

## **OSSERVAZIONI a Cass. Pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735**

Cass. pen. 2011, 5, 1880 di **Arianna Agnese**

La sentenza in commento affronta il tema della natura della responsabilità da reato degli enti, dandone una lettura in chiave costituzionale. Afferma che "il d.lg. n. 231 del 2001 ha introdotto un *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo una autonoma responsabilità dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella Sezione III da parte di un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto reato è "fatto della società, di cui essa deve rispondere"

La decisione in commento ritiene che il criterio soggettivo di imputazione della responsabilità all'ente, del reato commesso da un soggetto operante ai vertici, è un principio conforme alla Costituzione in quanto si tratta di responsabilità per fatto proprio della società, imputabile non per responsabilità oggettiva bensì per "colpa di organizzazione" dell'ente. L'ente risponde perché non ha adottato tutti quegli accorgimenti organizzativi, preventivi ed idonei a scongiurare la realizzazione del reato commesso.

Tale tipo di responsabilità non involge dunque la problematica costituzionale relativa al divieto di responsabilità penale per fatto altrui.

La decisione della suprema Corte fornisce altresì una peculiare valutazione, rispetto a una precedente decisione di merito (G.u.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, n. 2242, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)), dell'onere della prova della responsabilità dell'ente, che graverebbe sempre sull'accusa: nel sistema delineato dagli artt. 6 e 7 del d.lg. 231 del 2001 infatti, il pubblico ministero dovrà sempre provare la sussistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società, il nesso teleologico tra l'azione del soggetto apicale che ha commesso il reato e l'interesse o il vantaggio dell'ente, che rendono automaticamente autonoma la responsabilità di quest'ultimo, e la colpa organizzativa.

Spetterebbe invece all'ente, per andare esente da colpa organizzativa, dimostrare che "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" (lett. a) dell'art. 6) e che sulla base di tale presupposto, ricorrono le altre previsioni elencate nelle successive lettere del citato art. 6".

Si ribadisce quindi che nessuna inversione dell'onere della prova è prevista dalla disciplina che regola la responsabilità dell'ente negli artt. 5, 6 e 7 del d.lg. 231 del 2001 e che pertanto non sussiste alcuna violazione dei principi costituzionali afferenti al diritto di difesa e al principio di uguaglianza.

Il fatto storico preso in esame dalla sentenza riguardava il responsabile dell'Ufficio legale di una ASL che era altresì componente della Commissione di gara per l'appalto di pulizia e sanificazione di detta Azienda. Egli doveva rispondere del reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, aggravato dalla circostanza che la corruzione era finalizzata alla conclusione di un contratto nel quale era interessata l'ASL alla quale apparteneva. Il responsabile dell'Ufficio legale della ASL, in concorso con altro soggetto, aveva ricevuto una somma di denaro da un ente, tramite i responsabili di quest'ultimo, al fine di compiere atti contrari ai doveri d'ufficio, consistiti nel sottrarre parte della documentazione presentata da altre imprese, favorendo così nell'aggiudicazione dell'appalto l'ente che tramite i soggetti apicali gli aveva versato la somma di denaro. Inoltre, la somma ottenuta di euro 15,000,00 era la parte di una maggiore somma di euro 30,000,00 bonificata dai corruttori alla ditta del soggetto concorrente nel reato, in esecuzione formale di un contratto di consulenza, che mascherava la "tangente".

La suprema Corte confermava le sentenze dei precedenti giudicanti nel merito ritenendo la responsabilità amministrativa dell'ente che si era aggiudicato l'appalto conseguente alla responsabilità dei vertici della stessa che si erano resi responsabili del reato di corruzione attiva. La Corte annullava la sentenza limitatamente alla determinazione della sanzione pecuniaria inflitta all'ente restituendo gli atti alla Corte d'appello di Trento - sezione di Bolzano.

Molto discusso è in dottrina e in giurisprudenza il profilo della natura della responsabilità dell'ente; tale ampio e ancora aperto dibattito sull'inquadramento della responsabilità della persona collettiva comporta una diversa applicazione degli istituti giuridici sostanziali e processuali. (Tra i primi affrontati dalla giurisprudenza rientra l'ammissibilità della costituzione di parte civile: vedi BEVILACQUA, *Prima sentenza di condanna di una società a seguito di giudizio ordinario ai sensi del d.lg. 231/2001*, dal portale *Juris Data*, Giuffrè, 2009, che ripercorre le pronunce del Tribunale di Milano, sul punto, a partire da Trib. Milano, 20 marzo 2007, n. 3300 nel senso della non ammissibilità, per proseguire con le ordinanze 24 gennaio 2008, 5 febbraio 2008 e 16 settembre 2010, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), tutte nel senso della ammissibilità, con riferimento in particolare alla possibile applicazione degli artt. 185 c.p. e 174 c.p.p. nel processo instaurato nei confronti dell'ente qualora si debba riconoscere che la responsabilità dell'ente non sia penale bensì di un terzo genere; per riferimenti al dibattito sorto a livello sopranazionale soprattutto in relazione alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 11).

L'origine del dibattito affonda le proprie radici nell'espressione tramandata dalla letteratura penalistica *Societas delinquere non potest*, evidentemente, ormai, superata in un'ottica economica aziendalistica che

vede sempre più presenti piccole e grandi imprese nella fisiologia dei rapporti al pari che nella patologia criminale, benché alcuni autori abbiano visto nell'art. 27 della Costituzione un ostacolo insormontabile, sostenendo che era difficilmente pensabile un criterio di imputazione soggettiva della responsabilità penale, quale la colpevolezza, all'ente (v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 25, ove si riporta il pensiero di Bricola secondo il quale l'art. 27 Cost. sarebbe un ostacolo insuperabile alle forme di responsabilità penale pura per l'ente).

La sentenza della suprema Corte sembra aver superato il problema dell'incostituzionalità del principio di responsabilità dell'ente sostenendo che, pur trattandosi di un soggetto collettivo, quest'ultimo risponde per fatto proprio e non per fatto altrui, e sottolineando altresì il principio di colpevolezza proprio dell'ente, poiché "la persona fisica, che opera all'interno dell'ente nell'ambito delle competenze societarie, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione". (In dottrina alcuni autori, contrari a tale impostazione, sostengono che la natura della responsabilità dell'ente deve essere amministrativa ed affermano che, al contrario, sarebbe pericoloso estendere il principio di colpevolezza ad un ente parlando di "colpevolezza collettiva" perché ciò potrebbe snaturare lo stesso illecito penale deresponsabilizzando così la persona fisica: PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit. p. 423).

La sentenza sembra riprendere e aderire all'impostazione della teoria della realtà, dell'immedesimazione organica, che risolve i problemi di costituzionalità. (GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Nss. d.I.*, vol. XV, Utet, 1968, p. 711 s.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., spiega che nella contrapposta teoria della finzione giuridica, che affonda le sue radici nell'impostazione di chiaro stampo giusnaturalistico attribuita al Von Savigny, ove la persona fisica ha capacità giuridica mentre la persona giuridica ha in ogni caso necessità di rappresentanti per poter agire, è difficilmente spiegabile la responsabilità dell'ente come responsabilità per fatto proprio con conseguente possibile incostituzionalità ex art. 27 Cost. Secondo invece la teoria della realtà, in cui l'ente è un vero e proprio soggetto di diritti in cui i rappresentanti non si atteggiano in rapporto di alterità rispetto alla società, ma sarebbero organi attraverso cui l'ente esprime la sua volontà, si comprende sia il principio espresso nell'art. 5 del d.lg. n. 231 del 2001, secondo cui l'ente risponde soltanto se il reato è stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, sia il principio di responsabilità personale conforme al dettato costituzionale. L'Autrice spiega che comunque anche tale teoria non può essere portata alle estreme conseguenze perché porterebbe addirittura a negare la legittimità di un autonomo addebito di responsabilità nei confronti dell'autore del reato essendo tale solo la società).

Ancora, nella decisione si propende per definire l'illecito commesso dall'ente come un terzo genere di responsabilità, non penale e non amministrativo, ma partecipe della natura di entrambi gli illeciti. (Alcuni autori l'hanno definito come un "sistema geneticamente modificato con sembianze ibride, il DNA dell'anfibio": DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 17).

In dottrina, tuttavia, si preferisce qualificare la responsabilità di fatto come di natura penale (CROCE-CORATELLA, *Responsabilità amministrativa dell'ente. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, *Il Sole 24 Ore*, 2008, p. 7 s.), poiché il sistema prevede tutte le garanzie di carattere penale (principio di legalità, successioni di leggi nel tempo) e la sanzione applicata dal giudice penale conseguente alla commissione di un reato non può portare logicamente ad altra soluzione, perché ciò che qualifica la responsabilità è la natura dell'interesse violato, non la natura del soggetto che ha commesso il comportamento illecito (DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 12 che riprende in nota il pensiero di FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi per Lorenzo Campagna*, Giuffrè, 1982, p. 291).

Coloro che propendono per considerare la responsabilità dell'ente come penale parlano addirittura di una frode dell'etichetta perché nel d.lg. n. 231 del 2001 sia il *nomen* del provvedimento che il titolo del Capo I richiamano espressamente la responsabilità come amministrativa e così anche l'art. 1 richiama il principio di responsabilità come "illecito amministrativo" (MANZIONE, *Procedimenti speciali e giudizio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 652, ove l'Autore afferma che in realtà non si può parlare di frode dell'etichetta laddove con il sistema delineato dal decreto legislativo non si sono eluse delle garanzie, ma, al contrario, si punta alla loro attuazione e spiega che la scelta operata dal legislatore ha una forte "valenza simbolica" attraverso cui "l'opzione sull'etichetta" trasmette un messaggio di minor gravità e di minore riprovazione che ha consentito l'accettazione della novità nel contesto politico-culturale del Paese. In tal senso anche PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 954).

Tali autori ritengono altresì non soddisfacente la definizione di *tertium genus* e propongono una riflessione di teoria generale del reato, sul fatto costituente reato e sulla sanzione applicata, che porterebbe a ritenere la sanzione applicata all'ente, per il reato commesso da persone fisiche in rapporto di immedesimazione organica, il terzo binario del diritto penale criminale, accanto alla pena e alla misura di sicurezza (DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1167).

Per comprendere la natura dell'illecito delineato dal d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 è necessario incentrare l'attenzione proprio sulla sanzione positivamente individuata, così come per distinguere un delitto da una contravvenzione si fa riferimento alla differente sanzione applicata all'uno o all'altro reato dal legislatore.

È proprio dalla tipologia delle sanzioni previste (sanzione pecuniaria, sanzione interdittiva, confisca e pubblicazione della sentenza di condanna), dal criterio della commisurazione della sanzione pecuniaria per tassi, dal sistema di applicazione delle circostanze attenuanti e aggravanti e dalla previsione della confisca (che non è, come nel sistema penale, una misura di prevenzione ma una sanzione vera e propria, la cui applicazione è obbligatoria, infatti, anche in presenza di una causa di esclusione della pena per aver adottato, l'ente, un adeguato modello organizzativo), che emerge la natura di terzo genere di responsabilità dell'ente diversa da quella penale.

Infatti, a seconda dell'applicazione di una o di tutte le sanzioni previste dal sistema punitivo del decreto legislativo, si privilegia ora la finalità special-preventiva ora quella di intimidazione o di repressione della sanzione penale. Qualora vengano applicate tutte contemporaneamente si perseguirà la funzione della sanzione penale pura.

Il sistema prevede tale possibilità a seconda dell'illecito penale commesso e dell'adozione, anche successiva al reato, del modello organizzativo, del risarcimento integrale del danno, dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose e della messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17 d.lg. 231 del 2001). (È importante riflettere sul principio della riserva di legge prevista per le sanzioni conseguenti a responsabilità ex d.lg. 8 giugno 2001, n. 231: non per tutti i reati previsti dalla normativa in questione è possibile applicare tutte le sanzioni; ad es., per i reati societari ex art. 25-ter, è possibile applicare soltanto la sanzione pecuniaria, ma non quella interdittiva che ha una funzione di maggior repressione e intimidazione, così anche per il reato finanziario dell'abuso di mercato previsto dall'art. 26-sexies. Inoltre, non verrà applicata la sanzione interdittiva se l'ente dopo la commissione dell'illecito ha richiesto, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'applicazione dell'art. 17 per: a) aver risarcito integralmente il danno e eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è adoperato efficacemente in tal senso; b) ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca).

È proprio per questo peculiare atteggiarsi del sistema sanzionatorio, che contiene *in nuce* tutte le finalità della sanzione principale penale, a seconda dell'illecito commesso, delle modalità del fatto, della sussistenza della colpa organizzativa e dell'adozione del modello organizzativo anche successivamente all'illecito (v. MANZIONE, *Procedimenti speciali e giudizio*, cit., p. 663 ove spiega che in realtà quanto previsto dall'art. 17 del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 e dall'art. 11 lett. e) della legge delega n. 300 del 2000 in relazione alla riduzione delle sanzioni pecuniarie e all'esclusione di quelle interdittive comporta un caso di diminuzione di responsabilità avente natura sostanziale), che la sanzione applicata sarà di tipo diverso; pertanto anche la finalità raggiunta con la stessa rifletterà un tipo di responsabilità che perspicacemente è stata ritenuta un ibrido, e che può essere definita come terzo genere di responsabilità oltre quella penale e amministrativa. Il sistema sanzionatorio previsto può essere paragonato ad una fisarmonica che, a seconda della finalità da raggiungere nel caso concreto, si può estendere fino a perseguire tutte le finalità della sanzione penale vera e propria, ma che può, tuttavia, raggiungere anche solo la finalità special-preventiva, come nel caso in cui si consenta all'ente, dopo la commissione del reato, la possibilità di predisporre un adeguato modello organizzativo, idoneo a prevenire il reato commesso, insieme alle altre condizioni di cui all'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001: in tal caso sarà applicabile solo la sanzione pecuniaria, ridotta, e quella della confisca ma non la sanzione interdittiva e la sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna (che può essere irrogata dal giudice solo quando viene applicata una sanzione interdittiva).

Vi è inoltre chi ritiene che, proprio perché la pena principale nel diritto penale è quella detentiva, a scapito della sanzione pecuniaria e delle pene c.d. infamanti (progenitrici delle odierne sanzioni interdittive), il sistema di responsabilità delineato dal d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 non può considerarsi rispettoso del principio di colpevolezza del diritto penale, visto dapprima in senso psicologico, poi normativo. (LORUSSO, *La responsabilità da reato "delle persone giuridiche": profili processuali del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, dal portale *Juris Data*, Giuffrè, 2002).

La sentenza della suprema Corte, dopo aver risolto il problema di costituzionalità della responsabilità dell'ente, afferma che questo deve rispondere per il reato commesso dai vertici, nell'interesse o vantaggio dell'ente, non per responsabilità oggettiva, bensì per colpa organizzativa.

La giurisprudenza di merito ha affermato il principio che l'ente risponde a titolo di responsabilità oggettiva (G.u.p. Trib. Milano, sent. 17 novembre 2009, n. 2242. Tale visione di una responsabilità oggettiva e diretta dell'ente a seguito del reato commesso dai vertici si è diffusa in tutti gli ambienti di interesse per la normativa in questione: DE FRANCESCO, *La gestione della salvaguardia della sicurezza e dell'ambiente nelle piccole imprese nel settore edile come esimente della responsabilità amministrativa di cui al d.lg. 231/2001*, in *Notiziario dell'Ordine degli Ingegneri*, 2010), evidentemente riportando il pensiero sviluppato in dottrina secondo cui, quando il reato è stato commesso dai vertici, l'ente risponderà in maniera automatica, salvi i rari casi in cui si riesca a dimostrare la prova dell'estraneità dell'ente per avere il vertice eluso fraudolentemente il modello organizzativo (AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2009, p. 50 ss.). Tale dottrina, aderendo alla teoria della realtà, della immedesimazione organica, della responsabilità dell'ente, la porta così alle estreme conseguenze in tema di imputazione dell'elemento soggettivo, e afferma altresì la maggiore coerenza su questo punto della legge delega rispetto al decreto legislativo (v. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale*

dell'impresa, cit., ove in nota si spiega che l'art. 11, lett. e) della legge delega prevedeva la responsabilità dell'ente in relazione ai reati commessi a loro vantaggio o nel loro interesse - purché non nell'esclusivo interesse proprio o di terzi - "da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione o di direzione, ovvero da chi esercita, anche di fatto, poteri di gestione o di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni". Quindi, la legge delega poneva un distinguo tra reati commessi da soggetti posti in posizione apicale e reati commessi da dipendenti. Nel primo caso, non erano previsti ulteriori criteri di imputazione oltre al fondamentale requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente, mentre nel secondo caso occorreva che la commissione del reato fosse stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza).

La sentenza della suprema Corte, anche su questo punto, per non incorrere in problemi di natura costituzionale in relazione al principio della responsabilità oggettiva, da sempre dibattuti anche nel diritto penale puro, riporta il discorso dell'elemento soggettivo dell'illecito commesso dall'ente, a seguito di reato perpetrato dagli apici, al principio di colpevolezza, alla colpa organizzativa dell'ente.

Tale tipo di responsabilità soggettiva si attaglia perfettamente a quelle ipotesi in cui il reato è il risultato di una semplice disorganizzazione dell'ente resa possibile anche da mancanza di controlli interni all'impresa.

La sentenza sembra quindi aver operato una scelta in relazione alla responsabilità soggettiva che non consente graduazioni simili a quella della responsabilità soggettiva delle persone fisiche (dolo intenzionale, dolo eventuale, colpa cosciente). Tuttavia, si deve riconoscere una differenziazione a livello della colpevolezza, che comporterà una diversa gradazione delle sanzioni, nei casi in cui l'impresa è intrinsecamente illecita e la cui esistenza è finalizzata alla commissione di reati (le società finanziate con i proventi di attività di organizzazioni criminali che hanno come unica finalità quella di riciclare denaro sporco), negli altri in cui comunque l'azienda ha, in parte, un'attività legale ed in altra parte un'attività finalizzata ad una politica aziendale criminale (e in cui l'illecito, ad es. il reato di corruzione, viene addirittura considerato come un costo d'azienda), ed in altri ancora in cui la società considera nei costi/benefici la probabilità che dalle decisioni aziendali possano derivare eventi delittuosi e tuttavia preferisce il rischio di verificazione dell'evento a beneficio di una scelta di gestione improntata ad una logica di risparmio (DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 77).

La scelta della sentenza della suprema Corte dell'affermazione del principio dell'imputazione soggettiva ancorata alla colpa, ovvero organizzativa dell'ente consente di far riferimento ai criteri della colpa, di prevedibilità ed evitabilità del reato dal punto di vista organizzativo dell'ente.

La conclusione è che l'ente che non abbia adottato un adeguato modello organizzativo sarà ritenuto responsabile se, allo stato attuale dei criteri della scienza dell'organizzazione, il reato era prevedibile ed evitabile.

Fino alla sentenza in esame la dottrina, ma anche la giurisprudenza, aveva sostenuto che il sistema probatorio delineato dagli artt. 5, 6, e 7 del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 faceva riferimento a due ipotesi: se il reato era stato commesso dagli apici dell'ente, vi era una automatica estensione della responsabilità all'ente, e pertanto anche un'inversione dell'onere della prova, gravante sulla difesa che rappresentava l'ente e non sulla pubblica accusa; se invece il reato era stato commesso dai soggetti sottoposti di cui all'art. 7, l'onere della prova della responsabilità dell'ente incombeva sull'accusa (AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 48: sostengono gli Autori che i due tipi di illecito delineati dagli artt. 5, 6 e 7 d.lg. n. 231/2001, di responsabilità dell'ente per il reato del soggetto apicale oppure del dipendente, sono diversi da un punto di vista strutturale dell'illecito. Nel fatto reato commesso dai vertici sarebbe ravvisabile una responsabilità concorrente e diretta dell'ente, salva la possibilità di ravvisare la causa di esonero di cui all'art. 6, mentre l'art. 7 costruisce una fattispecie complessa corrispondente ad un fatto di "agevolazione colposa" dell'altrui reato. Sul piano della qualificazione giuridica la conseguenza è che, nel primo caso, la prova della adeguatezza dei modelli di organizzazione si attegga a scusante, e, nel secondo, l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza costituisce elemento positivo essenziale dell'illecito dell'ente, con tutte le conseguenze in tema di onere della prova). Si affermava cioè che, una volta che il pubblico ministero avesse provato l'esistenza di un reato commesso dagli organi dirigenti dell'ente, automaticamente aveva provato la responsabilità dell'ente e la difesa, perché l'ente potesse essere esonerato da responsabilità, doveva dimostrare che l'autore aveva agito in maniera fraudolenta eludendo i modelli previamente predisposti. Ovviamente, si affermava altresì che questa era quasi una *probatio diabolica*, posto che difficilmente l'operato di un soggetto, che con il proprio ruolo rappresenta ed esprime la politica dell'ente, avrebbe potuto apparire come estraneo alla persona morale, soprattutto in caso di ente a base manageriale ristretta (DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., p. 1138-1139 e RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Società*, 2001, p. 1301, ove si afferma che il giudizio di idoneità del modello dovrebbe essere dato con un criterio *ex ante* da parte del giudice, non eccessivamente influenzato, *ex post*, dal rilievo empirico che, ad onta del modello, un reato è stato comunque commesso. Così anche G.u.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, n. 2242, che afferma che "anche nel giudicare la responsabilità oggettiva degli enti occorre verificare l'efficacia del modello con valutazione *ex ante* e non *ex post* rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori. Del resto, non avrebbe senso ritenere inefficace un modello organizzativo per il solo fatto che siano stati commessi degli

illeciti da parte dei vertici della persona giuridica, in quanto ciò comporterebbe, ovviamente, la pratica inapplicabilità della norma contenuta nell'art. 6 d.lg. n. 231/2001").

La sentenza della suprema Corte invece, anche nel caso in cui il reato è stato commesso dai vertici dell'ente, afferma che è sempre la pubblica accusa a dover provare la sussistenza dell'illecito in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi e a dover provare il nesso di causalità tra il reato commesso e il vantaggio e l'interesse dell'ente. Quindi, in tale diversa impostazione dell'illecito non ha senso parlare di inversione dell'onere della prova, quanto di un criterio di distribuzione della prova a carico dell'ente che spetta sempre all'accusa e viceversa, a scarico, alla difesa. In tale ottica, quindi, spetterà sempre alla pubblica accusa dimostrare il collegamento tra il reato della persona fisica e la colpa organizzativa che ha favorito l'illecito.