

REATI ASSOCIATIVI E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI: SPUNTI A MARGINE DI UNA RICERCA

Francesca Chiara Bevilacqua

Abstract

Bocconi University's research analyzed the criminal proceedings started with respect to the crime of mafia-type association in Milan from 2000 to 2015. It also monitored the functioning of the intersection between this crime, as per sec. 416-*bis* of the Criminal Code, and corporate criminal liability, and found out that Milan's Court has been making a very limited use of sec. 24-*ter* of law decree 231/2001 so far. After some remarks on the confiscation of profits deriving from the crimes of criminal association, the paper highlights that from a legal standpoint these crimes are hardly compatible with the concept of "interest/advantage" requested by law decree 231/2001 in order to establish the entity's liability, and from a factual point of view that it's difficult to assess the effects of mafia's penetration into companies, since the entities involved often look favored and strangled at the same time.

Keywords: mafia-type association; 'ndrangheta; infiltration; confiscation; law decree 231/2001

1. Introduzione

La ricerca qui presentata, sviluppata dall'Università Bocconi, ha esaminato i dati giudiziari sull'infiltrazione mafiosa nel Nord Italia. In particolare, e come più ampiamente descritto nei capitoli introduttivi, il fenomeno è stato indagato nella sua manifestazione giudiziale seguendo l'evoluzione dei procedimenti aperti per la fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. nel capoluogo lombardo nell'arco del periodo 2000-2015, attraverso la consultazione integrale dei fascicoli messi a disposizione dagli uffici¹. L'ampio materiale, esaminato e rielaborato dal gruppo di ricerca, ha consentito una risposta preliminare a diversi interrogativi: quali siano, in base

¹ Più precisamente, il campione esaminato è costituito dai procedimenti penali aperti per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. che, secondo le risultanze del registro presso la Procura della Repubblica di Milano, avevano riportato tra il 1 gennaio 2000 e il 31 dicembre 2015 un provvedimento decisorio. Si rinvia alla presentazione del prof. Alberto Alessandri per la ricostruzione dettagliata del campione oggetto di indagine, pari complessivamente a 105 procedimenti. Gli esiti della prima fase di ricerca sono stati pubblicati nel sito www.penalecontemporaneo.it in data 15 dicembre 2014.

all'esperienza giudiziaria, le associazioni mafiose maggiormente radicate nel territorio lombardo, quali fattispecie siano più frequentemente contestate accanto all'associazione, quale sia il volto degli associati nel Nord Italia, temi tutti per i quali si rinvia all'elaborazione statistica realizzata e ai capitoli di commento precedenti.

Tra i tanti aspetti considerati dall'indagine si colloca anche il discusso connubio tra *responsabilità degli enti e associazione per delinquere di tipo mafioso*: è su questo che si concentreranno queste note.

Nell'esame dei fascicoli, infatti, sono state considerate le indagini, oltre che sulle persone fisiche, su quelle giuridiche. Come noto, la responsabilità da reato degli enti, grazie alla l. 94/2009, che ha aggiunto l'art. 24-ter al d. lgs. 231/2001, annovera tra i reati presupposto anche l'associazione per delinquere di tipo mafioso.

2. L'intervento del 2006 sulla criminalità organizzata transnazionale nel contesto dell'impostazione di fondo del d. lgs. 231/2001

L'ingresso dei reati associativi nel catalogo dei reati *presupposto* aveva avuto inizio nel 2006, con la l. 146 sul crimine organizzato transnazionale: in base all'art. 10 di tale legge, l'associazione per delinquere semplice, quella di tipo mafioso, quella finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d.p.r. 43/1973) e quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 309/1990) - qualora caratterizzate dalla transnazionalità di cui all'art. 3 della medesima l. 146/2006 - possono dal 12 aprile 2006 (data di entrata in vigore del provvedimento) generare la responsabilità amministrativa degli enti e condurre a sanzioni pecuniarie (da quattrocento a mille quote) e interdittive (non inferiori a un anno).

Nel 2006 si era dunque creato un quadro normativo anomalo, nel quale il reato associativo non comportava conseguenze punitive dirette per l'ente, se non quando fosse stato commesso in più di uno Stato, o fosse stato commesso in uno Stato ma parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo fossero avvenute in un altro Stato, oppure fosse stato implicato un gruppo criminale

organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, oppure ancora avesse avuto effetti sostanziali in un altro Stato (così le lettere *a*, *b*, *c* e *d* dell'art. 3 l. 146/2006).

La situazione era anomala anche perché la responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato era sorta per colpire l'ente lecito che deviava in maniera occasionale, mentre l'ente intrinsecamente illecito costituiva in quel contesto una prospettiva quasi teorica e comunque di ultima istanza per il d. lgs. 231/2001, il quale include - forse più per completezza - una previsione per il caso in cui l'ente (o una sua unità organizzativa) sia utilizzato stabilmente allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati. In questa ipotesi, infatti, ai sensi dell'art. 16 co. 3 d. lgs. 231/2001, la sanzione per l'ente è quella dell'interdizione definitiva, e non è possibile la strada alternativa di cui all'art. 17 (*Riparazione delle conseguenze del reato*), volta ad evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive grazie all'adozione di specifiche iniziative riparative intraprese dall'ente *post delictum*.

Il legislatore delegato del 2001 si concentrava su di un'impresa immaginata come autonomo centro decisionale anche ai fini penali, in grado cioè di fungere, secondo diversi livelli di intensità, da motore stesso dell'illecito. In particolare, la relazione ministeriale di allora dipingeva una scala fenomenica di gravità decrescente, con al vertice proprio l'impresa intrinsecamente illecita, "*il cui oggetto sia cioè proiettato in modo specifico verso la commissione di reati (si pensi a società finanziate totalmente con i proventi di attività delittuose delle organizzazioni criminali, che pertanto hanno come unico fine quello di riciclare denaro sporco)*", cui era assimilata "*criminologicamente*" l'impresa "*in cui la società persegua come fine non esclusivo, bensì solo prevalente, la commissione di reati*".

Anche a fronte degli specifici strumenti sovranazionali che il decreto ratificava, queste due fenomenologie erano lasciate sullo sfondo, quasi come casi di scuola, e l'articolato si concentrava su forme di illiceità d'impresa "*più ordinari[e]*", lasciando tuttavia lo spazio per eventuali ampliamenti al futuro. La scelta, spiegava infatti la relazione, è stata quella "*di non prendere in esame (se non marginalmente) tali eventualità. Vero è, infatti, che il decreto prevede l'applicazione in via definitiva di sanzioni interdittive all'ente il cui unico scopo consista nel consentire ovvero*

nell'agevolare la commissione di reati; tuttavia, considerata la tipologia dei reati selezionati dagli strumenti ratificati, il caso si palesa di teorica più che di pratica realizzabilità (peraltro, la circostanza che siffatti tipi di realtà criminale rimangano ai margini dello schema di decreto legislativo nulla toglie al fatto che questo sia congegnato secondo una struttura che ne consenta in futuro "integrazioni" in tale direzione)"².

Del resto, la legge del 2001 arrivava a collocare l'ente sulla scena punitiva grazie all'idea, chissà se illusoria, di una sua sensibilità al rimprovero punitivo e di una conseguente possibilità di recupero qualora episodicamente deviante. Il *carrot-stick approach*³ che, su ispirazione nordamericana, intendeva animare il d. lgs. 231/2001, mal si conciliava quindi con l'ipotesi di un ente integralmente illecito, saldamente sulla strada dell'illegalità, sì che il reato associativo quale presupposto della responsabilità da reato dell'ente risultava in quella sede un ossimoro.

La prospettiva specialpreventiva del decreto si arrestava solo di fronte - ancora con le parole della relazione ministeriale - all'ente "*ormai irrecuperabile ad una prospettiva di legalità*": l'interdizione definitiva in quel caso rappresentava il logico corollario per un soggetto "*insensibil[e] a qualsiasi prospettiva di ri-organizzazione in direzione di un assicurante recupero di legalità*". L'articolato entrato in vigore ormai più di quindici anni fa aveva quindi lasciato fuori dalla lista dei reati presupposto le fattispecie associative e si era limitato a prevedere la ricordata "pena di morte" per l'ente mero strumento dell'agire delittuoso.

L'ente impiegato esclusivamente a fini criminosi sembrava anzi perdere quella distintiva "*politica aziendale*" che muoveva il rimprovero nel caso di devianza occasionale. Tant'è che il soggetto collettivo, che nel resto dell'articolato direttamente "*risponde*", "*prova*" (art. 6), addirittura "*volontariamente*" interviene impedendo il compimento dell'azione o il verificarsi dell'evento (art. 26), all'art. 16

² Così continuava la relazione: "*Il contesto di attuazione degli obblighi internazionali in cui la legge delega si inseriva, ha infatti indirizzato l'attenzione del delegante verso forme di patologia più "ordinaria": tipiche cioè dell'operare economico, dove la funzionalizzazione criminosa di cui si diceva è un fenomeno, se non impossibile, piuttosto raro, ed in cui la commissione di reati contro la pubblica amministrazione o comunque lesivi dell'interesse patrimoniale di un soggetto pubblico (sia esso nazionale oppure non) può discendere come effetto "collaterale" dalla proiezione della società (sostanzialmente sana) verso una dimensione di profitto*".

³ *Ex multis* cfr. Cristina De Maglie, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 23 ss.

co. 3 diventa soggetto del tutto passivo di un'azione altrui. Non è più attore dell'illecito o della dinamica processuale, ma è *"stabilmente utilizzato"*, si fa quindi passivo, semplice *instrumentum sceleris*. Diviene un ausilio, che consente o agevola la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità, ma perdendo la sua autonoma capacità propulsiva, e meritando esclusivamente la neutralizzazione⁴.

Sino alla primavera del 2006 quindi, per queste ragioni, l'associazione per commettere delitti, nelle sue note caratteristiche di durata, programmazione e organizzazione, esulava dalla responsabilità da reato degli enti. Questi potevano incorrere nell'interdizione definitiva se stabilmente impiegati per la realizzazione dei singoli reati presupposto fino a quel momento contemplati agli artt. 24 ss.

L'inserimento all'interno della l. 146/2006 di una previsione apposita di raccordo con il d. lgs. 231/2001 e l'individuazione della cornice edittale per gli enti a fronte di reati associativi transnazionali aveva interrotto questa quasi completa separazione tra responsabilità degli enti e illiceità pervasiva, inserendo una distonia rispetto alla mentalità del legislatore delegato e per di più solamente in presenza di transnazionalità. L'approdo peraltro discendeva in maniera diretta da istanze sovranazionali, in particolare dalla Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale⁵, e rispondeva forse anche a una tendenza che ha preso gradatamente sempre più corpo in materia di d. lgs. 231/2001, in base alla quale quasi ogni nuovo intervento di parte speciale, interno o esterno al codice penale, si abbina a un corrispondente intervento in termini di responsabilità dell'ente.

⁴ Concorde pare la magistratura, si veda l'intervista al dott. Paolo Storari dell'11 settembre 2014, p. 11, che così motiva il limitato ricorso al d. lgs. 231/2001: *"La prima ragione è questa: allora io distinguerei: impresa marcia, non ci interessa la 231, la 231 è fatta per l'ente che delinque occasionalmente. In questo caso con l'impresa marcia è inutile la 231, sequestro preventivo, quote sociali, fallimento"*.

⁵ La Convenzione, sottoscritta a Palermo nel 2000, prevedeva all'art. 10: *"1. Ogni Stato Parte adotta misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per determinare la responsabilità delle persone giuridiche che partecipano a reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato e per i reati di cui agli artt. 5, 6, 8 e 23 della presente Convenzione. 2. Fatti salvi i principi giuridici dello Stato Parte, la responsabilità delle persone giuridiche può essere penale, civile o amministrativa. 3. Tale responsabilità è senza pregiudizio per la responsabilità penale delle persone fisiche che hanno commesso i reati. 4. Ogni Stato Parte si assicura, in particolare, che le persone giuridiche ritenute responsabili ai sensi del presente articolo siano soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, di natura penale o non penale, comprese sanzioni pecuniarie"*.

Restava però sullo sfondo la sensazione di una certa forzatura, che peraltro si stemperava nella maggiore attenzione tributata almeno inizialmente da commentatori e giurisprudenza al controverso concetto di transnazionalità⁶.

L'accostamento tra responsabilità da reato degli enti e reati associativi rimaneva in ogni caso problematico, quasi come se il connubio tra le due sfere potesse consistere solo nel totale asservimento dell'impresa alle ragioni dell'associazione criminale, imponendo fatalmente il collocamento dell'ipotesi in questione al confine ultimo della responsabilità da reato degli enti, quello cioè che ammetteva unicamente l'annientamento dell'ente collettivo, considerato senza possibilità di recupero.

3. Il definitivo approdo dei reati associativi nel corpo normativo del 2001

Pochi anni più tardi la l. 94/2009 uniformava l'approccio intervenendo direttamente nel corpo del d. lgs. 231/2001 e prevedendo il nuovo art. 24-ter.

L'articolo, rubricato *delitti di criminalità organizzata*, ha attratto diverse fattispecie tra quelle capaci di generare la responsabilità dell'ente, suddividendole ai fini della cornice edittale pecuniaria in due fasce di gravità: al primo comma l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione delle fattispecie inerenti la riduzione in schiavitù e l'immigrazione di cui all'art. 416 co. 6 c.p., l'associazione anche straniera di tipo mafioso, lo scambio elettorale politico-mafioso, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 d.p.r. 309/1990, punite con la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. Al secondo comma la fascia comprensiva delle ipotesi di cui all'art. 416 c.p. esclusa quella di cui al co. 6, delle ipotesi di cui all'art. 407 co. 2 a) n. 5 c.p.p. (ovverosia alcuni gravi delitti concernenti le armi, in primo luogo da guerra), punite

⁶ Cfr. in particolare al riguardo gli scritti di Annamaria Astrologo, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella l. n. 146/2006*, in "Cassazione penale", 2007, p. 1789; *I reati transnazionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un'analisi dell'art. 10 della legge 146/2006*, in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", 2009, p. 71. In giurisprudenza cfr. ad es. il dibattito sull'accostamento tra associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato transnazionale, sul quale nel 2013 sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., SS. UU., 23 aprile 2013, n. 18374).

con la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote. Per entrambe le fasce, infine, un'identica cornice per l'applicazione di sanzioni interdittive di durata non inferiore a un anno. Chiude il quadro la previsione, riportata qui *ad abundantiam* ma invero superflua, circa l'applicazione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, di cui al co. 4, per l'ente usato stabilmente allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati in questione, in termini quindi analoghi a quanto previsto più generalmente dall'art. 16 co. 3.

Da notare, ancora, che nella prima fascia di cui al co. 1 dell'art. 24-ter sono comprese non solo le fattispecie ora specificamente menzionate, ma anche le fattispecie delittuose commesse avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo. La previsione, che ricalca quella dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 152/1991, ha un'evidente capacità espansiva della responsabilità degli enti collettivi e accomuna nel trattamento sanzionatorio l'ipotesi in cui sia l'associazione mafiosa a coinvolgere l'ente con l'ipotesi in cui sia invece un altro delitto, realizzato però anche solo per agevolare l'attività di tale associazione, a coinvolgere l'ente: due scenari all'evidenza differenti. È stato anzi sostenuto che proprio quest'ultima aggiunta avrebbe comportato il superamento della concezione di un catalogo chiuso e tassativo dei reati presupposto⁷, a favore di una potenzialità più ampia e non rigorosa, impossibile da descrivere compiutamente *ex ante* nella sua concreta portata. L'art. 24-ter così formulato si porrebbe quindi in evidente contrasto con il principio di tassatività.

In ogni caso, la l. 94/2009 aveva colmato la lacuna generata dalla l. 146/2006, ed uniformato la prospettiva del legislatore degli enti rispetto alle fattispecie associative.

Insieme ad altri gravi delitti, l'associazione per delinquere semplice, quella di tipo mafioso e quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope

⁷ Domizia Badodi, sub art. 24-ter, in *Enti e responsabilità da reato*, Alberto Cadoppi, Giulio Garuti, Paolo Veneziani (a cura di), UTET, Torino, 2010, p. 315. Sulla difficoltà di cogliere l'esatta portata dell'art. 7, di individuare, se mai esistente, il tratto distintivo tra il metodo mafioso considerato dallo stesso art. 7 e quello di cui all'art. 416-bis c.p. e sull'uso giurisprudenziale dell'aggravante in questione al pari di una norma incriminatrice cfr. Eliana Reccia, *L'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991: una sintesi di "inafferrabilità del penalmente rilevante"*, in "Diritto penale contemporaneo", 2015, p. 251.

dall'agosto 2009 sono dunque reato presupposto della responsabilità degli enti, anche quando non transnazionali.

Il legislatore ha quindi rotto gli indugi e esteso senza riserve al comparto associativo la portata della responsabilità da reato degli enti, chiarendo il cambio di rotta mediante un intervento nel corpo stesso dell'articolato del 2001.

4. Le immediate perplessità sollevate dall'inusitato connubio

La novità ha subito destato perplessità e critiche, data la sua capacità di evocare scenari del tutto inediti.

È apparso sin da principio non immediato conciliare il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità all'ente, l'interesse o il vantaggio di cui all'art. 5 d. lgs. 231, con una fattispecie che colpisce l'associarsi di tre o più persone *allo scopo di commettere più delitti*. In termini grezzi: come immaginare un'associazione delittuosa diretta in maniera oggettiva all'interesse di una società? E se mai questo scenario si verifica effettivamente, se cioè, ad esempio, l'amministratore delegato di una società si fa partecipe di una consorteria criminale proprio nell'interesse della società gestita, non si è forse dinnanzi a una situazione che implica inderogabilmente l'interdizione definitiva dell'attività sociale? C'era davvero bisogno del *societas delinquere potest* per rispondere a questa ipotesi o non era forse sufficiente considerare l'ente inscindibilmente intrecciato alla scena criminale come cosa pericolosa, sulla quale intervenire con la confisca? E ancora, non sono piuttosto i reati fine oggetto del programma criminoso a poter esplicitare la propria direzione verso l'ente? Non si fa così del reato associativo un viatico verso un catalogo di delitti presupposto onnicomprensivo?

A ben vedere il tema sembra presentare da un lato i contorni mai del tutto definiti del fatto addebitato all'ente, dall'altro i contorni ancor più delicati del fatto associativo, sempre difficili da scindere da quelli dei relativi reati fine. Un insieme evidentemente su di un crinale insidioso, nel quale è facile scivolare contro il rispetto del principio di legalità.

5. Responsabilità dell'ente per il reato associativo o per i reati fine?

Un primo aspetto problematico affrontato da giurisprudenza e dottrina è stato quello della potenza espansiva dell'abbinamento tra associazione per delinquere e d. lgs. 231/2001: anche a fronte della complessità del connubio tra responsabilità degli enti e reato associativo in sé, di fatto attraverso la contestazione di ques'ultimo sono stati attratti nell'orbita dei reati presupposto - almeno nella concezione di certa giurisprudenza - *tutti* i delitti, senza limite alcuno, per il semplice fatto di essere reati fine dell'associazione.

Più di una pronuncia giurisprudenziale, in particolare, ha applicato ad esempio misure in sede cautelare *ex d. lgs. 231/2001*, quali il sequestro preventivo finalizzato alla confisca o il commissariamento giudiziale, a fronte non tanto della contestazione dell'associazione per delinquere *ex art. 24-ter* di per sé, quanto dei reati fine di questa, giungendo a includere di fatto nel catalogo dei reati presupposto fattispecie penali tributarie, estranee al sistema 231, o alcuni reati ambientali prima del loro ingresso nell'articolato del 2001⁸.

Buona parte della dottrina ha subito replicato a questi orientamenti che il catalogo chiuso del d. lgs. 231/2001 veniva in questo modo gravemente snaturato, sfruttando l'inserimento nel 2009 della "macrofattispecie" di associazione per perseguire l'ente in relazione a qualsivoglia delitto purché teleologicamente collegato al reato associativo, anche se non annoverato nella lista di cui agli artt. 24 ss.⁹, e per raggiungere esiti altrimenti impossibili, magari sulla scorta di *desiderata* da tempo in discussione ma - a rigore - ancora nel panorama delle idee.

Di particolare rilievo la tesi espansiva rispetto ai reati fiscali: un filone giurisprudenziale infatti è arrivato come noto a sostenere, grazie al *passepertout* del reato associativo, la sequestrabilità dei profitti derivanti da fattispecie di frode fiscale, ad oggi estranee al *corpus* del 2001, aggirando di fatto il disegno del

⁸ Cfr. Cass., sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, in "Le società", 2011, p. 1075, n. Carlo Enrico Paliero.

⁹ Cfr. Marco Scoletta, *Responsabilità dell'ente per associazione a delinquere e sequestro del profitto dei reati fine*, in "Le società", 2013, p. 1260.

legislatore che aveva inteso limitare ad altri reati la portata della responsabilità amministrativa degli enti¹⁰.

Un intervento della Corte di Cassazione di circa due anni orsono in materia di reati contro l'incolumità pubblica, nell'ambito delle articolate vicende dell'ILVA di Taranto, era sembrato aver posto un argine netto al potenziale effetto estensivo. Con la sentenza n. 3635 del 24 gennaio 2014, la Suprema Corte, infatti, aveva rimarcato come *“qualora si proceda per associazione per delinquere e per reati non previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità dell'ente collettivo, la rilevanza di questi ultimi non può essere indirettamente recuperata (...) per il loro carattere di delitti scopo del reato associativo contestato”*.

L'art. 416 c.p., ha opportunamente sottolineato la Corte, non può fungere da fattispecie aperta ed elastica, e rendere rilevanti per gli enti reati, quali in quel caso le fattispecie di disastro innominato colposo e omissione di cautele atte a prevenire infortuni sul lavoro, non considerati dal legislatore delegato. L'art. 24-ter d. lgs. 231/2001 non può quindi essere invocato per ribaltare il principio di tassatività abbracciato dal sistema punitivo degli enti collettivi, magari per tacitare dei lamentati vuoti di tutela in settori delicati quale quello della tutela dell'incolumità pubblica.

La dottrina ha condiviso questo arresto giurisprudenziale: secondo quella che sembra la lettura preferibile dell'impianto normativo, l'associazione in sé è reato presupposto, quali che siano i delitti fine di volta in volta rilevanti, ma questi invece non possono per suo tramite assurgere a rango di autonome fattispecie presupposto¹¹, a meno che non siano già autonomamente ricompresi nel relativo catalogo.

¹⁰ In questo senso Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, in *“Le società”*, 2013, p. 1260, n. Marco Scoletta. Nota inoltre l'impostazione espansionistica comunque abbracciata in tema di reati fiscali dalle Sezioni Unite di Cassazione, a prescindere da qualunque addebito di natura associativa: cfr. Cass., SS. UU., 5 marzo 2014 (c.c. 30 gennaio 2014), Gubert, sulla quale v. Roberta Russo, *Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in *“Archivio Penale”*, 2014, p. 3.

¹¹ In questo senso v. Carlo Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *“Rivista italiana di diritto e procedura penale”*, 2014, p. 998; Piero Silvestri, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *“Cassazione penale”*, 2014, p. 1538. Cfr. però Sergio Beltrani, *Responsabilità degli enti da associazione per delinquere (art. 416 c.p.)*:

Questa impostazione sembrava aver posto la parola fine alla questione e aver ricondotto il controverso innesto dei reati associativi nei ranghi del principio di legalità.

Tuttavia queste acquisizioni sono state con una certa *nonchalance* superate da alcune pronunce di legittimità successive, che hanno aggirato in realtà l'ostacolo, spostando il discorso sull'individuazione del profitto derivante dal reato di associazione per delinquere. Alcune sentenze – tutte, va detto, rese in fase cautelare – hanno infatti creduto di rispettare il *dictum* normativo ricollegando il sequestro del profitto al reato associativo, rientrando a pieno titolo nell'elenco dei reati presupposto ex d. lgs. 231/2001, ma hanno poi individuato tale profitto in quello dei reati fine della fattispecie associativa, anche quando estranei al menzionato elenco, sulla base del fatto che il profitto del reato associativo sarebbe quanto in realtà direttamente derivato dai reati fine.

6. La recente giurisprudenza: reati fine non inclusi nei reati presupposto e individuazione del profitto del reato associativo

Il caso "tipico", in sintesi, vede la magistratura inquirente teorizzare anche la fattispecie associativa nel proprio impianto accusatorio, accanto ad un numero nutrito di fattispecie, quali ad esempio quelle in materia tributaria, ad oggi estranee al *corpus* del 2001. Nel corso delle indagini preliminari è disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex d. lgs. 231/2001 di un profitto che include un *quantum* a ben vedere riferibile alle fattispecie tributarie contestate. Le società interessate dalla misura cautelare reale lamentano allora l'assenza di tali fattispecie nel raggio della responsabilità da reato degli enti, e dunque asseriscono il conflitto del provvedimento ablativo con il principio di legalità.

La giurisprudenza più interessante ai nostri fini salva la misura cautelare sostenendo che la stessa è disposta non già in relazione ai reati "extra 231", ma in relazione al reato associativo, ricompreso nell'art. 24-ter d. lgs. 231/2001, con la

una (non condivisibile) decisione di grande rilievo (commento a Cass. Pen., n. 3635, 24 gennaio 2014), in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", 2014, p. 222.

precisazione però che il profitto di tale reato presupposto è quello dei reati tributari, i quali - rientrando nel programma criminoso del sodalizio - generano un utile a pieno titolo ascrivibile al sodalizio stesso.

Una recente pronuncia della Suprema Corte¹², muovendosi in simile schema e discorrendo del sequestro di circa 97 milioni di euro a carico della società Verbatim Italia S.p.A., ha ritenuto inutile investire le Sezioni Unite del tema della confiscabilità ai sensi del d. lgs. 231/2001 del profitto di reati fine di delitto associativo estranei al catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, dal momento che l'orientamento contrario sarebbe stato confinato a poche pronunce, ormai superate. In sintesi, nella sentenza del caso Verbatim, nel quale erano contestate l'associazione per delinquere con l'aggravante transnazionale e gli artt. 5 e 8 d. lgs. 74/2000, la Corte ha affermato, in maniera peraltro piuttosto circolare, che il delitto associativo è in sé capace di generare profitto, sequestrabile, nei termini e nei modi di legge, *“in via del tutto autonoma rispetto a quello prodotto dai reati fine”*. Tale autonomo profitto altro non sarebbe – tuttavia – che il *“complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme di questi ultimi, posto che l'istituzione della societas sceleris è funzionale alla ripartizione degli utili derivanti dalla realizzazione del programma criminoso”*.

Si svela più chiaramente l'orientamento della Corte nel passo successivo: in sostanza, è il legame tra reato associativo e reati scopo a determinare *“la possibilità di imputare direttamente al reato associativo il profitto dei reati-fine”*. Secondo i supremi giudici, effettivamente sono questi a generare profitto, ma il reato associativo non è costituito che per la spartizione dei benefici derivanti appunto dalla messa in atto del programma criminoso. L'associazione di tipo mafioso legittimerebbe ulteriormente questa conclusione (curioso però che non di associazione mafiosa si trattasse nella vicenda di specie), dal momento che può dirsi tale, ai sensi dell'art. 416-bis c.p., quell'associazione i cui partecipi si avvalgono del metodo mafioso per realizzare, tra l'altro, profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri. Di conseguenza, poiché gli associati – si legge – agiscono nella consapevolezza del comune programma criminale e dei profitti che ne derivano, agiscono cioè

¹² Cass., sez. III, 23 novembre 2015, n. 46162.

consapevoli dei profitti che l'associazione perseguirà, “*soprattutto attraverso la consumazione dei reati programmati*”, i proventi che gli associati spartiranno, frutto della commissione dei reati fine, possono ben dirsi profitto del reato associativo, fine ultimo anzi della creazione del sodalizio, del quale tutti gli associati devono rispondere.

Secondo una visione a consuntivo del “bilancio” dell'associazione, il profitto del singolo reato fine non è destinato a recare vantaggio agli associati *uti singuli*, se non nei limitati termini della “*distribuzione degli utili*” conseguenti dall'organizzazione, e può essere direttamente considerato come profitto del reato dell'associazione per delinquere in sé.

Un'impostazione *pseudo-economico-aziendale* sembra ispirare la pronuncia: l'organizzazione criminale è vista nel suo essere impresa, pur se illecita, i cui diversi affari si riconducono periodicamente ad uno, alla fine di ogni ciclo o “esercizio sociale”, e delibera una distribuzione di utili che non esclude nessuno, dal promotore al partecipe.

In sintesi, si va oltre il dettato del d. lgs. 231/2001, prescindendo dalla questione della presenza o meno della singola fattispecie nel catalogo dei reati presupposto, per spostarsi sul tema della confisca del profitto, della quale si estende in termini consistenti la portata, identificando quale profitto del reato mezzo l'insieme dei profitti dei singoli reati scopo.

Si va quindi oltre la logica della lista conclusa e tassativa dei reati presupposto e si va anche oltre il tema di quale estensione consenta la presenza in tale lista dei reati associativi alla responsabilità da reato degli enti, per raggiungere l'obiettivo nella fase cautelare agendo invece sul concetto di profitto del reato di associazione per delinquere.

Si mette così in un angolo il problema del dubbio rispetto del principio di legalità, per raggiungere tuttavia un risultato di natura comunque afflittiva, agendo sulla controversa nozione di profitto confiscabile.

Alcune sentenze precedenti si erano espresse in termini analoghi. Nella pronuncia Scaglia del 2011 ad esempio, la Corte aveva affermato che profitto del reato di associazione per delinquere è il complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati fine, dai quali è del tutto autonomo e la cui esecuzione è

agevolata dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e dal comune progetto delinquenziale¹³. Poiché dunque l'associazione è elemento agevolatore della realizzazione dei reati fine, aveva sostenuto la Cassazione in termini invero piuttosto sintetici, è corretto imputarle il beneficio derivante da questi.

Nel disegno del legislatore del d. lgs. 231/2001 l'ente, grazie alla forza che promana dalla sua struttura organizzativa, può rendersi motore propulsivo di illeciti e come tale meritevole di sanzione punitiva. Nelle pronunce giurisprudenziali in rassegna l'aggregazione criminale di cui alle fattispecie associative, in virtù proprio della sua articolazione organizzativa, facilita la commissione dei reati fine, e mutua da questi il proprio profitto. Quell'entità illecita che è l'associazione per delinquere diviene così passibile della confisca di quanto le derivi per il tramite dei reati fine, i quali rappresentano - si potrebbe dire mutuando il lessico di ispirazione aziendale sopra notato - il suo "oggetto sociale". Come illustra la pronuncia di legittimità n. 6507 nel 2015, pur relativa alle sole persone fisiche, con riferimento al profitto di un'associazione per delinquere transnazionale finalizzata a reati tributari e riciclaggio, ogni qual volta l'associazione per delinquere presenti *"una organizzazione stabile ed al contributo dei sodali corrisponda il riconoscimento di utili, l'associazione può essere in sé considerata idonea a generare profitto illecito; questo trova la sua fonte remota nei reati fine, ma si manifesta in concreto nelle utilità percepite dai partecipi in relazione al contributo prestato"*¹⁴. Dunque effettivamente sono i singoli reati a monte a generare materialmente le entrate, ma queste si fanno profitto divisibile solo per il tramite della sovrastruttura costituita dall'associazione per delinquere. Il necessario passaggio dalle casse dell'associazione e dalle decisioni dei suoi vertici rende dunque il profitto dei reati fine, pare di leggere nelle righe della Suprema Corte, profitto proprio dell'associazione; ed anzi, proprio grazie a questo passaggio le utilità generate diventano profitto in senso tecnico.

Il ragionamento appare all'evidenza discutibile per più aspetti. Proprio le sentenze in rassegna, del resto, affermano i principi descritti, ma censurano poi in più casi il giudice di merito per non aver distinto nel proprio computo quanto riconnesso nello

¹³ Cass., sez. III, 27 gennaio 2011 (dep. 17 febbraio 2011), n. 173, Scaglia, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di Marco Panzarasa.

¹⁴ Cass., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6507.

specifico all'associazione: un compito a dir poco arduo, per di più quando – come nella pronuncia da ultimo richiamata – l'imputazione concernente i reati fine sia nel frattempo caduta¹⁵. Difatti, se il profitto proprio dell'associazione è quello dei reati fine, com'è poi possibile discernere, all'interno di un *quantum* indistinto, la componente dell'una e degli altri? Non è dato capire se occorrerebbe scorporare una parte direttamente ascrivibile a quel contributo agevolatore proprio dell'associazione criminale in sé, o se invece il *quantum* tratto a monte dai reati fine dovrebbe essere depurato, come fosse l'utile di un'impresa lecita, di qualche costo (la "retribuzione" dell'apporto ai reati fine di terzi esterni all'associazione, ad esempio) o altra componente negativa prima di farsi profitto associativo. Insomma, l'accostamento tra logiche imprenditoriali lecite e associazione criminale non persuade fino in fondo.

Ed è parimenti discutibile che quanto generato dai reati fine debba intendersi sempre e comunque come profitto dell'associazione nel momento in cui questa distribuisca gli "utili": anche sotto questo profilo il parallelo con l'ente lecito non è evidentemente, a partire dal piano fenomenologico, del tutto coerente con la realtà di un'entità criminale, le cui logiche non sono certo necessariamente attente e proporzionali quanto quelle delle società regolate dal codice civile.

Occorre tuttavia ricordare nuovamente e sottolineare che le sentenze richiamate, con l'eccezione della n. 6507/2015, sono state pronunciate in sede cautelare, e sono intervenute quindi in una fase necessariamente intermedia e parziale. Sarà dunque interessante verificare se e come gli spunti della Corte di Cassazione possano trovare definitiva applicazione all'esito di un compiuto esame del merito delle relative vicende: invero, la sola sentenza pronunciata fuori dalla fase cautelare ora ricordata si è conclusa con l'affermazione dei consueti principi, seguita poi da un contraddittorio annullamento con rinvio.

¹⁵ Si veda ad esempio il caso Edil Fiorentini S.r.l., nel quale la Cassazione da un lato ha affermato in sintonia con l'ordinanza di sequestro impugnata dalla ricorrente che "*il reato associativo è un mezzo per perseguire la perpetrazione di altri reati a fine di un profitto, sicché già la condotta punita dall'art. 416 cod. pen. è produttiva di profitto, sicché può esser disposto il sequestro preventivo per equivalente a prescindere dalla concreta focalizzazione del profitto ricavabile dai reati fine*", dall'altro ha poi annullato con rinvio l'ordinanza cautelare poiché il Tribunale romano non aveva fornito indicazione alcuna al fine di individuare il profitto specificamente riferibile al reato associativo (Cass., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 15205).

7. Ancora sul profitto del reato associativo

Le riflessioni sul d. lgs. 231/2001 e sull'essenza del delitto associativo, come visto, si intrecciano.

Esistono invero delle altre sentenze che, a proposito del profitto ricollegabile all'associazione per delinquere, dichiarano apertamente che questa non genera in sé, autonomamente dai reati fine, vantaggi economici qualificabili come profitto, poiché il mero fatto di associarsi non è “*di per sé produttivo di ricchezze illecite*”¹⁶. Queste sentenze tengono quindi distinto il profitto dei reati fine, senza considerarlo – per il tramite degli scopi dell'associazione e quindi della “distribuzione di utili” – allo stesso tempo profitto del reato mezzo. Assunti come questi sono in grado di paralizzare l'applicazione fortemente estensiva della responsabilità da reato degli enti (specie considerando che spesso è proprio la confisca, o addirittura il sequestro a questa finalizzato, la vera leva afflittiva del d. lgs. 231/2001).

Ma la più parte delle pronunce continua invece ad insistere sulla tesi opposta. Ad esempio un'altra sentenza di legittimità in tema del giugno 2015¹⁷, di tenore analogo alle pronunce Verbatim e 6507/2015, sostiene che il reato associativo è in sé capace di generare profitti illeciti, dal momento che gli associati, per il loro contributo al regolare funzionamento del sodalizio criminoso, ricevono un'utilità dallo stesso. Ciò discende dal fatto che tra gli scopi dell'associazione per delinquere c'è proprio quello di trarre vantaggi o profitti da attività economiche lecite attraverso il metodo mafioso. Dal momento che l'associazione, mafiosa o meno che sia, presenta un'articolazione complessa (specialmente se transnazionale, come nel caso di specie), e richiede perciò un impiego permanente di risorse umane e professionali, si presenta idonea a garantire un profitto illecito, redistribuendo ai propri associati quanto introitato grazie ai singoli reati fine.

È il legame tra reato associativo e reati fine a rendere differente il fatto tipico dell'uno da quello degli altri, e – come esplicita la norma sull'associazione di tipo mafioso – gli associati si avvalgono del metodo di mafia proprio, *inter alia*, al fine di realizzare

¹⁶ Cass., sez. I, ud. 20 gennaio 2015 (dep. 20 febbraio 2015), n. 7860.

¹⁷ Cass., sez. III, 4 marzo 2015 (dep. 25 giugno 2015), n. 26721. La contestazione in questo caso prevedeva un'associazione per delinquere di carattere transnazionale finalizzata alla sottrazione di oli minerali al pagamento dell'accisa dovuta.

vantaggi ingiusti per sé o per altri. Ci si associa, in sintesi, al fine di suddividere gli utili derivanti dai reati fine appartenenti al programma criminoso, che giovano alla *societas sceleris* nel suo complesso, e direttamente ai singoli a seguito di apposita distribuzione. Dunque profitto del reato associativo è l'insieme dei profitti dei singoli reati fine, e la sua confisca per equivalente è possibile purché – nel caso in cui si proceda anche per i reati fine – non si incorra in una duplicazione degli importi confiscabili, vietata a fronte della natura sanzionatoria della confisca.

La Cassazione è naturalmente consapevole di muoversi su terreni insidiosi e attenta a non moltiplicare la risposta sanzionatoria, certo anche sull'onda della giurisprudenza sovranazionale.

In definitiva, se certo alcune osservazioni paiono ragionevoli, dal momento che parte importante dell'utilità cui mira l'associato potrà derivare di norma proprio dalla messa in essere del programma criminoso del sodalizio illecito, al tempo stesso il ragionamento della Suprema Corte non convince completamente, dal momento che non è in grado di identificare un profitto che scaturisca effettivamente in maniera indipendente dal mero associarsi.

È certo suggestiva la ricostruzione totalmente imprenditoriale dell'associazione per delinquere, che introita i profitti dei singoli reati fine per poi distribuirli a tutti gli associati: ma quest'associazione li distribuirà effettivamente a tutti? Sotto quale forma? Il parallelo insomma evoca come visto a più riprese aporie difficili da superare.

Infine, se l'associazione per delinquere è, come è, un fatto tipico a sé stante, in rapporto di autonomia dai singoli reati scopo, è possibile non riuscire a individuarne uno specifico profitto, suo proprio, specialmente quanto animata da una criminalità quanto meno in potenza violenta, ma appunto “da profitto”?

Il profitto proprio dell'associazione, si potrebbe allora ipotizzare, è forse da ricercare in una sorta di aspettativa di utilità ed al contempo in un automatico conseguimento di una maggiore forza legata all'appartenenza alla *societas sceleris* (ad esempio una migliore posizione sul mercato, per stare in ambito economico-imprenditoriale), condizioni sicuramente possibili ma al tempo stesso molto difficilmente quantificabili e dimostrabili. Peraltro, simili posizioni vantaggiose sembrerebbero possibili specialmente se l'associazione, pur non attiva con specifici reati fine nel

momento contingente, avesse comunque un minimo di storia alle spalle in tal senso. Forse davvero è *una quota* del profitto dei singoli reati fine che andrebbe scomputata ed ascritta al reato associativo, a fronte della sua capacità “facilitatrice”, nella sua caratteristica organizzativa, della commissione di questi stessi reati.

Ora, non si intende certo sviluppare in questa sede un discorso in merito alla confisca e alle torsioni e ai conflitti interpretativi cui è sottoposta in maniera particolarmente frequente in questi anni¹⁸. Ciò che pare invece emergere di utile allo scopo di questo scritto è che l'associazione sembra faticare a trovare – ai fini della confisca – un'autonoma identità, slegata dai propri reati fine. Il tema della corretta interpretazione del d. lgs. 231/2001 finisce così per incrociare quello della corretta individuazione del *proprium* dei delitti contro l'ordine pubblico in discorso. La difficoltà di individuare il volto concreto del profitto del fatto associativo di per sé, svincolato dai diversi reati fine, feconda un'azione ancor più ampia della responsabilità da reato degli enti e fornisce una spinta propulsiva ancor più forte alla confisca, che da tempo conosce ormai un'inarrestabile progressione.

Questa sua inscindibilità dal proprio programma criminoso finisce per fondare una lettura forzata anche del dettato del d. lgs. 231/2001, legittimando quella portata espansiva del connubio tra responsabilità degli enti e reati associativi in discorso.

Gradatamente, grazie a sentenze come quelle citate, il sistema 231 si avvicina sempre di più a sistemi di responsabilità da reato come ad esempio quello francese, nel quale ogni fattispecie è (almeno astrattamente, salve quindi le aporie del caso di specie legate a categorie di illecito difficilmente coniugabili con una persona non fisica) capace di generare il rimprovero dell'ente collettivo.

L'impressione tuttavia è che questa strada rischi di snaturare lo strumento del 2001 delle sue caratteristiche distintive, utilizzandolo come un ingrediente buono per tutte le stagioni, ma svilendone così la forza propria.

¹⁸ Si vedano sull'evoluzione della confisca e del concetto di profitto, specialmente in ragione proprio dell'impianto normativo di cui al d. lgs. 231/2001, le riflessioni di Mario Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2015, p. 1674.

8. Peculiarità dell'associazione mafiosa

È il caso di riprendere per un momento il ragionamento sul profitto del reato associativo e considerare di nuovo l'ipotesi che il mero associarsi rappresenti una sorta di aspettativa di utilità, o comunque consenta di per sé un differente posizionamento sullo scenario sociale e in particolare economico. Si coglie forse questo profilo, infatti, in relazione a quell'orientamento giurisprudenziale che si concentra sul *proprium* della sola associazione per delinquere di tipo mafioso.

La nota pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Iavarazzo del 2014¹⁹ ritiene in buona sostanza ovvia la capacità dell'associazione *mafiosa* di generare di per sé sola profitto, proprio a fronte delle caratteristiche che la distinguono dall'associazione per delinquere semplice, cioè dal metodo mafioso e dalla più ampia articolazione del disegno criminoso, che non attiene esclusivamente alla commissione di reati. Il *quid* rilevante dell'associazione mafiosa nel pensiero della Suprema Corte non è solo la distintiva forza di intimidazione: è qui invero chiamata in gioco la mafia nella sua natura più imprenditrice. Sono proprio, difatti, si legge nella sentenza, *“le più recenti dinamiche delle organizzazioni mafiose”* a dimostrare che queste sono *in quanto tali* produttive di ricchezze illecite, a fronte del loro indugiare sulla presenza in attività economiche e sul reimpiego nelle stesse di proventi dei pregressi reati. Il co. 3 dell'art. 416-*bis* c.p. esprime la *“differenza ontologica”* dell'associazione mafiosa rispetto a quella semplice, alla luce della descrizione ampia dei mezzi usati e dei fini perseguiti dalla stessa. E peraltro è ancora lo stesso art. 416-*bis* c.p. che, al co. 7, con la disposizione sulla confisca obbligatoria delle cose che sono il prezzo il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego del reato associativo mafioso, a dimostrare che il legislatore *“presuppone che l'associazione in quanto tale sia produttiva di ricchezze illecite”*.

Con ciò si giunge al profilo più rilevante anche a fronte della ricerca dell'Università Bocconi sull'infiltrazione mafiosa al Nord: se gli orientamenti citati sopra parevano stentare a trovare una strada convincente a proposito della capacità del delitto associativo semplice di generare profitto e di bastare da solo a consentire l'applicazione del d. lgs. 231/2001, quando i reati fine non vi siano ricompresi, nel

¹⁹ Cass., SS. UU., 27 febbraio 2014 (dep. 13 giugno 2014, n. 25191), Iavarazzo, pubblicata *inter alia* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con note di Alessandra Galluccio e Nicolò Amore.

caso dell'associazione mafiosa l'orientamento espresso nella sentenza Iavarazzo, che riprende invero un ampio filone sul punto, sembra schiudere una prospettiva maggiormente convincente, e soprattutto sembra capace di far intravedere una strada più ragionevole ai fini della declinazione del connubio tra responsabilità degli enti e *societas sceleris*.

Pare in altri termini d'un lato che l'art. 416-*bis* c.p., nelle caratteristiche fenomenologiche colte dal legislatore e poste (discutibilmente) alla base del fatto tipico, colga invero una manifestazione associativa *in atto*, che già si manifesta cioè all'esterno²⁰, schiudendo una concretezza maggiore ai meccanismi di apprensione del profitto suo proprio. Dall'altro, pare che la sottolineatura della sua peculiare proiezione finalistica, che include il versante economico-imprenditoriale, contribuisca altrettanto a rendere il discorso intorno alla confisca del profitto ed alla stessa responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001 meno ardito.

La capacità di generare profitti da declinare anche secondo logiche imprenditoriali sembra forse rendere meno improbabile l'accostamento tra il corpo normativo del 2001 e l'art. 416-*bis* c.p. Il tratto sempre più marcatamente imprenditoriale delle associazioni mafiose, la loro riconosciuta capacità di profitto in sé, le rende cioè meno estranee al sistema 231, o quanto meno alle realtà economiche che quel sistema ha di mira.

Il *proprium* del tipo mafioso rende invero già in potenza le società in qualche modo legate alla consorteria criminale, prima ancora e a prescindere dalla realizzazione dei reati scopo, (più) forti sul mercato, grazie alla semplice (e nota al pubblico degli interessati, che si tratti di enti appaltatori o di concorrenti) esistenza di simile legame, e forse per questo più facilmente accostabili all'impianto preventivo-sanzionatorio della responsabilità amministrativa degli enti.

La "vicinanza" (per il momento ancora in termini del tutto atecnici) dell'ente lecito all'associazione mafiosa proietta cioè su di esso una immediata forma di profitto, la sua capacità di prevalere sul mercato, o comunque di imporsi con una maggiore facilità sui concorrenti, sol che si presenti al pubblico in questa veste.

²⁰ V. Luigi Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 giugno 2016, p. 8.

I fascicoli milanesi esaminati nella ricerca in commento, infatti, presentano numerosi casi nei quali la semplice presenza sul mercato edilizio di società notoriamente connesse alla 'ndrangheta aveva causato l'immediata *autoesclusione* di imprese lecite concorrenti da intere aree geografiche, senza che fosse stato necessario alcun intervento intimidatorio. Alcune imprese edili preferivano cioè evitare completamente di operare in certe aree dell'*hinterland* milanese, perché consapevoli che sarebbero state perdenti rispetto alla rivale legata alla mafia, e che avrebbero comunque corso il rischio di trovarsi in situazioni a dir poco spiacevoli (così ad es. il noto procedimento *Cerberus*, v. *infra*).

Nonostante questa intuizione, l'esperienza giurisprudenziale analizzata nell'ambito della ricerca rivela anche a proposito dell'associazione mafiosa problematiche distintive ulteriori nella combinazione reato associativo - responsabilità dell'ente, sia sul piano "logico", sia su quello fenomenologico. Una pronuncia di merito nel caso Valle e l'intero *iter* giudiziario della vicenda *Cerberus* manifestano queste due aree di apparenti incongruenze, smentendo entro certi termini l'idea di una più facile conciliabilità dei due poli in discorso, reati associativi e responsabilità degli enti, in caso di tipo mafioso.

9. Le aporie messe in luce dalla sentenza di I grado del procedimento Valle

Per saggiare l'eventuale diversa compatibilità tra associazione mafiosa e responsabilità degli enti, occorre invero riandare ai meccanismi che fondano l'imputazione all'ente del reato commesso dal proprio esponente, e in particolare al criterio di imputazione oggettivo di cui all'art. 5 d. lgs. 231/2001.

Come anticipato sopra, non è affatto scontato stabilire quando la partecipazione di un esponente societario al sodalizio mafioso possa dirsi realizzata nell'interesse o a vantaggio della società, fondamentale criterio di imputazione del d. lgs. 231/2001. Astrattamente si dovrebbe forse verificare che l'affiliazione di questi fosse avvenuta *ictu oculi* (sposando la concezione oggettiva dell'interesse di cui all'art. 5 d. lgs. 231/2001) in vista quanto meno di un'aspettativa di beneficio per la società, o,

qualora l'appartenenza al sodalizio fosse un bagaglio che l'esponente recasse con sé possedendolo già da prima del suo ingresso in società, che appunto tale ingresso nell'impresa rispondesse ad una finalità di beneficio (quanto meno anche) per quest'ultima. Da questo punto di vista, qualora la specifica associazione avesse nei suoi scopi il controllo di attività economiche, questo percorso potrebbe apparire più semplice.

Secondo uno sviluppo giurisprudenziale che si va ad illustrare, tuttavia, i due poli – interesse dell'ente e inserimento dell'ente stesso nell'associazione per delinquere – sembrerebbero escludersi a vicenda.

Una pronuncia esaminata nell'ambito della ricerca sull'infiltrazione mafiosa al Nord esprime infatti il disagio che si avverte, soprattutto sul piano logico e dell'argomentazione giuridica, quando si cerchi di accertare il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità degli enti nelle ipotesi di contestazione dell'art. 24-ter d. lgs. 231/2001 dipendente dal reato *ex art. 416-bis c.p.*

Anticipando quanto si dirà più in dettaglio oltre, l'ampia base di dati giudiziari raccolta ha rivelato un numero molto scarso di procedimenti nei quali si sia fatto ricorso all'armamentario del d. lgs. 231/2001. Tra questi, particolarmente interessante la motivazione che ha sorretto l'*esclusione* di responsabilità per le società coinvolte in uno dei filoni del procedimento denominato convenzionalmente "Valle", relativo all'omonima famiglia 'ndranghetista, unitamente alla famiglia Lampada, proveniente dalla medesima area di Reggio Calabria e unita alla prima a seguito, tra l'altro, della celebrazione di matrimoni tra gli esponenti dei due ceppi.

Il clan Valle – Lampada, attivo inizialmente a Vigevano e poi a Milano (in particolare i Comuni di Bareggio, Cislano), era come noto dedito alla commissione di delitti di usura, riciclaggio, truffa ecc., nonché ad una serie di ulteriori attività illecite realizzate per lo più nel contesto di iniziative imprenditoriali nei settori del gioco d'azzardo (*slot machine*), della ristorazione e immobiliare.

Tredici le società imputate *ex art. 24-ter d. lgs. 231/2001*, dodici s.r.l. e una s.a.s., in relazione al reato di associazione per delinquere di tipo mafioso commesso da propri rappresentanti (spesso di fatto) membri delle famiglie Valle – Lampada. Queste società, infatti, impegnate nei settori d'impresa ricordati, vedevano per lo più soci ed amministratori di facciata, dietro ai quali si celavano i membri delle famiglie

mafiose, che le usavano per portare avanti le proprie attività illecite.

Il Tribunale di Milano con pronuncia del 2012 ha rilevato, all'esito del dibattimento, le aporie dell'accostamento tra il criterio di imputazione dell'interesse o vantaggio e il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso, a differenza di altri reati parimenti ricompresi nel catalogo della fattispecie presupposto. Più in particolare, il Collegio ha affermato la difficoltà di ritrovare quanto richiesto dall'art. 5 d. lgs. 231/2001, la finalizzazione cioè all'ente del reato presupposto (la motivazione parla invero dei "comportamenti" o "condotte" che determinano l'illecito amministrativo secondo l'art. 5), nella mera promozione o organizzazione della *societas sceleris* o nella partecipazione ad essa, le quali non richiedono la realizzazione di alcun reato fine ma si concretizzano nella semplice adesione e nella pronta disponibilità a dar seguito al programma di questa. In altri termini, se il criterio di imputazione del d. lgs. 231/2001 esige che il reato alla base della responsabilità amministrativa appaia in maniera oggettiva volto al beneficio dell'ente²¹, la fattispecie associativa mafiosa, in sé e per sé considerata, sembra raramente capace di una simile proiezione.

Ebbene, perché questo requisito sia soddisfatto, secondo il Tribunale di Milano, vi è "la necessità della realizzazione, nel divenire della vita della "societas sceleris", di una delle condotte contemplate" dalla disposizione in discorso²². In altri termini, sembra dire l'organo giudicante, occorre un'estrinsecazione fattuale dell'associazione criminale, l'effettiva messa in essere di una delle proprie attività illecite, poiché

²¹ Secondo una lettura appunto oggettiva del criterio di imputazione dell'interesse - vantaggio, incentrata cioè sulla tensione che all'evidenza dirige il reato verso l'ente, contrapposta ad una lettura in chiave psicologica: ci si permette di rinviare per una più ampia illustrazione delle differenti prospettive a Francesca Chiara Bevilacqua, *Responsabilità da reato ex d. lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010, p. 67 ss.

²² Pare utile riportare per esteso l'argomentazione in discorso: "Senonché, mentre per altre ipotesi di illecito amministrativo la condotta integrativa degli estremi di reato ben può coincidere, "in re ipsa", con uno dei comportamenti contemplati dal citato art. 5, e dare luogo pertanto a responsabilità amministrativa (si pensi ad esempio all'illecito di indebita percezione in favore di una persona giuridica di erogazioni in danno dello Stato), difficilmente, di per sé, la promozione della "societas sceleris" - consistente nella realizzazione delle condotte propedeutiche alla sua "costituzione" -, l'organizzazione della medesima consistente nella realizzazione delle condotte propedeutiche al suo concreto funzionamento - e la partecipazione alla stessa - per la quale non è necessaria la realizzazione di atti che si annoverino tra i fini di essa, essendo sufficiente l'adesione alla stessa e la fattiva, concreta disponibilità a porre successivamente in essere quanto necessario per la sua perpetuazione - coincideranno con uno dei comportamenti delineati dal detto art. 5, andando in tal modo ad integrare gli estremi dell'illecito amministrativo derivante da reato, ma vi sarà la necessità della realizzazione, nel divenire della vita della "societas sceleris", di una delle condotte contemplate da tale ultima disposizione" (p. 316 della pronuncia).

altrimenti il semplice associarsi, la semplice, per quanto fattiva, disponibilità a cooperare alla vita *pratica* dell'associazione in termini di effettiva perpetrazione di reati fine, non raggiungono quel sostrato di concretezza necessario a soddisfare i requisiti di fondazione della responsabilità dell'ente.

La forza apparentemente soltanto *in potenza* di cui dispone il fatto associativo di per sé solo considerato stride, in definitiva, con l'effettività materiale che il Tribunale milanese pare leggere nel requisito della commissione del reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Quel *quid* in più del tipo mafioso di cui si è detto sopra, cioè il suo cogliere una manifestazione associativa in atto unitamente alla sua prospettiva imprenditoriale, non sembra in altri termini bastare a fondare il percorso di imputazione richiesto dall'articolato del 2001, che nel pensiero dei giudici richiede un coefficiente più terreno, immediatamente percepibile.

È forse quindi la difficoltà di individuare un concreto beneficio dell'ente proprio della mera associazione, intesa in termini statici, ad impedire nel pensiero dei giudici del processo Valle il coinvolgimento delle molte società imputate nella vicenda punitiva. Quella stessa difficoltà, a ben vedere, palesata da alcune delle sentenze sopra menzionate nell'identificare la pur distinta nozione di profitto in relazione a simile reato.

Di particolare interesse anche l'argomentazione conclusiva con la quale la sentenza del 2012 ha corroborato le proprie determinazioni. Il Tribunale ha ravvisato una contraddizione tra la contestazione da un lato degli illeciti amministrativi in capo agli enti, dall'altro dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 152/1991 in capo agli imputati *ex art 416-bis c.p.*, dal momento che tale aggravante "*comporta un giudizio di strumentalità degli atti imprenditoriali all'interesse dell'associazione a delinquere e dei loro componenti*", quasi come se tale strumentalità dell'impresa alla consorteria mafiosa escludesse di per sé la possibilità di un contemporaneo co-interessamento dell'ente, o anzi negasse completamente ogni possibile beneficio in capo ad esso²³.

²³ Si riporta anche in questo caso il passo per intero: "*Conclusione questa vieppiù dimostrata dalle componenti di contraddittorietà insite nella contemporanea contestazione, nel presente procedimento effettuata, di illeciti amministrativi derivanti da reato, che per loro natura e per quel che si è sopra osservato devono essere consumati "nell'interesse o a vantaggio dell'ente", e dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991, in questa sede ritenuta sempre sussistente per coloro che sono stati condannati per l'illecito di cui all'art. 416 bis c.p., che comporta un giudizio di strumentalità degli atti*

Una notazione, questa, che dimostra una volta di più la delicatezza dell'innesto dell'associazione per delinquere nell'universo della responsabilità da reato degli enti. Il termine "*strumentalità*" rende invero l'idea di un ente del tutto asservito agli scopi dell'associazione, puro mezzo deprivato di ogni altro e distinto afflato. Un'espressione che avvicina a quell'*instrumentum sceleris* che nel suo piegarsi al reato diviene ragionevole oggetto di confisca.

Indubbiamente l'aggravante mafiosa è sembrata in ogni caso ai giudici dipingere una particolare pregnanza dell'assoggettamento all'associazione mafiosa dei tredici enti coinvolti, così escludendo che potesse trattarsi di un caso invece di reciproche cointeressenze tra i due universi.

Probabilmente, a livello fattuale, anche le dimensioni spesso estremamente contenute, per quanto emerge dalla pronuncia, delle società in discorso (in alcuni casi legate ciascuna unicamente al singolo esercizio commerciale costituente il solo oggetto sociale) hanno giocato un ruolo importante nell'esplicitazione di questo senso di contraddittorietà da parte del Tribunale: generalmente non pare infatti che queste società schierassero molti dipendenti, tanto meno slegati dalla consorteria criminale, ma tendenzialmente annoveravano solo teste di paglia compiacenti, dietro alle quali si celavano nella proprietà e nella gestione gli esponenti delle famiglie Valle e Lampada. Più difficile sarebbe stato probabilmente il discorso nel caso in cui le società in questione avessero avuto dimensioni più importanti, se non altro per numero di addetti.

In ogni caso la pronuncia del Tribunale di Milano pare esemplificativa della sensazione di perplessità che istintivamente genera l'accostamento tra reati associativi e responsabilità degli enti, anche in caso di tipo mafioso.

imprenditoriali all'interesse dell'associazione a delinquere e dei loro componenti" (pag. 317 della sentenza).

10. Gradi di infiltrazione mafiosa e opportunità dell'intervento ex d. lgs. 231/2001

Gli ostacoli non sono però di ordine esclusivamente logico, dal momento che sono le dinamiche stesse dell'infiltrazione a poter cagionare una notevole *impasse*.

Si è detto sopra che la forza propria del tipo mafioso renderebbe più semplice l'argomentare rispetto al tipo associativo semplice, perché l'accostamento alle associazioni mafiose determinerebbe per le imprese un vantaggio competitivo pressoché automatico (per quanto sempre difficilmente misurabile quantitativamente). Sarebbe però semplicistico assegnare un'immediata condizione di privilegio alle imprese "legate" alle consorterie mafiose. Occorre anzi interrogarsi su quale tipo di "legame" possa fondare un rimprovero a carico di queste società ai sensi del d. lgs. 231/2001, se sia cioè o meno sufficiente l'appartenenza all'associazione mafiosa di un qualsivoglia operatore della società per ritrovare in capo alla stessa l'interesse o quanto meno il vantaggio fondativi della responsabilità da reato di associazione per delinquere di tipo mafioso. La presenza nel consiglio di amministrazione di un affiliato alla 'ndrangheta soddisfa cioè automaticamente un rimprovero *ex art. 24-ter* d. lgs. 231/2001 – 416-*bis* c.p. per la società interessata? L'interrogativo è in altri termini a quali condizioni si possa ritenere che una società sia così cointeressata alle sorti della consorteria mafiosa da meritare un rimprovero ai sensi del d. lgs. 231/2001.

Ogni velleità di definizione netta è vana, perché la realtà dei fatti, come testimoniato anche dai fascicoli consultati nell'ambito della ricerca, riporta una varietà di forme e di gradi di infiltrazione mafiosa che rendono pressoché impossibile tracciare linee di demarcazione precise tra società "mafiose" e non. Al di là del completo asservimento, vale a dire ad esempio della società creata allo scopo esclusivo di fungere da mera scatola per occultare e riciclare i proventi mafiosi e animata solo da affiliati all'associazione criminale (come forse accadeva nel caso Valle), la presenza delle consorterie in società di origine lecita può passare da vari livelli di introduzione nel capitale sociale e nella forza lavoro delle imprese.

Come noto, spesso le associazioni criminali iniziano ad imporre l'assunzione di alcuni soggetti alle dipendenze dell'ente lecito, per poi proseguire rilevando quote e collocando proprio personale nelle funzioni gestorie, sino a relegare l'imprenditore

originario ad un ruolo tutt'al più di facciata, utile a presentare la società in determinati contesti con un volto all'apparenza pulito.

I gradi di intensità dell'intrusione della sfera illecita in quella lecita sono progressivi, e difficilmente scomponibili secondo segmenti nettamente separati. Non solo, un altro aspetto rende difficilissimo identificare l'impresa per la quale l'associazione per delinquere di tipo mafioso rappresenti concretamente un reato presupposto nel suo interesse o a suo vantaggio: spesso quella dell'infiltrazione si rivela una parabola, l'impresa in origine lecita apre in alcuni casi le porte alla collaborazione mafiosa per poi trovarsi gradatamente risucchiata ed infine vittima.

Esemplificativo in questo senso un altro dei procedimenti esaminati nel corso della ricerca in commento.

11. Impresa avvantaggiata o vittima dell'associazione mafiosa? Il caso Cerberus

Nel procedimento "Cerberus", relativo alla presenza delle famiglie calabresi Barbaro – Papalia nell'area del milanese gravitante attorno a Buccinasco, l'ormai celebre "sodalizio" tra la società Lavori Stradali s.r.l. e la cosca criminale ha trovato notevoli ostacoli nell'evoluzione giudiziale, a causa in particolare della difficoltà di inquadrare in modo convincente il *dominus* delle società di movimento terra entrato in rapporti con la 'ndrangheta, Maurizio Luraghi, come partecipe dell'associazione mafiosa.

Come noto, il procedimento ha avuto alterne vicende, *in primis* con riferimento all'effettiva presenza del tipo mafioso nell'operare delle attuali generazioni dei Barbaro – Papalia, discendenti da quelle interessate dal procedimento "Nord Sud". In secondo luogo, quel che più interessa in questa sede, l'oscillare del Luraghi e con lui della Lavori Stradali s.r.l. dal ruolo di imprenditore colluso a quello di imprenditore vittima dell'associazione criminale ha contribuito ad una vicenda giudiziaria fatta di ripetuti annullamenti e rinvii dalla corte di legittimità a quella di merito, tanto che la vicenda è tuttora in attesa (almeno con riguardo a parte significativa degli imputati) di una pronuncia definitiva.

L'imprenditore lombardo Luraghi si era prestato ad offrire – secondo l'accusa, condivisa dalla pronuncia di I grado – il volto pulito agli affari dei mafiosi, ed aveva intrapreso una collaborazione con questi che negli anni si era trasformata per la sua consuetudine in una vera e propria partecipazione al sodalizio criminale. Luraghi aveva manifestato di sua iniziativa la propria disponibilità ai Barbaro - Papalia, aderendo pienamente al meccanismo da costoro instaurato, di cui sfruttava i vantaggi.

In un caso, ad esempio, era arrivato ad aumentare spontaneamente la mazzetta a loro favore, sapendo che questi gli avrebbero perciò garantito il lavoro su altri lotti di terreno. Ancora, quando aveva avuto dei diverbi con un collega imprenditore per un importo che questi non intendeva corrispondergli come avrebbe dovuto, i Barbaro erano subito intervenuti, invitando quest'ultimo a trasmettere subito il *quantum*.

Il I grado di giudizio l'aveva classificato di conseguenza come imprenditore colluso, parte di un rapporto sinallagmatico con l'associazione criminale, da cui erano discesi vantaggi per entrambe le parti. Per lunghi anni la Lavori Stradali aveva ottenuto numerose e lucrose commesse grazie alle sue "amicizie", senza doversi mai realmente confrontare con la concorrenza.

Sin qui, dunque, in un caso simile, l'inquadramento del *dominus* della società come partecipe dell'associazione di cui all'art. 416-*bis* c.p. in linea di principio potrebbe fondare in maniera apparentemente ragionevole una responsabilità della società stessa in base al d. lgs. 231/2001. La società beneficia in maniera chiara delle scelte del proprio gestore e vede il suo legame con la consorteria crescere in frequenza e forza, sì che immaginare un intervento ai sensi della legge del 2001 su questa società, nata nella legalità e poi gradatamente corrotta, parrebbe sensato ed anzi potenzialmente utile – se tempestivo e ben calibrato – a frenare l'espansione del contagio, per permettere alle parti eventualmente ancora sane della società un recupero alle regole civili.

Il problema tuttavia è che Luraghi, come sottolineato dalla sua difesa, aveva allo stesso tempo assunto i tratti della vittima: aveva sempre subito infatti, lui per primo, l'imposizione del "sovrapprezzo" da parte dei Barbaro - Papalia sui lavori svolti, sapendo – come era solito dire – che a Buccinasco le cose non potevano che

funzionare così²⁴. Ed anzi, quando in una occasione aveva osato prendere una commessa senza coinvolgerli aveva subito importanti danneggiamenti ai macchinari dei suoi cantieri²⁵.

Non solo, all'esito di una consulenza tecnica di natura contabile, era emerso che gli esborsi ripetutamente corrisposti negli anni ai Barbaro erano stati molto consistenti. Secondo questa consulenza, acquisita agli atti del processo *Cerberus* da un altro processo a carico di Luraghi e dei Barbaro per reati fiscali e fallimentari, conseguente al *fallimento* della Lavori Stradali s.r.l., addirittura la società non sarebbe nemmeno fallita in assenza delle contribuzioni a beneficio degli esponenti mafiosi. Ed è proprio questo uno degli elementi cardine emersi dall'istruttoria e invero trascurati dai giudici di prime e seconde cure che ha condotto la Corte di Cassazione nel 2015 ad annullare con rinvio la condanna quale partecipe dell'imprenditore lombardo.

Secondo la Suprema Corte era emerso nei giudizi di merito che i Barbaro avevano sfruttato e "spremuto" Luraghi e la Lavori Stradali sino al fallimento, e se deve ritenersi possibile che anche l'associato sia vittima di atti di intimidazione, la circostanza che questi ne sia il principale bersaglio mette in crisi la sua presunta partecipazione al sodalizio mafioso.

Simili circostanze mettono evidentemente in crisi l'assunto di una partecipazione all'associazione mafiosa del Luraghi, ed allo stesso tempo di una sua partecipazione a favore della società Lavori Stradali s.r.l., giunta poi alla decozione.

In attesa che la vicenda giudiziaria di Maurizio Luraghi trovi una pronuncia definitiva, il ripetuto altalenarsi del suo ruolo, ora a monte e ora a valle della catena criminale, testimonia inequivocabilmente le infinite e opache sfumature che spesso contraddistinguono le imprese che entrano in rapporti con clan mafiosi, e la difficoltà quindi di procedere, anche volendo, secondo gli stilemi del d. lgs. 231/2001.

²⁴ "Il governo del territorio ce l'hanno loro e se io voglio lavorare con la mia azienda e per i miei committenti devo far fare a loro i lavori di movimento terra, altrimenti subirei danneggiamenti ai cantieri".

²⁵ Teste in proposito nel processo la figlia dei coniugi Luraghi, Barbara, subentrata nell'impresa familiare: non volendo proseguire la gestione iniziata dal padre, di commistione con le forze mafiose, si trovava oggetto di ripetuti atti di intimidazione, spesso anche in prossimità delle udienze del processo.

È evidente che qualora si accerti in giudizio che l'impresa ha dovuto concedere pagamenti estorsivi, o si è sentita comunque sostanzialmente costretta a tollerare la collaborazione con le consorterie criminali, diventa difficile affermare che questa collaborazione sia avvenuta nel suo interesse. La società passa gradualmente da una situazione di privilegio sul mercato a quella di ente soffocato dai suoi stessi iniziali sostenitori.

L'impresa probabilmente non è né del tutto vittima né del tutto carnefice in ipotesi del genere, e non è quindi immediato comprendere (al netto della parallela difficoltà sull'accertamento del reato presupposto del suo rappresentante, base imprescindibile dell'addebito *ex d. lgs. 231/2001*) se sia sensato rimproverarle l'illecito amministrativo dipendente dal delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.

12. La difficoltà di stabilire l'an e il quomodo dell'intervento

Le sfumature non sempre chiaramente distinte della penetrazione mafiosa nell'impresa lecita rendono difficile stabilire se l'intervento con i mezzi previsti dal d. lgs. 231/2001 sia possibile. Già il primo tassello nel percorso di imputazione, quello dell'interesse o vantaggio, è difatti messo in crisi dalle ambiguità che la prassi dimostra.

Un altro aspetto però rende incerto il percorso di attribuzione della responsabilità amministrativa all'ente (genericamente) contiguo alla mafia. L'intervento ai sensi della normativa del 2001 può avere un impatto molto forte sugli enti e – com'è comprensibile – le cornici edittali per i reati associativi sono ai sensi dell'art. 24-*ter* consistenti. È quindi necessario modulare attentamente l'eventuale utilizzo dell'arsenale sanzionatorio o cautelare del d. lgs. 231/2001. Un problema che affligge più in generale tutti gli strumenti di contrasto all'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico è quello, tradizionalmente, di non annientare, dove possibile e sensato, le strutture imprenditoriali, salvando quanto recuperabile e anzi – quando ad esempio si intervenga con l'inserimento di un commissario giudiziale – curando un ritorno all'utile o comunque non solo la conservazione ma anche il miglioramento delle funzionalità aziendali.

Da un lato è quindi molto delicato stabilire se l'impresa meriti effettivamente la corresponsabilizzazione per il legame di uno o di alcuni dei suoi esponenti con le consorterie mafiose, dall'altro occorre far tesoro dell'indicazione dell'art. 14 del d. lgs. 231/2001 (*"Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente"*), e mirare (auspicando che ciò sia davvero sempre possibile) la risposta afflittiva sull'area effettivamente interessata dal contagio criminale.

Specialmente in caso di grandi imprese, o magari di imprese strutturate secondo più agenzie o articolazioni dislocate in aree territoriali diverse, è ben possibile infatti che l'abbraccio della via illegale contraddistingua una porzione soltanto dell'impresa, sì che sarebbe sproporzionato un rimprovero che si abbattesse invece sull'impresa nel suo complesso (si pensi al caso della società di spedizioni TNT, nel quale la magistratura è invero intervenuta con il diverso strumento dell'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 d. lgs. 159/2011, ma in cui è stato possibile isolare la specifica agenzia delle molte presenti nel Paese interessata dal contagio mafioso²⁶).

Il problema dei terzi innocenti, a fronte delle gravità delle sanzioni possibili per gli illeciti amministrativi derivanti da reati associativi, si fa particolarmente vivo. Così vivo che forse si dovrebbe riflettere non solo sul quantum e sul *quomodo* della sanzione, ma anche prima sull'*an* della stessa.

Si è ragionato sinora, sulla scorta dell'esempio del procedimento Cerberus, sul caso di commissione del reato associativo da parte di un soggetto apicale della società, anzi, nel caso di Luraghi, della vera e propria anima di una (relativamente) piccola società. Ma nel caso in cui le dimensioni societarie siano maggiori, e associato *ex art. 416-bis* c.p. sia un unico lavoratore, di grado gerarchico in ipotesi non alto, si potrà ancora colpire sensatamente la società? Ci si domanda cioè se l'associazione (si badi, non il singolo reato scopo) possa dirsi ancora nell'interesse o a vantaggio dell'ente o se non occorra invece un numero minimo di lavoratori perché l'intervento punitivo

²⁶ Cfr. sulla decisione della sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano, Costantino Visconti, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese* (working paper), in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2012. A proposito dell'infiltrazione nella multinazionale TNT v. anche *infra*.

sia ragionevole.

Un interrogativo non trascurabile potrebbe essere in altri termini se in caso di reato associativo non sia forse più corretto che il rimprovero scatti solo nel momento in cui *una pluralità* di esponenti dell'ente sia almeno partecipe dell'associazione.

Specialmente in caso di soggetti sottoposti ai sensi dell'art. 5 co. 1 b) potrebbe sembrare iniquo fondare una responsabilità severa come quella consentita dall'art. 24-ter d. lgs. 231/2001 sull'affiliazione all'associazione delittuosa di un solo lavoratore.

Sembrerebbe preferibile impiegare questo arsenale sanzionatorio solamente qualora il grado di infiltrazione raggiunga una certa consistenza. Il parametro di questa può essere difficile da determinare. Da un lato potrebbe essere influenzato dal numero di agenti necessario per l'associazione per delinquere ai sensi del codice penale. Dall'altro questo potrebbe sembrare non adeguato in caso di enti di grandi dimensioni, e potrebbe variare in proporzione alle dimensioni del singolo ente considerato. Un altro parametro potrebbe essere quello del livello gerarchico degli esponenti mafiosi all'interno dell'ente, immaginando naturalmente una pervasività maggiore in caso di azione al livello dei vertici.

Il contemperamento potrebbe ancora una volta venire da una valorizzazione dell'art. 14 che, pur con riferimento specifico alle sanzioni interdittive, sancisce un principio che pare di più ampio rilievo, vale a dire la necessità di colpire con la sanzione parapenale *ex d. lgs. 231/2001* solamente le attività cui l'illecito specificamente si riferisce.

Come palesa, infatti, la legislazione antimafia di cui al d. lgs. 159/2011, l'obiettivo dell'intervento giudiziario, ad esempio nel caso di amministrazione giudiziaria deve essere certo quello del recupero alla legalità, e non necessariamente dell'annientamento, ma addirittura anche il ritorno all'utile, dove possibile (si legge all'art. 35 del codice antimafia che *"l'amministratore giudiziario ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi"*).

La distinzione tuttavia tra le aree dell'impresa effettivamente suscettibili di recupero e quelle completamente guaste può, a sua volta, non essere semplice. Tra gli indici

da tenere in considerazione si potrebbe includere il numero ed il ruolo degli esponenti, rispetto al totale della specifica area interessata, appartenenti o comunque imposti o inseriti dalla consorteria mafiosa; la frequenza degli episodi devianti; l'entità delle cifre sporche impiegate a sostegno dell'area in questione ecc. Ancora: potrebbe essere importante distinguere i casi a seconda del livello gerarchico nella consorteria criminale dell'esponente societario. In altri termini, potrebbe essere utile distinguere i casi nei quali esponenti societari fossero capi o promotori dell'associazione mafiosa da quelli nei quali tali esponenti fossero semplici partecipi nella consorteria criminale.

La commisurazione dell'intervento afflittivo sarà in ogni caso delicata.

13. Gli esiti della ricerca

Volgendo ora lo sguardo ai dati complessivi della ricerca sull'infiltrazione al Nord, solamente 3 procedimenti sui 105 esaminati hanno fatto ricorso al d. lgs. 231/2001, una percentuale che non raggiunge il 3%. Il dato numerico pare restituire in maniera netta le aporie di varia natura, logica, giuridica ed empirica, di cui si è detto sinora. Certo la povertà numerica dipende anche molto dai tempi dell'introduzione dell'art. 24-ter d. lgs. 231/2001, e prima dell'art. 10 l. 146/2006 per il crimine organizzato transnazionale. Occorre considerare che l'ingresso dei reati associativi, almeno non transnazionali, è avvenuto molto tardi (2009), rispetto all'orizzonte temporale considerato (2000-2015), e ciò impedisce naturalmente ogni suo ipotetico protagonismo nelle vicende giudiziarie esaminate e più risalenti. Si tratta poi forse di novità tali che richiedono una fase di adattamento, proprio per il loro carattere inedito.

Considerando in ogni caso il numero dei procedimenti interessati dall'uso del d. lgs. 231/2001 sul totale, per semplicità, dei procedimenti aperti a partire dal primo esordio dei reati associativi nel sistema della responsabilità degli enti, quello del 2006, la percentuale di ricorso alla responsabilità "da reato" si avvicina al 5%, dimostrando comunque una notevole esiguità.

Probabilmente la difficoltà di coniugare i parametri d'imputazione dell'interesse o

vantaggio con l'insidiosità del contagio criminale da un lato, insieme alla molteplicità di forme e di gradi dell'infiltrazione dall'altro, per cui è a volte impossibile stabilire se una società abbia più beneficiato o patito la sua apertura alla mafia, hanno impedito di provare la strada del d. lgs. 231/2001, per consentire invece l'operatività di strumenti più collaudati, come la confisca, o comunque di particolare efficacia e di minor dispendio probatorio, come le misure di prevenzione (si vedano al riguardo gli ulteriori commenti alla presente ricerca).

14. Un tentativo di conciliazione tra i due universi: la pronuncia Caposaldo

Non sono però mancati invero tentativi interessanti d'impiego del d. lgs. 231/2001 nei procedimenti milanesi esaminati. Ad esempio, nell'ambito del cd. procedimento Caposaldo, il Tribunale di Milano con la sentenza del 24 maggio 2013 n. 2571 ha ripreso alla lettera l'*excursus* svolto dal procedimento Valle, sopra ricordato, sulla difficoltà di verifica del criterio di imputazione dell'interesse o vantaggio in caso di associazione mafiosa, ma concludendo in maniera del tutto opposta.

Il Collegio ha cioè rilevato che la s.r.l. MFM, impegnata in attività di autotrasporto per conto terzi e logistica e imputata *ex art. 24-ter* d. lgs. 231/2001, era stata creata da Davide Flachi e altri appartenenti alla 'ndrangheta al fine di operare con il già sopra menzionato colosso multinazionale TNT e offrire la possibilità a questo di servirsi apparentemente, per alcune commesse, di un ente "regolare".

In particolare, la società MFM era stata generata appositamente in termini all'apparenza leciti e formalmente ineccepibili ("*una delle intenzioni dei reali gestori era di creare una realtà sociale "pulita", si legge nella pronuncia a p. 1950*), ed erano stati individuati a questo scopo quali proprietari e gestori ufficiali gli esponenti delle nuove generazioni mafiose, vale a dire i figli incensurati degli storici appartenenti alla 'ndrangheta. Ma, pur nell'apparente liceità, l'ente era stato in tutto e per tutto animato dai proprietari e gestori di fatto mafiosi (le vecchie generazioni), e non aveva avuto altro fine se non quello di assicurarsi un ingresso agevolato nella società TNT. MFM doveva rappresentare un trampolino di lancio negli affari leciti per le

nuove generazioni, basandosi sulla forza derivante dai legami con la criminalità organizzata²⁷.

Se dunque, ha affermato il Tribunale ripercorrendo le argomentazioni della sentenza Valle, è generalmente difficile che la mera partecipazione al sodalizio mafioso coincida “*con uno dei contegni aventi la finalità indicata nell’articolo 5*”, nel caso della MFM s.r.l. erano invece ravvisabili atti specificamente rientranti tra quelli commessi nell’interesse o vantaggio dell’ente stesso: in particolare, il suo fungere da testa d’ariete dal volto pulito per entrare in lucrosi affari sopravanzando i concorrenti.

Pare cioè di capire che nel pensiero dei giudici lecito e illecito si fossero intersecati nella vicenda Caposaldo fecondando una cointeressenza tra agire economico imprenditoriale pulito e attività criminali capace di sostenere il criterio di imputazione oggettivo dell’art. 5 d. lgs. 231/2001.

Alla difesa della società, che aveva rilevato l’assenza di qualunque prova di estorsioni o di altri illeciti di concorrenza violenta o minacciosa posti in essere da MFM ai danni dei propri concorrenti, sì da negare in concreto qualunque interesse o vantaggio in capo a MFM dalla sua vicinanza al sodalizio mafioso, il Tribunale di Milano ha risposto che era stato dimostrato nel processo che l’estromissione dei concorrenti dal rapporto con TNT, la quale aveva scelto appunto MFM per l’effettuazione di una serie di consegne, non era stata “*l’esito di una contesa imprenditoriale ed economica, ma era stata “il frutto di una vera e propria imposizione in qualche modo avallata e persino sollecitata da un certo management della committente [la stessa TNT]”*”.

Per il Tribunale di Milano il fatto che la società, pur formalmente lecita, fosse in realtà “*intrinsecamente mafiosa*”, testa di ponte di un’importante multinazionale, è stato sufficiente a fondare la responsabilità *ex art. 24-ter* d. lgs. 231/2001. In altri termini la sua essenza mafiosa le ha consentito, senza necessità di attuare alcuno specifico reato fine, di ottenere gli incarichi di TNT. L’asservimento alla consorteria criminale

²⁷ Così si legge a p. 1967 della sentenza: “*In definitiva, la predetta società aveva rappresentato lo strumento precipuo attraverso il quale consacrare l’alleanza tra gli imputati appartenenti alla ‘ndrangheta assicurando l’acquisizione dei contratti con la TNT, offrendo alla multinazionale olandese una controparte “presentabile” e dalle caratteristiche non evidentemente delinquenziali risultando essere stata società intrinsecamente mafiosa nonché strumento indispensabile per l’esplicazione ed attuazione delle finalità dell’associazione*”.

è nato e si è sviluppato nel suo stesso interesse e vantaggio.

La pronuncia Caposaldo sembrerebbe quindi aver individuato un connubio piuttosto convincente tra la mera partecipazione all'associazione per delinquere di tipo mafioso, svincolata dall'estrinsecazione di reati fine, e il criterio d'imputazione dell'interesse o vantaggio.

Ci si sarebbe attesi che alla luce di questa così stretta cointeressenza, concretizzatasi nell'ottenimento delle commesse TNT, il Tribunale avrebbe applicato la sanzione più grave dell'interdizione definitiva. Al contrario, considerando che l'ente era stato poi dichiarato fallito, il Tribunale ha optato per l'applicazione di una sanzione pecuniaria (pari ad euro 120.000), poiché non era pronosticabile alcuna ulteriore attività sociale in capo alla fallita MFM.

Difficile dire, a fronte di questo epilogo, se MFM, una società nata per mano mafiosa e governata da mano mafiosa, meritasse solo la "condanna a morte" e fosse dunque ascrivibile a quei casi limite che sin dal suo principio il d. lgs. 231/2001 aveva inserito ai confini ultimi della propria applicazione. Forse MFM era un ente che conservava una porzione di legalità, poiché – pare – otteneva sì gli incarichi grazie alla sua venatura criminale, ma svolgeva poi comunque anche un'attività sociale lecita, vale a dire le consegne affidatele da TNT, anche se non necessariamente in termini soddisfacenti.

Resta in conclusione il dubbio se il carattere "*intrinsecamente mafios[o]*" di MFM, al di là dell'accertamento della sua decozione che la poneva fuori ormai dal mercato, ne facesse un ente definitivamente irrecuperabile e meritevole solo di interdizione definitiva, vale a dire di quell'epilogo considerato dal legislatore del 2001 per gli enti collettivi stabilmente dediti alla commissione di illeciti già all'art. 16 co. 3 o legittimasse una sanzione meno radicale.

15. Conclusioni

L'esiguità del campione utile ai fini del d. lgs. 231/2001 rende ogni considerazione generale un azzardo. Tuttavia l'alto numero di imprenditori e "mafiosi imprenditori" registrato (rispettivamente 23 e 75, su 383 persone rinviate a giudizio per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.), come convenzionalmente definiti (v. legenda tab. 4.2.3. e tab. 4.2.6.), unitamente all'ampio numero di procedimenti che hanno individuato tra gli scopi delle associazioni mafiose proprio le attività economiche (lo scopo di gestione o controllo di attività economiche è stato registrato in 44 rilevazioni, v. tab. 4.6.1.) testimoniano che il connubio tra criminalità organizzata e agire economico è certo di rilievo, e che quindi il trapianto delle fattispecie associative nella responsabilità da reato degli enti era quanto meno un esperimento dotato di una sua ragionevolezza.

Non si può infatti concludere che il trapianto sia del tutto fallito, è ancora forse troppo presto per dirlo e col tempo e l'esperienza l'armamentario della responsabilità "amministrativa" degli enti, con il suo *carrot-stick approach*, potrebbe forse rivelarsi più utile di quanto si direbbe ora.

Del resto, l'inserimento dell'art. 24-*ter* nel d. lgs. 231/2001 ha se non altro obbligato società e associazioni di categoria a cimentarsi con la predisposizione di cautele organizzative volte ad impedire o quanto meno prevenire la penetrazione mafiosa nell'impresa.

Si tratta certo di un'opera non semplice, che spesso si risolve, *inter alia*, nel suggerire agli enti di osservare le cautele richieste rispetto ai singoli reati fine oggetto del programma associativo²⁸, oppure comunque nelle precauzioni seguenti, già solitamente in uso ai fini della prevenzione di diverse altre categorie di reato (da quelli contro la P.A. a quelli contro l'industria ai reati societari ecc.): imporre all'ente particolare cautela nella scelta di collaboratori, consulenti e fornitori, attraverso, tra l'altro, una marcata attenzione per la documentazione antimafia, le cc.dd. *black-list* o comunque per l'utilizzo di autodichiarazioni dei diversi partner commerciali che attestino l'assenza di provvedimenti giudiziari di qualunque natura derivanti dalla "vicinanza" alla criminalità organizzata; imporre forme contrattuali sempre scritte,

²⁸ Cfr. ad es. le Linee Guida di Confindustria sulla parte speciale del d. lgs. 231/2001, p. 100.

validate ove esistente dalla funzione legale, e regolanti in ogni caso ogni aspetto negoziale rilevante; imporre forme di pagamento, in entrata e in uscita, sempre tracciate, appoggiate a intermediari finanziari e rispettose in ogni caso della normativa antiriciclaggio; imporre infine una tenuta della contabilità scrupolosa e regolare; imporre comportamenti corretti e trasparenti nei confronti dei concorrenti del proprio settore di mercato.

Se tutto ciò è benefico, resta indubbiamente arduo suggerire cautele organizzative che possano concretamente evitare l'ingresso nell'ente di componenti mafiose o l'avvicinamento di esponenti aziendali a sodalizi criminali. C'è sempre il rischio inoltre che si crei comunque una distanza tra quanto un modello di organizzazione, gestione e controllo dichiara e quanto effettivamente pone in essere la "popolazione aziendale", specialmente a fronte dell'insidiosità e della prevaricazione naturalmente insite nel fenomeno mafioso. Il dubbio sull'effettività degli eventuali protocolli organizzativi è quindi in questo caso particolarmente elevato.

Tutto ciò schiude forse anche un'altra problematica: da tempo si è stigmatizzata la difficoltà di cogliere distintamente la componente oggettiva e quella soggettiva dell'illecito amministrativo dell'ente. Se il fatto dell'ente pare sfuggire, a meno di non sovrapporlo e confonderlo al coefficiente organizzativo anti-reato, sfugge a maggior di più nel caso del reato associativo mafioso, dove – nel caso Caposaldo di cui si è detto sopra – di fatto l'ente era stato addirittura creato per contribuire all'illecito penale alla base della sua stessa responsabilità amministrativa, e quindi la sua stessa esistenza era opera del fronte criminale.

Non solo, l'apparato del d. lgs. 231/2001 richiede anche un livello di garanzie molto elevato, modellato com'è sull'universo penale, così che la sua applicazione non consente certo alla magistratura la stessa praticità e rapidità che ammettono invece strumenti come, ad esempio, l'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 d. lgs. 159/2011²⁹, che peraltro non chiamano in gioco neppure problematiche complesse

²⁹ Cfr. l'intervista del dott. Paolo Storari sopra citata, p. 11 ss.: *"Di fronte a imprese non marce, l'alternativa che ci si pone è 231 o articolo 34. Allora la 231 ha, secondo me alcuni dati negativi: primo misura cautelare con contraddittorio (...) Cioè cosa me ne faccio io del previo contraddittorio, cioè capisci, il previo contraddittorio a questa gente qua (...). No. Non ha alcun senso, minore efficacia, io col 34 metto un mio amministratore nell'impresa. Lì non sempre è così e d'altronde dare una sanzione pecuniaria non è che sia molto utile. Allora queste due ragioni mi portano a preferire o il sistema del sequestro o il sistema dell'articolo 34. In queste vicende qua. Considera poi che spesso quello che capita*

come quelle dell'interesse o vantaggio rispetto al reato associativo.

In conclusione, se molti oggi appaiono gli strumenti di lotta alla criminalità organizzata e alla sua infiltrazione nell'impresa lecita, la ricerca in commento indica che lo strumento della responsabilità degli enti è allo stato molto poco usato, visto con una certa diffidenza nella sua conciliabilità con il tipo mafioso, e certamente denso di complicazioni applicative.

Non è escluso però che con il passare degli anni la strada imboccata ad esempio nella vicenda Caposaldo possa prendere maggiormente piede e che l'impraticarsi delle stesse associazioni imprenditoriali nell'escogitare strumenti per prevenire e arginare il contagio possa contribuire ad una certa diffusione di una cultura aziendale attenta alle insidie delle sirene mafiose.

è il criterio dell'interesse, cioè l'ente che ha come presupposti il 416bis, il soggetto che commette il reato lo fa nell'interesse proprio o nell'interesse dell'ente. È dura far vedere che agisce nell'interesse dell'ente o a vantaggio dell'ente, questi strumentalizzano l'ente. Per cui c'è anche questo ostacolo direi criminologico che mi impedisce di fatto di usare tanto la 231. Queste sostanzialmente le ragioni".