tra la responsabilità della persona fisica e la responsabilità dell'ente collettivo.

La causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* ci impone di riflettere, anche in chiave di riforme, su una delle questioni fondamentali del decreto n. 231/2001: se l'ente può essere ritenuto responsabile di un illecito – penale, amministrativo ovvero dandogli l'etichetta di *tertium genus* di responsabilità (che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo) come fanno le Sezioni unite penali nel caso "ThyssenKrupp" – a prescindere dalla responsabilità penale della persona fisica. La costruzione di modelli di responsabilità autonoma della persona giuridica da parte del legislatore del 2001.

¹ Testo della Relazione tenuta al Convegno: *D.LGS. 231/2001 IERI, OGGI, DOMANI* (Roma, Santa Maria in Aquiro, 28 novembre 2024).

Si tratta non solo di un tema sottovalutato ma anche basilare, coinvolgente una serie di questioni pratiche altresì in chiave di possibili riforme future.

2. Nel 2015 si è cominciata a porre la questione: come reagisce il sistema 231 all'introduzione dell'art. 131-*bis* del codice penale?

La prima sentenza della Corte di cassazione è la sentenza n. 9072 del 2018. Vengono in rilievo esclusivamente sentenze pronunciate della terza sezione penale.

Essa ha inquadrato correttamente il problema nei suoi termini generali, poiché si è osservato che, dopo l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., ci troviamo di fronte a un'alternativa.

Una prima soluzione potrebbe essere quella che essendo stato prosciolta la persona fisica sulla base dell'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., venuto meno il reato presupposto, dovrebbe cessare anche la responsabilità "amministrativa" dell'ente collettivo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di considerare l'art. 131-*bis* c.p. alla stregua dell'istituto della prescrizione, e delle altre cause di estinzione del reato, pena l'irragionevolezza della ricostruzione.

Come è noto, le cause di estinzione del reato (la prescrizione) sono uno dei tre casi, in cui l'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 impone l'autonomia della responsabilità dell'ente a prescindere del procedimento penale nei confronti della persona fisica. Sarebbe pertanto "irragionevole" trattarli in modo diverso. La Corte di cassazione invero non parla mai di analogia, perché sarebbe *in malam partem*, però, in modo intelligente, ha qui osservato che sarebbe "irragionevole" trattare l'ipotesi dell'art. 131-*bis* c.p. in un altro modo rispetto alla prescrizione.

Una corretta logica di sistema in questa ultima affermazione è rinvenibile: perché, se è vero che l'istituto della prescrizione nel codice penale l'abbiamo dislocato tra le cause di estinzione del reato, tuttavia, in realtà, non costituisce una causa di estinzione del reato, bensì una causa di non punibilità. L'unica vera causa di estinzione del reato è l'*abolitio criminis*: i reati si estinguono per l'abrogazione della norma incriminatrice o per una pronuncia di incostituzionalità. Quindi la prescrizione ha natura di causa di non punibilità, anche se il codice, con un'infelice scelta, nel 1930 l'ha inserita tra le cause di estinzione del reato.

In definitiva, la prescrizione, come l'art. 131-*bis* c.p., ha natura di causa di non punibilità. La Corte di legittimità, in questa sentenza, conclude che la clausola dell'art. 131-*bis* c.p. va trattata come la prescrizione, quindi l'intervenuto proscioglimento degli imputati (per un reato ambientale) non preclude l'accertamento dell'illecito amministrativo della società ex d.lgs. n. 231/2001.

Accertamento che, aggiunge la Suprema Corte, non può prescindere dalla concreta verifica dei requisiti costitutivi della fattispecie di reato, non potendosi usare la decisione che ha applicato la particolare tenuità del fatto emessa nei confronti della persona fisica.

Anche questa affermazione andrebbe nondimeno approfondita, perché se andiamo a leggere il codice di procedura penale, secondo l'art. 651-*bis*, in realtà, il proscioglimento *ex art. 131-bis* c.p. ha efficacia di giudicato nel giudizio civile e amministrativo, quanto alla sussistenza del fatto e alla sua illiceità penale, solo se è stata pronunciato a seguito di dibattimento. Nei casi esaminati si tratta invero di proscioglimenti che avvengono prima del dibattimento.

La sentenza appena esaminata è nondimeno condivisibile perché imposta il problema in modo corretto, mentre si rinvencono altre tre sentenze, della terza sezione, più recenti, dal 2019 fino al 2024, che invece capovolgono del tutto l'impostazione della questione: ossia interpretano in modo errato i rapporti fra il reato commesso dalla persona fisica (la responsabilità penale dell'individuo) e la responsabilità "amministrativa" dell'ente.

E, come dirò a breve, si distaccano completamente da quella che è stata la scelta del legislatore del 2001, scelta che può essere condivisibile o meno, ma che impone una "attribuzione derivata" della responsabilità della persona giuridica rispetto al reato commesso dalla persona fisica.

Si tratta di tre sentenze: la n. 1420 del 2020, la n. 37237 del 2014 e la n. 11518 del 2019.

3. Anzitutto, queste tre decisioni commettono un primo errore che s'intende subito affrontare, giacché è un errore semplice da correggere: esse confondono tra due diverse questioni che si pongono in proposito.

Preliminarmente, sgombriamo dunque il campo da una questione che occorre mantenere distinta dalla questione capitale dei rapporti tra le due responsabilità e i modelli di imputazione, questione che però in tali pronunce viene mescolata. La prima questione da tenere separata in queste sentenze, per non confondersi, è quella dell'applicazione "diretta" al sistema 231 dell'art. 131-*bis* c.p., della causa di non punibilità per scarsa tenuità della condotta concreta.

A mio avviso, si tratta di un problema facile da risolvere: l'art. 131-*bis* c.p. *non si applica direttamente al sistema 231* per escludere la responsabilità dell'ente, perché ha dei requisiti costitutivi che sono del tutto eccentrici e incompatibili con l'illecito della persona giuridica. Quindi non opera direttamente nel d.lgs. n. 231, non è esportabile come istituto: è pensato esclusivamente per una condotta scarsamente offensiva della persona fisica.

Tale questione è, in definitiva, agevolmente superabile: l'art. 131-*bis* c.p. non opera senza intermediari nel sistema 231. Ma non deve essere confusa in continuazione con l'altra questione fondamentale, relativa alla eventualità di considerare l'ipotesi contemplata nell'art. 131-*bis* c.p. un ulteriore caso di autonomia della responsabilità dell'ente da aggiungere a quelli espressamente previsti all'art. 8 del decreto, avendo una comune natura di causa di non punibilità basata su una valutazione di opportunità e non meritevolezza della pena.

Ma qual è il presupposto di fondo di queste tre sentenze della Corte di cassazione? Si tratta delle uniche che ho trovato, le sole che risultano "massimate": rappresentano il c.d. diritto vivente.

Cosa dice il diritto vivente? Il diritto di fonte giurisprudenziale parte da un presupposto di fondo: la responsabilità dell'ente è autonoma rispetto a quella penale della persona fisica, e questa autonomia – afferma la Suprema Corte in queste tre pronunce – si ricava dall'art. 8 d.lgs. n. 231/2001.

L'art. 8 cit. contiene il principio cardine che spiega il sistema 231, rende autonome le due responsabilità: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è quindi del tutto autonoma rispetto alla responsabilità penale della persona fisica che realizza il c.d. reato-presupposto.

Riportando qualche passo dalla giurisprudenza, sulla base del principio della natura autonoma della responsabilità dell'ente, si è affermato testualmente: «la responsabilità amministrativo-penale da organizzazione, prevista dal decreto legislativo 231 del 2001, investe direttamente l'ente, trovando nella commissione del reato da parte della persona fisica il solo presupposto ma non già l'intera concretizzazione» (cfr. la sentenza n. 1420 del 2020).

Ancora, nella sentenza più recente la n. 37237 del 2024, si premette non solo la differenza esistente fra le due tipologie di responsabilità, bensì anche «<<la natura autonoma della responsabilità dell'ente rispetto a quella penale della persona fisica che ponga in essere il reato presupposto>>».

Per la Corte di cassazione, tale principio di autonomia consente di escludere che, l'applicazione all'agente persona fisica della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, impedisca di applicare all'ente la sanzione amministrativa, dovendo così ugualmente il giudice procedere all'accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse o vantaggio il fatto di reato è stato commesso dall'apicale o dal subordinato.

Quindi i cardini dell'argomentazione giurisprudenziale appaiono qui: sia la diversità delle due responsabilità, sia l'affermazione che la persona giuridica è titolare di una responsabilità del tutto autonoma e che pertanto non è collegato all'eventuale proscioglimento della persona fisica per il reato presupposto commesso.

4. Il culmine di tale orientamento giurisprudenziale del tutto non condivisibile, in quanto "rompe" la legalità, è rappresentato dalla recente sentenza della terza sezione della Corte di Cassazione n. 24058 del 2024.

Quest'ultima decisione reca una versione estrema di siffatta concezione che individua nell'attuale sistema 231 un principio "supremo" (contenuto all'art. 8 cit.), il quale rende autonomo l'illecito dell'ente collettivo: una responsabilità diretta e separata (non aggiuntiva) rispetto a quella della persona fisica.

È talmente estrema questa sentenza della Corte Suprema che ha ritenuto ammissibile la responsabilità da reato dell'ente, anche quando il reato è stato commesso da un amministratore di un'altra società.

Nel caso di specie, l'autore del reato-presupposto non è, in pratica, l'amministratore della società verso la quale si è contestato l'illecito amministrativo ex d.lgs. n. 231/2001, bensì l'amministratore di un'altra società coinvolta nella vicenda illecita ma estranea al procedimento 231.

Secondo il giudice di legittimità «in virtù del principio di autonomia della responsabilità dell'ente sancito dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 ... l'importante è che un reato tra quelli compresi nel catalogo dei reati presupposto sia stato accertato e sia riferibile ad uno dei soggetti indicati nell'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, anche se poi manchi o sia insufficiente la prova della responsabilità individuale di uno di tali soggetti ... solo l'insussistenza del fatto (formalmente) attribuito al legale rappresentante della società comporta il venir meno della responsabilità amministrativa di quest'ultima, non quando il fatto sia accertato nella sua dimensione storica» (Cass., sez. III, n. 24058 del 2024).

Per la Corte di Cassazione, non importa che non si tratti dell'amministratore della società nei confronti della quale viene accertata la responsabilità ex d.lgs. 231, ma si tratta dell'amministratore di un'altra società, perché comunque un reato è stato commesso, in qualche modo è andato a vantaggio dell'altra società, e pertanto, in base al principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, ciò che è decisivo è la presenza di una colpa da organizzazione, la quale ha consentito la commissione dell'illecito penale. È sufficiente che vi sia stata la realizzazione di un fatto criminoso, ricompreso nel catalogo, non necessita una corrispondenza amministratore e società oggetto del procedimento 231!

Ebbene, l'unico requisito quesito costitutivo fondante della responsabilità ex 231, che viene valorizzato dalla sentenza citata, è allora la *colpa di organizzazione*: il fondamento della colpevolezza dell'ente che risiede nel *deficit* di organizzazione. Sicché, non interessa che l'amministratore soggetto agente del reato presupposto non sia l'amministratore della società nei confronti della quale è instaurato il procedimento 231, ma sia di un'altra società: si può applicare egualmente la sanzione amministrativa da reato al diverso ente in virtù del principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente collettivo.

In altri termini, che il reato lo abbia commesso l'amministratore di un'altra società non rileva, perché in questo caso il reato è stato comunque commesso, è andato in qualche modo a vantaggio anche di quella società, e per questo gli si contesta e si accerta la responsabilità ex 231.

5. Ebbene, tale giurisprudenza di legittimità sull'art. 131-*bis* c.p. e, più in generale, sulla corretta interpretazione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 conduce a una "rottura" della legalità, a una violazione del principio di legalità in relazione all'attribuzione all'ente collettivo della responsabilità amministrativa ex d.lgs. cit. L'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001 stabilisce chiaramente e letteralmente che: il decreto legislativo «disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi *dipendenti da reato*».

La dipendenza da un reato è il requisito fondante della responsabilità della persona giuridica nel sistema 231.

L'art. 2 d.lgs. n. 231 dispone l'inserimento di questi reati in un "catalogo" dei cosiddetti reati-presupposto, che devono essere realizzati da un amministratore o da un subordinato nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo (all'interno del quale quella persona fisica è amministratore o dipendente).

Un fatto costituente reato completo di tutti gli elementi che lo integrano, altrimenti – tautologicamente – non saremo al cospetto di un "reato" (ricompreso nel catalogo dei reati-presupposto).

E questa "stretta dipendenza" della responsabilità della società rispetto alla commissione di un reato (presupposto) che si è perfezionato nei suoi requisiti costitutivi, si trae da una serie di disposizioni chiave nell'impianto normativo del decreto 231. In questo modo il legislatore ci fa capire che la responsabilità 231 è una responsabilità aggiuntiva, la quale dipende da un reato commesso da una persona fisica.

Anzitutto l'art. 36 d.lgs. n. 231, in materia di attribuzioni del giudice penale: «la competenza a conoscere degli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i *reati dai quali questi dipendono*».

Inoltre, è prevista una regola analoga in materia di impugnazioni delle sentenze di condanna dell'ente. Secondo l'art. 71 d.lgs. n. 231 «l'ente può proporre impugnazione nei casi e nei modi stabiliti per *l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo*».

L'illecito amministrativo "dipende" da un reato, composto da tutti i suoi elementi costitutivi. È tautologico: si ha un reato quando sono integrati tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, oggettivi e soggettivi.

Tanto è vero che l'art. 73 d.lgs. n. 231, in tema di revisione della condanna dell'ente, stabilisce – come emerge anche dalla Relazione al decreto legislativo – che se per l'imputato persona fisica sia stata esclusa la sussistenza del reato, l'ente può chiedere la revisione della sentenza della condanna per l'illecito amministrativo.

Infine, non va tralasciato l'art. 3 d.lgs. n. 231, il quale in presenza di una depenalizzazione/abolizione del reato-presupposto prevede la revoca della sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'ente collettivo.

Quindi – seguendo quanto previsto e configurato dal legislatore del 2001 – esiste uno stretto collegamento, una derivazione della responsabilità dell'ente dalla integrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice (oggettivi e soggettivi) nonché della c.d. colpevolezza di organizzazione. La responsabilità dell'ente dipende non solo dal reato completo in tutti i suoi elementi costitutivi, ma anche dalla circostanza che esso sia stato commesso dall'amministratore o da un sottoposto di quella società nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo.

Anche perché, se la vogliamo trattare dal punto di vista dogmatico, la fattispecie dell'illecito amministrativo ex d.lgs. n. 231 è una fattispecie composita. L'illecito

dell'ente – prendendo come esempio il modello kelseniano di illecito: “Se F allora S” – sembra essere pensato come una fattispecie complessa, costituita sul “piano oggettivo” dai seguenti elementi: (i) commissione da parte di una persona fisica di un fatto di reato esplicitamente inserito nel catalogo dei reati-presupposto di cui al d.lgs. n. 231 del 2001; (ii) realizzazione del reato-presupposto ad opera di un soggetto persona fisica che abbia una relazione qualificata con l'ente collettivo (apicale o sottoposto); (iii) reato integrato nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo. La fattispecie dell'illecito è poi completata sotto il “profilo soggettivo” dalla c.d. colpa di organizzazione da intendersi in senso normativo. E quando tale fattispecie ricorre in tutti gli elementi costitutivi, si applicano le sanzioni di cui agli artt. 9 e ss. d.lgs. n. 231.

Allora l'art. 8 quale ruolo svolge nel sistema 231?

Il legislatore è chiarissimo: l'art. 8 d.lgs. n. 231 non rappresenta il “principio supremo” dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'individuo in carne ed ossa, bensì svolge il ruolo più modesto di individuare delle ipotesi specifiche, derogatorie, rispetto al normale modello di imputazione nel quale la responsabilità dell'ente *dipende, deriva* e si *aggiunge* a quella della persona fisica.

La costruzione sintattica dell'enunciato contenuto nell'art. 8: «la responsabilità dell'ente sussiste “anche quando”», non lascia alcun dubbio che l'art. 8 vada interpretato in questo modo.

L'illecito amministrativo della persona giuridica pertanto “sussiste anche quando” ... ossia non solo allorché è realizzato un reato-presupposto da parte di un apicale/subordinato nell'interesse o a vantaggio della società (e vi è “colpevolezza di organizzazione”), ma anche quando questo collegamento è assente in alcuni casi derogatori dal normale modello di imputazione della responsabilità, casi elencati alle lettere a) e b) dell'art. 8 cit.

In particolare, nell'art. 8 cit. si individuano tre ipotesi: l'autore del reato non è identificato, l'autore non è imputabile e la presenza di una causa di estinzione del reato (diversa dall'amnistia) quale, ad esempio, l'intervenuta prescrizione del reato.

La legge individua solo questi tre casi in cui non deve sussistere la derivazione della responsabilità “amministrativa” dell'ente dalla commissione di un reato da parte di una persona in carne ed ossa: in questi tre casi la responsabilità dell'ente è autonoma. Sicché non può condividersi la tesi della Suprema Corte, ovvero il diritto vivente che si ricava da queste tre sentenze, secondo cui la responsabilità ex 231 è fondata sul principio di autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella penale della persona fisica qualificata.

6. Per concludere, il sistema 231 come costruito dal legislatore italiano non dipende da un dato naturalistico, non è una scelta dettata da un fattore ontologico, bensì una opzione normativa del nostro legislatore del 2001.

In base a tale scelta legislativa, *aggiungiamo* la responsabilità della società rispetto a un reato commesso da un individuo in carne ed ossa. L'illecito amministrativo previsto nel d.lgs. n. 231 *dipende* da un illecito penale commesso da un apicale o da un dipendente nell'interesse o a vantaggio dell'ente in cui lo stesso lavora.

E questo reato deve essere inserito in un *catalogo* (quale reato-presupposto), e deve essere integrato in tutti i suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi. Dovendosi inoltre accertate una *colpevolezza di organizzazione*, che caratterizza la tipicità dell'illecito amministrativo nel d.lgs. n. 231 e va distinta dalla "colpevolezza" dei soggetti autori del reato presupposto.

Solo allora si può configurare la responsabilità "amministrativa" dell'ente da reato; a meno che non ricorrano quei tre casi che il legislatore nell'art. 8 ha identificato in modo espresso, e nei quali la responsabilità "amministrativa" della persona giuridica è autonoma rispetto a quella penale della persona fisica: è presente una causa di estinzione del reato, l'autore del reato non è stato identificato o lo stesso non è imputabile.

Certo, il modello di responsabilità degli enti può essere benissimo riformato in futuro e costruito in un altro modo, e sarebbe auspicabile se nella configurazione attuale non funziona.

Ma perché questo modello come lo ha delineato il legislatore del d.lgs. n. 231, seppur apprezzabile, sembra non funzionare al meglio? Forse perché era un ambito giuridico che *illo tempore* non conoscevamo, un mondo estraneo al nostro nel quale *societas delinquere non potest*. I giuristi che hanno concepito il d.lgs. n. 231 lo hanno pensato bene per il sapere esperienziale dell'epoca: fondamentalmente basato sullo studio e l'adozione della legge n. 689 del 1981 in tema di depenalizzazione.

Oggi però ne comprendiamo meglio i tratti critici e le difficoltà di fondo. Il tratto di fondo maggiormente problematico è quello di non aver certezze: la responsabilità "amministrativa" è vero che è "derivata", è vero che si "aggiunge" a quella penale, ma è anche vero che in Italia non possiamo affermare – mentre altrove è possibile – che si tratta di una responsabilità che dipende dalla condanna definitiva di una persona in carne ed ossa.

Ciò non è rivendicabile, ed è un dato che rende tutto incerto. Se il legislatore avesse stabilito, in modo *tranchant*, che la responsabilità da reato delle società sussiste quando viene affermata giudizialmente la responsabilità penale della persona fisica, quando cioè vi è stata la condanna definitiva di un amministratore o di un dipendente di una società, alcuni problemi sarebbero stati risolti. Ne sarebbero cominciati forse altri. Tuttavia, quelle qui in esame sarebbero state questioni che molto probabilmente non si sarebbero poste.

Quindi, dicevo, sono certo che l'attuale non è il modello definitivo di responsabilità da reato delle società: è auspicabile un cambiamento nel futuro. L'ente collettivo responsabile di un reato di impresa "indipendentemente" e "autonomamente" dalla responsabilità penale della persona fisica, individuando



i presupposti e le condizioni che potrebbero rendere l'illecito commesso da una impresa un illecito "organizzativo", anziché un reato commesso da un soggetto all'interno di un'organizzazione.

Un illecito penale, dunque, autenticamente della persona giuridica, senza il tramite necessario della responsabilità penale della persona fisica: in altri ordinamenti esistono modelli fondati sul principio di identificazione (*principle of identification*, ovvero *identification theory*), come nei sistemi di area angloamericana di *common law*, in cui vi è la responsabilità diretta e autonoma della persona giuridica... da noi no, ancora non è così!