

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Anno Accademico 2012/2013

Tesi in Diritto Penale

***La responsabilità 'amministrativa' delle persone giuridiche:
profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina
sostanziale***

RELATORE:

Chiar.mo Prof.
Angelo Carmona

CANDIDATO:

Giulia Cortoni
Matr.: 096263

CORRELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa
Maria Novella Masullo

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof.
Cristiano Cupelli

*Ai miei genitori,
e a mia nonna Lena.*

INDICE

INTRODUZIONE	3
---------------------------	----------

Capitolo Primo

IL DIVIETO DI RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI

1. Premessa.....	6
2. L'applicabilità alle persone giuridiche.....	12
2.1. La teoria della finzione	13
2.2. La teoria della realtà	15
3. La soluzione legislativa: i destinatari della disciplina.....	17
3.1. Gli enti passibili di attribuzione della responsabilità.	17
3.2. I soggetti attivi del reato presupposto	28

Capitolo Secondo

IL DIVIETO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

1. <i>Nullum crimen sine culpa</i>	35
2. La conciliabilità del principio con le persone giuridiche.....	38
3. La soluzione legislativa: il requisito dell'interesse o vantaggio in capo all'ente.....	39

Capitolo Terzo

LA 'COLPEVOLEZZA' DELL'ENTE

1. La rimproverabilità delle persone fisiche	57
2. La possibilità di concepire una colpevolezza dell'ente.....	61
3. La soluzione legislativa: la 'colpa di organizzazione'	66
3.1. L'esenzione dalla responsabilità.....	69
3.1.1. I reati commessi dai soggetti apicali	71
3.1.2. I reati commessi dai soggetti sottoposti	87

3.2. I modelli di organizzazione e gestione (e controllo).....	91
--	----

Capitolo Quarto

LA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLE ‘PENE’ NEL D.LGS. 231/2001

1. Il finalismo rieducativo delle sanzioni penali.....	105
2. L'applicabilità alle persone giuridiche.....	108
2.1. Prevenzione positiva.....	109
2.2. Prevenzione negativa.....	111
3. La soluzione legislativa: il sistema sanzionatorio delineato dal D.Lgs 231/2001.....	113
3.1. La sanzione pecuniaria.....	116
3.2. Le sanzioni interdittive	122
3.3. Pubblicazione della sentenza e confisca.....	133

Capitolo Quinto

LA NATURA DELL'ATTRIBUZIONE DI RESPONSABILITÀ E DELLE SANZIONI EX D.LGS. 231/2001

1. La rilevanza della questione sulla qualificazione giuridica della responsabilità.	146
2. Gli ‘indicatori di disciplina’	150
2.1. Elementi indizianti della natura ‘amministrativa’	150
2.2. Considerazioni a favore della natura ‘penale’ dell’illecito.....	153
2.2.1. La natura delle sanzioni: un terzo binario?	162

BIBLIOGRAFIA	165
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

L'immissione nel nostro ordinamento di una responsabilità da reato delle persone giuridiche, ad opera del decreto 8 giugno 2001 n. 231, ha rappresentato una svolta epocale nel sistema giuridico e sanzionatorio italiano.

Prima dell'entrata in vigore del decreto, infatti, il principio espresso dal brocardo '*Societas delinquere et puniri non potest*' appariva invalicabile. In particolare, si riteneva che non potesse configurarsi una responsabilità penale degli enti collettivi a causa dell'antropocentrismo intrinseco e incontrovertibile del diritto penale classico. Tale preconetto deriverebbe dai principi costituzionali espressi nell'art. 27 Cost.: principio di personalità della responsabilità penale, finalismo rieducativo delle pene e principio di colpevolezza.

Il presente elaborato intende, in primo luogo, fornire prova di come il legislatore delegato si sia impegnato, attraverso la costruzione di un sistema autonomo di responsabilità degli enti, a rispettare i principi di cui all'art. 27 Cost., verificando se tali intenzioni abbiano trovato effettivo riscontro nelle disposizioni del decreto relative ai criteri di imputazione.

Anzitutto ci si confronterà con il divieto di responsabilità per fatto altrui, immediatamente desumibile dalla lettera del primo comma della disposizione costituzionale. La coincidenza tra autore del fatto criminoso e destinatario della risposta sanzionatoria è assicurata dalla c.d. immedesimazione organica. Si analizzerà, perciò, come il legislatore abbia fornito una definizione normativa di tale rapporto, enunciando all'art. 1 gli enti che possono essere ritenuti responsabili per i reati commessi al loro interno, senza ricadute sulla collettività o duplicazioni sanzionatorie e delineando, all'art. 5, un quadro dei soggetti la cui posizione nella compagine organizzativa sia idonea ad impegnare la responsabilità *de societate*.

Si passerà poi a considerare il ‘secondo livello’ del principio di personalità, rappresentato dal divieto di responsabilità oggettiva, che postula la presenza di una volontà colpevole e consapevole in capo al reo. Seppure il rapporto di immedesimazione organica sarebbe stato sufficiente a fornire un collegamento dell’ente al reato anche sul piano ‘psicologico’, si vedrà come il legislatore, ritenendo necessario che l’illecito sia stato commesso ‘nell’interesse o a vantaggio’ della persona giuridica, abbia voluto offrire una precisa qualificazione del momento soggettivo. Il criterio di cui all’art. 5 consente, infatti, di operare un’autentica *traslatio* del fatto criminoso in capo all’ente, ritenuto quantomeno istigatore, seppure indiretto, del reato.

Già questi elementi basterebbero a fondare una ‘responsabilità personale’ della persona giuridica, ma nel decreto ci si è voluti spingere oltre, fino a coniare una autonoma responsabilità, fondata su criteri d’imputazione nuovi e forgiati *ad hoc* per gli enti.

Si osserverà, dunque, come, per garantire il rispetto del principio di colpevolezza, si sia fatto ricorso ad un *quid pluris*, rappresentato dalla ‘colpa in organizzazione’, in cui assumono un ruolo preminente i c.d. modelli organizzativi. Peraltro, tale forma di ‘colpevolezza’ si configura in maniera differente, ai sensi degli artt. 6 e 7 del decreto, in ragione del diverso grado di rilevanza del legame tra persona giuridica e soggetti in posizione apicale o subordinata, corrispondente ad un differente livello di rimproverabilità dell’ente collettivo nelle due distinte ipotesi.

Si passerà poi ad analizzare il terzo comma dell’art. 27 Cost. e, più precisamente, si indagherà sulla possibilità di fornire una risposta sanzionatoria in grado di soddisfare, se non il finalismo rieducativo, almeno le altre esigenze di prevenzione, generale e speciale, proprie delle sanzioni penali.

Per ciascun criterio normativo si affronteranno le questioni più problematiche e dibattute, la cui incertezza applicativa è indotta dalla

manca di qualsivoglia riferimento normativo, come nel caso dei gruppi di società, o dal mancato coordinamento sistematico, come è avvenuto con l'introduzione di reati colposi nel novero dei reati-presupposto.

Dopo aver analizzato la disciplina dei criteri d'imputazione e la loro compatibilità con il dettato costituzionale e aver fornito un quadro dei principali orientamenti interpretativi assunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, nell'ultima parte dell'elaborato si passerà ad affrontare la questione relativa alla reale natura della responsabilità degli enti. Solo liberandosi dell'ingombrante ostacolo di un'aprioristica esclusione di responsabilità, sulla base della non conformità all'art. 27 Cost., potranno, infatti, essere presi in considerazione i singoli indicatori di disciplina rilevanti, confrontandoli e verificandone il valore indiziante a favore della natura penale o amministrativa di siffatta responsabilità, al fine di assumere una posizione nel dibattito che più fortemente ha interessato i commentatori della disciplina in esame.

Capitolo Primo

IL DIVIETO DI RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicabilità alle persone giuridiche. – 2.1. La teoria della finzione. – 2.2. La teoria della realtà. – 3. La soluzione legislativa: i destinatari della disciplina. – 3.1. Gli enti passibili di attribuzione della responsabilità. – 3.2. I soggetti attivi del reato presupposto.

1. PREMESSA

L'introduzione di una responsabilità da reato della persona giuridica è stata una decisione senz'altro audace da parte del legislatore italiano, vista la fervente opposizione di larga parte della dottrina e degli stessi imprenditori e vertici societari. La normativa sulla responsabilità 'amministrativa' degli enti collettivi, per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio in presenza di un *deficit* strutturale, descritto nei termini che si preciseranno meglio in seguito, rappresenta una svolta da tempo ritenuta necessaria. La legge delega (l. 300/2000) recepisce, difatti, tanto gli obblighi imposti a livello internazionale che le esigenze interne. Sotto il primo profilo vengono ratificate: la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (Bruxelles, 1996), la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea (Bruxelles, 1997), e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, stipulata a Parigi nel 1997. In realtà, soltanto quest'ultima impone agli Stati firmatari di attuare le misure necessarie per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione del pubblico ufficiale straniero, prescrivendo di introdurre un sistema di sanzioni

– penali, laddove possibile nell’ordinamento della Parte contraente – che siano efficaci, proporzionali e dissuasive¹.

Tuttavia, come la stessa Relazione ministeriale al decreto legislativo evidenzia, sono le istanze di politica criminale ad apparire più consistenti di quelle connesse ad esigenze di «omogeneità e razionalizzazione» tra Stati².

Il legislatore, di fronte all’incremento dei reati commessi all’interno di una struttura d’impresa complessa e organizzata, si è reso conto dell’inadeguatezza di una risposta sanzionatoria che pesasse solo sulle persone fisiche.

Infatti, è innegabile che *societas saepe delinquit* e che, anzi, siano proprio le persone giuridiche a rappresentare il «vero epicentro della criminalità d’impresa»³. «L’impresa in particolare, per propria specifica natura, ma ancor più per l’evoluzione che essa ha interpretato nello sviluppo economico degli ultimi decenni – la cosiddetta impresa manageriale – ha conseguito in vario modo livelli di potere economico, di influenza sui mercati, di dominanza competitiva, di superiorità strategica, di pervasività nel tessuto economico-sociale, tali da rendere assolutamente impellente e necessaria l’assunzione di responsabilità, di vario tipo e certamente anche penalistiche»⁴. In effetti, dal punto di vista criminologico sono individuabili, all’interno di strutture complesse (quali le persone giuridiche), una serie di fattori predisponenti che contribuiscono a renderle criminogene⁵. In primo luogo, il fenomeno del gruppo spinge coloro che vi appartengono alla c.d. «ebbrezza del rischio»⁶. I

¹ Cfr. artt. 2 e 3 della *Convenzione OCSE* del 1997.

² *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. recante: “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”*, in www.confindustria.it, § 1.

³ MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 31.

⁴ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 37. Così anche CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, Padova, 2002, p. 204.

⁵ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 251.

⁶ *Ivi*, p. 252.

soggetti che fanno parte del gruppo sono, cioè, più propensi ad atteggiamenti spregiudicati: «il decidere e l'agire collettivamente all'interno dei singoli gruppi rende queste persone più baldanzose, maggiormente inclini a sopravvalutare le possibilità di successo e a sottovalutare le percentuali di insuccesso»⁷, addirittura propensi a violare la legge.

In secondo luogo, la spinta criminogena è amplificata dalla 'segretezza dell'organizzazione' che, seppur indispensabile per la vita delle organizzazioni societarie, offre un clima di «autogiustificazione» dei reati e di 'diffidenza' nei confronti degli organi inquirenti che porta a attenuare la percezione del disvalore per i *white collar crimes*⁸.

Incidere negativamente sulla liceità delle azioni anche la «lontananza dal bene giuridico»⁹ rispetto alle fattispecie di pericolo astratto che caratterizzano la criminalità d'impresa. In questi casi, la distanza spazio-temporale tra l'azione criminosa e l'evento lesivo che colpisce la vittima porta il colpevole ad una sorta di «neutralizzazione etica»¹⁰.

Inoltre, rappresenta una vera e propria «molla della criminalità d'impresa»¹¹ il fatto che la violazione della legge finisca per essere un modo per «massimizzare il profitto o, forse più raramente, minimizzare le perdite. L'impresa criminale *impone*, così, al mercato un modello illegale di comportamento che lo distorce, secondo i casi, direttamente o per l'effetto dell'emulazione dettata dalla *gara*»¹².

⁷ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 463 s.

⁸ SUTHERLAND, *White collar crime*, trad. it., Milano, 1987, p. 312.

⁹ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 83.

¹⁰ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 252.

¹¹ Ivi, p. 257.

¹² CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 204. Interessante in proposito quanto emerge da SUTHERLAND, *White collar crime*, cit., p. 312. Qui l'autore riporta una dichiarazione di un chimico incaricato di fornire basi scientifiche per gli annunci pubblicitari: «Se prendevo in disparte i dirigenti dell'azienda e parlavamo in termini confidenziali, essi deploravano sinceramente le falsità contenute nei loro annunci

Infine, anche il contesto sociale in cui opera l'impresa, «composto da fattori economici, politici, culturali e tecnologici», è in grado di esercitare «pressioni che talvolta sfociano nell'illecito penale»¹³.

In breve, il reato di impresa si caratterizza per essere inserito in una struttura organizzata senza la quale non sarebbe stato concepito e non sarebbe stato commesso¹⁴.

Per tutte queste ragioni si è sentita la necessità di un diritto punitivo che colpisse direttamente la persona giuridica, risultando l'intervento giuridico sul solo autore del reato persona-fisica del tutto inidoneo ad arginare la criminalità d'impresa.

Tale inadeguatezza del diritto penale 'classico', incentrato su «un sistema normativo di tipo esclusivamente antropocentrico»¹⁵ deriva, innanzitutto, dalla frammentazione e moltiplicazione dei centri decisionali all'interno delle imprese, assistendosi sempre di più a forme di *corporate governance* 'orizzontali'¹⁶. Questi modelli gestionali sono caratterizzati, rispetto all'obsoleto sistema di lineare e rigida distribuzione delle competenze, da un interagire più agile e flessibile tra soggetti interni alla struttura organizzativa, che permette di rispondere più tempestivamente alle esigenze imposte dal mercato e dalle innovazioni tecnologiche assicurando, al tempo stesso, un ottimale perseguimento degli obiettivi societari¹⁷.

pubblicitari. Nello stesso tempo però dicevano che era necessario ricorrere a questa forma di pubblicità per attirare l'attenzione dei consumatori e vendere i prodotti. Poiché altre ditte usavano affermazioni esagerate a proposito dei loro articoli, noi dovevamo fare lo stesso per i nostri».

¹³ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., 2006, p. 34.

¹⁴ Cfr. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, pp. 28 s.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 577 ss.; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012, p. 4.

¹⁵ CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 202.

¹⁶ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 269 ss.

L'abbandono della classica struttura 'verticale' rende estremamente difficile, se non impossibile, individuare e perseguire un determinato soggetto all'interno della compagine organizzativa, collaborando a lasciare, di fatto, il reato impunito. Tale 'polverizzazione' delle responsabilità individuali si spiega alla luce di alcuni fattori che, ingenerando una «irresponsabilità organizzata»¹⁸, rendono di fatto inutilizzabili gli strumenti messi a disposizione dall'impianto penale tradizionale.

La «specializzazione orizzontale»¹⁹, con una divisione del lavoro sempre più settoriale, fa sì che i soggetti individuali riescano stentatamente ad avere consapevolezza del complessivo contesto di azione e del suo potenziale criminoso²⁰. Ancor più pregiudizievole è il blocco delle informazioni tra settori dell'impresa, amplificato dall'eccesso di competizione presente soprattutto a livello dirigenziale²¹.

Ma soprattutto, contribuisce alla proliferazione di condotte criminose quella 'dissociazione' tra *management* di primo livello e *manager* operativi²². I primi, facendo pressioni per ottenere soluzioni rapide a problemi difficili, fissano obiettivi spesso «così irragionevoli da indurre i *manager* operativi a pensare che l'unica via d'uscita sia quella di piegare le regole»²³ per conseguire, se del caso illegittimamente, il risultato imposto dall'alto.

Secondariamente, non è improbabile che l'individuo, autore materiale del fatto, sia mero esecutore di politiche aziendali illecite, da ascrivere più opportunamente all'ente come «il vero istigatore, esecutore o beneficiario

¹⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 26.

¹⁸ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., p. 35.

¹⁹ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 274 s.

²⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 27.

²¹ *Ibidem*. Cfr. altresì DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 275 s.

²² CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 205.

²³ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 466.

della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita»²⁴.

Infine, dal punto di vista fenomenologico, la preoccupazione del legislatore si incentra non tanto sui casi di «impresa intrinsecamente illecita», statisticamente rari, in cui l'azione criminosa o la sua agevolazione siano finalità esclusive o prevalenti della società, ma su ipotesi in cui l'ente, che abbia uno scopo sociale in sé lecito, ospiti episodicamente la commissione di reati per giungere alla massimizzazione del profitto, ed anzi veda gli illeciti come un costo d'azienda, sia sul piano economico (si pensi ad esempio alla creazione di appositi fondi destinati a pagare tangenti) che su quello sanzionatorio²⁵.

Allora perché si sono dovuti aspettare oltre trent'anni²⁶ per poter giungere, l'8 giugno del 2001, alla promulgazione del decreto che ha finalmente introdotto, anche nel nostro ordinamento²⁷, la responsabilità da reato delle persone giuridiche? La ragione è da cercarsi nelle barriere presumibilmente poste dalla Carta Costituzionale del 1948 in materia di responsabilità penale.

Se è vero che dottrina e giurisprudenza sono ancora divise sulla natura giuridica della responsabilità delineata dal d.lgs. 231/2001, potendosi rinvenire indicatori di disciplina rilevanti sia a favore della natura amministrativa, sia penale, che di *tertium genus* della responsabilità della persona giuridica, è però

²⁴ Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 8, p. 60.

²⁵ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 1. Cfr. altresì DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, p. 20. Ritiene che le scelte di impresa non possano essere ridotte alla mera analisi costi-benefici, ma volgano a raggiungere il miglior equilibrio tra obiettivi economici ed extraeconomici, al fine di assicurare maggiore vitalità nel contesto sociale di appartenenza BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., pp. 36 s.

²⁶ Ad aprire l'accesso dibattito dottrinale fu BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, 1970, in *Scritti di diritto penale*, II, II, Milano, 1997, pp. 2975 ss.

²⁷ La responsabilità delle persone giuridiche è stata accettata più rapidamente negli altri Paesi: la Francia e la Spagna, ad esempio, devono l'entrata in vigore della disciplina a riforme del codice penale avvenute, rispettivamente, nel 1994 e nel 1995. Il primato spetta però agli ordinamenti di *common law*: le decisioni che rivoluzionarono il sistema risalgono al 1972 per il Regno Unito (*Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*) e addirittura al 1909 negli Stati Uniti (*New York Central & Hudson River*).

innegabile che il legislatore abbia fatto il possibile per superare le difficoltà connesse ad un adeguamento dei principi espressi dalla Costituzione in materia penale alla particolare struttura collettiva degli enti.

Stando alla letteratura più risalente, riassumibile nel brocardo *societas delinquere non potest*, ad ostacolare un'affermazione di responsabilità penale degli enti collettivi sarebbero, infatti, le disposizioni contenute nell'art. 27 Cost., che stabilisce che “la responsabilità penale è personale”, e che “le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato”, cristallizzando il principio di colpevolezza, da intendersi come necessità di poter muovere un rimprovero al reo.

2. L'APPLICABILITÀ ALLE PERSONE GIURIDICHE

Il primo elemento da prendere in esame per valutare la ‘bontà’ del sistema del decreto e, più in generale, dell'astratta imputabilità di un reato ad una persona giuridica è il primo comma dell'art. 27.

La norma in questione, nella sua interpretazione ‘minimale’, pone un divieto di responsabilità ‘per fatto altrui’²⁸ e, in senso positivo, impone che la responsabilità penale derivi da un ‘fatto proprio’. Si richiede, cioè, che vi sia coincidenza tra autore materiale del reato e destinatario della pena. Tale ‘identità’ risulta soddisfatta dalla mera causazione materiale del fatto, bastando la sussistenza di un nesso causale materiale, che prescinde dalla dimensione soggettiva che i Costituenti sembravano voler evocare.

L'interpretazione restrittiva del principio di personalità della responsabilità penale, avallata anche dalla giurisprudenza meno recente e superata solo alla fine degli anni ‘80²⁹ del secolo scorso, ha costituito il primo nodo da sciogliere per affermare la responsabilità della persona giuridica,

²⁸ BRICOLA, *il costo del principio* “societas delinquere non potest”, cit., p. 2981.

²⁹ La svolta, con il riconoscimento della necessità di un collegamento soggettivo tra fatto ed autore si ha soltanto con Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. Cost.*, I, 1988.

essendo sostenuta da molti la natura sempre ‘terza’ dell’ente collettivo rispetto alla commissione materiale del fatto di reato.

2.1. LA TEORIA DELLA FINZIONE

L’opposizione all’ascrivibilità dell’illecito penale all’ente sorge dall’accoglimento della ‘teoria finzionistica’, elaborata da Friedrich Carl von Savigny alla fine del XIX secolo³⁰. La teoria si basa sul principio giusnaturalistico per cui ogni diritto soggettivo discende dalla libertà morale propria di ciascun uomo, unico possibile ‘portatore’ di diritti³¹. Tale capacità di essere destinatario di diritti può però essere conferita dallo Stato anche alle persone giuridiche, la cui esistenza dipende perciò da un atto di riconoscimento da parte dell’ordinamento. Conseguentemente, la persona giuridica sarebbe nient’altro che una *fictio iuris*, una mera invenzione del sistema, volta a tenere distinte le situazioni giuridiche e la responsabilità della stessa rispetto ai soci.

Tale impostazione ha ovviamente dei risvolti sul piano che ci interessa.

Innanzitutto, se la personalità giuridica è «privilegio accordato dal diritto» per il conseguimento di scopi necessariamente leciti, chiunque agisca illecitamente in nome della *societas* lo fa al di fuori della stessa. La teoria in questione ammette perciò una responsabilità, anche penale, di un ente che abbia scopo sociale illecito, venendo meno in tal caso quel beneficio concesso dallo Stato. Tuttavia, in presenza di un fine legittimo, i comportamenti illeciti degli individui che operano all’interno dell’organizzazione interrompono il rapporto organico. In altre parole, tale rapporto opera solo in condizioni di ‘fisiologia’ societaria, non potendosi riconnettere alla *societas* un comportamento che risulti *ultra vires*, posto in essere dagli amministratori.

In secondo luogo, l’ente, seppur dotato di capacità giuridica, concessagli dall’autorità pubblica, non sarebbe fornito della ben più rilevante capacità

³⁰ Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1886.

³¹ BRICOLA, *il costo del principio* “societas delinquere non potest”, cit., pp. 2982 s.

d'agire. In effetti, la teoria della finzione distingue tra 'situazioni giuridiche' ed 'attività giuridiche', ritenendo solo le prime imputabili all'ente (per *voluntas legis*) e non anche le seconde. Le 'attività giuridiche' postulano infatti una coscienza morale e una capacità d'intendere e di volere non ravvisabili in capo alla persona giuridica. Dovrebbero conseguentemente escludersi sia capacità d'agire che responsabilità penale, così come si escludono per le persone fisiche incapaci³².

Vi è di più: come le persone fisiche incapaci, l'ente è condannato ad avvalersi di rappresentanti³³. In quest'ottica, l'imputazione della società avrebbe caratteri paradossali: si affermerebbe cioè la responsabilità penale del rappresentato per atti commessi, sì in nome e per conto di questo e con effetti nella sua sfera giuridica, ma attribuibili unicamente al rappresentante. Questa eventualità darebbe certamente vita ad un'ipotesi di 'responsabilità per fatto altrui', come tale bandita dal nostro ordinamento.

Infine, si obietta che le pene inflitte all'ente collettivo provocherebbero un'inaccettabile ricaduta di conseguenze negative sui 'terzi innocenti'. Invero la sanzione penale inflitta alla società, tanto interdittiva quanto pecuniaria, comporta innegabili riflessi sugli interessi degli *stakeholder*³⁴. Si pensi ai soci di minoranza che, pur non avendo in alcun modo contribuito alla formazione della 'volontà sociale', vedrebbero leso il proprio interesse a percepire gli utili azionari nel caso di una condanna a pena pecuniaria che intacchi il capitale sociale; o, ancora, ai dipendenti, nei confronti dei quali l'interdizione dall'attività avrebbe conseguenze disastrose. In tutti questi casi, secondo chi nega la responsabilità degli enti, ci troveremmo in ipotesi vietate dall'art. 27

³² FALZEA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV. *Studi per Lorenzo Campagna*, I, Milano, 1982, pp. 299 ss.

³³ ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, Torino, 1968, pp. 21 s.

³⁴ In base alla *stakeholder theory* sono 'portatori di interessi' gli azionisti, i dipendenti, i clienti, i fornitori (*primary stakeholders*) e, in un'accezione più ampia anche Autorità pubbliche e locali e associazioni (*secondary stakeholders*).

primo comma Cost., non essendovi coincidenza tra autore materiale del fatto e destinatario (seppur indiretto) della sanzione.

2.2. LA TEORIA DELLA REALTÀ

Le obiezioni ad un'affermazione di responsabilità degli enti collettivi, derivanti dalla 'teoria della finzione', vengono ridimensionate se si osserva la persona giuridica nell'ottica della 'teoria della realtà'.

Questa, anche detta 'teoria organica', considera la persona giuridica «organismo naturale» dotato del carattere di giuridicità³⁵, nonché «matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente»³⁶. La persona giuridica diviene così autonomo centro d'interessi e d'imputazione giuridica e le persone fisiche che agiscono all'interno della struttura organizzata dell'ente agiscono come 'organi' della società. Questi ultimi non possono considerarsi autonomi rispetto 'all'organismo' ed ogni loro atto e attività può e deve imputarsi a quella struttura sovraordinata che la persona giuridica rappresenta. Così come i movimenti di una mano possono ricondursi all'uomo cui la mano appartiene, allo stesso modo, delle azioni compiute dagli amministratori la società non può non rispondere³⁷. In questo modo le decisioni prese dagli organi e le condotte da loro poste in essere sono a tutti gli effetti da considerare 'proprie' della società: «le attività degli organi fanno la storia della persona giuridica e non (o non soltanto) delle persone fisiche che agiscono»³⁸.

L'immedesimazione organica consente perciò di sostituire l'organizzazione, per spiegare i rapporti tra ente e individui, all'istituto della rappresentanza. Così, essendo la persona fisica inserita nella compagine organizzativa dell'ente ed agendo questa nell'interesse dello stesso, viene

³⁵ ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, cit., p. 26.

³⁶ Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta dal prof. GROSSO, *Relazione*, Roma, 12 settembre 2000.

³⁷ La metafora è di FALZEA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 303.

³⁸ *Ibidem*.

superata la ‘responsabilità per fatto altrui’ in cui si incorrerebbe imputando il fatto al rappresentante.

Di certo non potrà equipararsi, ai fini della responsabilità sociale, il fatto commesso da soggetti in posizione apicale a quello compiuto dagli altri dipendenti, in quanto il ‘rapporto organico’ si fa meno stringente quanto più ci si allontani dal vertice. Tuttavia, come afferma autorevole dottrina, «non solo un sindaco o un amministratore, ma anche un autista, un operaio, un manovale può, con il suo comportamento, far scaturire un reato che trova la sua causa in una politica d’impresa deliberatamente spregiudicata o in una gestione maldestra dei meccanismi d’organizzazione interna»³⁹. Così, adottando un’interpretazione estensiva di organo, potranno essere considerati ‘propri’ della società sia i reati commessi dagli ‘apicali’ che dai ‘sottoposti’, seppure questi ultimi in termini diversi, facendosi il rapporto di immedesimazione organica meno stringente.

Per quanto riguarda poi la c.d. ‘obiezione dei terzi innocenti’ è facile replicare che conseguenze negative indirette si riscontrano anche in rapporto alle persone fisiche. Ogni sanzione penale proietta effetti sfavorevoli sui rapporti personali, sociali ed economici del condannato, e accogliere questa obiezione, in rapporto alle persone fisiche, significherebbe ridursi a punire soltanto soggetti emarginati. Inoltre, al contrario di quanto avviene nella stragrande maggioranza dei casi di condanna nei confronti della persona fisica, gli *stakeholder* sono frequentemente beneficiari dei vantaggi che il reato apporta alla società, richiedendosi, per addossare la responsabilità alla persona giuridica, che i reati siano commessi ‘nell’interesse o vantaggio dell’ente (art. 5 D.lgs. 231/2001). Non si comprende dunque perché questi soggetti, che fino all’accertamento della responsabilità hanno goduto dell’utilità (generalmente economica) derivante dall’illecito, non dovrebbero poi essere gravati anche del pregiudizio punitivo conseguente alla stessa condotta criminosa.

³⁹DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 346.

In breve, in base alla teoria organica «la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie [...] agisce come organo, non come soggetto distinto»⁴⁰ dall'ente.

3. LA SOLUZIONE LEGISLATIVA: I DESTINATARI DELLA DISCIPLINA.

Il legislatore, adottando la lettura proposta dalla 'teoria organicistica', spinto anche da istanze di politica-criminale e di osservanza degli impegni assunti a livello sovranazionale, ha emanato il decreto legislativo 8 giugno 2011, n.231, sulla responsabilità 'amministrativa' dipendente da reato degli enti.

Con l'intento di risultare esente da critiche sulla conciliabilità di una siffatta responsabilità con il principio costituzionale dell'art. 27⁴¹, ed in particolare con la lettura appena analizzata, ha elaborato un sistema imperniato sull'assoggettabilità alla disciplina soltanto di alcune tipologie di enti (in continuo ampliamento ad opera della giurisprudenza), e sulla descrizione in senso funzionale del concetto di 'organo', che come tale può impegnare la responsabilità della società.

3.1. GLI ENTI PASSIBILI DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ.

L'art. 1 del d.lgs. 231/2001, dopo aver solennemente enunciato la materia oggetto di regolamentazione, individuata nella disciplina della «responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato», si occupa di identificare i destinatari della normativa. Discostandosi dalla legge delega, che faceva riferimento alla «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale», precisando che per 'persone giuridiche' dovessero intendersi «gli enti forniti di personalità giuridica,

⁴⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 40.

⁴¹ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 3.3.

eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri»⁴², il legislatore delegato opta per il più generico termine ‘ente’. L’art. 1 cpv. dispone infatti che «Le disposizioni [...] si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica». Abbandonando il riferimento alla locuzione ‘persona giuridica’, usata in senso a-tecnico dal legislatore delegante perché comprensiva anche di associazioni e società prive di personalità giuridica, il legislatore del decreto rinuncia alla personalità giuridica come *discrimen* dei soggetti destinatari a favore di un riferimento all’organizzazione in quanto tale, operando una scelta più in linea con la *ratio* della disciplina e con le esigenze di politica-criminale analizzate in precedenza. Infatti, obiettivo del decreto è colpire la criminalità annidata nelle organizzazioni pluripersonali, andando ad incidere con le sanzioni sul reale ‘istigatore’ della condotta criminosa.⁴³

Gli enti destinatari della disciplina sono perciò, in primo luogo, quei soggetti che hanno acquisito la personalità giuridica in base alle norme del codice civile, cioè associazioni, fondazioni e altre istituzioni private che abbiano ottenuto il riconoscimento ai sensi dell’art. 12 c.c., nonché le società di capitali iscritte nel registro delle imprese a norma dell’art. 2331 c.c.⁴⁴.

La normativa prevista dal decreto si applica poi alle società di persone e alle associazioni non riconosciute nonché, si ritiene, ai comitati⁴⁵. L’inclusione di questi soggetti nel novero degli enti cui è attribuibile la responsabilità da reato è dettata dalla possibilità per tali aggregazioni, disciplinate dagli artt. 39 ss. c.c., di ottenere la personalità giuridica⁴⁶.

⁴² Art. 11 co.1 e 2 della l. 29 settembre 2000, n. 300.

⁴³ BRUNELLI-RIVERDITI, *Art. 1 - I soggetti*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, pp. 75 ss.

⁴⁴ BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, p. 127.

⁴⁵ Per un approfondimento sul tema si veda PECORELLA, *Principi generali e criteri d’attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, pp. 71 ss.

In realtà, il generico riferimento ad enti forniti di personalità giuridica e ad associazioni e società anche qualora ne siano prive, seppure influenzato dalla necessità di applicare la disciplina proprio a quei soggetti che «potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali sono a ‘maggior rischio’ di attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità»⁴⁶, comporta un ampliamento dell’assoggettamento alla disciplina anche a soggetti collettivi la cui autonoma incriminazione appare, a prima vista, difficilmente motivabile.

Se appare scontata e coerente la sottoposizione alle disposizioni del decreto di società di capitali (società per azioni, società a responsabilità limitata, cooperative e società in accomandita per azioni) e di persone (società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice), nonché delle società di intermediazione mobiliare, delle associazioni non riconosciute, delle cooperative e degli istituti bancari e assicurativi, non può dirsi lo stesso dell’inclusione in siffatto elenco di società unipersonali e società di fatto o irregolari.

Nelle prime vi è ‘coincidenza’ tra persona fisica e persona giuridica e si obietta dunque che l’assoggettamento al decreto comporta una ‘doppia punizione’ in capo allo stesso soggetto per lo stesso fatto. Così non è: l’art. 27 d.lgs. 231/2001 stabilisce che l’ente risponde soltanto con il proprio patrimonio e fondo comune, scongiurando il pericolo che la sanzione ricada direttamente sui soci, in quelle forme organizzative in cui non vige autonomia patrimoniale. Nel caso della S.r.l. unipersonale, allora, il decreto non intende punire due volte la persona fisica, ma andrà ad incidere sul patrimonio della società soltanto, restando alla condanna penale in senso stretto il compito di

⁴⁶ Nella *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2, si legge infatti che la locuzione «anche privi di personalità giuridica» è volta a «indirizzare l’interprete verso la considerazione di enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla».

⁴⁷ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2.

incidere sulla sfera privata del socio unico⁴⁸. Allo stesso modo devono ritenersi destinatarie della disciplina in esame le società di fatto o irregolari, non solo per l'espressa equiparazione, operata dalla legge (artt. 2297 e 2317 c.c.), a S.n.c. e S.a.s. ma soprattutto perché si tratta di società a tutti gli effetti (conferimenti, struttura organizzata, etc.), nonostante siano costituite per *facta concludentia*.

Problematica, e oggetto di orientamenti discordi, resta anche la questione relativa alle imprese individuali, sulla quale la Corte di Cassazione è intervenuta più volte.

La prima decisione risale al 2004, ed in quell'occasione la Suprema Corte ha fermamente negato la responsabilità dipendente da reato di questo tipo di imprese⁴⁹. Il rigetto del ricorso della Procura di Roma viene motivato facendo leva sugli scopi del decreto, individuati dalla relazione governativa nell'intento di punire «pericolose manifestazioni di reato poste in essere da strutture organizzate e complesse»⁵⁰ e sulla natura 'aggiuntiva' e non 'sostitutiva' della responsabilità degli enti rispetto a quella della persona fisica. L'impresa individuale, al contrario di quella 'collettiva', non possiede quell'organizzazione richiesta, che deve «estrinsecarsi in un centro autonomo di interessi nell'ambito del quale venga meno l'individualità dei singoli soggetti partecipanti»⁵¹ e, essendo tutto riconducibile ad un solo individuo, assoggettare queste imprese al decreto significa soltanto appesantire il processo.

Nel 2011 si osserva una radicale inversione di tendenza rispetto all'orientamento espresso sette anni prima, abbracciando la Corte, in questa occasione, quelle che nel 2004 furono le tesi sostenute dalla Procura di

⁴⁸ Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2556. Si veda anche G.i.p., Trib. Milano, ord. 12 marzo 2008, in *www.rivista231.it*.

⁴⁹ Cass. Pen., sez. VI, 3 marzo-22 aprile 2004, n. 18941, in *Cass. Pen.*, 2004, pp. 4046 ss.

⁵⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 1.

⁵¹ ANDRETTA-ROSOLEN, *Rete di imprese e d.lgs. 231/2001: assoggettabilità?*, in *Resp. amm. soc. enti*, *www.rivista231.it*, 2012, 3, pp. 26 ss.

Roma⁵². La Cassazione rileva, infatti, come un'esclusione delle imprese individuali dal novero dei soggetti destinatari del d.lgs. 231 avrebbe conseguenze inaccettabili sul piano costituzionale, configurandosi un'immotivata disparità di trattamento e una complessiva irragionevolezza del sistema. A sostegno di tale tesi viene in evidenza l'indiscussa assoggettabilità al decreto delle S.r.l. unipersonali, e l'osservazione di come molte imprese individuali spesso ricorrano ad una «organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa». È evidente allora che sarebbe ingiustificato un sistema che punisca soltanto chi, per una scelta contingente, abbia optato per forme societarie più complesse e articolate.

La sentenza da ultimo intervenuta sull'argomento⁵³, invece, afferma nuovamente la inapplicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali, dichiarando, seppur incidentalmente, che «la normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi». Questo ritorno all'interpretazione espressa nel 2004 sembra accogliere anche il punto di vista della dottrina, da sempre orientata verso l'esclusione di tale tipo di impresa dal novero dei soggetti destinatari. La posizione nasce dall'assunto per cui il legislatore, con il riferimento a «società e associazioni anche prive di personalità giuridica», sembra voler indirizzare l'interprete verso la selezione di quegli 'enti' che, ancorché privi di personalità, comunque potrebbero ottenerla⁵⁴ e che in ogni caso risultino dotati di un'apprezzabile complessità organizzativa⁵⁵ in grado di

⁵² Cass. Pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, cit., pp. 2556 ss.

⁵³ Cass. Pen., sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085, in *Cass. Pen.*, 2013, 2, pp. 793 ss.

⁵⁴ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2.

differenziarli dalla persona fisica che commette il reato⁵⁶ e ciò a prescindere dal fatto che gli stessi perseguano o meno una finalità lucrativa⁵⁷, dovendosi perciò escludere, oltre alle imprese individuali, i consorzi di gestione, i fondi patrimoniali tra coniugi, i condomini, le imprese familiari, le associazioni in partecipazione e le associazioni temporanee di imprese⁵⁸.

L'ente deve infatti essere un «centro di imputazione soggettiva di atti giuridici ultronea rispetto a chi materialmente compie l'atto e non identificabile con la medesima persona fisica che agisce»⁵⁹.

Esclusi espressamente dal comma 3 dell'art. 1 del decreto sono invece lo Stato, gli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni e comunità montane), gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Nei confronti di questi enti, infatti, l'applicazione dell'arsenale sanzionatorio risulterebbe impossibile o, comunque, fortemente controproducente. In effetti, la decisione, imposta dalla legge delega⁶⁰, è giustificata *in primis* dall'impossibilità per lo Stato di entrare in contrasto con sé stesso e, in secondo luogo, dalle ripercussioni che le sanzioni avrebbero sui cittadini, in quanto contribuenti e utenti dei servizi⁶¹. Per quanto riguarda, in particolare, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, quali la Camera dei Deputati, il Senato della Repubblica, la Consulta, il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, il

⁵⁵ BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, 2, 2008, p. 961.

⁵⁶ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, pp. 58 ss.; ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 2, p.184.

⁵⁷ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 34.

⁵⁸ BRUNELLI-RIVERDITI, *Art. 1 - I soggetti*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti*, cit., p. 77.

⁵⁹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 33.

⁶⁰ La l. 300/2000 prescrive l'applicazione a persone giuridiche e a società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art.11 co.1) precisando che per persone giuridiche bisogna intendere quegli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri (art.11 co.2).

⁶¹ Cfr. G.i.p., Trib. Salerno, ord. 28 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 266 ss.

Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro nonché i partiti politici e i sindacati, l'esonero dall'ambito di applicazione del decreto n.231 è dettato dall'esigenza di scongiurare il rischio che l'applicazione delle sanzioni interdittive sospenda quelle «funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione suprema del Paese»⁶², confliggendo con le «libertà civili garantite dalla Costituzione, in particolare con gli artt. 18, 21, 39 e 49 Cost»⁶³. Con specifico riferimento ai partiti politici, poi, il legislatore era particolarmente timoroso di una strumentalizzazione della responsabilità da reato a fini di controllo politico⁶⁴.

In realtà, le esigenze di garanzia, tanto care al legislatore delegato, si sarebbero potute perseguire altrimenti, seguendo l'esempio del legislatore francese⁶⁵. Si sarebbe, cioè, potuta ammettere la responsabilità di questa tipologia di enti escludendo, però, «*expressis verbis* l'applicabilità nei loro confronti delle sanzioni più temibili e invasive»⁶⁶.

Ancor meno felice appare l'esonero di responsabilità degli 'enti pubblici non economici', non solo perché eccessivamente ampliativo rispetto alla delega, che faceva riferimento ai soli 'enti che esercitano pubblici poteri', ma soprattutto perché la stessa nozione di 'ente pubblico economico' è questione tuttora dibattuta⁶⁷.

⁶² VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 34.

⁶³ MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista.*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1102.

⁶⁴ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2. In dottrina: PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi da reato'*, Torino, 2006, p. 51; PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, cit., p. 72.

⁶⁵ L'art. 131-39 ult. Comma del *code pénal* esclude l'applicabilità a partiti politici e sindacati dello scioglimento e della sottoposizione a sorveglianza giudiziaria.

⁶⁶ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, cit., p. 84.

⁶⁷ FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. Pen.*, 2010, 12, p. 4082; MASSI, *'Pubblico' e 'privato' nello statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli, 2011, pp. 239 ss.

È infatti indispensabile riferirsi alla giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁸, intervenuta sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 1 del decreto. La Corte afferma che, per godere dell'esclusione a monte dalla responsabilità, sia necessario, ma non sufficiente, che l'ente abbia natura pubblicistica. È indispensabile altresì che questo non svolga attività economica con fine di lucro o distribuzione di utili, e che il suo scopo sociale sia improntato al perseguimento di interessi della collettività costituzionalmente garantiti, quali il diritto all'ambiente, all'istruzione, alla salute, etc⁶⁹.

Il legislatore delegato ha però deciso di discostarsi dalla legge delega ammettendo l'esclusione dal novero dei soggetti destinatari del d.lgs. 231/2001 di quegli enti che, pur riconducibili alla categoria degli 'enti pubblici non economici' per il possesso dei suddetti requisiti, non siano dotati di pubblici poteri. Tra questi il legislatore delegato cita, a titolo esemplificativo, 'gli enti pubblici associativi' (ACI, CRI, etc.), «dotati sostanzialmente di una disciplina negoziale, ma a cui le leggi speciali hanno assegnato natura pubblicistica»⁷⁰, gli 'enti associativi istituzionali' come i Collegi e gli Ordini professionali e 'gli enti pubblici che erogano pubblici servizio' quali scuole, Università pubbliche e Istituti di assistenza. L'esclusione dei primi ha, invero, rilevanza marginale, essendo il destino di tali enti indirizzato inesorabilmente verso la privatizzazione⁷¹, «che, presumibilmente ne comporterà, in tempi brevi, l'estinzione»⁷². L'esclusione degli enti pubblici 'istituzionali' e di quelli 'eroganti un pubblico servizio' viene invece giustificata sulla base di due considerazioni. In primo luogo, l'applicazione delle sanzioni, soprattutto pecuniarie, a questi tipi di ente, oltre

⁶⁸ Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, in *Guida al dir.*, 2011, 5, p. 102; Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, in *Dir. prat. lav.*, 2011, pp. 982 ss.

⁶⁹ Cfr. FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, cit., p. 4083.

⁷⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2.

⁷¹ Il processo di privatizzazione ha avuto inizio con la l. 30 luglio 1990 n. 218 nel settore bancario per poi estendersi, con d.l. 7 luglio 1992 n. 333, a enti diversi da quelli creditizi pubblici interessati dalla riforma del '90.

⁷² *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 2.

a causare un non indifferente disservizio per la collettività, non esplicherebbe un'adeguata efficacia generalpreventiva, a causa della minore sensibilità degli enti 'non economici' alla «ragione economica»⁷³. Si è sostenuto poi che la scelta di limitare la responsabilità ai soli enti pubblici economici poteva giustificarsi per la presenza, nella 'parte speciale' del decreto, di reati di natura squisitamente economica⁷⁴. Con l'introduzione tra i reati-presupposto anche dei reati colposi, però, la configurazione dell'area di applicabilità del decreto meriterebbe un ripensamento⁷⁵.

Si può, a questo punto, dare una definizione *a contrario* di 'ente pubblico economico' come entità di diritto pubblico, assoggettata però a statuto privatistico di disciplina, che abbia come oggetto principale o esclusivo «un'attività di produzione o scambio di beni e servizi in forma imprenditoriale»⁷⁶. Senonché, la recente tendenza alla privatizzazione che sta interessando il settore sta rendendo del tutto marginale questo tipo di ente di pubblico.

Appare perciò opportuno spostare l'indagine sulle società a capitale misto⁷⁷, quelle cioè costituite in forma di società per azioni ma il cui capitale è contestualmente costituito da conferimenti pubblici e privati ed in cui lo Stato gode di ampi poteri, ad esempio in relazione alla nomina dei vertici societari. In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto che godano dell'esenzione di responsabilità soltanto quelle società a capitale misto che operino secondo «criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi e i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi di gestione»⁷⁸. Questa

⁷³ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, cit., p. 86.

⁷⁴ Ivi, p. 87.

⁷⁵ FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, cit., p. 4083.

⁷⁶ IPPOLITO, *Il regime di responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 nel settore sanitario: profili di applicabilità e valutazioni di opportunità nella prospettiva di una sanità virtuosa*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2012, 4, p. 32.

⁷⁷ MANACORDA, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2011, 3, pp. 195 ss.

condizione non può essere mai soddisfatta dall'ente che ricorra a forme societarie, in quanto, come sancito dall'art. 2247 c.c., le società svolgono attività economica al fine di dividerne gli utili, né può bastare ad escludere l'applicabilità l'interesse costituzionale perseguito da tali enti, dovendosi altrimenti operare un'esenzione talmente ampia da minare l'effettività e la funzione preventiva del decreto.

La sentenza appena citata sembra risolvere i dubbi circa le sorti dei due operatori principali del Servizio Sanitario Nazionale, istituito con l. 833/1978: le Aziende Sanitarie Locali (ASL) e le Aziende Ospedaliere (AO). La giurisprudenza precedente alla decisione in esame, infatti, riteneva che il ricorso da parte di un ente pubblico a forme societarie presupponesse necessariamente il fine di dividere gli utili, come sancito dall'art. 2247 c.c.⁷⁹. L'ASL, in particolare è definita dalla legge «ente con personalità di diritto pubblico, sebbene dotato di autonomia imprenditoriale e professionalità, nonché operante in base alle norme del diritto privato»⁸⁰, e le AO replicano tale modello. A rigor di logica ci dovremmo trovare di fronte ad 'enti pubblici economici'⁸¹, soggetti come tali al d.lgs. 231/2001, tuttavia, gli effetti pregiudizievoli in termini di prevenzione e tutela dei diritti garantiti citate in precedenza hanno reso necessaria questa inversione di rotta dei Giudici di legittimità, almeno per il settore sanitario⁸².

Nel silenzio della normativa è toccato di nuovo alla giurisprudenza definire l'ambito di applicazione del decreto in rapporto alle società con sede principale all'estero. L'art. 4 del d.lgs. 231/2001 stabilisce la perseguibilità dei reati commessi all'estero da enti avente sede principale nel territorio italiano,

⁷⁸ Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, cit., p. 108. Cfr. anche ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su chi vigila il d.lgs. 231?*, in *Gli speciali. D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, p. 25.

⁷⁹ Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, cit., pp. 980 ss.

⁸⁰ Così è stabilito dall'art. 3, co. 1-bis, d.lgs. 502/1992, come novellato dal d.lgs. 229/1999.

⁸¹ In tal senso è orientata anche la giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. St., sez. V, 9 maggio 2011, n.2609; Cons. St., sez. V, 5 aprile 2002, n.809; TAR Toscana, 17 settembre 2003 n. 5101.

⁸² FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, cit., p. 4085.

non prevedendo però l'opposta situazione, quella cioè di reati commessi in Italia da imprese con sede principale all'estero.

Nel senso dell'applicabilità sono intervenute due ordinanze, emesse dai giudici per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, la più importante delle quali è senza dubbio quella relativa al caso *Siemens AG*⁸³. La società tedesca, che operava in Italia attraverso un'associazione temporanea d'imprese (ATI), era imputata per (la responsabilità amministrativa dipendente da) il reato di corruzione. Nell'ambito del procedimento il Pubblico Ministero aveva richiesto, a carico della società, il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione italiana, ma la difesa aveva eccepito l'inapplicabilità del decreto alla *Siemens AG*, non prevedendo la disciplina tedesca, nell'ambito della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, né l'adozione di modelli organizzativi né l'applicazione di misure interdittive.

Smentendo la tesi difensiva il G.i.p. rileva che, come le persone fisiche, anche le persone giuridiche straniere operanti in Italia hanno «semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il d.lgs. 231/2001, indipendentemente dall'esistenza o meno, nel Paese di appartenenza, di norme che regolano in modo analogo la stessa materia». Inoltre, nel caso concreto, la richiesta del PM riguardava l'interdizione dalla contrattazione con la P.A. italiana e non tedesca, non rilevando perciò la mancata previsione di un'analogia misura interdittiva per l'ente nell'ordinamento tedesco e dovendosi escludere ripercussioni sul potere di contrattare nel Paese di origine. L'altra ordinanza evidenzia poi come, a partire dalla lettera del decreto, l'art. 1 non preveda alcuna esclusione in ordine alle società straniere, ma come anzi, l'intero sistema stabilisca chiaramente che il criterio che radica la competenza a decidere sulla responsabilità amministrativa dell'ente è quello del luogo di commissione del reato presupposto, e non quello dell'illecito amministrativo. In effetti, l'art. 34

⁸³ Trib. Milano, 27 aprile 2004 (ord.), GIP Salvini, in *Riv. Dottori comm.*, 2004, pp. 904 ss.

d.lgs. 231/2001 opera un rinvio alle norme del codice di procedura penale, ivi compreso l'art. 1 c.p.p. che stabilisce il principio generale della giurisdizione del giudice penale. Inoltre, l'art. 36 del decreto sancisce che il giudice penale competente per il reato ha competenza a conoscere anche dell'illecito amministrativo dell'ente, consacrando la primaria importanza, in termini di giurisdizione, del reato-presupposto sull'illecito amministrativo (che ha sempre come luogo di commissione la sede della società). Conseguentemente, «nel momento in cui l'ente decide di operare in Italia ha l'onere di attivarsi e uniformarsi alle norme italiane»⁸⁴.

3.2. I SOGGETTI ATTIVI DEL REATO PRESUPPOSTO

Come visto in precedenza, alla luce della 'teoria organica' è necessario, per non incorrere in una fattispecie di 'responsabilità per fatto altrui' bandita dal nostro ordinamento dalla lettura minima dell'art. 27 Cost., che il reato da cui dipende la responsabilità della persona giuridica sia commesso da un suo organo. «Alla base della responsabilità del soggetto collettivo si colloca il rapporto di carattere organico sussistente con la persona fisica autrice del reato [...]. Si tratta di un collegamento tra individuo e persona giuridica [...] di particolare rilevanza, servendo, nelle intenzioni del legislatore, principalmente a salvaguardare il nuovo modello di responsabilità da addebiti di incostituzionalità sotto il profilo del rispetto del [livello minimale del] principio di personalità della responsabilità penale e della sanzione»⁸⁵. Quali siano questi soggetti, facenti parte della compagine societaria, in grado di impegnare la responsabilità dell'ente ci è detto dal secondo periodo del primo

⁸⁴ G.i.p., Trib.. Milano, ord. 13 giugno 2007, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it.

⁸⁵ PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi da reato'*, cit., p. 25.

comma dell'art. 5 d.lgs 231/2001, che opta per una «soluzione di tipo pragmatico»⁸⁶ che rifugge qualunque elencazione tassativa.

L'articolo in parola stabilisce che «l'ente è responsabile per i reati commessi (nel suo interesse o a suo vantaggio): a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

La suddivisione operata dal legislatore reca, come si vedrà in seguito, conseguenze non trascurabili sul piano della gradazione della 'colpevolezza' e del carico probatorio gravante sull'ente ed è dunque necessario delineare nella maniera più chiara possibile l'ambito applicativo della norma.

I primi individui citati dalla norma sono i «soggetti in posizione apicale», «che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente». Il legislatore ha optato, evidentemente, per un «criterio oggettivo-funzionale»⁸⁷ che si concentra sulla funzione in concreto svolta dal soggetto piuttosto che sul ruolo formalmente ricoperto all'interno della struttura organizzativa.

La 'funzione di rappresentanza' che viene in rilievo nel decreto è quella che compete ai legali rappresentanti dell'ente, legittimati a ricevere ed emettere dichiarazioni negoziali in nome e nell'interesse della persona giuridica⁸⁸. Viene però a rilevare, per la qualifica soggettiva che ci interessa, soltanto la rappresentanza organica e non anche quella volontaria. Soltanto la prima è, in effetti, «conseguenza ed espressione della detenzione di un ruolo

⁸⁶ PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, cit., p. 82.

⁸⁷ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2302.

⁸⁸ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 147.

apicale nel contesto della generale politica societaria»⁸⁹, mentre la seconda, che deriva dal conferimento di un atto generale di procura, presuppone un obbligo di rendicontazione in capo al procuratore che risulta perciò soggetto all'altrui vigilanza e controllo, e configura perciò un'ipotesi disciplinata dall'art. 5 *sub b*)⁹⁰.

Sono dotati della funzione di rappresentanza organica, ad esempio, il Presidente del consiglio di amministrazione, i legali rappresentanti e i consiglieri delegati.

Il riferimento alla 'amministrazione' indica, invece, la funzione squisitamente gestoria della società, che può scomporsi in diversi poteri. L'amministratore ha dunque: poteri di iniziativa, potendo promuovere l'attività deliberativa dell'assemblea; potere esecutivo, rispetto alle decisioni prese dai soci; potere decisionale, sugli atti di gestione dell'attività societaria; ed infine potere rappresentativo, diverso dalla funzione di rappresentanza, da intendersi come possibilità di manifestare all'esterno la volontà sociale.

Il generico riferimento alla funzione amministrativa permette di ricomprendere nella definizione l'amministratore unico e i componenti del consiglio di amministrazione, anche delle forme societarie monistiche e dualistiche, e gli amministratori non delegati⁹¹. Questi ultimi, pur non svolgendo funzioni di amministrazione attiva, sono, infatti, titolari di competenza concorrente rispetto a quella dell'amministratore delegato e esercitano su di esso penetranti poteri di controllo, essendo obbligati a vigilare sul generale andamento della gestione e a fare quanto possibile per impedire il

⁸⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 58.

⁹⁰ Cfr. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 147; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 58; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2302; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., p. 185.

⁹¹ Cui sono equiparati gli amministratori non esecutivi di società quotate in borsa di cui all'art. 2 del Codice di autogoverno redatto dal Comitato per la *Corporate Governance*. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., p. 169.

compimento di atti pregiudizievoli ed eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose⁹². Alcuni problemi sono sorti in relazione ai c.d. amministratori dipendenti che, preposti all'esercizio di funzioni amministrative intrattengono con l'ente rapporti di lavoro dipendente e sono perciò assoggettati al potere direttivo e disciplinare da parte di organi sovraordinati. Si ritiene che, in questi casi la qualifica apicale prevalga su quella di soggetto subordinato⁹³.

La 'direzione', infine, è quella che compete al direttore generale che, ai sensi dell'art. 2396 c.c. esegue le decisioni del consiglio di amministrazione, le interpreta, opera le opportune scelte tattiche a vantaggio dell'ente e le trasmette agli organi subordinati, controllando che vengano eseguite puntualmente⁹⁴. Parte della dottrina ritiene che siano equiparabili ai direttori generali, ai fini della configurazione della responsabilità dell'ente, anche gli impiegati con funzioni direttive⁹⁵.

Un'ulteriore questione, messa in evidenza dalla dottrina, riguarda coloro ai quali siano state trasferite o delegate le funzioni da parte di un amministratore, rappresentante o direttore. Tali soggetti possono essere annoverati tra i soggetti apicali nel caso in cui siano stati dotati del necessario potere decisionale e organizzativo e di capacità di spesa idonea a svolgere le funzioni ad essi demandate⁹⁶, fermo l'obbligo per il delegante di esercitare poteri di vigilanza e controllo⁹⁷.

⁹² LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2302; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., p. 165.

⁹³ BERNASCONI-BEGHÉ, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2007, 2, p. 47; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2303; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I Modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, p. 1299; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, p. 171. In giurisprudenza: Cass. pen., 17 novembre 2004, in *Dir. giust.*, 2005, 1, pp. 72 ss.

⁹⁴ GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti: per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, p. 41; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2304;

⁹⁵ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 149.

Rilevano poi, ai sensi dell'art. 5, quei soggetti che svolgano le funzioni appena indicate in una «unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale». Tale previsione è stata introdotta dal legislatore per rispondere al decentramento organizzativo che sta interessando le imprese di medio-grandi dimensioni, e fornisce un utile strumento di adeguamento all'attuale realtà societaria⁹⁸.

Il legislatore tiene poi a precisare che le disposizioni del decreto si applichino altresì a quei soggetti che esercitino, anche di fatto, la gestione e il controllo della società. A riguardo, viene immediatamente in evidenza il socio tiranno.

La disposizione non si riferisce, invece, ai componenti del collegio sindacale (e al consiglio di sorveglianza e al comitato interno per il controllo sulla gestione dei sistemi alternativi), esclusi dal novero dei soggetti apicali non solo perché la norma chiede che le attività di gestione e controllo siano cumulativamente esercitate, ma soprattutto perché con 'controllo', precisa il legislatore, non deve intendersi la funzione di vigilanza ma un vero e proprio «dominio»⁹⁹.

Rientrano poi nella categoria in parola anche coloro che esercitino *ipso facto* le funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione, proprio in virtù del 'criterio sostanziale' scelto dal legislatore per definire i soggetti attivi del reato-presupposto in grado di impegnare la responsabilità dell'ente¹⁰⁰. Perché si crei quel legame organico in grado di far derivare, dalla commissione di un reato da parte dell'amministratore di fatto, la responsabilità della persona giuridica è però necessario che le suddette funzioni vengano

⁹⁶ GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti: per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 42; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, p. 173.

⁹⁷ ARDITO-CATALANO, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2011, 2, p. 17.

⁹⁸ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2303.

⁹⁹ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs.*, cit., § 3.2.

¹⁰⁰ Cfr. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2303.

esercitate con continuità (in maniera, cioè, reiterata e sistematica) e significatività (nel senso che l'esercizio deve essere di una certa rilevanza), secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁰¹ cristallizzato, con la riforma dei reati societari, nell'art. 2639 c.c.

Sono, invece, soggetti «subordinati» quelli sottoposti «alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti» posti in posizione apicale. Rileva in questo caso quel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

Il rapporto di immedesimazione organica non sussiste, infatti, solo tra l'ente e i soggetti 'preposti' ma anche in relazione agli 'addetti' che, «pur senza essere 'investiti' dell'ufficio, sono incardinati in esso per prestarvi la propria opera in sottordine [...]. Gli addetti non sono qualificati ad 'esprimere' l'ufficio nei rapporti giuridici [...], ma operano pur sempre 'come' ufficio, e 'sono' anch'essi 'l'ufficio'»¹⁰².

Nessun problema sorge circa la qualificazione come 'sottoposti' dei lavoratori subordinati ai sensi degli artt. 2094 e 2095 c.c., così come possono essere ricondotti alla categoria di soggetti dell'art. 5, 1° comma, lett. b) i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza vincolo di subordinazione (co.co.co.). Questi ultimi, infatti, sono funzionalmente inseriti nell'organizzazione aziendale e perseguono le finalità proprie del committente, che ha poteri d'ingerenza nell'attività del prestatore¹⁰³.

Si ritiene che rientrino nella categoria in parola anche i collaboratori esterni, estranei all'organigramma aziendale, cui è conferito un particolare incarico da eseguire sotto la direzione e il controllo da parte dei soggetti apicali della società. Infatti, anche la disposizione della *lett b)* dell'art. 5 è costruita in maniera tale che non rilevi l'inquadramento in uno stabile rapporto

¹⁰¹ Cass. pen., 22 aprile 1998, in *Cass.pen.*, 2000, pp. 3451 ss.; Cass. pen., 12 luglio 2004, in *Impresa*, 2005, pp. 501 ss.; Cass. pen., 26 luglio 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 10, pp. 70 ss.

¹⁰² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 66.

¹⁰³ ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili*, cit., p.181.

di lavoro subordinato, ma soltanto il fatto che il soggetto si trovi, a qualsiasi titolo sotto la vigilanza dei vertici societari¹⁰⁴. Possono dunque contribuire a configurare l'illecito dell'ente gli agenti, i concessionari e i *franchisee* che, pur non essendo dipendenti, sacrificano parte della loro autonomia a favore dell'ente¹⁰⁵.

I soggetti fin qui descritti non hanno, opportunamente, lo stesso potere di coinvolgere l'ente ai fini della responsabilità da reato. Gli artt. 6 e 7 del decreto, che verranno analizzati successivamente, prevedono regimi di 'esenzione' dalla responsabilità diversificati a seconda che il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale (art. 5 comma 1, lett. a)) ovvero da soggetto sottoposto all'altrui vigilanza e controllo (art. 5 comma 1, lett. b)). Tale differenziazione si spiega sulla base della diversa intensità dell'immedesimazione organica, che è massima nel caso dei vertici societari, con poteri di rappresentanza, amministrazione e direzione e si fa meno stringente quando il reato sia commesso dai 'dipendenti'.

¹⁰⁴ Cfr. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 158; BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 139; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 155; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., pp. 64 ss; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., p. 53; . LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2303. In senso contrario: GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti: per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 43.

¹⁰⁵ SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., p. 216.

Capitolo Secondo

IL DIVIETO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

SOMMARIO: 1. Nullum crimen sine culpa. – 2. La conciliabilità del principio con le persone giuridiche. – 3. La soluzione legislativa: il requisito dell'interesse o vantaggio in capo all'ente.

1. NULLUM CRIMEN SINE CULPA

Dopo aver enunciato le ragioni per le quali la teoria organica permette di attribuire il reato alla persona giuridica come 'fatto proprio', è necessario valutare l'effettiva portata ostativa dell'interpretazione estensiva del primo comma dell'art. 27 della Costituzione all'affermazione della responsabilità *de societate*.

Nell'ottica di un'interpretazione 'minima' del principio di personalità, la responsabilità oggettiva, fondata cioè sul solo nesso causale materiale, sarebbe assolutamente legittima. La causazione materiale dell'evento, sconnessa da qualsiasi rappresentazione preventiva, basterebbe, infatti, a coinvolgere la responsabilità del soggetto.

Tuttavia, la norma costituzionale in esame cela un ulteriore e ben più pregnante limite alla responsabilità da reato, imponendo che la stessa debba fondarsi su un fatto non solo personale, ma soprattutto colpevole¹⁰⁶. In base a tale interpretazione, avallata anche dalla Corte Costituzionale nelle celebri sentenze n. 364/1988 e n. 1085/1988¹⁰⁷, si rende necessario un collegamento psicologico tra autore e fatto di reato, dovendosi riscontrare, «quale essenziale requisito subiettivo d'imputazione, oltre alla coscienza e volontà dell'azione od

¹⁰⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, pp. 635 ss.

¹⁰⁷ Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, I, 1988, pp. 1504 ss. e Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 1378 ss.

omissione, almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l'autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur no) addebitato».

Non soffermandosi ancora sul pieno significato da attribuire al principio di colpevolezza, su cui ci si concentrerà nel capitolo seguente, occorre affrontare meglio il «secondo livello»¹⁰⁸ del principio di personalità. In tal senso, la responsabilità può dirsi a tutti gli effetti personale quando il fatto offensivo dimostri, da parte dell'agente, un atteggiamento di ostilità o almeno di indifferenza nei confronti del bene tutelato dall'ordinamento. Tale situazione psicologica di 'avversione' si può presentare in svariate forme, dotate di più o meno ampia carica offensiva. Il reato sarà allora pienamente colpevole quando l'illecito sia commesso con volontà consapevole di cagionare l'evento, ma altresì, seppur in forma più lieve, quando il fatto non sia stato voluto e, tuttavia, sia mancato un impegno diretto ad evitare la realizzazione offensiva, prevista o quantomeno prevedibile¹⁰⁹.

In una prospettiva negativa, dunque, il principio di personalità della responsabilità penale prescrive un divieto di responsabilità obiettiva, censurando l'attribuzione di conseguenze casuali o fortuite e di elementi inevitabilmente sfuggiti alla rappresentazione del soggetto agente¹¹⁰.

Tuttavia, nel nostro ordinamento sono ancora presenti ipotesi di responsabilità oggettiva, come trapela dall'art. 42 c.p. che, dopo aver imposto la sussistenza di volontà o coscienza, ai fini dell'imputazione del reato, stabilisce che «la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione». L'utilizzo della locuzione 'altrimenti' lascia difatti intendere che continui ad esistere un collegamento ulteriore rispetto a quelli classici del dolo e della colpa, e che tale collegamento sia da ritenersi fondato sul solo nesso causale

¹⁰⁸ Lo definisce così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, pp. 31

ss.

¹⁰⁹ DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, pp. 165 ss.

¹¹⁰ *Ibidem*.

materiale. La presenza nel codice Rocco di norme che attribuiscono il fatto anche in mancanza di un elemento psicologico riconducibile alle categorie del dolo e della colpa si spiega alla luce del principio tipicamente cristiano-medievale, ma ancora attuale, del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro causa*. Qualora l'evento, non voluto né previsto, scaturisca da una condotta già di per sé illecita, volta a causare un altro evento pregiudizievole, seppur meno grave, l'ordinamento ritiene l'agente responsabile e meritevole di sanzione anche con riferimento all'evento ulteriore realizzato. Inoltre, sebbene la capacità di prevenzione generale dell'istituto sia tuttora discussa e non provata, non può negarsi che il tipo di ascrizione della responsabilità in esame permetta di eliminare le difficoltà probatorie connesse ad un accertamento del dolo o della colpa troppo complesso¹¹¹.

Inspirate al principio del *versari in re illicita* (e dunque da questo giustificate) sono le forme di responsabilità oggettiva c.d. pura¹¹² ancora presenti nel nostro sistema penale: *l'aberratio delicti* e il 'reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti'. La prima fattispecie, disciplinata dall'art. 83 c.p., permette di attribuire al reo, a titolo di colpa, un evento diverso da quello voluto quando questo sia cagionato per erronea utilizzazione dei mezzi o per altra causa inerente alla commissione di un reato. L'art. 116 c.p. prescrive, invece, che il concorrente nel reato risponda per il reato diverso da quello voluto «se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione». Esistono, infine, ipotesi di responsabilità oggettiva 'mista' in cui ad una componente di responsabilità oggettiva si aggiungono i profili propri del dolo o della colpa¹¹³. È il caso della preterintenzione e dei reati aggravati

¹¹¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 630 ss.

¹¹² A nulla sono valsi gli sforzi di dottrina e giurisprudenza volti a ravvisare profili di colpa nelle fattispecie in esame. Come evidenzia CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass.pen.*, 2009, pp. 4585 ss., si giungerebbe al paradosso dell'esistenza di regole cautelari dell'attività illecita e del riferimento alla figura del 'delinquente modello'.

dall'evento¹¹⁴, in cui viene attribuito al reo l'evento più grave, non voluto, cagionato da una condotta già, di per sé, idonea a fondare una responsabilità penale per un reato meno grave. Prescindono poi dalla sfera volitiva del soggetto agente anche le numerose 'condizioni obiettive di punibilità' presenti nel nostro ordinamento che, a norma dell'art. 44 c.p., attivano la responsabilità del reo anche qualora l'evento che le ha fatte verificare non sia da questi voluto.

2. LA CONCILIABILITÀ DEL PRINCIPIO CON LE PERSONE GIURIDICHE.

L'aver definito il principio di personalità della responsabilità penale, nei termini appena analizzati, permette di valutare se l'ente sia in grado di commettere un reato che, oltre che 'proprio', sia anche 'colpevole'.

L'ascrizione di responsabilità in capo alla persona giuridica violerebbe, secondo alcuni, il divieto costituzionale di responsabilità oggettiva. In base alla già menzionata teoria della finzione, infatti, la volontà di agire risiede soltanto in capo all'organo, o meglio, alla persona fisica che quell'organo costituisce. L'ente, in quanto *fictio iuris*, non è dunque capace di esprimere una volontà propria e risulta conseguentemente sempre incolpevole, non potendosi ravvisare alcun collegamento psicologico con il fatto in un soggetto a cui non si possano attribuire dinamiche psichiche.

A contrario si sostiene che esista invece una «volontà sociale»¹¹⁵ che si concretizza in tutte quelle deliberazioni degli organi ascrivibili, in base al rapporto di immedesimazione organica, alla società. In altre parole, la volontà della società sarebbe quella risultante dalla somma delle singole volontà

¹¹³ Queste fattispecie vengono viste da una parte della dottrina (tra cui DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 863 ss.) come casi di dolo misto a colpa, in modo da fornire interpretazione 'adeguatrice' in linea con il principio costituzionale; in senso opposto FIANDACA-MUSCO, *cit.*, pp. 642 ss.

¹¹⁴ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, *cit.*, p. 650.

¹¹⁵ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, 1970, in *Scritti di diritto penale*, II, II, Milano, 1997, p. 2986.

individuali dei soci e dei consiglieri di amministrazione (o della maggioranza di questi, nelle decisioni collegiali).

La teoria organica, accettata con riferimento al contenuto minimo della responsabilità personale, sarebbe perciò sufficiente ad imputare alla *societas* il fatto di reato commesso dal suo organo anche laddove si richieda, in aggiunta alla commissione materiale, un disvalore soggettivo¹¹⁶. In effetti, i due livelli del principio di personalità, espresso al primo comma dell'art. 27 Cost., sarebbero coperti dallo stesso canale di collegamento tra individuo ed ente collettivo, riconosciuto dalla teoria dell'immedesimazione organica: come è attribuibile alla società la condotta materiale posta in essere dal suo organo, allo stesso modo è automaticamente trasferibile in capo ad essa anche il fattore psicologico.

Conseguentemente, ci si troverà di fronte ad una incriminazione dell'ente per responsabilità oggettiva solo in quelle ipotesi in cui questa è ammessa rispetto alla persona fisica.

3. LA SOLUZIONE LEGISLATIVA: IL REQUISITO DELL'INTERESSE O VANTAGGIO IN CAPO ALL'ENTE

Nonostante il rapporto di immedesimazione organica, come appena accennato, fosse di per sé sufficiente a giustificare il 'trasferimento' dell'elemento soggettivo dalla persona fisica autrice del reato all'ente, il legislatore ha ritenuto necessario aggiungere un *quid pluris* che rendesse ancora più pregnante il collegamento tra il reato e la persona giuridica.

L'art. 5 del d.lgs. 231/2001 stabilisce, in quest'ottica, che l'ente sia responsabile dei reati commessi da determinati soggetti nel suo interesse o a suo vantaggio.

¹¹⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 46 ss.

Nonostante la stessa Relazione al decreto¹¹⁷ evidenzi come l'articolo in esame assicuri «l'identità tra autore dell'illecito e destinatario della sanzione», fornendo una «espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica», la norma si spinge, in realtà, ben oltre la mera 'cristallizzazione' del rapporto di immedesimazione organica. Quest'ultima, da sola, riesce a giustificare il 'passaggio' del solo fatto materiale dall'organo alla *societas*, senza «dare alcun rilievo a momenti interni all'ente medesimo [...] [e senza considerare] fatti riconducibili al potere generale di organizzazione come la lacuna organizzativa oppure la politica d'impresa»¹¹⁸. Il legislatore ha perciò ritenuto necessario richiedere, per meglio adeguare la struttura della responsabilità *de societate* al dettato costituzionale dell'art. 27, un presupposto ulteriore, inerente all'elemento soggettivo della persona fisica, che consenta «di identificare l'organizzazione come assolutamente protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi anche come fonte di rischio di reato»¹¹⁹.

La persona fisica autrice dell'illecito penale, perciò, deve non solo aver agito con coscienza e volontà rispetto al fatto tipico del reato base ma, per determinare la responsabilità della persona giuridica nella cui compagine è inserito, deve altresì aver agito delittuosamente nell'interesse dell'ente ovvero aver a questi permesso di trarre vantaggio dalla commissione del reato. Non basta, in altre parole, che la condotta illecita sia posta in essere da soggetti in grado di impegnare la responsabilità della società per la posizione che

¹¹⁷ Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica", in www.codice231.com, § 3.2.

¹¹⁸ SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio d'ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 86.

¹¹⁹ DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1350. Cfr. anche DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2012, pp. 32 ss; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 56.

rivestono all'interno della stessa, ma si dovranno prendere in considerazione le conseguenze che l'ente può ottenere da tale attività delittuosa¹²⁰. Per non incorrere in un conflitto col principio costituzionale di personalità sarà, infatti, irrinunciabile valutare che il reato non sia stato commesso in totale autonomia dal soggetto agente¹²¹.

Occorre però soffermarsi sul dettato normativo e sulla prassi applicativa, per comprendere a pieno ciò che il legislatore ha inteso prescrivere. Ancora dibattute sono, infatti, le questioni relative al legame intercorrente tra interesse e vantaggio e al loro reale significato¹²².

Sotto il primo profilo, vi è da chiedersi se i due criteri siano effettivamente alternativi, come sembra suggerire la congiunzione disgiuntiva «o», ovvero se il vantaggio non rappresenti piuttosto una mera specificazione dell'altro criterio.

Secondo la teoria c.d. monistica¹²³, quello dell'interesse è l'unico criterio oggettivo davvero indefettibile. Tale impostazione, che relega il vantaggio a mera «variabile casuale»¹²⁴, discende dalla lettura del secondo comma dell'art. 5 che, nello stabilire che «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma

¹²⁰ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 206.

¹²¹ SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 3, pp. 52 ss.

¹²² Per una lucida analisi delle varie opinioni in merito cfr. MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (prima parte)*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2009, 4, pp. 106 ss.

¹²³ Sostenuta da COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, pp. 95 ss.; ¹²³ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., pp. 332 ss.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., pp. 34 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 158 s.; FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, pp. 511 ss.; PECORELLA C., *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 83; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 425 ss.; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio d'ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, pp. 110 ss.

¹²⁴ Si veda ASTROLOGO, *Brevi noti sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 1, p. 191.

1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi», fornisce un forte indizio dell'assoluta preminenza dell'interesse rispetto al vantaggio. La disposizione, da leggere come corollario del principio espresso dal primo comma¹²⁵, lascerebbe cioè intendere come, per fondare la responsabilità dell'ente, sia assolutamente necessario che la commissione del reato sia avvenuta, almeno in parte, nell'interesse della *societas*, essendo il vantaggio privo di valenza autonoma e perciò inidoneo, da solo, a impegnare la responsabilità dell'organizzazione. Vi è poi chi ritiene «pleonastico il riferimento, oltre che all'interesse, anche al vantaggio dell'ente»¹²⁶ ritenendo la locuzione nient'altro che «un'endiadi che addita un criterio unitario, riconducibile ad un 'interesse' dell'ente inteso in senso obiettivo»¹²⁷.

A sostegno ulteriore della scarsa rilevanza del vantaggio ai fini dell'ascrizione di responsabilità alla società si porrebbe, sempre secondo tale autorevole dottrina, l'art. 12, comma primo, lett. a) che impone la riduzione a metà della pena pecuniaria qualora «l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo». Si sostiene, pertanto, che la responsabilità dell'ente, con conseguente risposta sanzionatoria, potrebbe ben ravvisarsi in mancanza del conseguimento di un qualche vantaggio purché vi sia un comprovato co-interesse dell'ente alla commissione dell'illecito¹²⁸.

La teoria c.d. dualistica¹²⁹, avallata anche dalla giurisprudenza della Cassazione¹³⁰, diversifica invece i due criteri facendo leva, oltre che sul dato

¹²⁵ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 95; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 425, nt. 27.

¹²⁶ Così PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, cit., p. 83.

¹²⁷ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 425.

¹²⁸ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., pp. 95 s.

¹²⁹ A sostegno: BERNASCONI, *Art. 5 – Responsabilità dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, pp. 99 s.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit.,

letterale della presenza della disgiuntiva «o», proprio sul disposto dell'art. 12. Per dar luogo alla 'attenuante' in esame, in effetti, devono sussistere entrambi i criteri, diversamente specificati: da un lato, il reato deve essere commesso «nel prevalente interesse proprio o di terzi»; dall'altro, l'ente non deve averne tratto vantaggio o deve averne ricavato un vantaggio minimo. La disposizione disciplina, perciò, un'ipotesi in cui, nella medesima situazione di fatto, sono presenti contestualmente entrambi gli elementi enunciati dal primo comma dell'art. 5.

Inoltre, alla luce del criterio ermeneutico di conservazione delle norme, «deve ritenersi che i sintagmi 'interesse' e 'vantaggio' non siano usati come sinonimi»¹³¹ posto che, in caso contrario, si finirebbe per configurare una *interpretatio abrogans* di uno dei due presupposti oggettivi di ascrizione della responsabilità al soggetto collettivo previsti nella parte generale del decreto in oggetto¹³².

I criteri non sarebbero perciò sovrapponibili, dovendosi distinguere tra un «interesse 'a monte' della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non realizzata – rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato 'ex ante' dall'agente»¹³³.

p. 62 s.; FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 2001,

pp. 79 ss.; GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in DE FRANCESCO (a cura di) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, p. 40; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pp. 52 ss.; ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 2, pp. 180 ss.; SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio*, cit., pp. 55 ss.

¹³⁰ Cass. Pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 8, pp. 60 ss. e Cass. Pen., II, 17-27 marzo 2009, n. 13678, *Zaccaria*, in *C.E.D. Cass.* n. 244253.

¹³¹ Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 6, pp. 69 ss.

¹³² ASTROLOGO, *Brevi noti sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, cit., p. 192; CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, p. 78.

¹³³ Cass. Pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, cit., p. 62.

Ciò comporta, sul piano processuale, che l'accertamento del solo vantaggio, quando non sia verificabile l'effettivo interesse del soggetto agente (perché, ad esempio, non identificato a causa della 'polverizzazione' del processo decisionale), possa essere sufficiente a determinare la responsabilità della *societas*.

Alla luce di ciò, il secondo comma dell'art. 5, lungi dal mettere in discussione la rilevanza del vantaggio, porrebbe una deroga al principio espresso nell'*incipit* della disposizione, introducendo una causa oggettiva di esclusione della responsabilità¹³⁴. Nel caso del reato commesso nell'esclusivo interesse dell'autore materiale, infatti, si genera una rottura del rapporto di immedesimazione organica, non essendo il reato riconducibile in alcun modo all'ente¹³⁵. Perciò, qualora il reato sia commesso dalla persona fisica in totale autonomia e in mancanza di qualsivoglia tendenza finalistica volta a beneficio dell'ente, potendo addirittura la condotta criminosa volgere a danno della *societas*¹³⁶, risulta irrilevante l'eventualità che, *ex post*, l'ente risulti averne tratto un vantaggio¹³⁷. D'altronde, fondare la responsabilità dell'ente sulla base della sola evenienza che questo abbia ottenuto un 'vantaggio fortuito' confliggerebbe con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* che, invece, il legislatore delegato ha attentamente tenuto in conto nella costruzione dell'autonoma responsabilità delle persone giuridiche.

Quanto ai contenuti dei concetti in esame, se, da un lato, dottrina e giurisprudenza sono quasi unanimemente concordi nell'affermare che i

¹³⁴ Cfr. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, cit., p. 52; DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 101.

¹³⁵ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica"*, in www.confindustria.it, § 3.2.

¹³⁶ PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, cit., p. 83.

¹³⁷ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., pp. 64 s.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 101. Conformemente Cass. pen., 23 giugno-2 ottobre 2006, in *Guida dir.*, 2006, 42, pp. 68 ss.

requisiti dell'interesse e del vantaggio non abbiano alcuna diretta rilevanza economica¹³⁸, seppure tale connotazione sia la più statisticamente frequente, vista la forte caratterizzazione in senso economico della 'parte speciale' del decreto, la diatriba in corso sui rapporti reciproci tra i criteri di imputazione oggettiva si riflette sulla natura e sul significato da attribuire agli stessi, potendosi rinvenire sul tema due correnti, concentrate in particolar modo sulla nozione di 'interesse'.

Secondo la concezione c.d. oggettiva¹³⁹ dell'interesse, è necessario prescindere dalle intenzioni o dai moventi che hanno spinto l'autore individuale a commettere il reato, per dare assoluta rilevanza alla «tendenza obiettiva o esteriormente riconoscibile del reato a realizzare un interesse della *societas*»¹⁴⁰. Il collegamento del reato con l'ente non deve, cioè, essere rimesso «alle soggettive intenzioni o rappresentazioni dell'agente, ma [deve poggiare] su dati obiettivi»¹⁴¹, così da evitare «fuorvianti elementi di atteggiamento interiore»¹⁴².

La dottrina in esame ritiene di dover negare rilevanza ai connotati psicologici dell'agente per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, se l'interesse attenesse alle finalità perseguite dall'agente, tale requisito si sostanzierebbe in un «dolo specifico riguardante la sfera soggettiva

¹³⁸ Così, in particolare, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 426. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, cit., p. 62; Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2006, 2, pp. 333 ss. che riconduce al concetto di vantaggio l'aumento di valore di un bene immobiliare. Diversamente ASTROLOGO, *'Interesse' e 'vantaggio' quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs 231/2001*, in *ind. Pen.*, 2003, pp. 656 ss., che assegna all'interesse il significato di «politica d'impresa» e concepisce il vantaggio esclusivamente come «profitto, come arricchimento economico, come beneficio patrimoniale che il soggetto collettivo ha ottenuto direttamente dal reato».

¹³⁹ Sostenuta soprattutto da coloro che ritengono superfluo il riferimento al vantaggio. Cfr. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., pp. 95 ss.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., pp. 36 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 160 s.; PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 959 ss.

¹⁴⁰ MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 109.

¹⁴¹ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 425.

¹⁴² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 160.

della persona fisica»¹⁴³. Per altro verso, nel caso di mancata identificazione del reo non potrebbe condursi alcun accertamento di tipo psicologico e, conseguentemente, si vanificherebbe il principio di ‘autonomia’ della responsabilità dell’ente sancito dall’art. 8 del decreto.

Il canale di collegamento «unitario, semanticamente radicato nella nozione di agire ‘nell’interesse’»¹⁴⁴, deve perciò poter essere accertato *ex ante*, senza conferire alcun rilievo alle vicende contingenti. In tal senso, il riferimento al vantaggio servirebbe proprio a fornire una specificazione dell’interesse volta a segnalarne la natura squisitamente oggettiva¹⁴⁵.

Consegue, a tale visione dell’interesse, una rilevanza meramente processuale del criterio del vantaggio, nel senso che, laddove questo sia accertato, si avrà come unico effetto un’inversione dell’onere della prova. La presenza del vantaggio costituirebbe quel ‘fatto noto’ da cui far discendere una presunzione *iuris tantum* circa l’esistenza dell’interesse, spettando poi alla persona giuridica dimostrare che il reato sia stato commesso dalla persona fisica nell’interesse esclusivo proprio o di terzi¹⁴⁶.

In base alla concezione c.d. soggettiva¹⁴⁷, invece, si ristabilisce una differenziazione intrinseca del significato da attribuire ai concetti di ‘interesse’ e di ‘vantaggio’. L’interesse avrebbe cioè un’indole soggettiva, mentre il vantaggio sarebbe connotato in senso obiettivo.

¹⁴³ CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, p. 78. Si veda anche ASTROLOGO, *Brevi noti sull’interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, cit., p. 193.

¹⁴⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 161.

¹⁴⁵ SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio d’ascrizione della responsabilità da reato*, cit., pp. 110 ss.

¹⁴⁶ Così DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., p. 38 ss.

¹⁴⁷ Strettamente collegata alla ‘teoria dualistica’ e sostenuta, fra gli altri, da DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., pp. 68 ss.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di “giustizia punitiva”*, Torino, 2004, p. 22; SANTORIELLO, *I requisiti dell’interesse e del vantaggio*, cit., pp. 55 ss.

In questo senso è orientata anche la stessa Relazione al decreto¹⁴⁸, che attribuisce all'interesse una caratterizzazione «in senso marcatamente soggettivo» da accertarsi mediante una valutazione *ex ante*, mentre il vantaggio «assume connotati più marcatamente oggettivi» ed è valutabile esclusivamente attraverso una prospettiva *ex post*.

L'interesse attiene, cioè, alla sfera volitiva del soggetto agente e riguarda la finalizzazione della condotta¹⁴⁹, da soppesare con il metodo della prognosi postuma¹⁵⁰. È perciò possibile affermare che «il reato è stato commesso nell'interesse dell'ente nel caso in cui la persona fisica, pur agendo per una propria finalità, sia comunque consapevole di perseguire anche - sia pur non direttamente - un interesse dell'organizzazione di cui fa parte»¹⁵¹.

Il vantaggio va invece valutato avendo riguardo alle concrete ed oggettive conseguenze dell'accaduto e assume, in quest'ottica, autonoma dignità poiché, anche in mancanza di un fine *pro societate* nella commissione del reato, la realizzazione di un vantaggio per l'ente sarebbe in grado di incardinare, da sola, la responsabilità dello stesso¹⁵².

Questa lettura del criterio d'imputazione previsto dall'art. 5 del decreto, in senso alternativo e soggettivo, avallata anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁵³, oltre a rispettare il dato letterale della norma, ha il pregio di adattarsi meglio alle fattispecie colpose recentemente introdotte nel d.lgs. 231/2001 e, in particolare, ai reati previsti dall'art. 25-*septies*.

¹⁴⁸ Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo, cit., § 3.2.

¹⁴⁹ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 101.

¹⁵⁰ BERNASCONI, *Art. 5 – Responsabilità dell'ente*, cit., p. 98.

¹⁵¹ SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 1, p. 165.

¹⁵² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 70.

¹⁵³ Si vedano, in particolare G.i.p., Trib. Milano, 20 settembre 2004-9 novembre 2004, *Ivri Holding s.p.a. e Cogefi s.p.a.*, in *Foro it.*, 2005, 2, pp. 528 ss.; G.i.p., Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2004, cit., pp. 69 ss.; Cass. Pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, cit., pp. 60 ss. e Cass. Pen., II, 17-27 marzo 2009, n. 13678, *Zaccaria*, cit.

Con l'introduzione, ad opera della l. 3 agosto 2007 n. 123, della responsabilità dell'ente anche per omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si è aperto un ampio dibattito circa la conciliabilità di tale fattispecie colposa con il criterio d'imputazione del 'reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente'. Appare infatti molto poco plausibile che l'infortunio del lavoratore, ancor più se fatale, possa essere stato cagionato per favorire l'ente o che quest'ultimo abbia ottenuto, *ex post*, un qualche vantaggio dall'evento infausto¹⁵⁴.

Per recuperare l'applicabilità dei criteri di ascrizione oggettiva la giurisprudenza¹⁵⁵ si è assestata su una linea interpretativa che, estrapolando dal reato la parte del fatto tipico attinente alla condotta¹⁵⁶, ritiene che i criteri dell'interesse e del vantaggio non possano che riferirsi alle «inosservanze – che costituiscono il nucleo normativo della condotta colposa della persona fisica appartenente all'ente – alle quali il risultato dannoso è eziologicamente e soggettivamente riconducibile»¹⁵⁷. In sostanza, si dovrà di volta in volta accertare se la condotta che ha cagionato l'evento morte o lesioni personali «sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di

¹⁵⁴ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, p. 77.

¹⁵⁵ Si vedano, in particolare: Trib. Trani, sez. Molfetta, 26 ottobre 2009-11 gennaio 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 848 ss.; Trib. Novara, 1 ottobre 2010, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 4, pp. 917 ss. e la ormai celebre Corte d'Assise Torino, 14 novembre 2011, n. 31095, *Thyssenkrupp*, in *Resp. amm. soc. enti.*, *www.rivista231.it*, 2012, 3, pp. 83 ss.

¹⁵⁶ La soluzione era già stata suggerita, addirittura prima dell'effettiva introduzione nel decreto dei reati colposi da PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 426. Paventano, invece, il rischio che una siffatta interpretazione stravolga il fatto tipico soprattutto AMARELLI, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 848 ss.; DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, pp. 337 ss.

¹⁵⁷ CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 430; Cfr. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., p. 77, che ritiene tale interpretazione in linea col dato letterale, essendo la commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590, terzo comma, c.p. collegata «proprio alla violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro».

interesse dell'ente oppure se la condotta medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri»¹⁵⁸.

In quest'ottica, i criteri di cui all'art. 5 appaiono sicuramente compatibili con i reati colposi, seppure le Corti abbiano proposto soluzioni interpretative differenti, dettate dall'adozione di diverse concezioni di 'interesse' e 'vantaggio', per giungere a sostenere, almeno sul piano dell'imputazione oggettiva, la responsabilità dell'organizzazione collettiva.

Si segnalano, innanzitutto, due pronunce che potremmo definire 'di confine' e che si pongono, l'una rispetto all'altra, agli antipodi. Nella prima decisione¹⁵⁹, il Tribunale ritiene sussistente il coinvolgimento dell'ente, sul piano dell'ascrizione oggettiva, per il solo fatto che la condotta «non fu certo tenuta nell'interesse (che, ai fini *de quibus*, la legge vuole esclusivo) proprio o di terzi», ritenendo perciò necessario e sufficiente verificare la sussistenza di un rapporto organico tra il reo e l'ente (e dunque la riconducibilità del soggetto agente ad una delle categorie di cui all'art. 5 lett. *a*) e *b*)) e la non sussistenza di un interesse esclusivo proprio o di terzi nella finalizzazione della condotta. Nella seconda decisione¹⁶⁰, invece, si ritiene che, in tema di reati colposi, l'unico criterio rilevante sia quello dell'interesse e che, affinché questo possa ravvisarsi, è necessario che l'azione o l'omissione siano consapevoli e volontarie e che rivelino una «tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere conseguito». Entrambe le sentenze prestano il fianco a critiche. L'una appare infatti dilatare eccessivamente l'area di punibilità della persona giuridica, essendo difficilmente ipotizzabile una violazione delle norme antinfortunistiche avvenuta nell'interesse esclusivo dell'autore individuale; l'altra, di contro, limita la responsabilità fino ad escludere tutte le situazioni (peraltro frequenti)

¹⁵⁸ Trib. Trani, sez. Molfetta, 26 ottobre 2009-11 gennaio 2010, cit.

¹⁵⁹ Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 4, pp. 918 ss.

¹⁶⁰ Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 4, pp. 918 ss.

in cui l'inosservanza delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro derivi da imperizia o dalla «sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie»¹⁶¹.

Più condivisibile sembra allora quella tesi, sostenuta anche in dottrina, volta a recuperare l'autonomia del criterio del vantaggio, a cui viene affidato un ruolo assolutamente primario nell'attribuzione all'ente dei reati colposi¹⁶².

Il vantaggio può, cioè, essere inteso «come risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dello strumentario di sicurezza ovvero come incremento economico conseguente all'aumento della produttività, non ostacolata dal pedissequo rispetto della normativa precauzionale»¹⁶³. Su tale soluzione interpretativa si assestano anche alcune pronunce, che vedono ricorrere la responsabilità dell'ente nel caso in cui la violazione delle regole cautelari poste a tutela della salute del lavoratore risulti essere stata commessa «allo scopo di ottenere un risparmio dei costi di gestione»¹⁶⁴. La più celebre di tali sentenze è quella che ha definito la tristemente nota vicenda dell'incendio, considerato doloso dalla Corte d'Assise, sviluppatosi nella sede torinese della *Thyssenkrupp*¹⁶⁵. In questo caso, la società è stata riconosciuta colpevole per l'illecito dipendente da omicidio colposo plurimo, conseguente all'omessa valutazione da parte dei rappresentanti della società dei rischi e alla mancata implementazione delle

¹⁶¹ Per un'approfondita critica si veda MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., pp. 96 ss., 131 ss.

¹⁶² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 74.

¹⁶³ AMATO, *Le interferenze tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, www.rivista231.it, 2012, 2, p. 28.

¹⁶⁴ Trib. Novara, 1 ottobre 2010, cit. In questo caso il Tribunale ravvede l'interesse e il vantaggio nel fatto che, grazie alla mancata adozione di indispensabili iniziative volte a prevenire il rischio degli infortuni, le società imputate avevano ridotto ed evitato i costi degli interventi strumentali necessari, avevano velocizzato i tempi e i ritmi del ciclo produttivo, avevano evitato i disagi organizzativi e l'utilizzo del tempo per lo svolgimento dell'attività di coordinamento e cooperazione, avevano ridotto i costi per la formazione e l'informazione del personale. Analogamente Trib. Trani, sez. Molfetta, 26 ottobre 2009-11 gennaio 2010, cit. Per una lucida analisi delle pronunce si veda ancora MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., pp. 91 ss.

¹⁶⁵ Corte d'Assise Torino, 14 novembre 2011, n. 31095, *Thyssenkrupp*.

precauzioni necessarie, sulla base del fatto che la mancata osservanza della normativa antinfortunistica ed antincendio, ritenuta dai giudici caratterizzata economicamente, aveva permesso all'ente di trarre vantaggio sotto il profilo del considerevole risparmio economico derivante dalla totale omissione di interventi di messa in sicurezza nello stabilimento.

Si ritiene che tale soluzione, in base alla quale l'omissione di comportamenti doverosi imposti da norme di natura cautelare – volte, nel caso di specie, a prevenire gli infortuni sul luogo di lavoro – «potrebbe tradursi in un contenimento dei costi aziendali, suscettibile di essere qualificato *ex post* come vantaggio»¹⁶⁶, sia quella da preferire. Tale interpretazione sembra, infatti, l'unica in grado di adattarsi senza forzature alla lettera della legge, che vede i due criteri come alternativi e da cui non può ricavarsi alcuna differenziazione di disciplina tra ipotesi di colpa cosciente e colpa incosciente, ma soprattutto, appare quella che meglio si adatta al 'secondo livello' del principio di personalità della responsabilità penale imposto dalla Costituzione. Ancorare la responsabilità della persona giuridica al solo fatto che la condotta colposa del soggetto qualificato si sia inserita nel contesto «dell'espletamento delle attività 'istituzionali' dell'ente di appartenenza»¹⁶⁷, ritenendo perciò che l'interesse e il vantaggio siano ravvisabili *in re ipsa* nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta causalmente connessa all'infortunio, significherebbe, infatti, introdurre una forma di automatica responsabilità per l'ente tale da integrare un'ipotesi di inammissibile responsabilità oggettiva.

Il criterio dell'interesse rischia di assumere contorni ancora più sfuggenti nel caso dei gruppi che, pur essendo composti da società giuridicamente autonome, «sono retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità

¹⁶⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 2007, 35, p. 41.

¹⁶⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 280.

gerarchica e influenza simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa»¹⁶⁸.

Nel «desolante silenzio»¹⁶⁹ del legislatore è stata la giurisprudenza a colmare il vuoto normativo, fissando le condizioni per estendere la responsabilità del reato commesso nell'ambito di una società controllata anche alla capogruppo. Tale apertura, avvertita come necessaria per evitare elusioni di disciplina perpetrate attraverso lo sfruttamento strumentale «della diversa soggettività degli enti che appartengono all'insieme»¹⁷⁰, permette di imputare la «società capogruppo che, nella realtà, dettano la regia delle azioni illecite attribuite ad una controllata».¹⁷¹

Più precisamente, si è fatto riferimento alla figura del c.d. interesse di gruppo per poter riconoscere la responsabilità della *holding*, almeno sul piano dei criteri di imputazione obiettiva, in tutti quelle ipotesi in cui un suo 'organo'¹⁷² abbia commesso, o concorso a commettere *ex artt.* 110 e 113 c.p.¹⁷³, un reato a beneficio di una o più società del gruppo.

Nella prima decisione rilevante sul tema¹⁷⁴, il giudice di prime cure tiene a precisare che l'interesse comune è ravvisabile solo nei casi in cui la capogruppo eserciti la medesima attività imprenditoriale delle controllate, seppure in via mediata, svolgendo su di esse un'attività di direzione e

¹⁶⁸ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 63.

¹⁶⁹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012, p. 48.

¹⁷⁰ PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi da reato'*, Torino, 2006, p. 49.

¹⁷¹ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., p. 63.

¹⁷² Da intendersi come quel soggetto che sia riconducibile, per la posizione che ricopre all'interno dell'unità organizzativa, ad una delle categorie designate dal primo comma dell'art. 5 idonee a fondare la responsabilità *de societate*.

¹⁷³ Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 24583, *Tosinvest*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, pp. 4236 ss.

¹⁷⁴ G.i.p., Trib. Milano, 20 settembre 2004-9 novembre 2004, *Ivri Holding s.p.a. e Cogefi s.p.a.*, cit.

coordinamento, e non anche quando il gruppo abbia al suo vertice una *holding* c.d. pura, che si limita a gestire le partecipazioni azionarie alle società figlie.

In sede di riesame il Tribunale¹⁷⁵, nel confermare il principio espresso dal G.i.p., definisce il contenuto della nozione di ‘interesse di gruppo’ osservando come esso si caratterizzi «per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte».

Concretamente però, i giudici hanno ravvisato l’interesse di gruppo nella mera «prospettiva della partecipazione agli utili» delle società controllate, offrendo come unico argine garantistico all’ampliamento dell’area di responsabilità della capogruppo l’esigenza di un «rapporto qualificato tra l’agente e l’ente, nella specie la posizione apicale di amministratore della controllante da parte di chi ha commesso il reato da cui dipende ‘l’illecito amministrativo’»¹⁷⁶.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato aspramente criticato da autorevole dottrina¹⁷⁷, attenta al rispetto dei principi di tassatività e di personalità della responsabilità penale.

Si è anzitutto denunciato un eccessivo ampliamento del concetto di interesse, tale da rendere il criterio assolutamente «etereo»¹⁷⁸. Sono parse inaccettabili le «generalizzazioni secondo cui ogni vantaggio patrimoniale conseguito dalle società operative è destinato inevitabilmente, in un modo o nell’altro, a riverberarsi sulla persona giuridica che detiene le partecipazioni

¹⁷⁵ Trib. Milano, sez. ries., ord. 20 dicembre 2004, Ivri *holding* s.p.a., in *Dir. prat. soc.*, 2005, 6, pp. 69 ss.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Si vedano in particolare SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d’imprese*, Milano, 2006, pp. 217 ss.; SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 1, pp. 7 ss. Si veda anche MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 115.

¹⁷⁸ Lo definisce così PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull’interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 1, p. 15.

azionarie di maggioranza»¹⁷⁹. Infatti, si è ritenuto che, poiché la ‘politica di gruppo’ si estrinseca in direttive non vincolanti, non si possa ravvisare, dal punto di vista normativo, alcun interesse di gruppo. Questo sarebbe nient’altro che «l’interesse delle società che lo compongono valutato nella più ampia prospettiva dinamica della loro appartenenza al gruppo»¹⁸⁰. In altre parole, per potersi ravvisare un interesse della capogruppo questo dovrebbe presentarsi come un beneficio (prospettato) di «diretta e immediata» derivazione dal reato¹⁸¹.

Pertanto, la necessaria sussistenza di un rapporto qualificato fra ente e reo è stata definita come un riparo «fragile e inidoneo a contenere la crescita della responsabilità all’interno del gruppo»¹⁸², che permette una troppo facile trasmigrazione della responsabilità all’interno delle organizzazioni.¹⁸³ In primo luogo, la forza del requisito potrebbe essere vanificata qualificando l’agente come ‘amministratore di fatto’ della capogruppo. In secondo luogo, si potrebbero agevolmente accusare le persone che dirigono la *holding* ricorrendo alle categorie dell’omesso impedimento del reato altrui *ex art. 40 cpv. c.p.* congiuntamente al concorso di persone mediante omissione *ex art. 110 c.p.*¹⁸⁴. In particolare, si critica come manchi, in capo alla controllante, qualsiasi obbligo giuridico di impedire l’evento e come la sola posizione di garanzia, certamente ravvisabile in capo agli amministratori della capogruppo, non sia da sola idonea a fondare la responsabilità.

¹⁷⁹ SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, *www.rivista231.it*, 2007, 4, p. 50.

¹⁸⁰ SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d’imprese*, cit., p. 40.

¹⁸¹ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, p. 200.

¹⁸² SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, cit., p. 9.

¹⁸³ Nello stesso senso anche MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 115.

¹⁸⁴ SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, cit., pp. 9 s.

In effetti, per evitare «semplificazioni che trascurino i dati della realtà»¹⁸⁵, sembra necessario ancorare la verifica del co-interesse a indici probatori oggettivi, quali la stipula di accordi negoziali duraturi¹⁸⁶, la presenza di partecipazioni qualificate nell'amministrazione¹⁸⁷ o rapporti finanziari, la sussistenza di un dominio occulto¹⁸⁸.

L'affermazione della responsabilità all'interno dei gruppi, se debitamente delineata e arginata, sembra comunque conciliarsi pienamente con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., non potendosi negare in taluni casi la rilevanza dell'effettivo e pregnante coinvolgimento della sfera di interessi di più società dello stesso gruppo nella commissione di un reato.

Si può a questo punto sostenere, dopo aver analizzato i due livelli del principio di personalità della responsabilità penale confrontandoli con la disciplina di cui all'art. 5 del decreto, che *societas delinquere potest*.

In effetti, si è visto come il rapporto di immedesimazione organica, ravvisabile quando ad aver commesso il reato sia stato un soggetto qualificabile come organo, congiuntamente alla previsione che l'illecito sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, renda il fatto di reato proprio della persona giuridica e riconducibile alla sua volontà sociale.

La struttura dell'illecito così delineata risolve perciò ogni problema circa la compatibilità dell'art. 5 del decreto con il primo comma dell'art. 27 Cost. Come la stessa Corte di Cassazione fa notare¹⁸⁹, proprio con riferimento alle questioni di legittimità costituzionale sollevate, «il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come

¹⁸⁵ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 50.

¹⁸⁶ Ad esempio *joint venture* e accordi di fornitura o di licenza.

¹⁸⁷ Si pensi ai consigli di amministrazione concatenati.

¹⁸⁸ PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, cit., pp. 11 ss.

¹⁸⁹ Cass. Pen., sez. VI, 18 febbraio-16 luglio 2010, n. 27735, in *Resp. Amm. Soc. enti*, www.rivista231.it, 2010, 4, pp. 164 ss.

‘proprio’ anche della persona giuridica: [...] la persona fisica che opera nell’ambito delle sue competenze societarie, nell’interesse dell’ente, 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».

Capitolo Terzo

LA 'COLPEVOLEZZA' DELL'ENTE

SOMMARIO: 1. La rimproverabilità delle persone fisiche. – 2. La possibilità di concepire una colpevolezza dell'ente. – 3. La soluzione legislativa: la 'colpa di organizzazione'. – 3.1. L'esenzione dalla responsabilità. – 3.1.1. I reati commessi dai soggetti apicali. – 3.1.2. I reati commessi dai soggetti sottoposti. – 3.2. I modelli di organizzazione e gestione (e controllo).

1. LA RIMPROVERABILITÀ DELLE PERSONE FISICHE

Il principio di personalità della responsabilità penale, come espressamente riconosciuto dalla Costituzione, non sembra esaurire la portata garantistica ispiratrice del nostro sistema penale, neppure alla luce dell'espansione del precetto ad opera della Consulta¹⁹⁰. La necessità che il fatto di reato, per potersi ascrivere ad un determinato soggetto, sia proprio di quest'ultimo e ad esso riconducibile in termini di coscienza e volontà, non sembra ancora sufficiente a legittimare l'assoggettamento dello stesso ad una pena criminale. Il finalismo rieducativo della pena, imposto dal terzo comma dell'art. 27 Cost., presuppone logicamente che il condannato riconosca la sanzione come 'non ingiusta', che abbia cioè la consapevolezza di essersi posto in una posizione di antagonismo rispetto all'ordinamento intero (e non solo nei confronti degli interessi tutelati dalla specifica norma violata)¹⁹¹. È dunque nel combinato disposto tra il primo e terzo comma del suddetto articolo che è possibile rinvenire il c.d. principio di colpevolezza, destinato ad operare in un momento successivo a quello di personalità della responsabilità. Se quest'ultimo attiene infatti alla riconducibilità del fatto all'autore in base a profili oggettivi e

¹⁹⁰ Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, I, 1988, pp. 1504 ss. e Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 1378 ss.

¹⁹¹ Cfr.: DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, pp. 177 ss.

soggettivi, il primo riguarda la ‘meritevolezza della pena’, postulando un insieme di presupposti che garantiscano un coinvolgimento personale del reo tale da permettergli di percepire l’assoggettamento alla pena criminale come «legittimo e utile»¹⁹². Abbandonata la ‘concezione psicologica’, che riduce la colpevolezza a mera «relazione psicologica fra fatto ed autore»¹⁹³ comprensiva dei principali criteri d’imputazione soggettiva, si sono fatte strada interpretazioni che, dando rilevanza alle «circostanze dell’agire»¹⁹⁴, affidano alla colpevolezza non solo una valenza, per così dire, strutturale (nel senso di elemento costitutivo quale presupposto della punibilità), ma soprattutto un ruolo primario nella gradazione della pena. Questa ‘concezione normativa’ e le teorie più recenti, risultano tutte impennate sul concetto di rimproverabilità per non aver agito diversamente ove possibile. Perché un fatto sia rimproverabile ad un soggetto dovranno perciò essere presenti, oltre alle componenti strutturali espressive del disvalore oggettivo e soggettivo, condizioni ulteriori¹⁹⁵. In tal senso, la nozione di colpevolezza presuppone la capacità di intendere e di volere, la conoscibilità del precetto penale e l’assenza di cause di discolta¹⁹⁶.

Il primo elemento della colpevolezza è l’imputabilità¹⁹⁷, definita laconicamente dall’art. 85 c.p. come capacità di intendere e di volere, che deve

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, p. 317.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 321.

¹⁹⁵ DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 176 s.

¹⁹⁶ Secondo alcuni autori sarebbe ricompresa nella colpevolezza anche la *suitas*, intesa come coscienza e volontà dell’azione od omissione e comprensiva dei criteri di imputazione soggettivi (dolo e colpa), cfr.: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 327; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, pp. 302 ss. Una siffatta impostazione rischia però di confondere i piani della responsabilità personale e della responsabilità colpevole. Così, tra gli altri, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 177 s.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, pp. 319 ss.

¹⁹⁷ Ritengono invece che l’imputabilità fondi un autonomo elemento del reato, attinente la punibilità, LEONE, *L’imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it.*, 1937, pp. 361 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 211 ss. Per ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, pp. 210 ss., 237 ss., 617 s., l’imputabilità non attiene agli elementi costitutivi bensì alla qualificazione soggettiva del reo.

necessariamente sussistere al momento della commissione del reato. Secondo l'insegnamento tradizionale può definirsi come capacità d'intendere l'attitudine a percepire la realtà esterna e i suoi mutamenti in maniera non distorta, mentre la capacità di volere, che presuppone la prima, deve intendersi come facoltà di controllare i propri impulsi secondo ragione e concezioni di valore¹⁹⁸. Appare allora evidente come tale «criterio minimo dell'attitudine ad autodeterminarsi»¹⁹⁹ sia strettamente collegato alla colpevolezza. Chi non sia in grado di cogliere il significato delle proprie azioni e delle loro conseguenze (capacità d'intendere) e di optare tra condotte e motivi antagonisti (capacità di volere) non potrà certamente essere oggetto di quel giudizio di disapprovazione e di quel rimprovero posti a fondamento della colpevolezza. Inoltre, sul piano della prevenzione, tanto speciale che generale, chi non sia totalmente padrone della propria coscienza e delle proprie azioni difficilmente potrà cogliere appieno la coazione psicologica della pena e la sua tendenza rieducativa.

Quanto al requisito della conoscibilità del precetto, sono da farsi alcune precisazioni. È difatti impensabile, in quanto limiterebbe la perseguibilità ai soli reati il cui disvalore è universalmente riconosciuto dalla 'morale comune' o ai soli reati commessi dai 'tecnici' del diritto, richiedere la piena conoscenza dell'illiceità penale. A ben vedere, però, anche la soluzione opposta non si rivela esente da critiche. L'art. 5 del codice penale, che accoglie il principio *ignorantia legis non excusat*, è stato per lungo tempo interpretato, complice la vocazione spiccatamente autoritaria di tutto l'impianto del codice Rocco, in senso estremamente rigido. Anche la Corte Costituzionale²⁰⁰, inizialmente, riteneva sufficiente a fondare la responsabilità penale la mera 'conoscibilità formale' della norma. Tale requisito risultava soddisfatto dalla pubblicazione della legge, con conseguenze soprattutto riguardo ai c.d. reati di pura

¹⁹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 335.

¹⁹⁹ Ivi, p. 330.

²⁰⁰ Corte Cost., 25 marzo 1975, n. 74, in *Foro it.*, 1975, I, pp. 1323 ss.

creazione legislativa, privi di un comune tessuto di disapprovazione sociale. Negli anni immediatamente successivi alla decisione appena citata si andò però cercando, soprattutto grazie alle spinte della dottrina²⁰¹, una lettura dell'art. 5 maggiormente conforme ai principi enunciati dall'art. 27 della Costituzione. Invero, il carattere personale della responsabilità, e la funzione rieducativa della pena impongono un legame più stringente tra reato ed autore, fondato sulla consapevolezza del disvalore penale. Da una parte, sotto il profilo della personalità, non può non darsi rilevanza alla mancata percezione, da parte del soggetto che si ritiene responsabile, della carica antigiusdittoria del fatto commesso; dall'altra, la funzione specialpreventiva positiva risulterebbe sterile nei confronti di chi, per l'inconoscibilità della norma, non percepisca di essersi posto, con le proprie azioni, in contrasto con l'ordinamento²⁰².

Chiaramente, richiedere addirittura l'effettiva conoscenza della rilevanza penale dei comportamenti, seppur coerente con la massima espressione del principio di colpevolezza, metterebbe a dura prova la tenuta dell'intero impianto penale, soprattutto rispetto all'attività probatoria. Il giusto compromesso tra principio di colpevolezza ed esigenze repressive, rappresentato dalla 'possibilità' di conoscenza dell'illiceità, è stato raggiunto definitivamente grazie alla sentenza costituzionale n. 364/1988²⁰³, che ha rivoluzionato l'interpretazione complessiva dell'art. 27 Cost.. Partendo dall'elaborazione dottrinale di ispirazione tedesca²⁰⁴, fondata sul doppio binomio «evitabilità-inescusabilità» e «inevitabilità-scusabilità» dell'ignoranza, la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 del codice penale, nella parte in cui non eccettuava dal principio dell'*ignorantia legis* l'ignoranza inevitabile e, come tale, scusabile. La Consulta ha così

²⁰¹ In tal senso cfr. BRICOLA, voce teoria generale del diritto, in Noviss. Dig. It., 1973, XIX, pp. 51 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 306 ss.

²⁰² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 398.

²⁰³ Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, pp. 1504 ss.

²⁰⁴ Il par. 17 del codice penale tedesco stabilisce espressamente la non sussistenza della colpevolezza quando all'autore manchi la consapevolezza di realizzare un illecito per errore inevitabile, e prevede altresì una diminuzione della pena in caso di errore evitabile.

evidenziato come la possibilità di muovere un rimprovero all'agente sia strettamente connessa alla possibilità per quest'ultimo di 'agire' diversamente. In particolare, la colpevolezza sarà presente tutte quelle volte in cui, in concreto, il soggetto avrebbe potuto evitare di restare nello stato di inconsapevolezza circa la norma incriminatrice.

In tal modo viene ristabilita la giusta compenetrazione tra fatto ed autore, risultando il rimprovero, su cui fonda il principio di colpevolezza, giustificato dalla consapevolezza del reo circa il disvalore del comportamento posto in essere. E anche laddove tale consapevolezza manchi si potrà recuperare la rimproverabilità del soggetto per non essersi adoperato a conoscere la norma.

Infine, altro presupposto inerente la colpevolezza è la mancanza di circostanze anormali, che rendano psicologicamente necessitata la condotta criminosa²⁰⁵.

La dottrina ha elaborato, come causa generale di esclusione della colpevolezza, la categoria della 'inesigibilità', ritenendo esente dal rimprovero l'agente che, viste le circostanze di fatto concrete, non avrebbe potuto agire altrimenti²⁰⁶. In realtà, il conflitto motivazionale che affligge il soggetto, presente nei casi di 'stato di necessità', 'coazione morale' e 'conflitto di doveri', mal si presta ad escludere totalmente la colpevolezza, almeno con riferimento ai delitti dolosi. Sarà perciò preferibile relegare queste circostanze anormali al ruolo di indici di gradazione della pena, riconoscendogli soltanto un ruolo di 'attenuante' del rimprovero²⁰⁷.

2. LA POSSIBILITÀ DI CONCEPIRE UNA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE

Enunciato il contenuto ed evidenziata l'importanza del principio di colpevolezza, si tratta ora di stabilire se, e in quale misura, la persona giuridica

²⁰⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 408.

²⁰⁶ Cfr.: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 311 ss.

²⁰⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 410 ss.

sia passibile di quel rimprovero necessario a legittimare una responsabilità penale.

Per lungo tempo il modello normativo predominante, quello rigorosamente antropocentrico²⁰⁸, ha imposto l'esclusione dai soggetti del sistema penale classico degli enti collettivi. Tale estromissione, che affonda le sue radici nelle teoria finzionistica di Savigny²⁰⁹, ritiene inconciliabile la responsabilità penale delle persone giuridiche con i pilastri della rimproverabilità, così come enucleati dalla concezione normativa. In tal senso risulta decisiva l'impostazione per cui un ente non possa, al contrario della persona fisica, essere titolare di una «libera autodeterminazione in grado di indirizzarlo verso il rispetto della legge oppure verso la violazione della medesima»²¹⁰. La *societas* sarebbe priva, in altre parole, di quella storia individuale²¹¹, di quella personalità strutturata²¹², che gli consenta di «percepire eticamente il carattere afflittivo del rimprovero penale»²¹³ e il reale significato, nonché le conseguenze, delle proprie azioni (il disvalore). Ciò che mancherebbe sarebbe perciò l'imputabilità, intesa come capacità di intendere e di volere che, come si è visto, è requisito primario per fondare il giudizio di rimproverabilità.

Viceversa, nell'ottica della teoria 'organicistica' si può però affermare che l'ente sia «un organismo vitale con una propria cultura, una propria tradizione, un proprio indirizzo strategico»²¹⁴, 'altro' rispetto a agli individui che «in un

²⁰⁸ CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, pp. 202 ss.

²⁰⁹ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888, p. 313.

²¹⁰ TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 484.

²¹¹ ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 58.

²¹² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 52.

²¹³ PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 574.

²¹⁴ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle Aziende*, in AA.VV., 'Societas puniri potest'. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 39.

dato tempo ne fanno parte a vario titolo»²¹⁵. Partendo da tale premessa, numerose teorie hanno cercato di creare un nuovo criterio di collegamento tra fatto ed autore, dovendosi ritenere superata l'attribuzione di responsabilità *par ricochet*. A ben vedere, infatti, il 'rimbalzo automatico' della responsabilità all'ente, per il solo fatto che il reato sia commesso dai suoi 'rappresentanti' 'per suo conto', ben si presta a fare salvo il principio di personalità nella sua duplice accezione (divieto di responsabilità oggettiva, intendendo l'ente come 'istigatore' del reato, e di responsabilità per fatto altrui), ma risulta del tutto inadeguato a soddisfare i presupposti su cui si fonda il giudizio di colpevolezza²¹⁶.

Ripercorrendo il lucido modello offerto da De Maglie²¹⁷ sarà possibile analizzare le varie formulazioni della *corporate culpability* che, a partire dal riferimento alla complessiva attività dell'ente, offrono una graduazione della 'riprovevolezza d'impresa'²¹⁸. Ragionando secondo le categorie del diritto penale classico, si avrebbero, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, forme di dolo nei primi due casi, di colpa negli altri.

Il primo modello prospettato esalta il ruolo della 'politica d'impresa'²¹⁹ come fattore decisivo nella determinazione a commettere il reato. Questo «è imputabile alla persona giuridica se è coerente, consequenziale a scelte politico-imprenditoriali che abbiano creato o aumentato la probabilità di realizzazione di comportamenti criminosi»²²⁰ all'interno della sua organizzazione. È il caso dell'impresa intrinsecamente illecita, in cui la

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, (1970), in *Scritti di diritto penale*, II, II, Milano, 1997, p. 2984.

²¹⁷ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pp. 355 ss. Cfr. anche: DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, pp. 75 ss.

²¹⁸ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 73.

²¹⁹ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 356 s.

²²⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 60.

realizzazione di attività delittuose è, se non addirittura fine ultimo, mezzo accettato dal *management* per la realizzazione dell'oggetto sociale²²¹.

La 'cultura d'impresa'²²² caratterizza la seconda opzione dello schema della colpevolezza proposto. Questa fa riferimento a quei reati, interni alla società, di origine 'ambientale'²²³, che possano ritenersi frutto della diffusa mentalità aziendale che sempre più frequentemente tende a considerare le possibili conseguenze dei reati come un 'costo d'azienda'²²⁴, ponendosi in una posizione antitetica rispetto alla puntuale osservanza dei precetti penali²²⁵.

La 'colpa di organizzazione'²²⁶ concentra l'attenzione, al contrario della 'politica' e della 'cultura' d'impresa che evidenziano le potenzialità criminali dell'ente, sulla potenzialità positiva dell'organizzazione societaria²²⁷. Essendo l'impresa in grado di organizzarsi e sviluppare processi decisionali e procedure in grado di neutralizzare il rischio criminale, gli si potrà muovere un rimprovero in tutti quei casi in cui non abbia predisposto un modello gestorio idoneo alla prevenzione dell'attività delittuosa.

Infine, la 'colpevolezza di reazione'²²⁸ ha la peculiarità di porre a fondamento del rimprovero non la condotta tenuta dall'ente precedentemente o durante la commissione del fatto, ma i comportamenti successivi. In altre parole, l'ascrizione della responsabilità dovrà fondarsi sull'accertamento delle contromisure prese per prevenire futuri reati ed eliminare od attenuare le conseguenze del crimine già commesso²²⁹.

In realtà, l'unica soluzione che si presti a fondare una colpevolezza dell'ente realmente originaria, autonoma e ontologicamente differente da

²²¹ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 73.

²²² DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 359 ss.

²²³ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 73.

²²⁴ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 78.

²²⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 62.

²²⁶ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 363 ss.

²²⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 63.

²²⁸ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 373 ss.

²²⁹ Cfr.: DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 78; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 75.

quella della persona fisica²³⁰, nonché coerente con tutti i principi costituzionali che interessano la materia penale, risulta essere la ‘colpa di organizzazione’, posta infatti, con qualche aggiustamento, a fondamento dell’intero d.lgs. 231/2001.

A ben vedere, se il riferimento alla ‘cultura d’impresa’ è perspicuo in quanto fenomeno empirico-criminologico, si dimostra tuttavia inadeguato a fungere da criterio d’imputazione soggettiva poiché, lungi dal richiedere il riscontro di circostanze esteriori o quantomeno esteriorizzate, si fonda essenzialmente su dati interiorizzati, attinenti all’inconscio, che realizzano un ‘clima’ di propensione all’illecito di difficile, se non impossibile, accertamento²³¹.

Neanche la costruzione di una colpevolezza che si concentri sulla ‘politica d’impresa’ risulta però esente da critiche. Il riferimento ad un generale ‘costume’, diffuso e reiterato, rischia infatti di presentarsi come ‘colpevolezza per la condotta di vita’, rinviando, sì, a modalità socialmente riprovevoli, ma senza accertarne la reale portata nella realizzazione del singolo reato²³². Risulta evidente come un siffatto criterio non soddisfi le esigenze garantistiche proprie dell’imputazione di reati²³³.

Infine, non convince neppure la *reactive corporate fault*. Invero, se da una parte questa permette di perseguire più agevolmente reati in cui la lesione proviene dalla reiterazione di più condotte diluite nel tempo, come i reati ambientali²³⁴, dall’altra, la configurazione di un dolo (o di una colpa) *post factum* appare difficilmente ipotizzabile²³⁵.

²³⁰ TRIPODI, “Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”, cit., p. 485.

²³¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 62.

²³² PATERNITI, *La colpevolezza di impresa. Note sull’imputazione soggettiva dell’illecito all’ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2013, 2, p. 56.

²³³ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 61.

²³⁴ MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 75, che evidenzia, nelle c.d. offese dinamiche, l’impraticabilità del ricorso all’immedesimazione organica (sterilizzabile attraverso la sostituzione del *management*) e della colpa di organizzazione (essendo vano il riferimento all’efficacia preventiva dei modelli organizzativi).

²³⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 78.

Il ricorso alla colpa di organizzazione comporta, invece, numerosi vantaggi. Non solo, infatti, permette di muovere un rimprovero per non aver predisposto, attraverso i c.d. modelli organizzativi, tutte le misure necessarie a disposizione per prevenire i reati, ma genera riflessi positivi sul piano empirico-criminologico. Innanzitutto, il ricorso ai *compliance programs* permette di intervenire in una fase ancora embrionale della realizzazione delittuosa e di realizzare una ‘cultura della legalità’ volta ad individuare e neutralizzare il rischio criminale. Inoltre, l’efficace ‘collaborazione’ con l’ordinamento giuridico permette all’ente di andare esente da responsabilità ed evitare, in quasi tutti i casi²³⁶, le conseguenze sanzionatorie²³⁷.

Il sistema di imputazione così concepito, avendo riguardo all’organizzazione complessiva, riconduce cioè l’imputazione ad un rimprovero per lo scorretto esercizio del potere gestorio di cui l’ente gode.

3. LA SOLUZIONE LEGISLATIVA: LA ‘COLPA DI ORGANIZZAZIONE’

Come anticipato, il legislatore del decreto ha optato per una costruzione della colpevolezza intorno al concetto di ‘colpa di organizzazione’. Acquisisce rilevanza, ai fini della responsabilità della persona giuridica, l’adozione (preventiva ma anche successiva)²³⁸ di modelli di organizzazione e di gestione specificamente calibrati sul rischio-reato²³⁹, nel senso cioè che devono essere idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Detto altrimenti, perché si possa ascrivere alla persona giuridica il reato commesso all’interno

²³⁶ L’ultimo comma dell’art. 6 fa salva, nel caso di reati commessi dai soggetti apicali, la confisca del profitto che l’ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.

²³⁷ MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 75.

²³⁸ L’impostazione di fondo della ‘colpa di reazione’ non sembra del tutto abbandonata dal decreto, almeno sul piano sanzionatorio. Si prevede difatti la riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12, comma 2, lett. b) e la non applicazione delle misure interdittive (art. 17 lett. b) nei casi in cui l’ente abbia eliminato il deficit strutturale in un momento successivo al fenomeno delittuoso, concorrendo a prevenire altri reati della stesse specie di quello commesso.

²³⁹ CORI, *La colpa dell’organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in *Scritti di diritto penale dell’economia*, Torino, 2007, p. 243.

della sua compagine organizzativa, si dovrà accertare che questa non si sia dotata di convincenti *compliance programs*, divenendo essi stessi, o meglio la loro adeguatezza, criterio di imputazione.

È attraverso tale nuovo presupposto della responsabilità che si sono volute superare tutte quelle obiezioni legate all'incapacità di colpevolezza dell'ente. Come la stessa relazione al decreto evidenzia²⁴⁰ la scelta di ancorare il rimprovero alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di standard organizzativi doverosi permette di creare un collegamento pregnante tra *societas* e reato, ipotizzando una vera e propria *voluntas societatis*²⁴¹, espressiva della 'personalità' dell'ente. Il rimprovero si giustifica cioè alla luce della complessiva attività del soggetto collettivo, risultando la sottoposizione alla pena legittima ed utile²⁴² ogniqualvolta l'ente non abbia fatto quanto possibile a prevenire la commissione di illeciti al proprio interno (e privilegiando le 'potenzialità positive' delle attuali imprese ci si rende conto della vasta gamma di strumenti a disposizione).

Questo concetto «ipernormativo ed oggettivizzato di colpevolezza»²⁴³, strutturato intorno ad un deficit organizzativo, sembra parametrarsi attorno ad un dovere di diligenza, tipica espressione dei reati colposi²⁴⁴. Il riferimento a obblighi di diligenza e cautelari sembra perciò fornire la chiave di lettura più adatta a fondare il rimprovero nei confronti dell'ente, nell'ottica del principio di affidamento²⁴⁵. In base ad esso «ciascuno può normalmente confidare sul fatto che gli altri membri della collettività con i quali entri in contatto si comportino in modo corretto, osservando cioè gli obblighi di diligenza di cui

²⁴⁰ Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica", su www.confindustria.it, § 3.3.

²⁴¹ CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 243.

²⁴² Cfr.: DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 177.

²⁴³ CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 241.

²⁴⁴ MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel reato colposo*, Milano, 1997, p. 3.

²⁴⁵ TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 492. Soluzione accolta anche da CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 241.

sono rispettivamente destinatari, fino a quando non sussistano indizi concreti che rendano riconoscibile il contrario; in tale ultima evenienza, l'originario affidamento del primo deve viceversa lasciare il posto ad un dovere di adeguare la propria condotta al fine di neutralizzare i pericoli derivanti dall'altrui inosservanza, pena una responsabilità, in concorso con l'autore di quest'ultima, in ordine alle conseguenze che da detta, riconoscibile negligenza sono scaturite»²⁴⁶. Adeguando l'insegnamento di Mantovani alle persone giuridiche si può sostenere che l'ente che si sia diligentemente organizzato sia legittimato a fare affidamento sull'altrettanto diligente operare delle persone fisiche incardinate a vario titolo nella sua struttura; viceversa, quando non abbia diligentemente provveduto a dotarsi di modelli di gestione e controllo, esso stesso si preclude tale possibilità di affidamento²⁴⁷.

La 'colpa di organizzazione' compendia dunque la censura, la riprovazione, il giudizio di disvalore, necessari a fondare la colpevolezza costituzionalmente intesa, avendo altresì il merito di fondare una responsabilità della persona giuridica del tutto autonoma rispetto a quella della persona fisica²⁴⁸.

Utilizzando termini e concetti del diritto penale 'classico' si può sostenere che il deficit organizzativo, consistente in un modello di organizzazione inefficace ed inidoneo alla prevenzione, assuma la forma di un contributo causale riconducibile a colpa, almeno nel senso di aumento del rischio, alla realizzazione del reato da parte di soggetti determinati. È tale agevolazione colposa, dovuta alla negligenza della *societas*, a permettere di fondare un'autonoma responsabilità penale degli enti, che dipende dal reato commesso dalla persona fisica ma è svincolata dal suo accertamento²⁴⁹.

²⁴⁶ MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel reato colposo*, cit., p. 4.

²⁴⁷ TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 492 s.

²⁴⁸ PATERNITI, *La colpevolezza di impresa*, cit., p. 56.

²⁴⁹ CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 251.

3.1.L'ESENZIONE DALLA RESPONSABILITÀ

L'enunciazione dei criteri d'imputazione soggettivi, espressione della 'colpa in organizzazione', avviene, nell'impianto del decreto legislativo 8 giugno 2001 n.231, attraverso una tecnica legislativa peculiare. Si tratta, infatti, di una nozione di colpevolezza costruita negativamente²⁵⁰, in termini di esenzione della responsabilità in presenza della prova di taluni elementi, opportunamente differenziati a seconda che il reato sia commesso da soggetti 'apicali' ovvero 'subordinati', volti ad escludere un ruolo agevolativo della società alla commissione del fatto criminoso.

Senza entrare troppo nello specifico, l'art. 6 prevede che, nel caso di reato commesso dagli apicali, l'ente debba provare: l'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione dei reati, la predisposizione di un organismo di vigilanza deputato al controllo dell'efficacia e dell'efficienza dei modelli di cui sopra, che nel caso concreto non abbia omesso o prestato insufficiente vigilanza, ed infine la circostanza che l'autore del reato abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli preventivi (siamo dunque di fronte ad un'inversione dell'onere della prova, giustificabile nei termini che si vedranno più avanti). Ne risultano perciò quattro requisiti inerenti, i primi, alla 'vita anteatta' dell'ente e al suo impegno in senso preventivo, mentre gli ultimi riferiti piuttosto al contesto strettamente collegato alla commissione, nel concreto, del reato²⁵¹.

Nel caso di reato commesso da soggetti sottoposti, l'art. 7 prescrive la responsabilità dell'ente nei casi in cui l'inosservanza degli obblighi di

²⁵⁰ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 107. L'autore parla però di «paradigma di colpevolezza [...] costruito negativamente» solo con riferimento al vertice societario. Si ritiene, bensì, che anche l'art. 7 del d.lgs., per lessico e struttura, possa essere letto come espressivo di condizioni di esclusione della responsabilità.

²⁵¹ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 323.

direzione o vigilanza abbia reso possibile il crimine, chiarendo che tali obblighi si intendono adempiuti in presenza di efficaci modelli preventivi.

Non si deve trascurare come il legislatore delegato si sia scostato, sul primo punto, dalle prescrizioni della legge delega 300/2000. Questa prevedeva infatti, all'art. 11, comma 1, lett. e), la responsabilità della *societas* in tutti i casi di reati commessi, nel suo interesse o vantaggio, «da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione ovvero da chi esercita, anche di fatto i poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate». Limitatamente a tale ultima ipotesi, riguardante cioè i soli soggetti c.d. subordinati, la legge parlamentare circoscriveva la colpevolezza dell'ente alle ipotesi in cui la commissione del reato fosse resa possibile «dall'inosservanza degli obblighi» di direzione e vigilanza. Nessun altro criterio, se non quello oggettivo dell'interesse o vantaggio, era però contemplato con riferimento agli 'apici' societari²⁵².

A ben vedere, la previsione di un articolato sistema d'esonero per i reati commessi dai vertici, nonostante possa apparire come un eccesso di delega (peraltro in senso garantistico, limitando l'area del punibile mediante l'introduzione di criteri più stringenti di quelli richiesti dal delegante), assolve una duplice funzione. In primo luogo, sul piano della colpevolezza stessa, evita un'ascrizione del reato priva della rimproverabilità perché basata esclusivamente su criteri oggettivi²⁵³. Dall'altra parte, la previsione di una 'scappatoia' dalla responsabilità risponde ad esigenze preventive, sollecitando l'ente a parametrarsi agli standard di legge nell'adozione di modelli

²⁵² Cfr.: DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 167; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2318.

²⁵³ CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 251.

organizzativi idonei ad evitare la commissione di reati da parte dei soggetti partecipanti alla sua attività²⁵⁴.

3.1.1. I reati commessi dai soggetti apicali

L'art. 6 del decreto legislativo espone i criteri che permettono di riconoscere, o meglio di escludere, la responsabilità dell'ente collettivo in ordine ai reati commessi dai vertici societari.

Come già accennato, la l. 300/2000, nel delegare la creazione di un sistema punitivo per i reati commessi all'interno della compagine aziendale, non richiedeva un criterio aggiuntivo a quello oggettivo (dell'interesse o vantaggio) nel caso dei reati commessi dai soggetti in posizione apicale. Tale impostazione si spiega in virtù della particolare posizione ricoperta dal reo, che permetterebbe la piena operatività della teoria dell'identificazione²⁵⁵, potendosi riconoscere nel vertice aziendale la *longa manus* e l'incarnazione della strategia dell'ente stesso²⁵⁶. Così, vi sarebbe piena ed automatica *traslatio* della colpevolezza dalla persona fisica all'ente, secondo un modello di ascrizione della responsabilità *par ricochet*²⁵⁷, con l'ulteriore conseguenza di una responsabilità incontrovertibilmente dolosa, affatto legata a deficit organizzativi²⁵⁸.

D'altronde, ragionando in termini di mancato o insufficiente controllo, si giungerebbe al paradosso per cui, se il vertice «controllando-controllore»²⁵⁹,

²⁵⁴ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 427 s.; CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 251.

²⁵⁵ TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione"*, cit., p. 500.

²⁵⁶ PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., p. 589.

²⁵⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 167 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, p. 847.

²⁵⁸ TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione"*, cit., p. 501.

²⁵⁹ CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 213.

su cui ricade l'obbligo di vigilanza, dovesse commettere un reato, la società 'controllata' risponderebbe a sua volta per omesso controllo sul controllore²⁶⁰.

Tuttavia, la stessa Relazione al decreto chiarisce come la scelta di discostarsi sul punto dalla legge delega sia stata dettata dalla valutazione empirica della situazione societaria attuale, caratterizzata da una gestione di tipo 'orizzontale'. Infatti, potrebbe sembrare artificioso creare un diaframma che separi la società dall'operato dei soggetti apicali, visto che questi dovrebbero incarnare la strategia societaria, ma la frammentazione dei centri decisionali, cui consegue un management non sempre rappresentativo della *societas*, obbliga a imporre criteri soggettivi di ascrizione della responsabilità anche per i reati commessi dai vertici, non potendosi altrimenti muovere un rimprovero di colpevolezza²⁶¹. Bisogna, in effetti, prendere atto del fenomeno di 'dissociazione'²⁶² cui si assiste nelle moderne aziende in cui, non sempre, la volontà dell'ente si può identificare con quella espressa dai vertici.

In realtà, i problemi legati alla polverizzazione delle decisioni societarie potevano essere risolti altrimenti, riconducendo cioè i manager di base orizzontale al novero dei soggetti sottoposti all'altrui direzione, rendendoli così soggetti 'controllati' a tutti gli effetti, ed evitando *a priori* di incorrere nel precedentemente enunciato paradosso del 'controllando-controllore'²⁶³.

Comunque, l'art. 6 richiede di provare e documentare proprio tale dissociazione dall'operato degli apicali, prescrivendo un'organizzazione complessiva ed un comportamento che dimostrino come il reato sia stato commesso in totale dispregio dalla virtuosa politica d'impresa e come il dolo del vertice non sia proprio anche dell'ente²⁶⁴. In questo senso si spiega, e viene

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo, cit., § 3.4.

²⁶² TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 503.

²⁶³ CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 212 s. Si anticipa come il decreto, almeno apparentemente, risolva la questione prevedendo la creazione di un autonomo organismo 'controllore' composto da soggetti estranei all'amministrazione.

²⁶⁴ TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 503.

resa accettabile, l'inversione *dell'onus probandi* che caratterizza la disposizione in esame²⁶⁵.

Ciò premesso, occorre passare in rassegna proprio gli elementi che l'ente è tenuto a provare per non rispondere del reato commesso dai soggetti apicali. Il primo comma dell'articolo in commento prescrive quattro requisiti distinguibili, come accennato in precedenza, sul piano temporale, a seconda che si riferiscano a misure *ante delictum* (art. 6, co. 1, lett. *a*) e *b*)) ovvero siano inerenti e concomitanti alla determinata vicenda criminosa (art. 6, co. 1, lett. *c*) e *d*))²⁶⁶.

Per quanto riguarda gli elementi riferibili alla 'vita anteatta' della *societas*, tralasciando per il momento la trattazione relativa ai modelli organizzativi, ci si deve soffermare sull'organismo di vigilanza (OdV).

Questo, interno all'ente e dotato di «autonomi poteri di iniziativa e di controllo», è tenuto, a norma dell'art. 6, primo comma, lett. *b*), a vigilare in maniera continuativa sull'attuazione del modello (c.d. attività di *follow-up*) e a curarne gli aggiornamenti.

Tuttavia, la laconicità della norma introduce molteplici incertezze circa la costituzione e il funzionamento di tale organo. E la situazione non sembra migliorata neppure in seguito all'introduzione, nell'art. 6, del comma 4-*bis*, in cui il legislatore ha specificato che nelle società di capitali le funzioni dell'organismo di vigilanza possono essere svolte dal collegio sindacale ovvero, nei sistemi dualistico e monistico, rispettivamente, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo sulla gestione (art. 6, comma 4-*bis*, introdotto dall'art. 14 l. 12 novembre 2011, n. 183)²⁶⁷.

²⁶⁵ Così anche CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva*, cit., pp. 251 s.

²⁶⁶ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit, p. 323.

²⁶⁷ ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2012, 3, pp. 192 s.

A ben vedere, l'assenza di più analitiche indicazioni legislative sembrerebbe una scelta consapevole del legislatore, volta a permettere di adattare il modello dell'OdV alle specifiche esigenze e al grado di complessità strutturale dell'ente²⁶⁸. In effetti, tale sensibilità alla molteplicità di forme assumibili dai soggetti destinatari del decreto, sembra ribadita anche dalla previsione contenuta nel quarto comma dell'art. 6, ove si consente agli organi di piccole dimensioni di rimettere all'organo dirigente le funzioni proprie dell'OdV.

Il primo nodo che gli interpreti si sono trovati a dover sciogliere, all'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, riguarda l'opportunità di attribuire le funzioni di OdV a strutture già esistenti all'interno dell'ente ovvero ad un organismo creato *ad hoc*. Quest'ultima soluzione porta con sé una serie di complicazioni ulteriori circa la nomina e la composizione del nuovo organismo.

Quanto alla nomina del nuovo organismo, si profilano due orientamenti. Alcuni autori²⁶⁹ ritengono preferibile che a provvedervi sia l'assemblea dei soci, addirittura in sede (e pertanto con le garanzie) di modifica statutaria²⁷⁰, e ciò sia in ragione del genuino interesse dei soci a che non vengano commessi reati ascrivibili alla persona fisica²⁷¹, sia per evitare che a nominare il controllore siano proprio i soggetti su cui più marcatamente ricadono gli obblighi di controllo dell'organismo²⁷².

Tuttavia, è maggiormente consolidata la prassi²⁷³ di affidare il potere di nomina dell'OdV all'organo di amministrazione, in quanto soggetto deputato ad assumere le misure concrete volte alla prevenzione del reato.

²⁶⁸ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 112.

²⁶⁹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 183; PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 87.

²⁷⁰ NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 303.

²⁷¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 183.

²⁷² Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 114.

Per quanto riguarda la composizione dell'organo, questo potrebbe essere costituito in forma collegiale o monocratica ed essere composto tanto da soggetti esterni alla compagine aziendale quanto da intranei.

Rispetto alla prima coppia di alternative²⁷⁴, dovrà porsi a base della scelta la dimensione della società, in relazione alla sua articolazione, al fatturato, al rischio²⁷⁵. Fondandosi sulle peculiari esigenze concrete, dunque, «in enti di dimensioni medio-grandi la forma collegiale si impone»²⁷⁶.

Anche con riguardo alla provenienza dei membri dell'OdV sono state prospettate più opzioni. Se l'attribuzione delle funzioni di controllo a soggetti interni comporta l'innegabile vantaggio di un'approfondita conoscenza della società e delle sue problematiche, di contro, essa rischia di minare l'indipendenza dell'organo. Viceversa, la decisione di nominare esclusivamente membri esterni, preferita dalla giurisprudenza²⁷⁷, può portare a difficoltà operative dovute alla scarsa conoscenza del tessuto societario²⁷⁸. Più

²⁷³ Come emerge dallo studio empirico svolto da Mereu (MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 93, nt. 222) sui modelli organizzativi delle più importanti aziende italiane: ENEL S.p.A., *Modello di organizzazione e gestione ex Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, 2002, in www.enel.it; ENI S.p.A., *Principi del modello 231*, 2004, in www.eni.it; GRUPPO MONDADORI S.p.A., *Modello di Organizzazione di Gestione e di Controllo*, 2004, in www.mondadori.com/ame/it/corporate/modello.html.

²⁷⁴ Non sono poche le aziende italiane, anche di notevoli dimensioni che, almeno inizialmente, hanno optato per la composizione monocratica. Si riporta il breve *excursus* di ABRIANI – GIUNTA (*L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 212 s.): «Il caso più eclatante è quello di Fiat S.p.A., che aveva individuato l'OdV nel responsabile dei controlli interni e del servizio di *internal audit*. Significativo, però, è il ripensamento di importanti imprese italiane, le quali, pur avendo optato originariamente per l'organo monocratico, hanno deciso poi di ampliare il numero di membri. Si pensi a Poste Italiane, che in un primo tempo faceva coincidere l'OdV con il responsabile dell'*internal audit* e successivamente, anche in base all'indirizzo assunto da altre imprese caratterizzate da notevole complessità organizzativo-dimensionale, ha modificato la composizione da monocratica a collegiale, con la nomina di tre membri esterni. Lo stesso percorso è stato compiuto da Enel S.p.A. che originariamente aveva optato per un organo monocratico, mentre adesso il Modello Organizzativo prevede una composizione variabile dell'Organismo con un numero non inferiore a tre e non superiore a cinque»

²⁷⁵ ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 214.

²⁷⁶ Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2806.

²⁷⁷ Ivi, p. 2807.

²⁷⁸ PIERGALLINI, *I Modelli Organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Milano 2010, p. 168.

opportuno sembra, dunque, dare vita ad un organismo di vigilanza a composizione mista²⁷⁹, allo scopo di contemperare l'obiettivo della imparzialità con l'agevolazione dei flussi informativi²⁸⁰.

A proposito della possibilità di delegare le funzioni dell'OdV a strutture aziendali od organi sociali già esistenti, che operino trasversalmente rispetto alle attività aziendali ed abbiano accesso alle informazioni²⁸¹, tre sono stati i soggetti individuati come 'papabili'.

Innanzitutto si è ritenuto (e la soluzione è stata accolta da aziende di rilievo nazionale, quali Fiat S.p.A. e Poste Italiane, a ridosso dell'entrata in vigore del decreto) che la funzione di controllo potesse essere affidata all'organo preposto alla revisione interna (*Internal Auditing*). Secondo altri²⁸², più adatto in quanto già deputato a svolgere funzioni assimilabili a quelle dell'organismo richiesto dal d.lgs. 231/2001, e dotato di autonomia e indipendenza, sarebbe il Comitato per il controllo interno (oggi 'comitato controlli e rischi')²⁸³. Questa

²⁷⁹ Sostengono i Proff. Abriani e Giunta (ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 214) che il risultato ottimale si raggiungerebbe affidando la presidenza dell'OdV ad un membro esterno.

²⁸⁰ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 114.

²⁸¹ In particolare BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle Aziende*, cit., pp. 59 ss., che insiste sulla opportunità che il soggetto sia, oltre che interno all'azienda, diverso dai controllati e istituito ad hoc e permanentemente.

²⁸² BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, pp. 56 ss.

RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I Modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, p. 1302.

²⁸³ Come si legge in Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2008, p. 41: «Il Comitato, infatti, presiede al sistema di controlli interni dell'impresa in quanto: assiste il Consiglio di Amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; valuta il piano di lavoro preparato dai preposti al controllo interno e riceve le relazioni periodiche degli stessi; valuta, unitamente ai responsabili amministrativi della società ed ai revisori, l'adeguatezza dei principi contabili utilizzati e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella lettera di suggerimenti; riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale, sull'attività svolta e sulla adeguatezza del sistema di controllo interno; svolge gli ulteriori compiti che gli

opinione non ha però convinto la dottrina maggioritaria²⁸⁴, che ha fatto notare come il fatto che il Comitato sia composto da amministratori non esecutivi non toglie che, partecipando alle deliberazioni del CdA, sempre di amministratori si tratti. Di conseguenza si riproporrebbe quella commistione di ruoli già criticata riguardo alla nomina da parte dell'organo di gestione.

Infine, è stata sostenuta la possibilità di far coincidere l'OdV con il collegio sindacale²⁸⁵. Confindustria tuttavia, appoggiata da larga parte della dottrina²⁸⁶, sconsigliava tale scelta, ritenuta inopportuna sotto più profili. Il collegio sindacale infatti (e il discorso deve estendersi anche al consiglio di sorveglianza del sistema dualistico e al comitato per il controllo della gestione di quello monistico), non disporrebbe di quegli autonomi poteri di iniziativa e controllo, necessari all'OdV, né sarebbe in grado di garantire la continuità d'azione richiesta, di contro, per l'OdV. Inoltre, si rilevava che una siffatta scelta avrebbe comunque creato il rischio di sovrapposizione tra ruoli e controlli che devono invece rimanere distinti (si pensi alla materia dei reati societari)²⁸⁷.

Ebbene, con buona pace per quanto prospettato dalla più rappresentativa associazione di categoria, è stato introdotto (con l'art. 14 della l. 12 novembre 2011, n. 183) nell'art. 6 un comma 4-bis, in cui il legislatore specifica che «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza».

vengono attribuiti dal consiglio di amministrazione, particolarmente in riferimento ai rapporti con la società di revisione».

²⁸⁴ Così PIERGALLINI, *I Modelli Organizzativi*, cit., p. 172; BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle Aziende*, cit., p. 60.

²⁸⁵ Sostenuta da RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I Modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, p. 1302; Confindustria, *Linee Guida*, cit., pp. 34 ss.

²⁸⁶ Uno tra tutti PIERGALLINI, *societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 593.

²⁸⁷ Confindustria, *Linee Guida*, cit., pp. 34 ss.

Ovviamente, il legislatore ha voluto soltanto offrire una possibilità alle società, le quali potranno (e dovranno) valutare se, nella loro situazione concreta, in relazione soprattutto all'area di rischio, non sia preferibile evitare di lasciare in mano ai sindaci le funzioni di controllo sull'attuazione dei Modelli²⁸⁸.

In ogni caso, qualunque configurazione si dia all'organismo di vigilanza, è unanimemente riconosciuto che esso debba, sul piano soggettivo, essere composto da soggetti in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità e, sul piano oggettivo, garantire indipendenza, autonomia e continuità d'azione.

Brevemente, per professionalità si intende il possesso di «tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandato»²⁸⁹. Si richiede dunque²⁹⁰, da un lato, una conoscenza dell'attività «*lato sensu* ispettiva o comunque di analisi dei sistemi di controllo»²⁹¹, dall'altro, una preparazione giuridico-penalistica. Quanto all'onorabilità, la giurisprudenza si è assestata su una posizione di maggior rigore rispetto a quanto previsto dalla generale normativa societaria, ad esempio censurando una previsione d'ineleggibilità operante solo al passaggio in giudicato della sentenza di condanna²⁹². Quanto ai requisiti oggettivi, l'indipendenza «attiene alla libertà di autodeterminazione dell'Organismo di Vigilanza vista nella prospettiva della relazione psicologico-intellettuale con il

²⁸⁸ Come fanno notare ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 214, il controllo offerto dal collegio sindacale risulta più idoneo a coprire l'area di rischio dei reati connessi al settore finanziario, bancario e assicurativo, che non a quello industriale.

²⁸⁹ Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in *Dir. Prat. Soc.*, 2008, 4, pp. 71 ss.

²⁹⁰ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 36.

²⁹¹ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2316.

²⁹² In questo senso: Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 10, pp. 528 ss., che paventa la nomina «quale membro dell'Organo di Vigilanza [di] un soggetto condannato - seppure con sentenza non irrevocabile - per corruzione, truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero [di] un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile per fatti corruttivi» e Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.

soggetto sottoposto a controllo»²⁹³, e si sostanzia nella necessaria assenza di conflitto d'interesse²⁹⁴. Pertanto, «l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche»²⁹⁵. Diverso, seppur imprescindibile dall'indipendenza è l'elemento dell'autonomia, decisionale e d'azione, cui sono prodromiche la più ampia discrezionalità tecnica, l'attribuzione di appropriati poteri e l'assegnazione di un *budget* adeguato²⁹⁶. Infine, si richiede che la struttura si dedichi all'attività di vigilanza in maniera esclusiva, continuativa e permanente.

Sono, invece, puntualmente enunciati dalla norma i compiti attribuiti all'organismo. L'obbligo di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione, strettamente collegato al requisito della loro 'efficace attuazione', si estrinseca in una serie di attività tecnico-valutative, attraverso le quali monitorare costantemente l'attività dei soggetti apicali in relazione alle norme codificate nei Modelli²⁹⁷. Più problematica l'esatta definizione del compito di curare l'aggiornamento dei modelli, posto che la lett. a) dello stesso comma attribuisce il compito primario di adottarli all'organo di gestione²⁹⁸. La 'sfasatura' deve attribuirsi al fatto che principali responsabili dell'attuazione del modello restano gli amministratori, e deve pertanto ritenersi che all'OdV spetti un «potere d'impulso»²⁹⁹. In altre parole,

²⁹³ VERNERO – DE SANCTIS, *Il collegio sindacale quale organismo di vigilanza: la ridefinizione legislativa dei requisiti di indipendenza, professionalità, continuità di azione*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2013, 2, p. 147.

²⁹⁴ Nel senso di una diversa gradazione del requisito dell'indipendenza, a seconda che si tratti di membro esterno ovvero interno alla società, si veda ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., pp. 208 s.

²⁹⁵ Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 2807.

²⁹⁶ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p.39.

²⁹⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 183.

²⁹⁸ Ivi, p. 184.

²⁹⁹ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2316.

all'organismo deve riconoscersi un «potere di proposta», mentre sarà il *management* a realizzare in concreto l'aggiornamento³⁰⁰.

Ad ogni modo, perché possa svolgere i suoi compiti, l'organismo di vigilanza deve godere di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Dalla concretizzazione di tale disposizione, affidata alle associazioni di categoria e ai singoli enti, è derivata la previsione di importanti poteri interlocutori e di richiesta e acquisizione di documenti, senza vincoli di subordinazione gerarchica rispetto ai vertici societari, nonché della facoltà di proporre sanzioni a carico di soggetti che non si siano attenuti alle prescrizioni del modello³⁰¹.

Tuttavia, il sistema che emerge dal dettato normativo e dalla prassi applicativa non convince, almeno in relazione alle imprese di piccole e medie dimensioni, assolute protagoniste del panorama societario ed economico italiano. Lo stesso art. 6, al quarto comma, prevede la possibilità, per le imprese di piccole dimensioni, di affidare all'organo dirigente le funzioni dell'organismo di vigilanza. In questo modo, si addivene ad una sostanziale rinuncia ai requisiti di autonomia ed indipendenza dell'OdV³⁰², venendo meno il necessario dualismo fra controllore e controllato³⁰³.

Una prima soluzione 'creativa' ipotizzabile potrebbe essere quella di dar vita ad un organismo composto dai soci o da un comitato di soci³⁰⁴. Peraltro, la previsione degli ampi poteri di controllo di cui all'art. 2476 c.c., il cui impedimento da parte degli amministratori è sanzionato come illecito amministrativo o penale ex art. 2625 c.c., rende l'opzione efficacemente attuabile. E non convince l'obiezione che vede nell'affidamento all'assemblea

³⁰⁰ Cfr. Confindustria, *Linee Guida*, cit. p. 26.

³⁰¹ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2316.

³⁰² DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 1, p. 68.

³⁰³ BORTOLOTTI – DE SANCTIS, *Modello organizzativo e piccole imprese: quale realtà?*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2010, 2, p. 90.

³⁰⁴ DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, cit., p. 71.

il tramonto del requisito della professionalità. A ben vedere si potrebbe ricorrere a professionalità esterne per controlli specifici e, soprattutto, per valutare in concreto il rischio di commissione di reati³⁰⁵.

Certo, tale possibilità non sarebbe risolutiva in tutti quei casi in cui soci e amministratori coincidano perfettamente³⁰⁶.

Del tutto insoddisfacente, invece, sarebbe l'affidamento delle funzioni di OdV ai membri del collegio sindacale. Al di là della rarità di piccole imprese dotate di un collegio sindacale, vista la scarsità di PMI organizzate in forma di società per azioni, si verrebbe a creare un conflitto di interessi ulteriore fra possibile autore del reato (il sindaco) e soggetto deputato al controllo³⁰⁷.

Potrebbe allora crearsi un Organismo di Vigilanza monocratico, composto da un professionista esterno, che goda di risorse sufficienti a fornire la continuità di azione, e che garantisca il requisito della professionalità ricorrendo a consulenze esterne³⁰⁸. In tal maniera si giungerebbe altresì ad una mappatura del rischio criminale estremamente precisa, arginando l'espansione dei reati-presupposto attraverso una maggiore e più versatile specializzazione delle consulenze.

Altri problemi applicativi sono sorti riguardo alla configurazione dell'organismo di vigilanza (o meglio, degli organismi di vigilanza) in società appartenenti ad un gruppo. Se, da un lato, è fuori discussione che ciascuna società del gruppo debba dotarsi di un proprio OdV³⁰⁹, essendo ogni ente un distinto soggetto giuridico, dall'altro, è ancora dibattuto se i vari organismi possano coincidere in quanto a composizione. Si pensi al caso dell'OdV della *holding* composto dagli stessi soggetti che compongono i singoli organi monocratici nelle controllate, è evidente come una siffatta organizzazione non

³⁰⁵ Ivi, p. 72.

³⁰⁶ BORTOLOTTI – DE SANCTIS, *Modello organizzativo e piccole imprese: quale realtà?*, cit., p. 90.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006, pp. 282 ss.

garantisca l'autonomia³¹⁰ degli organismi e come aumenti il rischio di una «risalita della responsabilità proprio in ragione dell'identità soggettiva degli Organismi di Controllo»³¹¹. Una differente composizione offre, viceversa, un ulteriore livello di controllo rispetto alla prevenzione dei reati³¹². Si noti, peraltro, che le linee guida offerte dalle associazioni di categoria tendono a distinguere tra gruppi composti da società quotate o di grandi dimensioni e gruppi di società non quotate o di piccole dimensioni. Nel primo caso, vista l'ampiezza e la gravosità dei controlli richiesti, si ritiene che ciascun OdV debba beneficiare di risorse e mezzi adeguati, mentre nel secondo caso si permette agli organismi di vigilanza di attingere dal 'patrimonio', umano ed economico, della società capogruppo, in base ad un preciso rapporto contrattuale³¹³.

Problematiche non indifferenti hanno poi sollevato i requisiti di esenzione inerenti il fatto criminoso nella sua immediata concretezza. Ai sensi dell'art. 6, comma primo, lett. c) e d), l'ente andrà esente da responsabilità laddove provi che l'autore del reato abbia fraudolentemente eluso i modelli organizzativi e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV. Riconducendo ad *unicum* i due elementi è da intendersi che il reato debba essere «frutto esclusivo, contingente, abnorme di una risoluzione dell'apice»³¹⁴, che abbia agito, da un lato, in «totale discontinuità»³¹⁵ rispetto alla realtà comportamentale dell'azienda, dall'altro, con tale astuzia da sottrarsi alla 'non insufficiente' vigilanza³¹⁶. In particolar modo, l'elusione implica un *quid pluris*³¹⁷ rispetto alla mera inosservanza delle 'regole

³¹⁰ ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, cit., p. 13.

³¹¹ ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 219

³¹² Ivi, p. 220.

³¹³ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 34.

³¹⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 185.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 16.

cautelari' imposte dai Modelli. Si tratta, infatti, di una «forzatura precipuamente ed artatamente volta all'elusione del precetto»³¹⁸, finalizzata ad «evitare di essere scoperti»³¹⁹ e conseguentemente sanzionati. Per integrare la fattispecie in esame, la condotta elusiva deve poi assumere i connotati della 'fraudolenza', deve, cioè vantare una effettiva capacità ingannatoria³²⁰ nei confronti del soggetto tenuto a vigilare (l'organismo di vigilanza) ed esplicarsi, ad esempio, mediante artifici e raggiri dolosi³²¹. Detto altrimenti, dovrà verificarsi che vi sia «*frode* da parte di chi *elude* [...] e *diligenza* da parte di chi *vigila*»³²².

Tuttavia, l'intenzionalità insita nella fraudolenta elusione risulta antitetica rispetto alla struttura dei reati colposi, previsti nel decreto agli artt. 25-septies (lesioni gravi od omicidio colposi, commessi in violazione di norme antinfortunistiche) e 25-undecies (reati colposi contro l'ambiente e il territorio). Se il reato è colposo quando, a norma dell'art. 43 c.p., l'evento anche se preveduto non è voluto dall'agente e si verifica per negligenza, imprudenza o imperizia (colpa generica), ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica), è subito evidente come esso mal si concili con quella «volontà di inganno»³²³ richiesta dalla lettera c) dell'art. 6, d.lgs. 231/2001. Le soluzioni prospettate per superare l'*impasse* sono state svariate, ma manca tuttora un intervento risolutivo (del legislatore) che chiarisca una volta per tutte la questione. Innanzitutto si è ipotizzata l'esclusione *tout court* dei reati colposi dall'area di applicabilità dell'art. 6, consentendo di fatto l'imputazione dell'ente in presenza del solo requisito dell'interesse e vantaggio. Tuttavia, in tal modo si giungerebbe ad una

³¹⁸ ABI, *Linee Guida*, p. 17.

³¹⁹ EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2010, 4, p. 157.

³²⁰ EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, cit., p. 157.

³²¹ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 16.

³²² EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, cit., p. 158.

³²³ Trib. Cagliari, Ufficio GIP/GUP, 4 luglio 2011, in *Società*, 2011, p. 1349.

interpretazione *in malam partem* del dettato normativo³²⁴, non fornendo all'ente alcuna possibilità di dimostrare la propria estraneità dal fatto criminoso. Ancora, si è suggerita un'applicazione parziale dell'articolo in parola, che prescinda dall'elusione fraudolenta e permetta all'ente di non rispondere per il reato che sia stato commesso in violazione delle disposizioni preventive dei modelli, nonostante la loro adozione ed efficace attuazione e la puntuale osservanza degli obblighi³²⁵. Infine, pur non esistendo una dettagliata giurisprudenza in materia³²⁶, è interessante l'interpretazione sostenuta dal GUP del Tribunale di Cagliari³²⁷ che propone di riconsiderare il requisito della fraudolenza in termini di volontarietà rispetto alla sola condotta del reo, e non anche riguardo all'evento. In particolare, questo 'espediente' dovrebbe operare per i reati previsti dall'art. 25-*septies*, non potendosi condannare l'ente quando il reo abbia intenzionalmente violato le norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, pur non ricadendo l'intenzionalità anche sull'evento infortunistico³²⁸. Tuttavia, al di là della inapplicabilità anche ai reati colposi previsti dall'art. 25-*undecies*, è improbabile, nella pratica, ipotizzare una commissione del reato colposo scissa in una condotta dolosa e in un evento colposo. Infatti, nella maggior parte dei casi il reato colposo è frutto di condotte omissive del tutto inconsapevoli.

Peraltro, anche nell'ipotesi dei reati dolosi, la disposizione impone una sfida probatoria particolarmente ardua³²⁹. Se anche si intendesse l'inversione

³²⁴ Cfr. MINNELLA, *D.Lgs. n. 231/2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2011.

³²⁵ CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2012, 4, p.115.

³²⁶ La più importante sentenza di merito relativa alla conciliabilità del decreto con i reati colposi è quella del caso ThyssenKrupp (Corte Assise Torino, sez. II, 15 aprile-14 novembre 2011, in *Guida al diritto*, 2011, pp. 49 ss.). Tuttavia la Corte di Torino, poiché nel caso concreto mancava del tutto l'adozione dei modelli, ha scansato l'approfondimento dei rapporti con l'elusione fraudolenta.

³²⁷ Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, cit., p. 1349.

³²⁸ CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, cit., p.116.

dell'*onus probandi* come mero «rischio della mancata prova»³³⁰, rimanendo la prova (ovviamente) valida a prescindere da chi la produca, non può negarsi che l'impianto delineato dal primo comma dell'art. 6 introduca una «severa presunzione [di colpa], che difficilmente si riuscirà a scalfire nel concreto»³³¹. Infatti, una volta provato (questa volta dall'accusa) che l'autore del reato ha agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'unica via per evitare la condanna della società sarebbe attestare l'efficace attuazione dei modelli, la frode orchestrata dal reo e, soprattutto, la 'non insufficiente' vigilanza, quasi impossibile da dimostrare, vista la propensione di qualche giudice a sostituire «il canone dell'*ex ante* con quello dell'*ex post*»³³². Il rischio che si interpreti una vigilanza 'elusa' come 'insufficiente' è, insomma, tragicamente presente.

Ma le carenze più evidenti del sistema di esenzione della responsabilità, rispetto ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale, si rinvencono sul piano empirico³³³.

Se, infatti, vi sia stata davvero una fraudolenta cesura del *manager* rispetto ai canoni comportamentali dell'ente, è difficile immaginare che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo. Verrebbe perciò a mancare il fondamentale criterio d'imputazione, quello oggettivo, con conseguente applicazione del secondo comma dell'art. 5, che esclude la responsabilità *de societate* per i reati commessi nell'esclusivo interesse del reo o di terzi. Oppure, ci si troverebbe davanti ad una corresponsabilità di dirigenti e controllori, in cui quella che l'ente cerca di far apparire come una «rocambolesca dissociazione» del vertice, altro non sarebbe che frutto di una

³²⁹ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 232.

³³⁰ *Ibidem.*

³³¹ *Ivi*, pp. 232 s.

³³² CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 217.

³³³ DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri d'imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pp. 14 ss.

collusione macroscopica, che interessa l'intera struttura aziendale³³⁴. E ancora, non si deve sottovalutare l'eventualità di un vertice che agisca delittuosamente, eludendo la vigilanza, per superare un periodo di crisi e «fibrillazione» della 'sua' irrepressibile società. In questo caso, non si vede perché l'ente debba godere dell'esonero di responsabilità per un reato commesso a suo esclusivo beneficio³³⁵.

Viste tali evidenti criticità applicative, non sorprende che parte della dottrina³³⁶ proponga una *interpretatio abrogans* della lett. c) dell'art. 6, suggerendo di ritenere assorbita nella prova dell'efficace adozione e attuazione del modello quella dell'elusione fraudolenta.

Quanto alla natura dell'esclusione della responsabilità, la questione è tuttora dibattuta in dottrina. Da un lato, vi è chi ravvede nel meccanismo *ex art. 6* una scusante³³⁷, che introduce un elemento nuovo e differente da quelli richiesti per l'ascrizione della responsabilità³³⁸ ed esclude la stessa colpevolezza dell'ente. Secondo altri autori³³⁹, invece, si tratterebbe di una causa di esclusione della punibilità. Tale tesi sarebbe confortata sia dal fatto che la stessa Relazione al decreto definisce espressamente la formula contenuta nel secondo comma dell'art. 26, identica a quella in esame, come

³³⁴ Ivi, p. 18 s.

³³⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 187.

³³⁶ DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1154; GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, pp. 35 ss.

³³⁷ Così DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 107; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1135; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, p. 26; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 75 s.

³³⁸ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 193.

³³⁹ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, p. 103; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p.64; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 428.

un'ipotesi di non punibilità³⁴⁰, sia per la previsione dell'ultimo comma dello stesso art. 6, ove si stabilisce che «è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». Invero, rappresentando la confisca, nell'impianto del decreto n. 231/2001, una sanzione a tutti gli effetti, la sua applicazione dovrebbe presupporre necessariamente un qualche riconoscimento di responsabilità³⁴¹. Viceversa, nel caso dei reati commessi dai soggetti subordinati, mancando la previsione della confisca in ogni caso, la presenza dei modelli di 'legalità preventiva' esclude la colpevolezza. In entrambi i casi, comunque, non trattandosi di elementi costitutivi dell'illecito penale, la prova potrà gravare a carico della difesa senza che possa ravvisarsi una violazione del principio di presunzione di non colpevolezza.

3.1.2. I reati commessi dai soggetti sottoposti

L'art. 7 del decreto disciplina la responsabilità dell'ente per i reati che siano commessi dai suoi dipendenti. Esso stabilisce che, in questi casi, «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», escludendo in ogni caso, al secondo comma, la suddetta inosservanza in presenza dell'adozione ed efficace attuazione di «un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

È evidente come, rispetto all'art. 6, il legislatore abbia optato per un meccanismo di esonero della responsabilità meno rigoristico. Oltre al ritorno al 'classico' onere della prova, infatti, affinché l'ente non risulti responsabile, dovrà dimostrarsi soltanto che non vi sia stato un *deficit* di vigilanza e

³⁴⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo*, cit., § 12.1.

³⁴¹ Come si vedrà diffusamente più avanti, il quinto comma dell'art. 6 rappresenta il vero *punctum dolens* dell'impianto sanzionatorio e di accertamento.

controllo, e non sono previsti requisiti ulteriori. Tale minore severità può spiegarsi sulla base del diverso coinvolgimento dell'ente rispetto a soggetti che non sono 'apicali'. Nel caso dei soggetti subordinati, infatti, non opera l'immedesimazione organica e pertanto il collegamento tra le loro condotte e l'ente si fa meno stringente. La loro posizione ha, cioè, un «valore meno indiziario della partecipazione dell'ente all'illecito»³⁴². Perciò, alla società potrà essere mosso un rimprovero per il reato commesso ai livelli più bassi della sua compagine organizzativa solo laddove questa sia «negligente»³⁴³, non essendosi dotata di un impianto di controllo idoneo alla prevenzione.

Ciò che non emerge chiaramente dalla lettera del decreto è, tuttavia, quale sia l'effettiva relazione tra i primi due commi dell'art. 7. Ci si chiede, in sostanza, se l'adozione dei modelli sia l'unica strada percorribile per garantire l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, con conseguente impunità dell'impresa.

In tal senso sembra orientata la stessa Relazione al decreto³⁴⁴, che lascia intendere come l'adozione dei modelli rappresenti la «modalità tipica ed esclusiva»³⁴⁵ di adempimento di quegli obblighi, permettendo, in caso di mancata attuazione, di rimproverare direttamente e immediatamente la persona giuridica³⁴⁶. Se così fosse, la mancata adozione (o l'inefficace attuazione) del modello comporterebbe automaticamente la *culpa in vigilando* dell'ente. Secondo altra parte della dottrina³⁴⁷, cui si ritiene di aderire, invece,

³⁴² FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 5106.

³⁴³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 119.

³⁴⁴ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo*, cit., § 3.5.

³⁴⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 192.

³⁴⁶ In questo senso anche PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 56.

³⁴⁷ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 329; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 115; PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, cit., p. 89; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, pp. 330 ss.

ancorché non siano adottati i modelli organizzativi, dovrebbe procedersi ad un puntuale accertamento del mancato adempimento degli obblighi di controllo e vigilanza³⁴⁸. L'ente avrebbe, cioè, la possibilità di adempiere altrimenti agli obblighi di vigilanza imposti dal primo comma, sottraendosi alle sanzioni laddove sia stato in grado di creare un effettivo sistema di prevenzione e sanzione (richiesto dal terzo comma), prescindendo dal «documento idoneo ad attestare l'approvazione di un codice di comportamento a norma dell'art. 7»³⁴⁹. Infatti, si ritiene che il comma secondo dell'articolo in esame ponga una presunzione assoluta di osservanza degli obblighi imposti in presenza di modelli organizzativi idonei, ma che tale disposizione non possa altresì valere a far presumere l'inesistenza, di fatto, di un idoneo ed adeguato sistema di regole e procedure che siano diretta attuazione degli obblighi di vigilanza, prevenzione e controllo, nel caso in cui i suddetti modelli manchino.

Altra questione particolarmente delicata riguarda il nesso causale intercorrente tra la commissione del reato e l'inosservanza degli obblighi. Le soluzioni esegetiche prospettate³⁵⁰ sono essenzialmente due, riconducibili, l'una alla teoria dell'identificazione, l'altra alla categoria della colpa di organizzazione³⁵¹.

Secondo la prima lettura, l'ente commette un reato di agevolazione colposa per cui la responsabilità (colposa) dei soggetti tenuti a vigilare trasla immediatamente (proprio per effetto dell'immedesimazione organica) in capo alla persona giuridica. Tale nesso di agevolazione, consistente nella mancata prospettazione di un adeguato sistema di controllo interno all'ente, sembra costituire «una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalla colpa di

³⁴⁸ COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, p. 115.

³⁴⁹ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 329.

³⁵⁰ Si noti che per GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 14, la questione è puramente nominale e serve a poco nella ricostruzione della responsabilità *de societate*.

³⁵¹ TRIPODI, «Situazione organizzativa» e «colpa in organizzazione», cit., pp. 507, 509.

organizzazione»³⁵². Tuttavia, non convince la mancata previsione di responsabilità per i vertici che, in concreto, abbiano colposamente omesso il controllo³⁵³. Infatti, oltre a contrastare con gli obblighi di penalizzazione previsti a livello europeo - che imponevano l'introduzione della responsabilità penale dei dirigenti per i reati commessi per conto dell'impresa, più che quella della persona giuridica - tale (mancata) previsione genera un non indifferente *vulnus* di tutela. Infatti, nel caso di reato commesso da soggetto subordinato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, qualora siano stati adottati i modelli, ente e *management* andranno esenti da responsabilità, come se il soggetto sottoposto «non avesse agito nell'ambito di una struttura e di un *milieu* societario»³⁵⁴. In mancanza dei modelli a rispondere saranno il dipendente e la società, senza alcuna responsabilità concorrente di chi, nel concreto, abbia omesso di vigilare. Eppure è da ritenere che l'*impasse* possa essere superata adottando una visione sistematica, che non tenga conto del solo decreto legislativo, ma guardi anche alle categorie del diritto penale classico. Se nulla è detto in tema di responsabilità amministrativa degli enti riguardo alla colpa per mancato controllo dei vertici, ciò non significa che questi risultino irresponsabili per l'intero ordinamento giuridico. In effetti, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., si può riconoscere in capo ai soggetti apicali una 'posizione di garanzia' consistente nell'obbligo giuridico di far rispettare ed attuare i modelli organizzativi³⁵⁵.

La seconda ricostruzione, invece, riconduce al modello del nesso di causalità omissiva³⁵⁶. Si riconosce, cioè, in capo all'ente una vera e propria posizione di garanzia nei confronti dei suoi dipendenti, con il conseguente

³⁵² Ivi, p. 507.

³⁵³ V. diffusamente sul punto DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., pp. 1139 ss; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 200 ss.

³⁵⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 202.

³⁵⁵ GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani correlati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1061 ss.

³⁵⁶ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2319.

obbligo di impedire l'evento criminoso. In questo senso, la predisposizione di un sistema 'efficace' e 'idoneo' di controllo e vigilanza fa venir meno la stessa tipicità, mancando l'omissione rilevante e non potendosi perciò addivenire ad una responsabilità dell'ente per concorso mediante omissione³⁵⁷. Tuttavia, perché si possa rispondere ex art. 40 cpv c.p. (e art. 110 c.p.) è necessario che l'ente-garante possieda l'elemento soggettivo dell'autore primario del reato. Siamo però di fronte a crimini commessi da soggetto 'subordinato', nei confronti del quale non opera la *traslatio culpa* derivante dall'immedesimazione organica. Ebbene, l'ostacolo è superabile tenendo conto dell'autonomia e della peculiarità della responsabilità della persona giuridica. Il decreto vuole creare una forma *sui generis* di colpevolezza, nuova e distinta da quella della persona fisica: non una responsabilità 'per' il reato, ma 'dipendente da' questo. Dunque, l'elemento soggettivo che dovrà sussistere in capo all'ente non deve essere quello del reato base, ma quello dell'illecito (amministrativo) che ne discende e che riguarda solo e soltanto la persona giuridica, e cioè la colpa di organizzazione³⁵⁸.

3.2.I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE (E CONTROLLO).

L'architrave dell'intero sistema di responsabilità degli enti è rappresentato dall'adozione ed efficace attuazione, prima della commissione del reato, di modelli di organizzazione, gestione e, ex art. 7, controllo (più volgarmente 'modelli organizzativi'), idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Con tali modelli, si intende orientare «tutta l'attività della società o dell'ente, in ogni suo comparto e in ogni sua manifestazione a canoni etici comunemente condivisi»³⁵⁹. Prende così vita un sistema di normazione

³⁵⁷ TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., pp. 509 ss.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit. p. 330.

privata³⁶⁰ – a efficacia sostanzialmente interna ma opponibile in giudizio in caso di commissione di reati³⁶¹ – con funzione cautelare e preventiva in ordine alla commissione, nello svolgimento dell'attività d'impresa, di uno o più reati tra quelli previsti nella parte speciale del decreto³⁶². Con tali «regole cautelari autonormate»³⁶³ il legislatore ha voluto rifarsi al c.d. *carrot-stick approach*, caratterizzante il modello statunitense dei *compliance programs*³⁶⁴, ispirato alla valorizzazione della prevenzione rispetto alla repressione e connotato da drastiche riduzioni (o conversioni) di pena in presenza di un 'ravvedimento operoso' della società³⁶⁵.

Per comprendere in cosa consistano effettivamente questi modelli occorre dare, senza addentrarsi ancora nel dettato normativo, una prima definizione delle nozioni di organizzazione, gestione e controllo. La prima fa riferimento alla stessa struttura dell'ente, intesa secondo una concezione statica, che dovrà delinearsi tenendo conto delle aree di rischio, in un'ottica di prevenzione³⁶⁶. Inerente alla realtà dinamica dell'attività d'impresa è invece il concetto di gestione, riferibile ai processi decisionali e all'allocazione e coordinamento delle risorse umane ed economiche³⁶⁷. Infine il controllo, fondamentale per la buona riuscita dell'intero impianto del decreto, si esplica in meccanismi preventivi (si pensi alle precauzioni per evitare che le decisioni siano prese da

³⁶⁰ I modelli sono adottati all'interno dello stesso ente. Tuttavia, è ancora aperto il dibattito circa l'organo cui spetti tale incombenza. Giurisprudenza (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.) e dottrina maggioritaria (MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 73; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., p. 287) propendono comunque per l'attribuzione della suddetta competenza all'organo di amministrazione (anche in veste monocratica), in coerenza con il disposto dell'art. 6 lett. a).

³⁶¹ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2311.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 91

³⁶⁴ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 76. Si vedrà meglio nel capitolo successivo come il bilanciamento che risulta dalla disciplina italiana penda troppo verso la «carota», a fronte di un «bastone» quasi inesistente.

³⁶⁵ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 71 ss.

³⁶⁶ SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pp. 73 s.

³⁶⁷ *Ivi*, p. 74.

un solo soggetto o all'obbligo di firma congiunta per operazioni particolarmente dispendiose)³⁶⁸ e nella predisposizione di un organo deputato al monitoraggio dell'efficacia e attualità dei modelli stessi³⁶⁹.

Quanto al contenuto, il d.lgs. 231/2001 introduce un sistema differenziato a seconda che il modello si riferisca ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale ovvero dai loro sottoposti.

Della prima ipotesi si occupa il secondo comma dell'art. 6, imponendo che i modelli volti a prevenire i reati commessi dai 'vertici' rispondano a determinate esigenze. Innanzitutto, si dovranno «individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati», procedendo ad una mappatura del rischio criminale (c.d. *risk assessment*) mediante una diagnosi dell'attività societaria che porti all'individuazione dei settori in cui è maggiormente probabile³⁷⁰ che si annidi il rischio di commissione di specifici reati. Successivamente sarà necessario «prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire» (c.d. *risk management*), mediante la proceduralizzazione dei processi decisionali, nell'ottica di minimizzare il rischio di reato³⁷¹. Fondamentale risulta anche l'identificazione delle «modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati». Tuttavia, tale *policy* di contabilizzazione delle disponibilità incontra alcuni ostacoli nelle imprese a partecipazione pubblica, in cui vi è una parziale predeterminazione della ripartizione delle risorse³⁷². Bisogna poi «prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli», in modo da garantirgli efficacia

³⁶⁸ Gli esempi sono di MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 80.

³⁶⁹ SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 74.

³⁷⁰ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 96.

³⁷¹ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 97; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 78.

³⁷² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 97.

d'azione, attraverso meccanismi di *reporting* adeguati³⁷³. Infine, si dovrà garantire effettività ai modelli organizzativi introducendo «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello», che sia preventivo e indipendente rispetto al procedimento penale³⁷⁴.

Significativamente più laconico è il disposto dell'art. 7, che impone l'adozione e l'efficace attuazione di un modello idoneo alla prevenzione che preveda, «in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» (comma 3). Ne emerge dunque un modello organizzativo caratterizzato da idoneità (*ex ante*) a impedire la commissione del reato, preesistenza rispetto all'illecito, corrispondenza tra le previsioni e il reato concretamente commesso e, infine, effettività³⁷⁵. Peraltro, solo l'ultimo requisito viene specificato dal legislatore, prescrivendo l'adozione di procedimenti di manutenzione³⁷⁶ e «autotrasformazione»³⁷⁷, consistenti nella «verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività» e disciplinari (comma 4).

La differenza di contenuto, o meglio la sua diversa specificazione, si spiega con la diversità dei ruoli rivestiti dalle due categorie di soggetti. Infatti, deve riconoscersi l'importante influenza degli apicali nella politica d'impresa, contro lo svolgimento di incarichi prevalentemente esecutivi affidato ai sottoposti³⁷⁸. Tuttavia, non è chiaro se tale (giustificata) differenziazione

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ *Ivi*, p. 98.

³⁷⁵ *Ivi*, pp. 121 s.

³⁷⁶ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 80.

³⁷⁷ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 122.

³⁷⁸ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo*, cit., § 3.3 ss.

debba risolversi nell'adozione di due modelli ovvero ne basti uno solo, in grado di prevenire i reati commessi da entrambe le categorie di soggetti.

Per l'adozione di due distinti modelli propende parte della dottrina³⁷⁹, che evidenzia come i due documenti debbano presentare requisiti diversi (e più numerosi nel caso disciplinato dall'art. 6) e rispondere a differenti esigenze. Sulla base della lettera del decreto, che parla di 'modelli di organizzazione e gestione' da un lato e di 'organizzazione, gestione e controllo' dall'altro, nella prevenzione del rischio penale connesso ai vertici si dovrà focalizzare l'attenzione soprattutto sull'attività decisionale, mentre nel secondo caso l'attenzione dovrà spostarsi soprattutto sulle funzioni di controllo³⁸⁰.

Secondo altri commentatori della disciplina³⁸¹, invece, i modelli richiesti dagli artt. 6 e 7 avrebbero la stessa natura, struttura e finalità. In base ad una «interpretazione funzionale», l'art. 6 rappresenterebbe una precisazione della 'clausola generale' del comma terzo dell'art. 7³⁸². È infatti evidente come ogni modello, anche quello 'di primo livello', debba essere calibrato sulle concrete esigenze dell'ente. Inoltre, si potrebbe ritenere che la creazione dell'organismo di vigilanza, imposta unicamente in relazione ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale, altro non sia che la risposta, legislativamente predeterminata, all'osservanza degli obblighi di vigilanza richiesta, ai fini dell'esenzione di responsabilità, dal primo comma dell'art. 7³⁸³. Tuttavia, imporre la creazione di un OdV riguardo ai reati dei sottoposti sembra

³⁷⁹ RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I Modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, pp. 1297 ss.; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit. pp. 285, 330, che distingue tra modelli di primo e secondo livello.

³⁸⁰ Cfr. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2311.

³⁸¹ GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani correlati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1061 ss.; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., pp. 78 s.; SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., pp. 69 ss.

³⁸² MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 78.

³⁸³ Cfr. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 88.

introdurre un «elemento impeditivo della fattispecie che non è ‘scritto’», e porta ad «ampliare l’onere della prova [...], attraverso un meccanismo di interpretazione analogica», in violazione del principio di legalità³⁸⁴.

Si ritiene, però, che tale ultima obiezione derivi da una (erronea) sovrapposizione di piani. L’impresa idealmente ‘virtuosa’ deve, infatti, predisporre un sistema preventivo che riesca ad esonerarla da responsabilità in ogni evenienza, sia che il reato-base venga commesso da un soggetto apicale, sia quando il reo rivesta un ruolo subordinato. È in sede processuale che l’idoneità dell’organizzazione deve essere sindacata in base a criteri ed elementi probatori diversi (e inferiori per i reati commessi dai soggetti sottoposti). Così, sebbene non debba provarsi la presenza di un organismo di vigilanza, per le ipotesi di cui all’art. 7, sarebbe paradossale che l’OdV, una volta istituito, non vigilasse anche sulle condotte dei soggetti subordinati.

Allo stesso modo, ove l’ente abbia passato in rassegna anche i segmenti di attività svolta dai soggetti sottoposti, per ‘mappare il rischio’, dotandosi poi di un unico modello rispondente ai requisiti imposti dall’art. 6, deve ritenersi che tale organizzazione possa essere, in linea di principio, idonea a prevenire i reati di entrambe le categorie di soggetti. Ovviamente, non vale l’ipotesi inversa: si pensi a una società che si sia dotata solamente del modello di cui all’art. 7. Nel caso in cui abbia la ‘fortuna’ di essere imputata per illecito dipendente da un reato commesso dai sottoposti andrebbe esente da responsabilità, nonostante la struttura preventiva ‘menomata’, ma se il reato fosse commesso dai suoi vertici non potrebbe negarsi, in sede processuale, il deficit di organizzazione. Tutto ciò si spiega sulla base della diversa rilevanza del legame tra persona giuridica e soggetti individuali. Come già visto in relazione all’inversione dell’onere della prova, quando il reato è commesso da soggetti in grado di impegnare seriamente la volontà dell’ente vi è una sorta

³⁸⁴ SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., pp. 335 s.

di presunzione di colpa³⁸⁵ dettata dall'immedesimazione della società con i suoi vertici. Ciò si riflette sul piano della 'meritevolezza della pena', potendosi affermare che il decreto dia vita ad un sistema punitivo in cui tanto maggiore è il grado di identificazione della società con il soggetto autore del reato, e conseguentemente la rimproverabilità, tanto più difficile risulterà per la *societas* esimersi.

In ogni caso, resta problematico il tema dei modelli di organizzazione e gestione nei gruppi di società. In particolare, ci si chiede se possa essere sufficiente un unico modello, adottato dalla capogruppo e diretto a prevenire anche i reati commessi all'interno delle società controllate, ovvero sia necessario che ciascuna impresa si doti di un autonomo modello organizzativo. Tale ultima soluzione sembra garantire maggiore efficacia preventiva, soprattutto nei gruppi complessi, in quanto permette di tenere conto delle singole esigenze e peculiarità. Tuttavia, il principio giuridico di autonomia delle singole imprese deve confrontarsi con la realtà, caratterizzata da innegabili legami tra società e da interessi comuni. In quest'ottica di valorizzazione del ruolo di coordinamento e direzione della *holding*, si ritiene che il modello organizzativo della capogruppo debba prevedere disposizioni volte a garantire la trasparenza e la correttezza delle comunicazioni infragruppo, in una prospettiva di prevenzione del rischio di reato³⁸⁶. Nella prassi, tale impostazione si traduce in due tipologie di modelli, caratterizzate dal diverso grado di discrezionalità riconosciuto alla controllata nell'adozione dei modelli³⁸⁷. Nella prima ipotesi la società capogruppo, previa adozione di un proprio modello, fornisce alle controllate delle linee guida da seguire nella predisposizione dei singoli modelli³⁸⁸. Negli altri casi, la capogruppo impone

³⁸⁵ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 232.

³⁸⁶ SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, cit., pp. 267 ss.

³⁸⁷ Cfr. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2317.

il proprio modello, rimettendo alle controllate solo i minimi adattamenti imposti dalle esigenze concrete³⁸⁹.

Non è chiaro, inoltre, se l'adozione del modello rappresenti un obbligo ovvero un onere per l'ente. Nel senso della «facoltatività»³⁹⁰ si schiera buona parte della dottrina³⁹¹ e delle maggiori associazioni di categoria³⁹². La mancata adozione dei modelli, infatti, non sarebbe sanzionata di per sé, ma servirebbe (in termini di necessità e sarebbe dunque, in questo senso, obbligatoria) a beneficiare dell'esenzione di responsabilità concessa dagli artt. 6 e 7. Viceversa, chi sostiene la tesi dell'obbligatorietà *tout court* dei *compliance programs* fa leva sulla previsione di sanzioni afflittive, sintomatiche dell'esistenza di un obbligo di diritto pubblico³⁹³. Sicuramente più interessante la tesi di Pulitanò³⁹⁴, che distingue a seconda che i modelli siano volti a prevenire i reati degli apicali o dei soggetti sottoposti. In particolare, è notevole l'impostazione del problema offerta dall'autore. Per sciogliere il nodo ci si deve infatti chiedere se «gli adempimenti cui è condizionato l'esonero da sanzioni 'punitive', corrispondono, o no, ad obblighi già altrimenti imposti all'ente dall'ordinamento giuridico, o che debbano ritenersi

³⁸⁸ Tale soluzione viene solitamente applicata imponendo il rispetto dei 'principi' desumibili dal modello della *holding*. Cfr. ENI S.p.A., *Principi del modello 231*, cit.; cfr. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, cit., pp. 287 ss.

³⁸⁹ Così ENEL S.p.A., *Modello di organizzazione e gestione ex Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, cit.; cfr. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, cit., pp. 291 ss.

³⁹⁰ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 5.

³⁹¹ DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1146; GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani correlati?*, cit., pp. 1061 ss.; NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, cit., p. 995.

³⁹² Confindustria, *Linee guida*, cit.; ABI, *Linee guida per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa, delle banche*, in www.abi.it.

³⁹³ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 329; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., pp. 291 s.

³⁹⁴ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 431, condivisa anche da MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., pp. 70 s.

imposti *ex novo* dalla normativa in esame»³⁹⁵. In merito ai reati dei sottoposti, il riferimento all'inosservanza degli 'obblighi di direzione e vigilanza' presuppone una «disciplina di riferimento, posta dalla legge o 'interna' all'ente, che preveda poteri e correlativi doveri di soggetti apicali»³⁹⁶. I modelli si inseriscono dunque «entro un sistema normativo di riferimento» che l'art. 7 contribuisce a specificare, indicandone «le linee di adempimento e la rilevanza». Per questi motivi, nel caso di reati commessi dai soggetti in posizione subordinata, l'adozione di modelli preventivi si pone come un obbligo, gravante sui vertici e sull'ente che essi «impersonano»³⁹⁷. Non così nel caso previsto dall'art. 6, in cui l'adozione di modelli rappresenta una possibilità, fintanto che non possano desumersi *aliunde* doveri attinenti all'organizzazione³⁹⁸. La via lasciata aperta dall'autore ha spinto alla ricerca di tali fonti normative ulteriori. Si è ipotizzato, ad esempio, di utilizzare, per conferire solennità all'adozione dei modelli, il riferimento alle norme che disciplinano la gestione delle imprese in termini di diligenza e prudenza nell'espletamento del mandato. Così, da un punto di vista 'interno', l'amministratore dovrà provvedere a tutelare la società da eventuali interventi sanzionatori o stigmatizzanti derivanti dalla commissione di reati, da un punto di vista 'esterno', lo stesso obbligo graverebbe, in termini di 'posizione di garanzia', sull'ente medesimo. Conseguentemente, la mancata adozione dei *compliance programs*, integrando un'ipotesi di negligenza e imprudenza, giustificerebbe l'intervento del collegio sindacale, in capo al quale sorgono doveri di vigilanza³⁹⁹.

Tuttavia, la definizione dell'adozione dei modelli *ex art. 7* in termini di 'obbligo' ha senso soltanto se questi si intendano quale unico strumento per

³⁹⁵ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 431.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ *Ivi*, pp. 432 s.

³⁹⁹ SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, cit., pp. 291 s. Le norme di riferimento sarebbero, in particolare, l'art. 2403 c.c. per le società non quotate, e l'art. 149 d.lgs. 58/1998 per quelle quotate.

adempiere ai suddetti obblighi di direzione e vigilanza. Si è detto, infatti, di come vi sia discordia in merito ai rapporti tra primo e secondo comma dell'articolo in questione, non essendo chiaro se i doveri di cui al primo possano essere adempiuti efficacemente (ai fini dell'esonero) anche in altre maniere. Se così fosse, anche nel caso dei reati commessi da soggetti subordinati, l'adozione dei modelli sarebbe nient'altro che un onere⁴⁰⁰.

Ai sensi del comma terzo dell'art. 6, tale 'onere' può essere assolto «sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti». Ne emerge un «sistema a tre livelli»⁴⁰¹: uno legislativo, rappresentato dagli artt. 6 e 7 del decreto, uno 'intermedio' costituito dai codici delle associazioni di categoria e uno consistente nei singoli modelli adottati da ciascun ente. La scelta risponde a una duplice esigenza: garantire una (minima) uniformità, rimettendo, d'altra parte, l'interpretazione delle istanze societarie ad associazioni in grado di comprenderne meccanismi e difficoltà⁴⁰². Viene comunque rimesso ad un organo *super societatis* il sindacato sulla validità dei codici comportamentali. Si prevede, infatti, che questi debbano essere «comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati». La comunicazione è regolata dal d.m. 26 giugno 2003 n. 20, che impone di informare il Ministero anche in seguito alle osservazioni da esso formulate. La vincolatività del parere è però criticata da parte della dottrina⁴⁰³, che mette in luce come l'organo istituzionale non sia in grado, e non debba, entrare nel merito delle scelte aziendali.

Comunque, l'adeguamento alle prescrizioni redatte dalle associazioni non comporta l'automatica esenzione dalla responsabilità, dovendo l'ente dotarsi

⁴⁰⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 179.

⁴⁰¹ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 80.

⁴⁰² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 98; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 438.

⁴⁰³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 99.

di un modello ‘individuale’ che tenga conto delle proprie peculiarità, in base alle specifiche esigenze dettate dalle dimensioni (*size of the organization*), dall’attività (*nature of its business*) e dalla ‘storia criminale’ (*prior history of the organization*). Allo stesso modo, il giudice non sarà tenuto a conformarsi alla valutazione fatta dal Ministero⁴⁰⁴.

In effetti, il giudice penale ha ampia discrezionalità nella valutazione del modello. Ne è già sintomatico il riferimento legislativo a ‘clausole generali’ quali «efficace attuazione» e «idoneità», che dottrina e giurisprudenza hanno tentato di riempire di contenuto. Così, sarebbe idoneo un modello che abbia predisposto meccanismi decisionali e di controllo in grado di ridurre significativamente l’area di rischio e che, in concreto, sia efficacemente attuato, dotato cioè di specificità ed attualità⁴⁰⁵. In ogni caso, la valutazione sull’adeguatezza del modello dovrà svolgersi collocandosi mentalmente *ex ante*, al momento della commissione del reato, secondo il criterio della prognosi postuma⁴⁰⁶. Nel far questo, il giudice dovrà fondare il proprio convincimento calibrandosi sulle caratteristiche dell’ente e su tutte le circostanze conosciute e conoscibili al momento della commissione del reato, apprezzando appunto la ‘colpevolezza’ dell’ente in concreto⁴⁰⁷. L’utilizzo del criterio della prognosi postuma, ‘mutuato’ da quello utilizzato per verificare l’idoneità degli atti nel tentativo, è stato tuttavia criticato da alcuni autori⁴⁰⁸. Si è messo in evidenza come un giudizio del genere sia uno «pseudo giudizio», poiché nel tentativo il reato non viene consumato ed è perciò sensato operare tale giudizio, mentre nella materia in esame non sarebbe possibile dimostrare

⁴⁰⁴ È celebre il caso del GIP Trib. Bari (18 aprile 2005, in *Le società*, 2006, pp. 365 ss.) che ha ritenuto inidoneo un modello preventivo che riportava pedissequamente le prescrizioni elaborate nelle linee guida dell’associazione di categoria, senza alcuna specificazione.

⁴⁰⁵ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2312.

⁴⁰⁶ PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., p. 591; SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 86.

⁴⁰⁷ MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 82.

⁴⁰⁸ VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in AA.VV., *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 216 s.

l'idoneità del modello, essendosi questo, di fatto, dimostrato inadeguato. Quanto ai criteri del diritto penale 'tradizionale' da invocare per la valutazione delle regole cautelari contenute nel modello⁴⁰⁹, alcuni autori hanno ipotizzato di far riferimento alla 'esperienza collettiva', ritenendo che lo stesso comma terzo dell'art. 6 contribuisca alla creazione di «una sorta di consuetudine precauzionale alla quale gli enti devono adeguarsi»⁴¹⁰. Criticato invece il riferimento alla 'miglior scienza ed esperienza'. Si avrebbe il rischio, infatti, di pretendere che l'ente plasmì il modello «unicamente alla stregua dei parametri della prevedibilità ed evitabilità», tralasciando l'analisi delle concrete caratteristiche dell'ente⁴¹¹. Ne deriverebbe un modello «che avrebbe saputo delineare, col senno di poi, l'esperto universale. Si sa infatti che tutto o quasi è prevedibile da parte della migliore scienza ed esperienza, e che quanto è prevedibile è per lo più evitabile»⁴¹². Altra parte della dottrina si rifà invece alla teoria dell'agente-modello, nel senso che, per valutare la diligenza richiesta all'ente occorrerà «plasmare una figura di agente-modello collettivo, verso la quale indirizzare una rosa di doveri di informazione e di adeguamento che tenga conto delle capacità superiori che il modello collettivo naturalmente possiede rispetto all'agente modello individuale»⁴¹³.

Non può a questo punto negarsi l'assoluta centralità dei modelli organizzativi ai fini di una imputazione dell'ente in termini di 'colpa di organizzazione'. Ma vi è di più, oltre ad escludere la responsabilità dell'ente, la predisposizione di un sistema preventivo, anche *post factum*, permette all'ente di godere di rilevanti benefici. Nel caso in cui l'adozione ed attuazione di *compliance programs* avvenga prima dell'apertura del dibattimento, gli artt. 17 e 18 prevedono che, in presenza di altri elementi, l'ente possa evitare le

⁴⁰⁹ Cfr. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2313.

⁴¹⁰ GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 15.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, *www.rivista231.it*, 2006, 3, p. 183.

sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna e, ai sensi dell'art. 12, l'impresa godrà di una importante riduzione della sanzione pecuniaria. Ma non solo, la semplice 'dichiarazione di intenti' circa l'adozione di tali modelli (congiuntamente ad altre condizioni) permette di richiedere la sospensione delle misure cautelari interdittive, con conseguente revoca in seguito all'effettiva predisposizione. E ancora, l'art. 78 ammette la conversione delle sanzioni interdittive in pecuniarie qualora l'ente crei un sistema preventivo interno entro venti giorni dalla notifica della sentenza di condanna. Da tale «polifunzionalità»⁴¹⁴ dei modelli organizzativi emerge come il legislatore abbia optato per la valorizzazione della potenzialità positiva dell'organizzazione societaria, in termini di prevenzione dei reati. Viene celebrato e premiato il ritorno alla legalità dell'ente, rinunciando a istanze punitive. Come si vedrà, il sistema sanzionatorio del decreto è, in effetti, fondato su una forte propensione a disincentivare la commissione di reati attraverso la minaccia di pene particolarmente gravose che, nella sostanza, raramente si applicano interamente, visto l'enorme ventaglio di opportunità che l'ente ha a disposizione per creare una struttura organizzativa virtuosa e godere di 'sconti' di pena.

In conclusione, dalla analizzata struttura di imputazione del reato alla persona giuridica emerge un sistema su più «livelli di appartenenza»⁴¹⁵. Il primo, dipendente dal fatto che, almeno nelle intenzioni dell'autore materiale, l'ente risulta beneficiario della condotta criminosa, riguarda l'appartenenza «per destinazione». In questo senso il decreto richiede, all'art. 5, che il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Il secondo livello indica l'appartenenza del reato «per la significativa posizione del soggetto attivo», in termini di identificazione con l'ente o inosservanza degli obblighi di sorveglianza (l'apice deve cioè aver commesso o agevolato il reato). Il terzo

⁴¹⁴ MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 76.

⁴¹⁵ FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107.

concerne l'appartenenza «per la derivazione del fatto dall'inefficace modellistica preventiva», mentre il quarto segnala l'appartenenza «per derivazione dal rischio non permesso d'impresa», fondato sull'inadeguatezza dei modelli. E sono questi ultimi due livelli a fondare il nucleo della 'colpa di organizzazione'. Infine, ma solo eventualmente, l'appartenenza «che risulta dal fatto che l'autore non ha aggirato fraudolentemente i modelli organizzativi e di gestione»⁴¹⁶.

⁴¹⁶ *Ibidem.*

Capitolo Quarto

LA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLE ‘PENE’ NEL D.LGS. 231/2001

SOMMARIO: 1. Il finalismo rieducativo delle sanzioni penali. – 2. L'applicabilità alle persone giuridiche. – 2.1. La prevenzione positiva. – 2.2. La prevenzione negativa. – 3. La soluzione legislativa: il sistema sanzionatorio delineato dal decreto. – 3.1. La sanzione pecuniaria. – 3.2. Le sanzioni interdittive. – 3.3. Pubblicazione della sentenza e confisca.

1. IL FINALISMO RIEDUCATIVO DELLE SANZIONI PENALI

Il terzo comma dell'art. 27 Cost. ha rappresentato, e in un certo senso rappresenta tuttora, il vero ostacolo alla piena affermazione del principio '*societas delinquere potest*', con particolare riguardo al suo corollario '*societas puniri potest*'. Per comprendere l'effettiva portata di 'sbarramento' della suddetta disposizione occorre, tuttavia, accennare preliminarmente all'evoluzione del dibattito dottrinale sul tema della sanzione penale⁴¹⁷. Già prima dell'entrata in vigore del codice penale del 1930, il discorso sulla pena ruotava intorno a tre concetti principali (retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale)⁴¹⁸ afferenti ad altrettante fasi dell'intervento penale (minaccia, inflizione, esecuzione)⁴¹⁹.

Il concetto di retribuzione, inevitabile in ogni discorso intorno alla pena, si fonda sull'idea che la sanzione debba compensare il male commesso. Già nota al diritto romano, la teoria della retribuzione, ben riassunta nell'espressione *malum passionis propter malum actionis*, attiene alla fase dell'inflizione, tanto

⁴¹⁷ Si noti che la nozione di 'sanzione penale' non si riferisce più alla sola 'pena' ma giunge a ricomprendere anche le 'misure di sicurezza', comminate sulla base della pericolosità sociale.

⁴¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, p. 696.

⁴¹⁹ Ivi, pp. 710 ss.

in sede di comminatoria legale che di commisurazione giudiziale ed evoca il concetto di ‘proporzione’ della pena rispetto alla gravità del reato commesso.

La prevenzione generale, invece, viene in rilievo nel momento della ‘minaccia’. Tale ultimo termine risulta tuttavia riduttivo, potendo la prevenzione generale assumere non solo le forme della vera e propria minaccia (prevenzione generale negativa), volta a distogliere i consociati da comportamenti dannosi, dietro la prospettazione di un male (‘giusto’ in base all’idea retributiva), ma potendosi anche manifestare come funzione morale-pedagogica di orientamento culturale, volta a trasmettere un sistema di valori ai consociati (prevenzione generale positiva).

Laddove la prevenzione generale fallisca, e il reato sia commesso, entra in gioco la c.d. prevenzione speciale, attinente alla fase esecutiva e indirizzata nei confronti del solo soggetto delinquente. Questo tipo di prevenzione è volta ad evitare che il medesimo soggetto compia altri reati, e l’obiettivo può realizzarsi con la ‘neutralizzazione’ mediante coercizione fisica (prevenzione speciale negativa) ovvero mediante l’emenda morale del soggetto (prevenzione speciale positiva). In realtà, non può dirsi che la prevenzione speciale attenga alla sola fase dell’esecuzione della pena, dovendosi riconoscere una certa importanza delle caratteristiche del reo e del reato anche in fase di commisurazione della pena. Il codice Rocco, infatti, ha costituito un sistema sanzionatorio ‘di compromesso’⁴²⁰, che tiene conto tanto delle esigenze retributive che delle specifica soggettività dell’autore. Alla pena, con

⁴²⁰ Il nostro codice penale ha, infatti, cercato di recepire entrambi gli orientamenti sul problema sanzionatorio presenti all’epoca. Vi era chi, da un lato, difendeva a spada tratta la concezione retributiva della pena, sulla base dell’esistenza del libero arbitrio (CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1877; LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886), e chi, dall’altro, negando il libero arbitrio auspicava un sistema ‘malleabile’ che potesse adattarsi al ‘tipo di delinquente’, in una prospettiva talora neutralizzante, talora terapeutica (LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, Torino, 1897).

funzione intimidatoria e satisfattoria, infatti, si aggiungono, eventualmente, le misure di sicurezza, volte a neutralizzare la pericolosità sociale del soggetto e ad evitare la recidiva. Viene perciò delineato un sistema c.d. a doppio binario, in cui le funzioni di prevenzione generale sono affidate alla pena in senso stretto, mentre la realizzazione dell'obiettivo della prevenzione speciale è demandato alle misure di sicurezza. Così, dall'imputabilità discende l'applicazione della pena, che mediante la minaccia e l'esempio garantisce anche la soddisfazione del sentimento pubblico e, d'altra parte, la pericolosità sociale permette di applicare misure di sicurezza diversamente connotate a seconda del tipo di autore. Ovviamente, al soggetto che sia al contempo imputabile e socialmente pericoloso, ed è questo il vero senso e la vera forza del 'doppio binario', potranno esser applicate congiuntamente pena e misura di sicurezza⁴²¹.

La prospettiva cambia radicalmente con l'entrata in vigore della Costituzione, che al terzo comma dell'art. 27 stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Inizialmente, la disposizione venne interpretata in maniera restrittiva, fuggendo dall'effettiva portata innovativa della stessa. Si riteneva, infatti, che l'utilizzo del termine «tendere» rendesse la finalità rieducativa una mera eventualità, dovendosi sempre e comunque prediligere la funzione retributiva. In realtà, il termine utilizzato sembra intendere piuttosto che la rieducazione non possa essere oggetto di imposizione o coazione e che sia, chiaramente, un obiettivo tendenziale, raggiungibile solo con la collaborazione del reo. Inoltre, il reale pregio della disciplina costituzionale consiste nell'aver ampliato il concetto di prevenzione speciale, superando l'ottica individuale e spiccatamente etica pregnante nel

⁴²¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 698.

codice Rocco, in favore di una «dimensione intersoggettiva»⁴²² che incoraggi la ‘risocializzazione’.

Tuttavia, non può affermarsi che il recupero dell’atteggiamento di astensione da fatti lesivi, per quanto importante sia, rappresenti, in seguito all’avvento della Carta costituzionale, l’unico elemento di prevenzione presente ed accettabile. Questo, infatti, intende promuovere *a posteriori* l’astensione dalla commissione di crimini non conseguita con la prevenzione generale, collocandosi come «naturale prosecuzione di un processo intrinsecamente unitario di orientamento culturale alle condizioni irrinunciabili della convivenza civile, diretto sin dall’inizio del ciclo della pena a dislocare su tutti e ciascuno dei consociati la responsabilità e la garanzia primarie del mantenimento di esse»⁴²³. In altre parole, il legislatore costituzionale ha voluto dare nuova dignità ad un momento della prevenzione speciale positiva fino ad allora trascurato, senza voler, tuttavia, negare l’importanza né della fase preventiva precedente alla commissione dei reati né della componente negativa della prevenzione speciale, nei limiti imposti dal rispetto della persona umana. A ben vedere, la stessa ri-educazione e risocializzazione non avrebbe senso in mancanza di un preliminare orientamento culturale, svolto nella fase della ‘minaccia’ e diretto a distogliere i consociati dalla commissione di illeciti penali.

2. L’APPLICABILITÀ ALLE PERSONE GIURIDICHE

Come sopra accennato, il finalismo rieducativo della pena, imposto dal terzo comma dell’art. 27, è stato il baluardo degli oppositori alla responsabilità penale delle persone giuridiche. Si tratta di stabilire se la struttura dell’ente sia compatibile con le istanze di rieducazione e, più in generale, se la persona giuridica possa essere destinataria della prevenzione positiva, generale e

⁴²² Ivi, p. 701.

⁴²³ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 50.

speciale, imprescindibile nel sistema sanzionatorio penale costituzionalmente orientato. Nella ricerca di una soluzione ci si trova davanti alla medesima ‘premessa impeditiva’ già affrontata in tema di colpevolezza, e cioè la mancanza di «una storia individuale»⁴²⁴ e di una «personalità strutturata»⁴²⁵ che impedisce uno «sviluppo coerente ed unitario» della soggettività.

In ogni caso, deve tenersi conto di come, anche se si dovesse ritenere l’incompatibilità della responsabilità dell’ente con il finalismo rieducativo, non verrebbe meno l’assunto per cui *societas delinquere potest*, dimostrato in precedenza. Ferma infatti la responsabilità della persona giuridica, il legislatore dovrebbe cercare sanzioni punitive *latu sensu* idonee a realizzare altrimenti gli obiettivi di prevenzione demandati al diritto penale.

2.1.PREVENZIONE POSITIVA

Il finalismo rieducativo della pena attiene, come visto, alla componente positiva della prevenzione. Orientamento culturale e risocializzazione presuppongono però «unità di esperienza esistenziale»⁴²⁶ e pienezza della personalità, che evidentemente mancano all’ente collettivo. Questo è infatti caratterizzato da una ‘soggettività settoriale’ e dall’essere costituito da «personale umano sostituibile»⁴²⁷. La struttura collettiva risulta perciò incompatibile con quella identità soggettiva, inserita nel contesto sociale, presupposto di qualunque rieducazione del condannato.

Comunque non manca chi, forse travisando il vero significato di rieducazione, ammette, in base alle esperienze comparatistiche, la piena compatibilità dell’art. 27 con la natura degli enti⁴²⁸. Infatti, più che con le

⁴²⁴ ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 58.

⁴²⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 52.

⁴²⁶ Ivi, p. p. 51.

⁴²⁷ ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, cit., p. 57.

⁴²⁸ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pp. 377 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 375.

persone fisiche, l'ordinamento può operare una modifica, anche coatta, dell'atteggiamento complessivo della persona giuridica, manipolando l'organizzazione interna fino a trasformare l'ente autore del reato in «un 'cittadino modello', cambiandone completamente lo stile di vita»⁴²⁹. Peraltro, la mancanza di una 'dignità umana' in capo all'ente permetterebbe un pieno e incondizionato utilizzo dei mezzi coercitivi e rieducativi.

Questa impostazione discende però da una spasmodica ricerca di compatibilità che porta a falsare il contenuto della rieducazione. Intento dell'ordinamento giuridico non è difatti quello di creare un 'automa' che segua pedissequamente le disposizioni imposte, infatti, non c'è alcuna «pretesa di 'palingenesi' dei soggetti»⁴³⁰. Si vuole diffondere, senza imporlo, un sistema di valori e principi a tutta la collettività, per poi ricreare la consapevolezza della necessaria astensione da fatti lesivi nel solo autore del reato. Risulta a questo punto evidente come la disposizione in esame non possa spingersi oltre i confini della responsabilità del soggetto individuale, seppure gli effetti di questo 'sbarramento' non avranno alcun effetto dirompente ai fini dell'affermazione della responsabilità *de societate* e della conseguente risposta sanzionatoria. In relazione a quest'ultima, infatti, seppure non possano perseguirsi i fini della prevenzione speciale positiva, non possono negarsi l'importanza e la perseguibilità di finalità di prevenzione negativa⁴³¹. Chi scrive ritiene però che possa reputarsi 'intatta', in relazione alle persone giuridiche, anche la finalità general-preventiva positiva, in quanto pur non potendosi indirizzare l'orientamento culturale direttamente nei confronti dell'ente, la capacità 'ricettiva' del giudizio di riprovazione dei soggetti che lo compongono non può dirsi compromessa. Anzi, già la portata 'rivoluzionaria' della disciplina, con l'enorme attenzione scaturita negli ambienti societari all'entrata in vigore del decreto, contribuisce a 'moralizzare' i soggetti inseriti

⁴²⁹ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 379.

⁴³⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 52.

⁴³¹ Ivi, p. 53.

nella struttura aziendale. Questi, a ben vedere, sono gli stessi soggetti che, in caso di commissione di un reato, sono in grado di impegnare la responsabilità della persona giuridica. Conseguentemente, la stessa previsione di una responsabilità a carico dell'ente aggiunge, al disvalore percepito per il reato base, la riprovazione per quelle condotte criminali che comportano conseguenze spiacevoli per l'intera classe di dipendenti della società condannata.

2.2. PREVENZIONE NEGATIVA

La prevenzione negativa, attuata mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e la 'neutralizzazione' del soggetto delinquente, è attuabile nei confronti della persona giuridica e, anzi, è ammesso un «agguerrito e invasivo arsenale di sanzioni», che incontrano il solo limite della proporzione rispetto al reato commesso⁴³². Non solo, la funzione «dissuasivo-deterrente»⁴³³ può realizzarsi addirittura con più efficacia verso gli enti, tanto che *societas melius quam homo puniri potest*.

L'idea di prevenzione generale negativa, in particolare, era caduta in forte crisi nella seconda metà del XX secolo per il dilagare della criminalità, che imponeva di rivedere l'impianto deterrente. Era in particolare criticata la lettura in chiave psicologica offerta da Bentham e Feuerbach che, partendo dall'assunto che l'uomo sia un essere razionale, presumevano che esso calcolasse attentamente i *pro* e i *contro* dell'impresa criminale, rinunciando al delitto tutte le volte in cui il 'saldo' risultasse negativo⁴³⁴. Per ovvie ragioni, il modello psicologico in parola appare difficilmente ipotizzabile nella maggior parte dei reati commessi da soggetti 'individuali', soggetti a «stimoli inconsci» e «spinte emotive» del tutto irrazionali, ma sembra, d'altra parte,

⁴³² Ivi, p. 54.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 710 s.

assolutamente calzante nel caso dei reati commessi da enti collettivi. Questi posseggono infatti una soggettività «intrinsecamente settoriale, a vocazione essenzialmente economica» e non è assurdo immaginare che al loro interno venga effettivamente svolta un'analisi 'costi-benefici' che prenda in considerazione i vantaggi derivanti dal reato in relazione agli svantaggi derivanti, soprattutto, dalle sanzioni pecuniarie⁴³⁵.

Non solo, anche le esigenze special-preventive, negativamente connotate, escono 'rafforzate' dal confronto con le persone giuridiche. L'effetto deterrente demandato alle sanzioni penali risulta infatti potenzialmente (quasi) smisurato. Già la pena pecuniaria assicura l'orientarsi dell'ente verso condotte più 'virtuose', a fronte dei costi economici derivanti dall'attività delittuosa, ma è la previsione di sanzioni interdittive che esplica il maggior effetto 'neutralizzante'. Infatti, la mancanza di vincoli derivanti dalla 'persona umana', fa sì che possano usarsi i mezzi coercitivi e preventivi più disparati, tanto da poter ipotizzare, senza riserve, una vera e propria 'pena di morte' a carico degli enti⁴³⁶. L'unico limite all'espandersi dell'intervento sanzionatorio è perciò rappresentato dalla proporzionalità della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità dell'illecito. Ed ecco come la responsabilità dei soggetti collettivi meglio si presta, rispetto a quella individuale, a far fronte alle esigenze di prevenzione negativa⁴³⁷.

Da queste evidenze si evince come non possa ritenersi decisiva la mancanza della finalità rieducativa. Siamo comunque di fronte ad una realtà, quella della criminalità d'impresa, che impone un solido sistema di prevenzione, e laddove questo sia efficace, proporzionato e dissuasivo non può ritenersi che perda di «credibilità solo perché la cultura giuridica che lo

⁴³⁵ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 54.

⁴³⁶ Ivi, pp. 55 s.

⁴³⁷ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, pp. 42 ss.

ispira rifiuti di inquadrare la funzione di tali sanzioni nello schema (altamente improbabile) della ‘rieducazione’»⁴³⁸.

3. LA SOLUZIONE LEGISLATIVA: IL SISTEMA SANZIONATORIO DELINEATO DAL D.LGS 231/2001.

Per meglio comprendere la scelta del legislatore delegato in tema di apparato sanzionatorio, e prenderne in considerazione anche taluni rilievi critici, occorre partire da una breve enunciazione degli *input* internazionali e dei rapporti tra decreto e l. 300/2000.

Sotto il primo profilo, occorre prendere in considerazione gli artt. 3, 4 e 5 del II Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle comunità Europee (II Protocollo PIF)⁴³⁹. Si prevede un sistema sanzionatorio a carico delle persone giuridiche articolato su due livelli, a seconda che la responsabilità derivi da illeciti commessi da soggetti in posizione apicale o da soggetti sottoposti, con applicazione di sanzioni pecuniarie ed eventualmente anche interdittive. In particolare, in relazione ai reati commessi dai subordinati, l’art. 4 si limita a richiedere «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive», mentre per i reati commessi dagli apicali si fa riferimento a «sanzioni pecuniarie o di natura penale o amministrativa» fino a menzionare l’«assoggettamento a sorveglianza giudiziaria» e «provvedimenti giudiziari di scioglimento». L’art. 5 impone infine agli Stati firmatari di prevedere la confisca, anche per equivalente, degli strumenti e dei proventi del reato⁴⁴⁰.

La legge delega, pur negando ogni diversificazione basata sul rapporto intercorrente tra l’autore del reato e l’ente, recepisce in buona parte il bagaglio sanzionatorio proposto dal II Protocollo PIF e addirittura lo arricchisce di

⁴³⁸ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 56.

⁴³⁹ G.U.C.E. n. C221 del 19 giugno 1997.

⁴⁴⁰ Cfr. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pp. 128 s.

strumenti ulteriori (come il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione)⁴⁴¹.

Da queste premesse nasce l'impianto delineato dagli artt. 9-23 del d.lgs. 231/2001. L'art. 9, che tratteggia il panorama sanzionatorio a carico degli enti, prevede che le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: la sanzione pecuniaria, la sanzione interdittiva, la confisca e la pubblicazione della sentenza. È perciò individuato un sistema «essenzialmente binario»⁴⁴² con sanzioni pecuniarie indefettibili e misure interdittive applicate solo nei «casi di particolare gravità»⁴⁴³. Nessuna distinzione è invece prevista tra sanzioni principali e accessorie; sanzioni pecuniarie e interdittive assumono dunque lo stesso rango formale⁴⁴⁴.

Come appare immediatamente evidente, tutte le sanzioni previste dal decreto vanno ad incidere direttamente o indirettamente sull'utile economico dell'ente⁴⁴⁵. Tale direzionalità dell'intervento repressivo garantisce la massima efficacia preventiva in quanto, come si è detto, l'ente ha una 'personalità' a spiccata vocazione economicistica e, dunque, una *deminutio* del profitto (indotta tanto in maniera diretta attraverso la sanzione pecuniaria e la confisca quanto in maniera indiretta attraverso le sanzioni interdittive) funge da eccellente deterrente alla commissione o reiterazione di reati.

Tuttavia, non convince alcuni autori il fatto che il legislatore, non seguendo le indicazioni poste dalle fonti comunitarie, abbia individuato le

⁴⁴¹ PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 11, pp. 1342 ss.

⁴⁴² *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica"*, su www.confindustria.it, § 5.

⁴⁴³ *Ibidem*. In aderenza a quanto previsto dall'art. 11 lett. l) della l. 300/2000.

⁴⁴⁴ La soluzione è stata salutata con favore da parte della dottrina, in particolare da DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 2, p. 175. e PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., pp. 1342 ss., che mette in evidenza come la distinzione finisca, nel diritto penale tradizionale, per non aver nessun effetto se non quello di svilire il ruolo delle misure espressamente indicate come accessorie.

⁴⁴⁵ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 130.

sanzioni applicabili sulla base della sola tipologia delittuosa, senza dare alcuna rilevanza alla tipologia di soggetti autori del reato e finendo, quindi, per non sviluppare a pieno la linea seguita con i criteri di attribuzione della responsabilità⁴⁴⁶. Tuttavia, può ritenersi che la disciplina diversificata contenuta negli articoli 6 e 7 espliciti i suoi effetti anche sul piano sanzionatorio. In effetti, il differente carico probatorio gravante sull'ente, a seconda che il reato sia commesso dai soggetti apicali o meno, contribuisce ad una prima 'scrematura' che si riflette anche sul piano sanzionatorio. Infatti, nel caso del reato commesso dal *manager*, seppure l'ente non sarà punito più aspramente rispetto alle ipotesi dell'art. 7, sarà certamente sanzionato più facilmente. Il minor grado di coinvolgimento dell'ente nel reato comporta, viceversa, una più facile esenzione dalla responsabilità e conseguentemente dalla sanzione. In altre parole, può comunque ravvisarsi una differenziazione sanzionatoria, se non inerente al *quantum*, almeno rispetto all'*an*. Poi, in sede di commisurazione giudiziale della pena pecuniaria, si dovrà tenere conto, tra le altre cose, del grado della responsabilità dell'ente.

Ciò che può davvero obiettarsi è che il legislatore sembra essere stato troppo 'clemente' nel bilanciamento tra prevenzione e repressione, univocamente orientato verso un'estrema valorizzazione degli 'istituti premiali' *post factum*. A fronte della minaccia di pene severe e inasprimenti sanzionatori in caso di recidiva, si concedono imponenti diminuzioni di pena (fino a due terzi della pena pecuniaria) nel caso in cui l'ente si muova efficacemente nella rimozione delle conseguenze del reato e/o nell'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati per cui è stato imputato. E tali atteggiamenti positivi potranno addirittura contribuire a evitare l'applicazione delle misure interdittive⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ In particolare DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 218 ss.

⁴⁴⁷ Cfr. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., pp. 130 s.

3.1.LA SANZIONE PECUNIARIA

La sanzione pecuniaria, disciplinata dagli artt. 10, 11 e 12, assume una posizione preminente nello schema del decreto, vista la sua indefettibilità. Stabilisce, infatti, l'art. 10 che per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica 'sempre' la sanzione pecuniaria, e il concetto è ribadito dall'art. 17, che prevede ipotesi di non applicazione delle sanzioni interdittive, «ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie».

La particolare natura dei destinatari della pena ha spinto il legislatore della l. 300/2000 a imporre un duplice limite alla disciplina della commisurazione. Prevede infatti l'art. 11 lett. g) che, dal punto di vista quantitativo, la sanzione pecuniaria non debba essere inferiore a cinquanta milioni di Lire né superiore a tre miliardi di Lire (con una forbice che va dai venti milioni ai duecento milioni di Lire nei casi di particolare tenuità del fatto) e, dal punto di vista qualitativo, che nella determinazione in concreto della sanzione, si debba tener conto anche «dell'ammontare dei proventi del reato e delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente».

Il legislatore delegato ha rispettato tali limiti tentando, d'altra parte, di creare un meccanismo che consentisse di adattare la pena all'effettivo disvalore dell'illecito senza comprometterne l'efficacia intimidatrice.

Ne deriva un sistema di commisurazione della sanzione a struttura 'bifasica', in cui l'ammontare della pena è dato dal prodotto del numero di quote e del loro valore. Il numero di quote va determinato entro lo spazio edittale fissato dalle singole disposizioni di 'parte speciale', nei limiti stabiliti dall'art. 10, secondo comma (da cento a mille quote). Per fare ciò il giudice dovrà tenere conto di indici, quali la gravità del fatto, il grado di responsabilità dell'ente e l'attività riparatoria e di prevenzione, che ricalcano sostanzialmente quelli previsti dall'art. 133 c.p.. Quanto all'importo di ciascuna quota (che oscilla tra 258 Euro e 1.549 Euro, *ex art. 10*, terzo comma), questo va «fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione», parallelamente a quanto previsto, per la

persona fisica, dall'art. 133-*bis* c.p.⁴⁴⁸. In sostanza, il sistema di commisurazione della pena pecuniaria si potrebbe rappresentare graficamente attraverso un sistema di «assi cartesiani, in cui, sulla linea delle ordinate progredisca il numero delle quote [...], e sull'asse delle ascisse appaia invece il valore delle quote»⁴⁴⁹. Il punto di incontro, dato dalla moltiplicazione fra i due valori, dovrebbe garantire una pena adeguata sia alla riprovevolezza per il fatto, sia alla sensibilità dell'ente alla pena⁴⁵⁰.

Il vero pregio del sistema in esame consiste, comunque, nel non aver riproposto il limite più evidente della disciplina codicistica sulla commisurazione della pena pecuniaria. Questo, caratterizzato dalla 'ponderazione comparativa', si è rilevato «strutturalmente sbilanciato verso gli indici di commisurazione che attingono alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, sia esso penale o amministrativo. Il successivo e concorrente riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali della persona fisica o dell'ente innesca una sorta di *corto circuito commisurativo*, nel quale le condizioni economiche operano contemporaneamente e sullo stesso piano rispetto ai restanti criteri di commisurazione, senza che tuttavia sia possibile discernere quale incidenza assumano le prime, da un lato, e la gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, dall'altro lato, nella determinazione dell'ammontare della sanzione pecuniaria»⁴⁵¹. La scansione bifasica evita perciò il fallimento dell'intero sistema di prevenzione, che si avrebbe nel caso in cui una particolare tenuità del fatto fosse in grado di neutralizzare il peso aggravante della potenza economica dell'ente⁴⁵².

⁴⁴⁸ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 224.

⁴⁴⁹ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 159.

⁴⁵⁰ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 137; PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, p. 846.

⁴⁵¹ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 5.1.

⁴⁵² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 224.

Meritano ora un approfondimento i criteri per la commisurazione del numero e del valore delle quote, enunciati nel primo e secondo comma dell'art. 11 del d.lgs. 231/2001.

Il numero di quote deve, anzitutto, essere concretamente irrogato sulla base della «gravità del fatto». Questa, al contrario di quanto avviene *ex art.* 133 c.p., attiene alla sola gravità oggettiva, non potendosi valutare la gravità, in termini di dolo o di colpa, afferente allo stato soggettivo dell'agente. Quanto ai contenuti di tale gravità, il giudice dovrà considerare l'offesa tipica, in rapporto al danno o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato, nonché ad ogni altro tipo di conseguenza del reato, ma non anche al disvalore della condotta posta in essere dal reo-persona fisica⁴⁵³. Infatti, la sanzione comminata all'ente deve parametrarsi 'all'illecito amministrativo dipendente da reato' e si presenta dunque come autonoma e indipendente rispetto a quella irrogata all'autore del reato base.

Il secondo parametro da valutare è rappresentato dal «grado di responsabilità dell'ente». Dovrà, *in primis*, darsi rilievo al tipo di rapporto di dipendenza intercorrente tra l'autore materiale del reato e l'ente, a seconda cioè che il reato sia commesso da un soggetto apicale ovvero da soggetto sottoposto all'altrui direzione e vigilanza. Inoltre, la pena andrà graduata sulla base delle singole componenti delle fattispecie *ex artt.* 6 e 7. Così, potrà beneficiare di un basso numero di quote l'ente al cui interno sia stato commesso un reato da parte di un apicale, con elusione fraudolenta dei modelli organizzativi, che non sia riuscito a soddisfare tutte le condizioni richieste dall'art. 6. Allo stesso modo, nei casi disciplinati dall'art. 7, sarà necessario verificare il concreto grado della 'colpa di organizzazione', sulla base dell'inefficacia dei modelli, della mancata verifica periodica o della non

⁴⁵³ Così LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 139. *Contra* CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, pp. 221 ss. Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 224 s.

predisposizione di un idoneo sistema disciplinare⁴⁵⁴. Essendo tale criterio strettamente collegato all'autore persona fisica, non potrà procedersi alla valutazione del 'grado di responsabilità' tutte le volte in cui non sia stato identificato il reo. È perciò un bene che la differenziazione tra gli artt. 6 e 7 non sia stata riproposta per determinare legislativamente il carico sanzionatorio, in quanto ne sarebbe derivata un'*impasse* difficilmente superabile.

Infine, per determinare il numero di quote da applicare all'ente, il giudice dovrà valutare l'attività da questo svolta «per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti». Il criterio, marcatamente orientato verso finalità specialpreventive⁴⁵⁵, presenta alcune similitudini con quanto disposto dal secondo comma dell'art. 12. L'attività da prendere in considerazione ai fini della commisurazione della pena, non dovrà perciò essere tale da integrare l'attenuante suddetta. In altre parole, potranno rilevare *ex art. 11* (e non art. 12) le condotte intervenute successivamente all'apertura del dibattimento di primo grado o quelle dirette alla prevenzione che non si traducano però nell'adozione di idonei modelli di organizzazione.

L'importo delle singole quote è invece «fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente». Così, si permette al giudice di graduare la pena, già adattata alle circostanze concomitanti e successive al reato, in relazione alla effettiva capacità dell'ente di percepirne l'effetto afflittivo.

In effetti, uno dei pregi del sistema di commisurazione prescelto dal legislatore è proprio la sua duttilità⁴⁵⁶, che permette di superare i due grandi limiti del ricorso alla sanzione pecuniaria. Un'entità di pena rigidamente determinata rischierebbe, a ben vedere, di essere preventivata e annoverata tra

⁴⁵⁴ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 225; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., pp. 140 ss.

⁴⁵⁵ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 141.

⁴⁵⁶ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 161.

i rischi patrimoniali dell'attività imprenditoriale. D'altra parte, una pena eccessivamente elevata finirebbe per innescare la c.d. *deterrence trap*, la vanificazione della pena, cioè, a fronte dell'incapienza patrimoniale dell'ente, che non può essere risolta con la privazione della libertà personale, come avviene per le persone fisiche⁴⁵⁷. Inoltre, l'aver lasciato al giudice la determinazione in concreto dell'ammontare di pena, ma secondo un procedimento predeterminato e dettagliato, garantisce una maggiore trasparenza del ragionamento seguito per addivenire alla specifica sanzione in concreto applicata. Nella motivazione, infatti, dovranno essere scandite le due fasi che compongono la scansione, e per ciascuna dovrà enunciarsi la metodologia adottata nella calibrazione del numero e del valore delle quote⁴⁵⁸.

Tuttavia, le disposizioni in materia di pena pecuniaria non possono ritenersi esenti da critiche. La parte di disciplina più controversa è quella che riguarda le ipotesi di riduzione della sanzione pecuniaria previste dall'art. 12 del decreto.

Il primo comma dell'articolo in esame prevede una riduzione, in misura fissa, della metà della pena, con un margine superiore di duecentomila Lire per quota, qualora « l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo» (lett. a)) ovvero nel caso in cui «il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità» (lett. b)). Già non convince la predeterminazione legale, tanto del valore dell'attenuante⁴⁵⁹, quanto dell'importo massimo delle singole quote, che sembra ripudiare il sistema bifasico che permette di adeguare la sanzione alla concreta situazione patrimoniale dell'ente⁴⁶⁰. Ma vi è di più, la lett. a), giustificata dalla tenuità del

⁴⁵⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 222; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., pp. 161 s.

⁴⁵⁸ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 163.

⁴⁵⁹ La definizione in termini di 'attenuante' è presente anche nelle prime pronunce giurisprudenziali: Trib. Pordenone, 11 novembre 2002, in *Dir. comm. int.*, 2003, 193 ss.

coinvolgimento dell'ente, crea problemi di ordine pratico e risulta incoerente con l'impianto di commisurazione *ex art. 11*, primo comma. Questo, stabilisce infatti che la pena vada commisurata alla gravità del fatto, con la conseguenza che maggiore sarà la gravità, maggiore sarà il numero di quote-pena. Ma nel caso di fatto estremamente lesivo, da cui l'ente abbia però tratto un vantaggio minimo, si applicherà la sostanziosa riduzione di pena prevista dall'art. 12⁴⁶¹. Inoltre, il riferimento alla tenuità del danno patrimoniale cagionato evoca problematiche analoghe a quelle sollevate dall'art. 62 n. 4 c.p. in relazione alla compatibilità della circostanza con il tentativo⁴⁶² e il reato continuato⁴⁶³.

Il secondo comma dell'art 12 prevede invece una riduzione della sanzione da un terzo alla metà se, «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado», «l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso» oppure «è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Qualora si verificchino cumulativamente le due condizioni la riduzione sarà dalla metà ai due terzi (comma terzo) ma, in ogni caso, la sanzione non potrà essere inferiore a venti milioni di Lire. La prima ipotesi riproduce la previsione dell'art. 62, n. 6, c.p. ma con una rilevante differenza: condotte ripristinatorie e riparatorie dovranno coesistere⁴⁶⁴. Proprio la

⁴⁶⁰ Scettici sulla predeterminazione legale DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 228; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 145.

⁴⁶¹ Cfr. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., pp. 164 s.; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 146.

⁴⁶² Nel senso che il tentativo non possa conciliarsi con l'attenuante di cui all'art. 62 n.4 c.p., sia perché la legge prevede il tentativo di delitto e non di circostanze, sia perché sarebbe illogico concedere una diminuzione di pena per un fatto non realizzatosi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 479 s. Per la sua compatibilità si veda invece PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 475.

⁴⁶³ La giurisprudenza maggioritaria ammette l'attenuante in relazione al reato più grave anche se non ricorra negli altri episodi criminosi: cfr. per tutte Cass. Pen., II, 23 marzo 1992, in *Giust. pen.*, 1992, 2, pp. 487 ss. Ritengono invece che debbano valutarsi i singoli episodi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 478; Cass. Pen., II, 12 aprile 1989, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 259.

⁴⁶⁴ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 147.

frequente impossibilità di addivenire all'integrale risarcimento e all'eliminazione dei danni ha indotto il legislatore a temperare la previsione, concedendo l'attenuante anche nel caso in cui l'ente si mosso efficacemente in tale direzione. La lettera *b*) favorisce invece il ravvedimento tardivo, permettendo una riduzione della pena in presenza di una condotta che, se intervenuta prima della commissione del reato, avrebbe fatto evitare all'ente ogni responsabilità. Da ciò si evince come il legislatore abbia preferito valorizzare il ritorno alla legalità dell'ente, mettendo da parte le esigenze punitive. Tuttavia, il modesto valore delle quote imposto dal primo comma rende la pena, per gli enti di grandi dimensioni, soltanto simbolica e come tale inefficace.

Proprio per le contraddizioni che porta con sé la sanzione pecuniaria, la funzione di prevenzione generale demandata alle sanzioni pecuniarie si dimostra, nella pratica, limitata. Saranno allora le misure interdittive e la confisca, riconducibili più propriamente alla prevenzione speciale, a esplicare la vera forza del sistema sanzionatorio diretto agli enti⁴⁶⁵.

3.2.LE SANZIONI INTERDITTIVE

Le sanzioni interdittive, poste su un piano formalmente paritetico rispetto a quelle pecuniarie, esplicano la vera forza di prevenzione speciale e generale del sistema di responsabilità degli enti.

Possono applicarsi, ai sensi dell'art. 9 secondo comma, l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, concessioni o licenze funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione dalle agevolazioni,

⁴⁶⁵ CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 223.

finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Tutte queste misure, privando la persona giuridica di diritti o capacità, garantiscono la neutralizzazione dell'ente, limitando o interdiciendo le attività che hanno contribuito alla commissione del reato, e offrono una significativa efficacia deterrente⁴⁶⁶.

Il legislatore delegato non ha però ritenuto di dover includere nell'elenco la più invasiva delle misure interdittive, pure contemplata dall'art. 11 lett. l) l. 300/2000, e cioè la «chiusura anche temporanea dello stabilimento o della sede commerciale». L'omissione è stata giustificata nella Relazione sulla base della non compatibilità di una misura così incisiva con le scelte di criminalizzazione operate dal Governo, interessato a colpire le trasgressioni che coinvolgono profili negoziali e decisionali più che esecutivi⁴⁶⁷. In realtà la spiegazione non convince. Poiché si pretende di riconoscere al decreto il ruolo di «statuto della responsabilità amministrativa degli enti»⁴⁶⁸, sarebbe stato più congruo prevedere nella 'parte generale' un completo arsenale sanzionatorio cui poter variamente attingere in funzione delle diverse tipologie delittuose, anche in vista di un futuro allargamento della 'parte speciale'⁴⁶⁹.

Le misure sono comunque tendenzialmente temporanee, con una durata compresa tra tre mesi e due anni (art. 13, comma 2), salvo che ricorrano i presupposti per una loro applicazione definitiva a norma dell'art. 16, e devono essere disposte dal giudice al verificarsi di una delle due condizioni previste dal primo comma dell'art. 13.

La prima condizione ricorre quando, ai sensi della lett. a) della disposizione in esame, «l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità

⁴⁶⁶ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 231; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 154.

⁴⁶⁷ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.

⁴⁶⁸ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 13.

⁴⁶⁹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 234 s.; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 151.

e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative». In questi casi l'applicazione di una sanzione maggiormente afflittiva è dettata dal maggior disvalore oggettivo della rilevante entità del profitto, diversamente calibrato a seconda che a commettere il reato sia stato un soggetto di cui all'art. 5 lett. a) ovvero lett. b), dovendo nel secondo caso essere ravvisabile una grave colpa di organizzazione⁴⁷⁰.

La dottrina si è però trovata in disaccordo sulla definizione del profitto rilevante ai sensi della disposizione in parola, sia rispetto alla sua dimensione quantitativa che qualitativa⁴⁷¹. Sotto il primo profilo, alcuni autori hanno ritenuto di dover prendere in considerazione il margine netto di guadagno, sia per la dizione letterale della norma, non riconducibile al concetto di ricavo, sia per l'illogicità di sottoporre a sanzione l'ente che concretamente non abbia tratto alcun effettivo vantaggio economico, completamente (o quasi) azzerato dai costi⁴⁷². Diversamente, la Corte di Cassazione ritiene di non poter adottare criteri strettamente economico-aziendalistici e preferisce perciò una nozione di profitto intesa come comprensiva del lordo⁴⁷³. Non è chiaro nemmeno se il profitto debba intendersi come attuale e immediatamente derivante dal reato ovvero ci si possa riferire anche ad una dimensione potenziale di vantaggio, data ad esempio dall'accoglimento di una richiesta di quotazione in mercati regolamentati o dall'acquisizione di una particolare posizione competitiva nel mercato⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.

⁴⁷¹ Per un approfondimento del dibattito dottrinale in merito si veda DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 236 s.

⁴⁷² Così, pur parlando del profitto in relazione alla confisca, EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, *www.rivista231.it*, 2006, 3, p. 81.

⁴⁷³ Cass. Pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in *Guida dir.*, 2006, 42, pp. 61 ss; Cass. Pen., sez. VI, 19 ottobre 2005, n. 44992, *CED Cass. pen.*, 2005, 232623.

⁴⁷⁴ Per l'esclusione della rilevanza di vantaggi indiretti si veda la giurisprudenza più recente: Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2327.

La seconda ipotesi in cui il giudice deve applicare una sanzione interdittiva è quella prevista dalla lett. *b*) del primo comma dell'art. 13, e cioè la «reiterazione degli illeciti». Questa condizione, da integrare con il disposto dell'art. 20, ricorre qualora l'ente abbia commesso un nuovo reato entro i cinque anni dalla precedente condanna definitiva. Il ricorso all'invasività delle misure interdittive è qui, evidentemente, giustificato dalla pericolosa insensibilità dell'ente alla sanzione pecuniaria, data o dalla sua spiccata propensione a delinquere o dal perpetrarsi di gravi carenze organizzative, risolvibili in senso specialpreventivo attraverso un intervento sull'operatività e funzionalità dell'impresa⁴⁷⁵.

L'applicazione delle misure interdittive è, poi, subordinata all'espressa previsione in tal senso nelle singole fattispecie delittuose, come stabilito dall'*incipit* dell'art. 13. La scelta in tal senso è stata operata dal legislatore delegato, che sembra essersi posto al limite dell'eccesso di delega. La lett. *l*) dell'art. 11 della l. 300/2000 imponeva l'applicazione di una o più sanzioni interdittive «nei casi di particolare gravità», concretizzate nelle condizioni previste alle lettere *a*) e *b*) dell'art. 13 del decreto. Ma il legislatore delegato si è spinto oltre, limitandone l'applicazione solo «in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste», introducendo, in questo modo, un «elemento di disfunzionalità»⁴⁷⁶ non indifferente. Si è sostanzialmente lasciata all'arbitrio dei 'legislatori di parte speciale' successivi all'entrata in vigore del decreto, ed alle contingenti opzioni politico-legislative, la previsione sull'applicabilità della sanzione più efficace offerta dal sistema decreto. E i rischi connessi a tale scelta si sono concretizzati con l'introduzione, all'interno della riforma dei reati societari del 2002, dell'art. 25-ter del d.lgs. 231/2001⁴⁷⁷. Il legislatore del

⁴⁷⁵ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 231; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 154.

⁴⁷⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 232 ss.

⁴⁷⁷ Articolo introdotto dall'art. 3, comma secondo, d.lgs. 61/2002.

2002 ha raccolto l'«invitante *assist* scodellatogli dal 'collega' del 2001»⁴⁷⁸ e, dopo aver introdotto la responsabilità degli enti per un nutrito gruppo di reati societari, ha ommesso di prevedere lo strumento punitivo più adeguato ad arginare quella criminalità d'impresa più frequente ed odiosa⁴⁷⁹.

Come sopra accennato, l'art. 16 disciplina le ipotesi in cui le sanzioni interdittive siano passibili di applicazione in via definitiva, in vista di una «irrecuperabilità della *societas* a una prospettiva di legalità»⁴⁸⁰.

Il primo comma ammette che il giudice possa disporre «l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività». In questo caso l'interdizione perpetua è giustificata dalla evidente incapacità dell'ente di «rimanere sul mercato nel rispetto delle leggi»⁴⁸¹, non avendo le interdizioni temporanee precedentemente sperimentate sortito alcuna efficacia specialpreventiva.

Per la stessa ragione, il secondo comma prevede la possibilità di applicare in via definitiva la pena del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o del divieto di pubblicizzare beni o servizi quando l'ente è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

Per tali disposizioni, al contrario di quanto previsto dal terzo comma dello stesso articolo e per l'applicazione temporanea delle sanzioni interdittive *ex art. 13*, si è preferito evitare il ricorso all'obbligatorietà applicativa, in modo di rimettere al giudice l'ultima parola sull'irrecuperabilità in concreto dell'ente.

⁴⁷⁸ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 234.

⁴⁷⁹ Critica condivisa da DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 337; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pp. 60 s.; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 106 ss.

⁴⁸⁰ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 161.

⁴⁸¹ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.1.

La terza ipotesi di applicazione definitiva di sanzioni interdittive, questa volta indefettibile, si ha nei confronti di un ente o di una sua unità organizzativa che siano stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati. Alla ‘impresa intrinsecamente illecita’ non possono poi essere applicati i benefici derivanti dalle condotte riparatorie descritte nell’art. 17 (se ne deduce che potrà invece goderne nei primi due casi). La *ratio* del terzo comma dell’art. 16 è evidente. Si tratta, infatti, di enti «strutturalmente e funzionalmente insensibili a qualsiasi prospettiva di recupero alla legalità»⁴⁸², L’utilizzo dell’avverbio «sempre» nella disposizione in parola ha, tuttavia, generato alcuni problemi interpretativi relativi al rapporto con altre disposizioni del decreto. Si è affermato che l’applicazione delle sanzioni interdittive alle imprese intrinsecamente illecite prescinda dalle condizione poste dall’art. 13, primo comma, essendo necessaria soltanto la previsione, in rapporto al reato per il quale interviene la condanna, dell’applicabilità della corrispondente sanzione in via temporanea⁴⁸³. Si è sostenuto altresì che l’art. 16, comma terzo, permetta di prescindere addirittura dai canoni d’imputazione oggettivi e soggettivi *ex artt.* 5 e ss., sostituiti dall’oggettiva ed esclusiva destinazione della *societas* a scopi illeciti⁴⁸⁴. Tali opinioni non possono, tuttavia, condividersi, dovendosi riconoscere alla disposizione in esame, ed in particolare alla locuzione «sempre» la sola funzione di evidenziare l’obbligatorietà e la non rilevanza della precedente triplice condanna⁴⁸⁵.

In ogni caso, in presenza dei presupposti stabiliti dall’art. 13, il giudice è tenuto ad irrogare la sanzione interdittiva, ma gode di una certa discrezionalità in ordine alla determinazione in concreto della durata e della tipologia delle misure da applicare. In questo modo si favorisce l’esaltazione del momento

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, pp. 339 s.

⁴⁸⁴ LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, pp. 2335 ss.

⁴⁸⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 240 s.

specialpreventivo, permettendo al giudice di delineare la risposta sanzionatoria in maniera tale da neutralizzare il rischio di reato senza inabilitare genericamente l'ente, nell'ambito degli indici dettati dall'art. 14.

Il principio base in tema di commisurazione giudiziale è espresso dal secondo periodo del primo comma dell'articolo in esame, che richiama i criteri di indicati in tema di sanzione pecuniaria dall'art. 11 (gravità del fatto, grado della responsabilità dell'ente, attività post factum). Per impegnare una seria valutazione del giudice, però, il rinvio all'art. 11 è affiancato dal riferimento all' «idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso». Qualora da tale valutazione si dimostri necessario, potrà essere disposta l'applicazione congiunta di più sanzioni interdittive tra quelle previste dall'art. 9, comma secondo (art. 14, terzo comma).

Non solo, il giudice dovrà scavare ancora più a fondo, individuando lo specifico contesto dell'attività dell'ente in cui è stato commesso il reato, in modo da disporre una misura che, in ossequio all'*incipit* dell'art. 14, abbia «ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente». Il principio, dettato dalla «moderna fisionomia delle dinamiche d'impresa»⁴⁸⁶ e dalla «frammentazione dei comparti produttivi»⁴⁸⁷, ha ispirato anche la previsione della 'frazionabilità'⁴⁸⁸ del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, che può essere limitato a determinati tipi di contratti o riguardare solo talune amministrazioni (art. 14, secondo comma). E la preoccupazione per l'eccessiva invasività delle sanzioni interdittive incide sulla applicazione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, che deve applicarsi «soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata». Da questa norma, e dal generale tenore dell'articolo in parola, si deduce che «tutte le sanzioni destinate ad incidere sullo svolgimento dell'attività, in modo da interromperla, dovrebbero trovare applicazione solo

⁴⁸⁶ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.

⁴⁸⁷ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 157.

⁴⁸⁸ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.

nei casi più gravi e in presenza di un'acclarata inidoneità preventiva delle restanti meno gravi sanzioni»⁴⁸⁹.

Ancora improntato al principio della *estrema ratio*, con un (forse eccessivo) favore per le misure premiali, è il sistema di norme che prevede i casi in cui è fatto divieto di applicare le sanzioni interdittive.

La prima ipotesi di esclusione delle sanzioni interdittive è prevista, mediante la tecnica del rinvio dal terzo comma dell'art. 13, quando ricorrano le condizioni indicate nell'art. 12, primo comma. Il legislatore ha ritenuto, cioè, che la non rilevante sussistenza dei criteri d'imputazione oggettivi *ex art. 5* o la particolare tenuità del danno patrimoniale cagionato minimizzino il grado di riprovevolezza dell'illecito rendendo la sanzione sproporzionata rispetto al disvalore della condotta.

Le altre ipotesi si inseriscono, invece, in un'ottica 'premiale', volta a sollecitare il compimento di attività riparatorie da parte dell'ente.

La più significativa tra queste norme incentivanti è sicuramente contenuta nell'art. 17. Qui si stabilisce che all'ente non vengano applicate sanzioni interdittive quando si verifichino congiuntamente tre condizioni prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. In particolare, si richiede, analogamente a questo previsto dal secondo comma dell'art. 12⁴⁹⁰, che «l'ente [abbia] risarcito integralmente il danno e [abbia] eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si [sia] comunque efficacemente adoperato in tal senso» e che abbia «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». Infine, per poter beneficiare dell'inibizione all'applicazione di

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ Con l'unica differenza che per poter beneficiare della riduzione della sanzione pecuniaria è sufficiente che sia soddisfatta una soltanto delle due condizioni, mentre *ex art. 17* le condotte riparatorie dovranno essere poste in essere congiuntamente.

sanzioni interdittive, l'ente dovrà mettere a disposizione «il profitto conseguito ai fini della confisca».

Ai sensi dell'art. 78, poi, un ravvedimento ulteriormente tardivo suscita comunque il favore del legislatore. Infatti, l'ente che abbia posto in essere le condotte richieste dall'art. 17 entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva inflitta nella sentenza di condanna in una sanzione pecuniaria che andrà ad aggiungersi a quella già irrogata, e che avrà un ammontare non inferiore a quest'ultima e non superiore al doppio della stessa.

Insomma, tutto il sistema del decreto relativo alle sanzioni interdittive esprime con chiarezza l'impegno e la preoccupazione del legislatore nel circoscrivere il più possibile la loro applicazione, limitandola ad effettive esigenze preventive, «in un delicato equilibrio tra efficacia e massima moderazione dell'intervento»⁴⁹¹.

Così, il ricorso all'istituto del 'commissario giudiziale', disciplinato dall'art. 15, coniuga l'inalterata afflittività dell'intervento punitivo con l'attenuazione delle conseguenze pregiudizievoli che possono determinarsi indirettamente su una «significativa porzione del contesto sociale di riferimento»⁴⁹².

La legge delega prevedeva, solo in rapporto all'interdizione dall'esercizio dell'attività, la «eventuale nomina di altro soggetto per l'esercizio vicario della medesima quando la prosecuzione dell'attività è necessaria per evitare pregiudizio a terzi». La formula, peraltro non chiarissima⁴⁹³, se riproposta nel decreto avrebbe generato due ordini di inconvenienti, che il legislatore delegato ha però sapientemente evitato.

In primo luogo, il riferimento alla sola interdizione dall'esercizio dell'attività sembra non prendere in considerazione l'incidenza che altre

⁴⁹¹ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 174.

⁴⁹² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 243.

⁴⁹³ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 159.

misure interdittive potrebbero avere sulla effettiva prosecuzione dell'attività d'impresa. Così, si è preferito ricorrere all'istituto del commissario giudiziale in tutti quei casi in cui sarebbe applicabile una qualsiasi, purché temporanea⁴⁹⁴, «sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente», indipendentemente dal suo *nomen iuris*. Tale effetto può essere determinato in concreto, ad esempio, dalla sospensione o dalla revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (art. 9, comma 2, lett. b)), dal divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 9, comma 2, lett. c)) o dal divieto di pubblicizzare beni o servizi (art. 9, comma 2, lett. e))⁴⁹⁵.

In secondo luogo, il generico riferimento al «pregiudizio a terzi» richiedeva una rilettura in chiave restrittiva che ne arginasse l'applicabilità. Il legislatore delegato ha perciò riempito di contenuto la norma, circoscrivendo l'applicazione della «sanzione sostitutiva»⁴⁹⁶ ai soli casi in cui venga in rilevanza un interesse della collettività.

L'art. 15 indica, infatti, come condizioni alternative, la circostanza che l'ente svolga «un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività», ovvero che l'interruzione dell'attività dell'ente possa provocare «rilevanti ripercussioni sull'occupazione». I parametri cui attenersi nella valutazione relativa all'influenza dell'interdizione sui livelli occupazionali, espressi dalla norma, sono rappresentati dalle dimensioni dell'ente e dalle condizioni economiche del territorio in cui esso è situato e si ritiene che l'apprezzamento possa concernere non solo l'ente condannato ma anche «articolarioni economiche

⁴⁹⁴ Dispone in tal senso il quinto comma dell'art. 15. Logicamente, non potrebbe aversi un commissariamento perpetuo di un'impresa per giunta irrecuperabile alla legalità

⁴⁹⁵ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 355.

⁴⁹⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 242.

che a detto ente siano collegate», come ad esempio imprese fornitrici di beni e servizi⁴⁹⁷.

Ad ogni modo, con l'esercizio vicario dell'attività non si intende rinunciare alla dimensione specialpreventiva⁴⁹⁸ (positiva) che, anzi, ne esce rafforzata. In tal senso, il terzo comma dell'articolo in esame dispone che «nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi». In realtà, dall'*incipit* di questa disposizione e dalla lettera del secondo comma, che stabilisce che «con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente», si evince come sia il giudice, dotato di poteri decisionali, e non il commissario, investito di compiti prevalentemente esecutivi, il vero «*dominus*» dell'istituto in esame⁴⁹⁹.

Poi, non deve credersi che la «misura alternativa alla sanzione interdittiva»⁵⁰⁰ rappresenti «una 'fuga' dalla responsabilità punitiva degli enti»⁵⁰¹. Il quarto comma dell'articolo in esame dispone la confisca obbligatoria del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività. In questo caso il profitto deve intendersi al netto dei costi di produzione e gestione⁵⁰², venendo in considerazione un'attività del tutto lecita, non collegata al reato. L'ablazione dell'utile percepito in fase di commissariamento si spiega in base al fatto che l'attività viene continuata soltanto per esigenze pubblicistiche e che, pertanto, l'ente non ha diritto a beneficiare dei guadagni. Tuttavia, non convince il fatto (ineliminabile, visto il necessario bilanciamento con istanze

⁴⁹⁷ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 161.

⁴⁹⁸ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 242.

⁴⁹⁹ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 162.

⁵⁰⁰ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 174.

⁵⁰¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 244.

⁵⁰² EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 3, p. 81.

pubblicistiche) che la *societas*, condannata per un caso «di particolare gravità» alle misure interdittive, possa comunque godere di quei benefici indiretti derivanti dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, restando di fatto preservate le potenzialità di mercato nel settore interessato⁵⁰³.

Infine, per potenziare l'efficacia delle sanzioni interdittive, il legislatore ha ritenuto di sanzionare penalmente l'inosservanza delle misure. Il primo comma dell'art. 23 punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, «chiunque, nello svolgimento dell'attività dell'ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure». Ai sensi del comma secondo, tale delitto funge a tutti gli effetti da reato-base all'illecito dell'ente, che potrà essere imputato in presenza dei criteri di cui agli artt. 5, 6 e 7.

3.3.PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA E CONFISCA.

Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 comprende, oltre alla sanzione pecuniaria e alle sanzioni interdittive, ulteriori strumenti punitivi volti a perseguire finalità di prevenzione generale e speciale.

La pubblicazione della sentenza di condanna, disciplinata dall'art. 18, può essere disposta dal giudice quando, nei confronti dell'ente, viene applicata una sanzione interdittiva. Quanto alle modalità di pubblicazione, i successivi commi stabiliscono che la sentenza sia pubblicata una sola volta, per estratto o per intero, in uno o più giornali (indicati dal giudice), nonché mediante affissione nel comune in cui l'ente ha sede principale, a cura della cancelleria e a spese dell'ente condannato. Sono evidenti le analogie con la pena accessoria prevista dall'art. 36 c.p., eppure la sanzione prevista dal decreto se ne discosta vistosamente in quanto rimessa al potere discrezionale del giudice, che dovrà valutare «l'utilità reale del pubblico a conoscere il contenuto della

⁵⁰³ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 163.

sentenza di condanna»⁵⁰⁴. Lungi dall'essere un semplice corollario della sanzione interdittiva, infatti, la pubblicazione della sentenza di condanna dovrà, sì, essere frutto dell'apprezzamento dei criteri di cui agli artt. 13 e 14, ma soprattutto, se ne dovrà valutare l'utilità sul piano della repressione e della prevenzione di futuri reati. Lo scopo della sanzione deve ravvisarsi, infatti, non solo nella promozione della più ampia conoscibilità del provvedimento in ordine alla minimizzazione del rischio di reato⁵⁰⁵, ma anche nel perseguimento di finalità afflittivo-punitive mediante il pregiudizio all'immagine pubblica dell'ente⁵⁰⁶.

L'art. 19 prevede, infine, che con la sentenza di condanna sia sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, salva la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti dei terzi in buona fede, anche nella forma per equivalente.

Rispetto alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 c.p., la confisca prevista dal decreto si differenzia per la previsione della c.d. confisca di valore, di cui si dirà più avanti, e per l'obbligatorietà dell'ablazione non solo del prezzo ma anche del profitto del reato, soltanto facoltativa *ex art.* 240 c.p.. Non è prevista, invece, la confisca dei beni che furono destinati a commettere il reato⁵⁰⁷.

Proprio la previsione di obbligatorietà consente di valorizzare l'efficacia deterrente della confisca, in un settore in cui «la contropinta economica

⁵⁰⁴ CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 235.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 248.

⁵⁰⁷ Tale soluzione è stata criticata da parte della dottrina (ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2137) in quanto determinerebbe inconvenienti in rapporto ai reati di abuso di mercato, rispetto ai quali la confisca di tali beni non potrebbe operarsi neanche nell'ambito del procedimento nei confronti della persona fisica per via del limite dell'appartenenza a persona estranea al reato *ex art.* 240 c.p.. Altri autori sostengono però che l'ente non possa davvero considerarsi persona estranea, in presenza di una sentenza di condanna, e possa perciò effettuarsi la confisca dei beni destinati a commettere il reato, come misura di sicurezza nei confronti dell'agente individuale (LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 2339).

svolge una rilevante funzione preventiva»⁵⁰⁸. È stato rilevato, infatti, che la confisca facoltativa del profitto del reato prevista dall'art. 240 c.p., proprio per «il suo carattere meramente facoltativo, unito alle note difficoltà di accertamento e apprensione del guadagno illecito, tali da comportare un indubbio aggravio all'attività giudiziale, ha favorito un ricorso estremamente discreto a tale misura che [...] presenta una notevole 'piegabilità' a svariati fini»⁵⁰⁹. L'apprensione automatica del profitto, che diviene così una componente necessaria della condanna⁵¹⁰, trasforma il reato in un fattore di rischio economico per l'ente. La società, utilizzando il metodo economico che si fonda su curve di utilità, si curerà della prevenzione di reati prendendo in considerazione «l'entità del costo» e la «probabilità»⁵¹¹ della sua verifica.

In ogni caso, la confisca di cui al primo comma è doppiamente limitata dall'esigenza di garantire il patrimonio dei soggetti 'incolpevoli'.

In primo luogo, non può essere disposta la confisca di quella parte del prezzo o del profitto che può essere restituita al danneggiato. La collocazione della formula nel primo comma sottolinea l'esigenza, ai fini della 'restituzione', della individuazione dei beni (o del denaro) oggetto del prezzo e del profitto e della loro non confusione con altri beni. Secondo alcuni⁵¹², infatti, non si avrebbe restituzione, bensì risarcimento, nel caso di pagamento del *tantundem*, cioè di un importo soltanto equivalente al danno subito. Nel caso in cui i beni non siano individuabili, perciò, l'autorità giudiziaria

⁵⁰⁸ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 168.

⁵⁰⁹ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Milano, 1997, p. 27.

⁵¹⁰ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 168.

⁵¹¹ EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, pp. 408 s.

⁵¹² EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 3, p. 92.

dovrebbe procedere alla confisca per equivalente, salvo il credito risarcitorio in capo al danneggiato, azionabile però in sede civile⁵¹³.

In secondo luogo, sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. La formula, più precisa di quella del codice penale che richiama il concetto di ‘appartenenza’, garantisce non solo il diritto di proprietà ma qualsiasi diritto, anche personale od obbligatorio, dei terzi inconsapevoli della provenienza criminosa dei beni, che sarebbe pregiudicato dalla confisca medesima⁵¹⁴.

Un ulteriore limite applicativo è rappresentato dalla menzione, all’art. 19, della sola sentenza di condanna, senza che venga ad essa equiparata l’applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.* In ogni caso, però, l’ablazione del profitto potrà avvenire in via facoltativa in forza dell’art. 63 d.lgs. 231/2001 che, richiamando la disciplina degli artt. 444 ss. c.p.p., permette l’applicazione di tutte le ipotesi di confisca previste dall’art. 240 c.p. (art. 445 c.p.p.)⁵¹⁵. Peraltro, una diversa conclusione rappresenterebbe un paradosso, alla luce del collegamento con l’art. 6, quinto comma, infatti, «sarebbe assurdo che, nell’ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, si debba comunque procedere alla confisca del profitto, mentre tale confisca non potrebbe essere disposta nel caso in cui venisse applicata all’ente la pena richiesta, con la conseguenza che, sotto il profilo economico, l’ente avrebbe maggior interesse a patteggiare piuttosto che ad ottenere una pronuncia assolutoria»⁵¹⁶. In ogni caso, il patteggiamento potrebbe comunque rientrare nella previsione di cui all’art. 6, comma 5, in base al quale è

⁵¹³ Contra VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012, p. 88. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2327.

⁵¹⁴ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 250; EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., p. 89.

⁵¹⁵ Cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, pp. 319 s; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 169.

⁵¹⁶ CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 237.

«comunque» disposta la confisca del profitto tratto dal reato⁵¹⁷, ma non nel caso in cui il reato fosse commesso da un soggetto subordinato⁵¹⁸.

L'ulteriore differenza rispetto alla confisca-misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. è la previsione della c.d. confisca per equivalente.

Stabilisce il secondo comma dell'art. 19 che «quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. Tale tipo di confisca ha perciò natura «sussidiaria»⁵¹⁹, consentendo di superare gli ostacoli legati alle ipotesi in cui non sia possibile l'apprensione dei beni determinati costituenti il prezzo o il profitto del reato. Inoltre, prescindendo da ogni relazione di pericolosità tra la *res* e il suo titolare, la confisca di valore supera «il 'rapporto di pertinenzialità' tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti», caratterizzante la 'confisca tradizionale»⁵²⁰.

Perché possa disporsi la confisca per equivalente è però necessario il ricorrere di talune condizioni.

In primo luogo, dovrà essere dimostrata l'impossibilità sopravvenuta al reato di procedere alla confisca del prezzo o del reato nelle forme 'ordinarie'. Impossibilità che potrà sussistere ogniquale volta i beni non siano identificabili, siano stati consumati o confusi con altri beni, ceduti a terzi (in buona fede) o trasformati.

In secondo luogo, dovrà sussistere un legame di pertinenza dei beni da confiscare, non in rapporto al reato, ma in rapporto all'ente. Sono cioè confiscabili solo i beni e le somme di denaro che si trovino «nella disponibilità della persona giuridica»⁵²¹ e non anche i beni appartenenti ai soci⁵²².

⁵¹⁷ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 320.

⁵¹⁸ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., pp. 169 s.

⁵¹⁹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 250.

⁵²⁰ TUTINELLI, *Il ruolo del profitto nel sistema della responsabilità degli enti (prima parte)*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2006, 4, p. 95.

Si richiede, infine, che i beni sottoposti a confisca siano di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. Tale necessità crea alcuni problemi in relazione ai beni indivisibili, da ritenersi non confiscabili, in mancanza di un'apposita previsione normativa che ne legittimi comunque l'apprensione o la liquidazione⁵²³.

Peraltro, è necessario evidenziare come, al contrario di quanto avviene nel diritto penale 'tradizionale', la confisca di cui all'art. 19 è espressamente qualificata come 'sanzione' dal legislatore, sia nell'art. 9, che la inserisce tra le sanzioni applicabili agli enti, sia per la sua collocazione nella sezione II intitolata «sanzioni in generale». Oltre alla espressa qualificazione giuridica, la quasi unanime giurisprudenza di legittimità riconosce alla confisca *ex art. 19* anche la configurazione di disciplina positiva propria delle sanzioni. Una importante sentenza della Sezioni Unite la definisce, infatti, «sanzione, principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre previste nel decreto in esame»⁵²⁴.

La suddetta qualificazione non opera soltanto su un piano astratto ma, anzi, è pregnante di conseguenze.

In primo luogo, la confisca-sanzione non è collegata alla pericolosità della *res*, ma discende dall'accertamento della responsabilità 'consacrato' nella sentenza di condanna (e non anche nelle ipotesi di condanna per decreto), e perciò può riguardare solamente i beni appartenenti all'ente condannato.

In secondo luogo, la confisca di cui all'art. 19 soggiace alla disciplina di cui all'art. 22, in base al quale le sanzioni si prescrivono nel termine di cinque anni dalla consumazione del reato⁵²⁵. Parimenti, la confisca è sensibile ad alcune cause di estinzione della punibilità, quali l'amnistia e l'indulto⁵²⁶.

⁵²¹ Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2009, in CED, n. 246495.

⁵²² VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 91.

⁵²³ EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., p. 87.

⁵²⁴ Cass., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 4550 ss.

L'art. 19 non disciplina, però, l'unica ipotesi di confisca nei confronti della persona giuridica presente nel decreto legislativo.

Il quinto comma dell'art. 6, come visto, prevede la confisca, anche per equivalente del profitto tratto dal reato anche nel caso in cui l'ente risulti esente da responsabilità per aver provato quanto richiesto dai precedenti commi dello stesso articolo.

L'art. 17 prevede, fra le condotte riparatorie in grado di far evitare all'ente l'applicazione di sanzioni interdittive, la messa a disposizione del profitto del reato ai fini della confisca.

In caso di inosservanza delle sanzioni interdittive è prevista, ai sensi dell'art. 23, la confisca del profitto derivante dalla trasgressione.

L'art. 15, quarto comma, impone, infine, la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività in seguito a gestione commissariale.

Quanto a tali altre ipotesi, si ritiene che si atteggi come «sanzione principale» soltanto la confisca di cui all'art. 23⁵²⁷, riconoscendosi, invece, alla confisca di cui all'art. 15 «natura di sanzione sostitutiva»⁵²⁸, volta ad evitare che l'ente sia «messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta»⁵²⁹.

Dalla disamina delle varie ipotesi di confisca contenute nel decreto si evince come il legislatore non abbia voluto aggredire soltanto il profitto

⁵²⁵ La prescrizione prevista dal decreto, con termine quinquennale e la cui interruzione è disciplinata dalle norme del codice civile, decorre dalla commissione del 'reato' e riguarda le 'sanzioni amministrative'. Non è prevista, invece, la prescrizione dell'illecito, tanto che l'art. 60 del d.lgs. 231/2001 precisa che non può procedersi alla contestazione ex art. 59 quando il reato da cui dipende l'illecito è estinto per prescrizione. Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 131; EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., p. 92.

⁵²⁶ Per un approfondimento, cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., pp. 320 s.

⁵²⁷ Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4552.

⁵²⁸ Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4553.

⁵²⁹ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 6.

derivante dall'attività illecita. Non vi è dubbio, infatti, che la prosecuzione dell'impresa ad opera del commissario giudiziale rappresenti una attività pienamente lecita, non solo perché si tratta di attività d'impresa, ma soprattutto perché ordinata e controllata dall'organo giurisdizionale che l'ha disposta⁵³⁰. Questa peculiarità delle 'confische' nei confronti della persona giuridica si spiega in base all'utilizzo, nel modello repressivo della criminalità degli enti, di una logica economica piuttosto che giuridica. Quest'ultima, concentrata soprattutto sulla «valutazione etico-politica degli interessi in gioco»⁵³¹, è indefettibile nella selezione dei reati-presupposto ma risulta insoddisfacente nella fase di reazione dell'ordinamento alla criminalità d'impresa, fase in cui non può prescindere da una valutazione quantitativo-economica che prenda in considerazione costi, ricavi e profitti⁵³². In quest'ottica, la confisca si atteggia come strumento di *fine tuning*, che garantisce una reale efficacia deterrente annullando il profitto del reato e producendo, così, una consistente contropinta economica all'illecito dell'ente⁵³³.

Tuttavia, proprio l'utilizzo di una logica economica, e il fatto che la confisca inerisca al profitto derivante tanto dall'attività illecita quanto da quella lecita, comporta una differenziazione della nozione di profitto a seconda dei casi o, meglio, delle 'fonti' del profitto.

Se la nozione di prezzo si riferisce, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, al denaro o altra utilità, dati o promessi al reo per determinarlo od istigarlo alla commissione del reato⁵³⁴, quella del profitto è

⁵³⁰ EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., p. 77.

⁵³¹ ID., *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, cit., p. 403.

⁵³² ID., *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2011, 4, pp. 19 ss.

⁵³³ Ivi, p. 21.

⁵³⁴ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 249; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 86 s. In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 971 ss., e, più di recente Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 790 ss.

stata per lungo tempo al centro di un animato dibattito dottrinale. Sulla questione sono intervenute le Sezioni unite, che hanno permesso di raggiungere un primo risultato interpretativo.

Il profitto confiscabile a norma dell'art. 19 del decreto sarebbe costituito «dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato», da intendersi come il «complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti»⁵³⁵, con la conseguente esclusione dei vantaggi derivanti in via indiretta dal reato, quali l'acquisizione di posizioni dominanti sul mercato o l'instaurazione di rapporti commerciali con committenti di rilievo⁵³⁶. Sarebbero da escludersi altresì le utilità future e incerte⁵³⁷, come i crediti che non siano certi, liquidi ed esigibili⁵³⁸.

Tuttavia, la Corte ritiene di dover operare un *distinguo* «tra la condotta dell'agente che sia inserita in un contesto di attività completamente illecita e quella inserita in un'attività lecita 'nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato'»⁵³⁹. In quest'ultimo caso, nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, il predetto vantaggio economico dovrà essere calcolato al netto dell'utilità tratta dal danneggiato nello svolgimento di prestazioni lecite, seppure nell'ambito di un affare illecito⁵⁴⁰, in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone⁵⁴¹.

⁵³⁵ Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4554.

⁵³⁶ Così, a specificazione delle Sezioni unite, in seguito al secondo giudizio di rinvio, Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2010, cit., 2011, p. 2327.

⁵³⁷ Cass. pen., sez. V, 13 maggio 2009, in CED n. 242568.

⁵³⁸ Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2327.

⁵³⁹ Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2327.

⁵⁴⁰ Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4558.

⁵⁴¹ Cass. Pen., Sez. VI, 4 giugno 2013, n. 24277, cit. Più precisamente, la Corte ritiene di dover distinguere a seconda che l'ente sia ritenuto responsabile per un c.d. reato-contratto ovvero per un 'reato in contratto'. La prima categoria si riferisce a quei casi in cui il regolamento contrattuale è nullo e direttamente sanzionato dalla legge per la sua contrarietà a norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c. e tale contrarietà è desumibile, ad esempio, dall'illiceità dell'oggetto, della causa o del motivo (Si pensi ai delitti di ricettazione ex art. 648 c.p. e corruzione ex artt. 318 ss. c.p.). In questi casi, quindi, l'intero ricavato è derivato dal reato e dovrà essere confiscato. Rientrano nella categoria dei 'reati in contratto', invece,

Nella confisca *ex art. 15*, invece, proprio la liceità dell'attività fonte di profitto impone una diversa soluzione. «Il venire meno di ogni nesso causale con l'illecito» impone di aggredire soltanto «la grandezza contabile residuale, da assicurare comunque alla sfera statuale, non potendo l'ente beneficiare degli esiti di un'attività dalla quale, in luogo dell'applicazione della corrispondente sanzione interdittiva, è stato estromesso»⁵⁴². In questo caso, cioè, il profitto deve identificarsi con l'utile netto.

Decisamente più problematica resta, tuttavia, la disposizione dell'art. 6, quinto comma. Qui, la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato presupposto, commesso dal soggetto in posizione apicale, ha luogo nonostante sia stata dimostrata la sua mancanza di colpevolezza. L'ordinamento si rivale cioè, aggredendo anche beni «neutrali» di valore equivalente al profitto, su un soggetto riconosciuto non colpevole⁵⁴³.

La *ratio* di tale misura è stata ravvisata da parte della dottrina⁵⁴⁴ nella intrinseca «pericolosità reale, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa»⁵⁴⁵, ma la tesi è stata sconfessata dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁴⁶. Effettivamente, la scelta lessicale di riferirsi, anziché al 'profitto del reato', al profitto 'tratto' dal reato, sembrerebbe evocare «un concetto attivo» e dinamico, che va a riflettersi anche sul significato da attribuire alla nozione stessa di profitto e sulla natura e funzione di questa tipologia di confisca⁵⁴⁷.

le ipotesi in cui non rileva l'assetto d'interessi raggiunto con il negozio giuridico, ma la condotta, penalmente rilevante, tenuta da una parte ai danni dell'altra (ad es. reato di concussione *ex art. 317 c.p.*). Qui, il reato incide solo sulla genesi o esecuzione del rapporto contrattuale, restando la pattuizione valida fra le parti, conseguentemente andrà confiscata solo la parte derivante dall'attività illecita.

⁵⁴² Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4553.

⁵⁴³ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., pp. 325 s.

⁵⁴⁴ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 430.

⁵⁴⁵ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 106.

⁵⁴⁶ Cass. Pen., SS. UU., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654, cit., p. 4552.

⁵⁴⁷ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 327.

Quanto al primo problema ermeneutico, il profitto tratto dal reato si differenzerebbe dal profitto direttamente e immediatamente effetto del reato, venendo in considerazione anche tutte le conseguenze utili che «dalla commissione del reato derivano all'ente in termini di avviamento, di incremento di clientela, di "immagine" di preminenza sul mercato, finanche di creazione di situazioni di quasi monopolio conseguenti alla consumazione di uno o più reati»⁵⁴⁸. Si tratta, cioè, di un profitto riconducibile ad un «*post hoc* 'indiretto' e 'distante' dal fatto-origine»⁵⁴⁹, assimilabile più al concetto di 'vantaggio' che di 'utile economico'.

Quanto al secondo profilo, alla confisca *ex art. 6* non può certamente essere riconosciuta né natura sanzionatoria, per difetto di responsabilità dell'ente, né una finalità preventiva, per mancanza di pericolosità della cosa.

La confisca in esame sembra minare, allora, le fondamenta dell'intero impianto di esenzione da responsabilità dell'ente per i reati commessi dai soggetti apicali⁵⁵⁰. Infatti, seppure siano stati assolti gli oneri richiesti dall'art. 6, essendo il reato commesso nel suo interesse o vantaggio, ne risulta, comunque, che l'ente non abbia fatto abbastanza per evitare la commissione del reato e non possa, perciò, uscirne indenne. Viceversa, «l'incentivo alla moralizzazione spontanea»⁵⁵¹ risulterebbe privo di efficacia, potendo l'ente avvalersi «di uno *staff* di esperti in grado di predisporre e 'far funzionare' modelli perfetti, mettendo al riparo l'ente da conseguenze negative»⁵⁵². In altre parole, l'ente viene considerato «il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa»⁵⁵³, salvo il caso in cui, a norma dell'art. 5 cpv., il soggetto apicale abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

⁵⁴⁸ TUTINELLI, *Il ruolo del profitto nel sistema della responsabilità degli enti (prima parte)*, cit., pp. 97 s.

⁵⁴⁹ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 327.

⁵⁵⁰ Ivi, p. 329.

⁵⁵¹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 93.

⁵⁵² FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 330.

⁵⁵³ Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 8, pp. 60 ss.

La confisca prevista dall'art. 6 acquisisce, in tal senso, un carattere punitivo fondato sull'appartenenza del reo all'ente e sul conseguimento, seppur incolpevole, di un profitto di (indiretta) derivazione illecita da parte di quest'ultimo. Dovrebbe perciò riconoscersi allo strumento in esame un carattere 'ripristinatorio', volto a compensare «l'equilibrio economico violato»⁵⁵⁴ evitando che l'ente si trovi in una posizione più vantaggiosa di quella sussistente prima della commissione del reato, seppure in maniera 'incolpevole'. A prima vista, tale soluzione interpretativa sembrerebbe giustificare un'ipotesi di responsabilità oggettiva dell'ente per il fatto commesso dal soggetto apicale, in forza della sola immedesimazione organica. Tale impressione viene però sconfessata dalla lettura della fattispecie di esonero *ex art. 6* in termini di causa di esclusione della punibilità⁵⁵⁵, e non di scusante⁵⁵⁶. L'adempimento degli oneri imposti dall'art. 6 determinerebbe, cioè, un'esenzione dalle sanzioni che si rivela, in forza dell'ultimo comma, soltanto parziale, non escludendo l'applicazione dello strumento più incisivo.

D'altronde, il fatto che il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica, seppure si siano osservati i canoni di cui all'art. 6, fa sì che l'ente possa dirsi esente da responsabilità ma, di certo, non 'soggetto estraneo al reato'.

⁵⁵⁴ Così CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 236; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 168.

⁵⁵⁵ Ritengono che la fattispecie dell'art. 6 integri una causa di esclusione della punibilità: COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, p. 103; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 64; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 428.

⁵⁵⁶ Per la connotazione della fattispecie come causa di esclusione della colpevolezza: DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 107; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1135; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, p. 26; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 75 s.

Capitolo Quinto

LA NATURA DELL'ATTRIBUZIONE DI
RESPONSABILITÀ E DELLE SANZIONI *EX D.LGS.*
231/2001

SOMMARIO: 1. La rilevanza della questione sulla qualificazione giuridica della responsabilità. – 2. Gli ‘indicatori di disciplina’. – 2.1. Elementi indizianti della natura ‘amministrativa’. – 2.2. Considerazioni a favore della natura ‘penale’ dell’illecito. – 2.2.1. La natura delle sanzioni: un terzo binario?

**1. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE SULLA QUALIFICAZIONE
GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ.**

La qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche così come delineata dallo «statuto della responsabilità amministrativa degli enti»⁵⁵⁷ è stata, sin dall’entrata in vigore del decreto, oggetto di un acceso dibattito tra i commentatori. Ne è risultato un ampio panorama di opinioni, che spaziano dalla più classiche ricostruzioni in termini di illecito penale ovvero amministrativo, fino a interpretazioni ‘creative’ che scorgono nell’imputazione degli enti forme di responsabilità nuove, frutto della sinergia tra le diverse componenti.

Una autorevole ma minoritaria dottrina⁵⁵⁸ ritiene che si tratti di una responsabilità inequivocabilmente amministrativa, sia in base alla espressa

⁵⁵⁷ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. legislativo recante: “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”*, su www.confindustria.it, § 13.

⁵⁵⁸ MARINUCCI, “*societas puniri potest*”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1201 ss.; COCCO, *L’illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, pp. 116 ss.; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 398 ss.

denominazione data dal legislatore, sia per la presenza di alcuni elementi normativi estranei al diritto penale.

Altri autori⁵⁵⁹ ancora, sulla scorta di quanto espressamente enunciato dal legislatore delegato, vedono nel modello di responsabilità degli enti un *tertium genus* in grado di coniugare «i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»⁵⁶⁰. E non è mancato chi, nel panorama di opinioni, ha addirittura ravvisato nella disciplina un *quartum genus* ibrido, composto da elementi propri della responsabilità non solo penale e amministrativa, ma anche civile⁵⁶¹. Tali soluzioni non convincono, tuttavia, la dottrina maggioritaria, convinta che si tratti di definizioni ambigue e prive di contenuto⁵⁶², sintomatiche di un «sostanziale disimpegno dal problema classificatorio, risolto con la pura rilevazione della 'novità' dell'istituto»⁵⁶³.

Di contro, numerosi autori⁵⁶⁴ sono convinti della natura penale dell'illecito in virtù della devoluzione al giudice penale e, soprattutto, della sua dipendenza

⁵⁵⁹ Per tutti: CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, p. 73.

⁵⁶⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 1.1.

⁵⁶¹ Così VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 2002, pp. 211 ss. L'autore giunge a tale conclusione traducendo in indici aritmeticamente valutabili gli elementi che caratterizzano le aree della responsabilità aquiliana, della responsabilità penale, della responsabilità amministrativo-punitiva della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001. Prendendo in considerazione dodici indici, cui conferisce egual peso (a) le fonti della norma punitiva, b) la validità e l'efficacia della norma nel tempo, c) la validità e l'efficacia nello spazio, d) i criteri di imputazione del fatto, e) la tipologia delle sanzioni, f) i criteri di commisurazione delle sanzioni, g) la natura delle sanzioni, h) l'inderigibilità della pena pecuniaria, i) la previsione di punizioni per l'inosservanza delle sanzioni interdittive, l) il carattere necessario ovvero eventuale del processo, m) il decorso dei termini di prescrizione, n) l'eventuale inversione dell'onere probatorio), l'autore crea un complesso quadro sinottico in cui, prendendo in considerazione solo i parametri 'esclusivi' di ciascuna disciplina, pur risultando prevalente il carattere penale, non possono trascurarsi i tratti appartenenti alle altre discipline.

⁵⁶² ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 49.

⁵⁶³ PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 419.

⁵⁶⁴ Per tutti: DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri*

da reato, tanto da arrivare a parlare di «frode delle etichette»⁵⁶⁵. La responsabilità dell'ente si fonda, infatti, sul medesimo reato⁵⁶⁶ imputato all'autore persona fisica, completo di tutti i suoi elementi, cui si aggiungono canali di collegamento *ad hoc*, volti ad «affinare e potenziare i meccanismi di imputazione in capo all'ente»⁵⁶⁷. Proprio questa particolare attenzione del legislatore al rispetto dei canoni del diritto penale classico deve portare ad escludere che si tratti di una 'frode delle etichette' in senso tecnico, in cui la classificazione formale serve a «coprire l'elusione di garanzie rese necessarie dalla sostanza 'punitiva' degli istituti»⁵⁶⁸. Il legislatore del 2001 ha infatti adottato, come si è cercato di dimostrare, tutte le garanzie necessarie a rendere la disciplina in esame conforme al principio di personalità espresso dall'art. 27 Cost., superando così lo sbarramento posto 'a monte' da quella parte della dottrina italiana restia ad ammettere una responsabilità autenticamente penale delle persone giuridiche⁵⁶⁹.

d'imputazione e qualificazione giuridica, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pp. 38 ss.; ID., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1126 ss.; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, pp. 191 ss.; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, pp. 8 ss.; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO (a cura di) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, pp. 13 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, pp. 845 ss.

⁵⁶⁵ MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, cit., p. 9.

⁵⁶⁶ Tanto che MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, cit., pp. 8 s., parla di «doppia qualificazione del medesimo fatto giuridico».

⁵⁶⁷ DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., pp. 1157 s.

⁵⁶⁸ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., pp. 417 s.

⁵⁶⁹ Così ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 400, che a proposito dell'art. 27 Cost. afferma: «una responsabilità personale è anzitutto una responsabilità *individuale*, non di un insieme di persone, è una responsabilità *per il fatto di un singolo, non di un gruppo*. Questo e non altro può essere il reale significato della norma in un ordinamento come il nostro, nel quale si è storicamente affermato e perpetuato il principio secondo cui *societas delinquere non potest*».

In ogni caso, si ritiene⁵⁷⁰ di non poter relegare il tema della natura della responsabilità a questione meramente ‘accademica’, senza alcuna utilità sul piano contenutistico⁵⁷¹.

La qualificazione della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* incide, infatti, su questioni di disciplina applicativa non indifferenti. In primo luogo, ammettere la natura penale della responsabilità *de societate* significherebbe garantire una copertura costituzionale, *ex artt. 25 e 27 Cost.*, più pregnante di quella imposta dagli artt. 23 e 97 Cost. in materia di diritto amministrativo. Ad esempio, in presenza di una disciplina penalistica, le norme relative all’efficacia nel tempo contenute nel decreto (artt. 2 e 3 del decreto), godrebbero di una copertura costituzionale che non ne consentirebbe la deroga con legge ordinaria, così come non sarebbe ammessa l’estensione del catalogo di reati da cui dipende l’illecito dell’ente mediante il ricorso a fonti sublegislative. In secondo luogo, dipende dalla soluzione della questione circa la natura della responsabilità la scelta del settore cui far riferimento in caso di lacune o profili ermeneutici lasciati aperti dal decreto⁵⁷². Emblematici sono, in tal senso, i problemi sorti con riguardo all’ammissibilità della costituzione di parte civile⁵⁷³, all’applicabilità dell’art. 110 c.p.⁵⁷⁴ e del concorso di norme.

Si ritiene, perciò, che la questione non possa essere aggirata né utilizzando denominazioni ‘dogmaticamente neutre’ quali «responsabilità da reato»⁵⁷⁵ o

⁵⁷⁰ Così anche DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, pp. 306 ss.; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., pp. 31 ss.

⁵⁷¹ ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., pp. 45 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, cit., pp. 415 ss.

⁵⁷² Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 307 ss.

⁵⁷³ Affermare la natura penale della responsabilità significherebbe ammettere la costituzione di parte civile e, di conseguenza, considerare l’ente soggetto attivo del medesimo fatto criminoso commesso dal soggetto individuale. Viceversa, l’ente sarebbe tenuto al risarcimento del danno solo in veste di responsabile civile.

⁵⁷⁴ Se si ritenesse la responsabilità dell’ente come amministrativa, il concorso di persone sarebbe disciplinato non dal codice penale bensì dall’art. 5 l. 689/1981 e risulterebbe perciò inapplicabile alle sanzioni interdittive.

⁵⁷⁵ PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, cit., p. 430.

«responsabilità sanzionatoria»⁵⁷⁶, né facendo ricorso ad ibride etichette «che sottendono improbabili centauri»⁵⁷⁷; è necessario, invece, assumere una posizione sul tema che non sia solo ‘di principio’, ma che prenda in considerazione i contenuti della disciplina emergente dal decreto.

2. GLI ‘INDICATORI DI DISCIPLINA’

Sgombrato il campo dal presunto sbarramento, rappresentato dal principio di personalità *ex art. 27 Cost.*, all’introduzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche, si può passare ad analizzare il contenuto del decreto attraverso le varie argomentazioni utilizzate dalla dottrina per motivare il riconoscimento della natura amministrativa, da una parte, o di quella penale, dall’altra.

2.1. ELEMENTI INDIZIANTI DELLA NATURA ‘AMMINISTRATIVA’.

Il primo elemento preso in considerazione dai sostenitori della natura amministrativa della responsabilità degli enti è, senza dubbio, il *nomen* scelto dal legislatore⁵⁷⁸. La qualificazione normativa espressa assume, infatti, un peso indiscutibile in forza dei «limiti fondamentali della corretta ermeneutica rispetto al dato normativo, alla prevalenza di quest’ultimo rispetto all’arbitrarietà del potere creativo che l’interprete si arroga allorché, in nome

In senso adesivo DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pp. 329 s.

⁵⁷⁶ BARBUTO, *Responsabilità amministrativa delle società per i reati commessi a suo vantaggio, è in vigore dal 4 luglio 2001 il d.lgs. n. 231/2001*, in *Impresa c.i.*, 2001, 6, p. 930.

⁵⁷⁷ DE VERO, *La responsabilità dell’ente collettivo dipendente da reato: criteri d’imputazione e qualificazione giuridica*, cit., p. 50 sulla praticabilità di un *tertium genus*.

⁵⁷⁸ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 403.

di personali convinzioni, propone significati che palesemente sovvertono quelli fatti propri dal testo di legge»⁵⁷⁹.

In secondo luogo, viene ritenuto incompatibile con la disciplina penalistica l'istituto della prescrizione di cui all'art. 22 d.lgs. 231/2001. Questo, in effetti, sembra ricalcare quanto stabilito nella «legge fondamentale sugli illeciti amministrativi (art. 8 l. 689/1981)»⁵⁸⁰, discostandosi di molto dal dettato degli artt. 157 ss. c.p.. La disciplina codicistica prevede, infatti, un termine di prescrizione variabile in funzione del tipo e della gravità dell'illecito, che non viene sospeso durante il processo, salvo determinate ipotesi di stasi dello stesso, e che, se interrotto, non potrà comunque essere superiore ad una volta e mezza la durata ordinaria della prescrizione. Al contrario, l'art. 22 del decreto impone un termine prescrizionale fisso pari a cinque anni, su cui interviene la sospensione a partire dalla contestazione dell'illecito fino al passaggio in giudicato della decisione e che, pertanto, non è soggetto ad alcun limite massimo.

Allo stesso modo, le vicende modificative dell'ente (artt. 28 ss.) sono sottoposte ad una disciplina di forte ispirazione civilistica, che mal si concilia con l'aspirazione garantista propria del principio di personalità⁵⁸¹. Nei casi di trasformazione, fusione e scissione, le sanzioni pecuniarie e interdittive finiscono per gravare su enti (almeno formalmente) distinti da quello cui l'illecito era originariamente ascritto⁵⁸². Dispone, infatti, l'art. 29 che «Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione». Allo stesso modo, nei casi di scissione, non solo gli enti beneficiari della scissione sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso, ma le sanzioni interdittive gravano sull'ente cui è rimasto o è stato

⁵⁷⁹ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 195.

⁵⁸⁰ MARINUCCI, *“societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1202.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 217 ss.;

trasferito il ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato⁵⁸³. L'idea che ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui è poi amplificata dalla disciplina dell'art. 32, che consente al giudice di ritenere la reiterazione, presupposto per l'applicazione delle sanzioni interdittive, anche in rapporto a condanne pronunciate nei confronti degli enti partecipanti alla fusione o dell'ente scisso per reati commessi anteriormente alle operazioni modificative⁵⁸⁴.

Dal punto di vista processuale poi, il dichiarato ricorso al processo penale «non parla a favore del carattere non amministrativo»⁵⁸⁵ della responsabilità. Il «dominio del processo penale»⁵⁸⁶ sarebbe cioè unicamente volto a prestare maggiori garanzie all'ente imputato e non sarebbe sintomatico della natura penale della responsabilità, come dimostrato dalle vistose deroghe rispetto al processo penale nei confronti della persona fisica presenti nel decreto. Si sostiene, inoltre, a sostegno dell'irrelevanza della scelta processuale, che nel nostro ordinamento è possibile infliggere sanzioni certamente amministrative nel corso e con le garanzie del processo penale, nelle ipotesi di 'connessione obiettiva di un illecito amministrativo ad un reato', ex art. 24 l. 689/1981. Tale previsione annienterebbe perciò l'affermazione, effettivamente eccessiva, per cui «una conseguenza giuridica è pena se viene inflitta come pena in un procedimento penale»⁵⁸⁷. Il significato non penalistico della disciplina processuale potrebbe evincersi, poi, anche dal meccanismo di archiviazione degli atti relativi all'illecito dell'ente. L'art. 58 del decreto propone un procedimento di archiviazione semplificato, senza il controllo del giudice,

⁵⁸³ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 15, nt. 30.

⁵⁸⁴ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 129.

⁵⁸⁵ MARINUCCI, *"societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1202.

⁵⁸⁶ VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 203.

⁵⁸⁷ VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in AA.VV., *'Societas puniri potest'. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 196.

dichiaratamente ispirato all' art. 18, comma secondo, legge 689/1981⁵⁸⁸ e motivato dal fatto che si tratti di «un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero»⁵⁸⁹, bastando il controllo del superiore gerarchico.

2.2. CONSIDERAZIONI A FAVORE DELLA NATURA 'PENALE' DELL'ILLECITO.

Numerosi sono anche gli elementi del decreto che, direttamente o indirettamente, afferiscono al diritto penale.

L'utilizzo dello schema penalistico è evidente già nelle norme di apertura dello statuto di responsabilità degli enti.

L'art. 2 del decreto, rubricato proprio come 'principio di legalità', introduce una sorta di «secondo livello di legalità»⁵⁹⁰, riferito specificatamente alla responsabilità delle persone giuridiche, affermato nelle diverse articolazioni della riserva di legge, della tassatività e dell'irretroattività. Avendo il legislatore rifiutato un'automatica estensione della responsabilità degli enti all'insieme delle incriminazioni vigenti nel nostro ordinamento, «l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto».

La spiccata attenzione per la 'doppia legalità' appare ancor più evidente in relazione all'efficacia nel tempo delle norme del decreto, di cui all'art. 3. Il primo comma dispone il venir meno della responsabilità dell'ente per *abolitio*, con cessazione dell'esecuzione della condanna e dei suoi effetti giuridici, sia

⁵⁸⁸ Così *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 18.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 138.

nei casi di sopravvenuta abrogazione del reato presupposto, sia nei casi in cui una legge posteriore escluda la ‘responsabilità amministrativa’ dell’ente per determinati reati, che come tali continuano a sussistere rispetto alla persona fisica. Manca, invece, nel secondo comma un espresso richiamo al ‘doppio livello’ di legalità, laddove si prevede genericamente che, nel caso di successione nel tempo di leggi soltanto modificative, si applichi la norma più favorevole, salvo che sia intervenuta una pronuncia irrevocabile. Secondo alcuni autori⁵⁹¹, l’art. 3 cpv. si riferirebbe soltanto alle modifiche delle leggi che impegnano la responsabilità degli enti in rapporto a determinate fattispecie incriminatrici e non anche alle modifiche della legge penale che interessano la persona fisica, vista la non influenza di queste ultime sul trattamento sanzionatorio delle persone giuridiche⁵⁹². In realtà, esistono alcune ipotesi in cui le vicende riferibili alla persona fisica influiscono sulla posizione dell’ente imputato. Ad esempio, ai sensi degli artt. 60 e 67 del decreto, non può procedersi alla contestazione dell’illecito ovvero, se il procedimento a carico dell’ente sia già stato avviato, deve pronunciarsi sentenza di non doversi procedere quando il reato presupposto sia estinto per prescrizione. Allo stesso modo, discende dalle pene edittali previste per i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento democratico il trattamento sanzionatorio a carico degli enti *ex art. 25-quater*.

In ogni caso, l’evidente matrice penalistica della norma in esame, chiaramente derivata dall’art. 2 c.p., si giustifica in ragione della «incisività delle nuove sanzioni, tale da meritare all’ente la stessa disciplina di favore prevista nei confronti dell’imputato persona fisica»⁵⁹³. Infatti, per la medesima

⁵⁹¹ DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 94; PECORELLA C., *Principi generali e criteri d’attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 78.

⁵⁹² Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 140; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 45.

⁵⁹³ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 3.1.

ratio sottesa alla disciplina del codice penale, «il venir meno del disvalore da parte dell'ordinamento avrebbe reso irragionevole il permanere della responsabilità in capo all'ente»⁵⁹⁴.

Un'ulteriore novità rispetto al diritto penale-amministrativo, «sempre relegato nella sua dimensione strettamente territoriale interna»⁵⁹⁵, è rappresentata dalle disposizioni relative all'efficacia nello spazio delle norme sulla responsabilità da reato degli enti. L'art. 4 dispone infatti che «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».

Con l'introduzione di una siffatta disciplina, non prevista dalla l. 300/2000, il legislatore delegato si è dimostrato pienamente consapevole dell'evoluzione della criminalità societaria, sempre più operante in ambito transnazionale. Allo scopo di «evitare facili elusioni della normativa interna»⁵⁹⁶, si è scelto di mutuare dall'impianto codicistico il rigore della disciplina inerente i limiti spaziali, recependo la dimensione di 'universalità' risultante dagli artt. 7 e ss. c.p.⁵⁹⁷.

L'art. 4 sembra allora confermare la dimensione penalistica della responsabilità delle persone giuridiche, e non solo per l'espresso richiamo agli articoli del codice. Le deroghe al principio di territorialità, infatti, esprimono «un rigore ed un interesse punitivo»⁵⁹⁸ che difficilmente un illecito amministrativo potrebbe giustificare. La tendenza all'universalismo del diritto

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 220. Sul punto v. anche VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, cit., pp. 197 s.

⁵⁹⁶ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 3.1.

⁵⁹⁷ Cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, cit., pp. 96 ss.; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, pp. 2299 ss.

⁵⁹⁸ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 222.

sanzionatorio nei confronti dell'ente può, difatti, essere spiegata solo facendo riferimento alla particolare rilevanza degli interessi in gioco e, deve ritenersi che «a decidere della qualificazione giuridica di un comportamento illecito sta [proprio] la natura dell'interesse violato»⁵⁹⁹.

Ulteriori e forti argomentazioni in ordine alla natura penale della responsabilità introdotta dal d.lgs. 231/2001 si evincono dalla forma del procedimento di cognizione della responsabilità degli enti. Stabilisce, infatti, l'art. 34 che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano [...] in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271» e, per quanto riguarda la posizione dell'ente, il successivo articolo dispone che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili». La riserva di 'compatibilità', presente in entrambi gli articoli, è dettata dall'esigenza di adattare il processo alla particolare connotazione delle persone giuridiche, tanto che alcuni istituti risultano inoperanti, soprattutto nei settori delle misure cautelari, dell'esecuzione e dei mezzi di prova. Tali eccezioni alla disciplina del procedimento penale non sminuiscono però la scelta del legislatore, volta a garantire che le vicende processuali del soggetto persona fisica e del soggetto non antropomorfo «si svolgano su due binari paralleli»⁶⁰⁰, e non sembrano decisive neanche le argomentazioni, addotte da autorevole dottrina⁶⁰¹, volte a ridimensionare la portata di tale opzione legislativa sulla base del raffronto con l'art. 24 l. 689/1981 e del parallelismo tra l'archiviazione prevista dall'art. 18 della stessa legge e quella di cui all'art. 58 d.lgs. 231/2001.

In primo luogo, la violazione di cui all'art. 24 gode di 'vita propria' e non presenta alcun legame necessario con il reato, sicché la cognizione della

⁵⁹⁹ FALZEA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi per Lorenzo Campagna*, I, Milano, 1982, p. 291.

⁶⁰⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 3.1.

⁶⁰¹ MARINUCCI, *"societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., pp. 1202 s.

violazione amministrativa nelle forme del processo penale è situazione soltanto marginale e occasionale, che si avrà solo nel caso in cui, si noti bene, l'esistenza del reato dipenda dall'accertamento dell'illecito amministrativo. Viceversa, la responsabilità dell'ente viene ad esistenza solo in dipendenza della verifica di un fatto di reato, ed il suo accertamento non esiste fuori dalla sede processual-penalistica, che assurge dunque a «sua sede naturale»⁶⁰². Peraltro, nel caso di 'connessione obiettiva di un illecito amministrativo con un reato', «la competenza del giudice penale in ordine alla violazione amministrativa non costituente reato cessa se il procedimento penale si chiude per estinzione del reato e per difetto di una condizione di procedibilità, mentre la responsabilità dell'ente continua a sussistere anche in caso di estinzione del reato presupposto per causa diversa dall'amnistia (art. 8, comma 1, lett. b) d.lgs. 231/2001)»⁶⁰³.

In secondo luogo, per quanto riguarda la disciplina dell'archiviazione, l'art. 18 l. 689/1981, espressamente richiamato nella relazione governativa⁶⁰⁴, non rappresenta l'unico precedente significativo in materia. Ferma l'obbligatorietà dell'azione penale, principio oggi cristallizzato nell'art. 112 Cost. ma sempre riconosciuto sin dal 1865⁶⁰⁵, il nostro ordinamento ha conosciuto diversi modelli di archiviazione. Nel codice di procedura penale del 1930, infatti, era previsto un meccanismo di archiviazione caratterizzato da un controllo meramente gerarchico del procuratore sull'operato del pretore, senza alcun intervento da parte del giudice⁶⁰⁶. Il processo di 'giurisdizionalizzazione' dell'archiviazione, iniziato nel 1944, appare oggi più

⁶⁰² GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 229.

⁶⁰³ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 321; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., pp. 228 s.

⁶⁰⁴ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 18.

⁶⁰⁵ L'ingresso di tale principio nel nostro ordinamento risale addirittura alle codificazioni preunitarie come, ad esempio, il Codice Albertino (art. 1). V. GANDOSI, *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 244 ss.

⁶⁰⁶ Così l'art. 74, terzo comma, del c.p.p. del 1930, poi modificato, con l'introduzione del controllo giurisdizionale, dal d.l.it. 14 settembre 1944.

come un retaggio della sfiducia nei confronti dell'esecutivo, cui il pubblico ministero apparteneva, che come una vera e propria garanzia processuale. Si ritiene perciò di concordare con chi sostiene che «l'opzione per un controllo gerarchico in materia di modalità dell'archiviazione non significa di per sé cedimento alla forza attrattiva di una qualificazione amministrativa, ma può rivendicare anche una precisa tradizione penalistica, certamente suscettibile di critiche»⁶⁰⁷, ma che, nel caso in esame, può essere plausibilmente ritenuta una «modulazione di forme processual-penalistiche, ragionata in relazione ad entità non antropomorfe e connotate di un obiettivo minor *intuitus personae*»⁶⁰⁸.

Peraltro, neanche le altre indicazioni a sostegno della natura amministrativa della responsabilità degli enti si dimostrano inattaccabili. In effetti, le disposizioni del decreto che più si allontanano dallo schema della responsabilità penale sembrano essere giustificate, più che da un 'avvicinamento' al modello amministrativo, dalla particolare morfologia dei soggetti cui lo statuto è indirizzato.

Così, la disciplina delle vicende modificative degli enti, lungi dall'introdurre una *traslatio* di responsabilità su entità diverse con pregiudizio per il livello assolutamente minimale del principio di personalità⁶⁰⁹, è dettata dall'esigenza di evitare che gli enti, spiccatamente inclini al metamorfismo⁶¹⁰, possano eludere la disciplina sanzionatoria modificando il proprio profilo identitario per poter rivendicare la diversità rispetto al soggetto collettivo originariamente responsabile. Ciò che deve rilevare, infatti, perché un ente sia considerato 'diverso' rispetto ad un altro, non è la sua 'identità formale', data dalla denominazione o dal paradigma organizzativo, bensì la sua 'identità

⁶⁰⁷ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., pp. 233 s.

⁶⁰⁸ Ivi, p. 235.

⁶⁰⁹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 127.

⁶¹⁰ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 244.

sostanziale’⁶¹¹, «coerente con quei momenti di interesse economico-patrimoniale e di attività imprenditoriale che ne connotano l’autentica, peculiare fisionomia e vocazione»⁶¹². In altre parole, laddove sia possibile ravvisare un «*continuum* economico-imprenditoriale»⁶¹³ non potrà negarsi la sostanziale identità tra ente autore del reato ed ente subentrato, tanto più che l’applicazione delle sanzioni (interdittive) all’ente ‘modificato’ è subordinata alla costanza o al trasferimento presso di esso del ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato.

Ugualmente ispirata a garantire maggiore effettività repressiva è la disciplina della prescrizione di cui all’art. 22 del decreto.

La norma, che prevede un termine prescrizionale quinquennale e la sua sospensione per l’intera durata del processo, secondo un’opzione non inedita negli altri ordinamenti penali europei⁶¹⁴, sembra difatti espressiva di un particolare interesse all’effettività della repressione sanzionatoria. Più che sull’assonanza con il disposto dell’art. 8 l. 689/1981 l’interprete dovrebbe, allora, soffermarsi sul maggiore rigore della disciplina della prescrizione contenuta nel d.lgs. 231/2001 rispetto a quella codicistica. La mancanza di un contenimento temporale e l’indifferenza, ai fini prescrizionali, del tempo necessario allo svolgimento del processo sembrano perciò sottolineare, anziché depotenziare, la dimensione penale della responsabilità degli enti.

Così, analizzata la disciplina sostanziale, anche l’espressa denominazione in termini di ‘responsabilità amministrativa’ adottata dal legislatore perde la sua forza.

Storicamente, si può rinvenire un’altra (plateale) ipotesi di ‘falsificata’ aggettivazione nelle misure di sicurezza, codicisticamente denominate

⁶¹¹ NAPOLEONI, *Le “vicende modificative”: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2007, 2, pp. 164 ss.

⁶¹² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 136.

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ Per un’indagine comparatistica si veda GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, pp. 13 ss.

‘amministrative’ ma unanimemente ritenute appartenenti al sistema penale⁶¹⁵. Ma l’obiezione più significativa è che, a dispetto delle etichette, i lineamenti sostanziali della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche evocano un carattere decisamente penale. Come sostenuto da autorevole dottrina, infatti, tale responsabilità «di amministrativo presenta solo il nome, apparenendo, con una probabilità che rasenta la certezza, un mascheramento di quella responsabilità penale della persona giuridica di cui si predica da anni la necessità e/o l’opportunità di una valorizzazione anche nel sistema penale italiano»⁶¹⁶. Dunque, la dicitura «responsabilità amministrativa» sembra dettata, piuttosto, «dalla sola motivazione di non urtare la *pruderie* di quanti si dichiarano in via di principio contrari ad ammettere un’autentica responsabilità penale delle persone giuridiche»⁶¹⁷, rimuovendo «d’un colpo decenni di contrasti dottrinali sulla questione»⁶¹⁸.

Comunque, il principale elemento da prendere in considerazione per confermare la natura penale della responsabilità di cui si tratta è sicuramente rappresentato dalla costruzione dei criteri di imputazione oggettivi e soggettivi⁶¹⁹.

Dall’esame degli articoli 5, 6 e 7 del decreto, si evince infatti un marcato scrupolo del legislatore che, almeno negli intenti, ha ritenuto di dover creare un sistema che, «per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza»⁶²⁰.

⁶¹⁵ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 195.

⁶¹⁶ MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, cit., p. 8.

⁶¹⁷ DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1158.

⁶¹⁸ CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, Padova, 2002, p. 208.

⁶¹⁹ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 316. Ritiene invece non decisiva l’argomentazione GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., p. 216.

Ripercorrendo molto brevemente quanto è stato oggetto di trattazione in precedenza, è possibile valutare se le pregevoli intenzioni del legislatore delegato abbiano trovato riscontro in una normativa ascrittiva conforme ai vari livelli di garanzia offerti dall'art. 27 Cost.

Già l'art. 5 d.lgs. 231/2001 vale a radicare la responsabilità in un contesto di piena conformità con il divieto di responsabilità obiettiva e per fatto altrui, imponendo che, per impegnare la responsabilità dell'ente, il reato sia commesso da soggetti interni alla compagine organizzativa, in grado di 'attivare' l'immedesimazione organica, che abbiano commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente⁶²¹.

Ma se tale disposizione non basta a provare la natura penale della responsabilità, essendo il principio di personalità tenuto in considerazione e rispettato anche in materia amministrativa *ex art. 3 l. 689/1981*, lo stesso non può dirsi degli articoli successivi, imperniati sul principio di colpevolezza.

L'art. 6 infatti, seppur maldestramente⁶²², tempera il drastico regime imputativo derivante dalla sola immedesimazione organica, introducendo un «paradigma di *colpa di organizzazione*, specifico, per il fatto dei soggetti in posizione apicale». Il più rigoroso regime processuale, caratterizzato dall'inversione dell'*onus probandi*, risponderebbe perciò ad esigenze di valorizzazione di regole di diligenza autoimposte dettate dalla maggiore pregnanza del legame intercorrente tra la società e i suoi vertici⁶²³.

⁶²⁰ *Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. cit.*, § 3.3.

⁶²¹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 316; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, cit., pp. 209 ss.

⁶²² Molti autori, infatti, dubitano della compatibilità con il principio di colpevolezza dell'art. 6, a causa della presunzione di colpa organizzativa in esso contenuta, tanto che si ritiene «la sufficienza nel sistema del d.lgs. 231/2001 della colpevolezza per il commesso reato che è *ad un tempo*, colpevolezza del soggetto apicale autore del reato, e dell'ente che egli impersona». Così PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 430.

⁶²³ In questo senso GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani correlati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1064.

PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 847; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I*

La massima espressione del principio di colpevolezza viene comunque raggiunta nell'art. 7 del decreto, da cui risultano i criteri di imputazione subiettiva nel caso del reato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza. Qui il legislatore ha voluto fondare la responsabilità sulla prova di una «*generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda*»⁶²⁴ dal rischio della commissione di un reato da parte di un dipendente della stessa, e non sulla prova della negligenza del dirigente-sorvegliante nell'attività di controllo del dipendente-sorvegliato.

Da questo breve *excursus* si evince perciò come il legislatore abbia, in maniera anche eccessiva e pedante⁶²⁵, concentrato la propria attenzione sulla creazione di una colpevolezza autonoma della persona giuridica, collocata «al vertice della dimensione punitiva»⁶²⁶, dimostrando perciò la volontà di considerarla autenticamente penale.

2.2.1. La natura delle sanzioni: un terzo binario?

Elemento davvero imprescindibile nella ricostruzione della natura di qualsivoglia responsabilità è certamente il sistema sanzionatorio.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, nel celeberrimo caso *Ozturk c. Germania* del 21 febbraio 1984⁶²⁷, elaborato una ricostruzione autonoma della *matière pénale* che prende in considerazione, oltre alla natura dell'infrazione,

nuovi reati societari: diritto e processo, Padova, 2002, p. 135; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 409.

⁶²⁴ PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 847. Così anche PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 427. Di diverso avviso è COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., pp. 108 ss. per il quale l'obbligo di direzione cui si riferisce l'art. 7 è riferito non all'ente collettivo, bensì ai soggetti in posizione apicale. Partendo da questa premessa, l'autore ravvisa un diverso criterio di imputazione, in forma di agevolazione colposa o di concorso che permette di ricondurre l'imputazione dell'ente all'immedesimazione organica in ogni caso.

⁶²⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 317; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 12.

⁶²⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 317.

⁶²⁷ Cedu, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.

– e nel caso del d.lgs. 231/2001 rileva senza dubbio un fatto di reato – la natura e il grado di afflittività delle sanzioni.

La disciplina del sistema sanzionatorio contenuta nel d.lgs. 231/2001 è certamente connotata in senso penalistico, seppur ci si trovi di fronte ad un ostacolo di non poco conto nella configurazione della sanzione in termini di vera e propria ‘pena criminale’.

Da una parte, la sanzione pecuniaria, determinata secondo un sistema assai simile al modello dei tassi giornalieri adottato in altri Paesi⁶²⁸, e le sanzioni interdittive, applicate in relazione alla pericolosità dell’ente⁶²⁹, possiedono un enorme capacità afflittiva. L’arsenale sanzionatorio creato per le persone giuridiche ha, infatti, la capacità di arrecare rilevante pregiudizio al libero esercizio di attività e al godimento di beni essenziali nel perseguimento di finalità ‘sociali’. Tale consistenza punitiva svolge, senza dubbio, una funzione di prevenzione negativa sia generale, mediante intimidazione-dissuasione, sia speciale, attraverso la neutralizzazione del rischio di reato, che risulta addirittura amplificata dalla prevalente vocazione economico-mercantile che caratterizza gli enti⁶³⁰.

D’altra parte, però, non è possibile ravvisare nelle sanzioni incombenti sulla persona giuridica quella componente di ‘rieducazione’ «ineludibile nella configurazione giuridico-costituzionale della pena criminale»⁶³¹. Tuttavia, pur non essendo ‘pene criminali’, non può negarsi come si tratti di sanzioni inflitte in ragione del medesimo illecito penale commesso dall’autore individuale che, lungi dal ‘degradarsi’ in vista dell’applicazione alle persone giuridiche, si

⁶²⁸ Sul punto v. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pp. 135 ss.

⁶²⁹ VINCIGUERRA–CERESA GASTALDO–ROSSI, *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, cit., p. 203.

⁶³⁰ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 257 s.; PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1363.

⁶³¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 258.

arricchisce di elementi volti a creare una imputazione soggettiva autonoma per le realtà collettive. Conseguentemente, per quanto non possa parlarsi di ‘pene’ in senso stretto, le sanzioni di cui all’art. 9 del decreto n. 231 dovrebbero ritenersi ascrivibili quantomeno alle ‘sanzioni criminali’.

Il legislatore del 2001 sembrerebbe allora aver introdotto, più che un *tertium genus* di responsabilità, un ‘terzo binario’ sanzionatorio⁶³².

Infatti, nel caso del reato commesso da soggetto individuale imputabile e colpevole si applica la pena criminale, dotata delle componenti di prevenzione positiva. Il reato del soggetto individuale non imputabile e pericoloso è sanzionato con le misure di sicurezza, dotate della sola capacità di prevenzione speciale. Infine, per il reato commesso da persona giuridica colpevole (e pericolosa nel caso di applicazione delle sanzioni interdittive) si applicano le ‘nuove’ sanzioni punitive volte a perseguire le più superficiali, ma non meno efficaci, esigenze di prevenzione negativa.

Le sanzioni punitive a carico dell’ente collettivo, per i reati commessi dalle persone fisiche nel suo interesse o vantaggio e cui l’ente ha in qualche modo contribuito, rappresentano perciò il terzo binario del diritto penale criminale, accanto alle pene e alle misure di sicurezza.

⁶³² DE VERO, *La responsabilità dell’ente collettivo dipendente da reato: criteri d’imputazione e qualificazione giuridica*, cit., pp. 52 ss.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI – GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, pp. 189 ss.

ALESSANDRI, *Art. 27 comma 1° Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991.

ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 25 ss.

ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, III, Milano, 2006, 2103 ss.

AMARELLI, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 848 ss.

AMATO, *Le interferenze tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it, 2012, 2, 15 ss.

AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, 320 ss.

ANDRETTA-ROSOLEN, *Rete di imprese e d.lgs. 231/2001: assoggettabilità?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, 26 ss.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

ARDITO-CATALANO, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i modelli 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, 13 ss.

ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 13 ss.

ASTROLOGO, *'Interesse' e 'vantaggio' quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs 231/2001*, in *ind. Pen.*, 2003, 649 ss.

ASTROLOGO, *Brevi noti sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 1, 187 ss.

BARBUTO, *Responsabilità amministrativa delle società per i reati commessi a suo vantaggio, è in vigore dal 4 luglio 2001 il d.lgs. n. 231/2001*, in *Impresa c.i.*, 2001, 6, 930 ss.

BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006.

BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 35 ss.

BAUDINO-SANTORIELLO, *Responsabilità amministrativa degli enti ed assicurazione del rischio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 59 ss.

BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, 56 ss.

BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. dir., Annali*, 2, 2008, 157 ss.

BERNASCONI-BEGHÈ, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 2, 43 ss.

BERNASCONI, *Art. 5 – Responsabilità dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 97 ss.

BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 117 ss.

BORTOLOTTO-DE SANCTIS, *Modello organizzativo e piccole imprese: quale realtà?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 2, 83 ss.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 2007, 35, 40 ss.

BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, (1970), in *Scritti di diritto penale*, II, II, Milano, 1997, 2975 ss.

BRUNELLI-RIVERDITI, *Art. 1 - I soggetti*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 75 ss.

CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, 73 ss.

CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.

CARMONA, *La “colpa in concreto” nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass.pen.*, 2009, 4585 ss.

CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1877.

CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 209 ss.

CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 77 ss.

COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2004, 90 ss.

CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 4, 111 ss.

CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007, 235 ss.

DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 753 ss.

DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1348 ss.

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli*

enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 57 ss.

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2012.

DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 ss.

DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri d'imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 3 ss.

DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004.

DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 2, 173 ss.

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 3 ss.

DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 1, 63 ss.

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 19 ss.

DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.

DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 316 ss.

EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 3, 73 ss.

EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 4, 149 ss.

EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011.

EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 4, 19 ss.

FALZEA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi per Lorenzo Campagna*, I, Milano, 1982, 285 ss.

FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958.

FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 2001, 29, 9 ss. e 79 ss.

FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 223 ss.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009.

FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. Pen.*, 2010, 12, 4079 ss.

IORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5101 ss.

FLORA, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in *St. urb.*, 1994-95, 529 ss.

FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.

FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Milano, 1997.

GANDOSI, *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 244 ss.

GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani correlati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061 ss.

GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità delle società*, in *Studi senesi*, 2006, 239 ss.

GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei Modelli Organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 3, 11 ss.

GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti: per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001.

GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in DE FRANCESCO (a cura di) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, 35 ss.

GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in

Riv. Trim. dir. pen. ec., 2004, 1 ss.

GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003

GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006.

IPPOLITO, *Il regime di responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 nel settore sanitario: profili di applicabilità e valutazioni di opportunità nella prospettiva di una sanità virtuosa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 4, 31 ss.

IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità “amministrativa - codici di autodisciplina”)*, in *Giur. comm.*, 2003, 693 ss.

LECIS, *L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 1, 45 ss.

LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it.*, 1937, 361 ss.

LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, 1897.

LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 127 ss.

LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2287 ss.

LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886.

MANACORDA, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 195 ss.

MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista.*, in *Cass. pen.*, 2003, 1101 ss.

MASSI, *‘Pubblico’ e ‘privato’ nello statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli, 2011.

MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, Napoli, 2012.

MARINUCCI, *“societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.

MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445 ss.

MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, 27 ss.

MINNELLA, *D.Lgs. n. 231/2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp*, in [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 dicembre 2011.

MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale (prima parte)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 4, 101 ss.

MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, 7 ss.

NAPOLEONI, *Le “vicende modificative”: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 2, 139 ss.

NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri*

ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 293 ss.

ORESTANO, *Il problema delle “persone giuridiche” in diritto romano*, Torino, 1968.

PADOVANI, *Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1973, 566 ss.

PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di “giustizia punitiva”*, Torino, 2004, 13 ss.

PAGLIARO in AA.VV., ‘*Societas puniri potest*’. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 71 s.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.

PALIERO, *Il d.lgs. n.231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, 845 ss.

PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d’imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 47 ss.

PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di “giustizia punitiva”*, Torino, 2004, 21 ss.

PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 3, 167 ss.

PALMIERI, *Modelli organizzativi, diligenza e “colpa” amministrativa*

dell'impresa, in *Dir. prat. soc.*, 2001, 10, 9 ss.

PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi da reato'*, Torino, 2006.

PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005.

PECORELLA, *Principi generali e criteri d'attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 67 ss.

PEDRAZZI, *La responsabilité pénale non individuelle*, (1978), in *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 201 ss.

PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1353 ss.

PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 65 ss.

PIERGALLINI, *societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 571 ss.

PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

PIERGALLINI, *I Modelli Organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Milano 2010, 152 ss.

PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 11, 1342 ss.

PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it, 2006, 1, 15 ss.

PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.

PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 953 ss.

PULITANÒ, *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità "da reato"*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Milano, 2007, 25 ss.

Relazione ministeriale allo schema di d.lgs. recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica", in www.confindustria.it.

RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009.

ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393 ss.

RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I Modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 1297 ss.

ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 2, 179 ss.

ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su chi vigila il d.lgs. 231?*, in *Gli speciali. D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, 20 ss.

SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle*

imprese, Milano, 2004.

SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2007, 4, 50 ss.

SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 1, 161 ss.

SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, www.rivista231.it, 2008, 3, 49 ss.

SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'imprese*, Milano, 2006.

SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio d'iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.

SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 65 ss.

SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it, 2006, 1, 7 ss.

STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 463 ss.

SUTHERLAND, *White collar crime*, trad. it., Milano, 1987.

TRIPODI, *“situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”*: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv.*

trim. dir. pen. ec., 2004, 483 ss.

TUTINELLI, *Il ruolo del profitto nel sistema della responsabilità degli enti (prima parte)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 4, 79 ss.

VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012.

VERNERO – DE SANCTIS, *Il collegio sindacale quale organismo di vigilanza: la ridefinizione legislativa dei requisiti di indipendenza, professionalità, continuità di azione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2013, 2, pp. 145 ss.

VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 2002.

VINCIGUERRA–CERESA GASTALDO–ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004.

VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in AA.VV., *'Societas puniri potest'. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 196 ss.