

Il merito

Responsabilità degli enti

La decisione

Responsabilità degli enti - Onere della prova - Incostituzionalità - Natura della responsabilità (D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 5, 6, 7, 8 e 34).

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 al D. Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente. Non si apprezza, quindi, alcuna violazione dei presidi costituzionali.

TRIBUNALE DI LUCCA, 31 luglio 2017 (ud. 31 gennaio 2017), BORAGINE, Presidente - MARINO, GENOVESE, *Giudici Estensori* - AMODEO, GIANNINO, P.M. (conf.) - Kogheleide e altri, ricorrenti.

L'incidente ferroviario di Viareggio: una (ulteriore) conferma dell'orientamento della Cassazione sul tema dell'onere della prova nel processo agli enti

L'autore prende in esame la sentenza di primo grado di uno dei più gravi incidenti ferroviari degli ultimi anni, la quale conferma l'orientamento della Cassazione sul tema della natura della responsabilità degli enti: un c.d. *tertium genus*. Una tale lettura, tuttavia, rischia di dar luogo ad evidenti contrasti con i principi costituzionali dell'ordinamento, soprattutto con il dettato dell'art. 27 comma II, la presunzione di non colpevolezza.

The author examines the first instance sentence of one of the most serious railway accidents in recent years, which confirms the Court of Cassation's orientation on the issue of the nature of the liability of societies: a so-called tertium genus. Such a reading, however, is likely to give rise to obvious conflicts with the constitutional principles of the legal system, especially with the dictate of art. 27 paragraph II, the presumption of not guilty.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2 - La natura della responsabilità degli enti: *vexata quaestio* o “mera disputa teoretica”? 3 - Il problema dell'onere della prova.

1. Introduzione

Definito come “il più grande incidente ferroviario in Italia e in Europa degli ultimi trent'anni”¹, il disastro di Viareggio si colloca lungo una scia di eventi catastrofici² nei quali lo strumento del treno, simbolo di modernità e progres-

¹ Si veda www.ilmondochevorreiviareggio.it.

² Si ricordano, a titolo esemplificativo, il deragliamento del treno Versailles-Parigi, avvenuto l'8 maggio 1842, nelle vicinanze di Meudon (Hauts-de-Seine), con un bilancio di 55 morti; ancora, il “disastro del Tay Bridge”, avvenuto il 28 dicembre 1879 in Scozia, nel quale, al passaggio del convoglio, l'omonimo

so sin dalla prima metà dell'Ottocento, è stato anche l'esempio più lampante della moltiplicazione delle fonti potenziali di danno e degli ordini di grandezza quantitativi inediti che lo sviluppo tecnologico ha portato con sé³.

Volendo brevemente ricostruire la vicenda, il treno merci 50325 Trecate-Gricignano deragliò assieme al suo convoglio di quattordici carri cisterna contenenti 35 mila litri di GPL alle 23:48 del 29 giugno 2009, per cause da collegare probabilmente al cedimento del carrello del primo carro cisterna. Fu dal primo carro, infatti, che, a seguito dell'urto con una infrastruttura circostante, fuoriuscì il GPL che dette immediatamente vita ad un incendio, ed in seguito ad un vero e proprio innesco. I danni che si registrarono furono enormi: ben undici persone persero la vita nel giro di pochi minuti, a causa delle fiamme o del crollo degli edifici, altre persone rimasero uccise da infarto immediato ed altre ancora rimasero ferite; tra queste, molti furono i gravemente ustionati, che persero la vita anche a diverse settimane dall'incidente. I macchinisti riuscirono a rifugiarsi dietro ad un muro nelle vicinanze, che li riparò dalla fiammata generata dal gas.

Il convoglio deragliò in corrispondenza del sovrappasso pedonale che attraversava trasversalmente il fascio binari sud della stazione ferroviaria di Viareggio; numerosi edifici della zona furono in seguito abbattuti su ordinanza delle autorità comunali perché non più agibili a causa del forte stress termico subito. In totale furono registrati ben 33 morti e 25 feriti.

Al tragico episodio, è seguita una lunga vicenda processuale, iniziata nel novembre 2011 e conclusasi in primo grado il 31 gennaio 2017 con la sentenza n. 222/2017, data in cui il Tribunale di Lucca ha emesso la sentenza di condanna per gli imputati, in merito ai reati di disastro ferroviario, incendio colposo, omicidio colposo plurimo, lesioni personali⁴.

ponete crollò, cagionando la morte di 75 persone; ancor più devastante fu il "disastro di Torre del Bierzo", avvenuto il 3 gennaio 1944, cagionato dalla collisione di ben tre treni: rapporti ufficiali parlarono di 78 vittime, ma si presume che i numeri fossero stati ridotti di molto dal governo franchista (stime più recenti parlano di circa 200-250 morti).

Per una trattazione esaustiva PANCONESI, *Disastri ferroviari. Cronache dal 1815 di incidenti sulle strade ferrate*, 2^a ed.

³ Anche prendendo spunto da questi eventi, si è coniato il concetto di "società del rischio". Su questo BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, II° ed., Roma, 2000; LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996

⁴ In www.ilmondochevorreiviareggio.it cit.

2. La natura della responsabilità degli enti: *vexata quaestio* o “mera disputa teoretica”?

L’ultimo capitolo della sentenza (la quale conta, nella sua interezza, più di mille pagine) si è occupato direttamente delle questioni riguardanti la responsabilità degli enti, data la partecipazione al processo di numerose società, italiane ed estere (Ferrovie dello Stato Spa, Rfi Spa, Trenitalia Spa, FS Logistica Spa, Cima Riparazioni Spa, Gatx Rail Austria GmbH, Jungenthal Waggon GmbH, Gatx Rail Germania GmbH e Gatx Rail Europa GmbH); e proprio all’interno dell’ultima parte del dispositivo, si ripropone una delle questioni più accese, se non “la” questione per eccellenza, ovvero quella che verte sulla natura della responsabilità *ex D.Lgs. n. 231 del 2001*⁵.

Il Collegio, una volta descritto il trivio di possibilità (natura amministrativa, penale o mista) che gli si dispiegano innanzi, opta per la soluzione, già recepita dal legislatore storico all’interno della Relazione ministeriale al decreto⁶ nonché ribadita dalla Cassazione⁷, della natura ibrida.

Sebbene tale tesi sia avallata da molteplici sentenze di legittimità, nonché da una parte della dottrina che utilizza espressioni definitorie più neutre, eviden-

⁵ Senza voler presentare la *vexata quaestio* in ogni sua sfaccettatura, si propone la sintesi operata da PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 7 e ss. «Complice il riferimento, nell’intitolazione del d.lgs. in parola, alla responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche, è scaturita una diatriba circa la natura della suddetta responsabilità. (...) I *topoi* interpretativi esaltano taluni istituti di carattere penalistico, recepiti in seno al sistema (principio di legalità, divieto di retroattività delle norme meno favorevoli: v. artt. 2 e 3), per approdare alla conclusione a favore dell’essenza *penale* della responsabilità degli enti (PALIERO; sostanzialmente anche DE VERO); nella stessa scia, ma con accentuazioni fortemente polemiche riguardo alla scelta ideologica – nell’accezione negativa di “falsa coscienza” – di attribuire alla responsabilità dell’ente un *nomen iuris* che ne maschera la vera natura penalistica, si schierano alcuni Maestri del diritto penale (MUSCO, PADOVANI). A questi ultimi se ne contrappongono altri, parimenti autorevoli, i quali propendono decisamente per l’essenza *amministrativa* della suddetta responsabilità (ROMANO) e, per corroborare tale tesi, puntano il dito su determinati istituti, del d.lgs. in oggetto, incompatibili con la disciplina penalistica (prescrizione, vicende modificative dell’ente: v. artt. 22 e 28-33) (MARINUCCI). Altri ancora adombrano l’esistenza di un «modello integrato di responsabilità», quale riflesso del criterio di imputazione «mutuato dal paradigma civilistico della responsabilità oggettiva [ex art. 6] (AMODIO). Valga infine un’osservazione formulata a ridosso dell’entrata in vigore della nuova normativa: entrambi i modelli (amministrativo e penale) appaiono «sostanzialmente inadeguati a ricevere l’innesto del nuovo istituto», in quanto «rigidi, l’uno per tradizione, l’altro per il doveroso rispetto di principi garantistici irrinunciabili» (ALESSANDRI)»

⁶ Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001: «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.»

⁷ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008) n. 26654, FISIA impianti, S.p.A., in *Cass. Pen.* n. 12, 2008, 4544 e ss.

ziando soluzioni di mezzo ed incolori⁸, di certo la stessa teoria c.d. del *tertium genus* non può invero essere assunta come soluzione definitiva, anzi: una sintesi di tal genere necessita di essere invece presa ad esempio come vera e propria “non soluzione” ad un problema interpretativo a dir poco rilevante. Utilizzando appunto la suddetta espressione, che definisce il *genus* della responsabilità ex D.Lgs. 231 come *tertium*, i problemi applicativi e di compatibilità col dettato costituzionale non vengono eliminati, ma al contrario si ripropongono ciclicamente, poiché qualsiasi interprete si troverà *ex novo* costretto a chiedersi quali principi si dovranno applicare alla disciplina descritta nel c.d. “microcosmo” normativo: quelli propri del diritto penale (principio del contraddittorio, diritto di difesa, presunzione d’innocenza)? O viceversa, quelli del diritto amministrativo? Entrambe? Ed ancora: se dovessero essere applicati entrambe, quali istituti potrebbero essere definiti come “amministrativi”, e quali al contrario “penali”? Occorrerebbe piuttosto operare un *mixtus* di principi costituzionali, tra due ambiti assai distanti, soprattutto sul piano delle garanzie? Un vero e proprio labirinto ermeneutico, del quale non si scorge l’uscita.

Come si può vedere, la soluzione (*rectius* la “non soluzione”) accettata anche nel caso del disastro ferroviario viareggino, non può soddisfare un interprete attento. Al contrario, il *tertium genus* può dare ulteriore nutrimento a quella che è stata chiamata da autorevole dottrina la «frode delle etichette»: ad un corpo normativo formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale⁹, si attribuisce un carattere neutro, che non è né l’uno né l’altro, e che, proprio

⁸ Il riferimento, in particolare, è a PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 e ss.

⁹ Si ricordano gli artt. 34 e 35 del decreto, i quali estendono le norme del codice di procedura penale anche al processo agli enti; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, 879 e ss.: «In questo senso, allora, si può dire che diritto penale e processo (penale) rappresentano poli di una relazione dialettica necessaria, fondata su nessi di reciprocità, sia strutturale che funzionale: se infatti il primo ha bisogno del secondo per la implementazione di parte significativa delle proprie funzioni di tutela (in pratica, di tutte quelle che seguono la commissione del reato), il secondo presuppone logicamente la vigenza del primo.». Sullo stesso tema PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO, *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 13, il quale, riferendosi alla responsabilità degli enti come disegnata nel d.lgs. 231, afferma come “amministrativa” la dichiara il legislatore nel titolo della legge e ad ogni pie’ sospinto nel corpo del testo normativo. Ma, nel mentre insiste sulla qualificazione, atteggia tuttavia la disciplina secondo moduli e cadenze tipicamente penalistici: dal principio di legalità alla successione di leggi, dai parametri di commisurazione della sanzione pecuniaria ai criteri di scelta delle sanzioni interdittive, il clima che si respira nel D.Lgs. n. 231 del 2001 è quello di un angolo del bosco penale. Del resto, la responsabilità dell’ente è costruita a partire da un “reato”: per l’appunto la pianta che quel bosco popola.»

per questo motivo, lascia al giudice l'estrema libertà di applicare i principi dell'ordinamento che preferisce, secondo un sistema in cui colpevolezza o innocenza di un soggetto imputato (seppur collettivo) paiono dipendere dalla sola e mera volontà dell'organo giurisdicente, scissa dai valori certi ed assoluti che stanno al vertice dell'impianto giuridico.

A ciò si aggiunga un ulteriore passaggio, estrapolato dalla celeberrima sentenza 38343/2014 (caso ThyssenKrupp), e ripreso dal Collegio, in cui si afferma come «tali dispute definitorie e classificatorie rimangono nell'ambito delle disquisizioni di impronta prevalentemente teoretica»¹⁰.

Ebbene, è da simili questioni teoriche (e teoretiche) che occorre partire per risolvere i problemi, ben presenti nel d.lgs. 231/2001 e troppo semplicisticamente risolti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, di compatibilità col dettato costituzionale.

3. Il problema dell'onere della prova

Senza indagare le problematiche sostanziali che discendono dall'una o dall'altra teoria, una questione invece processuale fortemente collegata con la natura della responsabilità degli enti, che il Collegio risolve sempre sulla scia della giurisprudenza di legittimità¹¹, riguarda in particolare l'onere della prova (c.d. *Beweislast*).

Stando al dato letterale dell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001, graverebbe sull'ente l'onere di provare l'adozione del modello di organizzazione e gestione, il ruolo dell'organismo di vigilanza, l'elusione fraudolenta dei modelli e l'insufficiente vigilanza da parte dell'organo preposto. Più specificamente, la dicitura «l'ente non risponde se prova che» parrebbe realizzare una vera e propria inversione dell'*onus probandi*, il quale, stando alle regole fisiologiche del processo, graverebbe non sul soggetto collettivo chiamato a rispondere di illecito, ma piuttosto sulla controparte (in questo caso, sull'organo d'accusa).

Hic sunt dracones: appare chiaro a questo punto, come proprio dalla natura della responsabilità disegnata nel decreto discenda anche la legittimità o meno della norma sopra menzionata. Se infatti si attribuisse una natura amministrativa al processo agli enti, non si potrebbe contestare alcunché al legislatore, essendo l'onere probatorio regolato in tal sede dal principio (di rango legislativo), contenuto nell'art. 2697 c.c., dell'*affirmanti incumbit probatio* quale

¹⁰ Trib. Lucca, sent. n. 222/2017.

¹¹ Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, Brillrover e altri, in *Cass. Pen.*, 2011, 1876 e ss.; Id., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*

norma dispositiva: una norma speciale potrebbe senza dubbio operare un'inversione, fungendo da eccezione alla norma generale¹².

Sotto termini ben diversi si pone invero la questione, se si attribuisce una natura penale alla responsabilità degli enti: in tal caso, infatti, non una norma di rango legislativo, né tantomeno dispositiva, regola l'onere probatorio; al contrario, si dovrebbe guardare alla norma di rango costituzionale ed imperativa della presunzione d'innocenza, contenuta nell'art. 27, co. 2, Carta fondamentale. È infatti da questa che discende la regola "inderogabile" dell'*onus probandi* gravante sull'organo d'accusa in sede penale¹³.

Il Collegio del tribunale di Lucca dimostra di non riconoscere affatto questa diafrasi tra regola processuale e classificazione della responsabilità ex d. lgs. 231, attribuendo l'onere della prova direttamente al Pubblico Ministero¹⁴, in quanto organo incaricato di dimostrare l'esistenza del reato-presupposto dell'apicale; si arriva, per giunta, a sostenere che il carico probatorio disposto

¹² MINNELLA, *D. Lgs. N. 231 del 2001 e reati colposi nel caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it: «La Corte respinge tutte e tre le doglianze di costituzionalità sulla base di un unico argomento: la responsabilità dell'ente, ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, ha natura senz'altro amministrativa. In particolare la sentenza, dopo aver richiamato gli ultimi arresti della Corte di cassazione (in particolare le sentenze n. 3615/06, 26654/08 e 36083/09, orientate verso la tesi del tertium genus) sottolinea come "la volontà del legislatore, come traspare sia dalla legge delega sia dal decreto delegato, fosse quella di introdurre una nuova forma di responsabilità, tipica degli enti: di natura amministrativa, con garanzie procedurali che richiamano quelle processualpenalistiche, con sanzioni innovative in quanto non assimilabili né alle pene né alle misure di sicurezza".

¹³ CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, Padova, 2017, 188: «Il pericolo che il procedimento probatorio relativo all'accertamento dell'illecito amministrativo derivante da reato conosca «ingiustificate "scorciatoie giurisdizionali"», impone la piena equiparazione dell'ente incolpato alla persona fisica imputata, anche in ragione della regola di trattamento, comune ai due soggetti, ricavabile dall'art. 27 Cost.»

¹⁴ Trib. Lucca, n. 222/2017, cit.: «grava sull'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; tale accertata responsabilità si estende "per rimbalzo" dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro (...). Militano, inoltre, a favore dell'ente, con effetti liberatori, le previsioni probatorie di segno contrario di cui al D.Lgs. n. 231, art. 6, e, specificamente, l'onere per l'ente di provare, per contrastare gli elementi dell'accusa a suo carico, "che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" (art. 6 lett. a) e che, sulla base di tale presupposto, ricorrono le altre previsioni elencate nelle successive lettere del citato art. 6. Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, 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 al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente. Quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria. Non si apprezza, quindi, alcuna violazione dei presidi costituzionali relativi al principio di uguaglianza e all'esercizio del diritto di difesa.»

dall'art. 6 nei confronti dell'ente "militi a favore dell'ente stesso", in quanto in grado di esimerlo *in toto* da responsabilità.

Pur apprezzando il tentativo di voler salvare una norma che si pone al cuore di un atto normativo rivoluzionario dell'intero sistema (in quanto cancella l'antico principio, espresso dal brocardo latino *societas delinquere non potest*), e che rischia altrimenti di creare un *vulnus* costituzionale non di poco conto, gli elementi che vanno contro tale lettura sono troppo evidenti per non essere presi in considerazione.

In primis, occorre rivedere la Relazione ministeriale al decreto, atto in grado di porre innanzi agli occhi degli interpreti la volontà del legislatore (volontà, a dire il vero, decisamente confusa). È all'interno di questa, infatti, che si rintraccia un primo, chiaro ed evidente riconoscimento di un'inversione dell'onere probatorio¹⁵, giustificata dalla posizione degli autori del reato posto a base dell'illecito amministrativo: è dalla volontà del legislatore storico, dunque, che, prima di tutto, si nota un ribaltamento delle regole processuali in via di eccezione.

In secondo luogo, la dicitura "l'ente non risponde se prova che" pare più di ogni altra relazione esplicativa. Le domande che conviene farsi, nell'analisi di questo controverso frammento normativo, sono fondamentalmente due: la prima è se vi possa essere una formula migliore per poter realizzare il capovolgimento del gravame probatorio; e la seconda - ben più insidiosa ed importante - è se corrisponde ad identità il rapporto che si instaurerebbe tra la medesima frase e quella che si verrebbe a creare spostando la negazione all'interno della protasi ("l'ente risponde se non prova che").

Se alla prima domanda si potrebbe anche rispondere (non senza difficoltà argomentativa) affermativamente, sostenendo dunque che vi potrebbero essere formule migliori per realizzare un'inversione dell'onere della prova, alla seconda pare invece impossibile rispondere negativamente: nel mettere ac-

¹⁵ Relazione ministeriale al decreto, punto 3.4 (Segue: i criteri di imputazione soggettiva nel caso di reati commessi dagli apicali): «è appena il caso di puntualizzare, inoltre, che il fatto che la riforma sia calibrata la riforma su realtà organizzative complesse "a base manageriale orizzontale" non significa affatto complicare l'accertamento dell'illecito nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti apicali nell'ambito di società a struttura più semplice. Ed 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).»

canto le diciture “l’ente non risponde se prova che” e “l’ente risponde se non prova che”, dal punto di vista sia della logica e della sintassi che delle conseguenze pratiche, non si potrebbe che inserire tra le due il simbolo dell’uguaglianza.

Da ciò, una volta che il Pubblico Ministero abbia sollevato l’accusa nei confronti del soggetto collettivo, le conseguenze di una eventuale inerzia dello stesso sul piano probatorio appaiono ben visibili, e conducono inevitabilmente ad una sentenza di condanna; sentenza che, si badi bene, giungerebbe anche nel caso di autore materiale del reato-presupposto non identificato, in forza dell’art. 8 D.Lgs. 231, co. 1, lettera a).

In terzo luogo, proprio nell’art. 8 del Decreto, c.d. principio di autonomia, si rinviene il dato testuale che permette di muovere a critica l’intera motivazione che i giudici hanno dato alla sentenza. Con questa norma, infatti, si è voluto scindere inequivocabilmente le due figure del reato-presupposto e dell’illecito amministrativo, assumendo entrambi i concetti come separati e distinti¹⁶; certamente, l’uno si colloca (per l’appunto) quale presupposto dell’altro, ossia come elemento della seconda *species*, ma da questa è anche per definizione normativa autonomo e scisso: provare il reato a base dell’illecito *ex* Decreto 231 non può significare provare “anche” quest’ultimo, essendo per l’illecito previsti nuovi ed ulteriori *facta probanda*, dei quali il reato-presupposto costituisce soltanto il primo esempio.

In quarto luogo, un ulteriore elemento testuale di difficile spiegazione in merito alla presunta inversione dell’onere probatorio si rinviene nell’art. 7 del Decreto 231, norma regolante i reati commessi da “soggetti sottoposti all’altrui direzione”. In particolare, non si riesce a spiegare come, una volta compreso che per i reati posti in essere da soggetti apicali *l’onus probandi* grava (non sull’Accusa, come avrebbe sostenuto il Collegio, ma) sulla difesa, per i sottoposti invece l’onere della prova venga “normalizzato” secondo le ordinarie regole processuali: al I comma, infatti, non vi è alcun cenno al ruolo

¹⁶ Relazione ministeriale al decreto, punto 4 (Autonomia della responsabilità dell’ente): «Di particolare rilievo è la disposizione dell’art. 8. Essa chiarisce in modo inequivocabile come quello dell’ente sia un titolo autonomo di responsabilità, anche se presuppone comunque la commissione di un reato. Se infatti il meccanismo punitivo è stato congegnato in modo tale da rendere le vicende (processuali) delle persone fisiche e quelle dell’ente tra loro strettamente correlate (il *simultaneus processus* risponde non soltanto ad esigenze di economia, ma anche alla necessità di far fronte alla complessità dell’accertamento), ciò non toglie che in talune limitate ipotesi, l’inscindibilità tra le due possa venir meno. Tanto accade ovviamente quando le persone - fisica e giuridica - adottino diverse strategie processuali (sul punto, *infra*); prima ancora, con riguardo al momento che qui interessa, la *nascita* del procedimento, il comma 1 dell’art. 8 lascia sussistere la responsabilità dell’ente anche quando l’autore del reato non sia stato identificato ovvero non sia imputabile.»

dell'ente nella dimostrazione dei già menzionati fatti da provare, che conducono all'accertamento dell'illecito amministrativo, ma soltanto un richiamo alla sua responsabilità "se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza".

Autorevole dottrina parla di una «divaricazione soggettiva»¹⁷ a ben vedere inspiegabile; soprattutto se si osserva nuovamente la spiegazione che dà la Relazione al decreto, la quale giustifica una simile soluzione sulla base della «gravità delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo all'ente sul piano sanzionatorio»¹⁸.

Stando al dettato normativo, il legislatore, data la gravità delle pene previste, e dato anche il fatto che ai reati commessi da soggetti in posizione apicale è attribuita una maggiore gravità sul piano oggettivo rispetto ai reati commessi dai sottoposti (poiché si ha a che fare con i vertici dell'ente stesso, e dunque immediatamente con la politica d'impresa), alleggerisce il carico sanzionatorio non con una diversa graduazione del *quantum*, bensì con il sovvertimento delle regole fisiologiche del processo, dando all'onere della prova un verso che pare legittimo soltanto a metà¹⁹.

¹⁷ FIORIO, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *La prova nel processo agli enti*, a cura di Fiorio, Torino, 2016, 147: «Da una siffatta "divaricazione soggettiva" discendono rilevanti implicazioni in ordine alle tecniche dell'accertamento processuale, le quali tendono ad evidenziare una sorta di «alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*: non solo, infatti, «un pubblico ministero fornito di elementi a carico deboli nei confronti della persona fisica potrebbe artatamente contestare l'illecito amministrativo all'ente al fine di ottenerne comunque una condanna sul medesimo fatto storico», ma, proprio nei casi in cui non sia identificato l'autore del reato, esso potrà limitarsi ad allegare elementi indiziari per far valere la presunzione che si tratti di un soggetto apicale e "scaricare" sulla *societas* l'onere di dimostrare l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo; l'esistenza di un autonomo e vigile organismo di controllo; l'elusione fraudolenta da parte degli apici delle suddette regole organizzative.

¹⁸ Relazione ministeriale al decreto, punto 3.5 (Segue. I criteri di imputazione soggettiva nel caso di reato commesso dai sottoposti): «infine, è opportuno sottolineare come, a differenza che nel caso di reato commesso da persona in ruolo apicale, qui l'onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello da parte dell'ente gravi sull'accusa. La ragione è chiara (*nulla poena sine culpa*) e - lo si ribadisce - discende dalla gravità delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo all'ente sul piano sanzionatorio. La puntualizzazione riveste peraltro un'importanza non secondaria anche nei casi in cui la misura sia applicata in fase cautelare, mettendo così al riparo dall'eventualità di un eccesso nel ricorso a misure cautelari potenzialmente assai invasive».

¹⁹ I molteplici dubbi che la questione della norma presenta sono adesso al vaglio del Parlamento, di fronte al quale è stato presentato in data 14 febbraio 2017 un disegno di legge (n. 2700, Sen. D'Ascola) che mira, tra le altre cose, a ricondurre «la ripartizione dell'onere della prova al rispetto dei principi costituzionali». Il d.d.l., nel suo art. 4, prevede appunto una modifica del frammento normativo controverso del comma I dell'art. 6 ("l'ente non risponde se prova che" viene tramutato in "l'ente risponde se"), che riporta l'*onus probandi* a carico del Pubblico Ministero; anche per questo, espunge dall'elenco dei *facta probanda* l'elusione fraudolenta «concentrando lo sforzo probatorio richiesto al pubblico ministero al fine di dimostrare l'esistenza di una cosiddetta colpa organizzativa in capo all'ente». Si veda BERNASCONI, *I progetti di riforma del d. lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati tra-*

