

Modelli *Cross Border*: soluzioni a confronto

Milano, 9 luglio 2019

Cosa si intende per attività c.d. *cross border*.

operazioni di qualsiasi natura che, ancorché originate e gestite all'estero (ad esempio, in quanto ideate, attuate, registrate presso la sede straniera o realizzate da un soggetto che funzionalmente agisca nell'interesse o per conto della Società estera), producano un qualche effetto o si realizzino anche solo in parte in Italia.

Le fonti del «principio di territorialità»:

- Art. 6 codice penale «*Reati commessi nel territorio dello Stato*»
- Art. 4 D.lgs. 231/01 «*Reati commessi all'estero*»
- L. 16 marzo 2006, n. 146 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*»

Art. 6 codice penale

«Reati commessi nel territorio dello Stato»

- 1. Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana.*
- 2. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione.*

La scelta del legislatore: criterio dell'ubiquità:

il reato si considera commesso tanto nel luogo in cui si è svolta (anche solo in parte) la condotta, tanto in quello in cui si è verificato l'evento

trattasi di una scelta di politica criminale che vuole estendere la perseguibilità ed accrescere le possibilità di applicazione della legge penale italiana, anche nei casi più ardui di repressione dei c.d. reati a distanza.

La Giurisprudenza chiarisce che:

«(...) ai fini della sussistenza della giurisdizione penale dello Stato italiano e per la punibilità di tutti i concorrenti, è sufficiente che nel territorio dello Stato sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione da parte di uno qualsiasi dei concorrenti.

(...) ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana in relazione a reati commessi in parte all'estero, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, che, seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero.»

(Cass. Pen., Sez. V, sentenza 18 luglio 2017, n. 431010)

Art. 4 D.lgs. 231/01

«Reati commessi all'estero»

- 1. Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.*
- 2. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo.*

La scelta del legislatore

« (...) Ispirata a comprensibile rigore è la scelta dell'art. 4 dello schema di decreto legislativo, laddove contempla l'ipotesi in cui l'ente che abbia in Italia la sede principale, compia tuttavia reati all'estero. Si è ritenuto che l'ipotesi, assai diffusa dal punto di vista criminologico, meritasse comunque l'affermazione della sanzionabilità dell'ente, al fine di evitare facili elusioni della normativa interna: e ciò anche al di fuori delle circoscritte ipotesi in cui la responsabilità dell'ente consegua alla commissione di reati per i quali l'art. 7 del codice penale prevede la punibilità incondizionata.

(...)»

(Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/01)

la *sede principale* dell'Ente quale criterio di regolamentazione dei limiti spaziali del d.lgs. 231/01

sede principale

=

«si identifica con quella in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito, e coincide, di regola, con la sede legale, salvo che non emergano prove univoche tali da smentire la presunzione suddetta»

(Cass. Civ. S.U., sentenza n. 15872/2013)

«ove, cioè, promuove sul piano organizzativo i suoi affari, e tale luogo, di regola, si deve presumere coincidente con quello della sede legale, potendo, tuttavia, siffatta presunzione di coincidenza essere vinta dalla prova del carattere meramente fittizio o formale della sede legale.»

(Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 5391/2005)

L. 16 marzo 2006, n. 146 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*»

art. 3

«Definizione di reato transnazionale»

1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un **gruppo criminale organizzato**, nonché:
 - a) sia commesso in più di uno Stato;
 - b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
 - c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
 - d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

L. 16 marzo 2006, n. 146 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*»

art. 10

«Responsabilità amministrativa degli enti»

In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati transazionali di cui all'art. 3 cit., si applicano le sanzioni pecuniarie ed interdittive (secondo quanto previsto dall'art. 10 cit.), nel caso in cui venga commesso uno dei seguenti reati:

Art. 416 c.p. - Associazione per delinquere

Art. 416 bis c.p. - Associazioni di tipo mafioso anche straniere

Art. 291 quater (Dpr 43/1973) - Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi esteri

Art. 74 (Dpr 309/1990) Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope

Art. 12 commi 3, 3-bis, 3-ter e 5 (Dpr 286/1998) Disposizioni contro le immigrazioni clandestine

Art. 377 bis c.p. - Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci

Art. 378 c.p. - Favoreggiamento personale

I *reati transazionali* come presupposto della responsabilità amministrativa degli Enti:

le fattispecie criminose di cui all'art. 10 L. 146/2006 possono essere individuate come *fattispecie complesse*



ai fini della loro integrazione, è necessaria la commissione di uno dei reati presupposto individuati dall'art. 10 cit., definibili «transazionali» ai sensi dell'art. 3 cit.

“Nel provvedimento impugnato, infatti, si ricorda che le SS.UU. hanno precisato che se è vero che uno degli indici della transnazionalità c.d. soggettiva è il "coinvolgimento" di un gruppo criminale organizzato transnazionale, (...) Corretto è, dunque, desumerne che, sulla scorta delle considerazioni svolte da questa Corte di legittimità, che una associazione per delinquere avrà carattere transnazionale quando nella stessa sia "coinvolto" un gruppo criminale organizzato" e ricorra taluna delle ipotesi indicate nell'ultimo periodo dell'art. 3 l. 146/2006”.

(Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 2458/2015)

PROFILI DI APPROFONDIMENTO

➤ modelli *cross border* e Gruppi societari

“non è possibile desumere la responsabilità delle società controllate dalla mera esistenza del rapporto di controllo o di collegamento all’interno di un gruppo di società. Il Giudice deve esplicitamente individuare e motivare la sussistenza dei criteri di imputazione della responsabilità da reato anche in capo alle controllate”.

(Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 2658/2014)

“non ci può, con un inaccettabile automatismo, ritenere che l’appartenenza della società a un gruppo di per sé implichi che le scelte compiute, ad esempio, della controllata perseguano un interesse che trascende quello proprio, essendo piuttosto imputabile all’intero raggruppamento o alla sua controllante o capogruppo. (...) occorre quindi che l’illecito commesso nella controllata abbia recato una specifica e concreta utilità - effettiva o potenziale e non necessariamente di carattere patrimoniale - alla controllante o a un’altra società del gruppo”.

(Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 24583/2011)

➤ modelli cross border e stabili organizzazioni

Grazie per l'attenzione

andrea.milani@studiolegalemilani.net