

CAPITOLO 3

Gli elementi essenziali del reato

Sommario: §1. Il soggetto attivo del reato: 1.1 Reati propri e deleghe di funzioni; 1.2 Disposizioni particolari in tema di soggetti attivi nei reati societari e nei reati tributari. - §2. La condotta: profili generali. - §3. L'azione. - §4. L'omissione: 4.1 Il controllo penale dell'attività economica: il proliferare dei reati omissivi. - §5. I presupposti della condotta. - §6. L'oggetto materiale della condotta. - §7. L'evento: 7.1 La concezione giuridica dell'evento. - §8. Il nesso di causalità. La teoria condizionalistica (*condicio sine qua non*): 8.1 L'evento concreto (*hic et nunc*); 8.2 La disciplina codicistica. Le "cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento"; 8.3 "La sussunzione" sotto leggi scientifiche; 8.4 I correttivi alla teoria condizionalistica: la causalità adeguata e la causalità umana; 8.5 La causalità nelle fattispecie omissive.

1. IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO

Il *fatto tipico* secondo la definizione della teoria tripartita (o *elemento oggettivo del reato* secondo la teoria bipartita) è costituito da *elementi essenziali* senza la presenza dei quali un fatto umano non può integrare un reato.

Tali elementi sono il *soggetto attivo*, la *condotta*, l'*evento* ed il *nesso di causalità*.

Iniziamo l'analisi degli elementi essenziali partendo dal **soggetto attivo** del reato, a volte definito come soggetto agente o come autore del reato, ovvero di colui che tiene la condotta illecita, attiva od omissiva che sia.

Fino all'anno 2001 il sistema penale italiano prevedeva che solo la persona umana potesse assumere le vesti di soggetto attivo del reato, *rectius* potesse essere il centro di imputazione della responsabilità penale. Una posizione, insomma, monopolistica.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, recante *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle socie-*

*tà e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300, però, un vero e proprio tornado si è abbattuto nel mondo apparentemente tranquillo degli enti collettivi, dove secondo consolidata tradizione, nel caso di reati commessi da dirigenti o dipendenti dell'ente, la persona fisica (unico "parafulmine") si trovava da sola sul banco degli imputati a rispondere, appunto, *personalmente* di tali reati. L'ente, in posizione defilata, veniva chiamato eventualmente a rispondere del reato solo come *responsabile civile* o come *civilmente obbligato per la pena pecuniaria*.*

La società (o forse sarebbe meglio dire il "capitale" delle società) tutto sommato da lontano "osservava" le vicende processuali in attesa, raramente, di mettere mano al portafoglio e di riprendere con altri dirigenti e controllori la stessa vita precedente.

Dal 2001 le società possono, invece, subire "direttamente" un'indagine penale, un processo penale ed essere condannate per aver commesso un determinato illecito di natura "penale-amministrativa". Il tema sarà affrontato *ex professo* nel Cap. 7 del presente lavoro, ma fin da ora va affrontata la problematica relativa alla configurabilità di una responsabilità *penale* in capo agli *enti collettivi*, una delle più rilevanti innovazioni legislative degli ultimi anni.

La Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 231/2001, affrontando il delicato argomento della natura giuridica di tale responsabilità, parla di "distacco" dal modello classico di illecito amministrativo (la cui disciplina presenta, come del resto già sottolineato, diversi punti di tangenza con quella dei reati) delineato dalla L. 689/1981, e della "nascita di un *tertium genus* di responsabilità", in grado di coniugare i tratti essenziali del sistema penale con quello amministrativo.

Una terza via, quindi, a cavaliere tra due forme tradizionali di responsabilità. In estrema sintesi: secondo una cospicua parte della dottrina, si tratta di una vera e propria responsabilità penale, in ragione dell'appartenenza alla sfera penalistica dell'Autorità competente ad istruire e applicare la sanzione, sanzione che d'altra parte viene applicata con una sentenza (provvedimento giurisdizionale) e, specialmente, in ragione di un modello di responsabilità *per colpa* nei riguardi dell'ente poco virtuoso.

Secondo altra parte della dottrina, solo all'*uomo colpevole* può essere mosso un rimprovero e solo l'uomo può essere rieducato dalla pena,

così come prevede l'art. 27, comma 3, Cost. e, pertanto, le società non potrebbero essere ritenute *soggetti attivi* di reati.

Sembra inutile, in questa sede, affrontare una estenuante disputa in punta di dogmi e di eccessi teoretici: si tratta di una forma di responsabilità per “immedesimazione organica” riguardante l'ente collettivo, costituzionalmente legittima e, sotto il profilo politico-criminale, di un apprezzabile strumento di difesa sociale dai crimini dei colletti bianchi, insidiosi e pericolosi come e più di altri crimini.

È un dato di fatto che ormai esista una sorta di *nuova forma di responsabilità “penale”* e una particolare forma di *nuovo soggetto attivo* di nuovi “reati”: la persona fisica ha perduto il monopolio della responsabilità *penale* complessivamente considerata.

1.1 *Reati propri e deleghe di funzioni*

Negli enti collettivi, organismi a volte di pantagrueliche proporzioni, con complessi organigrammi e articolazioni nel territorio nazionale e all'estero, in ragione della necessità di rimanere competitivi in un mercato sempre più allargato e oggetto di progressiva *deregulation*, ma anche in realtà societarie di più contenute dimensioni, sorge di frequente il problema di individuare il soggetto attivo del reato, ovvero colui sul quale gravi effettivamente un determinato obbligo, in ragione delle funzioni in concreto assegnategli e da questi svolte, la cui violazione comporta una possibile responsabilità penale. Trattasi di tematica di rilevante complessità e difficoltà, ancorché riguardi quotidianamente il settore del diritto penale dell'economia o d'impresa, in relazione ad una serie davvero cospicua di potenziali reati che vanno, ad es., dal “sostanzioso” e quasi “rarefatto” settore degli illeciti tributari o finanziari, a quello molto più “afferrabile” e gravido di conseguenze immediate, degli infortuni sul lavoro.

In tale settore, una grandissima parte dei reati sono **reati propri**, ovvero riguardano, come già detto, soggetti titolari di particolari qualifiche giuridiche (il datore di lavoro, l'amministratore, il direttore generale, i sindaci, il fallito, il contribuente, il sostituto d'imposta, etc.).

Gran parte dei reati che possono essere commessi nell'ambito dell'esercizio delle imprese riguardano attività disciplinate nelle diverse normative specifiche extrapenali (codice civile, legge fallimentare,

normativa tributaria, normativa antinfortunistica, etc.) e in tali testi normativi trovano contenuto anche i diversi obblighi penali posti in capo ai diversi soggetti (*il datore di lavoro* per quanto riguarda gli infortuni sul lavoro penalmente rilevanti, *l'imprenditore dichiarato fallito* per i fatti di bancarotta, *il contribuente* per i reati tributari, etc.). In buona sostanza, i soggetti attivi dei reati *lato sensu* economici o d'impresa sono i soggetti destinatari dei vari obblighi nella normativa extrapenale di settore.

Abbiamo avuto modo di sottolineare come la categoria dei reati propri presenti peculiari problematiche penalistiche in tema di elemento soggettivo del reato e di concorso di persone nel reato e, inoltre, particolari questioni giuridiche nella prospettiva delle c.d. **delega di funzioni**, istituto che fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 81/2008 non veniva disciplinato da alcuna norma, ma i cui contenuti e i cui confini erano stati tracciati dal costante impegno della dottrina e da molteplici decisioni giurisprudenziali che, nel tempo, hanno disegnato, in modo accettato e condiviso, un modello "pratico" di delega di funzioni, nato nel sotto-settore del diritto (penale) del lavoro e, via via, emigrato nei diversi campi di interesse del diritto (penale) economico e d'impresa.

Oggi l'art. 16 del Testo Unico sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro (D.Lgs. 81/2008), recependo consolidati precedenti giurisprudenziali, elenca i requisiti di validità della delega di funzioni: che risulti da atto scritto; che sia stata accettata dal delegato sempre per iscritto; che il delegato possieda i requisiti di professionalità e esperienza adeguati alla specifica natura delle funzioni delegate; che la delega attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla natura delle funzioni delegate e, infine, che al delegato sia attribuita l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento di tali funzioni. Interessante sottolineare come l'obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro possa essere ritenuto assolto in caso di efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 30 comma 4 del D.Lgs. 81/2008.

Tale modello viene adottato in funzione preventiva dalle società che ex art. 6 del D.Lgs. 231/2001 vogliano andare esenti da responsabilità penale/amministrativa in caso di commissione di uno dei reati presupposto (artt. 24 e ss. del D.Lgs. 231/2001) da parte di un soggetto apicale (sul punto si rinvia per approfondimenti al Cap. 7 del presente lavoro).

Si parla di delega di funzioni (o di obblighi) e non di delega della responsabilità penale, in quanto un soggetto non può validamente delegare *tout court* la propria responsabilità penale a terzi, ma solo, in determinate situazioni ed entro certi limiti, *delegare un altro soggetto a svolgere le funzioni* di cui in origine risulti titolare.

Per quanto riguarda i presupposti teorici della delega di funzioni, si fronteggiano due diverse impostazioni in ordine all'individuazione dei *soggetti attivi del reato* nell'ambito della distribuzione delle *deleghe di funzioni*.

La prima teoria (*formale*), afferma che il destinatario degli obblighi penalmente sanzionati (*intraneo*) non possa mai liberarsi dell'obbligo con un atto autonomo "privatistico", ma tali obblighi continuino a gravare su di lui. Ciò comporta che, in caso questi abbia scelto una persona idonea a svolgere tale funzione, dotandolo di adeguati poteri e mezzi, ed abbia adeguatamente vigilato che il delegato effettivamente la svolgesse, non sarebbe responsabile sul piano soggettivo, in quanto, nella prospettiva della responsabilità colposa, non sarebbero configurabili né la *culpa in eligendo*, né la *culpa in vigilando*.

L'obbligo potrebbe, d'altra parte, essere ritenuto responsabile non *autonomamente*, ma solo come concorrente *estraneo* (si rimanda per l'approfondimento di tale tematica al capitolo dedicato al concorso di persone nel reato).

Secondo la teoria *sostanziale-funzionale*, se la delega risulti validamente conferita (secondo i requisiti indicati a più riprese dalla giurisprudenza e sui quali si tornerà in seguito), il delegato risulterebbe il nuovo *intraneo* e il delegante verrebbe liberato dell'obbligo che originariamente gravava su di lui e, di conseguenza, risulterebbe, in caso di commissione di un illecito penale, il nuovo (e unico) *soggetto agente del reato*.

Per il delegante, però, non verrebbe meno, entro certi limiti, il dovere di impedire il reato del delegato – qualora venisse effettivamente a conoscenza dell'eventuale inadempimento del delegato, scaturigine dell'illecito penale – in quanto graverebbe sempre sul delegante il dovere di controllare l'operato del delegato.

Sia per questi peculiari profili di responsabilità, sia per quanto riguarda i requisiti di validità della delega di funzioni e i c.d. obblighi "indelegabili", si rinvia, *infra*, al tema del concorso di persone nel reato.

1.2 Disposizioni particolari in tema di soggetti attivi nei reati societari e nei reati tributari

Come detto, i **reati societari** sono, quasi tutti, **reati propri**. Tranne due ipotesi – l'art. 2636 c.c., *Illecita influenza sull'assemblea* e l'art. 2637 c.c., *Aggiotaggio*, che descrivono condotte che possono essere poste in essere da *chiunque*, a prescindere da qualifiche particolari – i reati societari possono essere posti in essere da una serie di autori preindividuati dalla norma.

Senza indulgere in questa sede ad una pedante elencazione casistica, basti pensare alle ipotesi di *False comunicazioni sociali* di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., che selezionano come soggetti attivi gli *amministratori*, i *direttori generali*, i *dirigenti preposti alla contabilità*, i *sindaci* e i *liquidatori*; oppure, ancora, oltre agli amministratori, soggetti attivi possono essere anche i *soci conferenti*, nel delitto di *Formazione fittizia del capitale* ai sensi dell'art. 2632 c.c.

L'art. 2639 c.c., estende le qualifiche soggettive tipiche ai soggetti che, **comunque qualificati, siano tenuti a svolgere determinate funzioni** e ai soggetti che, **di fatto**, le esercitano, **ampliando, quindi, la tipicità soggettiva** dei reati societari.

Per “*soggetti tenuti a svolgere una determinata funzione ancorché diversamente qualificata*” si intendono quei soggetti che svolgono tale funzione in ragione dei poteri loro assegnati e concretamente da loro esercitati. Si tratterà, in questo caso, di soggetti “interni” alla struttura societaria che, al di là di cariche e incarichi formali e delle terminologie utilizzate per definire formalmente i loro incarichi e poteri, svolgono *effettivamente* determinate funzioni (ad es., un direttore generale che in realtà abbia i poteri, e li eserciti in concreto, di amministrare la società) diversamente qualificate che possono rappresentare il presupposto della *tipicità soggettiva* nei reati societari.

Ma è soprattutto con la definizione di “*soggetti che esercitano in modo continuativo e significativo i poteri inerenti ad una qualifica o a una funzione*”, che la norma fa riferimento ai **soggetti “di fatto”**, interni o esterni all'impresa, fenomeno ben conosciuto (e riconosciuto) in giurisprudenza. In particolare, nella maggioranza dei casi, si tratta del c.d. *amministratore di fatto*, ovvero di colui il quale, pur privo della qualifica formale che avrebbe dovuto essergli assegnata dall'assemblea

dei soci, abbia compiuto atti di amministrazione, quale vero gestore dell'attività sociale, avvalendosi di una "testa di legno", formalmente investito della carica, ma in realtà compiacente *yes-man* della volontà del vero *dominus* di fatto della società.

La norma, quindi, ha positivizzato una serie di principi e regole elaborate da tempo nel diritto penale "giurisprudenziale" – accettate e accolte nella letteratura penalistica e civilistica – e lo ha fatto in modo da chiarire alcune incertezze e sbavature, dovute a interpretazioni ondivaghe della giurisprudenza di legittimità nella individuazione delle modalità concrete che devono contrassegnare lo svolgimento "di fatto" delle funzioni. La fattispecie, in tal senso, richiede espressamente che l'esercizio dei poteri relativi alle funzioni o alle qualifiche formali, debba essere *continuativo* e *significativo*, in modo che non possano essere ritenuti, ad es., amministratori di fatto, soggetti che solo *occasionalmente* e *sporadicamente* abbiano compiuto atti gestori.

I parametri *qualitativi* (significatività dell'esercizio del potere) e *quantitativi* (continuità nell'esercizio del potere), pur con i limiti ineludibili di ogni tentativo di "definizione" in diritto penale, rappresentano una sufficiente garanzia di certezza nell'individuazione dei soggetti di fatto chiamati a rispondere come *intranei* di reati propri. Del resto, spesso la giurisprudenza ha assegnato la qualifica di amministratore di fatto sulla base di indici concreti alquanto evanescenti e incerti.

Nel silenzio della norma, resterebbe da sciogliere il nodo interpretativo se la commissione dei reati previsti come presupposto per la responsabilità degli enti da parte delle *due categorie* di soggetti agenti individuati dall'art. 2639 c.c. (soggetti "interni" all'ente che svolgono funzioni diversamente qualificate e soggetti che le svolgano *tout court* di fatto) possa o meno far sorgere tale tipo di responsabilità in capo all'ente.

Nel primo caso la risposta non può che essere positiva, trattandosi comunque di soggetti che appartengono all'organismo societario e che, come tali, o esprimono la politica d'impresa, o sono soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza.

Più complicata pare la risposta in relazione alla seconda ipotesi (mero esercizio di fatto dei poteri, senza alcuna qualifica), ma, alla luce dei presupposti e della *ratio*, come si vedrà meglio in seguito, del

D.Lgs. 231/2001, anche nel caso di esercizio significativo e continuativo dei poteri connessi ad una determinata qualifica o funzione, l'attività di prevenzione e controllo richiesta all'ente "virtuoso" per andare esente da responsabilità non potrà non riguardare anche i soggetti che "di fatto" amministrano la società.

Per quanto riguarda il tema della eventuale, residua, responsabilità penale dell'amministratore "di diritto", nel caso questi risulti aver rivestito il ruolo di mera "testa di legno", si rinvia al capitolo dedicato al concorso di persone nel reato.

L'art. 2639 c.c., inoltre, rappresenta un modello suscettibile di esportazione in altri settori del diritto penale d'impresa, in particolare in tutti quei settori che da sempre presentano identiche problematiche di identificazione dei soggetti attivi nell'ambito dei reati propri, quali, ad es., il settore dei reati fallimentari.

Per quanto riguarda il settore dei **reati tributari**, il legislatore all'art. 1 del D.Lgs. 74/2000 apre il catalogo dei nuovi delitti e della loro peculiare disciplina con una norma definitoria, chiarendo il significato di alcuni termini "tecnici" utilizzati al fine di eliminare o ridurre al massimo i margini di incertezza interpretativa delle fattispecie di nuovo conio. In termini sintetici, si tratta di rendere chiara la norma e orientare l'interprete. L'art. 1, alla lett. c) fornisce un chiarimento sui *soggetti attivi dei reati tributari*, specificando che per *dichiarazioni* si devono intendere anche le dichiarazioni presentate in qualità di *amministratore* di società, enti o persone fisiche. La precisazione trova la sua ragione nelle critiche che erano state mosse, a suo tempo, alla precedente formulazione dell'art. 4, n. 7 della L. 516/1982, nel punto in cui disponeva il rilievo penale di alcune condotte dei titolari di redditi di lavoro autonomo o d'impresa. In particolare era stato sostenuto che i legali rappresentanti di persone giuridiche non avrebbero potuto commettere tali reati fiscali, in quanto titolari del reddito d'impresa erano solamente queste ultime e non i loro legali rappresentanti. Una diversa conclusione avrebbe determinato la violazione del principio di legalità, in quanto analogia *in malam partem*. Il problema era stato risolto attribuendo un significato "penalistico" e non strettamente "civilistico" al termine "titolare di redditi", così come avviene per la nozione di *possesso*, special-

mente per distinguere le ipotesi di *furto* (art. 624 c.p.) da quelle di *appropriazione indebita* (art. 646 c.p.).

La norma definitoria, quindi, rappresenta un utile strumento per fugare definitivamente possibili dubbi interpretativi in merito alla individuazione del soggetto attivo dei reati tributari, che, si ricorda, sono reati propri.

2. LA CONDOTTA: PROFILI GENERALI

Per **condotta** si intende, sinteticamente, ogni *comportamento umano* che assuma rilievo per il diritto penale, sia esso *attivo* (**un'azione**), sia esso *omissivo* (**una omissione**) e rappresenta un elemento essenziale del reato.

La condotta penalmente rilevante, quindi, può essere attiva od omissiva.

Tradizionalmente la scienza penalistica ha (ri)costruito le categorie teoriche generali di tale disciplina intorno alla condotta **attiva** (dolosa), cercando di delineare un concetto di “azione” superiore e onnicomprensivo, in grado di poter contenere ed esprimere ogni possibile sfumatura dogmatica, appunto, in un *concetto unitario superiore di azione*.

Gli studiosi più attenti hanno, in tempi più recenti, attribuito sempre maggiore attenzione alle non aggirabili peculiarità che, in particolare, la condotta omissiva e la condotta colposa presentano sul piano ontologico rispetto alla “classica” condotta attiva dolosa – archetipo storico di ogni condotta – contrassegnata da un sostrato naturalistico evidente e percepibile (Tizio afferra Caio per la gola, lo soffoca e ne provoca volontariamente il decesso) a differenza delle altre tipologie di condotta; in particolare quella *omissiva* di naturalisticamente (con i sensi) percepibile non ha nulla (il bagnino Tizio *rimane seduto a sfogliare il giornale* mentre Caio annega in piscina; Tizio *passeggia nel bosco mentre scade il termine* per la presentazione della dichiarazione dei redditi, da lui, in tal modo, omessa), non modificando la realtà fenomenica.

La condotta omissiva fonda la propria esistenza per il diritto penale solo sul presupposto di una norma (senza la quale non può essere pensata) che, per le condotte omissive penalmente rilevanti, imponga un obbligo di fare (e/o di impedire) e per le condotte colpose (attive od omissive) imponga un dovere di diligenza (Tizio alla guida dell'auto-