

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti

**COMPLIANCE PROGRAMS E RESPONSABILITÀ “DA REATO”
DEGLI ENTI: ANALISI COMPARATIVA DEL SISTEMA GIURIDICO
ITALIANO E STATUNITENSE. POSSIBILI INTERAZIONI.**

RELATRICE

**Chiar.ma Prof. ssa
Elisa Scaroina**

CANDIDATA

**Michela Fonsmorti
Matricola 109423**

CORRELATRICE

**Chiar.ma Prof. ssa
Maria Lucia Di Bitonto**

ANNO ACCADEMICO 2014 – 2015

Compliance programs e responsabilità “da reato” degli enti:
analisi comparativa del sistema giuridico italiano e statunitense.
Possibili interazioni.

INTRODUZIONE

Capitolo I **Societas delinquere (non) potest**

Sezione I

Contesto americano

1. Il retroterra culturale e giurisprudenziale
 - 1.1. La disciplina del respondeat superior e le implicazioni pratiche
 - 1.2. Il rimedio della self regulation: I codici etici
 - 1.3. The U.S. Commission and the Sentence Guidelines of 1991
 - 1.4. The carrot-stick approach
 - 1.5. Il ruolo del DoJ
 - 1.6. The Sarban Oxley Act and the Sentence Guidelines of 2004
 - 1.7. La funzione dei compliance programs
 - 1.8. Le risposte del DoJ e il futuro delle Sentence Guidelines

Sezione II

Contesto italiano

- 1.9. Il panorama legislativo
- 1.10. L'impostazione del D.lgs. 231/2001
- 1.11. La questione della natura della responsabilità dell'ente
- 1.12. La posizione della giurisprudenza
- 1.13. I criteri oggettivi di imputazione

- 1.14. I criteri soggettivi di imputazione : la colpa organizzativa
- 1.15. La funzione dei modelli organizzativi

Capitolo II

I modelli organizzativi

- 2. La struttura dei compliance programs americani
 - 2.1. La struttura dei modelli organizzativi italiani
 - 2.1.1. La teoria del rischio consentito
 - 2.1.2. Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza
 - 2.2. I punti di contatto e le differenze tra i due sistemi
 - 2.3. I riflessi sulla funzione preventiva
 - 2.4. Le caratteristiche della funzione premiale
 - 2.5. L'efficace attuazione dei modelli nei due ordinamenti
 - 2.6. Le ripercussioni sul piano pratico

Capitolo III

Il futuro della colpa organizzativa

- 3. Riflessioni derivanti dalla comparazione
 - 3.1. Le proposte della dottrina
 - 3.2. Le criticità del modello americano
 - 3.3. Le criticità del modello italiano
 - 3.4. I rispettivi punti di forza
 - 3.5. Le possibilità di interazione
 - 3.6. Le prospettive di riforma del D.lgs. 231/2001

Conclusioni

Compliance programs e responsabilità amministrativa degli enti: analisi comparativa del sistema giuridico italiano e statunitense. Possibili interazioni.

INTRODUZIONE

Per molto tempo la tradizione giuridica ha accolto il principio per cui *societas delinquere non potest*. Il rispetto del brocardo latino ha fatto sì che sia negli ordinamenti di *civil law* che negli ordinamenti di *common law* si radicesse l'idea che soltanto le persone fisiche potessero commettere azioni penalmente rilevanti. Seguendo questo dogma, sono state formulate varie teorie che sostengono che solo l'essere umano ha la capacità di autodeterminarsi e di compiere una scelta giudicabile moralmente e pertanto, solo gli individui possono essere soggetti del diritto penale, che si basa proprio su fattori psico-fisici non riferibili alle società. Le persone giuridiche sono state classificate come delle entità fittizie, create per agevolare operazioni commerciali che vedono come protagonisti pur sempre gli individui e che non hanno una propria autonomia, non sono dunque dotate di una volontà propria in grado di rispettare il principio di colpevolezza, baluardo del diritto penale.

Queste osservazioni sono il frutto di teorie formali della dottrina che però vengono smentite da un'analisi politica della realtà.

In seguito alla rivoluzione industriale, le *corporations* hanno assunto un ruolo predominante sulla scena economica mondiale, mostrando capacità di danneggiare il mercato, la società, l'ambiente, potenzialmente molto più forti dei singoli individui.

Il potere che le società esercitano nel settore economico è indiscutibile e gli effetti che la politica d'impresa ha sul mercato e sulla vita di tutti i consociati possono essere devastanti. Le recenti vicende giudiziarie che hanno coinvolto colossi del mercato globale hanno provato che la necessità di regolamentare il modo di operare delle imprese non poteva essere più ignorata.

La complessità crescente delle organizzazioni moderne ha posto problemi seri di individuazione della responsabilità per le conseguenze derivanti da condotte contrarie alla legge da parte degli agenti delle imprese, in particolare quando tali condotte hanno una rilevanza penale.

Nel contesti giuridici considerati in questo lavoro si condivide il principio base per cui coloro che commettono un reato per arrecare un beneficio alla società per cui lavorano debbano rispondere penalmente della loro condotta. Ciò che invece fa sorgere diversi interrogativi è se la persona giuridica cui appartiene l'agente sia giuridicamente responsabile per quel reato commesso nel suo interesse. E, in tal caso, si tratta di una responsabilità civile o di una responsabilità penale? Laddove si ammettesse che si parla di responsabilità penale, quali sono i criteri in base ai quali l'ente può essere considerato penalmente responsabile?

A queste domande sono state date risposte molto diverse, tra cui però possono individuarsi dei tratti comuni. Ed è proprio dall'analisi comparatistica di tali elementi che è possibile scorgere degli spunti utili per il miglioramento del sistema.

In questo lavoro si considerano due sistemi, quello statunitense e quello italiano, appartenenti a tradizioni culturali e giuridiche molto distanti tra loro, che hanno elaborato due modelli di *corporate liability* basati su principi opposti, da cui però uno, il modello italiano, è stato profondamente influenzato.

Nel primo capitolo si analizzano i percorsi storici che hanno portato all'affermazione della responsabilità degli enti nei rispettivi ordinamenti e si descrivono i caratteri generali e i principi che ispirano i modelli elaborati.

Negli Stati Uniti è stata introdotta la *corporate criminal liability* ma è stata rifiutata l'idea di una *mens rea* della *corporation* che ne giustificasse la colpevolezza. Il risultato è che la società è ritenuta automaticamente responsabile penalmente per i reati commessi dai suoi dipendenti senza che sia necessario un criterio soggettivo di imputazione, così se la persona fisica è colpevole e ha agito per conto della *corporation* allora anche la *corporation* è colpevole in virtù della *vicarious liability*.

In Italia è stata accolta la responsabilità da reato degli enti classificandola come amministrativa, proprio per aggirare gli ostacoli posti dai principi costituzionali sanciti dall'art 27 ed eliminare all'origine qualsiasi obiezione che riguardasse la violazione del principio di colpevolezza. In realtà nonostante l'etichetta formale, il Legislatore italiano ha creato un modello dal contenuto sostanzialmente di tipo penale, stabilendo per l'ente il rispetto delle garanzie che tipicamente contraddistinguono non solo il procedimento penale ma anche la parte sostanziale del diritto penale. Per evitare di introdurre nell'ordinamento giuridico un'ipotesi di responsabilità oggettiva così come è stato fatto nel contesto statunitense, il d.lgs. 231/2001 prevede non solo dei criteri oggettivi di imputazione dell'ente ma anche un criterio soggettivo, la c.d. colpa di organizzazione. L'ente è responsabile se il reato è stato agevolato da un *deficit* organizzativo che si risolve in una violazione degli obblighi di gestione e di vigilanza dell'ente.

In entrambi i sistemi un ruolo primario è attribuito all'adozione di efficaci *compliance programs*, ovvero dei modelli di organizzazione e gestione dell'impresa che rappresentano lo strumento principale per garantire un funzionamento razionale e conforme ai doveri imposti dalla legge durante lo svolgimento dell'attività lavorativa. I *compliance programs*, se attuati

efficacemente, costituiscono l'evidenza di una struttura aziendale sana. Il problema centrale è che questa valutazione non può essere effettuata *ex ante*, ma sarà rimessa al giudice che nel caso concreto dovrà decidere della idoneità del modello, orientando la sua decisione in base alle indicazioni generali fornite dalla legge ed interpretate secondo la sua discrezionalità.

Nel secondo capitolo si osserva nello specifico il ruolo che i modelli organizzativi assumono nei rispettivi ordinamenti e le conseguenze che ne derivano. Lo scopo comune più importante della disciplina che riguarda l'ente è la prevenzione dei reati e quindi la creazione di un meccanismo di imputazione che incentivi la persona giuridica a dotarsi di un modello di *compliance* idoneo a ridurre al minimo il rischio che un reato possa verificarsi. Questo incide sulla struttura che il *compliance program* dovrà avere: il modello deve adattarsi alla singola realtà aziendale in cui è destinato ad operare, perché l'unica possibilità che ha di essere efficace sul piano pratico è di renderlo il più possibile funzionale a regolare la specifica attività d'impresa cui si riferisce.

Se il Legislatore avesse previsto in astratto i requisiti di efficacia del modello probabilmente la sua portata si sarebbe ridotta alla previsione di mere norme di facciata senza alcuna effettività in concreto, perché sarebbe stato impossibile in astratto costruire un modello in grado di fronteggiare tutte le ipotesi di reato che riguardano ciascuna attività imprenditoriale.

Si analizzano dunque i singoli aspetti che riguardano la disciplina dei *compliance programs* americani e dei modelli organizzativi italiani, soffermandosi sui punti fondamentali che rappresentano le peculiarità di ciascuno dei sistemi e, soprattutto, le difficoltà che caratterizzano la loro effettiva applicazione.

Nel terzo capitolo si torna a guardare alla disciplina nel suo insieme e se ne sottolineano i rispettivi punti di forza e di debolezza. Si cerca di compiere un'analisi critica di entrambi i modelli di imputazione, tenendo conto delle

differenti aree giuridiche in cui si sviluppano. Dallo svolgimento di una critica costruttiva si evince che il punto cardine dell'indagine è il futuro del concetto di colpa di organizzazione, come elemento soggettivo di imputazione del reato all'ente.

Nel panorama statunitense questa idea non assume rilievo dal punto di vista della sussistenza della responsabilità, però da più voci autorevoli della dottrina è discussa l'opportunità di una riconsiderazione della *strict liability* come meccanismo di imputazione, ritenuto ormai insufficiente e incapace di assolvere il compito di prevenzione imposto dalla politica criminale.

Al contempo, in Italia, nonostante l'esistenza di un paradigma di imputazione rispettoso del principio di colpevolezza, si denuncia l'invecchiamento precoce del sistema nel suo complesso, che non riesce a stare al passo con le rapide evoluzioni delle strutture di impresa più moderne e rischia di perdere coerenza e sistematicità cercando di ovviare al problema mediante un confuso ampliamento della parte speciale del decreto, senza curarsi del bisogno di una riflessione più profonda che riguardi principalmente il nucleo sostanziale del provvedimento.

Numerosi spunti di ragionamento sono forniti da un'altra esperienza giuridica internazionale, quella dell'ordinamento australiano, che ha saputo superare molte delle questioni che affliggono la disciplina italiana tramite l'elaborazione della *corporate culture theory*.

Di certo questa dottrina non potrebbe essere applicata in valore assoluto al contesto italiano, dove si deve far fronte ad altre peculiarità e si è già testimoni di un valido modello giuridico di responsabilità degli enti.

Tuttavia, sosteniamo che dall'interazione dei modelli giuridici considerati, il Legislatore italiano possa trarre interessanti prospettive di riforma del d.lgs. 231/2001, risolvendo alcune delle principali problematiche che impediscono al provvedimento di sfruttare tutte le sue potenzialità.

CAPITOLO I

SOCIETAS DELINQUERE (NON) POTEST

Sommario: 1. Il retroterra culturale e giurisprudenziale; 1.1. La disciplina del respondeat superior e le implicazioni pratiche; 1.2. Il rimedio della self regulation: I codici etici; 1.3. The U.S. Commission and the Sentence Guidelines of 1991; 1.4. The carrot-stick approach; 1.5. Il ruolo del DoJ; 1.6. The Sarban Oxley Act and the Sentence Guidelines of 2004; 1.7. La funzione dei compliance programs; 1.8. Le risposte del DoJ e il futuro delle Sentence Guidelines 1.9. Il panorama legislativo; 1.10. L'impostazione del D.lgs. 231/2001; 1.11. La questione della natura della responsabilità dell'ente: 1.12. La posizione della giurisprudenza; 1.13. I criteri oggettivi di imputazione; 1.14. I criteri soggettivi di imputazione : la colpa organizzativa; 1.15. La funzione dei modelli organizzativi.

Sezione I

Contesto americano

1. Il retroterra culturale e giurisprudenziale

Con l'espressione *corporate criminal liability* la legge federale statunitense indica la responsabilità della *corporation* per i crimini commessi dai suoi membri nell'ambito della loro attività lavorativa con l'intento di

apportare un beneficio all'impresa (oltre che procurarsi eventualmente un vantaggio personale).

Nella tradizione di *common law*, così come in quella di *civil law* la configurabilità di una responsabilità dell'ente è il frutto di un lungo percorso che ha seguito delle tappe diverse nell'una e nell'altra esperienza e ha portato a ritenere che le persone giuridiche¹, al pari delle persone fisiche, possano essere autrici di un reato ma secondo delle impostazioni molto distanti tra loro.

Il riconoscimento della capacità criminale delle società si deve in primo luogo alla *English common law*, nell'abito della quale i giudici hanno dapprima affermato la responsabilità della *corporation* per i crimini di *nonfeasance*². Soltanto nel XVII sec. è stata affermata la responsabilità anche per i reati di *misfeasance*, sulla base della traslazione dell' istituto della *vicarious liability* dalla *tort law* alla *criminal law*³, ad esclusione dei reati però che presentano tra gli elementi costitutivi una "dimensione morale" e di quelli che sono sanzionati con pene applicabili soltanto agli esseri umani. Tuttavia, le corti inglesi ancora oggi rifiutano l'applicazione della principio del *respondeat superior* e ammettono la *vicarious liability* in campo penale solo per i reati costruiti unicamente sull'elemento oggettivo, mentre se il reato richiede un elemento psicologico (*mens rea*) del suo autore allora l'ente è responsabile solo se il

¹ Per semplicità di trattazione ci riferiremo alle persone giuridiche ma la nostra analisi ha come soggetti anche enti privi di personalità giuridica.

² Nel XVII sec. la mancanza di una teoria sulla *vicarious liability* non permise ai giudici inglesi di trovare un appiglio giuridico che consentisse l'incriminazione delle società, considerate delle entità artificiali mancanti di una dimensione fisica, necessaria per soddisfare il requisito del compimento di un'azione materiale che desse vita all'illecito.

³ A. WEISSMANN and D. NEWMAN, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, *Indiana Law Journal*, vol. 82, n. 2, Spring 2007, 419.

reato è stato commesso da un soggetto in *high-level hierarchy* sulla base della *identification theory*⁴.

Il *leading case* che sintetizza questo schema in modo chiaro e definitivo è il *Tesco Ltd. V. Nattrass del 1972*⁵.

Il riferimento è d'obbligo perché la giurisprudenza inglese costituisce il presupposto su cui si sviluppa l'orientamento americano, che invece affermerà poco più tardi la responsabilità penale della *corporation* per i reati commessi da qualsiasi soggetto che agisca per conto dell'ente, anche per le fattispecie caratterizzate dall'elemento soggettivo sulla base del principio civilistico del *respondeat superior*, ampliando di gran lunga la portata della *vicarious liability* nel sistema penale. La piena responsabilità penale delle persone giuridiche viene riconosciuta per la prima volta dalla Corte Suprema nel 1909 con la sentenza *New York Central & Hudson River*⁶. La decisione non scaturisce ovviamente da una deliberata presa di posizione della Corte ma dalla

⁴ Secondo questa teoria, le persone che occupano una posizione di vertice all'interno di una società si identificano con la stessa e le loro azioni devono essere considerate come della società, attribuite alla sua volontà. Il merito è quello di aver riconosciuto una sfera di autonomia alle imprese, viste come entità a sé stanti, a condizione però che le condotte da cui deriva la responsabilità dell'ente siano tenute da un gruppo ristretto di persone che per il ruolo che svolgono possano "identificarsi" con l'ente. Questa caratteristica è soddisfatta soltanto da coloro che ricoprono una funzione manageriale all'interno della struttura aziendale, con la conseguenza che i reati commessi da semplici dipendenti non possono essere collegati alla "mente" della società. Per una dettagliata ricostruzione delle teorie sulla *corporate criminal liability* sviluppate dalla dottrina nei Paesi di *common law* si veda N. CAVANAGH, *Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault*, The Journal of Criminal Law, Vathek Publishing, October 2011, Vol. 75, No. 5, pp. 414-440.

⁵ *Tesco Supermarket Ltd v. Nattrass*, 1972 A.C., 153. Per una puntuale spiegazione della teorizzazione della dottrina dell'alter ego espressa in questa sentenza si veda C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, 150 e ss.

⁶ *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481, 1909.

violazione dell' *Elkins Act del 1903*⁷, una legge federale emanata dal Congresso in risposta alle pressioni esercitate dal Presidente Roosevelt volte alla creazione di un sistema di responsabilità penale per le ferrovie e altre industrie. Nell'affermare la responsabilità penale della New York Central, la Corte ha stabilito che il parametro a livello federale da osservare è da ricondurre allo schema del *respondeat superior*⁸.

Quello che però preme sottolineare in questa breve ricostruzione dell'origine della *corporate criminal liability* è la ragione che sottende la sua introduzione nel sistema giuridico americano: la necessità di far fronte al proliferare dei reati commessi nell'ambito dell'attività d'impresa (i c.d. *white-collar crimes*), derivanti da un rapido processo di industrializzazione e dai profondi mutamenti che hanno caratterizzato il contesto economico e sociale di quegli anni.

Per molto tempo è sembrato sufficiente perseguire le persone singole che operassero nell'ambito delle società, ma questa soluzione si è rivelata inadeguata quando lo sviluppo del capitalismo ha comportato l'evoluzione degli schemi aziendali, la creazione di strutture organizzative basate su una deverticalizzazione dei processi decisionali che spesso impediscono la stessa individuazione della persona fisica responsabile dell' *actus reus* e ancora più improbabile la possibilità di riscontrare la *mens rea*.

⁷ Per una dettagliata descrizione della vicenda si veda S.S. BEALE, *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, Duke University School of Law, January 6, 2014, A version of this paper was presented at the German Conference on Comparative Law, Marburg Germany, September 2013, 4 e ss.

⁸ Id., 5 per una efficace spiegazione del principio in questione: "As in tort law, the corporation may be held responsible for acts of the agent in the course of his employment when the act is done in whole or part for the benefit of the principal, here the corporation. Rather than construing an agent's powers strictly, the Court stated that a corporation is held responsible for acts an agent has "assumed to perform for the corporation when employing the corporate powers actually authorized".

Succede che la decisione non sempre (anzi quasi mai) è attribuibile ad un unico soggetto o al *management* della società, sono gli stessi *managers* ad affidare determinate scelte a dei soggetti subordinati che però abbiano delle competenze tecniche specifiche di cui l'organo direttivo è carente.

Altre volte si assiste ad una settorializzazione del lavoro che scompone l'attività d'impresa in tanti piccoli segmenti senza che nessuno degli addetti a ciascuna fase abbia un quadro completo del "prodotto" finale, fenomeno che ha giustificato l'entusiasmo della *House of Lords* per l' *aggregation doctrine*⁹,

⁹ L'idea cardine di questa dottrina è che la società può essere riconosciuta responsabile di un crimine derivante dalla somma di una serie di azioni commesse da diversi individui che siano rilevanti all'interno del processo decisionale, a prescindere dall'esistenza della prova della colpevolezza dei soggetti agenti. Tale ricostruzione ha il merito di avvicinarsi notevolmente alle moderne dinamiche interne delle imprese ma ha il difetto di mantenere un legame molto stretto con il principio di identificazione. Se da un lato riesce a cogliere la difficoltà che un singolo individuo possa avere un quadro completo dell'iter procedimentale che ha portato ad una determinata scelta, dall'altro lato fallisce nel recuperare un'immagine autonoma della società, continuando a raffigurarla come una somma di individui piuttosto che come un'autonoma entità. *The aggregation doctrine* dimentica che la decisione del gruppo può essere ben distinta dalla decisione dei singoli e che la colpa dell'ente non coincide con la colpa della persona fisica, poiché dipendono da fattori differenti.

Il rischio è che persone innocenti siano riconosciute colpevoli del reato conseguente alla scelta collettiva senza che nessuno dei soggetti coinvolti abbia una piena consapevolezza degli effetti di quella decisione o che addirittura sia a conoscenza della decisione finale, cui si aggiunge la possibilità che l'ente sia ritenuto responsabile di un reato commesso da un soggetto in cui si identifica nonostante quella condotta non rientrasse nella politica d'impresa ma per il solo fatto che sia tenuta da un soggetto qualificato.

E. LEDERMAN, *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaption and Imitation toward Aggregation and the Search for Self Identity*, Buffalo Crim. L. Rev., 2000, 641-673. Per una definizione sintetica del concetto principale di questa dottrina, si veda C.M.V. CLARKSON, *Corporate Culpability*, 1998, Web JCLI at <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html>: "Under the aggregation doctrine, one combines all the acts and mental elements of the various relevant persons within the company to ascertain whether in total they would amount to a crime if they had all been committed by one person".

una teoria accolta per la prima volta nel caso *Meridian*¹⁰ del 1995 e che sembrava potesse superare la rigida impostazione della teoria dell'identificazione, abbandonando il concetto della *strict liability* a favore della determinazione di una “colpa dell'ente”.

1.1. La disciplina del respondeat superior

La storia americana della *corporate criminal liability* inizia ufficialmente con la sentenza *N.Y. Central Railroad* perché in quella occasione la Corte Suprema ha prima di tutto sancito la costituzionalità dell'*Elkins Act*, quindi la possibilità che una legge federale preveda la responsabilità penale delle persone giuridiche, e ne ha poi giustificato la decisione sia sul piano empirico¹¹ che sul piano giuridico. Di fronte alle obiezioni della difesa, che contestava la capacità dell'ente di commettere un reato, in quanto incapace di agire materialmente e di “pensare” in modo illecito, la Corte non ha esitato nell'applicare il principio del *respondeat superior*, mutuato dalla *tort law*.

Di fatto questo istituto chiama a rispondere delle azioni illecite commesse da una certa persona il soggetto che riveste una posizione di garanzia in forza di un preesistente rapporto con il primo.

Nel campo civilistico l'istituto assicura che la persona danneggiata dall'illecito venga risarcita, perché obbligata a rispondere del danno è la

¹⁰ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. V. Securities Commission*, in *W.L.R.*, 11 Aug. 1995, 413 e ss., menzionato da DE MAGLIE, op. cit., 158.

¹¹ *N. Y. Cent. & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481, 492-493, 1909: “Since a corporation acts by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the things done. If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously”.

corporation che avrà senz'altro una capacità patrimoniale maggiore rispetto a quella del dipendente. Sul piano penalistico l'istituto si traduce in una imputazione automatica alla società del fatto criminoso commesso da un suo agente. Secondo la Corte:

“a corporation could constitutionally be convicted of a crime when one of its agents had committed a criminal act within the scope of his or her employment, and for the benefit of the corporation”¹².

Occorre precisare che la giurisprudenza ha sempre interpretato in via estensiva questi criteri: per agente si intende qualsiasi dipendente dell'impresa legato ad essa da un rapporto lavorativo non necessariamente continuativo, che abbia agito anche solo in parte al fine di apportare un vantaggio all'ente (ma principalmente per un interesse personale), nonostante poi di fatto questo vantaggio non si sia verificato; che abbia commesso il reato durante lo svolgimento dell'attività lavorativa, seppure il reato sia conseguenza di una condotta non autorizzata o addirittura contraria alla politica aziendale¹³.

Concretamente ciò implica che l'ente è ritenuto penalmente responsabile di qualsiasi condotta criminosa tenuta da un suo dipendente, perfino quando l'azione viola le direttive e le istruzioni ricevute dalla *corporation*.

L'unico modo che l'ente ha di evitare un'incriminazione è dimostrare che non avrebbe potuto trarre nemmeno potenzialmente alcun beneficio dal reato, anzi ne è stato danneggiato¹⁴.

¹² Id., 494.

¹³ Coerente con questa interpretazione per tutti si veda *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1973.

¹⁴J. ARLEN, *The evolution of Corporate Criminal Liability: Implication for Managers*, ch.17 in *Leadership and governance from the inside out* by R. GANDOSSY and J.SONNENFELD, 2004, 4. In questo senso anche P.A.WELLNER, *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*, *Cardozo Law Review*, Vol. 27:1, 2006, 504: “In practice, federal prosecutors bear a light burden when proving that an agent's act fell within the scope of employment and that it was

Ai fini della nostra trattazione è importante notare come la responsabilità penale degli enti nel sistema americano sia stata costruita ignorando completamente la ricerca di un criterio soggettivo di imputazione: siamo di fronte ad una responsabilità diretta della società, in quanto in alcun modo sostituisce quella della persona fisica che ha materialmente commesso il fatto, ad essa si aggiunge senza che però venga data alcuna possibilità all'ente di "salvarsi"¹⁵. Vedremo come neppure l'adozione di tecniche preventive (si pensi ai codici etici prima e ai *compliance programs* poi) saranno utili ad evitare un'imputazione automatica della *corporation*¹⁶.

designed to benefit the corporation. If the agent is convicted and the prosecutor chooses to indict the corporation, a conviction of the corporation is likely to follow. This burden is light because as long as the actions were not adverse to the interests of the corporation, the burden will be met. It does not matter whether the corporation actually benefited from the actions, or whether the agent explicitly intended to benefit the corporation. Since the elements required to convict a corporation for its agent's job-related criminal acts are relatively straightforward, the vicarious liability standard is by nature a very broad standard of criminal liability”.

¹⁵ WEISSMAN and NEWMAN, op. cit., 423: “Indeed, such is the state of the modern doctrine of vicarious criminal corporate liability that under federal law, the corporation can be held liable for agents no matter what their place in the corporate hierarchy and regardless of the efforts in place on the part of corporate managers to deter their conduct”.

¹⁶E. B. DISKANT, *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure*, The Yale Law Journal, 2008, 140: “As a result, corporations are routinely threatened and actually prosecuted for the conduct of individual employees despite the fact that there may be considerable doubt about whether Congress ever intended for such conduct to create criminal liability for the corporation as an entity”.

1.2. Il rimedio della self-regulation: i codici etici

Data la forte politica repressiva attuata dal governo americano e la severa applicazione della legge federale da parte della giurisprudenza, le imprese hanno reagito cercando di manifestare uno spirito collaborativo con le forze dell'ordine, muovendo una lotta interna ai crimini commessi dai propri dipendenti tramite l'adozione di codici comportamentali che dettassero delle linee-guida per lo svolgimento dell'attività d'impresa.

In sostanza, i codici etici erano un' insieme di regole scritte, anche molto dettagliate, con cui gli enti si auto-regolamentavano nella speranza, da un lato, di prevenire eventi criminosi, dall'altro, di "impietosire" le giurie nell'ipotesi in cui un reato si fosse ugualmente verificato.

L'obiettivo era quello di dimostrare ai giudici che l'impresa era stata diligente, infatti, dotandosi di tali codici, aveva fatto quanto possibile per evitare che i propri dipendenti agissero illecitamente e che quindi quella condotta criminosa non poteva essere imputata alla *corporation*, che anzi aveva cercato di prevenire proprio quel genere di comportamenti.

Il tentativo si è rivelato infruttuoso: i codici etici presentavano una grave lacuna, la mancanza di un sistema sanzionatorio che rappresentasse una valida risposta alle eventuali violazioni della disciplina in essi contenuta; inoltre, stante la rigida applicazione del principio del *respondeat superior* da parte della giurisprudenza, questo modello non attribuiva alcun valore al rispetto della *due diligence*¹⁷. I codici etici tuttavia sono considerati gli antenati dei *compliance programs* istituiti successivamente dalla *U.S. Commission* che, sebbene non impediscano l'imputazione della *corporation*, sicuramente

¹⁷ Si è già osservato come la giurisprudenza dominante ritenesse l'ente responsabile penalmente del reato commesso da un suo *agent* anche quando avesse agito in contrasto con la politica dell'impresa. Si veda nota 13. Supporta questa ricostruzione anche DE MAGLIE, op. cit., 109 che riporta la sentenza *U.S. v. Twen*.

svolgono un ruolo più significativo secondo il quadro delineato dalle *Federal Organizational Guidelines*.

1.3. The U.S. Commission and the Sentence Guidelines of 1991

Apparentemente lo scenario cambia con l'emanazione delle Sentence Guidelines nel 1991 da parte della *U.S. Commission*.

La politica federale è stata da subito molto severa nei confronti della criminalità d'impresa. Con l'adozione del *Reform Act* nel 1984 il Congresso ha creato un organo indipendente all'interno del potere giudiziario, la *U.S. Sentencing Commission* appunto, al fine di formulare delle linee-guida che orientassero le decisioni dei giudici nella commisurazione delle pene da infliggere sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche, in modo da assicurare un trattamento il più possibile equo per i medesimi reati e soprattutto per restringere la discrezionalità delle Corti federali nell'applicazione dei criteri di commisurazione delle pene.

Il lavoro della Commissione è sfociato nell'adozione delle *Federal Organizational Guidelines* del 1991, un insieme di linee-guida vincolanti per i giudici federali, tenuti quindi ad osservare le direttive in esse previste per determinare la sanzione da applicare alle *corporations*.

Il sistema delineato presenta una struttura bifasica: la Corte deve prima calcolare la *base fine*, data da una serie di elementi oggettivi che riguardano la fattispecie specifica, e poi deve valutare altri elementi attinenti al *culpability score*, che possono condurre ad un inasprimento o affievolimento della sanzione, una sorta di "circostanze attenuanti e aggravanti" del reato. Tra i fattori di *leniency*, le *Guidelines* danno rilievo all'efficace adozione di programmi volti a prevenire e scoraggiare la commissione di reati.

Il merito di questa impostazione è di aver creato lo spunto per una differenziazione tra il *corporate intent* e l' *agent intent*, almeno sotto il profilo del grado di colpevolezza. Infatti è utile sottolineare fin da ora che, anche dopo l'entrata in vigore delle *Organizational Guidelines*, l'efficace implementazione dei *compliance programs* non esclude la responsabilità della *corporation* ma può, a differenza della situazione precedente, contribuire a ridurre in modo significativo l'ammontare delle *finis* da applicare.

Si osserverà in seguito che oggi, perché la sanzione possa effettivamente essere ridotta, non basta che l'ente si sia dotato di un *compliance program* ma occorre che sia stato anche efficacemente attuato, in altre parole che sia "effettivo".

Le *Guidelines* forniscono sette criteri ai quali i giudici devono fare riferimento per valutare se l'ente abbia concretamente regolamentato l'organizzazione interna e sia quindi meritevole di una riduzione della pena¹⁸. Nell'ottica delle *Guidelines*, i modelli organizzativi svolgono una duplice funzione: per un verso, fungono da *deterrent* e incentivano le imprese ad adottare dei meccanismi interni di prevenzione dei reati per evitare "a monte"

¹⁸U.S. Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, 1991, ch.8 A1.2, testo riportato da K.B. HUFF, *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, Columbia Law Rev. 1252, 1996, Vol. 96, 1268: "The seven elements are as follows: (1) the compliance program should be "reasonably capable of reducing the prospect of criminal conduct"; (2) "high-level personnel" must be "assigned overall responsibility to oversee compliance"; (3) the corporation must use "due care not to delegate substantial discretionary authority" to those who may have "a propensity to engage in illegal activities"; (4) the corporation must "communicate effectively its standards"; (5) the corporation must take "reasonable steps to achieve compliance" such as the use of monitoring; (6) the standards must be "consistently enforced"; (7) the corporation must take "all reasonable steps to respond appropriately" when an offense has been detected".

una incriminazione¹⁹, per altro verso modulano la *redistribution* della pena, nel caso in cui nonostante l' autoregolamentazione un reato sia stato commesso.

Se questi obiettivi possano dirsi raggiunti è questione dibattuta soprattutto in dottrina²⁰. Autorevoli voci auspicano principalmente una rielaborazione del ruolo che i *compliance programs* giocano nella

¹⁹ Nulla impedisce che i *prosecutors* tengano conto dell'adozione dei *compliance programs* nel decidere se perseguire una società o meno. Vedremo in seguito come il Department of Justice goda di ampia discrezionalità nel valutare se portare avanti un'azione penale e uno degli elementi determinanti è proprio il livello di *compliance* raggiunto dall'impresa, fermo restando che la scelta è sempre di natura opportunistica e non è assolutamente dettata da un limite giuridico. In questo senso si veda K.B. HUFF, *op. cit.*, 1269: "Prosecutors may consider the existence of a compliance program in determining whether to file charges against a corporation. 82 Indeed, the Justice Department has suggested to United States Attorneys that in determining whether to prosecute a defense contracting fraud case, the existence of a compliance program is a significant factor" where it is "in place prior to the commencement of the illegal activity. Of course, prosecutors may give little weight to a compliance program that has failed to prevent the crime. Nevertheless many prosecutors may give credit to a clearly defined compliance program that is implemented and executed in good faith. The possibility that federal prosecutors will be influenced by a diligently enforced corporate compliance program provides companies with an added incentive to develop such programs".

²⁰ Parte della dottrina sostiene una valorizzazione della funzione dei *compliance programs* nella costruzione del sistema di imputazione della *corporate criminal liability*. In questo senso, K.B. HUFF, *op. cit.*, 1262 e ss.; A. WEISSMANN, *op. cit.*, 423 e ss.; E.S. PODGOR, *A New Corporate World Mandates a "Good Faith" Affirmative Defense*, 44 *Am. Crim. Law Rev.*, 2007, 1537.

Altra parte della dottrina afferma invece che l'importanza assegnata ai modelli organizzativi dovrebbe essere totalmente rivista, in altre parole, abbandonata.

Si sostiene che nel momento in cui un reato viene commesso l'organizzazione ha fallito il suo compito così provando inequivocabilmente la propria inadeguatezza. Pertanto si otterrebbe addirittura l'effetto opposto di quello desiderato. Su questa linea, J.W. NUNES, *Comment: Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Selfreporting*, 27 *Ariz. St. L.J.*, 1995, n.85, 1039-1054; J.F. FATINO, *Corporate Compliance Programs: An Approach to Avoid or Minimize Criminal and Civil Liability*, 51 *Drake Law Rev.*, 2006, n.46, 81 a 88; R.A. BIERSCHBACH & A. STEIN, *Overenforcement*, 2005, 93.

determinazione della responsabilità dell'ente, che non può non coinvolgere la concezione "a monte" su cui si basa la responsabilità penale dell'ente.

La dottrina maggioritaria spinge verso la ricerca di una chiave soggettiva di imputazione del reato all'ente che abbandoni l'automatica correlazione tra l'*actus reus* dell'*agent* e la *corporate mens rea*.

Il tradizionale *vicarious liability approach* per sua natura non necessita di questo passaggio, anzi qualsiasi comportamento diligente dell'impresa è irrilevante giuridicamente se poi un reato comunque è posto in essere.

1.4. The carrot-stick approach

Alla base della filosofia delle *Federal Organizational Guidelines* vi sono due obiettivi: il primo è creare un sistema sanzionatorio uniforme che rispetti i canoni di certezza e uguaglianza del diritto, raggiunto mediante la limitazione della discrezionalità dei giudici nella scelta dei criteri di commisurazione della pena; il secondo e più ambizioso fine è quello di incentivare le imprese ad adottare una politica di prevenzione per evitare che i reati vengano commessi e, allo stesso tempo, attivare una "collaborazione" tra gli investigatori e le imprese attraverso una lotta interna alla criminalità.

Per raggiungere questo scopo si è ritenuto che non fosse sufficiente la minaccia della sanzione (come avviene per le persone fisiche), è la stessa struttura del *respondeat superior* a scoraggiare questo approccio, di fatto la persona "da minacciare" resterebbe la persona fisica, in quanto una volta commesso il reato è automatica la responsabilità penale della persona giuridica senza che questa possa avanzare la *defence due diligence*. Pertanto la U.S. *Commission* ha abbracciato la c.d. *carrot and stick philosophy*.

Il “bastone” è rappresentato dalla minaccia della enorme pena pecuniaria che l’impresa (e non l’agente) è tenuta a sopportare, bilanciata dalla “carota”, ovvero la “promessa” di una sostanziosa riduzione della sanzione (fino al 90%) se prima della commissione del reato l’ente si è munito di programmi *ad hoc* per ridurre al minimo il rischio che quell’evento si verificasse e abbia adottato una serie di misure interne di natura collaborativa per scoprire le condotte illecite portate avanti dai suoi dipendenti. Inoltre, un valore rilevante in questo senso è attribuito anche al comportamento che l’impresa adotta una volta che il reato è stato scoperto. Sostanzialmente se la *corporation* si mostra partecipativa rispetto alle indagini e anzi agevola il loro svolgimento, fornendo anche informazioni utili, tutto ciò verrà preso in considerazione al momento della commisurazione della pena (ovviamente lo stesso sarà fatto nell’ipotesi opposta).

Con questo sistema si “obbliga” l’ente a diventare una specie di “alleato” dei *prosecutors* nella speranza di dimostrare così che si trovano dallo stesso lato della “trincea” e che è stato fatto tutto il possibile per evitare la realizzazione di illeciti, inducendo il *prosecutor* a non formulare un *indictment* (ipotesi che rientra nella discrezionalità del DoJ) o per lo meno assicurandosi una riduzione significativa della pena pecuniaria, che farà la differenza fra la “morte” dell’impresa e la sua “sopravvivenza”²¹.

²¹ Per una esaustiva spiegazione del *carrot and stick approach*, si veda per tutti DE MAGLIE, *op. cit.*, 73. Sulle sue implicazioni pratiche, J. M. KAPIAN, L. S. DAKIN, M. R. SMOLIN, *Living with the Organizational Sentencing Guidelines*, California Management Rev., Vol. 36, n. 1, 1993, 137; L. K. EASTMAN, *Revising the Organizational Sentencing Guidelines to Eliminate the Focus on Compliance Programs and Cooperation in Determining Corporate Sentence Mitigation*, 94 Minn. L. Rev. 1620, 2010, 1625.

1.5. Il ruolo del DoJ

Il Department of Justice (DoJ) è il dicastero principale del governo federale americano che si occupa dell'amministrazione della giustizia e di quanto concerne la politica giudiziaria. Rappresenta gli Stati Uniti nelle cause a livello federale. A capo del Dipartimento vi è il *General Attorney*, ovvero un membro del Gabinetto, nominato dal Presidente degli Stati Uniti e confermato dal Senato. Appare chiaro quindi come la politica governativa e quella giudiziaria siano strettamente connesse. Ma ciò che sbalordisce gli ordinamenti di *civil law*, in particolare quello italiano, è la vastissima discrezionalità che il *Justice Department* ha nel decidere se esercitare o meno l'azione penale²².

I procuratori federali, così come quelli statali godono di un privilegio sconosciuto a tutti gli altri ordinamenti, le scelte di politica giudiziaria non sono soggette ad alcun controllo né interno all'organo giudiziario, né esterno e vantano la massima autonomia²³.

Questa impostazione discende dal ruolo che il sistema americano attribuisce al DoJ, concepito come controparte privata (così come avviene nel processo civile) nel processo penale, piuttosto che come amministratore pubblico della giustizia. Il Procuratore Generale svolge le proprie funzioni come "avvocato" degli Stati Uniti che cerca ad ogni costo di realizzare i loro interessi anche a discapito della "verità", coerentemente al sistema accusatorio

²²Vedremo nella sezione successiva come l'ordinamento italiano concepisce il ruolo del pubblico ministero in termini diametralmente opposti, basato sul principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.

²³ La situazione è chiaramente spiegata dal giudice R. Posner nella sentenza *United States v. Giannattasio*, 979 F.2d 98, 100 (7th Cir. 1992) riportata da L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 45, 2006, 52: "A judge in our system does not have the authority to tell prosecutors which crimes to prosecute or when to prosecute them. Prosecutorial discretion resides in the executive, not the judicial branch, and that discretion, though subject of course to judicial review to protect constitutional rights, is not reviewable for a simple abuse of discretion".

puro. Quel che ancora però va considerato, oltre all'atteggiamento processuale in senso stretto, è il potere dei *prosecutors* di decidere liberamente quando perseguire un reato, il più delle volte seguendo dei criteri puramente opportunistici. Questa discrezionalità raggiunge il suo culmine quando si tratta di *corporate crime*: la *vicarious liability* automaticamente consente l'imputazione penale dell'ente, senza che siano necessari altri requisiti che circostanzino una "colpa propria" della *corporation* (cd. *corporate intent*), per cui la scelta di rinviare a giudizio oppure no la società sarà il frutto di una valutazione del *prosecutor* che potrà fondarsi su disparati elementi (e.g. l'esistenza di *compliance programs* che dimostrino la buona fede della società, le probabilità che il procuratore ha di vincere la causa, la coerenza con la politica di governo etc.).

La situazione sembra essere mitigata dall'adozione di *Guidelines* interne al Dipartimento allo scopo di orientare l'attività dei *prosecutors* e più precisamente guidare la decisione sulla possibilità di formulare un *indictment* a carico della società. Si allude all' *Holder Memorandum*²⁴ e al suo successore *Thompson*²⁵, con cui il DoJ ha formulato un nucleo di prerogative che devono

²⁴ Memorandum from Eric H. Holder, Jr., Deputy Attorney Gen, U.S. Dep't of Justice, to All Component Heads and U.S. Attorneys, *Federal Prosecution of Corporations*, 1999, available at <http://www.usdoj.gov/criminallfraud/policy/Chargingcorps.html>.

²⁵ Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, to All Component Heads and U.S. Attorneys, *Federal Prosecution of Business Organizations*, 2003, available at <http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporateguidelines.htm>. Si riporta il punto centrale del Thomson Memo evidenziato da L. ORLAND, op. cit., 54 e ss.: "Thompson enumerates nine specific factors which "prosecutors should consider in reaching a decision as to the proper treatment of a corporate target. The factors are: the nature and seriousness of the offense ... the pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or condonation of, the wrongdoing by corporate management ...

essere osservate dai suoi *attorneys* nell'esercitare la loro discrezionalità con specifico riferimento ai *corporate crimes*.

Da considerare è che il *Thomson Memo* giunge dopo la catastrofe economica, sociale, giuridica che ha seguito il caso Enron. Si è assistito a numerosi effetti collaterali che hanno colpito parti terze innocenti rispetto ai *managers* dell'azienda e hanno mostrato le conseguenze devastanti che la condanna di un ente soprattutto di grosse dimensioni può avere sulla società e sull'economia. Per tali ragioni l'obiettivo primario del *Thomson Memo* è creare delle soluzioni alternative alla messa in stato di accusa della società, incentrate su una collaborazione tra i *prosecutors* e le *corporations* che, combinate alle *U.S. Commission Guidelines*, presentino degli aspetti positivi per entrambe le parti. Le opzioni che si prospettano davanti agli investigatori sono varie e la

the corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions taken against it ...

the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of corporate attorney-client and work product protection .. .

the existence and adequacy of the corporation's compliance program ...

the corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies ...

collateral consequences, including disproportionate harm to shareholders, pension holders and employees not proven personally culpable and impact on the public arising from the prosecution ...

the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance ...

the adequacy of *remedies* such as civil or regulatory enforcement actions.

Thompson also declares that: "In gauging the extent of the corporation's cooperation, the prosecutor may consider the corporation's willingness ... to waive attorney-client and work product protection." Beyond its initial purpose of guiding the decision whether or not to indict the corporation, Thompson, combined with the Organizational Guidelines, has become a blueprint for the restrictions embodied in deferred and non-prosecution agreements.

scelta dell'una o dell'altra può essere determinante per il futuro dell'impresa e tutto ciò che la circonda²⁶.

La scelta cade principalmente sui c.d. *deferred prosecution agreement*²⁷, ovvero degli accordi formali tra i *prosecutors* e l'ente, mediante i quali entrambe le parti si impegnano a collaborare per creare all'interno dell'organizzazione aziendale un sistema di *compliance* che garantisca la non recidività della *company* e ponga rimedio ai danni causati in precedenza. In cambio della "clemenza della legge" la società permette agli investigatori di avere accesso ai documenti interni, registri, di interrogare i propri dipendenti per agevolare l'incriminazione dei singoli, il tutto giustificato dallo stato di "redenzione" della *corporation* per un futuro all'insegna della *good corporate*

²⁶ Il ventaglio di opportunità rimesse alla discrezionalità dei *prosecutors* è esaurientemente spiegato dal Procuratore del Distretto del New Jersey, C. J. Christie nel suo manoscritto in un passo riportato da L.ORLAND, op.cit. 55: C. J. CHRISTIE & R. M. HANNA, *A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement Between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, 43 AM. CRIM. L. REV. 1043, 2006: "The charging options available to the Department are:

1. "Proceed with the prosecution by seeking an indictment or entering into a plea agreement with the company;"
2. "Decline to prosecute the company on public-policy grounds ('declination of prosecution');"
3. "Enter into a deferred prosecution agreement with the company; or"
4. "Enter into a non-prosecution agreement with the company."

²⁷Per una sintetica definizione dei c.d. *deferred prosecution agreements e non-prosecution agreements* ancora una volta CHRISTIE & HANNA citati da ORLAND, 56: "The basic difference between a deferred prosecution agreement and a non-prosecution agreement centers on the contingent threat to the corporation in the event of a perceived violation of the agreement: in a non-prosecution agreement, no charge is filed in court, but the government can still *file* and prosecute a charge later if the company violates the terms of the deal. In a deferred prosecution agreement, the government files the criminal charge in court but doesn't prosecute the claim. If the company abides by the terms of the DPA, the government dismisses the charge when the agreement expires. If not, the government can prosecute the already-filed charge".

*citizenship*²⁸ ma soprattutto per evitare le terribili ripercussioni che un rinvio a giudizio avrebbe in termini di pubblicità per l'ente ma anche sull'efficienza della rigorosa etica che distingue il mercato americano.

1.6. Il caso Enron e la crisi della corporate governance

L'interesse ad evitare un rinvio a giudizio per la paura delle ripercussioni che questo avrebbe avuto sull'immagine pubblica indusse le *corporations* ad accettare questi accordi di compromesso con gli *attorneys*, che sono stati protagonisti di una crescita esponenziale soprattutto dopo che si è assistito ad un esempio concreto delle rovinose conseguenze di un processo per *criminal charges*, dato dal clamoroso collasso della *Arthur Anderson LLP* condannata per intralcio alla giustizia nello scandalo *Enron*²⁹.

Nel 2002 *Anderson LLP* rifiutò la conclusione di un *deferred prosecution agreement* con il governo americano e preferì affrontare il processo, rinunciando a qualsiasi possibilità di essere assolta, poiché non vi erano dubbi sul fatto che un reato fosse stato commesso dai *senior managers*.

La condanna di *Anderson* ha provocato una reazione a catena che ha

²⁸Id.

²⁹ La *Enron Corporation* era una delle più importanti società americane di energia dell'epoca, considerata assolutamente affidabile e rispettosa della legge. Nonostante la dotazione di un'organizzazione interna in linea con la legge federale e le *Sentence Guidelines* del '91, la società fu oggetto di un'accurata indagine da parte del SEC e poi condannata per bancarotta fraudolenta facendo crollare la convinzione dell'*american law enforcement* dell'esistenza di un infallibile sistema giuridico. L'implosione della *Enron* si portò dietro anche una delle cinque più accreditate società di *accounting and auditing* al mondo, la *Anderson LLP*, condannata dalla corte distrettuale per aver distrutto dei documenti che potessero dimostrare la colpevolezza di *Enron*. Sebbene la decisione fu poi ribaltata dalla Corte Suprema i danni causati alla reputazione della società erano ormai irreversibili e a nemmeno i risarcimenti avuti riuscirono a risollevarle le sue sorti.

letteralmente scioccato *Wall Street*, immediatamente dopo *Enron* altre importanti società sono state devastate dalla politica repressiva del DoJ (*Global Crossing, WorldCom, Adelphia*) ed è apparso chiaramente come una società abbia poche *chances* di uscire indenne pubblicamente da questo tipo di vicende se rifiuta di collaborare con le forze governative. Al di là delle implicazioni pratiche che la vicenda ha avuto nella politica governativa, l'aspetto principale della questione è la crisi del sistema di *corporate governance* che ne è emersa.

Ci si rese conto che nonostante gli sforzi del DoJ e le note positive introdotte dalle *Sentence Guidelines* del 1991, le imprese risultavano "obbedienti" sulla carta ma di fatto vi era una falla nella capacità di effettività del sistema.

In un certo senso le direttive inizialmente previste dal DoJ ebbero l'effetto contrario di disincentivare l'impegno delle *companies* nel rinnovare costantemente le proprie politiche o nell'adattare il funzionamento dei meccanismi di *compliance* all'evoluzione delle proprie attività. Questo perché sicure di andare in ogni caso incontro ad una imputazione per la commissione di un reato da parte di un proprio dipendente, le *companies* si accontentavano di dotarsi di modelli organizzativi che letteralmente soddisfacessero i criteri stabiliti dalla legge federale per ottenere una riduzione della pena, senza preoccuparsi della loro efficacia sul piano pratico.

1.7. The Sarbanes Oxley Act and the Sentence Guidelines of 2004

Le risposte del governo americano non si sono fatte attendere e il Congresso ha approvato all'unanimità il *Sarbanes-Oxley Act* nel 2002 controfirmato altrettanto velocemente dal Presidente Bush. Con il SOA per la prima volta viene elaborato il concetto di *organizational culture*, inteso come

la necessità che l'impresa venga educata ad una cultura etica perché solo percependo questo tipo di ambiente i suoi dipendenti potranno veramente apprendere un comportamento in linea con le direttive fornite nei *compliance programs*. In altre parole è come se la madre ordinasse al figlio di non fumare (rispettando i doveri genitoriali) mentre accende una sigaretta, ovviamente la credibilità ma soprattutto l'efficacia di quel rimprovero sarà indebolita.

Tra gli obiettivi principali fissati dal SOA si annoverano l'elaborazione di nuovi reati per cui riconoscere la *vicarious liability* delle *corporations*, l'inasprimento delle sanzioni per quelli già previsti sebbene con riferimento agli individui determinando uno spostamento dell'attenzione sui *corporate executives* piuttosto che sulla *corporate entity*³⁰.

Per ciò che però riguarda la nostra trattazione è fondamentale la Sezione 805, in cui il Congresso espressamente chiede alla *U.S. Sentencing Commission* di rivedere le *Federal Organizational Guidelines* in modo da assicurare un sistema in grado di scoprire e punire realmente le attività criminose³¹.

Dunque la *U.S. Commission* riunì un *ad hoc Advisory Group* che si occupasse di studiare i punti deboli delle guidelines del '91 e proponesse degli emendamenti che rispondessero alle richieste del Congresso.

In breve, l' *Advisory Group* riscontrò che il problema di fondo nel sistema era che accanto all'incentivo per l'implementazione di *compliance*

³⁰ M. A. PERINO, *Symposium Enron and its Aftermath. Enron's Legislative Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, St. Jhones Law Rev., Vol. 76, n.4, 2002.

³¹ JAMES E. BOWERS, EDGARDO RAMOS, SABINO (ROD) RODRIGUEZ III, HELEN HARRIS, CHRISTOPHER V. BECKMAN, *Organizational Sentencing Guidelines: the new paradigm for effective compliance and ethics programs*, National Legal Center for the Public Interest, vol.8, n.11, November 2004, 28 e ss.: "In Section 805 Congress directed the U.S. Sentencing Commission to take another look at the sentencing guidelines to ensure... are sufficient to deter and punish... criminal conduct".

programs mancava la spinta verso la elaborazione di una vera e propria etica d'impresa che incoraggiasse i dipendenti di ogni grado gerarchico a rispettare le linee-guida della *company*³².

Sulla base delle osservazioni dell' *Advisory Group* la *U. S. Commission* emendò le *Guidelines*, votando il nuovo testo all'unanimità l' 8 Aprile del 2004, entrato in vigore il 1 Novembre dello stesso anno.

Il punto focale delle *Guidelines del 2004* è una completa rivisitazione dell'inquadramento dei modelli organizzativi. Se nella versione precedente l'adozione dei modelli fungeva da espediente per assicurarsi un trattamento più morbido da parte dei giudici, con l'entrata in vigore del testo emendato questa misura non è più sufficiente. Per ottenere una riduzione della pena la *company*, oltre a dotarsi di tali programmi, deve anche curare la loro osservanza e assicurarsi che questi restino sempre attuali rispetto all'esercizio dell'attività aziendale. Ciò comporta che eventuali modifiche devono essere apportate non solo dopo che si sia verificato un reato che abbia rivelato l'inadeguatezza del modello ma che il meccanismo debba essere periodicamente revisionato per valutare la sua effettività. Di fatto è cambiata l'essenza dei modelli organizzativi: da *set of rules* sono diventati *set of rules and values*.

³² Per una dettagliata descrizione dei lavori compiuti dall' *Advisory Group* si veda D. HESS, R. MCWHORTER, T. L. FORT, *The 2004 Amendments to the federal sentencing guidelines and their implicit call for a symbiotic integration of business ethics*, *Fordham Journ. Of Corp. & Financ. L.*, Vol. XI, 2006, 739: "effectiveness of compliance programs could be enhanced if, in addition to due diligence in maintaining compliance programs, organizations also took steps to build cultures that encouraged employee commitment to compliance.", in U.S. Sentencing Commission, *Report of the Ad Hoc Advisory Group on organizational sentencing guidelines* 26, 2003, <http://www.ussc.gov/corp/advgrp.htm>, 51.

La nota su cui insiste *l'Advisory Group* infatti è la necessità di stravolgere l'ottica in cui sono visti i modelli di *compliance* dagli stessi *managers* delle società, finché saranno concepiti solo come delle regole scritte che fungano da paracadute nel caso di incriminazioni non riusciranno mai a svolgere il ruolo che per loro era stato immaginato.

Nello scenario prospettato dalle nuove *Sentence Guidelines* i *compliance programs* costituiscono lo scheletro dell'impresa, il sistema su cui si regge tutta la struttura organizzativa che regoli ogni aspetto della vita dell'ente, dalla valutazione dei rischi legati all'attività lavorativa da parte dei *managers* al *training* degli *employees*.

Un accento particolare è stato posto anche sulla necessaria strutturazione di un sistema di *reporting*, che consenta ai vertici dell'ente di controllare la condotta tenuta durante lo svolgimento delle proprie mansioni mediante l'ausilio dei dipendenti medesimi che lavorano a stretto contatto l'uno con l'altro, ma allo stesso tempo li tuteli da ripercussioni nella vita lavorativa quotidiana per aver “fatto la spia”. Altro punto degno di merito è l'aver circoscritto i poteri e doveri degli organi direttivi: sono stati affidati dei compiti più definiti che precisano in che modo i *managers* devono promuovere una “cultura dell'impresa”³³.

Da tener presente è inoltre la recente presa di posizione della *Supreme Court* rispetto alla natura delle *Sentence Guidelines*: nonostante l'asserita portata vincolante delle direttive in esse contenute, la *Federal S.C.* ha dichiarato l'incostituzionalità di tale natura perché contraria al sesto

³³ Si tornerà ad analizzare ognuno di questi punti nel capitolo successivo che più nello specifico si soffermerà sulla struttura dei *compliance programs* e sul risvolto pratico di ognuna di queste previsioni. Per ora ci limitiamo ad una sommaria analisi delle novità introdotte dalle *Federal Organizational Guidelines del 2004*.

Emendamento della Costituzione Americana che sancisce “*the right to a jury trial*”³⁴, per lo meno riferito alle persone fisiche³⁵.

La Corte non si è pronunciata sulla applicabilità del Sesto Emendamento alle persone giuridiche, in ogni caso le *Guidelines* manterrebbero una natura consultiva, dalla quale difficilmente le imprese si allontanerebbero per non rinunciare ai “privilegi” connessi alla loro osservanza³⁶.

³⁴ United States v. Booker, 543 U.S. 220, 2005.

³⁵Le posizioni dei giudici della Corte Suprema sono sinteticamente riportate da LEONARD, op. cit., 49: “The opinion on the question of the constitutionality of the guidelines was written by Justice Stevens and joined by Justices Scalia, Souter, Thomas and Ginsburg. The Stevens majority concluded that the Sixth Amendment prohibits a judge from increasing a sentence beyond the sentence that could have been imposed solely based upon facts found by the jury or admitted by the defendant. The Federal Sentencing Guidelines require judges to sentence criminal defendants based on numerous factors, many of which may not be considered by a jury. The Stevens majority thus held that the Sentencing Guidelines violate the Sixth Amendment's guarantee of a jury trial in criminal cases. *See id.* The second opinion, regarding the appropriate remedy, was delivered by Justice Breyer and joined by Justices O'Connor, Kennedy and Ginsburg and Chief Justice Rehnquist. Justice Ginsburg thus provided the fifth vote on both *issues*. The Breyer majority concluded that the two provisions of the Sentencing Reform Act must be excised to make the guidelines constitutional-i) the statutory requirement that sentencing courts must impose a sentence within the applicable guidelines range, absent circumstances justifying a departure; and (ii) the statutory provision which establishes standards of review on appeal, including de novo review of departures from the applicable guidelines range. The Breyer majority held that, despite the unconstitutionality of the mandatory nature of the guidelines, the guidelines should nonetheless remain in place as advisory. With respect to appeals, the Court held that the appropriate standard of review for appeals from sentences rendered under the new system articulated by the Court in *Booker* is review for “unreasonableness.” *Id.*, 259-61.

³⁶ *Id.*: “The Supreme Court, however, has never clearly addressed the question of whether a corporation has a Sixth Amendment right to a jury trial.²⁹ It is possible that the Supreme Court, when faced with the issue of a corporation's right to a jury trial, might well conclude that corporations are not protected by the Sixth Amendment. In that event, the *Booker* infirmity would not extend to the Organizational Guidelines. However, under the Breyer majority, if *Booker* is applied

La domanda che però sorge spontanea è: quanto sia stato in concreto spostato l'obiettivo dalla *formal compliance with law* alla *substantial creation of ethical culture*? Se ci soffermiamo un momento sul problema che alla base ha reso inefficace il meccanismo delineato dalle *Sentence Guidelines* originarie ci accorgiamo che la lacuna essenziale era ed è tutt'ora la mancanza di un reale incentivo a spendere delle risorse per implementare un sistema così denso di regole se questo poi non servirà ad evitare la responsabilità penale dell'ente.

Per quanto sia da apprezzare lo spirito mostrato dal Congresso nella lotta contro il *corporate crime* permangono i dubbi sulla reale capacità delle *Guidelines* di dar vita ad un effettivo meccanismo di *deterrence*³⁷.

1.8. La funzione dei compliance programs

Quando la *U. S. Commission* ha attribuito un ruolo ai *compliance programs* all'interno delle *Sentence Guidelines* ha migliorato ed elevato la natura degli originari codici etici di cui le aziende si erano dotate per far fronte all'applicazione del principio civilistico del *respondeat superior*.

Pertanto è stata riconosciuta una rilevanza giuridica a tali modelli di organizzazione sostanzialmente per raggiungere due scopi: prevenire la commissione dei reati da parte dei dipendenti appartenenti a qualsiasi posizione gerarchica all'interno dell'impresa e scoprire coloro che tenessero delle condotte penalmente perseguibili durante lo svolgimento dell'attività lavorativa. Dal canto loro le *corporations* speravano che la *defence due*

to corporations, the Organizational Guidelines would simply become advisory rather than mandatory. In any event, the Organizational Guidelines will remain of continuing importance. The guidelines have been a major factor in the development of the law and practice of corporate compliance and it is likely that they will continue to have an impact on corporate governance”.

³⁷ HESS, op. cit. 741 e ss.

diligence potesse giocare un ruolo determinante nella partita contro la discrezionalità dei *prosecutors*. Tuttavia questa strada non è stata seguita né nel 1991 né nel 2004: la mancata o inefficace adozione di un sistema di *compliance* non è un requisito giuridicamente vincolante perché l' *attorney* possa esercitare l'azione penale, tale scelta è rimessa alla sua completa discrezionalità, sebbene orientata dalle linee-guida dettate dal DoJ. Una volta compreso che in alcun modo le persone giuridiche possono evitare un'imputazione automatica per il reato commesso da un loro dipendente se non prevenendo la commissione stessa del reato, allora nessun incentivo resta affinché la *corporation* si accoli le spese dell'implementazione di un sistema così meticoloso ma allo stesso tempo troppo vago per essere rassicurante.

Infatti più le dimensioni dell'impresa crescono più diminuiscono le possibilità che questa sia in grado di controllare i comportamenti di ogni singolo dipendente e prevenire la realizzazione di reati che possano poi esserle imputati. Tanto vale risparmiare. A questa opinione si obietta che l'incentivo resta pur sempre la significativa riduzione delle sanzioni applicate laddove venissero adottati dei *compliance programs*.

Ed ecco che la maggior parte delle società si conforma a questo schema del '91 per stipulare almeno una sorta di "polizza assicurativa sulla vita", (si allude all'adozione dei c.d. codici cosmetici).

È noto a tutti come però questo sistema non abbia raggiunto nessuno dei due fini desiderati dal governo americano (lo testimonia il fatto che al momento del collasso Enron fosse provvista di un *compliance program*).

Pertanto nel 2004 le *Guidelines* richiedono che non solo il *compliance program* sia adottato ma che questo sia anche efficacemente attuato.

Delineati dei requisiti specifici a cui questi programmi devono rispondere sembrerebbe realizzato lo scopo prefissato: far sì che i modelli organizzativi assumano un ruolo determinante nella lotta contro i *white-collar crimes*.

Tuttavia, ancora una volta duole dover sottolineare le contraddizioni irriducibili da cui questa impostazione è affetta.

Prima di tutto ogni società è caratterizzata da una propria struttura e *modus operandi*, fatto che impedisce una tassativa elencazione per legge degli elementi che un modello efficace debba presentare perché sarebbe impossibile tenere conto a priori di tutte le peculiarità che contraddistinguono ogni attività.

In secondo luogo nemmeno l'efficace adozione di un modello organizzativo è in grado di assicurare la riduzione della pena alla *corporation*; le *Sentence Guidelines* richiedono il rispetto di altri sei fattori per ottenere tale beneficio, quali l'esistenza di un effettivo sistema di *reporting*, una condotta collaborativa con le autorità governative in caso di indagini, ed altre considerazioni che esulano dall'implementazione di un *compliance program*.

Ammettiamo anche che la società preferisca adottare questo modello nell'ottica di ottenere il vantaggio figurato dalla *U.S. Commission*, il rischio paradossale che potrebbe verificarsi è quello di un'auto-incriminazione.

Premettendo che la circostanza stessa per cui un reato è posto in essere nonostante l'esistenza di una politica di *compliance* potrebbe già essere interpretata come un indizio di inefficacia del sistema, la prova di questa falla (d'altronde non necessaria ai fini di un'imputazione dell'ente) potrebbe essere agevolata tanto più dettagliato risulterà il modello adottato poiché sarà indubbiamente più facile identificare una violazione di una norma quanto più questa è descritta chiaramente.

La questione centrale risiede nell'errore della premessa: per far sì che realmente i modelli organizzativi svolgano una funzione deterrente e ausiliaria nella localizzazione di condotte criminose è necessario far convergere le energie verso una limitazione massima del rischio che dei reati possano verificarsi senza pretendere che l'impresa elabori una strategia che possa "garantire" l'onestà di tutti i suoi dipendenti, quasi svolgendo una funzione "di polizia" piuttosto che di *market player*. È una battaglia persa in partenza.

L'unico modo per incentivare una società a costruire un'etica d'impresa che venga realmente recepita da tutti coloro che operano nell'abito della stessa è riconoscere la sua estraneità nell'ipotesi in cui l'ente abbia fatto tutto il possibile per limitare il rischio che dei reati siano commessi, ma nonostante ciò questi si verifichino³⁸.

1.8. Le risposte del DoJ e il futuro delle Sentence Guidelines

Con il *Thompson Memorandum* il DoJ ha richiamato l'attenzione su un aspetto primario dei *compliance programs*: la loro efficacia. Allo stesso tempo ha auspicato l'attribuzione di un valore maggiore all'atteggiamento collaborativo che una *corporation* adotta nell'ambito delle indagini a suo carico. Non è tardata la risposta della *U.S. Commission*, data dalla modifica delle *Sentence Guidelines* del 2004. Tuttavia il problema non può ancora dirsi risolto. Prima di tutto i criteri in base ai quali debba essere valutata l'efficacia del *program* non sono ben chiari, sebbene le *Guidelines* forniscano delle indicazioni specifiche è comunque rimessa alla Corte la valutazione finale sulla corrispondenza tra le linee guida e le misure in concreto predisposte.

In secondo luogo, l'adozione di un sistema effettivo di *compliance* non assicura alla *company* l'accesso alla riduzione della sanzione perché questo è escluso se il reato è commesso da una *high-level person* o se la *corporation* ha deciso di non collaborare. È proprio questa ultima considerazione a sollevare molte perplessità. L'elevato rilievo riconosciuto alla collaborazione tra l'ente e

³⁸ Le valutazioni contenute in questo paragrafo sono condivise da autorevole parte della dottrina. Per tutti si vedano P.A.WELLNER, op. cit., 519 e ss; HESS D., op. cit., 714 e ss.; WEISSMAN A. W., op. cit., 423 e ss.

i *prosecutors* ha trasformato l'ente in un collaboratore di giustizia, in alcuni casi in un vero e proprio poliziotto forzatamente³⁹.

Infatti per evitare l'incriminazione o per assicurarsi l'agognata riduzione della sanzione, la *corporation* sistematicamente accetta di rinunciare ad una serie di prerogative connesse alla propria attività e di sacrificare buona parte dei diritti dei propri lavoratori che caratterizzano il rapporto di lavoro, quali il diritto di difesa, il diritto di non autoincriminarsi, il segreto professionale e così via. Per far fronte a queste criticità è intervenuto il Deputato *McNulty* con un *Memorandum* volto a limitare la discrezionalità dei *prosecutors* nella scelta circa il rinvio a giudizio di una società con riferimento alla disponibilità a collaborare. In particolare si è cercato di delimitare il concetto di collaborazione, suggerendo ai *prosecutors* di ricorrere ad una politica di *waiver* solo in casi particolari, dove le circostanze del caso concreto rendessero necessario il ricorso a strumenti di indagine eccezionali, che nel bilanciamento con i diritti privati dell'ente e dei suoi dipendenti fossero preponderanti⁴⁰.

³⁹ G. L. IMPERATO, *Corporate Criminal Liability and Cooperation — What Does the Government Expect Now? Examining the Sarbanes-Oxley Act, Sentencing Guideline Amendments, and Thompson and McNulty Memoranda*, *Journal of Health Care Compliance*, July-August 2008, 14: “Since the adoption of the sentencing guidelines in 1991, the DOJ has viewed self-reporting as a quasi-mandatory function of cooperation. In 2003, the DOJ issued the Thompson Memorandum, which stated the DOJ’s position on the prosecution of business organizations and their officers. The Thompson Memorandum reinforced general prosecutorial objectives involving the charging of a corporation, but its focus was to increase the DOJ’s emphasis on the thoroughness of the authenticity of a corporation’s cooperation and to scrutinize it.

⁴⁰ McNulty Memorandum, 2006, available at http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf.

In commento, P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, *The American Journal of Comparative Law*, 2010: “Recognizing that the “attorney-client and work product protections serve an extremely important function in the US legal system, it announced that their waiver would not be a prerequisite to a finding of the company’s cooperation in the government’s investigation and that prosecutors would only request the waiver when

Di certo la collaborazione è un'importante risorsa per gli investigatori, ma il rifiuto di collaborare non può essere interpretato come sintomo di una condotta illecita e determinare un'accusa contro l'ente⁴¹. Resta il fatto che l'ente sarà portato volontariamente a fornire informazioni riservate se questo può aiutarlo ad ottenere una riduzione della sanzione, infatti il *Memo* può orientare la discrezionalità dei *prosecutors* ma non produce alcun effetto sulle indicazioni fornite dalle *Guidelines*⁴². Inoltre anche per i *prosecutors* queste

there is a legitimate need for the privileged information to fulfill their law enforcement obligations. The memo instructed prosecutors that after finding a legitimate need, they should first request purely factual information, which may or may not be privileged, relating to the underlying misconduct. [...] Prosecutors could request the corporation to provide attorney-client communications or non-factual attorney work product only if the purely factual information provides an incomplete basis to conduct a thorough investigation, and such information should only be sought in rare circumstances”.

⁴¹ Id., 77: “According to the memo, cooperation is a potential mitigating factor, by which a corporation...can gain credit in a case that otherwise is appropriate for indictment and prosecution. Noting that a corporation’s decision not to cooperate “is not itself evidence of misconduct”, the memo states that failure to cooperate does not support or require the filing of charges against it”.

⁴² Id.: “ The memo directs prosecutors not to ask for such waivers. However, the corporation under investigation may voluntarily disclose the relevant facts and receive credit from the government for such disclosures. [...] The memo directs prosecutors not to ask for such waivers. However, the corporation under investigation may voluntarily disclose the relevant facts and receive credit from the government for such disclosures. The memo notes that the government cannot compel the disclosure of facts and the corporation has no obligation to make such disclosures. Thus, if a corporation fails to provide relevant information, this does not mean that it will be indicted; the only outcome will be that the corporation will not be entitled to mitigating credit for that cooperation. However, as a “relevant potential mitigating factor”, cooperation alone does not determine whether or not to charge a corporation: the government may charge even the most cooperative corporation pursuant to the principles enumerated in the guidelines, “if, in weighing and balancing the factors described [in the guidelines] the prosecutor determines that a charge is required in the interests of justice”.

direttive non avevano alcun effetto vincolante, così nel 2008 è intervenuto il *Filip Memorandum* che ha in sostanza reso vincolanti le direttive del suo predecessore almeno per tutti i *prosecutors* del DoJ⁴³.

La questione non cambia⁴⁴. È necessario un intervento di modifica delle *Guidelines* che renda tali parametri giuridicamente vincolanti anche in sede processuale. In realtà è stata avanzata una proposta legislativa dal Senatore *Arlen Specter* denominata *the Attorney-Client Privilege Protection Act*, che incorpora le considerazioni svolte fino ad ora⁴⁵. L'ultima versione dell' *Act* è stata presentata al Senato nel 2009 ed è ancora sospesa⁴⁶.

⁴³ Filip Memorandum, 2008 available at <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>.

In commento, Id.: “Notwithstanding the McNulty Memo revisions, corporations’ concerns remained unabated. Thus, on August 28, 2008, Deputy Attorney General Mark Filip revised the McNulty principles in a memo (Filip Memo), setting forth the revised principles in the United States Attorney’s Manual (USAM) for the first time and made it binding on all federal prosecutors within the Department of Justice.

⁴⁴ A. M. N. PENA, *Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution?*, *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, 197-210: “Prosecutors have the duty to address both corporate and individual wrongdoing; moreover, corporate liability is too broad because of the respondeat superior theory. In addition, DPAs and NPAs are conditioned to the depth and sincerity of the corporations’ cooperation³¹ and prosecutors have tremendous discretion to plea bargain cases. All these circumstances, together with the devastating consequences of an indictment for a corporation, make it essential for a corporation to cooperate, in order to ensure its survival. Corporations cooperate fully by waiving their rights, and not only their own rights but also the rights of their employees, and they conduct internal investigations that cost millions of dollars in order to avoid being indicted. It must be taken into account that an indictment could mean the corporations’ death. Therefore, it can be stated that corporations do not cooperate voluntarily but under enormous pressure”.

⁴⁵ Per una panoramica generale della proposta di legge formulata si veda NANDA, *op. cit.*, 79.

⁴⁶ The latest version is S. 445: Attorney-Client Privilege Protection Act of 2009, introduced in the US Senate on February 13, 2009, <www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s111-445> (hereafter S. 445).

Sezione II

Contesto italiano

1.9. Il panorama legislativo

Nella tradizione di *civil law* l'introduzione di un sistema che sancisse la responsabilità da reato degli enti era da tempo avvertita per far fronte ai cambiamenti economici e sociali che fenomeni legati all'europeizzazione e allo sviluppo di nuove tecnologie nonché al progetto di un mercato unico dell'Unione avevano portato nel modo di fare impresa, causando nuovi pericoli sottesi alle innovative dinamiche che regolano la vita delle società.

Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti, questo processo ha incontrato non pochi ostacoli nelle obiezioni avanzate dalla dottrina rispetto alla conformità della responsabilità penale delle persone giuridiche con le Costituzioni dei Paesi occidentali. Nella Costituzione italiana, per molto tempo l'art. 27⁴⁷ è stato considerato un baluardo insormontabile⁴⁸, in particolare rispetto al principio della personalità della responsabilità penale, sia sotto il profilo del divieto di responsabilità per fatto altrui, sia sotto il profilo della responsabilità colpevole⁴⁹.

⁴⁷ https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=27: “La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.

⁴⁸ M.ROMANO, *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1995, 1931 e ss.

⁴⁹ Si sostiene che il brocardo latino *societas delinquere non potest* sia costituzionalizzato da questa norma: destinatari unici della normativa penale sarebbero le persone fisiche, in quanto unici soggetti forniti di capacità psico-fisiche tali da consentirgli di autodeterminarsi. Solo la persona fisica è infatti capace di compiere delle valutazioni di merito che permettano al giudice di verificare la

Per tali ragioni può dirsi che la previsione della responsabilità degli enti nel nostro ordinamento sia di derivazione internazionale, l'Italia non ha più potuto temporeggiare e ha dovuto far fronte ai vari obblighi internazionali che imponevano agli Stati coinvolti, tra cui il nostro, di elaborare un sistema di imputazione per gli enti.

Un primo impulso si è avuto dalla Raccomandazione 20.10.1998 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla *promozione dell'adozione di misure (anche di natura penale) finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività*,

presenza dell'elemento soggettivo, essenziale perché la condotta criminale possa essere imputata al soggetto che ha commesso il fatto nel rispetto del principio di colpevolezza. Differentemente le persone giuridiche sarebbero solo degli strumenti creati *ad hoc* dal legislatore per agevolare l'espressione di una volontà comune di un gruppo di individui, pur sempre però a questi ultimi attribuibile.

Questo orientamento fa perno sulla teoria della colpevolezza su cui è costruito il diritto penale in Italia che abbraccia una concezione assolutamente antropomorfa.

Si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, 313 e ss.: « Perché sia punibile il fatto commissivo deve essere non solo tipico e anti giuridico ma anche colpevole: la colpevolezza è dunque il terzo elemento costitutivo fondamentale del reato. [...]. Considerata da un punto di vista antropologico, l'affermazione del principio penalistico *nulla poena sine culpa* presuppone l'accettazione, anche implicita di un modello di personalità umana come entità costituita da più "strati" posti in rapporto di successione evolutiva. Si muove cioè dal presupposto che [...] l'uomo sia in grado, grazie ai suoi poteri di signoria (.c.d. strati superiori della personalità), di controllare gli istinti e di reagire agli stimoli del mondo esterno in base a scelte fra diverse possibilità di condotta, nonché di orientarsi secondo sistemi di valori. È proprio dando per presupposta questa capacità di scelta che è possibile considerare il reato come "opera" dell'agente, e rivolgergli un rimprovero per averlo commesso». Dalle parole riportate si intuisce chiaramente come il principio della personalità della responsabilità penale sia pensato facendo riferimento alla persona umana ed è possibile cogliere anche che esso non va inteso soltanto nel significato minimo di "divieto di responsabilità per fatto altrui", ma nel senso più pregnante di "responsabilità per fatto proprio colpevole". In altre parole, il Costituente vuole che al soggetto agente sia attribuita la *paternità psicologica* della condotta giuridicamente anti-doverosa tenuta.

*indipendentemente dai regimi di responsabilità in vigore*⁵⁰. Successivamente la Convenzione O.C.S.E. del '97 ha introdotto l'obbligo per gli Stati contraenti di assumere *le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone morali*⁵¹. Ma il passaggio decisivo si è avuto con il secondo protocollo della Convenzione PIF⁵² del 1997 che dettava direttive più puntuali rispetto alla Convenzione OCSE in modo da orientare i legislatori nazionali sulle misure da adottare in concreto⁵³.

In attuazione di tali vincoli internazionali, il Legislatore italiano ha promulgato la l.d. n. 300/2000 che all'art. 11 delegava il Governo ad articolare un sistema «di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica». La delega ha ricevuto attuazione con il d.lgs. 231/2001, in vigore dal 4.08.2001, il quale disciplina la *responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato* (art.1, 1° comma). Occorre segnalare che già la Commissione Grosso aveva affrontato il problema della responsabilità degli enti in occasione della stesura della Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice Penale⁵⁴.

⁵⁰ Raccomandazione del comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. 18 del 20.10.1998 .

⁵¹ Convenzione OCSE sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, 17.10.1997, art. 2.

⁵² Il protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità Europea adottato a Bruxelles il 19 giugno 1997.

⁵³ LATTANZI, Reati e responsabilità, cit., p.8: «*Sebbene non fornisse indicazioni specifiche, ad esempio, in ordine alla natura della responsabilità degli enti, l'art.3 del secondo protocollo [...] distingueva due ipotesi, a seconda che il reato fosse stato commesso da soggetti in una posizione dominante[...] ovvero da soggetti in posizione subordinata*».

⁵⁴ Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione 15 luglio 1999, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=4_57&facetNode_2=3_1&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS31493: «L' introduzione di un sistema di sanzioni applicate direttamente alle persone giuridiche sia sollecitata da ragioni interne al sistema penale. Solo l'introduzione di una responsabilità (penale o

1.10. L'impostazione del D.lgs. 231/2001

Il nucleo sostanziale della disciplina introdotta nel 2001 risiede negli art. 5-6-7-8 del decreto. Il problema principale che si è posto il legislatore è stato quello di individuare dei criteri di imputazione che se verificati nel caso concreto giustificassero la colpevolezza dell'ente e scongiurassero il rischio di cadere in un sistema di responsabilità oggettiva. A tal fine sono state adottate due tipologie di criteri classificabili come oggettivi e soggettivi. È opportuno fin da subito precisare che le scelte del Legislatore erano costrette in un campo molto limitato, dovendosi attenere alle indicazioni della legge delega 300/2000, che esplicitamente richiedeva la distinzione dei possibili autori del reato presupposto tra apicali e subordinati e che questi avessero agito *per conto* dell'ente. Diversamente da quanto avviene nel contesto statunitense, la divisione delle due categorie è di fondamentale importanza perché sarà determinante ai fini dello svolgimento del processo. Se il reato è commesso da un soggetto in posizione apicale, in virtù del solido rapporto di immedesimazione organica esistente, si presume che il fatto sia ascrivibile alla volontà dell'ente, il quale potrà discolparsi dimostrando la sua estraneità rispetto alla condotta del soggetto agente. Uno degli elementi rilevanti a tal fine è l'aver adottato ed efficacemente attuato, prima che il fatto criminoso sia stato

amministrativa) di tali soggetti, di contenuto assimilabile a sanzioni penali, consente un assetto razionale delle sanzioni e degli altri istituti fondamentali del diritto penale d'impresa. Già attualmente, le persone giuridiche sono coinvolte nel sistema penale come soggetti civilmente obbligati per il pagamento delle pene pecuniarie e il risarcimento del danno. Nella prassi il coinvolgimento va oltre (ipotesi di oblazione condizionata e di patteggiamento per reati di impresa). I costi talora sono assurdamente moltiplicati, in proporzione del numero degli imputati. Una razionalizzazione del sistema con l'introduzione di sanzioni dirette per la persona giuridica consentirebbe il superamento di tali distorsioni».

posto in essere, un modello organizzativo volto a prevenire la commissione di reati proprio della specie di quello in concreto realizzato⁵⁵.

Se il reato è stato commesso da un soggetto subordinato allora vige la presunzione di innocenza per l'ente, pertanto spetterà al pubblico ministero dimostrare che quel crimine è stato reso possibile da una falla nel sistema di organizzazione dell'impresa, che se fosse stata diligente avrebbe potuto impedire il verificarsi di quella situazione. In altre parole l'ente è rimproverabile nonostante il fatto criminoso non sia attribuibile ad una politica aziendale se risulta carente la sua struttura organizzativa e se il soggetto ha agito *per suo conto*. Dunque il compito principale del d.lgs. 231/2001 è stato quello di tradurre in termini giuridici l'espressione menzionata in modo da circoscrivere le situazioni in cui l'azione della persona fisica possa essere ricondotta all'ente e fondarne quindi la responsabilità.

Fin da ora appare lampante come l'impostazione seguita dal legislatore italiano sia agli antipodi rispetto a quella adottata nel sistema americano: si tratta di una responsabilità non solo diretta ma autonoma⁵⁶, costruita sulla

⁵⁵ Art. 6 d.lgs. 231/2001.

⁵⁶ Art. 8 d.lgs.231/2001. La scelta è assolutamente da condividere perché il questo modo il Legislatore delegato ha previsto una soluzione che eviti facili scappatoie per l'ente nei casi in cui non sia possibile determinare l'identità dell'autore del reato a causa della complessa struttura organizzativa interna. L'ente risponderà dell'illecito amministrativo *independentemente* dal riconoscimento della persona fisica autrice del reato presupposto.

Questo principio rappresenta il punto di rottura con lo schema della responsabilità sussidiaria fino ad allora preferito. Tuttavia anche in questo caso non mancano delle perplessità legate ad alcune circostanze che in concreto potrebbero presentarsi.

Si obietta che il sistema funzionerà fin quando, nonostante non sia identificato, l'autore materiale del reato sarà inquadrabile in una delle due categorie che rispondono ai criteri oggettivi di imputazione, apicali o sottoposti, in quanto è da tale presupposto che si determina l'applicazione del regime probatorio di cui all'art.6 o all'at.7. Diversamente l'impasse è difficilmente superabile. In realtà la soluzione adottata dal Legislatore non è poi così coraggiosa: «la responsabilità dell'ente è autonoma dalla responsabilità penale della persona fisica, ma non dalla obiettiva

“colpa dell’ente”, sebbene abbia per presupposto il reato commesso dalla persona fisica. Infatti, laddove l’ente non risulti rimproverabile non sarà chiamato a rispondere per il reato commesso da un suo dipendente, qualsiasi posizione gerarchica ricopra, escludendo così qualsiasi forma di responsabilità vicariale⁵⁷.

1.11. La questione della natura della responsabilità dell’ente

I dubbi sulla configurabilità della responsabilità penale degli enti nell’ordinamento giuridico italiano non sono stati risolti nemmeno dopo l’ingresso nel sistema del d.lgs.231/2001.

Infatti, seppure il Legislatore abbia espressamente qualificato la responsabilità come *amministrativa*, non sono pochi gli autori che sostengono la natura penale della suddetta responsabilità e addirittura parlano di “frode delle etichette”⁵⁸. Altri sostengono che questa non sia interamente relegabile né in una categoria né nell’altra, in quanto alcuni elementi richiamano istituti di diritto amministrativo e altre caratteristiche sono tipiche del diritto penale

realizzazione di un reato, integro di tutti gli elementi che ne fondano lo specifico disvalore. Infatti nulla avrebbe impedito al Legislatore di andare oltre e spingersi ino al punto di ritenere l’ente responsabile addirittura nel caso in cui il criterio soggettivo di imputazione difetti nella persona fisica e il procedimento penale nei suoi confronti non possa *ab origine* essere iniziato. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando la persona fisica abbia commesso un reato versando in un errore di diritto per lei scusabile perché inevitabile a causa di una carenza organizzativa dell’ente. Per tutti, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, cit., 23.

⁵⁷ Artt. 5-6-7 d.lgs. 231/2001

⁵⁸ Secondo quanto riportato da PALIERO, *Il D. Lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi societas delinquere et puniri potest*, *Corriere giur*, 2001, 845 l’espressione originale *Etikettenschwindel*, per la prima volta fu usata da KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitsand*, in *ZstW*, 44 (1924), 33.

tradizionale. Stando così le cose allora sarebbe più corretto invocare un *tertium genus* che costituirebbe una sorta di ibrido riferibile alle persone giuridiche.

Tra gli elementi favorevoli all'accoglimento della tesi che sostiene la natura amministrativa della responsabilità degli enti vi è prima di tutto il *nomen* del provvedimento e il titolo del capo primo che senza dubbio la qualificano come amministrativa. Si tenga presente che si è trattato di una scelta vincolata, la legge delega aveva già impegnato il Legislatore delegato a creare un sistema di responsabilità di tipo amministrativo.

Tale scelta ha consentito di superare l'impasse in cui si trovava il sistema, incapace di risolvere il lungo dibattito dottrinale sulla opportunità di inserire una responsabilità penale per gli enti.

Contrariamente a chi sostiene che la questione abbia una valenza puramente accademica, coloro⁵⁹ che aderiscono a questa impostazione ritengono che la scelta operata dal Legislatore sia fortemente significativa,

⁵⁹ M.ROMANO, *Societas delinquere non potest, cit.*; MARINUCCI-M.ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, 687; M.ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, 392, ove si riprende la discussione circa l'ostacolo insormontabile rappresentato dall'art. 27 della Cost.: «anche se l'art. 27 ben potrebbe essere cambiato resto dell'idea che nelle recenti discussioni in proposito la nostra dottrina, sull'onda dell'entusiasmo per un intervento punitivo reclamato anche per una comprensibile esigenza di omogeneità con ordinamenti a noi vicini, soprattutto nei confronti delle società commerciali, si sia alcune volte spinta troppo avanti. Che la nostra Costituzione del 1948, sancendo in una delle poche norme dedicate alla pena un principio civilissimo quale la personalità della responsabilità penale, potesse intendersi come conciliabile con la responsabilità penale collettiva, a me è sempre parso il frutto di uno zelo eccessivo. Una responsabilità personale è anzitutto una responsabilità individuale, non di un insieme di persone: è una responsabilità per il fatto proprio 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 è storicamente affermato e perpetuato il principio secondo cui *societas delinquere non potest*». Ancora per questo orientamento, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte gen.*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2006, 47 e ss.

volta a trasmettere un messaggio di minore gravità del tipo di illecito considerato rispetto alla responsabilità penale. Altro elemento a sostegno di questa tesi è l'istituto della *prescrizione*, regolato dall'art. 22 d.lgs.⁶⁰ che richiama la disciplina amministrativa piuttosto che quella penale. Così come l'art. 59 d.lgs. è linguisticamente rubricato “contestazione dell'illecito amministrativo”. Coerente con un impianto di tipo civilistico è pure la disciplina della fusione e della scissione dell'ente dettata rispettivamente dagli artt. 29-30⁶¹ del decreto, molto distanti dal principio della personalità della responsabilità penale.

⁶⁰ Art.22 d.lgs.: “1. Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.

2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.

3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.

4. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”.

⁶¹ Art. 29 d.lgs.: “1. Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione”.

Art.30 d.lgs.: “Nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3.

2. Gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato”.

3. Le sanzioni interdittive relative ai reati indicati nel comma 2, si applicano agli enti cui è rimasto o è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso”.

D'altra parte coloro⁶² che sostengono la natura penale della responsabilità degli enti fanno leva principalmente sul fatto che il processo che vede imputato l'ente è di tipo penale, il giudice competente è penale ed opera nell'ambito di un sistema di garanzie riconosciute all'imputato in un procedimento penale. Questa considerazione trova riscontro anche nell'ipotesi in cui il processo nei confronti dell'ente prosegue indipendentemente da quello che riguarda l'autore materiale del reato, a conferma del fatto che non si tratta di una mera scelta di comodo per agevolare le indagini.

Inoltre, il sistema sanzionatorio che prevede due tipologie di sanzioni, pecuniarie e interdittive, nonostante sia formalmente amministrativo, applicato alle persone giuridiche produce effetti analoghi a quelli che le sanzioni penali provocano sulle persone fisiche.

Si pensi ad esempio al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (sanzione interdittiva), non si traduce in una vera e propria limitazione della libertà di iniziativa economica per l'ente che la sopporta? Oppure la chiusura forzata dell'impresa (misura di estrema *ratio*) non è chiaramente una limitazione della libertà personale dell'ente? Alla luce di queste considerazioni dovrebbe concludersi che la responsabilità delineata dal d.lgs. 231 sia *sostanzialmente* penale sebbene *nominalmente* definita amministrativa.

⁶²M. BARBUTO, *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001, 932; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, Cass. Pen., 2003, 1109 e ss.; A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2002, 208; PADOVANI, *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004, 13 e ss.; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, Dir. e Giust. 2001, 23.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 23; PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, 2002, 86.

Ultimo ma non meno importante dato in questa direzione è la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che “postula un’applicazione delle garanzie del diritto penale generalizzata a tutto il settore del diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte etichette che il legislatore vi apponga”⁶³.

La verità è che entrambe le posizioni della dottrina sono sostenibili perché ad elementi che spingono in un senso se ne contrappongono altri che spingono verso la direzione opposta. L’unica conclusione possibile sembra allora rinunciare all’inquadramento della disciplina in esame in uno dei due paradigmi considerati ed accettare che si tratti di un *tertium genus* con caratteristiche proprie sia del modello penale che di quello amministrativo⁶⁴.

⁶³ Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894.

⁶⁴ Per questa impostazione si veda G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351253564De%20Simone%20definitivo.pdf>, 20: “L’opinione che, alla fine, appare come la più condivisibile è quella secondo cui il paradigma ascrittivo introdotto nel 2001 può avere cittadinanza nel sistema penale come suo ulteriore binario sanzionatorio, che si aggiunge a quelli già operativi nel campo dell’Individualstrafrecht. È un diritto penale diverso, con categorie sistematiche e criteri d’imputazione suoi propri, ritagliato, ovviamente, sulle specifiche fattezze dei soggetti meta-individuali. È un *secundum genus* penalistico, se si vuole”. Per la tesi di un *tertium genus* anche PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 419; STORTORINI e TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, *Ind. Pen.*, 2006, 7 e ss.; . ALESSANDRI, Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 58; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2010, 18; PALIERO, La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1046; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo discendente da reato*, *Riv. it. dir. E proc. pen.*, 2001, 1155 e ss.

D'altronde in questo senso si esprime la Relazione⁶⁵ che accompagna il d.lgs.231/2001, la quale parla espressamente della « nascita di un *tertium genus* che coniuga 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 ».

Ma è veramente così essenziale inquadrare formalmente la natura della responsabilità introdotta dal d.lgs. 231/2001 ai fini di una corretta applicazione della normativa? L'inquadramento nel sistema penale, amministrativo o la creazione di un *tertium genus* influenzerebbero la direzione di eventuali riforme della disciplina?

Un'autorevole dottrina, riflettendo su questo tema, conclude che l'incasellamento definitivo in uno dei paradigmi esistenti è impedito da elementi testuali divergenti ma, al contempo, una semplificata attribuzione ad un *tertium genus* non farebbe altro che rendere ancora più ambiguo il carattere della responsabilità in questione. Se ne deduce quindi l'auspicio ad un abbandono dell' "ossessione nominalistica" in favore di un approccio più attento al contenuto del decreto più che alla sua "etichetta".

Di fatto la normativa ha adottato il nocciolo duro delle garanzie previste dal diritto penale pur non classificando la responsabilità degli enti come tale. Pertanto non può nemmeno parlarsi di "truffa delle etichette", che vi sarebbe stata nel caso opposto, ovvero laddove una responsabilità sostanzialmente penale fosse stata mascherata come amministrativa dalla denominazione scelta dal legislatore al fine di privarla di quelle garanzie che avrebbero dovuto essere applicate. Se non produce implicazioni concrete allora viene meno qualsiasi rilevanza della questione dogmatica, siamo comunque nell'ambito di una responsabilità punitiva che non ha bisogno di essere classificata⁶⁶.

⁶⁵ Relazione governativa, in Guida dir., n.26, 7 luglio 2001, p.31 e ss.

⁶⁶ ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, 51.

Sulla stessa linea si pone un altro importante autore che descrive il d.lgs. 231/2001 come una “rivoluzione timida”⁶⁷:

«l’indicazione del legislatore deve essere presa certamente sul serio. Tuttavia tale formula appare a questo studioso solo una etichetta carica di significati simbolici, del tutto neutra rispetto alla disciplina degli istituti. Infatti la nuova responsabilità amministrativa degli enti nasce su un terreno penalistico, per il suo diretto raccordo al presupposto penalistico della commissione di reati, e risulterebbe incardinata su una disciplina che appresta quel più elevato livello di garanzie che sono proprie del diritto penale»⁶⁸.

Altre voci ritengono che la portata del dibattito non possa essere minimizzata ad una semplice discussione accademica, poiché la classificazione in uno dei paradigmi analizzati si rende necessaria per la risoluzione di alcune questioni di ordine pratico, come il grado di colpevolezza richiesto dalla norma per la punibilità dell’ente, l’esistenza di un potere discrezionale in capo al pubblico ministero nel decidere se perseguire o meno l’ente, l’orientamento di future integrazioni della legge nelle parti in cui si rivela lacunosa⁶⁹.

In attesa di vedere quali sarebbero state le future evoluzioni della questione parte più “sensibile” della dottrina ha ritenuto più idoneo parlare di “*responsabilità da reato*”, terminologia dogmaticamente neutra⁷⁰.

⁶⁷ PULITANÒ, op. cit., 416.

⁶⁸ Così R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti: sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano 2006, 97.

⁶⁹ VINCIGUERRA, *La struttura dell’illecito*, in AA:VV., *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 5.

⁷⁰ PULITANÒ, *La responsabilità*, cit.; C. DE MAGLIE, op. cit., 330.

1.12. La posizione della giurisprudenza

Anche in giurisprudenza si è assistito al susseguirsi di opinioni discordanti. Talvolta è stata accolta la tesi della natura amministrativa⁷¹, altre volte quella della natura penale⁷², mentre le sezioni semplici in qualche occasione hanno avallato la teoria del *tertium genus*⁷³.

Una risposta definitiva sembra essere arrivata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁴, che nel decidere sui numerosi punti controversi riguardanti il grave caso della *ThyssenKrupp acciai speciali Terni s.p.a.*, si sono pronunciate anche sulla natura della responsabilità introdotta dal d.lgs. 231/2001. Dopo aver ripercorso sia l'iter delle opinioni dottrinali che giurisprudenziali in materia, la Cassazione accoglie chiaramente l'impostazione di un *tertium genus*, riconoscendo nel sistema delineato dal decreto «un *corpus* normativo di peculiare impronta».

Tuttavia, la Corte non si sottrae dall'affrontare la questione più spinosa collegata a questa nuova forma di responsabilità, ovvero la compatibilità di tale schema con l'art. 27 della Costituzione, in quanto è impossibile negare le «evidenti ragioni di contiguità» che il sistema di cui si tratta ha «con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento. Sicché, quale che sia l'etichetta che si voglia apporre su tale assetto normativo,

⁷¹ Sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476, Deloitte, Rv. 250347; Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, Rv. 258647; Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, Barla, Rv. 255369; Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503, Ciacci, Rv. 257126.

⁷² Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti, Rv. 239922-923-924-925-926-927.

⁷³ Sez. VI n. 27735/10, Scarafia; n.360837/09, Mussoni.

⁷⁴ Sezioni Unite penali, 18 settembre 2014, n.38343, <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2014/09/cass-38343-14-11.pdf>.

è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale».

Le Sezioni Unite escludono qualsiasi dubbio di legittimità della disciplina rispetto al dettato costituzionale: non vi è incompatibilità con il divieto di responsabilità per fatto altrui⁷⁵, poiché l'illecito dell'ente dipende da un reato commesso nel suo interesse o vantaggio da un soggetto legato ad esso da un rapporto di immedesimazione organica e, dunque, come se fosse il "braccio" dell'ente, il che consente di qualificare il fatto come "proprio"

⁷⁵ T. Novara, 26.10.2010 reperibile sul web: http://olympus.uniurb.it/?option=com_content&view=article&id=4101:tribunale-di-novara-26-novembre-2010-responsabilita-amministrativa-degli-enti-e-modello-di-gestio&catid=19:corti-di-merito-tribunali-e-corti-dappello&Itemid=60 secondo il quale "in forza del rapporto d'immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza involgere minimamente il divieto di responsabilità penale per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost. [...] l'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente si basa su fatto proprio di quest'ultimo imputabile non a titolo oggettivo, sebbene per colpa di organizzazione, dovuta alla omessa predisposizione di un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione del reato presupposto: è il riscontro di tale deficit organizzativo che consente l'imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo. [...] Il concetto di colpa organizzativa è dunque legato alla "mancata adozione di tali modelli, in presenza dei mentovati presupposti oggettivi e soggettivi, è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" posta a fondamento della fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose: "in tale concetto di rimproverabilità è implicata una nuova forma normativa di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo costituente un ente adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determinati reati, che l'esperienza ha dimostrato funzionali ad interessi strutturati e consistenti, giacché le 'principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere da soggetti a struttura organizzativa complessa' (cfr., Relazione ministeriale)".

dell'ente⁷⁶; non è violato nemmeno il principio di colpevolezza nel suo significato più pregnante, per cui il soggetto incriminato risponde di un fatto proprio "colpevole"⁷⁷. Infatti, l'ente risponde per una "colpa di organizzazione"⁷⁸: l'ordinamento gli impone di munirsi di modelli

⁷⁶ MASUCCI M., *L'imputabilità del reato alla luce della sentenza Thyssenkrupp: intervista al Professor Masucci*, a cura di VALENTINI M., <http://www.lavocedeldiritto.it/index.php/interviste/item/730-l-imputabilita-del-reato-alla-luce-della-sentenza-thyssenkrupp-intervista-al-professor-masucci>: "Con i criteri oggettivi di imputazione, a detta di una parte della giurisprudenza e delle Sezioni unite della Cassazione, il legislatore ha fatto propria la "teoria dell'immedesimazione organica", sciogliendo i dubbi di compatibilità con il principio costituzionale della responsabilità penale personale, limitatamente al divieto di rispondere per fatto altrui. L'ente può evitare responsabilità adottando ed attuando efficacemente un modello di gestione e controllo idoneo alla prevenzione del reato, prima della commissione dello stesso. Un meccanismo volto a soddisfare l'ulteriore requisito del principio di personalità, quello soggettivo della colpevolezza, riprendendo il concetto tedesco di "colpa di organizzazione" (*Organisationsverschulden*) che rimprovera l'Ente non sufficientemente organizzato, né tantomeno dotato di un sistema di controllo per la prevenzione dei reati".

⁷⁷ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 64 e ss.: "Il deficit organizzativo evoca con maggiore puntualità il concetto di colpa [...], il non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello che è stato concretamente perpetrato e che reclama comunque di essere imputato all'ente, pur in assenza di una sicura matrice individuale.[...] Naturalmente, perché le promesse di maggiore determinatezza e quindi spendibilità sul piano dell'imputazione giuridica si attuino, è necessario individuare con una certa precisione modelli e standard di comportamento precauzionale cui possa riconoscersi in via di principio l'attitudine ad evitare i reati commessi nell'ambito societario, di modo che la mancata adozione di tali accorgimenti consenta un puntuale e non generico addebito di *colpa* in capo alla persona giuridica. [...] In tale prospettiva, gli apparati cautelari delineati nei protocolli preventivi [...] possono ben fungere da insieme di regole cautelative la cui inosservanza fonda una precisa, inequivocabile *colpa di organizzazione* della *societas* come *persona*".

⁷⁸ Sulla colpa di organizzazione, C. E. PALIERO e C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, *Rivista231*, 3 aprile 2015, 3: "Si sono quindi tratteggiate le linee di una colpevolezza giuridica, incarnata dall'esistenza di una sfera di doveri di un soggetto verso la società, la cui violazione, anche da parte di un soggetto collettivo,

organizzativi idonei ed efficaci, volti a prevenire condotte criminose da parte dei suoi organi. Se queste precauzioni non sono state adottate o non sono state efficacemente attuate e il reato in concreto si verifica, l'ente risponderà per non aver ottemperato a tale obbligo e sarà pertanto rimproverabile. Di certo il concetto di colpa così costruito non può intendersi nel senso di coefficiente psicologico che permette di attribuire l'illecito all'ente ma avrà una diversa natura, quella che la dottrina chiama "colpa normativa". Per colpa normativa deve intendersi un concetto di rimproverabilità che prescinde dal supporto psicologico ma che si regge su una forma di negligenza "per non essersi comportati con la dovuta attenzione prescritta dal nostro ordinamento o, in altre parole, per una mancata doverosa attivazione volta a prevedere e prevenire i pericoli discendenti dal nostro agire"⁷⁹. La Corte è chiara nel puntualizzare che cercare di applicare all'ente i precetti penali così come interpretati nel senso tradizionale è uno sforzo inutile, poiché le norme sono state pensate con riferimento alla persona fisica, dunque tenendo conto della sua umanità. Questo dato però non impedisce che le stesse disposizioni, con

consentirebbe di formulare un giudizio di disvalore. Ci si attende cioè (si esige) che l'ente, attraverso organismi di controllo interni, crei e implementi adeguate 'contropinte' alle dinamiche criminogene innescate dalla dinamica stessa dell'organizzazione complessa, in quanto complessa. In tale contesto, la consumazione dell'illecito, deludendo tali aspettative, legittimerebbe un rimprovero per colpa di organizzazione: si sanzionerebbe, cioè, l'inidoneità dell'apparato a prevenire il rischio- reato per un difetto di controllo, analogamente a quanto accade, nell'*Individualstrafrecht*, con riguardo alla c.d. *actio libera in causa*: la colpevolezza dell'ente integrerebbe una sorta di pre-colpevolezza, derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato".

79

F.

CAGNOLA

in

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2014-12-16/la-sentenza-thyssen-e-dlgs-n-2312001-115507.php>.

una chiave di lettura differente, adatta alle persone giuridiche, possano essere applicate anche ad esse⁸⁰.

Alla luce di quanto emerso da questa sentenza, oltre alla formale adesione alla tesi del *tertium genus*, rilevante appare piuttosto l'attenzione posta sul contenuto sostanziale della disciplina, in particolare l'analisi sulla compatibilità con il dettato costituzionale, la ricostruzione del concetto di colpevolezza che ha come riferimento l'ente. Sebbene la presa di posizione di queste Sezioni Unite sia molto significativa, nulla assicura che in futuro non si verifichino inversioni di tendenza, così come è già avvenuto in passato.

A dire il vero, ancora una volta pare di aver assistito ad una mancanza di coraggio: una volta affermata la compatibilità con il dettato costituzionale, riconosciute le garanzie dell'ordinamento penale, ricostruita la nozione di colpa organizzativa, il passo verso l'accoglimento della tesi della natura penale della responsabilità dell'ente sembrava scontato. Ad ogni modo, il dato che a nostro avviso risulta più significativo è proprio l'approccio concreto con cui è stato commentato il contenuto della disciplina, a prescindere da qualsiasi etichetta in cui esso possa essere inquadrato.

⁸⁰Sul concetto di colpa organizzativa A. SULLO in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=13522>: “ Il comportamento colpevole della persona giuridica consisterebbe, perciò, nel fatto che l'impresa, seppur potenzialmente capace di dotarsi di strumenti adeguati a prevenire i reati, non ha agito ed ha, quindi, implicitamente accettato il rischio che gli stessi si verifichino. In tal senso, il decreto stabilirebbe una sorta di dovere di organizzazione, richiedendo all'ente di adottare modelli di organizzazione e gestione idonei”.

1.13. I criteri oggettivi di imputazione

I criteri oggettivi sono due e sono indicati dall'art. 5 del d.lgs. 231/2001. Il reato deve essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto qualificato (apicale o subordinato)⁸¹.

I soggetti apicali di regola saranno coloro in grado di impegnare la volontà dell'ente mentre i soggetti subordinati operano alle dipendenze dei primi anche occasionalmente.

Il legislatore non ha individuato tassativamente le figure inquadrate nell'una e nell'altra categoria, ma ha preferito un approccio oggettivo-funzionale che non postula la necessaria esistenza di un rapporto di lavoro formale tra il soggetto e l'ente, ma ritiene sufficiente che l'individuo svolga una data funzione anche solo di fatto al momento in cui l'evento si verifica.

In questo modo si può far fronte alle evoluzioni che caratterizzano la vita interna delle imprese, i ruoli sono dinamici e non vi è una distinzione netta tra le varie figure, anzi ne vengono create continuamente di nuove.

Tuttavia resta fondamentale la distinzione tra le due categorie: l'appartenenza di un soggetto ad una o all'altra categoria, oltre ad essere indispensabile per attribuire l'illecito all'ente, ha importanti risvolti sulla disciplina del quadro probatorio. Se da un punto di vista teorico le due categorie sono ben distinte, non può dirsi lo stesso sul piano pratico.

⁸¹ Art. 5 del d.lgs.231/2001. Responsabilità dell'ente: "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).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

Non sempre è agevole stabilire se la posizione ricoperta dal soggetto sia apicale o subordinata. Può accadere che la persona fisica svolga concretamente più funzioni che, talvolta, indurrebbero a qualificarlo come dipendente ed altre volte a considerarlo un soggetto di vertice. La situazione si complica più è complessa la compagine aziendale: nei nuovi modelli aziendali questa distinzione così rigida è ormai superata⁸².

Per quanto riguarda l'espressione "nell'interesse o a vantaggio" dell'ente sono necessarie ulteriori spiegazioni.

La formula ha sostituito il generico termine "per conto" dell'ente che avrebbe potuto sfociare in un'imputazione obiettiva per il solo fatto che il reato fosse stato commesso da un soggetto "appartenente" all'ente, così come appunto avviene nella tradizione statunitense.

Il secondo comma stabilisce infatti che l'ente non risponde se la persona fisica ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, perché in questa ipotesi il rapporto organico si rompe e l'eventuale vantaggio che l'ente ne abbia ricavato sarebbe frutto di un caso fortuito, dato che la persona fisica non

⁸²Si assiste ad un processo di *deverticalizzazione* per cui le decisioni non sono più prese dal singolo ma sono il risultato di un lavoro di squadra o il frutto di più processi decisionali che impediscono di individuare con certezza un solo individuo o gruppo responsabile dell'azione finale. Da considerare è anche il meccanismo di *settorializzazione* che ha spostato verso il basso gli *iter* decisionali. Coloro che in principio si occupavano di questioni di natura puramente tecnica, stante le competenze specifiche che certi settori richiedono, sono delegati anche a prendere le decisioni principali che riguardano tali attività, deresponsabilizzando i superiori che non hanno le competenze specifiche necessarie per compiere determinate valutazioni. Infine le nuove figure contrattuali inserite nella prassi delle imprese non aiutano. Per un'analisi dettagliata si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., a cura di LATTANZI, 67: "i cosiddetti *management contracts*, che sembrerebbero superare il vecchio principio per cui *delegatus non potest delegare*, e dispongono l'attribuzione di poteri gestionali attinenti alla conduzione quotidiana di una società ad altra società, appartenente di solito al medesimo gruppo e specializzata, appunto, nella prestazione di servizi di *management*".

ha agito come organo interno ma come individuo, non impegnando così la volontà dell'ente⁸³. Nessun dubbio sull'opportunità di questa scelta.

Ciò che invece ha sollevato varie questioni è il ruolo attribuito al vantaggio risultante dalla combinazione del primo e secondo comma dell'art.5. Concettualmente possiamo chiarire che i due termini sono distinti: l'interesse agisce sul piano soggettivo e deve essere presente "a monte", nelle intenzioni dell'autore, richiede pertanto una valutazione "ex ante"; il vantaggio è al contrario un concetto concreto, valutabile solo "ex post", dopo che si sia verificato materialmente il reato e che potrebbe prescindere dalle intenzioni del suo autore. Dal punto di vista giuridico, la formulazione della norma ha dato adito a varie interpretazioni che in modo diverso tentano di oggettivare il più possibile la nozione di interesse per aggirare il rischio di una *probatio diabolica* sulle intenzioni prospettate nella mente del soggetto agente⁸⁴.

⁸³ In senso conforme Cass., 02.10.2006 (ud. 23.06.2006), n.32627, G. Dir, 2006, 42, 61 s.

⁸⁴ Parte autorevole della dottrina ritiene che i due concetti debbano essere considerati come un'endiadi, nel senso che invece di rappresentare ipotesi disgiuntive sarebbero l'una il completamento dell'altra. Ciò comporterebbe la necessaria compresenza di entrambi i criteri, interesse e vantaggio, laddove un interesse sia a priori presente.

In alternativa, la dottrina ipotizza una *reductio ad unum* del concetto di interesse o vantaggio, come se l'interesse non fosse altro che una valutazione soggettiva *ex ante* del potenziale vantaggio oggettivo che si realizzerà *ex post*.

Infine c'è chi si attiene al dato letterale e sostiene non solo che i due concetti siano distinti ma che debbano restare anche separati. A sostegno di questa conclusione giungerebbe il successivo art. 12 del d.lgs. 231/2001 che alla lettera a) prevede come caso di riduzione della pena pecuniaria l'ipotesi in cui la persona fisica abbia agito nel prevalente interesse proprio o di terzi e che l'ente ne abbia ricavato un vantaggio minimo o nullo. I due termini, interesse e vantaggio, sono inequivocabilmente contemplati in maniera autonoma.

La giurisprudenza maggioritaria ha avallato la teoria che mantiene separati il concetto di interesse e vantaggio ma riserva al primo una lettura obiettiva.⁸⁵

Coerentemente con la sua natura di criterio oggettivo, l'interesse va inteso come *idoneità* della condotta illecita a produrre un beneficio per l'ente. Deve trattarsi inoltre di un interesse *concreto* ed *attuale* al momento in cui è posto in essere il reato presupposto e non soltanto futuro ed ipotetico.

Ad ogni modo la previsione del secondo comma dell'art. 5 era stata imposta specificamente dalla legge delega, per cui il Legislatore delegato non ha potuto evitare la contraddizione che ne è derivata.

Il rapporto tra interesse e vantaggio non è l'unico problema sollevato dalla normativa, ulteriore e forse più spinoso punto riguarda la configurabilità

⁸⁵ Nel merito, il tribunale di Milano si è espresso nei seguenti termini: «l'espressione nell'interesse o a vantaggio dell'ente non costituisce un'endiadi rafforzativa, in quanto i due termini non sono sinonimi e la congiunzione o deve essere intesa in modo disgiuntivo, nel senso che, purché il reato sia stato compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che da esso l'ente ne abbia tratto vantaggio ». T. Milano 20.12.2004, DPSoc, 2005, 6, 69 e ss.; Anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sul punto: « secondo la Relazione alla legge, l'interesse, quanto meno concorrente della società va valutato ex ante, mentre il vantaggio richiede una verifica ex post. Non sembra quindi da condividere la definizione dei endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa "e" tra le parole interesse e vantaggio; e non la congiunzione disgiuntiva "o" presente invece nella norma, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse "a monte" della società ad una locupletazione prefigurata, pure se di fatto, eventualmente, non più realizzata, in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato "ex ante" dall'agente. Concorso reale, quindi, di presupposti, che pone un delicato problema di coordinamento, laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, ma facciano riferimento al solo interesse (e. g. art. 5, 2° co.) ». Cass., 30.01.2006 (ud.20.12.2005), n. 3615, GDir, 2006, 15, 59 s.; Le due posizioni sono poi brevemente sintetizzate da altra giurisprudenza di merito più recente: T. Milano, 26.02.2007, in www.rivista231.it.

di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente che abbia natura colposa⁸⁶. La domanda che si pone è: come è possibile che un reato colposo sia commesso nell'interesse dell'ente o a vantaggio dello stesso?

Evidente è che il soggetto non possa figurarsi alcun interesse per l'ente dalla commissione di un reato di questo tipo e tanto meno possa ricavarne successivamente un vantaggio, anzi la pubblicità negativa che ne seguirebbe avrebbe risvolti assolutamente non desiderati.

Onde evitare una *interpretatio abrogans* della norma e in attesa di un intervento conciliatore del Legislatore, l'unica possibilità di salvare l'applicabilità della norma senza contrastare il dettato della legge è quella di riferire l'interesse o il vantaggio realizzato non all'evento determinato dal reato bensì alla condotta che ha portato all'evento.

In altre parole, la motivazione soggettiva dell'agente andrebbe proiettata sulle finalità vantaggiose che il reato avrebbe potuto raggiungere nell'ambito dell'attività svolta se l'evento dannoso non si fosse verificato.

La valutazione sulla sussistenza dell'interesse o vantaggio dovrà collegarsi solo al momento della condotta e non anche all'evento che ne è seguito. La maggior parte delle volte i due concetti si concretizzeranno in un "risparmio di costi" o "risparmio di tempo" che rappresentano un beneficio nell'ambito dell'attività d'impresa, come tale idoneo ad integrare uno dei criteri obiettivi di imputazione⁸⁷.

⁸⁶ In conformità all'attenzione che la legge delega aveva riservato ai reati colposi, l'elenco dei reati presupposto che possono dare vita alla responsabilità amministrativa dell'ente è stato infoltito con l'aggiunta dell'art. 25-*septies* che richiama l'omicidio e le lesioni colpose con violazione della norma antinfortunistica.

⁸⁷ PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, cit. Confermato dalla giurisprudenza più recente, Sez. Un. Thyssen, cit.

1.14. I criteri soggettivi di imputazione : la colpa organizzativa

Si è già detto che perché la persona giuridica possa essere ritenuta responsabile del reato commesso da una persona fisica ad essa appartenente occorre che sia rimproverabile, in altre parole che possa esserle imputato un comportamento colpevole ulteriore rispetto a quello tenuto dall'agente.

Tale criterio soggettivo è racchiuso nel concetto di colpa di organizzazione strettamente correlato alla finalità preventiva della disciplina: l'ente è responsabile se non ha adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire la realizzazione di reati legati alla criminalità d'impresa. L'ente è punito per non essersi organizzato adeguatamente agevolando la successiva commissione del reato⁸⁸. L'elemento soggettivo non è collegato alla sfera psicologica che non rientra nelle facoltà dell'ente ma è pensata con riferimento alla c.d. colpa normativa. L'ente è rimproverato per non aver ottemperato ad un dovere imposto dalla legge, quello di organizzarsi. In astratto, anche questa colpa poteva essere in un certo senso graduata, distinguendo l'ipotesi in cui il reato commesso rientrasse in una precisa *politica d'impresa* e quella per cui fosse il frutto di una semplice *culpa in vigilando*. Sebbene le due circostanze siano chiaramente caratterizzate da un indice diverso di gravità, il Legislatore delegato ha preferito seguire un'altra strada e distinguere due modelli di colpevolezza in base al fatto che il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale o un soggetto in posizione subordinata.

I due paradigmi sono rispettivamente disciplinati dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. Se il reato è commesso da un apicale l'adozione di un efficace modello organizzativo e la sua attuazione fungerà insieme ad altre circostanze

⁸⁸ C. E. PALIERO e C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, Rivista231, 3 Aprile 2015, 2 e ss.

da fattore esimente per l'ente⁸⁹. L'onere di provare l'esistenza della situazione descritta grava sull'ente, poiché per il rapporto di immedesimazione organica si presume che il reato commesso dall'apicale rientri nel quadro di una precisa politica d'impresa.

Nell'ipotesi in cui il reato sia commesso da un dipendente l'art. 7 sancisce la responsabilità dell'ente tutte le volte in cui la commissione del reato sia stata resa possibile «dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza». La fattispecie è quella di *negligenza organizzativa*. A differenza del caso precedente, l'efficace attuazione di un modello organizzativo sarà sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente e, laddove questo sia adottato, spetterà all'accusa dimostrare la sua inadeguatezza⁹⁰.

⁸⁹Art. 6 d.lgs. 231/2001: «l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b) ».

⁹⁰ Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Il modello prevede, 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.

4. L'efficace attuazione del modello richiede:

Il regime creato è degno di merito per aver delineato un sistema in grado di distinguere la colpevolezza dell'ente dallo *status* psicologico dell'autore materiale del reato. Tuttavia è dubbia l'effettività del sistema a causa della visione ancora troppo vincolata ad una concezione antropomorfica del sistema penale e rischia di restare intrappolata nell'oscura complessità delle strutture aziendali più moderne.

1.15. La funzione dei modelli organizzativi

In entrambe le ipotesi il cuore della disciplina è rappresentato dai modelli organizzativi. All'ente si richiede che i modelli non siano solo dei pezzi di carta, ma dei programmi che vengano attuati efficacemente e che siano in grado di minimizzare il rischio che dei fatti criminosi vengano posti in essere. Se poi nonostante ciò il reato si verifica ugualmente l'ente non sarà responsabile perché il rispetto dei doveri imposti dal decreto ha una funzione esimente. Può evincersi la differenza fondamentale tra il ruolo che i *compliance programs* giocano nel sistema statunitense e la funzione attribuita ai modelli organizzativi dalla legge italiana: mentre nel primo in nessun caso in sistema di *compliance* è sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente, nel secondo la dotazione di un sistema organizzativo può, a seconda delle circostanze concrete, essere addirittura sufficiente per ritenere l'ente estraneo da qualsiasi forma di responsabilità.

-
- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
 - b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Anche nell'ordinamento italiano il fine prioritario che il Legislatore intende raggiungere è una funzione deterrente: si esige che l'ente si organizzi e adotti una politica d'impresa che scoraggi l'attività criminosa in cambio dell'impunità. Tuttavia la legge non descrive il contenuto del modello ma ne delimita soltanto lo scheletro, rimettendo a ciascuna impresa il compito di dotarsi di un programma conforme alla propria attività.

Di fatto significa che l'effettività del modello sarà valutata dal giudice una volta che verrà esercitata l'azione penale contro l'ente (ovvero quando il rischio che doveva essere evitato si è verificato), perché l'approvazione delle associazioni di categoria o dei Ministri competenti non assicura l'idoneità giuridica del modello. Sarebbe auspicabile un'impostazione più dettagliata che aiuti l'ente ad individuare dei parametri meno generici ai quale fare riferimento, data la natura ormai necessaria (per non dire obbligatoria) dei modelli organizzativi, che rappresentano una misura indispensabile per non incorrere nella c.d. colpa di organizzazione. Si tenga presente che, diversamente dall'ordinamento americano, il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale laddove ravvisi un reato e non ha delle "alternative" al rinvio a giudizio. Questo comporta che il ravvedimento dell'impresa successivo alla commissione del reato potrà, a seconda della fase in cui avviene, premiare l'ente con una riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive, ma non potrà in alcun modo orientare l'azione del pubblico ministero.

CAPITOLO II

I MODELLI ORGANIZZATIVI

Sommario: 2. La struttura dei compliance programs americani; 2.1. La struttura dei modelli organizzativi italiani: 2.1.1. La teoria del rischio consentito; 2.1.2. Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza; 2.2. I punti di contatto e le differenze tra i due sistemi; 2.3. I riflessi sulla funzione preventiva; 2.4. Le caratteristiche della funzione premiale; 2.5. L'efficace attuazione dei modelli nei due ordinamenti; 2.6. Le ripercussioni sul piano pratico.

2. La struttura dei compliance programs americani

Gli emendamenti apportati alle *Federal Sentencing Guidelines* nel 2004 hanno stravolto il ruolo dei *compliance programs* riflettendosi inevitabilmente sulla loro struttura. Sebbene le *Guidelines* non esauriscano la descrizione della struttura che i *compliance programs* devono avere, ne delineano l'aspetto generale, le caratteristiche minime sufficienti per definirlo ragionevole ed effettivo. I cambiamenti che ne sono derivati toccano tre tratti fondamentali della loro disciplina:

- a) La trasformazione del concetto di *compliance* in *compliance and ethics*;
- b) Il ruolo del *Top Management*;
- c) Il concetto di efficacia del programma.

Inoltre, i sette punti che fungono da direttive per la costruzione di un programma effettivo sono stati inseriti nel testo principale delle *Guidelines* e non sono contenute più soltanto in un commento, così come in precedenza era previsto dalle *Guidelines* del 1991. Tali indicazioni rappresentano i requisiti minimi che un *compliance program* deve rispettare per poter essere ritenuto efficace ma non hanno una portata esaustiva e devono essere letti nell'ottica dei principi generali posti dalle *Guidelines*, attente alla costruzione di una cultura d'impresa piuttosto che ad un insieme di norme di facciata.

A) *Da compliance a compliance ethics*

Il punto a) del paragrafo 8B2.1 nella formulazione attuale prevede che *to have an effective compliance and ethics programs [...] an organization shall [...] promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*⁹¹.

Con questa previsione viene scongiurata una volta per tutte la convinzione che *if it is legal it is ethical*, ovvero che sia sufficiente l'adozione di un c.d. *cosmetic program* per ritenere integrate le condizioni richieste dalla legge.

Rispetto alla disciplina previgente questa disposizione rappresenta la maggiore novità introdotta nel 2004 perché finalmente si è compreso che lo scopo principale deve essere quello di diffondere una cultura etica nell'impresa che interessi tutti i livelli dell'architettura aziendale e che contribuisca a formare ogni singolo piano d'azione e di gestione.

Prima di questa innovazione i *compliance programs* erano adottati nel rispetto dei sette punti previsti come una sorta di *check list* che assicurasse la legalità senza però che fosse seguita una finalità etica di fondo e che il più delle volte sfociava nell'adozione di comportamenti formalmente consentiti ma

⁹¹ Ch.8B2.1, *Federal Sentences Guidelines*, 2004, available at <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2004/manual/gl2004.pdf>

che nel lungo periodo avrebbero avallato prassi sempre più ai confini della legalità.

In altre parole l'approccio precedente era molto più riduttivo perché mirava al rispetto delle norme procedurali senza che fosse promossa la costruzione di principi etici che orientassero la condotta di ciascun membro operante nel contesto dell'impresa.

Di fatto i requisiti legali erano rispettati ma sostanzialmente questo approccio appoggiava pratiche *borderline* consentite fin quando fossero in grado di eludere la lettera dei *compliance programs* senza sconfinare in comportamenti illeciti.

Con questo assunto non si vuole contestare il perseguimento di una *legal compliance* ma si vuole sottolineare come questa visione sia limitata e sminuisca le potenzialità che l'adozione di un *compliance program* possiede nello sviluppo di un'etica aziendale di lungo periodo⁹². L'obiettivo delle nuove *Guidelines* è quello di "educare" le *corporations* in modo che adottino un atteggiamento generalmente proteso alla formazione di una struttura etica interna e non volto solo ad assicurarsi i premi previsti nel momento di applicazione della sanzione nell'eventualità di un *indictment*.

Per raggiungere questa finalità è, per esempio, richiesta l'adozione di un codice etico che stabilisca lo *standard of conduct* senza indicare i contenuti del medesimo, proprio per evitare che vengano rispettati dei parametri generali ma che in concreto non si adattino alle specifiche caratteristiche di ciascuna impresa. Pertanto spetterà alle società l'individuazione di principi specifici che saranno in grado di orientare ragionevolmente l'organizzazione nella gestione di problematiche sia di portata generale sia attinenti alla particolare attività svolta.

⁹² G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai modelli organizzativi di gestione e di controllo*, Giuffrè, 2008, 94 e ss.

B) Il ruolo del Top Management

Al punto b) del paragrafo 8B2.1 sono indicati i requisiti minimi per ritenere rispettate le indicazioni al punto a), che non sono altro che i sette punti già previsti nel commento della versione precedente delle *Guidelines*, rivisitati nell'ottica di un *focus* sull'efficacia dei modelli.

Tra questi requisiti assume un rilievo essenziale il ruolo che i soggetti di vertice giocano nell'adozione e nella promulgazione del *compliance program*.

Rispetto al testo previgente, la formulazione attuale attribuisce dei compiti più specifici ai *managers* e tratteggia un loro coinvolgimento attivo nel processo di progettazione e attuazione⁹³. L'idea di fondo è che il primo a dover avere ben chiaro il contenuto ma soprattutto l'importanza di una corretta implementazione del *compliance program* è proprio il *management*, al quale è affidato il compito di assicurare l'effettività del modello.

Infatti, l'esperienza precedente ha dimostrato come l'implementazione di un *compliance program* sia insufficiente a prevenire la commissione di reati o a scoprire i casi in cui questi si siano verificati se a monte manca una sincera propensione alla liceità prima di tutto da parte dei *managers*.

⁹³*Federal Sentence Guidelines* 2004, ch.8B2.1: “The organization’s governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program. (B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program. (C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority”.

Di fronte al *placet* del *management* circa la propensione a seguire *bad practices* non c'è alcun modello che possa essere efficace: un dipendente seguirà sempre le indicazioni del proprio superiore, specialmente nelle grandi organizzazioni, dove la visione completa dell'operazione di certo non appartiene ai dipendenti che, di conseguenza, eseguiranno le pratiche nelle modalità richieste.

Laddove invece il dipendente capisca che l'osservanza dei principi descritti nei *compliance programs* sia un valore fondamentale dell'azienda in cui lavora e sia condivisa anche dai vertici dell'impresa, avvertirà sicuramente più stringenti le regole da seguire e avrà molte più remore nel disattenderle.

Si deve tener conto poi del fatto che la necessità di un maggiore coinvolgimento del *management* deriva proprio da una serie di considerazioni pratiche, tra cui la constatazione che i reati sono il più delle volte commessi proprio dai *managers* o per lo meno permessi da un loro tacito consenso.

Infine la versione attuale si propone di dare una risposta precisa all'esigenza di superare la genericità con cui erano attribuite certe funzioni agli organi di gestione delle società.

Da un lato è stabilito che la *governing authority*, ossia il Consiglio di Amministrazione, abbia piena conoscenza del *program* adottato e che si occupi dell'attuazione e della supervisione dell'efficacia del medesimo; dall'altro lato è richiesta l'istituzione di un vero e proprio meccanismo di controllo e *reporting*. Sono create quindi due diverse figure che potrebbero anche coincidere: un soggetto incaricato dell'effettiva attuazione del programma al quale è attribuita una responsabilità generale per il coordinamento anche di eventuali deleghe a persone interne all'organizzazione con riferimento a *day-to-day-operations*, e poi una *high-level person* che supervisioni il corretto funzionamento del sistema (*compliance officer*).

Altro rilievo fondamentale è attribuito alla credibilità che il *Top management* deve avere per far sì che il programma da questo promulgato

possa essere effettivo⁹⁴. Si richiede che persone in passato coinvolte in attività illecite o non in linea con i principi etici seguiti dalla società non ricoprano ruoli di *substantial authority*.

Sebbene la norma susciti diverse perplessità in relazione alla sua conformità con la Carta dei Diritti Civili, lo scopo è quello di evitare che vicende personali dei *managers* possano incidere sulla credibilità generale della *corporation*.

C) Il concetto di efficacia del programma

Il punto cruciale degli emendamenti approvati nel 2004 riguarda l'efficacia dei *compliance programs*. Perché una società possa godere delle riduzioni di pena collegate all'adozione di un programma etico occorre che questo sia stato efficacemente attuato.

Le nuove *Guidelines* definiscono in termini generali un modello efficace come segue: *To have an effective compliance and ethics program, [...] an organization shall exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law.*

Si precisa poi che la commissione di un reato non significa necessariamente che il modello adottato non sia efficace, infatti lo scopo è quello di ridurre al minimo il rischio che una situazione patologica si verifichi ma ciò non può sfociare nella pretesa che in assoluto sia scongiurata qualsiasi

⁹⁴ Id.: “The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program”.

ipotesi delittuosa⁹⁵. Il requisito generale di efficacia quindi è che sia esercitata la *due diligence* nella progettazione, attuazione e previsione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare pratiche scorrette. Sono poi indicate le condizioni specifiche minime richieste affinché un *program* possa dirsi efficace, racchiuse nelle sette indicazioni al punto b). Laddove questi requisiti minimi non vengano rispettati il modello sarà per definizione inidoneo perché non conforme al contenuto minimo stabilito dalla legge.

Il concetto di efficacia è anche strettamente legato ad una attività dinamica che deve interessare la vita quotidiana delle *corporations*.

Il *program* non deve solo rispettare le indicazioni legislative ma deve essere effettivo, a tal fine risorse adeguate devono essere investite in sistemi di *training, reporting, risk assessment*.

Ciascuna categoria deve essere sottoposta ad un corso di formazione inerente alla specifica attività di riferimento che deve essere periodicamente ripetuto per garantirne l'aggiornamento.

Inoltre deve essere previsto un canale informativo che consenta la rilevazione di violazioni da parte dello stesso personale senza che sia minacciato dal rischio di ripercussioni, quindi mantenendo l'anonimato e incentivando così la collaborazione interna⁹⁶. Infine occorre che siano stabilite

⁹⁵ Id.: "Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct".

⁹⁶ Id.: "[...] to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation".

delle sanzioni disciplinari adeguate per far fronte alle violazioni di tali codici in modo da disincentivare qualsiasi atteggiamento contrario⁹⁷.

Il quadro legislativo è completato dalla prescrizione della necessaria valutazione dei rischi connessi all'attività cui il *program* si riferisce⁹⁸.

Il *risk assessment* è un'attività indispensabile ai fini di una corretta implementazione del *compliance program*, che altrimenti sarebbe avulso dal

⁹⁷ Id.: “The organization’s compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct”.

⁹⁸ Id.: “To meet the requirements of subsection (c), an organization shall:

(A) Assess periodically the risk that criminal conduct will occur, including assessing the following:

(i) The nature and seriousness of such criminal conduct.

(ii) The likelihood that certain criminal conduct may occur because of the nature of the organization’s business. If, because of the nature of an organization’s business, there is a substantial risk that certain types of criminal conduct may occur, the organization shall take reasonable steps to prevent and detect that type of criminal conduct. For example, an organization that, due to the nature of its business, employs sales personnel who have flexibility to set prices shall establish standards and procedures designed to prevent and detect price-fixing. An organization that, due to the nature of its business, employs sales personnel who have flexibility to represent the material characteristics of a product shall establish standards and procedures designed to prevent and detect fraud.

(iii) The prior history of the organization. The prior history of an organization may indicate types of criminal conduct that it shall take actions to prevent and detect.

(B) Prioritize periodically, as appropriate, the actions taken pursuant to any requirement set forth in subsection (b), in order to focus on preventing and detecting the criminal conduct identified under subdivision (A) of this note as most serious, and most likely, to occur.

(C) Modify, as appropriate, the actions taken pursuant to any requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified under subdivision (A) of this note as most serious, and most likely, to occur”.

contesto in cui è chiamato ad operare e potrebbe risultare addirittura fuorviante⁹⁹.

In realtà si tratta di un'indagine propedeutica anche alla stesura del codice etico perché fotografa la realtà in cui opera l'impresa.

Il processo di valutazione del rischio può convenzionalmente essere diviso in quattro fasi: prima di tutto vanno individuate le aree di attività in cui potrebbero verificarsi delle violazioni, successivamente tra queste aree devono essere identificate quelle che costituiscono una minaccia maggiore per l'organizzazione, in termini di probabilità che il rischio si realizzi e di potenziale gravità dell'impatto sulla società. Ovviamente ne seguirà una valutazione dell'efficienza dei meccanismi di controllo: tanto più questo sarà lacunoso, maggiore sarà la probabilità che delle violazioni si presenteranno.

A questo punto, una volta evidenziate tutte le criticità connesse all'attività svolta, occorre gestire il rischio in modo appropriato. Le opzioni principali sono due: *risk avoidance and risk acceptance* combinate con un sistema di mitigazione. Se la probabilità che il rischio si verifichi è molto alta e potrebbe comportare una violazione molto grave del meccanismo di *compliance* allora la *company* dovrebbe cercare di evitare in *toto* l'attività.

In caso contrario il rischio connesso ad una data attività sarà accettato e mitigato da varie soluzioni preventive, come la separazione di doveri e funzioni, meccanismi di controllo interno, sistemi di informazione strutturati in modo da assicurare la trasparenza nei processi decisionali. Il quadro così delineato dovrà infine essere documentato per consentirne una revisione periodica e valutarne l'effettività.

⁹⁹ Id.: "In implementing subsection (b), the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process".

2.1. La struttura dei modelli organizzativi italiani

In ambito aziendalistico con il termine modello si intende un complesso di regole comportamentali rivolte a soggetti in posizione gerarchica diversa e con differenti mansioni e responsabilità¹⁰⁰.

Quando si parla di un modello volto alla prevenzione di reati allora l'accento è posto su meccanismi di autoregolamentazione e autocontrollo che consentano all'ente di dimostrare che il reato commesso non è dipeso da un difetto organizzativo ma dalla violazione del modello da parte di singoli individui che non impegnano la volontà dell'ente. Ancora una volta occorre sottolineare il differente punto di partenza dei modelli organizzativi italiani rispetto ai *compliance programs* americani. In entrambi i sistemi l'adozione di un modello non è obbligatoria ma, nel sistema italiano, è necessaria per innescare l'esimente dal reato mentre, nel contesto statunitense, è uno degli elementi che concorre per ottenere una riduzione della sanzione applicabile.

Per far sì che l'esimente sia innescato è fondamentale che il modello risulti efficacemente attuato prima della commissione del reato e che questo fosse orientato ad evitare proprio reati della specie di quello verificatosi.

Anche il legislatore italiano ha dunque prestato particolare attenzione al profilo di effettività del modello onde evitare che il modello fosse concepito come un insieme di regole formali prive di capacità operativa. A tal fine il legislatore si è limitato a fornire alcune indicazioni di carattere generale sulla struttura dei modelli organizzativi lasciando a ciascuna impresa il dovere di dotarsi di un modello idoneo e conforme al tipo di attività esercitata, alle dimensioni dell'organizzazione e ai rapporti con terzi estranei. In altre parole, la costruzione del modello deve essere personalizzata e dinamica: rispondere ad esigenze concrete che di volta in volta si presentano in relazione all'attività svolta ma anche ai cambiamenti che caratterizzano la vita dell'ente.

¹⁰⁰ F.M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO, *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Giuffrè 2006, 140.

Le norme giuridiche di riferimento sono gli artt. 6-7 del d.lgs. 231/2001 dirette a due diverse categorie di soggetti, apicali e dipendenti, in base al differente regime di imputazione del reato all'ente. Nell'ottica del legislatore gli enti dovrebbero dotarsi di due autonomi modelli organizzativi che rispondano a requisiti differenti stanti le distinte circostanze cui devono far fronte. Nella prassi le società hanno adottato un modello organizzativo unico diretto a tutti i membri a prescindere dalla posizione gerarchica in cui si trovino in quanto i tratti essenziali non presentano sostanziali differenze in un caso e nell'altro. Sia l'impostazione dell'art. 6 che dell'art. 7 sono molto minimali e presentano varie intersezioni che non consentono di apprezzare sensibili diversità di cui tenere conto, sarà poi la realtà specifica di ciascuna azienda a determinare i profili peculiari delle aree a rischio interessate¹⁰¹.

Dalla combinazione delle due disposizioni¹⁰² è possibile ricavare il paradigma fondamentale che deve presentare il modello.

¹⁰¹ G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2007, 1: "Nonostante gli articoli richiamati utilizzino terminologie differenti per individuare il contenuto dei modelli, pare difficile sostenere che la volontà del legislatore fosse indirizzata alla creazione di un sistema caratterizzato da un dualismo. In modo corretto è stato infatti affermato che «la descrizione del modello contenuta nell'art. 7 risulta talmente ellittica quanto a contenuti che, se non integrata da quella di cui all'art. 6, manifesterebbe una indeterminatezza tale da fare dubitare dello stesso rispetto del principio di legalità previsto dall'art. 2 del medesimo decreto legislativo e della sua stessa legittimità costituzionale».

¹⁰² Art.6 comma 2 ex d.lgs.231/01: "In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:
a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

La struttura può essere suddivisa in quattro macro-aree: mappatura dei rischi, progettazione e attuazione di un sistema di controllo preventivo, identificazione dell'organismo di vigilanza, individuazione del regime sanzionatorio. Preliminare a questo processo è l'attività di *risk assessment*, opportunamente prevista alla lett. a) dell'art.6.

La prima valutazione da compiere per costruire un modello efficace riguarda la natura e la dimensione dell'organizzazione, nonché il tipo di attività svolta. Questi elementi costituiscono la “carta d'identità” dell'ente e rappresentano il primo indice di adeguatezza giuridico-strutturale della *governance* societaria¹⁰³.

In secondo luogo il Modello deve essere plasmato tenendo conto delle specifiche modalità di formazione dei processi decisionali e concretizzarsi quindi in protocolli che devono essere seguiti al fine specifico di prevenire la commissione di reati, con attenzione particolare alla gestione delle risorse finanziarie. Altrettanto importante è la previsione di meccanismi in grado di individuare ed eliminare situazioni rischiose, dunque è fondamentale dotarsi di un organismo di vigilanza che presenti autonomia, indipendenza e professionalità. Utile è il coordinamento con un sistema di controllo interno

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”.

Art.7 commi 3-4 ex d.lgs.231/01: “ Il modello prevede, 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.

L'efficace attuazione del modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

¹⁰³ Per una esaustiva descrizione della costruzione dei modelli organizzativi si veda per tutti C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G.LATTANZI, op. cit., Giuffrè 2010, 160 e ss.

che agevoli flussi informativi nell'organizzazione (*Internal Auditor*) e l'adozione di un regime disciplinare adeguato a sanzionare eventuali violazioni.

L'art. 7 infine stabilisce i parametri in base ai quali deve essere valutata l'efficacia del Modello, ponendo l'accento sulla necessità che periodicamente venga aggiornato, soprattutto nel caso in cui siano state apportate delle modifiche nelle modalità di gestione dell'attività o siano variati degli aspetti inerenti alla sua attività.

Si noti che l'idoneità del modello non può non essere legata alla puntualità del medesimo: più sarà correlato ad ogni aspetto peculiare dell'ente più sarà efficace e per scorgere realmente le innumerevoli sfaccettature di un'attività imprenditoriale dovrà necessariamente essere costruito ed attuato dall'interno, da chi conosce nel dettaglio i meccanismi e le procedure aziendali e soprattutto abbia le competenze funzionali a scardinare determinate pratiche non in linea con i parametri del Modello, che spesso rappresentano tecniche molto articolate e complesse.

Pertanto è opportuna la disposizione legislativa che rimette all'organo dirigente il dovere di adottare un modello organizzativo idoneo e di provvedere alla sua efficace attuazione in quanto nessuna norma di legge potrebbe astrattamente esaurire gli elementi necessari per adattarsi ad ogni realtà aziendale. Si tratta di un dovere di autoregolamentazione che contiene un insuperabile limite intrinseco: non vi è alcuna garanzia che il modello implementato, sebbene in astratto coerente con il dato legislativo, sia di fatto efficace. Questa valutazione è rimessa al giudizio insindacabile del giudice sulla base di una prognosi c.d. postuma¹⁰⁴, che verrà in gioco in una situazione già patologica e dove la vaghezza dei parametri normativi mostrerà tutte le sue controindicazioni.

¹⁰⁴ C. MONESI, op. cit., 256.

2.1.1. La teoria del rischio consentito

Premesso che i rischi connessi all'attività di impresa sono infiniti e pretendere che qualsiasi rischio sia scongiurato è impossibile, il dovere dell'ente è quello di organizzarsi in modo da ridurre al minimo le opportunità che un reato venga posto in essere. Fondamentale è dunque la redazione di un modello organizzativo efficace. Questo requisito di certo non è rispettato se l'ente si limita a trascrivere su carta i punti elencati dalla legge o dai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria come una sorta di *check list* formale se poi ad essa non corrisponde un'effettiva adeguatezza alla struttura dell'ente cui si riferisce¹⁰⁵. Il modello deve essere prima di tutto cucito sulle forme della società che comporta anche l'individuazione delle aree maggiormente a rischio di reato, suggerite dalle dimensioni dell'ente, dalla sua storia precedente, dalle tecniche di gestione ed esecuzione dell'attività.

Affinché sia realizzato un modello efficace è dunque preliminare un'attività di *risk assessment* che delimiti le zone pericolose su cui concentrarsi.

¹⁰⁵ F. M. SPANO, *I parametri di progettazione organizzativa*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, 01/2006, 217-218: "Secondo questa impostazione non sarà possibile semplicemente redigere una *check list* di procedure e di controlli o nominare semplicemente un organismo di controllo, per poter affermare che l'azienda ha predisposto quanto possibile per prevenire i reati per lei più rischiosi, per affermare di avere impostato un modello organizzativo "idoneo". Dovrà, compatibilmente con i fattori contingenti, dimostrare di avere un sistema di *progettazione delle posizioni*, della *macrostruttura*, dei *collegamenti laterali* e del *sistema decisionale* coerente. In sostanza, non si può a priori dotare un'azienda di una struttura organizzativa con determinate modalità di raggruppamento e di un sistema di incentivazione e controllo *sui generis*, adottare forme di comunicazione informale e meccanismi di decentramento, senza verificarne l'idoneità con l'età dell'azienda, la dimensione, il sistema tecnico (nel senso di "insieme di strumenti e di mezzi utilizzati dal nucleo operativo per trasformare gli input in output"), la stabilità, la complessità, la diversità e l'ostilità dell'ambiente, le relazioni di potere, che direttamente e indirettamente condizionano l'azienda".

Il primo passo consiste nell'incrociare i reati presupposto contemplati dal decreto e le aree aziendali per identificare quelle "sensibili"¹⁰⁶; a questo punto si procede alla mappatura dei rischi connessi alle varie attività; poi si opera una valutazione sulla probabilità che il rischio si verifichi e sull'impatto che l'evento avrebbe sull'azienda: individuato un rischio di reato in una determinata area aziendale e riconosciuta una certa probabilità che questo si verifichi la risposta non può essere che la ricerca di un meccanismo di riduzione e mitigazione del rischio.

Pertanto l'attenzione si sposta sui processi in cui si articolano le aree a rischio, in particolare saranno predisposti degli specifici controlli che incideranno sulla formazione e attuazione delle decisioni attraverso la regolamentazione delle attività strumentali ad esse ma considerate sensibili.

Infine si individuano le risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati¹⁰⁷.

Sono necessarie delle precisazioni sulla tecnica con cui viene costruita la matrice probabilità/impatto. Si considerino due concetti: rischio inerente, come rischio intrinseco all'area interessata senza controlli, e rischio residuale, ovvero le possibilità che questo si verifichi in presenza di un sistema efficace di controllo dell'attività.

L'impatto che la verifica del rischio comporta sull'impresa è uguale in entrambi i casi; la frequenza, intesa come probabilità che il rischio in concreto si verifichi, cambia in modo significativo in base alla presenza di un meccanismo di controllo e gestione adeguato. Pertanto il rischio residuale dipende dalla combinazione dell'impatto e della frequenza mitigata dall'esistenza di tali meccanismi.

¹⁰⁶ GAREGNANI, op. cit., 146.

¹⁰⁷ N. COSTANTINO, M. FALAGARIO, *La redazione del modello organizzativo: adempimenti formali e sostanziali*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2009, 196-197.

Il sistema sarà teoricamente efficace se il rischio residuale risulterà inferiore al rischio inerente, dato dalla combinazione dell'impatto e della frequenza in assenza di controlli. Ancora però non è detto che il rischio residuale sia un rischio tollerabile: questa valutazione dipende dal confronto tra il rischio residuale e il rischio normativamente consentito, inteso come possibilità ineliminabile che un reato venga commesso nonostante la costruzione di un sistema di prevenzione idoneo, adeguato ed effettivo, eludibile solo ricorrendo a condotte fraudolente purché non agevolate da un *deficit* dell'Organismo di Vigilanza¹⁰⁸. L'attività così descritta non è statica: le probabilità che il rischio si verifichi così come le aree sensibili possono variare nel tempo e in base all'ampliamento del catalogo dei reati presupposto, nonché per vicende soggettive dell'ente. Così è necessaria una periodica analisi da cui deriverà l'aggiornamento delle strategie aziendali.

Si tenga presente che anche questa teoria può avere dei risvolti amari nella pratica: potrebbe succedere che un rischio di reato valutato come altamente improbabile durante la fase di mappatura in concreto si verifichi.

In questa ipotesi il giudice ben potrebbe ritenere carente l'attività di *assessment e management* svolta data la circostanza di fatto.

Spetterà allora all'ente l'arduo compito di convincere il giudice dell'accuratezza delle valutazioni dei rischi effettuate *ex ante* e che le procedure di controllo adottate fossero sufficientemente scrupolose.

Ancora una volta si conferma che il rischio può essere minimizzato mediante specifici ed accurati sistemi di controllo e gestione, ma per definizione non può mai essere escluso.¹⁰⁹

¹⁰⁸ C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione*, cit., 183- 184.

¹⁰⁹ Il concetto è espresso con chiarezza da COSTANTINO, FALGARIO, op. cit., 200: "In conclusione, è possibile affermare che, in mancanza di una metodica di redazione del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001 certificata, la stessa deve avvenire in modo quanto più accurato e preciso possibile. La redazione e successiva manutenzione del Modello, parte integrante del "buon operato aziendale", deve

2.1.2. Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza

Altro elemento controverso nell'architettura del "sistema 231" è la figura dell'Organismo di Vigilanza, che rappresenta un'assoluta novità nel panorama della *governance* societaria. Il decreto è stato molto approssimativo nel definire i profili di questo organismo, si è limitato a dire che ha il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli organizzativi, senza indicarne né gli strumenti né la composizione¹¹⁰.

Tuttavia nella cornice della colpa organizzativa l' OdV gioca un ruolo primario perché è deputato al controllo della corretta costruzione e attuazione del modello, dovrà curarne la revisione e verificarne il corretto funzionamento.

Se l'OdV omette di esercitare la sua funzione o lo fa insufficientemente, l'ente è chiamato quanto meno a rispondere del reato commesso da un soggetto apicale¹¹¹. La creazione di un organismo *ad hoc* è prevista dalla legge soltanto nel paradigma dei modelli organizzativi diretti ai soggetti in posizione apicale, nella prassi però l'OdV è responsabile del controllo anche dei dipendenti, sempre nell'ottica di economicità e visione unitaria del modello organizzativo all'interno dell'impresa.

Dal punto di vista giuridico, l'incarico dell' OdV può essere interpretato come un'obbligazione di mezzo, questo significa che l'OdV non ha l'obbligo giuridico di impedire la commissione di reati ma ha il dovere di vigilare in

aggiornare e modificare i comportamenti aziendali in modo da minimizzare il rischio del verificarsi di azioni delittuose. Il dovere dell'organismo di consulenza, inteso come entità esterna all'ente e che supporta lo stesso nella redazione del Modello, è quello di fornire un prodotto personalizzato rispetto all'attività aziendale e quanto più dettagliato possibile nell'individuazione delle fonti di commissione dei reati di specie. In particolare, l'inevitabile soggettività di alcune valutazioni (soprattutto probabilistiche) dev'essere limitata e supportata da processi formalizzati di valutazione e quantificazione".

¹¹⁰ Art. 6 ex d.lgs.231/2001.

¹¹¹ V.GENNARO, *Il controllo di qualità delle attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista231, 02/2009, 183.

modo adeguato sul corretto funzionamento dell'impianto complessivo di organizzazione dell'ente¹¹².

In via preliminare va dunque esclusa la responsabilità dell' OdV per non aver impedito l'evento delittuoso in quanto non è provvisto di poteri gestionali ma esclusivamente di funzioni di controllo e sorveglianza.

Se così non fosse si instaurerebbero dei conflitti di interesse insanabili che screditerebbero l'imparzialità dell'organismo, uno dei caratteri essenziali della sua composizione. Tra l'altro, è proprio il tema della composizione dell'OdV a suscitare le perplessità maggiori: perché possa esercitare correttamente le sue funzioni, l'Organismo di Vigilanza deve essere dotato di indipendenza e professionalità, caratteristiche che dipendono dai soggetti che lo compongono. Di certo non può definirsi indipendente se composto da membri del Consiglio di Amministrazione o da coloro che svolgono singolarmente una funzione direttivo-gestionale perché verrebbero irrimediabilmente a coincidere i controllori e i controllati; d'altra parte pretendere che la composizione sia totalmente esterna potrebbe essere controproducente perché l'organismo non avrebbe modo di conoscere nel dettaglio i meccanismi dell'ente e le azioni potrebbero rivelarsi di conseguenza tardive ed inefficaci.

Pertanto sembra preferibile un organismo a composizione collegiale mista, dove la scelta dei componenti interni ricada su membri estranei agli organi di amministrazione e di controllo, presumibilmente questo ruolo potrebbe essere ricoperto da un membro dell'*Internal Auditor* che, pur essendo subordinato al Consiglio di Amministrazione, conserva prerogative autonome.

¹¹² Tale considerazione ha portato parte della dottrina a ritenere che l'Organismo di Vigilanza non abbia il dovere di controllare l'operato di ogni singola persona fisica ma di vigilare sui processi gestionali ed esecutivi tramite cui opera l'ente. In questo senso, N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, BBTC, 2008, 104.

I membri che comporranno l'Organismo di Vigilanza devono presentare competenze diversificate che permettano di gestire ogni area coinvolta nella mappatura dei rischi, dal settore legale, commerciale, bancario fino alle conoscenze tecniche che riguardano specificamente l'ente.

Un Organismo autonomo è anche un organismo che gode di un *budget* indipendente di cui può disporre per porre in essere le operazioni coerenti con la sua funzione, si tratti anche di consulenze esterne oppure dotazioni di idonei apparati informativi. Onerato di predisporre questa somma è sempre il Consiglio di Amministrazione che dovrà altresì provvedere al riconoscimento di un equo compenso per i membri dell'Organismo, tali da evitare che si inneschino degli accordi di tipo corruttivo o ad ogni modo dinamiche di scambio di favori.

Spetta poi all'Organismo studiare una “tattica investigativa” adeguata ed effettiva, basata su controlli periodici e puntuali ma anche su interventi a sorpresa in modo da impedire che i controlli di *routine* diventino delle mere prassi consolidate in azienda¹¹³.

Destinatario degli esiti di questi controlli è il Consiglio di Amministrazione, al quale competerà la decisione finale su come gestire eventuali violazioni dei modelli, pratiche *borderline* e inadempimenti di vario genere che caratterizzano la vita quotidiana dell'impresa. Potrà intervenire e applicare le sanzioni disciplinari previste, oppure potrà decidere di accollarsi il rischio che il comportamento illecito possa sfociare in una condotta penalmente irrilevante. In questa scelta non può interferire l'OdV, che una volta comunicato all'ente le informazioni rilevate ha esaurito la sua funzione. Dunque fra i due organi si istaura un rapporto dialettico volto alla cooperazione per garantire un efficiente sistema di *governance*.

¹¹³ BASTIA, op. cit., 209 e ss.

In linea di principio rientrano tra i compiti dell'OdV la verifica dell'efficacia generale del modello; la verifica del rispetto concreto dei protocolli di gestione; l'esame periodico per testare l'attualità del modello; assicurare la presenza di canali informativi tra gli organi interni dell'ente ed in particolare con il Consiglio di Amministrazione. Può affermarsi che l'OdV ha competenze di natura trasversale che almeno in teoria coprono sia la fase di progettazione che di concreta attuazione del modello¹¹⁴.

Uno dei profili problematici che ruotano attorno a questa figura è se, e che tipo di responsabilità possa prospettarsi per l'OdV che abbia "agevolato" la commissione di un reato a causa di un comportamento negligente.

Per esempio, laddove l'OdV abbia omesso di informare l'Amministratore Delegato delle carenze organizzative riscontrate, o abbia omesso la comunicazione di specifiche violazioni del Modello che sono poi sfociate in un evento delittuoso o semplicemente non abbia riscontrato una necessità di aggiornamento del Modello è possibile ritenere che sia penalmente responsabile per non aver impedito l'evento ex art. 40 c.p.?

Si potrebbe ipotizzare che sia obbligato civilmente a risarcire il danno sopportato dall'impresa?

In dottrina è abbastanza condivisa l'idea che non possa configurarsi una responsabilità penale in capo all'OdV per non aver impedito l'evento in quanto non sussiste nessuna posizione di garanzia il capo a tale organismo¹¹⁵, mentre è concorde nel riconoscere una responsabilità civile di natura contrattuale in conseguenza dell'incarico ad esso conferito¹¹⁶.

¹¹⁴ M. RABITTI, *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2010, 34.

¹¹⁵ Su tutti BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano 2004, 265.

¹¹⁶ Id., 263.

Pur non sussistendo alcuna posizione di garanzia, l'OdV ha il dovere di esercitare il proprio compito con la massima diligenza attesa nelle attività professionali. Tuttavia resta la problematicità di dimostrare che nel caso concreto la diligenza prestata non fosse adeguata, perché si rientra sempre nell'ambito di un "giudizio" di conformità tra la previsione astratta e l'attuazione concreta che spetta all'OdV sulla base di parametri imperniati su considerazioni soggettive, essendo la norma di carattere generale.

Alcuni hanno auspicato l'istituzione di un altro organo indipendente che periodicamente verifici l'operato dell'Organismo di Vigilanza¹¹⁷ ma, secondo il parere di chi scrive, si darebbe adito ad un circolo vizioso in cui il controllore controlla l'altro controllore senza che a sua volta venga controllato.

2.2. I punti di contatto e le differenze tra i due sistemi

Considerate in modo avulso dal contesto cui si riferiscono, le strutture dei modelli di *compliance* statunitense e italiana sono molto simili.

¹¹⁷ GENNARO, op. cit., 186 e ss: "Le argomentazioni presentate hanno sostenuto l'utilità di un sistema di controllo della qualità delle attività svolte dall'Organismo di Vigilanza. [...] Letto dal punto di vista dell'Organismo di Vigilanza, il processo di valutazione periodica di controllo della qualità delle attività svolte è un potente strumento di auto-tutela, a protezione della crescente responsabilità civile.

Si può persino intravedere un'intrinseca potenzialità di risparmio economico nell'adozione di un sistema di controllo della qualità, nel senso che, *ceteris paribus*, il premio assicurativo richiesto per la copertura del rischio di responsabilità civile derivante dallo svolgimento del ruolo di componente di Organismo di Vigilanza dovrebbe ridursi se si dimostra di avere adottato - ed efficacemente attuato - un processo di monitoraggio e di miglioramento continuo della qualità, sebbene si deve allo stesso tempo riconoscere che il mercato assicurativo del nostro paese non sia ancora sufficientemente maturo per dare un valore di sconto al rischio, sulla base dei risultati che emergono dalla gestione del sistema di controllo della qualità".

Entrambe le normative si focalizzano sul concetto di efficacia del modello adottato, sul ruolo attivo dell'organo dirigente, nonché sull'esigenza di specificità del *compliance program* in relazione all'attività di riferimento.

Tuttavia, al di là del dato formale, i due modelli si inseriscono in contesti totalmente differenti dando vita ad implicazioni profondamente discordanti sul piano funzionale. Ancora una volta è bene ricordare che il sistema statunitense è fondato sulla *vicarious liability* che imputa il reato commesso da qualsiasi soggetto agente per conto della *corporation* alla stessa seppure non direttamente rimproverabile; in direzione opposta si è mosso il legislatore italiano che, nel rispetto dei principi costituzionali, fonda il giudizio di rimproverabilità dell'ente sul concetto di colpa organizzativa, dunque riconoscendo un comportamento colpevole nel difetto di organizzazione che rende l'ente responsabile in via diretta dell'illecito commesso da un suo agente.

Il regime di imputazione applicabile si differenzia a seconda che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale oppure subordinata, distinzione del tutto assente nel contesto giuridico statunitense proprio perché ai fini del riconoscimento della responsabilità non fa alcuna differenza. Nell'ordinamento federale statunitense, i *compliance programs* insieme ad altre circostanze consentono la riduzione delle *finis* incidendo sul *culpability score*; nell'ordinamento italiano, l'efficace attuazione di un modello organizzativo è sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente nel caso il reato sia stato commesso da un dipendente subordinato, mentre funge da esimente se il reato è stato commesso da un apicale al ricorrere di altre circostanze. Si evince che il modello organizzativo ha un ruolo centrale nella costruzione del paradigma di imputabilità dell'ente nel sistema italiano mentre è solo uno degli strumenti di riduzione delle sanzioni nel sistema statunitense, cui efficacia è subordinata al verificarsi di altre condizioni.

Nello specifico, il *compliance program* perde qualsiasi efficacia se nonostante la sua adozione viene ugualmente commesso un reato e questo non

è prontamente denunciato dall'organizzazione; allo stesso modo vi è una presunzione assoluta di inefficacia del *compliance program* se nella commissione del reato è coinvolto il *Top Management*.

In entrambi i casi la presenza di un *compliance program* non sarà sufficiente ad ottenere una riduzione del *culpability score*¹¹⁸ e la *corporation* non avrà alcuno strumento per difendersi se non quello di mostrare un atteggiamento di totale collaborazione con i *prosecutors* nella speranza che questo basti ad evitare un rinvio a giudizio al quale seguirebbe, con ogni probabilità, il fallimento della *company*¹¹⁹. Sono previsioni molto severe che non trovano riscontro nella legge italiana proprio per i diversi presupposti su cui si basa la responsabilità dell'ente ma anche in ragione dell'obbligatorietà dell'azione penale da parte del pubblico ministero a prescindere dall'atteggiamento adottato dall'ente dopo la commissione del reato.

Ulteriore fattore da considerare è che la fonte normativa dei *compliance programs* è la legge federale, che detta dei lineamenti non esaustivi ma molto più dettagliati rispetto alle scarse indicazioni fornite dal legislatore italiano, il quale prevede come ausilio nella redazione dei modelli il supporto di codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria che però non hanno

¹¹⁸ *Federal Sentence Guidelines*, ch. 8C2.5: "Subsection (f)(1) shall not apply if, after becoming aware of an offense, the organization unreasonably delayed reporting the offense to appropriate governmental authorities. Except as provided in subdivision (B), subsection (f)(1) shall not apply if an individual within high-level personnel of the organization, a person within high-level personnel of the unit of the organization within which the offense was committed where the unit had 200 or more employees, or an individual described in §8B2.1(b)(2)(B) or (C), participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense. (B) There is a rebuttable presumption, for purposes of subsection (f)(1), that the organization did not have an effective compliance and ethics program if an individual (i) within high-level personnel of a small organization; or (ii) within substantial authority personnel, but not within high-level personnel, of any organization, participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense".

¹¹⁹ G.M. GAREGNANI, op. cit., 104.

alcun valore giuridico ai fini del giudizio di idoneità dei modelli che vi si conformano. Anzi, potrebbero addirittura produrre l'effetto contrario: l'ente potrebbe ritenere adeguato il modello implementato perché conforme alle linee guida dell'associazione di categoria di riferimento e quindi sottovalutare la portata di ulteriori misure che invece potrebbero essere determinanti per la realtà specifica in cui opera. Ancora potrebbe succedere che un modello difforme dalle linee guida si riveli in concreto idoneo senza che tale circostanza comporti alcuna ripercussione sulla valutazione compiuta dal giudice.

Infine, altra distinzione degna di nota è l'assenza nella normativa italiana di qualsiasi riferimento all'etica d'impresa, circostanza che potrebbe essere giustificata dal fatto che le *Guidelines* sono state emendate nel 2004 dopo che numerosi scandali hanno colpito società anche provviste di *compliance programs*, mentre la disciplina italiana è del 2001 e non è mai stata modificata nel suo nucleo sostanziale dopo un periodo di prima applicazione.

Nonostante percorrano strade diverse, entrambi i sistemi perseguono una finalità preventiva volta ad evitare che il rischio di commissione di reati si concretizzi. Il vero interrogativo è se questi modelli, ciascuno a suo modo, abbiano raggiunto lo scopo.

2.3. I riflessi sulla funzione preventiva

In entrambi i sistemi i *compliance programs* rivestono un ruolo chiave: si sostiene che l'adozione di efficaci modelli organizzativi possa prevenire la commissione di reati. Questo assunto è senz'altro vero, infatti l'introduzione di meccanismi di controllo, di informazione e di sistemi di gestione più sofisticati è in grado quanto meno di ridurre il rischio di comportamenti illeciti.

Il problema che si pone è come incentivare gli enti a dotarsi di questi modelli.

È chiaro che la costruzione di un modello idoneo ed effettivo è alquanto onerosa sia in termini economici sia di dispendio di energie, le risorse impiegate a tal fine potrebbero essere spese in attività produttive nell'ottica di società a scopo di lucro, specialmente in quelle di piccole dimensioni, dove la relativa semplicità della struttura aziendale non fa sorgere esigenze particolari di organizzazione.

Pertanto è di importanza centrale trovare un incentivo che spinga le imprese ad investire nella *compliance*, così che ne ricavano un vantaggio.

Nel sistema statunitense questo vantaggio è rappresentato dalla riduzione delle sanzioni nell'ipotesi in cui un reato venga ugualmente commesso, mentre nel sistema italiano, a seconda dei casi, dalla possibilità che la responsabilità dell'ente venga esclusa del tutto. Apparentemente si tratta di incentivi molto forti ma vediamo in concreto come questi meccanismi operano.

Nel contesto statunitense, a livello federale, la *corporate liability* non può essere evitata se un reato si verifica, ma l'adozione di un efficace sistema di *compliance*, insieme ad un atteggiamento collaborativo, può comportare la riduzione della pena applicata in una prospettiva per così dire "premiale". Questo significa che la *corporation* sarà responsabile penalmente dei reati commessi dai suoi dipendenti anche quando avrà fatto tutto il possibile per evitare che ciò accadesse, senza quindi che le si possa muovere un rimprovero. Ecco allora che scatta il più forte dei disincentivi contro il quale nessuna prospettiva premiale può vincere: dopo aver impegnato le proprie risorse (sostenendo costi presumibilmente molto alti) nella costruzione di un *compliance program* efficace, la *corporation* non solo non è in grado di assicurare che nessun crimine verrà commesso ma sarà anche sicura che ne sarà ritenuta responsabile per effetto della *vicarious liability*¹²⁰.

¹²⁰ A. WEISSMANN, D. NEWMAN, *Rethinking Criminal Corporate Liability*. op. cit., 429 e ss.

Dunque che abbia investito in un sistema di *compliance* o abbia ignorato le *Guidelines* sarà in ogni caso responsabile (ma non rimproverabile).

È vero che resta pur sempre la speranza di una riduzione della sanzione ma solo laddove non sia coinvolta una *high-level person* (altro fattore che non può essere controllato) e decida di collaborare con i *prosecutors* (rendendosi con ogni probabilità responsabile civilmente di violazione del segreto professionale e di rivelazione di dati sensibili o riservati).

Di fatto, l'adozione di un *compliance program* potrebbe addirittura rivelarsi controproducente e favorire una autoincriminazione¹²¹.

In altre parole, oltre al danno la beffa: non solo la *corporation* ha sostenuto onerosi costi per dotarsi di un *compliance program* (forse) efficace ma, al pari di chi ha preferito non adeguarsi a tale disciplina, sarà responsabile per i reati verificatisi e fornirà degli "indizi" maggiori che potranno essere usati contro di lei durante le indagini.

A parere di chi scrive, stando così le cose, l'incentivo appare troppo debole rispetto ai costi e alle controindicazioni che potrebbero derivarne, frustrando di conseguenza anche il vero obiettivo: la prevenzione.

Queste considerazioni hanno portato anche parte autorevole della dottrina statunitense a suggerire l'abolizione della funzione rimessa ai *compliance programs* rielaborando le *Sentence Guidelines* nella parte in cui intimano i giudici a tenere conto della presenza di *compliance programs* efficaci ai fini della riduzione della pena¹²².

Nel panorama italiano il meccanismo sembra essere più razionale, almeno formalmente: l'ente è chiamato a rispondere dei reati commessi dal

¹²¹ P.A. WELLNER, *Effective compliance programs.*, op. cit., 509 e ss.

¹²² A sostegno di questa ipotesi L. K. EASTMAN, *Revising the Organizational Sentencing Guidelines to Eliminate the Focus on Compliance Programs and Cooperation in Determining Corporate Sentence Mitigation*, *Minnesota Law Rev.*, 94:1620, 2010, 1649.

proprio personale se è rimproverabile, ovvero se è stato negligente e non si è dotato di un modello organizzativo idoneo ed efficace versando così in colpa organizzativa che ha favorito la commissione del reato presupposto¹²³.

Al contrario di quanto avviene nel sistema statunitense, l'adozione di un Modello è sufficiente ad escludere l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza e ad esimere quindi l'ente da responsabilità, soltanto però nel caso in cui il soggetto agente si trovi in una posizione subordinata.

Se il reato è stato commesso da un soggetto apicale la situazione cambia: in forza del rapporto di immedesimazione organica si presume che il Modello non sia efficace e l'unica possibilità che l'ente ha di "salvarsi" è dimostrare che l'apicale abbia eluso fraudolentemente il Modello.

Nella pratica è molto più frequente l'ipotesi che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione di vertice e pretendere che sia la società a fornire la prova di un'elusione fraudolenta del Modello è quasi impossibile¹²⁴.

Ancora una volta l'accento è posto sulla condotta della persona fisica piuttosto che sugli sforzi di organizzazione compiuti dall'ente, il quale potrebbe avere il modello organizzativo più dettagliato, studiato, aggiornato del Paese ma che servirebbe a ben poco se non fosse in grado di provare che è stato "aggirato". Succede allora che in effetti la situazione non è poi così diversa da quella negli Stati Uniti. L'organo dirigente (che inoltre può fare affidamento su indicazioni molto più scarse rispetto al collega americano) non

¹²³ MARINUCCI, *La responsabilità delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 13.

¹²⁴ In questi termini V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs.231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, Resp. amm. e soc. enti, Rivista 231, 2- 2011, 92: "Oggi l'ente è chiamato a fornire, nel caso di reato commesso da un apice, la *probatio diabolica* di aver posto in essere ogni presidio adeguato e ragionevole ed, altresì, di essere stato vittima di un comportamento fraudolento".

può per natura controllare tutte le condotte dei propri dipendenti e prevedere tutte le possibili violazioni che potrebbero verificarsi durante lo svolgimento dell'attività lavorativa, verrebbe meno proprio il rapporto di fiducia che è alla base di ogni squadra produttiva e perderebbe più tempo e risorse nel cercare di controllare ogni singola fase aziendale piuttosto che fronteggiare una eventuale incriminazione, o per lo meno è fortemente disincentivato ad investire nella prevenzione se poi potrebbe essere ritenuto colpevole anche laddove avesse fatto quanto possibile per rispettare i parametri stabiliti dalla legge.

Nell'opinione di chi scrive una politica preventiva può essere realmente efficace solo se focalizzata a prevenire "l'illecito dell'ente", cui seguirà come effetto la prevenzione di tutti i reati-base che potrebbero incorrere, risolvendo anche la questione inerente ai reati di natura colposa, difficilmente conciliabile con l'impostazione d'imputazione attuale basata sull'intenzione della persona fisica di agire nell'interesse dell'ente¹²⁵.

2.4. Le caratteristiche della funzione premiale

Fino ad ora abbiamo esaminato gli effetti conseguenti all'adozione di un modello organizzativo prima della commissione di un reato. In realtà, in entrambi gli ordinamenti considerati i modelli organizzativi hanno anche un'altra funzione, c.d. premiale.

Nel sistema statunitense anche in questa circostanza viene dato valore ad un atteggiamento collaborativo della *corporation* di cui la revisione del *compliance program* costituisce solo uno dei fattori considerati.

Le *Guidelines* danno importanza alla condotta che l'ente assume *post factum*, permane dunque la possibilità di ottenere uno sconto di pena se la *company*

¹²⁵ Si veda cap. I.

riconosce la propria responsabilità, modifica il *compliance program* esistente curandone le lacune, ne costruisce uno *ex novo*, laddove ne fosse sprovvista o il medesimo risultasse del tutto inadeguato al raggiungimento degli scopi prefissati¹²⁶. Ancora una volta però la riduzione della sanzione sarà subordinata ad una effettiva disponibilità a collaborare che dovrà manifestarsi in una cooperazione attiva con il DoJ.

Questo aspetto è sottolineato anche al di fuori del contesto delle *Guidelines*, precisamente nelle linee guida fornite dal DoJ ai *prosecutors* per orientarli nell'esercizio del loro potere discrezionale.

Nel *policy statement* del 1999 il DoJ ha espressamente affermato che nel decidere se procedere al rinvio a giudizio di una *corporation* gli *attorneys* devono tenere conto degli sforzi compiuti dall'organizzazione al fine di dotarsi di un idoneo *corporate compliance program*¹²⁷.

Si noti che le direttive del DoJ non hanno un effetto vincolante, pertanto i *prosecutors* potrebbero discostarsi dal loro contenuto senza che la *company* possa in alcun modo avanzare pretese.

Ecco perché si parla di funzione premiale, si tratta di qualcosa di non dovuto, concesso dal DoJ per “premiare” l'impresa per la sua collaborazione.

¹²⁶ C. DE MAGLIE, op. cit., 133-134.

¹²⁷ M.A. SIMONS, *Vicarious snitching: crime, cooperation, and good corporate citizenship*, St. Jonhes Law Rev., Vol.76:979, 2002, 993 e ss.: “It was not until 1999 that the Department formulated separate principles to guide prosecutors in deciding whether to charge a corporation. The policy statement-entitled *Federal Prosecutions of Corporations-codifies* in a non-binding way a set of principles and practices that prosecutors around the country had been developing ad hoc through the 1990s.

Nel testo è riportato un passo del documento U.S. Dep't of Justice, *Federal Prosecution of Corporations* (June 16, 1999) available at <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/Chargingcorps.html>: “The policy statement then lists eight specific factors prosecutors should consider in deciding whether to charge corporations: [...] The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies”.

La situazione è molto diversa nel paradigma italiano dove, coerentemente con l'impianto analizzato in precedenza, assume importanza fondamentale la presenza di un modello organizzativo, seppure realizzato dopo la commissione di un reato. È lo stesso decreto a distinguere varie ipotesi a seconda della tempestività con cui il comportamento riparatore è posto in essere: se il Modello è adottato prima che sia aperto il dibattimento è possibile ottenere una riduzione della sanzione pecuniaria fino a due terzi¹²⁸; se oltre all'implementazione del Modello concorrono altre circostanze espressamente previste dalla legge non potranno essere applicate le sanzioni interdittive¹²⁹; infine se l'ultima condotta descritta è osservata tardivamente, ovvero dopo che è stata notificata la sentenza di condanna, sarà ordinata la conversione delle sanzioni interdittive in pecuniaria¹³⁰.

¹²⁸ Art. 12 commi 2 e 3 ex d.lgs.231/2001, Casi di riduzione della sanzione pecuniaria: “La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) 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; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi”.

¹²⁹ Art. 17 ex d.lgs.231/2001, Riparazione delle conseguenze del reato: “Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) 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; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca”.

¹³⁰ Art.78 ex d.lgs. 231/2001, Conversione delle sanzioni interdittive: “L'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dalla

La legge italiana, sotto questo punto di vista, è molto più garantista perché assicura il trattamento premiale nel caso in cui le condizioni descritte si verificano, senza pretendere una partecipazione attiva dell'ente nello sviluppo delle indagini, elemento che comporterebbe la violazione di alcuni diritti fondamentali dell'imputato (e.g. diritto di difesa, diritto di non autoincriminarsi, facoltà di non rispondere).

2.5. L'efficace attuazione dei modelli nei due ordinamenti

Sul concetto di efficacia dei modelli organizzativi si è brevemente accennato in precedenza, occorre adesso approfondire maggiormente non solo dal punto di vista teorico ma anche da quello pratico quando un modello può dirsi efficacemente attuato.

Nel sistema americano abbiamo osservato che l'efficacia del modello è legata a due requisiti generali: la *due diligence in deter and detect criminal conduct* e la *promotion of ethical culture in the organization*.

Questi due concetti così generici trovano poi indicazioni specifiche nei punti successivi elencati dalle *Sentence Guidelines*.

L'aver adottato un *compliance program* efficace però non è il fulcro della disciplina per evitare la *corporate criminal liability*, in quanto questa non può essere evitata. In realtà l'attenzione riposta sui *compliance programs* è un'ipocrisia, il vero obiettivo delle *Guidelines* e delle indicazioni del DoJ è ottenere una collaborazione nelle investigazioni da parte delle *corporations* coinvolte: queste saranno senza via di scampo giudicate colpevoli se portate davanti alla giuria dopo che un reato è stato commesso da un loro dipendente,

notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria”.

per cui l'efficace attuazione di un *compliance program* non ha alcun valore giuridico in tal senso. È uno degli indici che i *prosecutors* devono considerare nel decidere se rinviare a giudizio una *corporation* ma ciò che a loro in effetti interessa è riuscire ad individuare le persone fisiche coinvolte, servendosi della cooperazione dell'organizzazione.

La situazione non pare essere mutata neppure dopo i *memoranda* che hanno seguito gli ultimi emendamenti apportati alle *Federal Sentence Guidelines* nel 2004. In quella occasione l'atteggiamento collaborativo delle *corporations* insieme alla presenza di un efficace *compliance program* sono stati notevolmente enfatizzati come fattori per ottenere una mitigazione della sentenza. Questa novità, se da un lato ha inciso positivamente sulla costruzione di *programs* che non fossero soltanto dei *papers* senza alcun effetto pratico, d'altra parte ha indotto le *corporations* a rinunciare ad alcune importanti prerogative per incontrare gli *standard* di cooperazione richiesti dai *prosecutors*, risolvendosi di fatto nella violazione del diritto di riservatezza sia dei clienti che dei propri dipendenti, e del segreto professionale.

Questi punti critici hanno influenzato ovviamente il rapporto di fiducia che dovrebbe instaurarsi nell'ambito lavorativo e hanno modificato le dinamiche interne al posto di lavoro. Nessuno dei lavoratori si è sentito più al "sicuro", sapendo di non poter contare sulla protezione del proprio datore di lavoro¹³¹. Tutto ciò non può non ripercuotersi negativamente sull'attività d'impresa.

¹³¹L.K. EASTMAN, op.cit., 1642: "Employee rights may also be compromised during the course of internal compliance investigations, which are often conducted by corporate counsel. In using the employer's power to coerce individual employees into cooperating with the investigation, the government circumvents employees' Fifth Amendment privilege against self-incrimination. Although an employee questioned by the government directly has a right to claim the Fifth Amendment, the same privilege does not exist during a corporate internal investigation, even though the DOJ's cooperation policy makes it likely that the conversations will be disclosed to the government eventually. Furthermore, employees do not always receive fair warning of the extent to which the corporation's interests diverge from their own.

Di fronte a queste criticità il *Deputy Attorney General Paul McNulty* ha introdotto una nuova politica con il *McNulty Memorandum* nel 2006¹³²: in questo documento si affermava che la *waiver policy* dovesse essere seguita solo in casi-limite, quando ve ne fosse realmente la necessità, ovvero come strumento di indagine di ultima istanza. Si è cercato di ridurre la discrezionalità dei *prosecutors* nella richiesta di accedere ad informazioni riservate che possano compromettere la posizione dei dipendenti della *company* ma, in realtà, fin quando non vi saranno delle modifiche complementari nelle *Guidelines*, questo tentativo è inutile poiché resta per le *corporations* l'incentivo ad una "piena collaborazione" se si vuole ottenere uno sconto di pena¹³³. Un passo avanti è stato fatto con il successivo *Filip Memorandum*, che ha modificato per la prima volta il *United States Attorney's Manual (USAM)*¹³⁴, rendendo vincolanti per tutti i *federal prosecutors* i principi affermati al suo interno. Le modifiche principali hanno riguardato il ruolo della cooperazione come fattore di mitigazione della pena, lasciando invariata la sua potenziale funzione ma dichiarando che un rifiuto di collaborare da parte della *corporation* non determina automaticamente la scelta di un suo rinvio a giudizio. La collaborazione deve restare una facoltà riservata dell'ente, che ben

When employees are questioned, they are generally offered the classic *Upjohn* warnings that advise them that corporate counsel represents the corporation, but are not directly informed that any statements made during the internal investigation may be turned over to the government if the corporation so chooses. If an employee refuses to cooperate in an internal investigation, he may be terminated and face a cloud of suspicion surrounding the alleged wrongdoing.¹⁴⁵ Employees may also be encouraged to point the finger at coworkers in order to avoid blame, which may cause disloyalty within the corporation".

¹³² McNulty Memorandum, 12 Dicembre 2006.

¹³³ Id., 1628: "Even though the McNulty Memo facially reduced prosecutors' discretion in requesting privilege waivers, many believe it does not go far enough to protect individual and corporate rights. As such, corporations are still encouraged to waive privileges or face being regarded as uncooperative in the investigation and incurring greatly increased fines under the OSG".

¹³⁴ Filip Memorandum, 28 Agosto 2008.

potrebbe decidere di fornire volontariamente alcune informazioni “sensibili”, senza però che gli sia imposto dal *prosecutor*.

Resta però il fatto che questi principi orientano soltanto l’attività del DoJ e non incidono assolutamente sulla decisione della Corte, per cui la scelta di non collaborare limiterà sempre la possibilità di una riduzione delle *finis* se la società dovesse essere rinviata a giudizio¹³⁵, a meno che analoghe misure siano introdotte anche nelle *Guidelines*.

L’approccio nel contesto italiano è opposto: i modelli organizzativi assumono un ruolo determinante nella responsabilità da reato dell’ente.

L’ente non è responsabile se ha adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Pertanto fondamentale è che il modello sia preventivo, idoneo, efficace ed attuato. Il legislatore però non ha specificato quando questi criteri possano ritenersi soddisfatti, ad eccezione dell’efficacia: il modello può dirsi efficace se è previsto un sistema di valutazione ed eventuale modifica periodica e se è collegato ad un apparato sanzionatorio adeguato in caso di violazione¹³⁶.

Il modello deve essere dunque preesistente alla consumazione del reato.

Anche l’idoneità va valutata *ex ante*, come capacità in astratto di impedire la commissione dei reati. Necessaria è pure la corrispondenza tra lo spettro cautelare del modello violato e il tipo di reato commesso.

I criteri elencati sono indicati dall’art. 7 del decreto ma in concreto non pare sostenibile l’interpretazione che distingue le strutture dei modelli ex art. 7

¹³⁵ P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, The American Journal of Comparative Law, 2010, 78: “It is, however, worth noting that, according to the memo, the guidelines “provide only internal Department of Justice guidance. They are not intended to, do not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice.”

¹³⁶ Art.7 ex d.lgs.231/2001.

ed ex art. 6. Risulta più congrua un'analisi congiunta delle due norme dalle quali ricavare una struttura unitaria dei modelli, perciò le scarse indicazioni all'art. 7 devono essere integrate con i requisiti stabiliti dall'art. 6.

Ne deriva che il giudizio di idoneità del Modello riguarderà tanto i suoi caratteri essenziali quanto il suo concreto funzionamento¹³⁷.

Infatti è proprio il concetto di efficace attuazione ad esigere un approccio dinamico che miri a verificare la correttezza dei parametri stabiliti riferendosi a circostanze fattuali.

Tale verifica assumerà però un valore giuridico solo se compiuta dal giudice, al quale spetta valutare se i profili immaginati dalla legge siano stati rispettati.

Questo giudizio è molto complesso perché il giudice dovrà basarsi su una c.d. prognosi postuma¹³⁸: egli dovrà porsi idealmente “nei panni” dell'organo dirigente nel tempo in cui è stato attuato il Modello e potrà considerare solo gli elementi che l'organo aveva a disposizione in quella fase senza basarsi sui dati di conoscenza acquisiti *ex post*¹³⁹, altrimenti ogni Modello dimostrerebbe la sua incapacità preventiva.

¹³⁷ G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2007, 11 e ss.

¹³⁸ Sull'importanza di tale natura del giudizio P. IELO, *Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001*, Rivista 231, 01/2006, 108: “si deve ribadire che il criterio di valutazione deve essere quello della prognosi postuma. Una diversa soluzione, che con una valutazione *ex post* consideri il modello organizzativo inadeguato per il solo fatto della commissione del reato, si porrebbe in violazione del dettato normativo e vanificherebbe talune delle finalità perseguite dall'intervento legislativo. [...] Si consideri, inoltre, che il ritenere inadeguato un modello per il solo fatto della commissione di un reato realizzerebbe una singolare eterogeneità dei fini, poiché disincentiverebbe di fatto gli enti dalla adozione di modelli organizzativi *ex ante*, costosi e privi di utilità alcuna, così pregiudicando le finalità general-preventive sottese alla disciplina della responsabilità degli enti.

¹³⁹ In questo senso F. VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, Rivista 231, 01/2009, 8.

È indubbia la difficoltà che gli enti incontrano nel costruire dei modelli che possano potenzialmente essere considerati idonei, d'altra parte è da condividere la scelta del Legislatore di non dettare dei parametri puntigliosi che si sarebbero prestati a facili elusioni.

Per facilitare il compito delle imprese la legge prevede l'ausilio di codici di comportamento redatti da associazioni di categoria come linee guida che orientino le scelte dell'ente¹⁴⁰. Tali codici però non hanno un valore giuridico e possono anzi essere fuorvianti: il fatto che l'ente abbia adottato un modello basato sui criteri indicati dal codice di categoria non garantisce la sua "incolumità", così come è vero il contrario, un modello che si sia discostato dalle linee guida del codice di riferimento non è scontato che sarà inidoneo.

Allora ci si chiede quale sia il senso di questa previsione di legge. Delle due l'una: o si riconosce al fatto che il Modello sia conforme al Protocollo approvato una valenza quanto meno indiziaria che l'ente operi in legalità¹⁴¹, pretendo dal giudice una giustificazione puntuale del fatto contrario, oppure la norma non ha ragione di esistere e sarebbe auspicabile la sua abrogazione poiché potrebbe indurre l'ente in errore e disincentivare l'implementazione di un modello accuratamente studiato sulla realtà aziendale.

Di certo in una fase di prima applicazione della disciplina 231, le linee guida elaborate da Confindustria, ABI, Ania ed altre associazioni di categoria hanno avuto il merito di guidare le imprese quando ancora la pratica attuazione della legge suscitava molte perplessità, oggi però i rischi connessi non possono essere ignorati.

¹⁴⁰ Art.6, 3 ex d.lgs.231/2001: "I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, 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".

¹⁴¹ Sulla funzione indiziante dei Protocolli generali di categoria si veda V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 79-80.

Negli Stati Uniti le Linee Guida hanno un valore giuridico, per cui se sono rispettati i parametri stabiliti dalle *Sentence Guidelines* la *corporation*, al ricorrere delle altre condizioni previste, è sicura che otterrà i benefici promessi dalla legge. Il giudice non avrà discrezionalità nel decidere quali requisiti la *company* avrebbe dovuto presentare, si limiterà a verificare la corrispondenza tra la struttura del *compliance program* adottato e quella in astratto richiesta dalla legge federale. Diversamente, in Italia, l'organo giudicante dovrà compiere un'ardua analisi sulla astratta idoneità del Modello a prevenire il rischio di reato, per giunta già verificatosi, sulla base delle sue scarse competenze in materia di *corporate governance* e *management*, aiutato solo dagli indicatori delle norme di riferimento contenute nel decreto.

2.6. Le ripercussioni sul piano pratico

Dalle considerazioni svolte in precedenza sulla struttura dei *compliance programs* ed in particolare sul ruolo ad essi attribuito dalle *Sentence Guidelines* è comprensibile la diffidenza che hanno mostrato le imprese americane.

Sono poche le *corporations* che hanno preferito affrontare un'accusa e assumersi il rischio di una condanna, soprattutto dopo quanto avvenuto nel caso *Anderson LLP*. Anche in prospettiva di una copiosa riduzione della sanzione, le ripercussioni che in concreto un'impresa dovrebbe sopportare, quali i costi di una cattiva pubblicità, un danneggiamento della propria reputazione sul mercato, la perdita della clientela nel corso e anche una volta chiuso il procedimento comporterebbero degli effetti collaterali ingestibili per la società che con molta probabilità condurrebbero la medesima al tracollo economico, a prescindere dalla sua colpevolezza.

Di fronte a questo scenario, affrontare un *indictment* sarebbe folle.

Di conseguenza le *corporations* continuano a preferire la stipula di accordi di collaborazione con il DoJ che di fatto ha trasformato le *companies* da imputati a collaboratori “forzati” di giustizia, costringendoli a diventare parte del *team* che svolge le indagini¹⁴².

Basti guardare i dati che confrontano il numero delle società dichiarate colpevoli all’anno dal 2007 ad oggi nelle corti federali (meno di 200)¹⁴³ e il numero delle *companies* che hanno preferito concludere gli accordi menzionati (più di 257), senza contare quelli di cui non si ha notizia perché non sono stati resi pubblici¹⁴⁴. Gli accordi di cui si parla sono definiti *deferred prosecution agreement (DPA)* e *non-prosecution agreement (NPA)*.

La differenza fondamentale tra i due tipi di rimedi è che nei *DPAs* è formulata un’accusa davanti la Corte che resta sospesa finché non è spirato il termine dell’accordo. Se prima di questa data la *corporation* ha violato il patto allora il *prosecutor* procede al rinvio a giudizio come in precedenza formulato. Nei *NPAs* non è formulata alcuna accusa contro la *corporation*, in cambio di una sua totale collaborazione. Tuttavia il *prosecutor* potrà sempre incriminare la *company* successivamente al verificarsi di una violazione dell’accordo.

In altre parole nei *DPAs* la Corte è coinvolta fin dall’inizio e supervisiona le condizioni dell’accordo, mentre gli *NPAs* sono conclusi

¹⁴² Per tutti H. FIRST, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 N.C.L. Rev. 23, 2010

¹⁴³ Dato disponibile su http://www.ussc.gov/Research_and_Statistics/Annual_Reports_and_Sourcebooks/2012/Table51.pdf, riferito all’annuale statistica *on the Sentencing Commission’s yearly reports of corporate convictions*.

¹⁴⁴ GIBSON, DUNN CRUTCHER LLP, *2013 Mid-Year Update on Corporate Deferred Prosecution Agreements (DPAs) and Non-Prosecution Agreements (NPAs)* July 9, 2013, <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2013-Mid-Year-Update-Corporate-Deferred-Prosecution-Agreements-and-Non-Prosecution-Agreements.aspx>.

esclusivamente tra *corporations* e *prosecutors*, come parti in una transazione privata.

Per il DoJ questa soluzione ha il merito di rendere più flessibile la cooperazione tra le parti così da risolvere problemi passati e prevenire complicazioni future. Sono permesse numerose attività che consentono di raggiungere obiettivi non perseguibili mediante un processo penale¹⁴⁵.

In sostanza le *corporations* riconoscono di essere responsabili e accettano di pagare una ingente somma pecuniaria per risarcire i danni causati, accettano poi di adottare le misure suggerite dagli *attorneys* per diffondere un'etica d'impresa e prevenire in futuro la commissione di ulteriori illeciti, permettono ai *prosecutors* di investigare all'interno dell'organizzazione, interrogando i propri dipendenti, accedendo ai propri documenti anche di natura riservata.

In questo modo rinunciano ai privilegi legati al segreto professionale e in alcuni casi “sacrificano” i singoli per salvare la società nel complesso. Nonostante l'indubbia efficacia di questi metodi alternativi sorge spontanea la domanda sulla loro conformità ai principi di un procedimento penale e ai diritti che ne derivano.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, la capacità deterrente dei *compliance programs* risulta molto scarsa.

Le *corporations* sono consapevoli del fatto che nonostante le ultime indicazioni fornite dal *Filip Memo* la discrezionalità dei *prosecutors* è ancora molto ampia.

Per tale ragione corrono ai ripari preferendo risolvere il problema a monte, cercando di lasciare meno tracce possibili: le società adottano dei *programs* di facciata che formalmente incontrano i requisiti minimi stabiliti dalle

¹⁴⁵ Per una ricostruzione dell'evoluzione degli accordi federali i veda per tutti L. ORLAND, op. cit., 56.

Guidelines, così da assicurarsi di rientrare negli estremi per una eventuale riduzione della pena, senza curarsi della loro effettività¹⁴⁶.

Così facendo, se dovessero essere oggetto di investigazioni potrebbero decidere di collaborare anche acconsentendo l'accesso a documenti riservati, dove però risulterebbero delle informazioni sommarie, in alcuni casi meramente formali, fornendo pochi elementi autoincriminanti e lasciandosi allo stesso tempo spianata la strada per la conclusione di un accordo stragiudiziale.

Implementare un efficace *compliance program* non riserva alcuna garanzia all'ente né in sede giudiziale (poiché la riduzione della pena è legata al verificarsi di altre condizioni e alle valutazioni soggettive della Corte sull'effettività del *program*), né in sede stragiudiziale (a causa della discrezionalità di cui godono i *prosecutors* e le diverse esigenze cui si cercherà di dare risposta nella fattispecie concreta)¹⁴⁷.

¹⁴⁶L. K. EASTMAN, op. cit., 1631: “By establishing minimum requirements for compliance programs, the Guidelines encourage corporations to establish compliance programs that meet these obligations, but nothing more. The requirements of the law can become counterproductive if companies get so caught up in complying with the letter of the law that they forget to consider the spirit of the law, which is designed to encourage corporations to develop programs that not only conform to legal requirements, but also foster a spirit of true compliance and ethics within the organization. The bottom line is that the check-list approach used in the OSG is unlikely to encourage the development of effective compliance programs”.

¹⁴⁷R. C. BIRD, *Pathways of Legal Strategy*, 14 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1, 2008, 14-15: “The fact that any fraud discovered by a compliance program may be used against the organization in criminal and civil proceedings is another disincentive for corporations to vigorously investigate and report violations. Indeed, the Advisory Group on the OSG cited this problem as one of the primary disincentives for corporations to institute effective compliance programs. This fact highlights another practical problem of the Guidelines: an organization found to have an ineffective compliance program can be subject to greater liability than one with no program at all. The organization's increased risk of liability as a result of its own compliance program logically leads a corporation to either choose not to implement a program at all, or to only establish a compliance program to the extent that it meets the

Non si dimentichi poi che tutto quanto analizzato al livello federale può essere assolutamente discordante rispetto da quanto previsto sul piano statale: seppure la *corporation* dovesse decidere di sopportare gli altissimi costi che la realizzazione di un efficace sistema di *compliance* richiede, resterebbe da valutare la sua conformità all'ordinamento dello Stato di appartenenza.

Sul versante italiano, parte del problema è scongiurato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale ma altri profili problematici sono stati riscontrati nell'applicazione pratica del decreto.

In questa sede ci riferiremo solo alla disciplina che concerne i modelli organizzativi. È stato osservato che il reale problema riguarda la mancanza di una casistica circa il giudizio di efficacia.

Dove la legge conserva un tono molto generico è la giurisprudenza a svolgere un compito essenziale: attraverso la metodica della prognosi postuma definisce i “parametri di probabilità” su cui verrà misurata a priori la congruità di un certo comportamento rispetto ad un dato evento¹⁴⁸.

Per esempio un problema di particolare rilievo pratico che si è posto alla giurisprudenza è la questione dell'inesigibilità della condotta: cosa succede se

minimum legal requirements. [...] Because compliance programs do not guarantee sentence mitigation, corporations are further discouraged from implementing truly effective programs”.

¹⁴⁸ Si riprende il pensiero di GAREGNANI G.M., op. cit., 155: “ in merito è solo l'evolversi dell'esperienza giudiziaria che consente la definizione empirica di parametri probabilistici sufficientemente rassicuranti da poter giudicare adeguato a priori un certo comportamento, anche se non completamente efficace nel riscontro a posteriori: a questo punto gli eccessi rigoristici vengono meno e si instaura una più corretta, tranquillizzante, ed anche più utile giurisprudenza. Il progressivo ampliamento dei reati oggetto della norma, e la conseguente sempre maggiore articolazione dei Modelli, rende ovviamente vieppiù difficoltosa la strada dell'individuazione di parametri condivisi e di riferimenti anche solo relativamente uniformi”.

la mancata adozione o attuazione del modello non dipende da un comportamento colpevole dell'ente ma dall'impossibilità oggettiva di ottemperare alla legge per circostanze esterne che non rientrano nella sfera di autodeterminazione dell'ente?

Tali circostanze potrebbero essere la commissione di un reato poco dopo che questo sia stato annoverato tra i reati presupposto cui è collegata la responsabilità dell'ente e quindi l'ente non ha avuto nemmeno il tempo materiale di adottare le misure idonee ad aggiornare il Modello; oppure se il reato si è verificato prima dell'adozione formale del Modello nonostante l'ente si sia prontamente adoperato in tal senso; si pensi invece all'ipotesi di adozione formale del Modello che però non può dirsi accompagnata ancora da un'effettiva attuazione. Sono tutte ipotesi caratterizzate dalla mancanza formale o sostanziale del Modello che non dipende da una condotta negligente dell'ente da cui però deriva l'impossibilità di andare esente da responsabilità.

Se in tutti questi casi i giudici riscontrassero la responsabilità dell'ente a causa di una incolpevole omessa adozione o attuazione del modello organizzativo potrebbero ipotizzarsi dei profili di incostituzionalità della legge nella parte in cui non è prevista l'esclusione della responsabilità dell'ente se la mancata adozione dei modelli non è correlata ad un difetto di organizzazione imputabile all'ente. Norme che sanciscono il principio di uguaglianza, la presunzione di non colpevolezza, il principio di colpevolezza e il diritto di difesa sarebbero violate¹⁴⁹.

Sulla tematica non può nemmeno incidere la questione circa la natura della responsabilità dell'ente. Infatti la recente giurisprudenza delle Sezioni

¹⁴⁹ Per un'analisi approfondita dell'argomento M. ARENA, G. CASSANO, *La giurisprudenza sul d.lgs. n. 231/2001. Reati e modelli organizzativi con 125 risposte a quesiti*, Nel diritto, 2010, 117 e ss.

Unite¹⁵⁰ ha confermato che i principi costituzionali strettamente legati al diritto penale devono essere rispettati data l'analogia tra questo *tertium genus* di responsabilità e la responsabilità penale; a maggior ragione il legislatore ha espressamente stabilito che il procedimento che coinvolge l'ente si svolgerà con le forme del procedimento penale, da cui ne deriva il necessario rispetto dei principi costituzionali che lo regolano.

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che l'adozione del modello è formalmente un onere, mica un obbligo¹⁵¹.

Tuttavia se la legge consente sulla carta una via d'uscita all'ente sarebbe incoerente non tenere conto del fatto che quella via potrebbe non essere percorribile in concreto al ricorrere di talune circostanze.

D'altra parte si pone la questione circa l'individuazione dei parametri in base ai quali valutare l'inesigibilità che sicuramente dovranno accertare la rilevanza dell'anomalia della situazione di fatto.

Non sembra rientrare tra questi elementi la correlazione tra la misura della diligenza richiesta e l'onerosità che ne scaturisce. Di certo eliminare tutti

¹⁵⁰ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343.

¹⁵¹ Interessante ai fini della nostra trattazione è il punto di vista di chi vede nei modelli organizzativi un'opportunità di accrescere la credibilità e la competitività di un'impresa piuttosto che un costoso onere a volte irrilevante, P. BASTIA, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, Rivista231, 02/2008, 9: "In prospettiva, anche nell'ottica di una cessione delle quote della propria società, appare plausibile ritenere che le attività di *due diligence* legale ed organizzativa peseranno sempre più la presenza dei modelli organizzativi nella determinazione del valore economico dell'impresa, sia come importante elemento tra gli *intangible assets*, sia come fattore di riduzione del rischio. Ma al di là di questi profili di convenienza, comunque importanti, in questa sede preme rappresentare che l'adozione di un modello organizzativo e la sua effettiva interiorizzazione nella struttura aziendale possono essere viste non come meri adempimenti, ma come concrete opportunità strategiche, per elevare lo standing aziendale e quindi il suo grado di competitività, contribuendo ad affermare all'interno dell'azienda una più diffusa dei controlli, come elemento costituente della più generale cultura d'impresa".

i rischi connessi all'attività d'impresa è impossibile ma l'area di rischio consentito non può essere frutto di valutazioni economicistiche¹⁵².

Se l'esigibilità della condotta fosse collegata alla valutazione di costi aziendali che dovrebbero essere sostenuti la tollerabilità varierebbe in rapporto allo stato di salute dell'ente, così da giustificare dei controlli superficiali se l'azienda si trova in un periodo di crisi. Il risultato sarebbe paradossale. Valutazioni di questo tipo comportano la scelta discrezionale dell'ente di assumersi il rischio che non attuando un modello efficace potrebbero verificarsi dei reati di cui dovrebbe rispondere.

Se l'ente decide di correre questo rischio è consapevole che potrebbe essere sanzionato, la disciplina troverà applicazione. Il brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur* limita la colpa in caso di circostanze imprevedibili o sopravvenute, qualora l'ente non sia a priori in grado di rispettare lo *standard* di diligenza richiesta dovrà astenersi dall'operare.

Questi sono solo alcuni dei profili problematici che l'applicazione concreta della disciplina incontra, altre questioni, legate più direttamente al perimetro di colpa organizzativa verranno esaminate nel prossimo capitolo.

¹⁵² MONESI, op. cit., 258-259.

CAPITOLO III

IL FUTURO DELLA COLPA ORGANIZZATIVA

Sommario: 3. Riflessioni derivanti dalla comparazione; 3.1. Le proposte della dottrina; 3.2. Le criticità del modello americano; 3.3. Le criticità del modello italiano; 3.4. I rispettivi punti di forza; 3.5. Le possibilità di interazione; 3.6. Le prospettive di riforma del D.lgs. 231/2001

3. Riflessioni derivanti dalla comparazione

Dall'analisi della struttura generale dei modelli organizzativi italiani e delle direttive dettate dalle *Sentence Guidelines* per i *compliance programs* statunitensi si può affermare con certezza che questi ultimi siano stati fonte di ispirazione per il Legislatore italiano. Sono molti i punti di contatto tra le due impostazioni: entrambi i sistemi di *compliance* ruotano attorno alla figura dei codici etici, rientrano nell'ambito della *self-regulation* e si concentrano sul concetto di efficacia del modello adottato. Entrambi gli ordinamenti si pongono lo stesso obiettivo: la prevenzione dei reati nell'ambito dell'attività d'impresa.

L'allarme sociale scatenato dalle drammatiche vicende giudiziarie di alcune importanti società (e.g. Enron per gli Stati Uniti, Parmalat per l'Italia), nonostante nelle rispettive realtà fossero già in vigore le normative che prevedevano una forma di responsabilità anche per le persone giuridiche e non

solo per gli agenti materiali del reato, ha evidenziato come il rischio di *compliance programs c.d. window-dressing* non fosse poi così astratto.

Ci si è resi conto della necessità di individuare dei parametri più stringenti che focalizzassero l'attenzione sull'effettiva attuazione di modelli organizzativi "idonei" e che non si accontentassero dell'adozione di mere misure di facciata che non avessero una portata concreta.

Sia nel paradigma italiano sia in quello statunitense si concorda nel riconoscere la responsabilità della società nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un dipendente durante lo svolgimento della sua attività lavorativa al fine di arrecare un beneficio all'impresa datrice di lavoro¹⁵³, questo aspetto però è affiancato da ulteriori elementi che tengono conto delle differenze giuridiche e culturali dei diversi Paesi.

Negli Stati Uniti questa necessità ha portato ad una modifica delle *Guidelines* così da rafforzare il concetto di *due diligence* e *corporate culture*, oltre alla rielaborazione in termini di efficacia degli indici di idoneità dei *compliance programs*. Nonostante dei passi in avanti siano stati compiuti, restano delle falle nel sistema che potranno essere risolte soltanto se si prende in considerazione l'ipotesi di una riforma sostanziale dell'impostazione seguita nel sistema statunitense, a partire dalla riduzione della discrezionalità dei *prosecutors* fino alla elaborazione di una responsabilità diretta ed autonoma delle *companies*, che permetta di distinguere la condotta delle persone fisiche e quella della *company* ai fini dell'imputabilità del reato.

Nell'opinione di chi scrive questa sembra essere l'unica strada percorribile poiché altri tentativi di natura diversa fatti nel contesto americano hanno mostrato le loro debolezze e non hanno avuto successo.

¹⁵³ C. DE MAGLIE, *Models of corporate criminal liability in comparative law*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 2005, 547.

Si fa riferimento al *Model Penal Code*¹⁵⁴: questo Codice è stato adottato dall' *American Law Institute* nel 1962 e si pone come alternativa all'applicazione generale del *respondeat superior*.

Le ipotesi di attribuzione della responsabilità all'ente sono tre, pur sempre legate alla forma *della strict liability* ma con forti limitazioni. Prevede che la *corporation* sia responsabile per le contravvenzioni e i reati non previsti dal codice penale solo se emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di colpire le *corporations* e purché l'agente abbia agito per conto dell'ente nell'ambito delle sue funzioni. Tuttavia, la società può difendersi dimostrando che il reato è stato commesso nonostante il *manager* incaricato di vigilare sul corretto svolgimento dell'attività da cui è scaturito il reato abbia fatto tutto il possibile per prevenire il verificarsi della fattispecie criminosa, è dunque attribuito un valore significativo alla *due diligence defense*; altra ipotesi di imputazione riguarda l'omessa osservanza di *specific duties* imposti dalla legge. Si tratta di ipotesi particolari, puntualmente previste dalla legge che non rientrano nel dovere generale di diligenza ed in ogni caso si rientra nella fattispecie della *vicarious liability*, derivante però da specifici obblighi imposti giuridicamente; la terza ipotesi sancisce la responsabilità delle persone giuridiche per tutti i reati se la condotta illecita è scaturita dal vertice organizzativo o se i dirigenti ne abbiano quanto meno tollerato colposamente l'assunzione.

Nel quadro del *Model Penal Code*, l'acquiescenza di un *high-level person* rispetto al comportamento illecito costituisce la prova inconfutabile di una volontà illecita dell'organizzazione, data dall'importanza del ruolo ricoperto dal soggetto interessato all'interno dell'organizzazione.

¹⁵⁴ Model Penal Code, 1962 available at <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe/others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.

Si rientra quindi sempre nella *vicarious liability* ma limitata strettamente ai reati commessi con il consenso o tacito assenso dei vertici della società, che consente di attribuire l'elemento psicologico del soggetto agente automaticamente alla *corporation*¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Model Penal Code, ch. 2.07: "A corporation may be convicted of the commission of an offense if:

(a) the offense is a violation or the offense is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or

(b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by law; or

(c) the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment.

(2) When absolute liability is imposed for the commission of an offense, a legislative purpose to impose liability on a corporation shall be assumed, unless the contrary plainly appears.

(3) An unincorporated association may be convicted of the commission of an offense if:

(a) the offense is defined by a statute other than the Code that expressly provides for the liability of such an association and the conduct is performed by an agent of the association acting in behalf of the association within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the association is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or

(b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on associations by law.

(4) As used in this Section:

(a) "corporation" does not include an entity organized as or by a governmental agency for the execution of a governmental program;

(b) "agent" means any director, officer, servant, employee or other person authorized to act in behalf of the corporation or association and, in the case of an unincorporated association, a member of such association;

Seguendo questa impostazione sarebbe esclusa la responsabilità della *corporation* tutte le volte in cui il reato sia stato commesso da un dipendente all'interno dell'organizzazione, fatto che comporterebbe una notevole riduzione del campo di applicazione della *vicarious liability* e, a ben vedere, poco si discosterebbe dal ruolo della colpa (nessuno) riservato dalla tradizionale regola del *respondeat superior*.

L'attenzione è spostata ma il nocciolo della questione non cambia: in entrambi i modelli analizzati manca una nozione propria di colpevolezza della persona giuridica.

(c) "high managerial agent" means an officer of a corporation or an unincorporated association, or, in the case of a partnership, a partner, or any other agent of a corporation or association having duties of such responsibility that his conduct may fairly be assumed to represent the policy of the corporation or association.

(5) In any prosecution of a corporation or an unincorporated association for the commission of an offense included within the terms of Subsection (1)(a) or Subsection (3)(a) of this Section, other than an offense for which absolute liability has been imposed, it shall be a defense if the defendant proves by a preponderance of evidence that the high managerial agent having supervisory responsibility over the subject matter of the offense employed due diligence to prevent its commission. This paragraph shall not apply if it is plainly inconsistent with the legislative purpose in defining the particular offense.

(6) (a) A person is legally accountable for any conduct he performs or causes to be performed in the name of the corporation or an unincorporated association or in its behalf to the same extent as if it were performed in his own name or behalf.

(b) Whenever a duty to act is imposed by law upon a corporation or an unincorporated association, any agent of the corporation or association having primary responsibility for the discharge of the duty is legally accountable for a reckless omission to perform the required act to the same extent as if the duty were imposed by law directly upon himself.

(c) When a person is convicted of an offense by reason of his legal accountability for the conduct of a corporation or an unincorporated association, he is subject to the sentence authorized by law when a natural person is convicted of an offense of the grade and the degree involved".

Si potrebbe obiettare che all'interno del contesto di riferimento questa esigenza non è poi così avvertita, ma la verità è che, a prescindere dalle dispute dottrinali, entrambi i sistemi delineati sono incapaci di svolgere la funzione che dovrebbero assolvere, la prevenzione.

Nel nostro Paese il D.lgs. 231/2001 non è mai stato modificato sul piano sostanziale dopo la sua entrata in vigore. Una giustificazione può essere data dal fatto che le norme che si riferiscono al contenuto dei modelli sono di cornice, dettano poche e generiche indicazioni al riguardo e rimettono all'interprete, o meglio ai *managers* degli enti, l'individuazione del contenuto specifico del modello da adottare sulla base della realtà in cui sono destinati ad operare. In altre parole, manca una definizione di idoneità del modello che sarà rimessa interamente alle valutazioni del giudice, il quale potrà disporre solo dei pochi riferimenti espressi dagli artt. 6 e 7 del decreto, che non possono essere considerati requisiti minimi di efficacia, infatti il loro rispetto non assicura che il modello sia sufficientemente adeguato.

Da questa preliminare riflessione appare chiaro che nonostante i due sistemi abbiano come perno centrale l'efficace attuazione di *compliance programs*, la disciplina effettiva che li caratterizza è necessariamente influenzata dal contesto giuridico generale in cui si inseriscono. Infatti, sebbene si possa osservare una condivisione di intenti, i punti di contatto si esauriscono qui.

I sistemi analizzati partono da concezioni diametralmente opposte che poggiano su principi ancorati nella rispettiva tradizione giuridica e si sviluppano nel rispetto della propria prospettiva.

Ai fini di una trattazione razionale è dunque fondamentale tenere bene a mente i due opposti punti di partenza da cui deriva la normativa di dettaglio e conseguentemente la costruzione della disciplina che riguarda nello specifico i modelli organizzativi.

Nel contesto statunitense la responsabilità delle *corporations* è automatica e si fonda sulla *strict liability*. Questo non significa che qualsiasi tentativo di delineare una *corporate culpability* sia inutile, anzi il Congresso ha mostrato un notevole interesse per il concetto di colpa dell'organizzazione nelle *Sentence Guidelines* ma con esclusivo riferimento al calcolo della pena pecuniaria e della applicabilità del *probation*.

Nel contesto italiano, il Legislatore ha rifiutato fermamente l'introduzione di una responsabilità di tipo oggettivo dell'ente, posizione che si evince inequivocabilmente nella Relazione che ha accompagnato l'emanazione del d.lgs. 231/2001.

La nostra tradizione giuridica è stata per molto tempo ancorata al rispetto del principio *societas delinquere non potest* ed è stato superato per far fronte agli obblighi internazionali che l'Italia aveva assunto, oltre ad un'emergenza impellente di cui non poteva più ignorarsi la gravità, il crescente fenomeno della criminalità d'impresa.

Ed è proprio per rendere più agevole l'accettazione di una rivoluzione così importante che questa responsabilità è stata etichettata come amministrativa ma, in verità, secondo anche quanto affermato dalle più recenti pronunce giurisprudenziali, è innegabile la compenetrazione di questa normativa con il diritto penale, per cui che venga classificata o meno come penale, di fatto siamo davanti ad un sistema punitivo vero e proprio che come tale deve rispettare le garanzie costituzionali a presidio del giusto processo e dei diritti sostanziali legati in generale alla responsabilità penale.

Queste considerazioni hanno indotto il Legislatore a porsi *in primis* il problema di individuare un sistema di imputazione per l'ente che fosse costruito sulla sua rimproverabilità in modo da rispettare il principio di personalità della responsabilità penale per fatto proprio e, più precisamente, per fatto proprio colpevole.

Lo sforzo del legislatore di identificare un parametro soggettivo di imputazione è approdato nella elaborazione del concetto di colpa organizzativa, a nostro avviso ancora troppo vincolato ad un'indagine di tipo antropomorfo che mal si concilia con la natura dell'ente.

Sebbene lodevole e condivisibile l'intento del Legislatore, il tentativo di applicare all'ente i criteri soggettivi di imputazione (dolo e colpa) nella visione classica del diritto penale, che chiaramente ha come riferimento le persone fisiche, si rivela a lungo termine fallimentare.

Questo perché sono criteri legati ad una sfera psicologica che non è riscontrabile nell'ente come centro autonomo di interessi e porta a delle tensioni difficilmente superabili nella applicazione pratica della disciplina.

Ad avviso di chi scrive, in futuro la colpa di organizzazione dovrà divenire il reale fulcro della responsabilità dell'ente cercando di affinare la sua teorizzazione così da riferirsi sempre ad elementi soggettivi che però abbandonino in via definitiva il riferimento al fattore psicologico legato alla persona fisica, il quale potrebbe rivelarsi fuorviante.

Si pensi per esempio all'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto: assolutamente positiva è l'introduzione dei reati colposi, però maldestramente adattabile ai requisiti richiesti dagli artt. 5 e 6 del decreto (che siano commessi nell'interesse della società o che sia provata l'elusione fraudolenta del modello affinché valga l'esimente nel caso in cui il reato è stato commesso dall'apicale), i quali richiedono un coefficiente di intenzionalità dell'azione criminosa per definizione esclusa nel concetto di colpa; allo stesso tempo sono stati introdotti vari reati (e.g. pedofilia, tratta degli schiavi, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili) che stonano con l'obiettivo della disciplina, ossia prevenire e combattere i *white-collar crimes* e la criminalità d'impresa in senso più ampio.

Il rischio è che con il passare del tempo si perda di vista l'obiettivo e si trasformi un impianto potenzialmente coerente, funzionale ed effettivo in un insieme di norme disomogeneo, disordinato e pieno di contraddizioni.

Per evitare derive anche di incostituzionalità della disciplina è auspicabile una riflessione più accurata e ponderata su alcune tematiche che non possono più essere trascurate o sottovalutate.

La nostra trattazione proseguirà verso la valorizzazione dei punti di forza di ciascuno dei due ordinamenti e ne verranno messi in evidenza in modo più approfondito i punti critici così da poterne cogliere degli spunti per migliorare un sistema, il nostro, che possa essere un modello di riferimento per altri Paesi.

3.1. Le proposte della dottrina

Prima di passare ad un'analisi critica dei caratteri fondamentali di ciascuno dei modelli potrebbe essere utile ricostruire brevemente le principali proposte dottrinali che si sono susseguite nel tempo alla ricerca dell'elaborazione di un sistema di imputazione efficace per affermare la responsabilità degli enti.

Vedremo come il punto originario da cui derivano tutte le considerazioni successive è l'adesione ad una concezione dell'ente come finzione o come realtà. Da questo presupposto sono state sviluppate le principali teorie sulla configurazione della *corporate liability*.

Una panoramica generale è funzionale a comprendere perché in questa sede si sostiene la necessità di costruire una nozione di colpevolezza dell'ente ancorata a parametri esclusivamente inerenti alla sua natura e l'abbandono della visione omocentrica.

Le prime teorie elaborate in tema di *corporate criminal liability* partono da una prospettiva nominalistica, ossia dall'idea che una *company* o *corporation* non sia altro che un insieme di individui.

Sulla base di questo presupposto, analizziamo i principali modelli che hanno rappresentato il punto di partenza delle elaborazioni dottrinali: *the identification doctrine*; *the senior management test*; *the doctrine of vicarious liability* and *the aggregation doctrine*. Queste teorie hanno in comune il carattere derivato della responsabilità degli enti rispetto ai crimini commessi dalle persone fisiche.

Da una prospettiva di tipo realistico invece derivano due importanti modelli: *the corporate culture doctrine* and *the structural negligence doctrine*. Entrambi sono basati sul concetto di *organisational fault* che rende la responsabilità delle società diretta, autonoma rispetto alla colpa dell'individuo agente, seppure dipendente dalla sua condotta.

A) *Derivative models*

Il metodo originario per attribuire una responsabilità di natura penale alle persone giuridiche è stato preso in prestito dal diritto civile ed applicato per la prima volta¹⁵⁶ negli anni '40 in Inghilterra, parliamo della *Identification doctrine*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *Director of Public Prosecutions v Kent and Sussex Contractors Ltd* [1944] KB 146; *R v ICR Haulage Co. Ltd* [1944] KB 551; *Moore v I Bresler Ltd* [1944] 2 All ER 515. See also R. S. WELSH, *The Criminal Liability of Corporations*, 62 LQR, 1946 345-346; S. PARSONS, *The Doctrine of Identification, Causation and Corporate Liability for Manslaughter*, 67 JCL, 2003, 69.

¹⁵⁷ N. CAVANAGH, *Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault*, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 75, Issue 5, Durham University, October 2011: "The identification doctrine originates from the civil law case of *Lennard's Carrying Co. Ltd v Asiatic Petroleum Co. Ltd*. However, the precise nature of the identification doctrine, as it is known today, was articulated in the House of Lords

Secondo questa teoria, le persone che occupano una posizione di vertice all'interno di una società si identificano con la stessa e le loro azioni devono essere considerate come della società, attribuite alla sua volontà.

Il merito è quello di aver riconosciuto una sfera di autonomia alle imprese, viste come entità a sé stanti, a condizione però che le condotte da cui deriva la responsabilità dell'ente siano tenute da un gruppo ristretto di persone che per il ruolo che svolgono possano "identificarsi" con l'ente.

Questa caratteristica è soddisfatta soltanto da coloro che ricoprono una funzione manageriale all'interno della struttura aziendale, con la conseguenza che i reati commessi da semplici dipendenti non possono essere collegati alla "mente" della società.

I problemi che ne derivano non sono da sottovalutare: prima di tutto questo modello non tiene conto delle moderne realtà aziendali. La struttura è ormai di tipo orizzontale, per cui una decisione non può essere imputata ad un singolo soggetto ma è il frutto di un processo settorializzato che spesso non fa capo ad una sola persona. Questo comporta l'impossibilità di individuare un singolo individuo responsabile che possa soddisfare il requisito della colpa. Un simile approccio può sposarsi con entità di piccole dimensioni ma si rivela inadeguato per realtà più complesse.

case of *Tesco v Natrass*. The House of Lords examined the identity of a shop manager to determine whether he could be identified with the company.

Lord Reid, in line with Viscount Haldane's decision in *Lennard's Carrying Co.*¹³ and approving Lord Denning's dictum in *Bolton Engineering* adopted the directing mind and will theory [...] The House of Lords held that the branch manager could not be considered a controlling mind of the company. Indeed, the House of Lords provided a restrictive list of personnel who were of sufficient standing to be identified as the 'company'. This group consisted of senior individuals such as directors and other controlling officers; individuals who represent the 'directing mind and will of the company'.

La sua indistinta applicazione genererebbe delle discriminazioni tra piccole e grandi imprese con inevitabili ripercussioni sulla efficacia del modello.

Un'altra soluzione derivante dalla prospettiva nominalistica è “*the senior management test*”, istituito nel *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* nel 2007 dal governo inglese.

Infatti la dottrina dell'identificazione è stata seguita principalmente nel territorio anglosassone, dove ben presto ci si è accorti delle gravi lacune che questo schema non era in grado di colmare.

Con questa legge il governo ha creato un nuovo reato che ha come soggetto attivo l'ente e non più la persona fisica, così *the homicide by gross negligence* oggi può essere commesso direttamente dalle società¹⁵⁸.

Il governo ha poi avuto il compito di individuare il sistema di imputazione del reato all'ente e il metodo adottato ha preso il nome di *senior management test*: “An organization is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organized by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection”¹⁵⁹.

Se questa impostazione rappresenta sicuramente un passo avanti rispetto alla *identification doctrine* non può dirsi ancora sufficiente a risolvere i problemi da questa sollevati. Rispecchia una realtà più vicina a quella odierna perché coinvolge una categoria più ampia di soggetti impegnati nell'attività aziendale ma è ancora lontana dal catturare la vera natura dei processi decisionali che caratterizzano le imprese odierne.

¹⁵⁸ The main elements of the offence are set out in s. 1 of the Act. Section 1(1) states: “An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised

(a) causes a person's death, and

(b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased”.

¹⁵⁹ s. 1(3) of the Act.

L'ultimo modello derivato analizzare è *the aggregation doctrine*.

Questa elaborazione è senz'altro la più sofisticata tra le teorie appartenenti alla prospettiva nominalistica e rappresenta un punto mediano tra i due modelli precedentemente studiati. L'idea cardine di questa dottrina è che la società può essere ritenuta responsabile di un crimine derivante dalla somma di una serie di azioni commesse da diversi individui che siano rilevanti all'interno del processo decisionale, a prescindere dall'esistenza della prova della colpevolezza dei soggetti agenti¹⁶⁰.

Tale ricostruzione ha il merito di avvicinarsi notevolmente alle moderne dinamiche interne delle imprese ma ha il difetto di mantenere un legame molto stretto con il principio di identificazione.

Se da un lato riesce a cogliere la difficoltà che un singolo individuo possa avere un quadro completo dell'iter procedimentale che ha portato ad una determinata scelta, dall'altro lato fallisce nel recuperare un'immagine autonoma della società, continuando a raffigurarla come una somma di individui piuttosto che come un'autonoma entità.

The aggregation doctrine dimentica che la decisione del gruppo può essere ben distinta dalla decisione dei singoli e che la colpa dell'ente non coincide con la colpa della persona fisica, poiché dipendono da fattori differenti¹⁶¹.

Il rischio è che persone innocenti siano riconosciute colpevoli del reato conseguente alla scelta collettiva senza che nessuno dei soggetti coinvolti abbia

¹⁶⁰ C. M. V. CLARKSON, *Corporate Culpability*, 1998, 2 Web JCLI at <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html>: "Under the aggregation doctrine, one combines all the acts and mental elements of the various relevant persons within the company to ascertain whether in total they would amount to a crime if they had all been committed by one person".

¹⁶¹ E. LEDERMAN, *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaption and Imitation toward Aggregation and the Search for Self Identity*, 4 Buffalo Crim. Law Rev., 2000, 641- 673.

una piena consapevolezza degli effetti di quella decisione o che addirittura sia a conoscenza della decisione finale, cui si aggiunge la possibilità che l'ente sia ritenuto responsabile di un reato commesso da un soggetto in cui si identifica nonostante quella condotta non rientrasse nella politica d'impresa ma per il solo fatto che sia tenuta da un soggetto qualificato. Dunque nessuna delle teorie elaborate da un punto di vista nominalistico sembra soddisfare le esigenze imposte dalla realtà corporativa.

B) Organisational models

Le teorie basate sulla prospettiva realistica si caratterizzano per la centralità della colpa di organizzazione, che giustifica una responsabilità immediata delle società per le loro azioni ed omissioni.

Ovviamente anche in questo contesto le critiche più ferrate a questo presupposto riguardano l'incapacità delle persone giuridiche di essere giudicate "moralmente". Tra gli oppositori alla responsabilità diretta degli enti troviamo le autorevoli voci di *Sullivan* e *Wolf* che aderiscono alla teoria della finzione.

Tra i sostenitori convinti della responsabilità penale degli enti vi è *Clarkson*, che afferma che la colpevolezza dell'ente non necessariamente deve essere vincolata ad una capacità emotiva¹⁶², mentre *French* si spinge oltre e anzi ravvisa una capacità morale anche nelle persone giuridiche: se una data condotta può essere ascritta alla volontà dell'ente perché rientra nella sua politica d'impresa allora l'evento che ne scaturisce non è conseguenza della mera condotta materiale del soggetto agente, bensì atto direttamente imputabile alle "intenzioni" dell'impresa¹⁶³.

¹⁶² C. M. V. CLARKSON, *Kicking Corporate Bodies and Damning their Souls*, 1996.

¹⁶³ P. A. FRENCH, *The Corporation as a Moral Person*, *American Philosophical Quarterly* 207, 1979; P. A. FRENCH, *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984; P.A. FRENCH, *Corporate Ethics*,

The corporate culture doctrine è basata sul concetto di colpa di organizzazione. L'idea di fondo è che la persona giuridica è responsabile dei reati che scaturiscono dall'attuazione di una politica d'impresa radicata nel modo di agire della società. In questo caso, il criterio soggettivo della *mens rea* non va cercato nella mente dell'individuo ma nella *corporate culture*¹⁶⁴.

Nel panorama extraeuropeo questa dottrina è considerata la più adatta a riflettere la realtà delle *corporations*.

A differenza dei modelli basati su una responsabilità derivata supera il problema relativo alla prova della colpevolezza della persona fisica come presupposto per accertare eventualmente la "colpa" della persona giuridica e ha il merito di adattarsi anche a strutture di notevoli dimensioni. Ciò perché non vi è nessun ostacolo giuridico che impedisce di rivolgersi esclusivamente all'ente ma si tratta di un percorso puramente culturale.

Harcourt Brace, Dallas, 1995.

¹⁶⁴Questo approccio è stato valorizzato specialmente in Australia e tradotto nell'*Australian Criminal Code* in 1995. Section 12.3(1) states that "if intention, knowledge or recklessness is a fault element in relation to a physical element of an offence, that fault element must be attributed to a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence". Section 12.3(2) goes on to list a number of methods by which the authorisation or permission can be determined.

The first two methods set out in s. 12.3(2)(a) and (b) are conservative. They are, in fact, similar to the identification doctrine and the senior management test. However, "it is the following two means by which authorisation or permission by the corporation may be established which truly capture the idea of genuine corporate fault". Section 12.3(2)(c) provides that a corporation will be taken to have authorised or permitted the commission of an offence if it is proved that 'a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision'. Section 12.3(2)(c) concerns the converse situation where a corporation has failed to "create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision".

Corporate culture is defined in s. 12.3(6) as "an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place".

Inoltre, è soddisfatta anche l'esigenza di una politica preventiva rispetto alla commissione di reati. Guardando alla politica d'impresa, infatti, *the corporate culture doctrine* impone alle società di investire sull'educazione dei propri dipendenti, qualsiasi ruolo rivestano, e di formare un'etica di impresa che guidi l'azione dei suoi vertici in modo conforme alla legge.

Tuttavia anche tale modello presenta delle criticità che non devono essere sottovalutate. Sul piano pratico è molto complicato provare l'esistenza di una "cultura criminale" radicata nell'impresa, specialmente se gli indizi in tale direzione non concernono dei documenti ma magari delle pratiche consuetudinarie o regole seguite per prassi.

L'ultimo modello teorico da analizzare attraverso un occhio esterofilo è *the structural negligence doctrine*, ovvero il paradigma in concreto seguito dal d.lgs. 231/2001 in Italia.

Visto dall'esterno¹⁶⁵, il modello italiano appare costruito sul concetto di *organisational fault*, incentrato su un comportamento negligente dell'impresa colpevole di non essersi dotata di una organizzazione interna strutturalmente adeguata a prevenire il rischio che reati legati all'attività esercitata potessero verificarsi. Tale politica di prevenzione è basata sull'adozione ed efficace attuazione di *compliance programs* modellati in base alle specifiche caratteristiche della società cui si riferiscono.

Il modello elaborato sembra essere in grado di carpire la complessa quotidianità degli enti ed è senza dubbio da apprezzare la scelta di richiedere non solo che i modelli organizzativi siano predisposti ma anche che siano efficacemente attuati.

D'altra parte però alcune critiche sono state avanzate rispetto al fatto che per innescare la responsabilità dell'ente sia necessario che un reato-

¹⁶⁵ N. CAVANAGH, *Corporate Criminal Liability*, cit., 437 e ss.

presupposto venga realizzato da una persona fisica qualificata¹⁶⁶. Così facendo si incorre nel rischio che i contorni della colpa dell'ente e della persona fisica sfumino fino a confondersi e ne derivi un allontanamento da quanto di fatto avviene nel processo decisionale delle compagnie aziendali più moderne.

Parte autorevole della dottrina inglese¹⁶⁷ sostiene che il modello legislativo adottato in Italia potrebbe rappresentare il più efficace nella lotta contro la criminalità d'impresa se abbandonasse l'impronta personalistica che ancora lo caratterizza per focalizzarsi puramente sulla colpa di organizzazione.

3.1. Le criticità del modello americano

Il sistema statunitense ha giustificato il superamento del brocardo *societas delinquere non potest* e declinato tutte le resistenze dogmatiche sulla opportunità di introdurre la *corporate criminal liability* con l'impellente urgenza di porre un freno ai sempre più frequenti scandali finanziari del XX sec. I tempi erano maturi ed era la sensazione di pericolo che si stava diffondendo nella società a chiedere un intervento forte nella politica criminale contro le società.

Di fronte a questa rivoluzione culturale non c'è stata nessuna obiezione dottrinale in grado di invertire la tendenza della giurisprudenza iniziata nel 1909 di punire le *corporations* applicando il principio del *respondeat superior* prestato dalla *tort law*.

¹⁶⁶ La scelta è dipesa dalla paura che altrimenti l'introduzione della legge avrebbe trovato ostacoli di natura costituzionale, con riferimento all'art. 27 della Cost. italiana.

Per una puntuale ricostruzione del dilemma legislativo v. sez. I.

¹⁶⁷ J. GOBERT e E. MUGNAI, *Coping with Corporate Criminality. Some Lessons from Italy*, *Crim. Law Rev.*, 2002.

Nonostante si richieda che il reato sia stato commesso *with the scope of the employment and to benefit the corporation* il meccanismo di imputazione si risolve nella *strict liability* della società per qualsiasi reato commesso dal suo dipendente, in quanto non rileva ai fini della responsabilità dell'ente che abbia davvero conseguito un vantaggio e si ritiene sufficiente che il reato si sia verificato durante lo svolgimento delle mansioni lavorative.

Questo sistema permette di imputare automaticamente all'ente il reato commesso dal proprio dipendente senza che sia identificata una nozione di colpevolezza propria della società.

Questo breve preambolo ci ha consentito di riassumere il nocciolo delle criticità che si sviluppano nel contesto statunitense.

Il problema centrale è che manca un concetto di comportamento colpevole della *corporation* che giustifichi la sua responsabilità penale, da cui derivano una serie di questioni ulteriori che potrebbero compromettere *in toto* l'efficacia del sistema.

Le questioni consequenziali possono essere raggruppate in tre macro filoni:

- a) Fallimento dello scopo di *deterrence*
- b) Tensioni con il *right against self-incrimination* e altri diritti sanciti dal V emendamento della Costituzione americana
- c) Tensioni con il IV emendamento che sancisce *the right to be secure from unreasonable searches and seizures*.

Da quanto osservato nella nostra trattazione si evince che nel sistema americano non vige la presunzione di innocenza per le persone giuridiche e questa impostazione si ripercuote sull'intera tenuta dell'impianto del diritto penale riferito alle *corporations*, sollevando non pochi problemi di ordine pratico.

A) *Fallimento dello scopo di deterrence*

L'imputabilità automatica della *corporation* ha come primo effetto che qualsiasi incentivo verso una politica di prevenzione venga soppiantato dalla consapevolezza che non c'è nessuna garanzia che le misure prese siano sufficienti ad evitare che un crimine venga commesso e, in tal caso, non vi sarà alcuna differenza tra la *corporation* che diligentemente si sia impegnata in attività con scopo di prevenzione e la *corporation* che abbia preferito non investire in tale politica in termini di responsabilità.

Le due società saranno trattate allo stesso modo per quanto riguarda la loro possibile imputazione. Quindi nonostante l'impresa che si è adoperata per una implementazione di un efficace *compliance program* sia meno (per non dire non) rimproverabile della società che non ha compiuto alcuno sforzo in tale direzione le due situazioni vedranno un trattamento differenziato solo ai fini della commisurazione della pena ma non sul piano dell'imputabilità.

Pertanto una valutazione del rapporto costi/benefici potrebbe giustificare la decisione delle *corporations* di non dotarsi di un meccanismo di *compliance* per sua natura molto costoso sia al momento della costruzione che della "manutenzione": per far sì che un *compliance program* possa essere ritenuto nel tempo efficace occorre che sia periodicamente e costantemente migliorato e aggiornato, attività che richiede un continuo dispendio di risorse¹⁶⁸.

Inoltre, l'adozione di tale sistema contribuirebbe a fornire numerose informazioni che potrebbero addirittura facilitare la formazione di prove utili ai *prosecutors* per dimostrare l'esistenza di reati commessi dai dipendenti dell'ente e, di conseguenza, determinare la propria responsabilità¹⁶⁹.

¹⁶⁸ J. D. GREENBERG AND E. C. BROTMAN, *Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization*, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 2014, 86 e ss.

¹⁶⁹ J. ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 J.

D'altra parte, per far scattare il meccanismo della *strict liability* è sufficiente la condotta illecita di un solo dipendente anche se ha agito contro un divieto espresso della *corporation*, determinando ugualmente la *corporate liability* e generando una serie di effetti collaterali di non trascurabile entità.

Si pensi alle conseguenze pratiche che un'accusa alla società (si noti, non solo la condanna) di questo genere avrà in termini di reputazione, credibilità, potere sul mercato, le perdite economiche non saranno quantificabili e le ripercussioni maggiori saranno subite dai lavoratori.

L'impresa potrebbe anche essere costretta a chiudere e migliaia di posti di lavoro sarebbero persi. Tutti questi effetti non possono essere evitati perché l'ente sarà responsabile anche laddove avesse adottato le misure necessarie a prevenire che un illecito di rilevanza penale si verificasse¹⁷⁰.

Succede dunque che dal meccanismo creato non scaturisce nessun incentivo ad affinare le tecniche di *compliance* perché non è ciò che impedisce alle Corti di considerare l'ente responsabile.

Legal Stud., 1994, 833-836 explaining that a corporation's expenditures on enforcement increase the probability that the government will detect those crimes by the corporation's employees that are committed, thereby increasing the corporation's expected criminal liability for those crimes.

¹⁷⁰ J. D. GREENBERG AND E. C. BROTMAN, op. cit., 85: "it reduces corporations' incentives to implement vigorous and effective compliance policies, as the absence of such policies has no effect on whether a corporation is subject to strict vicarious liability for its employees' criminal acts. Indeed, strict vicarious criminal liability may actually deter corporations from having robust compliance policies. When a compliance policy yields information about criminal acts, that information can end up being used by the government to indict the corporation. Corporations may decide that they are better off without compliance policies that could produce evidence that would support strict vicarious criminal liability. It does not serve any legitimate deterrent or retributive purpose because it punishes corporations that not only did nothing wrong, but also took reasonable steps to prevent misconduct by their employees".

Secondo i principi della *vicarious liability* soltanto la garanzia assoluta che nessun reato potrà essere commesso farebbe dormire sogni tranquilli alla *company*, scenario che non è realmente concretizzabile.

A ben vedere, gli effetti più devastanti si ripercuotono su *employees* e *shareholders* innocenti, poiché a loro non può essere imputata alcuna condotta colpevole e la persona fisica che ha materialmente commesso il fatto illecito potrebbe essere punita singolarmente, senza che le conseguenze delle sue azioni incidano su terzi incolpevoli.

B) V emendamento della Costituzione americana e *the right against self-incrimination*

L'ultima considerazione svolta nel paragrafo precedente potrebbe far sorgere una questione rilevante da un punto di vista costituzionale ed in particolare rispetto il principio di *ne bis in idem*.

Il V emendamento della Costituzione americana sancisce vari diritti di natura processuale sia per quanto riguarda i procedimenti civili che penali.

Tra questi vi è il divieto di essere processati due volte per la stessa offesa in modo da assicurare che il soggetto che abbia affrontato un procedimento per un certo fatto non possa essere nuovamente indagato e processato per il medesimo fatto, proteggendolo dal rischio di un c.d. atteggiamento persecutorio da parte delle autorità¹⁷¹.

¹⁷¹ The Fifth Amendment of the American Constitution available at https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

Nel caso da noi trattato il medesimo fatto determina la responsabilità sia della persona fisica che lo ha commesso sia della persona giuridica di cui l'agente è membro. Ci troviamo però di fronte ad una ipotesi limite: l'incriminazione della *corporation* non deriva da alcun elemento ulteriore rispetto a quelli che caratterizzano il reato della persona fisica, per cui per il medesimo fatto vi è una doppia incriminazione sebbene di due diverse persone.

Questa immagine è difficilmente comprensibile perché implica una considerazione ulteriore sulla teoria che ha per oggetto la persona giuridica alla quale si aderisce.

Se si condivide la teoria della finzione allora per il medesimo fatto viene imputato due volte il medesimo autore, considerata l'inesistenza della *corporation* come persona giuridica capace di agire; se si accetta la teoria della realtà, per cui la *corporation* è una persona distinta dai membri che la compongono, un centro autonomo di diritti e doveri, dotata di propria capacità giuridica allora ci troviamo di fronte ad un paradosso: per il medesimo fatto sono considerate responsabili due persone distinte sulla base però di identici elementi che giustificano la colpevolezza di una sola di loro, la persona fisica.

Se questa circostanza rientri oppure no nella ipotesi regolata dal V emendamento non si ha la presunzione di affermarlo, di certo però si ritiene

In Commento: “The Double Jeopardy Clause aims to protect against the harassment of an individual through successive prosecutions of the same alleged act, to ensure the significance of an acquittal, and to prevent the state from putting the defendant through the emotional, psychological, physical, and financial troubles that would accompany multiple trials for the same alleged offense. Courts have interpreted the Double Jeopardy Clause as accomplishing these goals by providing the following three distinct rights: a guarantee that a defendant will not face a second prosecution after an acquittal, a guarantee that a defendant will not face a second prosecution after a conviction, and a guarantee that a defendant will not receive multiple punishments for the same offense. Courts, however, have not interpreted the Double Jeopardy Clause as either prohibiting the state from seeking review of a sentence or restricting a sentence's length on rehearing after a defendant's successful appeal”.

che possa essere un valido spunto di riflessione sulla compatibilità della *vicarious liability* con la *criminal law*¹⁷².

Altro diritto tutelato dal V emendamento è quello di non autoincriminarsi, nessuno può esser obbligato a testimoniare contro se stesso¹⁷³.

¹⁷² D. R. FISCHER & A. O. SYKES, *Corporate Crime*, 25 J. LEGAL STUD., 1996, 319-335: "When the employee who committed the misconduct is convicted of a crime, convicting the corporation as well results in duplicative liability. This is inconsistent with the doctrine of *respondeat superior* that underlies vicarious corporate criminal liability. In the civil context, a tort plaintiff cannot obtain a full recovery from an agent of a corporation and also recover from the corporation itself under a *respondeat superior* theory; the corporation's "obligation is discharged when full satisfaction is obtained against the agent." With strict vicarious criminal liability, however, the corporation and the offending employee can each be punished for the same crime".

¹⁷³ The Fifth Amendment protects criminal defendants from having to testify if they may incriminate themselves through the testimony. A witness may "plead the Fifth" and not answer if the witness believes answering the question may be self-incriminatory.

In the landmark *Miranda v. Arizona* ruling, the United States Supreme Court extended the Fifth Amendment protections to encompass any situation outside of the courtroom that involves the curtailment of personal freedom. 384 U.S. 436 (1966). Therefore, any time that law enforcement takes a suspect into custody, law enforcement must make the suspect aware of all rights. Known as *Miranda* rights, these rights include the right to remain silent, the right to have an attorney present during questioning, and the right to have a government-appointed attorney if the suspect cannot afford one.

If law enforcement fails to honor these safeguards, courts will often suppress any statements by the suspect as violative of the Fifth Amendment's protection against self-incrimination, provided that the suspect has not actually waived the rights.

An actual waiver occurs when a suspect has made the waiver knowingly, intelligently, and voluntarily. To determine if a knowing, intelligent and voluntary waiver has occurred, a court will examine the totality of the circumstances, which considers all pertinent circumstances and events. If a suspect makes a spontaneous statement while in custody prior to being made aware of the *Miranda* rights, law

Corollario è quindi il diritto al silenzio, inteso come facoltà dell'imputato di astenersi dal rispondere a domande che potrebbero compromettere la sua posizione di fronte alla legge. Questo significa che se l'imputato decidesse di non rispondere, tale scelta non può essere valutata come indice di colpevolezza e quindi contro di lui, allo stesso tempo l'imputato (o sospettato, poiché il diritto al silenzio è riconosciuto anche nella fase delle indagini) non può essere obbligato a fornire informazioni di supporto alle indagini sull'esistenza del reato e sulle eventuali dinamiche che hanno orientato la condotta del reo¹⁷⁴.

Il diritto al silenzio discende dal principio di presunzione di innocenza e trova ragione di essere nella regola processuale per cui l'imputato è innocente fino a prova contraria, che deve essere trovata dalla parte accusatoria.

Mentre questo regime processuale trova piena applicazione per le persone fisiche si dubita del riconoscimento di questo diritto per le persone giuridiche.

Anzi la giurisprudenza ha sempre affermato che si tratta di un diritto riservato alle persone fisiche che non trova applicazione nei procedimenti contro le *corporations*¹⁷⁵.

enforcement can use the statement against the suspect, provided that police interrogation did not prompt the statement. Definition available at https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment

¹⁷⁴ B. A. HOCKING AND L. LEIGH MANVILLE, *What of the right to silence: still supporting the presumption of innocence, or a growing legal fiction?*, 1 Macquarie Law Journ., 63, 2001, 63 e ss.: "The right to silence is the right of a suspect to say nothing in the face of police questioning' and is justified as a protection from self-incrimination. This right is known as the actual right to remain silent. The right of an accused in a criminal trial to remain silent at the pre-trial stage provides a particular manifestation of the privilege against self-incrimination such that a person who believes, on reasonable grounds, that he or she is suspected of having been a party to an offence is entitled to remain silent when questioned or asked to supply information by any person in authority about the occurrence of an offence, the identity of the participants, and the roles they played.

The second tier to the right to remain silent concerns the right not to have silence used against one at trial".

¹⁷⁵ *Pyneboard Pty Ltd v Trade Practices Commission*, (1983) 152 CLR 328;

Seguendo questo filone di pensiero non dovrebbe porsi nessun problema di natura giuridica quando si chiede alle *corporations* di collaborare per ottenere uno sconto di pena in caso di condanna né quando i *DPA*s o i *NPA*s riservano all'atteggiamento collaborativo delle società coinvolte una funzione predominante. La Corte Suprema ha infatti stabilito a più riprese che le *corporations* non possono invocare il V emendamento, ciò comporta che la società è indirettamente costretta a collaborare con i *prosecutors* se vuole assicurarsi la clemenza degli investigatori o uno sconto di pena.

La maggior parte delle volte, tra le condizioni inserite in questi accordi, vi è la confessione volontaria della corporation di aver agito illecitamente tramite i propri dipendenti. In questo modo la società sacrifica i propri dipendenti per il “bene comune” anche quando sussistono dei dubbi sulla configurazione di un reato. A loro volta i dipendenti si trovano in una situazione piuttosto scomoda: da un lato, potrebbero invocare il V emendamento e rifiutare di collaborare con i *prosecutors*, così facendo però si esporrebbero al rischio di essere colpiti da sanzioni disciplinari per non aver ottemperato alle direttive dei propri datori di lavoro o peggio ad un licenziamento; altra prospettiva è quella rinunciare al diritto al silenzio e rischiare di autoincriminarsi con le proprie dichiarazioni¹⁷⁶.

Di fatto si produce un circolo vizioso: gli *attorneys* non possono obbligare gli *employees* a collaborare perché sono protetti dalla Costituzione americana, allora esercitano il loro potere sulle *corporations*, minacciando di rinviarle a giudizio se non collaborano fornendo informazioni sensibili utili alle indagini; le *corporations* non possono rifiutare questa “proposta” e accettare il

Sorby v Commonwealth, *Ibid* 281; *Controlled Consultants Pty Ltd v Commissioner for Corporate Affairs*, (1985), 156 CLR 385; *Environmental Protection Authority v. Caltex Refining Company Pty Ltd.*, (1993), 118 ALR 392.

¹⁷⁶ B. L. GARRETT, *Corporate Confessions*, 30 Cardozo L. Rev. 917, 2008-2009, 918.

rischio di essere messe in stato di accusa, così esercitano una pressione di tipo economico sui propri dipendenti costringendoli in effetti a rinunciare ai loro diritti costituzionali collaborando con i *prosecutors*.

Sebbene questa pratica sia senza ombra di dubbio condannabile da un punto di vista etico purtroppo non sussiste nessun ostacolo specifico sul piano giuridico per impedire che ciò avvenga.

Un esempio concreto del funzionamento di questo tipo di dinamiche è rappresentato dal recente caso KPMG¹⁷⁷ in cui, di fronte alla minaccia di una sanzione capitale, la KPMG ha esercitato una notevole pressione sui propri dipendenti perché si prestassero ad una piena collaborazione con le forze dell'ordine e rinunciassero ai propri diritti costituzionali.

Il giudice Kaplan non ha ritenuto utilizzabili le dichiarazioni autoincriminanti di alcuni dei dipendenti imputati nel processo perché ottenute, a suo parere, violando i diritti tutelati dal V emendamento della Costituzione e ha apertamente condannato la prassi seguita dal DoJ nel condurre le proprie indagini¹⁷⁸.

Si tenga presente che la conclusione degli accordi extraprocessuali tra società e *prosecutors* non garantiscono la chiusura della vicenda finché non vi sia prova che le condizioni stabilite siano state effettivamente rispettate.

Se risultasse una violazione dell'accordo, i *prosecutors* potrebbero unilateralmente rescindere il patto e incriminare la corporation.

Essendo quasi sempre contenuta all'interno di questi accordi una dettagliata ammissione di colpevolezza, tale risvolto determinerebbe certamente una condanna per la società. Pertanto si spiega la disponibilità della *corporation* a

¹⁷⁷ U.S. v. Stein (*Stein11*), 440 F. Supp. 2d 315, 319 (S.D.N.Y. 2006).

¹⁷⁸ Per una ampia ricostruzione dei fatti si veda B. L. GARRETT, op. cit., 920 e ss.

fare tutto quello che venga richiesto dal DoJ per evitare un rinvio a giudizio, specialmente dopo aver accettato condizioni di questo genere¹⁷⁹.

Si potrebbe obiettare che a quel punto ci sarebbe poca differenza tra una confessione e una condanna, in pratica entrambe corrispondono alla prova che l'impresa inquina il mercato con condotte illecite.

Tuttavia, il caso Enron è un chiaro esempio di come le conseguenze derivanti da un processo in termini di immagine, reputazione, opinione pubblica siano molto più gravi rispetto alla dichiarazione di colpevolezza ottenuta in sordina durante lo svolgimento delle indagini.

Ulteriore questione riguarda il destino della difesa dei singoli lavoratori coinvolti. Molto spesso nei *DPA*s e *NPA*s è contenuta non solo l'ammissione di colpevolezza dell'ente firmata dai suoi rappresentanti, ma anche l'impegno a non rilasciare dichiarazioni pubbliche discordanti con tale confessione.

Questo comporta che i dipendenti potranno difficilmente difendersi da accuse personali se questo significa sostenere posizioni diverse da quelle contenute in tali accordi perché potrebbero costituire una loro violazione e determinare il rinvio a giudizio della *corporation*.

Inoltre, le informazioni ottenute in questo modo ben potrebbe essere utilizzate dai *prosecutors* in altri procedimenti nei confronti di altre società e soggetti coinvolti ed anche in questa ipotesi alcun diritto a non autoincriminarsi potrebbe essere invocato.

Alla luce delle tensioni che sul piano concreto vengono a crearsi, il DoJ ha modificato ben due volte il *Thompson Memo*, stabilendo che gli *attorneys*

¹⁷⁹ Id., 926: “Unlike in the typical criminal case, federal prosecutors provided advance guidance on what sorts of cooperation they value. The Thompson Memo listed as factors, the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the company's malfeasance and the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents. The Memo elaborated: “Another factor to be weighed by the prosecutor is whether the corporation appears to be protecting its culpable employees and agents”.

non devono tener conto delle promesse del pagamento delle spese legali per i dipendenti da parte delle *corporations* come un sintomo di collaborazione, ma hanno lasciato invariata la facoltà di considerare l'accordo non più valido davanti ad una condotta non collaborativa dei lavoratori¹⁸⁰.

Allo stato attuale non sembra potersi risolvere la questione inquadrandola nel V emendamento, è auspicabile pertanto che almeno da un punto di vista etico si sviluppi la prassi di informare adeguatamente i dipendenti dei rischi in cui incorrono se decidono di collaborare, di rinunciare ai propri diritti e sottoporsi ad interrogatorio. Dovrebbe almeno essere garantita l'opportunità di scegliere consapevolmente se prestare il proprio consenso a collaborare con i rischi che ne derivano oppure preferire di restare in silenzio ed eventualmente subire un licenziamento.

C) Right to be secure from unreasonable searches and seizures

In origine il IV emendamento sembrava costituire una garanzia al rispetto del diritto di proprietà, si riteneva che venisse tutelato il diritto della persona fisica di non subire una violazione illegittima dello spazio privato. Solo più tardi è stato interpretato anche come principio a tutela del diritto alla riservatezza¹⁸¹.

¹⁸⁰ U.S. Dept. of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, Title 9, Chapter 9-28.730, available at <http://www.usdoj.gov/opa/documents/corp-charging-guidelines.pdf>, Filip Memo.

¹⁸¹ La confusione tra le due interpretazioni del testo del IV emendamento della Costituzione americana inizia convenzionalmente nel 1936, quando la Corte riconosce la tutela della libertà di espressione e di stampa estesa alle associazioni giornalistiche. Si tratta del caso *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 242-51 (1936). Successivamente la Corte si spinge oltre e estende la tutela degli stessi diritti anche alle organizzazioni no-profit, come NAACP (*NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 428, 1963) e ad altre testate giornalistiche, come il New York Times (*N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 264, 1964).

Tuttavia non si tratta di un diritto assoluto, deve pur sempre essere bilanciato con altri interessi sia privati che pubblici e inoltre trova applicazione solo quando sia generalmente riconosciuta un'aspettativa di *privacy*, non può dipendere da una mera convinzione soggettiva¹⁸².

Prima di considerare la portata del diritto alla *privacy* nel sistema statunitense, che non potrà non dipendere da valutazioni attinenti al caso concreto, la questione preliminare è se le *corporations* godono del diritto alla riservatezza e se quindi possono invocare il IV emendamento per opporsi alle richieste del DoJ di fornire documenti relativi alle attività sensibili dell'impresa.

¹⁸² The Fourth Amendment of the U.S. Constitution provides “the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

The ultimate goal of this provision is to protect people's right to privacy and freedom from arbitrary governmental intrusions. Private intrusions not acting in the color of governmental authority are exempted from the Fourth Amendment.

To have standing to claim protection under the Fourth Amendment, one must first demonstrate an expectation of privacy, which is not merely a subjective expectation in mind but an expectation that society is prepared to recognize as reasonable under the circumstances. For instance, warrantless searches of private premises are mostly prohibited unless there are justifiable exceptions; on the other hand, a warrantless seizure of abandoned property usually does not violate the Fourth Amendment. Moreover, the Fourth Amendment protection does not expand to governmental intrusion and information collection conducted upon open fields. An Expectation of privacy in an open field is not considered reasonable. However, there are some exceptions where state authorities granted protection to open fields.

A *bivens* action can be filed against federal law enforcement officials for damages resulting from an unlawful search and seizure. States can always establish higher standards for searches and seizures than the Fourth Amendment requires, but states cannot allow conduct that violates the Fourth Amendment.

The protection under the Fourth Amendment can be waived if one voluntarily consents to or does not object to evidence collected during a warrantless search or seizure. Description available at https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment

In realtà a questo quesito non può darsi risposta senza analizzare congiuntamente i contorni del diritto alla riservatezza. In effetti, un vero e proprio *right to privacy* non è menzionato nella Costituzione ma è ricostruito sulla base delle poche indicazioni dettate dal IV emendamento in via interpretativa. Potremmo definire il diritto alla riservatezza come una questione trasversale che va posta in ogni singolo caso che di volta in volta si presenta a seconda degli interessi in gioco.

La dottrina maggioritaria ritiene che il diritto alla riservatezza sia legato alla sfera intima della persona umana e che tale diritto possa essere riconosciuto alla società in quanto entità formata da un insieme di persone cui interessi devono essere tutelati. Pertanto ritiene che laddove questo interesse collettivo possa essere individuato allora dovrà riconoscersi il diritto alla *privacy*, ma la *company* di per sé non è portatrice di tale interesse¹⁸³.

In giurisprudenza non c'è un approccio unitario al problema. Le Corti in alcuni casi hanno escluso del tutto che la *corporation* sia titolare del diritto di *privacy*, in altri casi hanno riconosciuto tale diritto ma con una minore estensione rispetto alle persone fisiche.

La questione è stata affrontata in via incidentale per la prima volta nella sentenza *United States v. Morton Salt Co.*¹⁸⁴, in cui la Corte ha dichiarato: “*corporations can claim no equality with individuals in the enjoyment of a right to privacy*”. La Corte ha escluso la sussistenza del diritto di riservatezza nel caso di specie, ma non ha affrontato in generale la compatibilità di tale diritto con la natura della *corporation*. La questione è tutt'ora aperta.

¹⁸³ E. POLLMAN, *A Corporate Right to Privacy*, 99 Minn. L. Rev. 27, 2014-2015, 32: “This Article argues that most corporations in most circumstances should not have a constitutional right to privacy. There is simply no natural person, or persons, associated in a corporation with a privacy interest at stake and a need for the corporation to vindicate it”.

¹⁸⁴ *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632, 1950,652.

In *Fleck & Associates, Inc. v. City of Phoenix*, the Ninth Circuit ha respinto la lamentela sulla violazione della *privacy* argomentando che la *corporation* è una finzione, non è un essere dotato di vita propria e quindi non ha un diritto effettivo che la tuteli dall'invasione della sfera privata di questa vita¹⁸⁵. In contrasto con questa visione si pone una decisione della D.C. Circuit¹⁸⁶ e altre decisioni delle *California state courts*¹⁸⁷ che hanno riconosciuto il diritto alla riservatezza delle *corporations* facendo riferimento però a standard ristretti rispetto a quelli applicati alle perone fisiche e secondo parametri non sempre omogenei.

La ragione di queste incertezze sta nel fatto che la Costituzione non nomina espressamente le *corporations*, la scelta di estendere tali diritti anche alle persone giuridiche è rimessa all'interpretazione delle Corti, valutazione

¹⁸⁵ 471 F.3d 1100 (9th Cir. 2006), 1104.

¹⁸⁶ 60. *Tavoulareas v. Wash. Post Co.*, 724 F.2d 1010 (D.C. Cir. 1984): "recognizing that corporations have an unequal Fourth Amendment expectation of privacy, but that qualification is "to allow adequate policing of corporate conduct" which is not the purpose of discovery; "The purpose of discovery is not affected by the fact that a party to the suit is a corporation".

¹⁸⁷ Per tutte, 63. *Roberts v. Gulf Oil Corp.*, 195 Cal. Rptr. 393, 406-12 (Ct. App. 1983).

In commento, E POLLMAN, op. cit., 42: "a California appellate court held that corporations do not have a right to privacy under the California Constitution, nor a fundamental right to privacy, but do have a "general right to privacy". The court lodged this in "some combination of the Fourth Amendment, the Fourteenth Amendment's protection against arbitrary or unjustifiable state deprivations of liberty and the Fifth Amendment." The court quoted at length from *Morton Salt*, and then citing the D.C. Circuit's *Hubbard* case, stated: "Although corporations have a lesser right to privacy than human beings and are not entitled to claim a right to privacy in terms of a fundamental right, some right to privacy exists. Privacy rights accorded to artificial entities are not stagnant, but depend on the circumstances."

The *Roberts* court then recognized two factors for determining the strength of a business entity's privacy right: (1) the strength of the nexus between the entity and the human beings, and (2) the context of the controversy.

che dipenderà dall'analisi della *ratio* della norma: laddove il bene tutelato sia riscontrabile anche con riguardo alle *corporations* allora sarà necessaria un'interpretazione analogica, in caso contrario l'interesse protetto apparterrà soltanto alle persone fisiche.

Ai fini della nostra trattazione, una risposta univoca circa la configurabilità di un diritto alla riservatezza per gli enti è fondamentale perché consentirebbe una valutazione giuridica e non solo politica dei metodi investigativi adottati dai *prosecutors*. In particolare, il peso della collaborazione allo scopo di ottenere una riduzione della pena durante il processo o per ritenere rispettati gli accordi stragiudiziali intervenuti tra le due parti sarebbe notevolmente ridotto perché decurtato del “dovere” di fornire tutte le informazioni utili nell'ambito delle indagini sul reato occorso.

Il fulcro del problema resta ad ogni modo la mancanza di uno *standard* per lo scrutinio di compatibilità dei diritti sanciti dalla Costituzione americana con la forma e la vita delle persone giuridiche.

Ad oggi, le Corti hanno riconosciuto l'applicabilità di alcuni diritti costituzionalmente tutelati alle *corporations* solo in via mediata, perché funzionali a proteggere gli interessi delle persone fisiche che le costituivano.

Nel caso del diritto alla riservatezza, la sfida è distinguere quando sia configurabile un interesse proprio della *corporation* che vanti tutela sotto il IV emendamento e quando tale interessa sia solo un riflesso di diritti già tutelati perché appartenenti alle persone fisiche che compongono la *corporation*.

Questi sono solo alcuni dei problemi che emergono dall'applicazione del principio del *respondeat superior* in campo penale ed è curioso osservare come la maggior parte della dottrina statunitense auspichi un'abolizione della responsabilità penale delle società, sostenendo l'adeguatezza di quella civile,

piuttosto che immaginare una rielaborazione in chiave soggettiva dei criteri di attribuzione della responsabilità penale all'ente¹⁸⁸.

Se invece l'attenzione fosse concentrata sulla possibilità di attribuire un ruolo esimente all'efficace attuazione dei *compliance programs*, molte delle tensioni che convivono nel sistema statunitense verrebbero eliminate.

Prima di tutto si attenuerebbe la disparità di trattamento che caratterizza il rapporto tra *corporations* e *corporate executives*: se il singolo commette un reato ma né la società, che ha adottato misure preventive idonee, né chi doveva vigilare sull'effettiva attuazione e osservanza di tali misure sono rimproverabili, allora sarà solo l'autore materiale del reato ad essere punito.

Questo meccanismo consente di distinguere la sfera di colpevolezza della persona fisica e della persona giuridica, facendo venire meno il rischio di una doppia incriminazione. Inoltre, un sistema così strutturato sarebbe molto più efficace nell'ottica di *deterrence* in cui si pongono le *Federal Sentence Guidelines*, perché le *corporations* avrebbero tutte le ragioni per realizzare al

¹⁸⁸ Per tutti, GREENBERG J. D. AND E. C. BROTMAN, op. cit., 98.

La loro posizione è particolare in quanto l'abolizione della *corporate criminal liability* è auspicata come alternativa alla costruzione di un paradigma di imputazione soggettiva: "The current doctrines of strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives have a wide range of unfair and pernicious consequences. Both for corporations and for corporate executives, strict vicarious criminal liability is unfair, is bad public policy, and should be abolished. Insofar as courts and prosecutors continue to invoke strict vicarious criminal liability, two reforms should be adopted to mitigate its adverse effects. First, strict vicarious criminal liability should be imposed only when it is expressly authorized by the governing statute. Second, corporations and corporate executives should be able to raise an affirmative defense, before trial, that the corporation had a reasonable compliance policy in place and that the responsible corporate officer took reasonable steps to implement the policy. These changes would reduce much of the damage caused by strict vicarious criminal liability, even if the risk of such liability continues to remain an unfortunate fact of life for corporations and corporate executives".

meglio un programma di *compliance* nella prospettiva che questo basti ad evitare di incorrere in responsabilità penale.

Infine, se con l'adozione un *compliance program* efficace la *corporation* non potesse essere condannata perché non rimproverabile, la discrezionalità dei *prosecutors* sarebbe indirettamente di gran lunga ridotta e sarebbero molto più cauti nell'utilizzo dei propri poteri, per cui le dinamiche circa la decisione di rinviare o meno a giudizio una *corporation* e la conclusione degli accordi stragiudiziali sarebbero molto diverse, probabilmente l'impressione di essere di fronte ad un "ricatto" giudiziale si attenuerebbe e molti dei quesiti che ci siamo posti nel corso della trattazione si risolverebbero automaticamente.

3.2. Le criticità del modello italiano

Anche nel contesto italiano l'urgenza di porre un freno alla criminalità di impresa era da tempo avvertita. Tuttavia le categorie dogmatiche che caratterizzano la nostra tradizione hanno reso il Legislatore italiano molto riluttante sulla possibile configurazione della responsabilità degli enti.

Davanti all'impossibilità di rimandare ulteriormente il problema per gli impegni comunitari che l'Italia aveva assunto, con la legge delega 300/2000 e il decreto attuativo 231/2001 è stata introdotta la responsabilità amministrativa degli enti nel nostro ordinamento.

Nel corso del nostro lavoro è già stata affrontata la questione sulla natura giuridica della responsabilità ma, ancora una volta, per coerenza narrativa, ci sembra opportuno sottolineare che nell'opinione di chi scrive, a prescindere dall'etichetta formale con cui è catalogata, siamo al cospetto di una responsabilità sostanzialmente penale e come tale deve essere inquadrata nel

rispetto dei principi costituzionali che la contraddistinguono, primo fra tutti il principio di colpevolezza.

In verità, il legislatore ha cercato lodevolmente di costruire una nozione di colpevolezza dell'ente, muovendosi su un terreno fertile ma molto insidioso. La natura ibrida della responsabilità si ripercuote sulla coerenza del sistema ex 231 e fa sorgere varie ambiguità all'interno delle singole disposizioni.

A differenza del sistema statunitense, il modello italiano ha il merito di non rinunciare al concetto di colpevolezza della persona giuridica nonostante la scelta per il carattere amministrativo avrebbe consentito di aggirare la questione, si è mantenuto l'elemento soggettivo facendo leva sulla c.d. colpa di organizzazione. Si è già detto che si tratta di una nozione di colpa in senso normativo, ovvero per non aver adempiuto ai doveri giuridici che imponevano una certa condotta, perché si è resi subito conto che, data la natura degli enti, non poteva applicarsi la nozione di colpa in chiave psicologica.

Tuttavia non si è rinunciato totalmente ad una visione antropomorfica, come si evince in molti tratti delle norme ex d.lgs. 231/2001.

La ragione risiede nel fatto che il diritto penale è costruito e consolidato attorno alla figura dell'individuo e abbandonare completamente questo riferimento significa rivoluzionare il modo di pensare al diritto penale del giurista tradizionale.

In questo lavoro si sostiene che tale scelta sia indispensabile per superare le contraddizioni di fondo che caratterizzano il decreto e di conseguenza gli ostacoli che si incontrano nel percorso evolutivo di tutto il suo impianto, incidendo inevitabilmente anche sul ruolo dei modelli organizzativi e sul loro contenuto.

Di seguito analizzeremo i principali aspetti controversi legati a questa problematica e si cercherà di dimostrare come l'unica soluzione immaginabile davvero efficace sia pensare alla responsabilità da reato degli enti come ad un

sottoinsieme del diritto penale basato sui principi tradizionali, ma interpretati riferendosi alla persona giuridica e alle sue peculiarità in via esclusiva.

Il nocciolo della disciplina sostanziale della responsabilità degli enti è concentrato negli artt. 5-6-7-8 del decreto.

L'art. 5 stabilisce i criteri oggettivi di imputazione; l'art. 6 e l'art. 7 indicano i parametri di imputazione soggettiva distinguendo l'ipotesi in cui reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale o subordinata; l'art. 8 sancisce l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità dell'autore materiale del reato.

Per ciascuna di queste disposizione si presentano degli aspetti critici che vale la pena analizzare a sostegno della nostra tesi.

A) Art. 5: reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente

Precedentemente si è detto che il primo criterio oggettivo di imputazione è che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente ed infatti, la responsabilità dell'ente è esclusa se chi ha agito lo ha fatto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Si sono già evidenziati i profili critici inerenti all'interpretazione del concetto di interesse e vantaggio e alla differenza tra i due sul piano pratico. Si è poi accennato che con il passare del tempo, soprattutto con l'evoluzione della parte speciale del decreto, è lo stesso riferimento all'interesse soggettivo della persona fisica autrice del reato e alla sua volontà di arrecare un vantaggio alla società a destare qualche perplessità.

Dopo l'introduzione dell'omicidio colposo e lesioni colpose commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro nel catalogo dei reati presupposto ad opera della novella legislativa 123/2007, poi sostituita dal d.lgs. 81/2001, la convivenza tra il criterio dell'interesse o vantaggio e le fattispecie colpose è divenuta molto complessa, se non insopportabile.

È lampante la difficoltà di rinvenire ad esempio nell'omicidio colposo compiuto da un subordinato la prospettiva di agire nell'interesse della società o a suo vantaggio. Nessun vantaggio potrà mai derivare da un evento di questo tipo, tanto meno è configurabile un interesse *ex ante*.

La ovvia incompatibilità tra il criterio oggettivo e la fattispecie colposa condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* della norma, ma per il principio di conservazione della norma sono state avanzate varie teorie sulla conciliabilità delle due disposizioni¹⁸⁹.

Diversamente da chi riteneva assolutamente da escludere un'interpretazione adeguatrice¹⁹⁰, autorevoli voci della dottrina hanno sostenuto di poter salvare la vigenza della norma ricollegando l'interesse o il vantaggio dell'ente non all'evento morte o lesione, ma all'interesse riferito al vantaggio in termini di risparmio economico e di risorse in generale (tempo, energie lavorative) ravvisabile nella condotta omissiva tenuta dal soggetto agente contraria alle norme antinfortunistiche. In tal modo la motivazione soggettiva dell'agente è proiettata sulla condotta prodromica all'evento finale, che costituisce la base su cui si fonda la responsabilità colposa¹⁹¹.

¹⁸⁹T. GUERINI, *L'efficacia esimente del modello organizzativo tra realtà e utopia*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231; 03/2014, 86.

¹⁹⁰RIVERDITI, «Interesse o vantaggio» dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza, Arch. pen., 2011, 396; GUERRINI, *Le modifiche al d.lgs. 231/2001*, a cura di GIUNTA e MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 142 e ss.

¹⁹¹A questo punto le strade seguite dagli autori si distinguono a seconda della posizione assunta sulla nozione di interesse e vantaggio.

Per coloro che sostengono la natura di una endiadi si vedano PULITANÒ, *La responsabilità*, op. cit., 42; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, Riv. it. dir. proc. pen., 2004, 95; MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, Cass. Pen. 2003, 1114.

Tra coloro che invece affermano la distinzione sul piano concettuale dei due termini, CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, Dir.

Altri hanno invece elaborato teorie che abbandonassero totalmente il riferimento all'interesse e si concentrassero in via esclusiva sul vantaggio, inteso come risparmio realizzato dall'ente conseguito dalla mancata disposizione delle cautele imposte dalla legge e quindi valutabile *ex post*¹⁹². Così facendo però si abrogerebbe tacitamente il secondo comma dell'art. 5 che espressamente esclude la responsabilità dell'ente quando la persona fisica non ha agito almeno parzialmente nell'interesse della società, senza nemmeno prendere in considerazione la realizzazione di un vantaggio ai fini della sussistenza della responsabilità¹⁹³.

Ulteriore distinzione è stata proposta sulla base del fatto che il soggetto agente versi in colpa cosciente o in colpa incosciente perché mentre nel primo caso vi è la previsione dell'evento e quindi la possibilità di applicare anche l'elemento del vantaggio, nella seconda ipotesi il soggetto ha agito senza sapere di violare delle norme cautelari e dunque senza alcuna tensione finalistica che non rende configurabile alcuna intenzione nella sua sfera soggettiva neanche riferibile alla sola condotta¹⁹⁴.

Quale sia la teoria più convincente dipende dagli orientamenti personali rispetto ad alcune questioni dottrinali non ancora risolte, fuori dubbio invece è che tutte le elaborazioni convergono nell'escludere l'evento quale elemento su cui determinare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio per l'ente poiché non è ipotizzabile un interesse dell'ente a causare l'evento, né è prospettabile la trazione di un vantaggio dalla sua realizzazione, poiché i risparmi eventualmente derivanti dal mancato rispetto della normativa antinfortunistica

prat. soc., 2005, 78; VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, Dir. pen. proc., 2004, 909.

¹⁹² SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o vantaggio della società*, Rivista 231, 2/2008, 129 e ss.

¹⁹³ IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 61 e ss.

¹⁹⁴ SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, Rivista 231, 4/2011, 75, 87 e ss.

non potrebbero mai superare i costi prodotti dal risarcimento danni, dalle spese processuali e dalla necessaria implementazione di misure adeguate *ex post*.

Tuttavia questa soluzione diverge nettamente dalla lettera dell'art. 5 che espressamente richiede che la valutazione del criterio dell'interesse e del vantaggio sia riferita al reato, il quale comprende l'evento ai sensi degli artt. 583 e 589 del codice penale.

Il rischio di una violazione del principio di legalità è molto alto e potrebbe portare ad una censura della Corte Cost., senza considerare che si tratta di un'interpretazione in *malam partem* per l'ente¹⁹⁵.

In futuro, problemi analoghi potrebbero rappresentarsi con ulteriori ampliamenti della disciplina e interpretazioni adeguatrici risulteranno sempre più borderline, il rischio è che si perda una visione di insieme indispensabile per mantenere una coerenza del sistema, per cui è sicuramente auspicabile un intervento legislativo volto a modificare l'art. 5 nella parte in cui non prevede un criterio oggettivo di imputazione che faccia espressamente riferimento alle fattispecie colpose.

Ad avviso di chi scrive il legislatore dovrebbe andare oltre, verso un ripensamento più profondo sull'opportunità di rimettere a parametri inerenti alla sfera psicologica del singolo la configurabilità della responsabilità degli enti.

¹⁹⁵ DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, Rivista 231, 2/2008, 111 e ss.

B) Differenze tra i reati commessi da apicali e subordinati sul piano di imputazione

Il secondo criterio oggettivo di imputazione è che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto qualificato, ovvero una persona fisica che possa definirsi agente per conto dell'impresa da un punto di vista oggettivo-funzionale. A differenza del sistema statunitense, la distinzione tra coloro che ricoprono un ruolo di vertice e coloro che svolgono funzioni subordinate è rilevante sul piano soggettivo di imputazione.

L'art. 6 disciplina l'ipotesi in cui il reato sia stato realizzato da un apicale, l'art. 7 affronta il caso del reato commesso da un sottoposto, con sostanziali differenze.

Nella prima fattispecie vige una presunzione *iuris tantum* di responsabilità dell'ente giustificata dal fatto che quando il reato è commesso da un apicale il rapporto di immedesimazione organica trova la sua massima espressione ed è presumibile che operi in rappresentanza dell'ente.

Onde evitare sospetti di incostituzionalità e per essere fedeli ad una impostazione soggettiva di imputazione, l'art. 6 riserva all'ente una scusante, per cui la società non risponde se dimostra di aver adottato ed attuato un efficace modello organizzativo in grado di prevenire reati della specie di quello commesso; che è stata affidata ad un organo indipendente la funzione di vigilare sul corretto funzionamento del modello; che il reato non è dipeso dalla condotta negligente di tale organo; che il reato è stato realizzato mediante l'elusione fraudolenta del Modello.

In sostanza, l'ente non è responsabile solo se il rapporto di immedesimazione organica si rompe perché la condotta del *manager* non è riconducibile alla politica dell'ente e non è stata agevolata da una carenza nella sua organizzazione, circostanza dimostrata dal fatto che la commissione del

reato è stata possibile solo tramite l'uso di raggiri e artifici senza i quali quel reato non era realizzabile¹⁹⁶.

Attraverso il ricorso all'esimente, il Legislatore ha manifestato l'intenzione di non introdurre nel sistema una responsabilità oggettiva ma un sistema improntato sul principio di personalità della responsabilità che si basa sulla rimproverabilità dell'ente quando il risultato della condotta è frutto della volontà dell'ente oppure di sue carenze organizzative¹⁹⁷.

Nel secondo caso invece, disciplinato dall'art. 7, si prevede la responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui la commissione del reato da parte del soggetto subordinato sia stato agevolato dalla inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. È prevista poi una presunzione assoluta di esclusione di tale violazione se l'ente si è dotato di un modello organizzativo efficace per prevenire proprio reati di quella specie.

Mentre nella prima ipotesi l'adozione di un modello organizzativo costituisce l'unica speranza per l'ente di dimostrare la propria estraneità rispetto alla condotta dei suoi dirigenti al ricorrere di altre circostanze, nel secondo caso l'adozione di un modello potrebbe non essere indispensabile.

¹⁹⁶ Per un'analisi compiuta della fattispecie si veda F. PATERNITI, *La colpevolezza di impresa. Note sull'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2013, 64: "Non sempre la volontà del soggetto apicale esprime la volontà dell'ente. In questo senso l'adozione e l'efficace attuazione di un modello di prevenzione non riferirebbe della colpevolezza di organizzazione, piuttosto della dissociazione dell'ente dal proprio vertice, in modo da escludere, sia pure tramite inversione dell'onere della prova, la colpevolezza del primo. Così, l'art. 6 consentirebbe di individuare un diaframma tra ente e soggetti che ne rappresentano i vertici".

¹⁹⁷ CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 231/2001*, in SIRACUSANO, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007, 235 ss.; GUERRIERI, *La colpa dell'organizzazione quale manifestazione della colpevolezza degli enti*, in CATENACCI e MARCONI, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 209 ss.

Se l'accusa non riuscisse a dimostrare che il reato commesso sia conseguenza di un *deficit* nel sistema di controllo e gestione dell'ente, che rappresenti una violazione dei generali obblighi di vigilanza e direzione, la responsabilità dell'ente sarebbe esclusa anche in assenza dell'attuazione di un efficace modello di organizzazione¹⁹⁸. È palese come la prima ipotesi presenti dei tratti molto più complessi che hanno suscitato forti critiche nella dottrina riguardo vari aspetti. Si cercherà di analizzare le principali perplessità in merito. Primo elemento di tensione è proprio la distinzione tra le due ipotesi.

Nella Relazione¹⁹⁹ questa differenza è stata spiegata proprio come l'esigenza di tener conto che nelle realtà aziendali moderne la base decisionale non è più verticale ma spesso si frammenta orizzontalmente, anche attraverso l'istituto della delega. In questo modo è possibile che nonostante il reato sia stato commesso da un apicale, questo non rappresenti la volontà dell'ente e si lascia all'ente l'opportunità di dimostrare tale circostanza nel caso concreto mediante la scusante fornita dall'art. 6²⁰⁰. In realtà però tale enfasi rischia di rivelarsi controproducente: proprio perché è stata adottata una nozione oggettivo-funzionale della qualità di apice, facendo rientrare in questa categoria non solo coloro che formalmente sono investiti di una posizione di vertice ma anche coloro che materialmente svolgono funzioni di amministrazione, direzione o rappresentanza dell'ente, nel caso concreto può

¹⁹⁸ F.M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO, op. cit., 147.

¹⁹⁹ Relazione governativa che accompagna il d.lgs.231/2001: «La serie di realtà organizzativamente complesse, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello verticistico, ma si distende piuttosto su di una ampia base orizzontale, con la conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell'ente. In realtà di questo tipo, imputare all'intero ente le conseguenze di comportamenti delittuosi tenuti da soggetti che pure svolgono funzioni apicali ma che non risultano rappresentativi della *societas* nel senso appena specificato, esporrebbe la riforma alle perplessità che si sono poc'anzi illustrate in ordine al ricorso a criteri di imputazione su base meramente oggettiva».

²⁰⁰ C. MONESI, op. cit., 144.

manifestarsi una seria difficoltà nell'inquadrare il soggetto attivo del reato in una dimensione specifica.²⁰¹

La situazione potrebbe complicarsi ulteriormente se l'identità della persona fisica non fosse individuata e non fosse nemmeno riscontrabile l'appartenenza ad una delle due categorie, il legislatore non ha dato alcuna indicazione sul paradigma di imputazione da seguire in queste ipotesi.

Appare preferibile l'opinione di chi sostiene si debba applicare lo schema più favorevole al reo, dunque quello dell'art. 7 che fa gravare sul pubblico ministero l'onere probatorio.

Tuttavia, bisogna ammettere che si tratta di una soluzione di compromesso riguardo ad un caso che non costituisce un'ipotesi limite, anzi, più la realtà aziendale è complessa, più la probabilità che una situazione di questo tipo si verifichi è alta e sarebbe opportuno che un'espressa previsione legislativa dettasse i criteri da seguire.

Ammettendo che questo problema sia superato in un ipotetico caso concreto e che il soggetto sia qualificato come apicale la strada non può dirsi spianata. L'art. 6 richiede che oltre alla prova dell'esistenza di un modello organizzativo efficacemente attuato l'ente dimostri che vi sia stata l'elusione fraudolenta del Modello da parte del soggetto apicale, che pertanto non ha agito in rappresentanza dell'ente²⁰².

Spostando l'attenzione su questa circostanza, il Legislatore ha in un certo senso messo da parte la colpa di organizzazione e ha messo in rilievo l'elemento soggettivo dell'azione materiale.

Dunque non è sufficiente dimostrare di "essersi organizzato", per conseguire l'esimente l'ente dovrà dimostrare che il reato è stato realizzato

²⁰¹ DE VERO, op. cit., 15.

²⁰² F. ARDITO e G. CATALANO, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i modelli 231*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2011, 13 e ss.

eludendo fraudolentemente il Modello, grazie a comportamenti specifici volti a aggirare i controlli previsti dal Modello.

Il Modello sarà tanto più solido quanto più sofisticati saranno stati i metodi seguiti per aggirarlo²⁰³.

A difesa di questa impostazione potrebbe dirsi che l'elusione fraudolenta costituisce la prova dell'efficacia del Modello, che altrimenti non potrebbe essere violato. Infatti, la violazione frontale non è classificata dalla giurisprudenza maggioritaria come una fattispecie elusiva, anzi, se una violazione diretta del Modello da parte del soggetto apicale è sufficiente a innescare un reato di quelli che il Modello si prefissava di prevenire allora il sistema non può dirsi efficace, perché è presente una falla nella distribuzione dei poteri di gestione e controllo.

I problemi sorgono quando le condizioni stabilite in astratto devono essere applicate al caso concreto. In pratica la prova del carattere fraudolento dell'elusione potrebbe risultare impossibile.

Prima di tutto occorre precisare cosa si intende per elusione fraudolenta del Modello, in secondo luogo deve essere affrontata la compatibilità con lo schema dei reati colposi. Per questa seconda ipotesi appare difficilmente sostenibile anche la tesi che sposta l'elemento psicologico del soggetto agente sulla condotta e non sull'evento.

L'elusione fraudolenta del Modello richiede un coefficiente psicologico intenzionale volto proprio a violare quelle regole cautelari sancite dal Modello²⁰⁴.

²⁰³ L. CARDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 04/2012, 111.

²⁰⁴ Per una efficace ricostruzione della questione si veda CARDOVANA, op. cit., 111: "Affermare che l'ente possa essere prosciolto a condizione di evidenziare l'intenzionale violazione di una norma di sicurezza da parte del datore di lavoro, realizzando così un infortunio non voluto, appare un percorso che sul piano giuridico, fattuale e processuale è certamente irto di insidie e trappole, e che per talune ipotesi di

Per quanto riguarda il primo quesito le interpretazioni possibili sono due: l'aggettivo *fraudolenta* può essere riferito all'intenzione con cui agisce il singolo (parametro soggettivo) oppure alle modalità con cui si svolge l'azione (parametro oggettivo).

La giurisprudenza ha sempre privilegiato il primo aspetto, rendendo la prova del carattere fraudolento dell'azione assimilabile ad una *probatio diabolica*.

Tra le sentenze più significative in materia vi è la decisione della Corte di Cassazione n. 36083/09²⁰⁵ che affronta in via preliminare la relazione tra il Modello Organizzativo e la colpa di organizzazione nel caso di reato commesso dal soggetto apicale: la Corte specifica che la condotta fraudolenta deve essere considerata in rapporto al Modello e agli altri operatori del sistema e non verso l'esterno. Ciò comporta che in assenza del parametro di riferimento, il Modello, l'ente si trova già in una posizione rimproverabile per non aver assunto le doverose cautele organizzative disposte dal decreto per prevenire talune tipologie criminose.

Pertanto si parte dal presupposto che l'adozione efficace del Modello è la prima condizione a dover essere verificata se l'autore materiale del reato presupposto è un apicale e sulla base del contenuto del Modello dovrà essere verificato il carattere fraudolento dell'elusione²⁰⁶.

Questo significa, per esempio, che in presenza di una frode finanziaria non è scontata l'elusione fraudolenta del sistema interno. La frode è un reato che esplica i suoi effetti verso l'esterno (clienti, imprese concorrenti, il mercato

reato di evento colposo appare anche impossibile da dimostrare. L'asserita incompatibilità della condizione esimente si traduce in una illegittimità costituzionale che merita un urgente chiarimento legislativo oppure un rinvio alla Corte Costituzionale”.

²⁰⁵ Cass. 9.7.2009, n. 36083, Mussoni ed altri, rv. 244256.

²⁰⁶ F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2011, 130 e ss.

in senso ampio), ma che potrebbe essere realizzato senza alcuna condotta fraudolenta nei confronti degli altri operatori interni all'impresa, i due piani sono totalmente distinti²⁰⁷.

Dall'analisi svolta emerge che, nonostante i dubbi e le incertezze sollevate dall'ampia discrezionalità interpretativa rimessa alle Corti, l'elusione fraudolenta deve essere diretta verso il Modello e sarà riscontrata ogni qual

²⁰⁷ Su questa distinzione si rinvia alla efficace analisi svolta da CARDOVANA, op. cit., in commento alla sentenza della Corte di Appello di Milano, che si è pronunciata sul concetto di elusione fraudolenta dei modelli organizzativi, *Corte di Appello Milano, Sez. II Pen., sent. del 21.3.2012, dep. 18.6.2012*, www.rivista231.it.

Si riporta in breve il punto centrale del commento di CARDOVANA, op. cit., 113, 114: “La Corte meneghina nel marzo 2012 confermando il giudizio di primo grado ha integrato la motivazione affermando che la *manipolazione* dei dati aziendali prodromica alla commissione del reato (di per sé insufficiente ad integrare il precetto criminoso in assenza di diffusione esterna del dato) sarebbe invece manifestazione della frode interna ai danni degli altri soggetti aziendali coinvolti nel processo di formazione delle notizie da diffondere all'esterno dell'azienda secondo le procedure di *compliance*, e dunque connoterebbe come fraudolenta l'elusione della procedura aziendale.

In particolare la Corte ha affermato che vi è stata fraudolenta elusione “in quanto i responsabili della società, come s'è visto, anziché approvare i dati e la bozza di comunicato elaborati dagli uffici, manipolavano i dati medesimi per poi inserirli nel comunicato stampa in modo da renderli soddisfacenti al mercato cui erano destinati. Si tratta di elusione fraudolenta; indubbiamente la frode cui si fa riferimento nel predetto art. 6 d.lgs. 231/2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta ma gli altri protagonisti della procedura, in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto all'elusione del Modello di Organizzazione e delle sue procedure; nel caso di specie v'è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal Modello Organizzativo [...] e che il comportamento fraudolento, in quanto tale, non può essere impedito da nessun Modello Organizzativo e in particolare nemmeno dal più diligente Organismo di Vigilanza”.

La frode deve dunque essere *quid pluris* rispetto al reato, colpire il vincolo aziendale posto dal Modello (nel caso di specie l'aver frazionato su diverse funzioni la formazione di un dato sensibile da diffondere all'esterno) sostituendo al dato vero uno falso poi approvato”.

volta l'apicale abbia dovuto ricorrere all'uso di mezzi idonei a rendere inefficaci le procedure interne e i controlli dell'Organismo di Vigilanza per commettere il reato, perché se avesse agito in accordo con le procedure ordinarie predisposte dal Modello il reato non si sarebbe verificato.

Sebbene si sia provato in astratto a sciogliere alcuni nodi legati all'esimente, forti perplessità sussistono sulla sua coerente applicazione concreta e la compatibilità con le fattispecie colpose resta un tema molto ingarbugliato che esige un approfondimento dottrinale e l'intervento di una modifica legislativa volto a ridare coerenza al meccanismo dell'art. 6 anche rispetto a fattispecie inizialmente non previste²⁰⁸.

²⁰⁸ Sulla insidiosa applicazione dell'art. 6 a fattispecie colpose ancora CARDOVANA, op. cit., 115: "In questo caso l'ente avrebbe la possibilità di difendersi provando in sede giudiziaria che il datore di lavoro ha intenzionalmente violato una procedura di sistema ingannando OdV e altri attori del sistema (RSPP + medico competente + altri dirigenti coinvolti dalle procedure violate) e sotto questo aspetto la norma potrebbe anche non apparire manifestamente incostituzionale. Tuttavia è evidente che sul piano pratico difficilmente l'ente potrà difendersi perché rischia di aggravare l'imputazione del datore di lavoro offrendo la prova della intenzionalità della violazione del sistema di gestione della sicurezza sul lavoro che potrebbe costare al datore la contestazione della colpa cosciente se non addirittura del dolo di "infortunio" per aver comunque agito (il datore) accettando il rischio di provocare l'evento.

In teoria è dunque possibile ipotizzare un'elusione fraudolenta del sistema di gestione della sicurezza anche in caso di infortunio grave o malattia professionale ma questo non toglie che nella maggior parte dei casi il reato colposo è figlio di condotte omissive totalmente inconsapevoli e compiute nonostante l'efficace attuazione del Modello Organizzativo prescritto dall'art. 30 TUSL.

In quest'ultimo caso l'Ente (anche se dotato di un sistema di gestione della sicurezza pienamente conforme alla norma dell'art. 30 TUSL), pur potendo dimostrare di aver efficacemente attuato un modello idoneo e controllato dall'OdV, si troverebbe comunque obbligato a fornire al giudice anche la prova della elusione intenzionale del modello, ossia la prova di un fatto giuridico impossibile da dimostrare, il che si traduce nella impossibilità di ottenere l'esimente.

E' dunque evidente l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lett. c) nella parte in cui impedisce l'azione difensiva dell'Ente in giudizio (art. 24, comma 2, Cost.) richiedendo in ogni caso la prova dell'elusione fraudolenta del modello anche

C) L'autonomia della responsabilità dell'ente

Il nucleo sostanziale della disciplina si chiude con l'affermazione di un altro fondamentale principio coerente con l'idea di una responsabilità propria dell'ente, il principio di autonomia della sua responsabilità ex art. 8 del d.lgs.231/2001. L'art. 8 dichiara che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando per una causa diversa dall'amnistia il processo penale nei confronti dell'autore materiale del reato si arresta oppure quando questo non può iniziare perché la persona fisica è ignota o non imputabile.

In altre parole, la responsabilità dell'ente costituisce un titolo autonomo sebbene dipendente dalla commissione di un reato.

Questa previsione va oltre la legge delega ed è spiegata nella Relazione come una risposta opportuna ai casi di mimetizzazione degli autori del reato e di anonimità del danno²⁰⁹. In caso contrario, l'identificazione dell'agente materiale del reato sarebbe stata indispensabile per fondare la responsabilità della persona giuridica e tale elemento avrebbe limitato fortemente la portata della legge, lasciando prive di rimedio forse le situazioni più frequenti, quelle in cui non è possibile attribuire una certa condotta ad un soggetto specifico²¹⁰.

Nonostante la scelta legislativa sia da apprezzare, immediatamente vengono in rilievo alcuni aspetti critici che vale la pena sottolineare.

Presupposto della responsabilità dell'ente è che l'illecito amministrativo di cui è colpevole sia scaturito dalla commissione di un reato.

quando la fattispecie del reato presupposto si può compiere senza intenzionalità alcuna nonostante la piena idoneità ed efficace attuazione del sistema di gestione della sicurezza ai sensi dell'art. 30 TUSL”.

²⁰⁹ F. C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. MONESI, *I modelli organizzativi ex 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè 2005, 150.

²¹⁰ Relazione, cit., 451: “...Anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti. La sua omessa disciplina si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la ratio complessiva del provvedimento”.

Di conseguenza, preliminare all'accertamento della colpa dell'ente è l'accertamento della sussistenza del reato presupposto. Tra gli elementi che compongono la fattispecie di reato vi è la colpevolezza del soggetto agente, che nelle ipotesi esaminate non è riscontrabile²¹¹. Dunque, ci si chiede come possa conciliarsi il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente con l'assunto che l'illecito amministrativo dipende dal *reato* base? In particolare, può l'ente rispondere di un reato di cui non è stato identificato l'autore?

Stando a quanto previsto dall'art. 8 la risposta è affermativa, ma se si guarda il quadro generale della disciplina dettata dal provvedimento allora la risposta non è così scontata: il primo problema è quello già evidenziato della mancanza di uno degli elementi essenziali del reato; il secondo è di carattere sistematico e riguarda l'impossibilità, in talune circostanze, di inquadrare la persona fisica tra i soggetti apicali oppure sottoposti e dunque l'incertezza sul regime di responsabilità adottabile, che dipende proprio da tale condizione²¹².

Questa contraddizione ha portato parte autorevole della dottrina a sostenere che in casi del genere la responsabilità dell'ente non dovrebbe proprio sussistere perché l'identificazione dell'autore del reato sarebbe parte del presupposto su cui si basa l'illecito amministrativo ascrivibile alla società²¹³. Tuttavia, una conclusione di questo tipo inficerebbe uno dei caratteri innovativi centrali nel decreto, con risvolti in termini di efficacia preventiva e punitiva sicuramente deludenti.

²¹¹ G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, 115.

²¹² C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano IPSOA, 2002, 81.

²¹³ FLORENZA, *Con l'avvicinamento tra persone fisiche e giuridiche un primo passo verso il completamento della delega*, Guida al dir., 26, 2001, 64.

Piuttosto, ancora una volta è confermata la miopia di un sistema incentrato su una visione antropomorfica della responsabilità da reato di un soggetto, la persona giuridica, che per le sue peculiarità non può essere assimilato alla persona fisica.

D) Il principio di colpevolezza e la responsabilità da reato degli enti

Posto che nell'opinione di chi scrive si sostiene la teoria per cui la responsabilità degli enti debba essere e sia una responsabilità autonoma, indipendente e propria, nel rispetto del principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 della Cost., non possono trascurarsi alcuni aspetti attinenti al nesso di causalità sussistente tra la colpa di organizzazione e l'evento lesivo.

Si è già evidenziato che il rimprovero dell'ente si fonda sulla colpa di organizzazione: ovvero la mancata osservanza delle regole cautelari contenute di norma nei modelli organizzativi finalizzate a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi.

In altre parole, la responsabilità degli enti dipende dalla commissione di un reato che i modelli organizzativi dovevano prevenire.

Ciò significa che il primo dovere di diligenza consiste nell'individuazione del rischio di reato nell'ambito dell'impresa e nell'adozione di tutte le misure necessarie alla riduzione di tale rischio in modo da renderlo "accettabile".

In sostanza si tratta di un'auto critica dell'impresa sul suo corretto funzionamento. Il livello di diligenza richiesto è parametrato in base alle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 che inevitabilmente saranno oggetto della valutazione del giudice nel caso concreto. Se questi doveri non vengono rispettati e il rischio di reato si concretizza l'ente risponderà per il mancato rispetto degli standard di diligenza richiesti dalla norma (colpa cd. normativa). Precisamente verserà in colpa specifica per non aver adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati *della specie di quello verificatosi*.

Questa relazione è fondamentale per determinare il rapporto di causalità che deve sussistere tra la colpa dell'ente e l'evento.

I piani di analisi sono due: primo, si deve valutare se il rischio del reato che in concreto si è verificato poteva essere riconoscibile e quindi doveva essere riconosciuto dall'ente durante la fase di costruzione del Modello (*risk assessment*).

Infatti, potrebbe accadere che il giudice ravvisi delle lacune nel modello organizzativo che però non siano funzionali alla prevenzione del reato che nel caso specifico è stato realizzato, verrebbe quindi a mancare il nesso causale tra la carenza organizzativa e l'evento.

In linea di principio dovrebbe essere esclusa la responsabilità dell'ente, pur riscontrando delle falle nel modello organizzativo che in futuro potrebbero comprometterne l'idoneità o l'efficacia.

Il secondo piano di analisi riguarda “ il comportamento alternativo lecito”: nell'ipotesi in cui sussista la prova che l'evento non poteva essere evitato nonostante l'ente avesse tenuto una condotta diligente, è possibile ugualmente muovere nei suoi confronti un rimprovero per colpa?

In conformità con il principio di colpevolezza la risposta dovrebbe essere negativa. Un giudizio di rimproverabilità dell'ente richiede l'accertamento che la cautela doverosa, ovvero l'attuazione efficace di un modello idoneo, avrebbe determinato una riduzione del rischio di commissione di quello specifico reato. Si segnala nella giurisprudenza la tendenza a supporre la correlazione tra cautela doverosa e ed evento, che c'è il rischio si traduca in un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'organizzazione anche nelle ipotesi in cui non è prescritta per legge.

Queste considerazioni hanno indotto qualcuno ad ipotizzare una posizione di “macro-garanzia” in capo all'ente, per cui la dotazione di modelli organizzativi preventivi costituisce un onere che però innesca l'obbligo di rispettarlo ex art. 40 c.p. Secondo i sostenitori di questa elaborazione si tratta di

una sorta di obbligo collettivo di impedimento dell'attività criminosa che grava sull'ente per essere esente da responsabilità²¹⁴.

Pertanto, la colpevolezza di organizzazione non si traduce solo nella forma di agevolazione colposa, ma pare riferibile anche al mancato impedimento dell'evento, secondo lo schema del reato omissivo proprio.

Tale posizione di garanzia deriva dall'onere istituito in capo all'ente dal decreto di adottare dei modelli di organizzazione e di gestione con funzione preventiva rispetto alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti.

In tal modo la disciplina del decreto diventa fonte primaria dell'obbligo giuridico all'interno dell'impresa.

Sebbene affascinante, questa ricostruzione rischia di confondere la posizione di garanzia con la posizione di sorveglianza. All'ente si richiede di minimizzare il rischio che eventi delittuosi si verifichino mediante tecniche di gestione e soprattutto di vigilanza *ad hoc*.

L'omesso impedimento non può dunque essere equiparato all'omesso controllo che interagisce con il rischio d'impresa²¹⁵. Ad affievolire la consistenza della teoria analizzata è la mancanza di qualsiasi riscontro normativo sulla posizione di garanzia degli enti, il rischio è quello di estendere il perimetro della colpevolezza, trasformando la condizione di esclusione della responsabilità degli enti nel suo fondamento per omesso impedimento.

Ciò che importa porre in rilievo ai fini della nostra trattazione è che ci si muove su un terreno fertile ma insidioso, su cui si rischia facilmente di perdere

²¹⁴ GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, *Dir. pen e proc.*, 2002, 1061 ss.

²¹⁵ VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 456; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 94 ss.

di vista l'obiettivo, per cui sarebbe funzionale una semplificazione del sistema che però non si traduca in superficialità.

3.3. I rispettivi punti di forza

Sono stati analizzati i punti deboli del sistema statunitense e del sistema italiano che rappresentano validi spunti per intavolare una proficua riflessione sulle possibili prospettive di riforma. Altrettanto utile però è considerare i rispettivi punti di forza, che costituiscono senz'altro una solida base da cui partire e che permette di orientare la discussione coerentemente alla tradizione giuridica considerata.

Innanzitutto è da apprezzare lo scopo comune che si pongono i due ordinamenti, quello di prevenire azioni criminose all'interno dell'attività d'impresa. Oltre ad una funzione di prevenzione generale, il piano su cui si agisce è quello di una prevenzione specifica.

Entrambe le discipline puntano ad evitare *ab origine* che sorga l'occasione per il compimento di un'azione illecita e se ciò nonostante dovesse ugualmente verificarsi, l'obiettivo non è processare e condannare la società ma ristrutturare la sua organizzazione in modo da impedire che in futuro occorranو nuovamente situazioni patologiche.

Questo approccio è senza ombra di dubbio un punto di forza comune ad entrambi i contesti giuridici contemplati, perché mostrano la consapevolezza degli effetti disastrosi che una condanna potrebbe avere sulla *corporation* e, di riflesso, su tutti gli altri *stake-holders* e terzi innocenti che ne rimarrebbero coinvolti. Parimenti testimonia la comprensione che l'interesse sociale è soddisfatto principalmente da un'efficacia preventiva e non riparatoria della disciplina. Per raggiungere tali obiettivi gli ordinamenti giuridici hanno

adottato soluzioni diversificate che hanno però un altro punto in comune: l'attribuzione di un ruolo significativo ai *compliance programs*.

Da qui è utile partire per sottolineare le differenze in chiave positiva tra il sistema statunitense e quello italiano.

Negli Stati Uniti, i *compliance programs* sono frutto di un'attività di *self-regulation* dell'impresa e mantengono un carattere non obbligatorio ma allo stesso tempo sono dettati dai criteri molto stringenti circa la loro efficacia nelle *Sentence Guidelines*, cui la Corte si deve attenere.

Ciò indirettamente orienta in modo significativo la costruzione del *compliance program* da parte della *corporation*, che potrà fare affidamento su criteri di valutazione vincolanti per i giudici²¹⁶.

Diversamente, in Italia manca un paradigma giuridico specifico da cui le imprese possono attingere e questo rende molto più incerti i canoni di apprezzamento dei Modelli Organizzativi in termini di efficacia.

Succede spesso che vengano investite ingenti somme di denaro nell'implementazione di un modello di *compliance* che si pensa adeguato ma che in concreto venga ritenuto dal giudice non idoneo in accordo con un suo giudizio squisitamente discrezionale.

Tuttavia è da apprezzare il ruolo che i Modelli Organizzativi svolgono nella disciplina 231: l'adozione ed efficace attuazione in via preventiva di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi determina l'esclusione della responsabilità dell'ente se il reato è commesso da un sottoposto e può fungere da esimente al ricorrere di altre condizioni se il reato è commesso da un soggetto apicale.

Dunque il modello organizzativo ricopre un ruolo centrale nella costruzione del concetto di colpevolezza dell'ente che contribuisce ad impedire l'introduzione

²¹⁶ P. A. WELLNER, *Effective compliance programs*, cit., 500 e ss.

di una responsabilità di tipo oggettivo per la società ed è il fulcro della nozione di colpa organizzativa²¹⁷.

Nel sistema statunitense invece il *compliance program* gioca un ruolo determinante solo ai fini di una riduzione della sanzione pecuniaria e della esclusione dell'applicabilità del *probation* ma non è sufficiente ad impedire l'imputazione della *corporation* che è responsabile del reato commesso da qualsiasi dipendente per il principio del *respondeat superior*.

Costituisce sicuramente un punto di forza del sistema italiano l'elaborazione di un concetto di colpa propria dell'ente perché inibisce numerose contraddizioni che non si sposerebbero con la tradizione giuridica italiana e che, in via generale, porterebbero al fallimento dello scopo di prevenzione prefissato.

Questi rischi sono sempre più evidenti nel modello americano²¹⁸.

²¹⁷ La centralità dei modelli organizzativi nel provvedimento 231 è stata recentemente confermata dalla corte di Cassazione nel caso Impregilo, in cui è stata posta in risalto l'importante funzione rieducativa che questi svolgono se adottati *ex post*, ovviamente abbandonando l'interpretazione tradizionale in chiave antropomorfa della funzione rieducativa della pena, e poi in riferimento all'individuazione della colpa dell'ente. *Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, in Mass. Uff., n. 4677*, pubblicata in *Foro it.*, 2014, n. 2, 47 ss., che ha affermato come nell'ambito della responsabilità da reato degli enti il modello organizzativo debba in ogni caso essere adeguato e quindi non può ridursi ad un mero documento di carattere "cartolare".

²¹⁸ In proposito sono molte le critiche avanzate dagli *scholars* americani, che da tempo auspicano una rivoluzione di questa impostazione e asseriscono la necessità di creare uno schema che attribuisca un ruolo effettivo all'esistenza di *compliance programs* come elemento di *affirmative defense*. Per un'abile argomentazione della proposta si veda su tutti, P. BUCY, *Corporate Criminal Liability: When Does It Make Sense?*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1437, 2009, 1442 e ss.: "This Article proposes a standard of corporate criminal liability that imposes criminal liability only on those entities that create a culture which encourages criminal activity by individuals within the corporation. Under this proposal, good corporate citizens, those companies that have taken all reasonable steps to discourage illegal corporate acts and encourage compliance of the law, would not be subject to prosecution even if crimes occurred

Proprio per tale ragione sembra un paradosso che, nonostante la *vicarious liability*, l'*American Law* non abbia dubbi nel parlare di *corporate criminal liability* mentre il legislatore italiano, sebbene il provvedimento abbia creato un sistema rispettoso dei principi costituzionali che orientano il diritto penale, ha preferito qualificare come amministrativa questa nuova ipotesi di responsabilità, ammettendone però una natura ibrida, inquadrabile in un *tertium genus* comprensivo di alcuni elementi del diritto amministrativo ed altri del diritto penale. Di recente, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno avallato questa definizione, asserendo ad ogni modo la necessità di rispettare i canoni costituzionali che regolano la responsabilità penale, perché le garanzie sostanziali che il decreto ha accordato agli enti sono riconducibili al paradigma della responsabilità penale.

Stando così le cose, chi scrive sostiene che la soluzione più coerente sarebbe riconoscere la natura penale della responsabilità (da reato, appunto) degli enti perché risolverebbe varie incertezze e discussioni dogmatiche che si ancorano e, soprattutto, si giustificano proprio facendo leva sul disaccordo riguardante la natura giuridica della responsabilità ex 231²¹⁹.

according to the current standard of corporate criminal liability. The following standard of corporate liability would achieve this:

A fictional entity may be held criminally liable for the acts of any of its agents who commit a crime within the scope of employment with the intent to benefit the entity unless the entity demonstrates that at the time of the offense it had in place an effective corporate compliance program relevant to the crimes alleged.

As can be seen, this proposal adds an affirmative defense to the current standard of corporate criminal liability. Adding this defense repairs the two major flaws in the current standard: its breadth and its inability to distinguish between good and bad corporate citizens”.

²¹⁹ La prova che si tratti di una responsabilità penale potrebbe semplicemente ricavarsi anche da alcune considerazioni pratiche: aldilà degli elementi normativi contenuti nel decreto di cui già si è dato conto, nella prassi sono i penalisti ad occuparsi delle vicende ex 231; i colleghi amministrativisti si trovano visibilmente disorientati davanti a categorie dogmatiche che rientrano nell'ordine del giorno delle Corti Penali.

Altro elemento cui deve guardarsi con favore nel contesto americano è la scelta di non distinguere le ipotesi in cui la condotta criminosa sia tenuta dai soggetti che ricoprono una posizione di vertice e quelle in cui autori del reato sono i soggetti subordinati. La distinzione assume valore solo ai fini dell'ottenimento dello sconto di pena, che sarà però precluso se coinvolto *high-level personnel*. Ovviamente lo scarso rilievo della questione si giustifica per il fatto che ai fini dell'imputazione non ha alcuna importanza il grado di immedesimazione intercorrente tra la *corporation* e i suoi membri, il reato è automaticamente imputato alla *company*.

Tuttavia, si ritiene che anche in un sistema diverso, quello italiano, fondato sulla responsabilità personale delle società, questa distinzione non dovrebbe assumere rilievo, o meglio dovrebbe incidere secondo un altro angolo di prospettiva.

La circostanza che il reato sia stato commesso da un apicale, quindi una persona che ricopre una funzione di vertice nell'ambito dell'organizzazione, ha dato vita alla presunzione che questa condotta non possa non essere tenuta per conto dell'ente per cui si opera. Il rischio però di un'imputazione automatica di responsabilità all'ente ha spinto il Legislatore italiano a ripararsi da eventuali censure di incostituzionalità servendo all'ente una scusante, caratterizzata dall'inversione dell'onere probatorio sul piano processuale dell'efficacia del modello organizzativo adottato, tradotto nella dimostrazione di un'elusione

In questo senso, A. MANNA, “*Costanti*” e “*variabili*” della responsabilità da reato degli enti nell'era della globalizzazione, Testo rivisto, ampliato e con l'aggiunta delle note dell'Intervento alla Tavola Rotonda del Convegno su: “La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale “globalizzato”, Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Giurisprudenza, 4-5 aprile 2014, Archivio Penale, 2/2014, 6-7.

fraudolenta del modello da parte della persona fisica coinvolta, in violazione del rapporto di immedesimazione organica²²⁰.

Si è già avuto modo di evidenziare le problematiche che questo meccanismo solleva nel paragrafo precedente. Alla luce delle considerazioni affrontate sarebbe forse opportuna una revisione dello schema vigente creando magari una diversificazione delle due ipotesi sul piano dell' "intensità" dell'elemento soggettivo, quindi della "gravità" della condotta riferendosi all'ente e non alla persona fisica che materialmente ha agito, confermando ancora una volta la necessità dell'abbandono della visione antropomorfa al fine di elaborare un sistema realmente capace di incidere sulla salute organizzativa degli enti²²¹.

Infine, degna di nota è la creazione di una normativa nell'ordinamento italiano che abbia ad oggetto espressamente e direttamente la responsabilità degli enti. In questo modo è inequivocabile il parametro di riferimento, sono posti dei paletti legislativi che devono essere rispettati e dai quali non si può prescindere. Ad esempio, la responsabilità degli enti è collegata solo ed esclusivamente ai reati presupposto che esplicitamente la prevedono.

Il novero delle fattispecie penali che prevedono l'imputabilità dell'ente è un *numerus clausus* che può essere ampliato solo mediante uno specifico intervento legislativo. Certo questo elemento è in linea con la tradizione giuridica di *civil law* e la mancanza di tale previsione *ad hoc* non desta particolare scalpore nei Paesi di *common law*.

²²⁰ A. MANNA, op. cit., 3-5.

²²¹ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale d'impresa*, Bologna, 2013, 440 e ss

Negli Stati Uniti, il riconoscimento della responsabilità vicariale delle *corporations* è di matrice giurisprudenziale e questo non pone alcun problema da un punto di vista giuridico.

Diverso è il piano sistematico: con la sentenza *New York Central* la Corte Suprema ha per la prima volta creato un precedente per il riconoscimento della responsabilità penale delle *corporations* applicando il principio del *respondeat superior*, preso in prestito dalla *tort law*. Lo ha fatto sebbene questo schema non corrispondesse ai criteri tradizionali indispensabili per l'imposizione della responsabilità penale, giustificando questo risultato con l'urgenza di dare una risposta alle istanze sociali sempre più incombenti di repressione della criminalità d'impresa.

La Corte però non ha minimamente considerato il largo ventaglio di opportunità a sua disposizione per creare dei parametri di imputazione conciliabili con l'elemento soggettivo delle fattispecie penali, oscillando tra due estreme soluzioni: escludere del tutto la *corporate criminal liability* o riconoscerla come *vicarious liability*.

Nel propendere per la seconda risposta, la Corte ha fallito nell'esaminare ogni valida alternativa. Da quel momento in poi l'imposizione della *corporate criminal liability* ha continuato in quella direzione portandosi dietro tutte le problematiche fino ad ora illustrate²²².

²²² P. BUCY, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 Minn. L. Rev. 1095, 1990-1991, 114 e ss.

3.4. Le possibilità di interazione

Sul fatto che il modello italiano sia stato profondamente influenzato dall'antecedente dell'esperienza americana non c'è alcun dubbio.

La responsabilità degli enti è un istituto che non ha origine in Italia ma è di derivazione comunitaria.

Tuttavia, quando il Governo italiano ha dovuto riempire la delega parlamentare è andato ben oltre le disposizioni quadro e ha elaborato un sistema ispirato al modello statunitense piuttosto che guardare alle esperienze dei Paesi europei più vicini. Anche in questo caso però può valere la regola comune per cui spesso l'allievo supera il maestro. Infatti, nonostante si debba riconoscere che i modelli organizzativi italiani devono molto ai *compliance programs* americani, crediamo si possa pacificamente ammettere che il sistema americano sia affetto da un grave *deficit* di legalità che potrebbe ben presto portare al collasso dell'intero sistema della *corporate criminal liability*.

L'emergenza di individuare un elemento soggettivo di imputazione che affianchi i criteri della *vicarious liability* è ormai non più contenibile.

Addirittura il DoJ ha manifestato una sensibilità in tal senso: nelle ultime modifiche apportate al manuale che stabilisce i *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, Principles of Prosecution* ha mostrato attenzione per l'idea di rimproverabilità della *corporation*, ammonendo i suoi *attorneys* a tener conto della colpevolezza dell'ente prima di formulare un'accusa nei suoi confronti. Il problema però è che queste indicazioni non assumono alcun valore giuridico al di fuori dell'ambito della politica criminale e non producono nessuna limitazione alle prerogative rimesse ai *prosecutors*²²³, dunque non si spiega la riluttanza delle Corti federali

²²³ U.S. Dep't of Justice, United States Attorneys' Manual § 1-1.100 (updated May 2009) (available at http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title1/1m DOJ .htm).

statunitensi nell'individuare parametri soggettivi che implementino quelli stabiliti nel 1909 con la sentenza *New York Central*²²⁴.

Se quella decisione appariva giustificata dalla volontà di dare una risposta incisiva contro pratiche criminali sempre più diffuse nel mercato, a distanza di oltre cento anni e alla luce di tutti gli studi dottrinali condotti sulla materia, non sembra essere rimandabile ulteriormente un intervento legislativo che modifichi le *Federal Sentence Guidelines*, introducendo un principio di *moral culpability* afferente alle *corporations*²²⁵.

Il Legislatore italiano, più attento a questo rischio, ha introdotto un elemento soggettivo inquadrato nella c.d. colpa di organizzazione.

Tuttavia, per i problemi di cui si è dato conto in precedenza, anche nel paradigma italiano il rischio di incorrere sostanzialmente in responsabilità oggettiva in alcune ipotesi non è del tutto escluso.

Pertanto, sebbene il d.lgs. 231/2001 abbia il merito di avere intuito fin dal principio l'esigenza di riferire il principio di colpevolezza anche alle persone giuridiche, lungi dal poter essere considerato completo, poiché sono molti i problemi attinenti alla nozione di colpa organizzativa e nello specifico alla struttura dei modelli organizzativi, che rappresentano il perno della disciplina.

Come il sistema statunitense, anche il sistema italiano fallisce rispetto al reale obiettivo che il provvedimento si pone: invece di porsi lo scopo di prevenire i reati, spesso l'attenzione si concentra su come evitare la responsabilità dell'ente quando il reato si verifica.

Questa sfumatura è purtroppo intuita dalle imprese che di conseguenza guardano al provvedimento 231 come un altro onere da sopportare per esercitare il loro diritto di iniziativa economica piuttosto che riconoscerne un

²²⁴ B. J. POLLACK, *Time to stop living vicariously: a better approach to corporate criminal liability*, 46 Am. Crim. L. Rev. 1393, 2009, 1394 e ss.

²²⁵ L. E. DERVAN, *Re-evaluating Corporate Criminal Liability: The DoJ's Internal Moral Culpability Standard for Corporate Criminal Liability*, Stetson Law Rev., Vol. 41, 2011, 13e ss.

valido strumento per migliorare l'intero assetto della *governance* societaria, che potrebbe rivelarsi un alleato molto utile nell'arco della vita dell'impresa²²⁶.

In accordo con questa impostazione, autorevole dottrina americana già nel 1991 sosteneva che l'implementazione di *compliance programs* che non avessero solo una funzione di facciata ma che fossero realmente efficaci avrebbe procurato dei benefici ulteriori alle *corporations*, che esulassero dai meccanismi della giustizia criminale in senso stretto e fossero rapportabili al *business* della società, in termini di reputazione, credibilità sul mercato, organizzazione e funzionamento interno²²⁷.

In un ottica di relazione costi/benefici, se le imprese facessero rientrare tra la voce benefici non solo il guadagno economico ma il profitto, inserendo anche questi ulteriori elementi, i costi sarebbero di gran lunga coperti.

È chiaro che in valori strettamente monetari i costi da sostenere per dotarsi di un programma così sofisticato e soprattutto per mantenerlo sono altissimi e i guadagni potranno vedersi in una prospettiva a lungo termine ma, forse, l'obiettivo primario è proprio questo: cambiare il modo in cui le imprese concepiscono il *business*.

Quello che si vuole sostenere è che le potenzialità del modello 231 sono molto più vaste rispetto a quanto è riuscito a realizzare fino ad ora, ma per fare in modo che possa esplicitare la sua forza rivoluzionaria è imprescindibile un approccio di ampio respiro, che coinvolga dei canoni etici e non solo giuridici.

²²⁶ T. E. ROMOLOTTI, *Modello Organizzativo e Corporate Social Responsibility: La Via Etica*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2009, 125: "Occorre innanzitutto ricordare un dato di fatto semplice ma essenziale: l'elemento realmente innovativo del d.lgs. 231/2001 è costituito dall'introduzione della responsabilità diretta dell'ente derivante da reato e non tanto dalla previsione dell'esimente rappresentata dal Modello Organizzativo. Questa precisazione appare rilevante in quanto oggetto dell'attenzione deve essere il "come non compiere un reato", piuttosto del (purtroppo più diffuso) "come non essere sanzionato al verificarsi di un reato".

²²⁷ P. H. BUCY, *Corporate Criminal Liability: When Does it Make Sense?* Op. cit.

Questa scelta non solo è preferibile ma è dovuta, perché gli effetti dell'applicazione del decreto non ricadono solo sulla persona giuridica ma coinvolgono varie categorie portatrici di interessi estranee alle dinamiche interne dell'impresa²²⁸, dunque la società ha una sorta di responsabilità sociale nei confronti di tali soggetti che dovrebbe incidere sulle sue scelte imprenditoriali, anche se non sono sufficienti di per sé a far sorgere una responsabilità di tipo giuridico in capo all'ente²²⁹.

Questo approccio potrebbe sembrare utopistico, ma non lo è se si sfrutta la portata che i modelli organizzativi potrebbero avere sull'assetto valoriale di tutta la struttura aziendale, in questo senso i modelli organizzativi avrebbero una vera e propria funzione educativa per l'ente, questa volta inteso come insieme di persone che operano nel mercato.

Proviamo a ragionare in quest'ottica: l'adozione ed attuazione di un modello organizzativo rappresenta allo stato attuale una scelta per l'ente. Si tratta di una scelta conveniente perché potrebbe determinare la sua irresponsabilità nel caso in cui un suo dipendente subordinato commetta un reato o comunque fornirgli un'opportunità per "discolparsi" se il reato è stato commesso da un apicale.

²²⁸ ROMOLOTTI, op. cit. 123.

²²⁹ ROMOLOTTI, op. cit., 124: "In sintesi le scelte d'impresa condizionano in modo diretto la vita di una serie di soggetti che, a diverso titolo, sono "portatori d'interesse" (*stake-holders*) rispetto all'attività dell'impresa medesima.

Da qui una prima, semplice, deduzione: all'impresa è attribuibile una rilevanza sociale nei confronti di una serie di persone; tale rilevanza potrà essere graduata in funzione delle dimensioni, del tipo di attività, delle scelte imprenditoriali, ma in ogni caso permane nell'attività di ogni azienda.

E' evidente che l'impresa potrà scegliere se interessarsi (in tutto od in parte) a tali conseguenze, decidendo inoltre quali sistemi porre in essere al fine di gestirle per il meglio. Questo insieme di preoccupazioni, di carattere preminentemente etico, è quello che si può riassumere nel concetto di Responsabilità Sociale d'Impresa, o *Corporate Social Responsibility* ("CSR").

La valutazione però di efficacia del modello organizzativo è rimessa al giudice e non è possibile prevedere in anticipo quale sarà la sua decisione nel caso concreto perché non esistono dei requisiti minimi oggettivi che se rispettati assicurano all'ente l'impunità. Per tali ragioni, l'ente dovrà dotarsi di un modello molto dettagliato, curato in ogni suo aspetto e provvedere al suo puntuale aggiornamento, attività che richiedono un notevole dispendio di risorse. Se l'ente cominciasse a guardare a questa pratica non più come ad un faticoso onere da rispettare ma come un valido strumento per migliorare la sua base operativa, il suo modello di *governance*, ovvero un'arma a suo favore per garantirsi il buon funzionamento della sua attività, allora non solo il suo atteggiamento ma anche la condotta di ciascuno dei suoi membri sarebbe orientata all'osservanza del modello e ancor prima dei valori che questo intende trasmettere a tutta l'attività chiamato a regolare²³⁰.

²³⁰ Ancora ROMOLOTTI, op. cit., 127: “Un elemento di interesse che si rileva procedendo nel modo descritto, è la rilevanza che spesso assumono ipotesi di reato che non sono tuttavia presenti nel “catalogo” del D.lgs. 231/2001. Ad esempio, l'ente potrà realizzare di essere più esposto a reati di natura ambientale, oppure alimentare, o ancora di truffa nei confronti dei clienti privati (ad oggi non ancora rilevanti ex D.lgs. 231/2001) rispetto ad altri reati “tipici” del sistema (corruzione, false comunicazioni sociali, infortuni sul lavoro, ecc.). Da qui due scelte: o l'impresa decide di restringere l'ambito operativo ai reati rilevanti ai sensi del citato Decreto, oppure opta per una soluzione di ulteriore responsabilità sociale, includendo nel perimetro d'azione anche gli ulteriori reati individuati come significativamente dannosi per gli stake-holders. [...] In altri termini: se già il definire un Modello Organizzativo (fatto bene) rappresenta uno sforzo volontario per l'impresa che delinea comunque un'intenzione eticamente responsabile, il passo ulteriore deve comunque tradursi per l'ente in un vantaggio che - sebbene non direttamente di natura patrimoniale - giustifichi una simile scelta. Del resto, non è raro che decisioni basate su dichiarazioni di principio - per quanto lodevoli - restino poi all'esame dei fatti come delle mere utopie, vanificando così il pur utile cammino intrapreso. Il principale problema che ha afflitto i Modelli Organizzativi negli ultimi anni è stato il periodico aggiornamento del catalogo dei reati rilevanti, con l'introduzione di ipotesi assolutamente disomogenee: questo ha richiesto che l'ente ridefinisse ogni volta il proprio *Risk Assessment* con riferimento ai reati così aggiunti, mantenendosi sempre

In altri termini, si sostiene che l'approccio ai modelli organizzativi dovrebbe mutare da strettamente giuridico ad etico. Soltanto se le imprese cominciano a considerare la politica di *compliance* come un alleato valido

in una posizione di "passività" rispetto alla norma. Un diverso approccio, che ponga l'attenzione sugli effetti generali del comportamento dell'impresa, permette di gestire da subito una serie di elementi che potrebbero non essere ancora ricompresi nel "catalogo" dei reati, ma che potrebbero comunque riguardare quest'ultimo in via incidentale ovvero venirvi ricompresi in un momento successivo. Sotto questo profilo, la forte "variabilità" dei reati di volta in volta inseriti nel d.lgs. 231/2001 può essere un incentivo a misurarsi con questa diversa impostazione del Modello Organizzativo.

Non si deve poi dimenticare il vantaggio derivante dalla maggiore semplicità gestionale del modello. E' diverso dovere gestire un Modello Organizzativo "segmentato" in funzione della tipologia di reato rilevante, rispetto ad un sistema che miri in generale a prevenire la commissione di reati il cui rischio è stato individuato come specifico dell'attività svolta dall'ente. Sicuramente in questa seconda ipotesi il sistema di prevenzione potrà meglio permeare l'intera organizzazione sin nelle singole procedure, e pertanto essere gestito in modo più efficace ed economico.

Infine, si segnala il vantaggio reputazionale che un approccio al d.lgs. 231/2001 nell'ottica di CSR comporta. Se infatti già la maggiore prevenzione impedisce l'avverarsi di ipotesi criminose (nocive alla reputazione indipendentemente dal fatto che attivino l'ulteriore responsabilità amministrativa derivante da reato), la definizione di un modello "socialmente responsabile" implica di per se stessa un maggiore contatto e coinvolgimento dell'azienda con gli *stakeholders*, che potranno così sentire l'ente più "vicino" anche alle loro esigenze ed aspettative, avviando così un circolo virtuoso di confronto dal quale l'azienda potrà ricavare evidenti benefici in tema di *brand*, relazioni, e - non da ultimo - posizionamento sul mercato di riferimento. In conclusione, la definizione di un Modello Organizzativo "socialmente responsabile" può essere un'avventura che - specialmente in un mutato contesto ove l'attività sociale delle aziende viene attentamente considerata dalle controparti commerciali - potrà portare all'azienda benefici sotto il profilo dell'economicità, della gestione, della sicurezza, e contribuendo nel contempo ad un miglioramento dell'eticità del comportamento dei propri rappresentanti e collaborator".

anche ai fini della competitività sul mercato molti dei nodi che si sono formati attorno alla responsabilità degli enti si scioglieranno.

In realtà, questa linea di principio è già stata adottata nel sistema statunitense. Infatti, nelle *Sentence Guidelines* si legge che “*To have an effective compliance and ethics program, [...] an organization shall [...] promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*”.

Questo dimostra che nel conteso statunitense è stata intuita l'importanza di creare una cultura etica che avvolga la *corporation* in tutti i suoi aspetti e che costituisca la base di orientamento della sua attività.

Purtroppo a questa dichiarazione di principio non corrisponde l'elaborazione di un meccanismo in grado di far permeare tale concezione nei rami della *corporation* perché non è data la possibilità alla *company* di dimostrare sul piano della imputabilità la diffusione di tale cultura e che la commissione del reato sia avvenuta violando i parametri aziendali. Manca l'applicazione pratica di questo principio ispiratore.

In Italia, questa politica potenzialmente potrebbe trovare solide radici ma è ostacolata da una impostazione ancora legata ad una visione antropomorfa del sistema e ad una confusione sui principi generali che dovrebbero ispirarla. Queste problematiche, se esasperate, potrebbero portare ad un'implosione del sistema e a sprecare una enorme possibilità di crescita che, nell'opinione di chi scrive, dovrebbe essere sfruttata ampliando le prospettive di modifica della disciplina generale del decreto e non mediante una raffica di novelle legislative, volte semplicemente ad infoltire il novero dei reati presupposto, senza verificarne la compatibilità con il nucleo sostanziale del provvedimento.

Il Legislatore italiano ha meritevolmente distinto la persona giuridica dalla persona fisica sul piano della colpevolezza, riconoscendo l'autonomia delle due sfere di imputazione. In pratica però, non è riuscito ad elaborare

un'idea di colpa che esulasse da alcune circostanze attinenti esclusivamente all'agente materiale del reato, la persona fisica, che non dipendono dalla "volontà" dell'ente e che, pertanto, non dovrebbero essere determinanti per il riconoscimento della sua responsabilità.

Il riferimento ad un'etica di impresa potrebbe rappresentare un valido punto di partenza per costruire una nozione di colpevolezza che si fondi sull'"animus" dell'ente²³¹.

Un efficace esempio di come il principio della *corporate culture* possa costituire la base su cui costruire il sistema di responsabilità da reato degli enti è rappresentato dal modello australiano.

Negli anni '80 si è assistito ad una vera e propria rivoluzione culturale sul concetto di *corporate criminal liability*: fino a quel momento l'Australia si

²³¹ La difficoltà maggiore è senz'altro individuare il parametro in base al quale valutare l'animus dell'ente. P. BUCY, nella sua op. cit. *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, ci suggerisce l'analisi da compiere che ben potrebbe adattarsi anche al sistema italiano: "In her article, Bucy argued that corporations have distinct and identifiable personalities or ,ethos, and that only organizations with ethos that encouraged employees or agents to commit criminal acts should be held criminally accountable under the law. Interestingly, Bucy advanced the following eight factors for consideration in determining whether a corporate ethos encouraged criminal conduct:

- (1) Was the corporation organized in a manner that encouraged the criminal conduct?
- (2) Were goals set by the corporation that encouraged illegal behavior?
- (3) Were corporate employees educated about legal requirements?
- (4) Were legal requirements monitored?
- (5) Who was involved in the criminal conduct, and was it ,recklessly tolerated' by higher echelon officials?
- (6) How did the corporation react to past violations of the law and individual violators?
- (7) Were there compensation incentives for legally inappropriate behavior?
- (8) Are there indemnification practices that encourage criminal conduct?

Bucy proposed that corporate criminal liability should attach if these factors indicate that the corporate ethos encouraged the employee's or agent's criminal conduct.

era attenuta ai criteri dettati dalla sentenza *Tesco vs. Natrass* e alla base teorica fornita dalla *identification theory*, per cui la *corporation* è responsabile dei reati commessi da *high-level personnel* o da loro delegati perché considerati il corpo e la mente della persona giuridica.

Questa impostazione però risultava insoddisfacente perché escludeva la punibilità della *corporation* tutte le volte in cui il reato era commesso da un soggetto che non ricopriva un ruolo di vertice nella compagine societaria, creando delle discriminazioni tra piccole e grandi imprese²³².

La svolta si ha nel 1995 con la pubblicazione del *Criminal Code Act*, contenente una sezione appositamente dedicata alle persone giuridiche.

Le nuove disposizioni sono entrate in vigore nel 2001 e traducono la ricerca di una soluzione di compromesso tra i tradizionali canoni della responsabilità penale e la realtà moderna delle società. Da notare sono le seguenti novità:

- 1) tutti i reati previsti per le persone fisiche sono riferibili alle persone giuridiche, anche quelli punibili mediante detenzione²³³;
- 2) gli elementi riferibili all'*actus reus* e quelli attinenti alla *mens rea* sono chiaramente distinti;
- 3) la colpevolezza è graduata in base all'intensità dell'elemento psicologico.

Il fattore più importante è il riconoscimento dei distinti concetti di *organizational due diligence*, *corporate culture* e *organizational blameworthiness*.

In questo modo è realmente attribuita una dimensione propria ed autonoma alla persona giuridica come organizzazione, e questo consente di abbandonare i riferimenti alla persona fisica perché le circostanze della condotta dell'ente sono sufficienti ad individuare un paradigma di rimproverabilità.

²³² C. DE MAGLIE, op. cit. 166.

²³³ Part 2.5 of the Criminal Code.

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo, l'*actus reus* segue il principio della *vicarious liability*, per cui se il reato è commesso da qualsiasi dipendente, senza più distinzione tra apicali e subordinati, nell'ambito del mandato che gli è stato conferito o con l'autorità che gli compete, allora l'*actus reus* è riferibile alla *corporation*²³⁴.

La *vicarious liability* non si applica anche all'elemento soggettivo.

La sezione 12.3 distingue l'imputazione a titolo di dolo, colpa e requisiti diversi dalla colpa, il punto 12.4 parla di negligenza.

Secondo il 12.3 quando il reato richiede un coefficiente psicologico specifico nella sua fattispecie, quell'elemento deve essere attribuito alla *corporation* che espressamente o tacitamente ha autorizzato o permesso la realizzazione del reato²³⁵. Il modo in cui il permesso o l'autorizzazione in concreto si manifesta è stabilito nel paragrafo 12.3(2): attraverso la prova che l'organo direttivo o un dirigente dell'impresa ha intenzionalmente, consapevolmente o imprudentemente dato luogo al comportamento offensivo oppure che ha espressamente, tacitamente o implicitamente autorizzato o permesso la commissione del reato, lasciando tuttavia la facoltà all'organizzazione di provare la propria estraneità nel caso in cui la condotta sia tenuta dal singolo *high-level manager* dimostrando di aver esercitato la *due diligence* per prevenire il reato²³⁶.

La vera rivoluzione nel sistema australiano si ha però con la seconda ipotesi: la *corporate culpability* emerge infatti anche quando si provi che all'interno dell'organizzazione esiste una *corporate culture* che ha diretto,

²³⁴ Section 12.2 of the Criminal Code.

²³⁵ Under s 12.3(1) of the Criminal Code, the requisite element of fault in an offence, characterised by, for example, intention, knowledge or recklessness, is established on the part of the body corporate itself, where the body corporate has expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence.

²³⁶ Section 12.3(3) .

incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni stabilite, oppure che l'organizzazione ha omesso di creare e mantenere una corporate culture finalizzata al rispetto di tali prescrizioni²³⁷.

È specificato poi il significato dell'espressione *corporate culture*: "l'attitudine, i codici interni, le regole, la disciplina di autoregolamentazione esistenti all'interno dell'organizzazione intesa nella sua globalità o nel settore aziendale in cui si svolgono le attività più importanti"²³⁸.

Il concetto di *corporate culture* ha il merito di aver esteso enormemente le condotte rilevanti ai fini dell'imputabilità dell'ente, anche in presenza di un *compliance program* ben strutturato non è esclusa la responsabilità della *corporation*, se nella sua prassi sono riscontrate regole non scritte che agevolano la commissione di reati e che possono essere ascrivibili ad una cultura d'impresa diffusa²³⁹.

Infine i criteri d'imputazione soggettiva sono completati dal paragrafo relativo alla *negligence*. In sostanza, quando l'elemento psicologico del reato non è accertabile in capo a nessun soggetto singolo dell'organizzazione, la colpevolezza è attribuibile all'organizzazione qualora sia colposa la condotta dell'impresa considerata nel suo insieme²⁴⁰.

In questa ipotesi rileva l'inadeguato controllo o gestione dell'impresa o l'omessa predisposizione di un canale informativo interno con cui sia possibile comunicare con l'organo dirigente.

²³⁷ Section 12.3(2)(c); Section 12.3(2)(d).

²³⁸ Corporate culture is defined in s 12.3(6) to mean "an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities take place".

²³⁹ J. HILL, *Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?*, *Journal of Business Law*, 1/2003, 15-17.

²⁴⁰ Section 12.4.

Si evince dalla breve spiegazione del funzionamento del modello australiano come l'elemento psicologico della persona fisica sia assolutamente secondario rispetto all'illecito della *corporation*.

Da questa impostazione discendono una serie di conseguenze che agevolano e rendono più coerente il paradigma di responsabilità dell'ente.

In particolare, viene meno la necessità di identificare la persona autrice del fatto criminoso, non è indispensabile neppure la sua classificazione di apicale o dipendente ed anche dal punto di vista oggettivo dell'imputazione è abbandonato il riferimento all'intenzione con cui agisce la persona fisica perché i due piani sono totalmente distinti.

Ovviamente il modello australiano costituisce uno spunto di riflessione perché anch'esso presenta dei punti di debolezza e delle caratteristiche difficilmente adattabili al sistema italiano. Per esempio, prevedere l'applicazione della responsabilità dell'ente indistintamente per tutti i reati porrebbe dei problemi di compatibilità con il principio di determinatezza, così come la questione delle sanzioni non ha trovato particolare attenzione e non è ben chiara la posizione che i modelli organizzativi assumono nell'ambito della cultura d'impresa. C'è il rischio di una svalutazione di questo strumento che può essere altamente qualificante per l'assetto organizzativo dell'impresa e, soprattutto, un valido parametro di diligenza dell'ente.

Il concetto di cultura d'impresa potrebbe risultare vago se non accompagnato dalla fissazione di pilastri solidi su cui poggiarsi.

Tuttavia, dall'interazione tra i sistemi considerati, potrebbe profilarsi una nuova e più penetrante funzione del Modello Organizzativo: il modello come indice di una cultura d'impresa etica, nuovo criterio di responsabilità dell'ente.

3.5. Le prospettive di riforma del D. lgs. 231/2001

L'esempio fornito dal *Criminal Code* australiano è fondamentale per avere un'immagine definita di come il concetto di *corporate culture* sia applicato in modo concreto.

La dottrina della *corporate culture* australiana, come la dottrina della *structural negligence* in Italia, è basata sulla nozione della *organizational fault*.

Chi scrive ritiene che dall'interazione di queste due basi teoriche possa svilupparsi un modello di responsabilità da reato degli enti in grado di essere efficace perché fondato su criteri completamente autonomi che si aggiungono a quelli del reato presupposto ma che non dipendono da essi.

La nostra proposta consiste nell'elaborazione di un modello che, alla colpa organizzativa come elemento soggettivo di imputazione, affianca il concetto di cultura d'impresa e permette una graduazione della responsabilità dell'ente in base all'intensità dell'elemento soggettivo dell'ente.

Così, il requisito della *mens rea* risiede nella *corporate culture* e non più nell'intenzione dell'individuo.

La teoria della *corporate culture* riesce a catturare la realtà dei più moderni processi decisionali ed è paradossalmente provvisto di una capacità probatoria maggiore rispetto ad altri modelli perché non richiede la prova della colpevolezza della persona fisica per completare la struttura del reato, la responsabilità si fonda direttamente sulla *mens rea* dell'impresa (*corporate culture*). A ben vedere, questo modello è anche quello che può contare sulla maggiore efficacia preventiva: ponendo l'accento sulla cultura dell'impresa, l'ente si troverà costretto a lavorare fin da subito sulla diffusione di una cultura etica all'interno di tutte le unità organizzative ed investirà sull'educazione dei suoi dipendenti e sulla sicurezza dei suoi processi gestionali ed operativi in generale. L'adozione di un modello organizzativo sarà indispensabile ma non più sufficiente se non fondato su una struttura etica nella sua "anima".

L'esperienza insegna che la regola è rispettata se avvertita come effettiva e se alla sua violazione corrisponde una sanzione efficace.

Il Modello Organizzativo è idoneo in astratto se stabilisce un insieme di regole e prevede un apparato sanzionatorio applicabile in caso di violazioni.

In concreto però potrebbe succedere che le regole vengano costantemente disattese con il *placet* dell'organizzazione e che l'apparato organizzativo sia di mera facciata perché non è penetrato nell'*ethos* dell'impresa (indicativa è l'obiezione comune del "così fanno tutti").

La teoria della cultura d'impresa riesce ad ovviare tali dinamiche perché considera espressamente quei comportamenti che non violano frontalmente il sistema normativo, quella prassi non scritta che può essere altamente pericolosa in un'ottica di prevenzione dei reati²⁴¹.

²⁴¹ Per uno studio approfondito sul ruolo che l'esistenza di una cultura d'impresa etica gioca nella partita sull'efficacia dei modelli organizzativi si veda B. STEVENS, *Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior*, *Journal of Business Ethics*, 78, 2008, 601–609.

L'autore sostiene che dall'analisi dei dati che riportano l'impatto dei modelli organizzativi sulla prevenzione di comportamenti illeciti si evince l'ineffettività di modelli che non corrispondono alla reale cultura dell'impresa e che in realtà l'efficacia di questo strumento dipende dall'asse valoriale dell'impresa su cui si fonda: "Corporate ethical codes have earned a secure place as strategic management tools in organizations. A body of research is now in place demonstrating that if codes are embedded in the organizational culture and communicated effectively, they can shape ethical behavior and guide employees in ethical decision-making. Managers must model the desired behavior and employees need to see that sanctions occur if codes are violated. Communication is a requirement for codes to be successful. Employees must be aware of the content in their ethical codes and participate in discussions about the codes so they have full understanding of the meaning. Codes do not work when they are written by management and passed down to employees as a mandate. Employees must perceive the ethical code as a personal document in which they have ownership, as a key component of the organizational fabric, and as one that is central to the organization's strategic functions".

Tuttavia, questa elaborazione dottrinale in valore assoluto non è perfetta. Permangono dei problemi sotto il profilo probatorio, è evidente la difficoltà per gli investigatori di dimostrare in modo tangibile l'esistenza di una cultura d'impresa illecita, per cui è un modello che necessita di integrazioni concrete.

Un senso di maggiore concretezza potrebbe derivare dall'interazione con il concetto di *structural negligence* e dunque attribuendo un ruolo determinante ai modelli organizzativi da un punto di vista probatorio, così come avviene in Italia. Ciò che si vuole suggerire è mantenere il Modello italiano come base pratica, ma incrementare la struttura teorica abbracciando la nozione della cultura d'impresa. In questo modo i problemi che sorgono dall'approccio antropomorfo e che rischiano di invalidare la forza del meccanismo di imputazione dell'ente verrebbero risolti e, allo stesso tempo, si darebbe nuova linfa ai modelli organizzativi, rendendoli lo strumento primario per la creazione dell'evidenza di una cultura d'impresa orientata da principi etici che regolano ogni aspetto della vita della società²⁴².

Vediamo nel dettaglio quali modifiche che rispecchino questa impostazione potrebbero essere apportate al decreto.

Le questioni da affrontare sono le seguenti:

- a) la natura giuridica della responsabilità degli enti;
- b) il catalogo dei reati ascrivibili all'ente;
- c) i criteri oggettivi di imputazione;
- d) i criteri soggettivi di imputazione;

²⁴² All'impresa si chiede di dotarsi di un apparato organizzativo che non sia orientato solo alla realizzazione del business ma che si preoccupi di tutti gli aspetti collaterali ad esso collegati. In tal senso, P. GHINI e L. FRUSCIONE, *Cambiare l'impresa attraverso il percorso 231: il miglioramento organizzativo con il modello di organizzazione, gestione e controllo*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2014, 330 e ss..

e) l'autonomia della responsabilità della persona giuridica.

Per quanto riguarda il punto a), riteniamo che l'ammissione della natura sostanzialmente penale della responsabilità degli enti sia un atto dovuto alla luce delle implicazioni pratiche che ha avuto l'applicazione del decreto negli anni che hanno seguito la sua promulgazione.

Una presa di coscienza in tal senso risolverebbe molti dei dubbi e delle dispute dottrinali che riguardano l'interpretazione ma anche le possibilità di modifica della disciplina. Inoltre, una scelta di questo tipo permetterebbe di dare alla disciplina contenuta nel decreto il giusto collocamento, ovvero una sezione specifica all'interno del codice penale dedicata alla responsabilità penale delle persone giuridiche, come ci suggerisce l'analisi comparatistica. Così verrebbe data una certa sistematicità alla norma e le riforme da apportare avrebbero una direzione molto più definita.

In secondo luogo, una riflessione dovrebbe riguardare la tipologia di reati riferibili all'ente. Non bisogna dimenticare che oggetto del provvedimento è il diritto penale dell'impresa, espressione che richiama l'attenzione su tutte le condotte illecite che l'ente può adottare durante lo svolgimento di un'attività economica con lo scopo di trarne un profitto o comunque un vantaggio che, sebbene non direttamente economico, rientri nello scopo di lucro. Pertanto, l'introduzione più recente di alcuni reati presupposto, su tutti, per esempio, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili ex art. 25-quater.1. del decreto, sembra tradire lo scopo della disciplina o quanto meno perdere di vista l'obiettivo.

Al punto c) si entra nel nucleo sostanziale del provvedimento: sono stati in precedenza evidenziati i punti critici legati al requisito oggettivo di imputazione che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, implicando un'analisi complessa della sfera psicologica del soggetto

agente e, per converso, i rischi legati ad un'interpretazione in chiave oggettiva della norma, nonché l'incompatibilità con i reati a struttura colposa.

La nostra proposta è quella di abbandonare il riferimento all'intenzione della persona fisica e di rendere imputabile all'ente il reato o semplicemente la condotta illecita tenuta nell'ambito dell'attività d'impresa, anche se risultante dall'insieme di vari comportamenti che considerati singolarmente non determinano la commissione del reato, rimettendo poi al piano soggettivo di imputazione la valutazione sull'effettiva rimproverabilità dell'ente.

Questa idea deriva dalla considerazione che il fatto che la persona fisica abbia commesso un reato nell'interesse esclusivo proprio, rompendo il rapporto di immedesimazione organica con l'ente, non fa automaticamente venire meno la rimproverabilità dell'ente se la commissione del reato è stata agevolata dalla presenza di carenze nella struttura organizzativa dell'ente o da una politica d'impresa incentrata sulla competizione ad ogni posto, che potrebbe influenzare nettamente il modo di pensare dei propri dipendenti. È dal punto di vista soggettivo che devono essere compiute valutazioni di merito.

In conseguenza del più stretto legame di imputazione obiettiva ipotizzato per l'ente, sul piano oggettivo è auspicabile l'eliminazione di qualsiasi presunzione di responsabilità dell'ente, scelta che risulta anche maggiormente in linea con lo schema tradizionale della responsabilità penale e risolverebbe ogni dubbio sulla legittimità costituzionale del sistema.

In altre parole, si propone l'abolizione della distinzione tra reati commessi da soggetti in posizione apicale e subordinata ai fini dell'imputazione, mantenendo il peso dell'onere probatorio sul pubblico ministero e risolvendo così anche le difficoltà legate alla mancata individuazione della categoria di appartenenza della persona fisica autrice del reato sulla determinazione del regime di imputazione applicabile.

A questo punto, concentrandoci sul criterio soggettivo, si immagina un sistema che attribuisce rilievo al diverso grado di intensità della colpevolezza

riferito all'ente. La stessa distinzione tra reati commessi da apicali e reati commessi da sottoposti potrebbe assumere valore nell'ottica di gravità del reato. Naturalmente se il reato è commesso da un soggetto che appartiene all'organo dirigente dell'impresa questo potrebbe far pensare che sia il frutto di una politica diffusa, improntata alla valorizzazione del profitto ad ogni costo e quindi sarebbero giustificate misure sanzionatorie più gravi, mentre nel caso in cui il reato sia realizzato da un dipendente e sia stato agevolato da un difetto organizzativo o dalla negligenza dell'Organismo di Vigilanza nella sua attività di controllo potrebbe avere un peso diverso, di sicuro potrebbe trattarsi di un caso isolato che non rispecchi necessariamente una cultura d'impresa patologica. In questo senso potrebbe essere accolta una graduazione della colpevolezza come impostata nel modello australiano: dolo, colpa, coefficiente soggettivo diverso dalla colpa, negligenza.

Così facendo si potrebbe dare conto delle numerose ipotesi che integrano la responsabilità dell'ente, a partire dal caso estremo di impresa intrinsecamente illecita fino ai casi in cui l'evento è il frutto di un omesso controllo (negligenza). Si darebbe una risposta anche a quelle situazioni in cui il comportamento illecito è tenuto dai quadri, che non fanno parte del *management* ma, allo stesso tempo, hanno dei veri e propri poteri dirigenziali nell'ambito delle operazioni quotidiane²⁴³. Sarebbe risolto il problema delle deleghe e la riflessione si sposterebbe sul piano sanzionatorio, chiarendo ogni dubbio però sulla responsabilità dell'ente.

Seguendo questo approccio si arriverebbe ad una totale emancipazione della responsabilità degli enti da quella della persona fisica, soprattutto nelle ipotesi in cui, a causa di una frammentazione del processo decisionale ed informativo, non è possibile rinvenire una piena consapevolezza della persona fisica sulle conseguenze delittuose della sua condotta o sulla rappresentazione

²⁴³ Per un'analisi approfondita delle dinamiche aziendali che si concretizzano in rischio di reato si veda O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 75 e ss.

dell'evento che potrebbe scaturirne. Consapevolezza che invece non è esclusa per l'ente, che potrebbe versare in colpa organizzativa se l'evento era oggettivamente prevedibile. In definitiva, l'autonomia della responsabilità dell'ente troverebbe piena applicazione invece di rappresentare in alcuni casi un mero principio ispiratore, riconoscendo la colpevolezza dell'ente anche quando manca un riscontro della colpevolezza della persona fisica.

Infine, legittimando la totale autonomia delle due fattispecie criminose si avrebbe l'effetto di limitare la propensione della giurisprudenza a confondere i piani di imputazione attinenti alla persona fisica con quelli propri della persona giuridica e molte incertezze interpretative verrebbero risolte dal legislatore, riducendo la funzione suppletiva che spesso i giudici sono chiamati a svolgere con inevitabile ampliamento della discrezionalità decisionale rispetto ad un sistema che, per le estreme conseguenze a cui può approdare, necessita di una linea di pensiero coerente e applicata con massima cautela.

CONCLUSIONI

L'indagine svolta ha messo in luce come il problema della criminalità d'impresa sia un fenomeno diffuso non soltanto in Italia ma in tutto il mondo e, sebbene nel nostro lavoro siano stati comparati solo due sistemi giuridici e sia stata brevemente riportata la soluzione offerta dall'ordinamento australiano, la maggior parte dei Paesi appartenenti all'area di *civil law* e anche a quella di *common law* è concorde nel riconoscere la sussistenza della responsabilità penale degli enti che abbiano fallito nel predisporre dei validi strumenti per realizzare una politica di prevenzione contro la commissione di reati nell'ambito dell'attività d'impresa da parte dei propri dipendenti. La persona giuridica può infatti aver partecipato passivamente al reato, quando avrebbe potuto adottare dei modelli organizzativi idonei a minimizzare il rischio che fossero realizzati atti illeciti, e può avere avuto un ruolo attivo, laddove la struttura, la politica, la prassi, la cultura d'impresa sia incline ad incentivare la commissione di reati anche indirettamente. Di certo nessun ente espressamente richiederebbe ai propri agenti di adottare condotte contrarie alla legge, spesso accade però che gli obiettivi economici fissati dai vertici delle società siano percepiti come irraggiungibili e a quel punto l'unica strada percorribile sembra quella di prendere una scorciatoia che compromette la legalità dell'attività.

D'altra parte, accade frequentemente che sia la stessa società a dare l'impressione che la linea di principio seguita sia "il fine giustifica i mezzi": promozioni e premi economici sono spesso attribuiti ai dipendenti più "meritevoli", ovvero coloro che raggiungono i *targets* prefissati nel più breve tempo possibile, senza tener conto se per realizzare quei traguardi siano state compiute delle scelte *borderline* o di dubbia liceità. Questo tipo di pressione esercitata dalla maggior parte delle imprese sui dipendenti, in particolare sui dirigenti, induce i dipendenti a preoccuparsi meno dell'eticità della propria condotta e sempre più del guadagno apportabile all'impresa ed implicitamente a se stessi, mediante *bonus* e altri tipi di incentivi.

Questa descrizione delle dinamiche quotidiane che si verificano all'interno delle imprese svela il vero limite dei modelli organizzativi come strumenti di prevenzione di attività illecite. Davanti ad una cultura d'impresa improntata su questi principi non c'è nessun modello in grado di creare un efficace sistema di gestione e controllo sui vertici dell'impresa, tanto meno sui soggetti ad essi subordinati se non sono per primi i dirigenti a dare esempio di un comportamento eticamente corretto.

Se l'ente *in primis* non è promotore della diffusione all'interno della compagine aziendale di un asse valoriale sano, attento non solo al profitto ma anche al benessere generale, il modello organizzativo sarà sempre concepito come un insieme di regole scritte, finalizzato ad impedire l'incriminazione della società se un reato dovesse essere scoperto e a fornire un valido esimente per l'organizzazione laddove fosse coinvolto il *management*.

Da un punto di vista economico l'obiezione più frequente è che l'ente che svolge un'attività a scopo di lucro non persegue fini sociali e non può essere onerato di promuovere il benessere della collettività ma svolge un'attività di natura privata per il raggiungimento di uno scopo esclusivamente "personale". Questo discorso non è del tutto inappropriato, infatti l'ente ha diritto di esercitare la propria libertà di iniziativa economica, tutelata dalla stessa Costituzione italiana, per cui di certo non gli si chiede di essere un benefattore. Il secondo comma però dell'art. 41 della Costituzione prevede che tale attività non può essere esercitata in modo da procurare un danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana e non può porsi in contrasto con l'utilità sociale. Dunque, l'interesse economico privato è tutelato fin quando non entra in collisione con l'interesse pubblico che senz'altro è coinvolto nell'attività d'impresa, specialmente se di grosse dimensioni.

Seppure non ne si voglia fare una questione di diritto, ad una valutazione più attenta, l'ente medesimo ha un interesse a svolgere la propria attività in conformità alle garanzie e ai doveri posti dalla legge perché, in

un'ottica di lungo periodo, ne trarrebbe sicuramente un vantaggio: se i colleghi economisti facessero rientrare nella nozione di profitto una serie di fattori collaterali rispetto al guadagno in senso stretto, quali l'immagine, la reputazione, la fiducia del cliente nella qualità della prestazione, la soddisfazione reciproca nel rapporto di lavoro, l'attività d'impresa trarrebbe di certo beneficio dall'adozione di un modello di *compliance* volto al conseguimento di questi obiettivi, che si traducono in una gestione "etica" dell'impresa e che renderebbero in tal senso la società altamente competitiva.

La conclusione cui la nostra indagine giunge, con riferimento al modello italiano, è che la rivoluzione giuridica messa in atto dal d.lgs. 231 non è stata accompagnata da una rivoluzione culturale avente ad oggetto il ruolo dell'attività d'impresa e dunque gli effetti che possono scaturirne.

A nostro avviso, la portata rivoluzionaria del Modello 231 non è stata recepita fino in fondo, perché è ancora contornata da impostazioni dogmatiche riluttanti verso l'innovazione di cui questo provvedimento costituisce l'involucro.

La diffidenza che parte della dottrina e anche della giurisprudenza hanno mostrato nei confronti di questo nuovo tipo di responsabilità ha influenzato inevitabilmente l'atteggiamento delle società verso l'applicazione delle previsioni contenute nel decreto.

Le incertezze sul contenuto dei modelli organizzativi, sui criteri di valutazione della loro efficacia da parte della giurisprudenza, sulla stessa natura della responsabilità degli enti ha fatto in modo che il provvedimento fosse percepito come un ostacolo all'attività d'impresa, un ulteriore costo da sopportare per evitare di incorrere in pesanti sanzioni in grado di paralizzare il funzionamento dell'impresa.

Alla luce di queste considerazioni, l'approdo naturale cui giunge la nostra trattazione è l'idea che un efficace implementazione di modelli organizzativi che siano in grado di prevenire la criminalità d'impresa sia

strettamente correlata alla creazione e diffusione di una *corporate culture* che affondi le proprie radici nell' "animus" dell'ente e di conseguenza orienti le scelte manageriali e le operazioni esecutive verso il rispetto di un'etica di impresa su cui basare l'attività interna e che possa fungere da esempio per i propri concorrenti. In questo scenario, lo strumento principale è il modello organizzativo, capace di tradurre i principi etici alla base della sua elaborazione in regole e procedure concrete.

A nostro parere, il corretto svolgimento di questa attività dovrebbe fungere da parametro per l'elaborazione del concetto di colpa di organizzazione, ripensato con esclusivo riferimento all'ente e alla sua sfera soggettiva, senza distinguere l'ipotesi di reati commessi da apicali o dipendenti, rilevante invece solo ai fini della gravità della condotta.

Il Legislatore italiano ha il merito di aver inquadrato la responsabilità dell'ente in un sistema di imputazione propria, basato su un elemento soggettivo direttamente ascrivibile all'ente, la colpa di organizzazione.

Per rendere davvero effettivo questo modello occorre un passo ulteriore, il definitivo abbandono della prospettiva antropomorfica e la promozione di una cultura d'impresa che non sia solo rispettosa della legge ma eticamente corretta, valutabile come indice di *good corporate citizenship*.

Bibliography

ALESSANDRI, Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002

ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002

AMATI E., *LA responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, UTET 2007

ARDITO F. e G. CATALANO, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i modelli 231*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2011

ARENA M., *Idoneità del modello e frode del soggetto apicale*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231 02/2008

ARENA M., CASSANO G., *La giurisprudenza sul d.lg. n. 231/2001. Reati e modelli organizzativi con 125 risposte a quesiti*, Nel diritto, 2010

ARLEN J., *The evolution of Corporate Criminal Liability: Implication for Managers*, ch.17 in *Leadership and governance from the inside out* by R. Gandossy and J.Sonnenfeld, 2004

ARLEN J., *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 J. LEGAL STUD. , 1994

BARBUTO M., *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001

BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano 2004

BASTIA, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, Rivista231, 02/2008

BEALE S.S., *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, Duke University School of Law, January 6, 2014

BEVILACQUA F. C., *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. MONESI, *I modelli organizzativi ex 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè 2005

BIRD, *Pathways of Legal Strategy*, 14 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1, 2008

BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1970

BUCY P., *Corporate Criminal Liability: When Does It Make Sense?*, 46 Am. Crim. L. Rev. 1437, 2009

BUCY, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 Minn. L. Rev. 1095, 1990-1991

CARDOVANA L., *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 04/2012

CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2002

Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, in Mass. Uff., n. 4677, in Foro it., 2014, n. 2

CAVANAGH N., *Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault*, The Journal of Criminal Law, Vathek Publishing, Vol. 75, No. 5, October 2011

CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, Dir. prat. soc., 2005

CHRISTIE C. J. & HANNA R. M., *A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement Between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, 43 AM. CRIM. L. REV. 1043, 2006

CLARKSON C.M.V., *Corporate Culpability*, 1998, Web JCLI at <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.htm>

CLARKSON C. M. V., *Kicking Corporate Bodies and Damning their Souls*, 1996

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

COSTANTINO N., FALAGARIO M., *La redazione del modello organizzativo: adempimenti formali e sostanziali*, *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 03/2009

CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 231/2001*, in SIRACUSANO, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007

D. HESS, R. MCWHORTER, T. L. FORT, *The 2004 Amendments to the federal sentencing guidelines and their implicit call for a symbiotic integration of business ethics*, *Fordham Journ. Of Corp. & Financ. L.*, Vol. XI, 2006

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002

DE MAGLIE C., *Models of corporate criminal liability in comparative law*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 2005

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001/231*, a cura di GARUTI, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.

DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012

DE SIMONE, *Societas delinquere et puniri potest. La questione della responsabilità penale degli enti collettivi tra dogmatica e politica criminale*, Como, 2000.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo discendente da reato*, Riv. it. dir. E proc. pen., 2001

DERVAN L. E., *Re-evaluating Corporate Criminal Liability: The DoJ's Internal Moral Culpability Standard for Corporate Criminal Liability*, Stetson Law Rev., Vol. 41, 201

DISKANT E. B., *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure*, The Yale Law Journal, 2008

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2010

DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, Rivista 231, 2/2008

D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2011

EASTMAN L. K., *Revising the Organizational Sentencing Guidelines to Eliminate the Focus on Compliance Programs and Cooperation in Determining Corporate Sentence Mitigation*, 94 Minn. L. Rev. 1620, 2010

FATINO J. F., *Corporate Compliance Programs: An Approach to Avoid or Minimize Criminal and Civil Liability*, 51 Drake Law Rev., 2006

FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, Dir. e giust., 2001

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014

FIRST H., *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 N.C.L. Rev. 23, 2010

FISCHEL D. R. & A. O. SYKES, *Corporate Crime*, 25 J. LEGAL STUD., 1996

FLORENZA, *Con l'avvicinamento tra persone fisiche e giuridiche un primo passo verso il completamento della delega*, Guida al dir., 26, 2001

FRENCH P. A., *The Corporation as a Moral Person*, American Philosophical Quarterly 207, 1979

FRENCH P. A., *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984

FRENCH P. A., *Corporate Ethics*, Harcourt Brace, Dallas, 1995

F.M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO, *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Giuffrè 2006

GAREGNANI G.M., *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai modelli organizzativi di gestione e di controllo*, Giuffrè, 2008

GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, Dir. pen e proc., 2002

GARRETT, *Corporate Confessions*, 30 Cardozo L. Rev. 917, 2008-2009

GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, La resp. Amm. delle soc. e degli enti, Rivista231, 03/2007

GENNARO V., *Il controllo di qualità delle attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista231, 02/2009

GHINI P. e FRUSCIONE L., *Cambiare l'impresa attraverso il percorso 231: il miglioramento organizzativo con il modello di organizzazione, gestione e controllo*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2014

GIBSON, DUNN CRUTCHER LLP, *2013 Mid-Year Update on Corporate Deferred Prosecution Agreements (DPAs) and Non-Prosecution Agreements (NPAs)* July 9, 2013

GOBERT J. e MUGNAI E., *Coping with Corporate Criminality. Some Lessons from Italy*, Crim L.R., 2002

GREENBERG J. D. AND E. C. BROTMAN, *Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization*, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 2014

GUERRIERI, *La colpa dell'organizzazione quale manifestazione della colpevolezza degli enti*, in CATENACCI e MARCONI, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009

GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti: sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano 2006

GUERRINI R., *Le modifiche al d.lgs. 231/2001*, a cura di GIUNTA e MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010

GUERINI T., *L'efficacia esimente del modello organizzativo tra realtà e utopia*, *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, Rivista 231; 03/2014

HILL J., *Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?*, *Journal of Business Law*, 1/2003

HOCKING B. A. AND L. LEIGH MANVILLE, *What of the right to silence: still supporting the presumption of innocence, or a growing legal fiction?*, *1 Macquarie Law Journ.*, 63, 2001

IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 200

IELO P., *Compliance programs,: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001*, rivista 231, 01/2006

IMPERATO G. L., *Corporate Criminal Liability and Cooperation — What Does the Government Expect Now? Examining the Sarbanes-Oxley Act, Sentencing Guideline Amendments, and Thompson and McNulty Memoranda*, Journal of Health Care Compliance, July-August 2008

JAMES E. BOWERS, EDGARDO RAMOS, SABINO (ROD) RODRIGUEZ III, HELEN HARRIS, CHRISTOPHER V. BECKMAN, *Organizational Sentencing Guidelines: the new paradigm for effective compliance and ethics programs*, National Legal Center for the Public Interest, vol.8, n.11, November 2004

J. M. KAPIAN, L. S. DAKIN, M. R. SMOLIN, *Living with the Organizational Sentencing Guidelines*, California Management Review, Vol. 36, n. 1, 1993

LEDERMAN E., *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaption and Imitation toward Aggregation and the Search for Self Identity*, Buffalo Crim. L. Rev., 2000

LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Cass. Pen., 2002

MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, Cass. Pen., 2003

Memorandum from Eric H. Holder, Jr., Deputy Attorney Gen, U.S. Dep't of Justice, to All Component Heads and U.S. Attorneys, Federal Prosecution of Corporations, 1999, available at <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/policy/Chargingcorps.html>

Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, to All Component Heads and U.S. Attorneys, Federal Prosecution of Business Organizations, 2003, available at <http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporateguidelines.html>

MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs.231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, Resp. amm. soc. enti, 2011

MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, Dir. E giust. 2001

NANDA P., *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, The American Journal of Comparative Law, 2010

New York Central & Hudson River Railroad v. United States, 212 U.S. 481, 1909

NUNES J.W., *Comment: Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Selfreporting*, 27 Ariz. St. L.J., 1995

ORLAND L., *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 45, 2006

PADOVANI, *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004

PALAZZO F., *Corso di diritto penale, parte gen.*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2006

PALIERO, *Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi societas delinquere et puniri potest*, Corriere giur, 2001

PALIERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, a cura di ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002

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

PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003

PALIERO, La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993

PALIERO C. E. e PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, Rivista 231, 3 aprile 2015

PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, 2002

PADOVANI, *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., G. DE FRANCESCO, *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004,

PATERNITI F., *La colpevolezza di impresa. Note sull'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2013

PECORELLA, Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità, in

ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano IPSOA, 2002

PENA A. N. M., *Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution?*, *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014

PARSONS S., *The Doctrine of Identification, Causation and Corporate Liability for Manslaughter*, 67 JCL, 2003

PERINO M. A., *Symposium Enron and its Aftermath. Enron's Legislative Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, *St. Jhones Law Rev.*, Vol. 76, n.4, 2002

PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003

PISANI N., *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, BBTC, 2008

PODGOR E. S., *A New Corporate World Mandates a "Good Faith" Affirmative Defense*, 44 *Am. Crim. Law Rev.*, 2007

POLLACK B. J., *Time to stop living vicariously: a better approach to corporate criminal liability*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1393, 2009

POLLMAN, *A Corporate Right to Privacy*, 99 *Minn. L. Rev.* 27, 2014-2015

PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2002

RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 03/2010

RIVERDITI, «*Interesse o vantaggio*» dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza, Arch. pen., 2011

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in Riv. Soc., 2002

ROMANO M., *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1995

ROMANO M., *Societas delinquere non potest, cit.*; MARINUCCI-

ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1971

ROMOLOTTI T. E., *Modello Organizzativo e Corporate Social Responsibility: La Via Etica*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2009

SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, Rivista 231, 4/2011

SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o vantaggio della società*, Rivista 231, 2/2008

SIMONS, *Vicarious snithcing: crime, cooperation, and good corporate citizenship*, St. Jonhes Law Rev., Vol.76:979, 2002

SPANO F. M., *I parametri di progettazione organizzativa*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, 01/2006

STEVENS B., *Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior*, Journal of Business Ethics, 78, 2008

STORTORINI e TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, Ind. Pen., 2006, 7 e ss.

Tesco Supermarket Ltd v. Nattrass, 1972 A.C., 153

TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale d'impresa*, Bologna, 2013

VIGNOLI F., *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, Rivista231, 01/2009

VIGNOLI F., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, Dir. pen. proc., 2004

VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in AA:VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004

VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006,

WELLNER P. A., *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*, Cardozo Law Review, Vol. 27:1, 2006

WELSH R. S., *The Criminal Liability of Corporations*, 62 LQR, 1946

WEISSMANN A. and NEWMAN D., *Rethinking Criminal Corporate Liability*, Indiana Law Journal, vol. 82, n. 2, Spring 2007,

ZANIOLO D., *Omessa adozione dei modelli organizzativi e responsabilità degli enti a seguito di omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche*, La resp. amm. delle soc. e degli enti, Rivista 231, 02/2011