



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

«TULLIO ASCARELLI»

Sezione di diritto penale (XX ciclo)

Tesi di dottorato

LA LACUNA ORGANIZZATIVA QUALE CRITERIO DI
IMPUTAZIONE DEL FATTO DI REATO ALL'ENTE
Un'indagine di tipo comparatistico

Coordinatore

Chiar. mo. Prof. Mario Trapani

Tutor

Chiar. mo. Prof. Antonio Fiorella

Dottoranda

Enrica Villani

LA LACUNA ORGANIZZATIVA QUALE CRITERIO DI
IMPUTAZIONE DEL FATTO DI REATO ALL'ENTE

Un'indagine di tipo comparatistico

Capitolo Primo

"LACUNA ORGANIZZATIVA" E "POLITICA D'AZIONE"
NELL'ASCRIZIONE DELL'ILLECITO ALL'ENTE COLLETTIVO: PRIMA
RICOGNIZIONE PROBLEMATICATA

1. Il rilievo delle dinamiche organizzative nel contesto della responsabilità penale degli organismi collettivi..... p. 6
2. "Lacuna organizzativa" e immedesimazione organica nell'imputazione dell'illecito all'ente..... » 10
3. L'assenza o inadeguatezza dei modelli gestionali tra ascrizione soggettiva e oggettiva dell'illecito..... » 15
4. Premesse all'analisi: responsabilità amministrativa da reato e principio costituzionale di personalità..... » 18
5. *Segue*: "organizzazione difettosa" e "politica d'impresa": precisazioni concettuali nella prospettiva dell'imputazione. La politica d'azione "in senso ampio" come indice di 'appartenenza' dell'illecito all'ente..... » 26
6. Lacuna organizzativa, reati colposi d'impresa e responsabilità "autonoma" dell'ente collettivo..... » 33
7. Le lacune ascrivibili all'ente e i limiti dell'onere di prevenzione..... » 40

Capitolo Secondo
L'IMPUTAZIONE FONDATA SULLA "LACUNA ORGANIZZATIVA"
NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA 'DA REATO'

Sezione I

*La natura della causa di esclusione della responsabilità fondata sulla
mancanza (o inadeguatezza) dei modelli organizzativi*

1. Considerazioni preliminari: l'assenza dei modelli come "causa di esclusione della sanzionabilità" o come criterio ascrittivo. Differenze e analogie tra l'imputazione del 'reato apicale' e quella del reato 'para-apicale' p. 45
2. *Segue*: modelli organizzativi e oneri probatori..... » 49
3. *Segue*: prime conclusioni: la sostanziale omogeneità del ruolo dei modelli nell'art. 6 e nell'art. 7 e la funzione ascrittiva della "lacuna" » 58
4. L'inadeguatezza della modellistica preventiva tra "colpa" e "colpevolezza" d'organizzazione: critica..... » 63
5. L'imputazione per assenza di modelli idonei come derivazione del reato dal rischio d'impresa "non permesso" » 69

Sezione II

Le lacune ascrivibili all'ente

6. Brevi premesse sul concetto di lacuna rilevante nel sistema previsto dal d. lgs. n. 231 del 2001. Le lacune "da modellistica inadeguata" nel caso di reato apicale e nel caso di reato para-apicale..... » 76
7. Il contenuto essenziale del modello idoneo. Regole organizzative "in senso stretto" e regole organizzative "di comportamento" » 81
8. Il giudizio sull'idoneità. La prevenzione dei reati «della specie di quello verificatosi»..... » 85

9. *Segue*: regole organizzative “generiche” e regole organizzative “specifiche”. Prime valutazioni giurisprudenziali..... » 92
10. *Segue*: misura della capacità preventiva, “rischio accettabile” d’illecito ed elusione fraudolenta del modello..... » 103
11. L’efficace attuazione del modello come capacità di reazione dell’ente complessivamente considerato all’inosservanza delle regole preventive..... » 109
12. Il problema della lacuna non riconducibile alla politica dell’ente..... » 112

Capitolo Terzo

LA “LACUNA ORGANIZZATIVA” NEI SISTEMI STRANIERI DI RESPONSABILITÀ DELL’ENTE COLLETTIVO

Sezione I

La lacuna organizzativa come criterio di imputazione

1. Considerazioni preliminari..... » 117
2. I modelli di responsabilità incentrati sulla lacuna organizzativa quale criterio ascrittivo. A) La responsabilità dell’impresa per la “carente organizzazione interna” nella soluzione del codice penale svizzero..... » 119
 - 2.1. B) Il ruolo del “*management failure*” nella recente fattispecie di *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide* per il Regno Unito..... » 124
3. Tra identificazione e lacuna organizzativa: l’imputazione fondata sull’omessa vigilanza da parte dei vertici sui dipendenti autori del reato (nella *Verbandverantwortlichkeitgesetz* austriaca, nell’*OWiG* tedesca e nel recente progetto di riforma spagnolo)..... p. 130

4. L'emersione del criterio della "lacuna" nei sistemi di responsabilità vicaria e organica. A) Le elaborazioni della giurisprudenza francese e belga in tema di " <i>organisation interne déficiente</i> " e " <i>politique délibérée d'entreprise</i> "	» 137
4.1. B) <i>Scope of employment</i> ed effettività dei <i>compliance programs</i> nel sistema statunitense.....	» 149
4.2. C) Le aperture della giurisprudenza inglese e statunitense nell'ambito delle <i>regulatory offences</i> : la rilevanza dell'organizzazione preventiva per il riconoscimento della <i>due diligence defense</i>	» 154
4.2. D) Il reato commesso 'in sintonia' con ordini, direttive ed istruzioni apicali o con la "tolleranza" dell'ente: cenni su alcuni sviluppi del sistema olandese.....	» 158

Sezione II

Lacuna organizzativa e conseguenze sanzionatorie

5. Lacuna organizzativa e determinazione della sanzione.....	» 162
6. La ri-organizzazione preventiva dell'ente nell'ambito del post-fatto.....	» 164

SINTESI CONCLUSIVA GENERALE

1. Conclusioni sui risultati dell'indagine comparatistica. Raffronto con la soluzione emergente nel sistema di responsabilità amministrativa da reato	p. 167
2. La "lacuna organizzativa" (<i>id est</i> : la politica d'azione "in senso ampio") quale indice di appartenenza dell'illecito all'ente collettivo.....	» 169
BIBLIOGRAFIA	» 173

Capitolo Primo
“LACUNA ORGANIZZATIVA” E “POLITICA D’AZIONE”
NELL’ASCRIZIONE DELL’ILLECITO ALL’ENTE COLLETTIVO: PRIMA
RICOGNIZIONE PROBLEMATICA

SOMMARIO: 1. Il rilievo delle dinamiche organizzative nel contesto della responsabilità penale degli organismi collettivi. — 2. “Lacuna organizzativa” e immedesimazione organica nell’imputazione dell’illecito all’ente. — 3. L’assenza o inadeguatezza dei modelli gestionali tra ascrizione soggettiva ed oggettiva dell’illecito. — 4. Premesse all’analisi: responsabilità amministrativa da reato e principio costituzionale di personalità. — 5. *Segue*: “organizzazione difettosa” e “politica d’impresa”: precisazioni concettuali nella prospettiva dell’imputazione. La politica d’azione “in senso ampio” come indice di ‘appartenenza’ dell’illecito all’ente. — 6. Lacuna organizzativa, reati colposi d’impresa e responsabilità “autonoma” dell’ente collettivo. — 7. Le lacune ascrivibili all’ente e i limiti dell’onere di prevenzione.

1. Il rilievo delle dinamiche organizzative nel contesto della responsabilità penale degli organismi collettivi

Nell’escludere la responsabilità dell’ente quando questo si sia correttamente organizzato per prevenire la commissione di reati nel suo interesse, il legislatore del 2001 sembra aver nitidamente colto lo snodo necessario delle principali questioni legate alla creazione del nuovo settore del diritto punitivo.

Da un lato, infatti, è proprio l’osservazione delle *dinamiche organizzative* interne all’ente e dei loro effetti sui comportamenti individuali a sollecitare l’idea della responsabilizzazione diretta delle persone giuridiche¹: ciò che lascia emergere la crisi profonda che nei

¹ Su tali profili BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, 1984; PEARCE-TOMBS, *Toxic Capitalism: Corporate Crime and Chemical Industry*, 1998,

contesti collettivi attraversano le categorie dell'omissione, del nesso causale, dell'elemento psicologico, e ancora del concorso di persone²; mentre la rigorosa osservanza dei principî imporrebbe spesso di addivenire ad una declaratoria di irresponsabilità, che ben si può definire, secondo una espressione ormai celebre, «irresponsabilità organizzata»³.

Dall'altro lato, la giusta considerazione del ruolo che i meccanismi organizzativi svolgono nella produzione dell'illecito renderebbe insufficiente una *qualunque* punizione della persona giuridica, come rivela l'esperienza di quegli ordinamenti che conoscono da più tempo l'istituto⁴. Sotto tale profilo appare

p. 106; WHEELER-ROTHMAN, *The Organization as Weapon in White-Collar Crime*, in NELKEN, (a cura di), *White Collar Crime*, 1994, p. 213; GEIS-DI MENTO, *Should we persecute Corporations and/or Individuals?*, in PEARCE-SNIDER (a cura di), *Corporate Crime: Contemporary Debates*, 1995, p. 77; J.C. COFFEE, *No soul to Damn no Body to Kick: An Unscandalized inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L.R.*, 1981, vol. 79, p. 405. In generale, sull'evoluzione degli studi criminologici sulla "criminalità d'impresa", a cominciare dal celebre SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, (a cura di G. Forti), Milano, 1987, (su cui G. FORTI, *Normatività ed empiria nel lavoro del criminologo. Il caso «Sutherland»*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1987, p. 364 e ss.) vedi la ricostruzione di C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 245 e ss. V., inoltre, F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459 e ss.; ID., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1255 e ss.; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 617; nonché con particolare riguardo al problema del gruppo di imprese, V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 376 e ss. Il problema si collega direttamente a quello del individuazione del responsabile all'interno dell'impresa e del riparto di funzioni, su cui, per tutti, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.

² A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 544 e ss.

³ B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *WiStra*, 1982, p. 43; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, p.34.

⁴ Dove infatti la disciplina è rimasta legata a schemi tradizionali di imputazione, di tipo organicistico, si sono continuate a rivelare molte delle difficoltà tradizionali. L'esempio più significativo in tal senso sarebbe quello

significativa l'evoluzione nell'ultimo decennio delle discipline nazionali ed internazionali⁵ sulla responsabilità penale degli enti collettivi⁶: non è così un caso che i paesi ad essa tradizionalmente favorevoli hanno dovuto rivedere il fondamento e la struttura dei modelli esistenti⁷, sia pure solo mediante adattamenti

dell'ordinamento inglese, ed in particolare dei disastri di Zeebrugge (*R. v. Stanley and others P. & O European Ferries Ltd*, 1991, *Cr. App. R*, 72) e della *Great Western Company (Attorney-General's Reference*, No 2 of 1999). Nel primo caso, una nave affondava poco dopo essere salpata per esser partita con il portellone posteriore aperto, provocando la morte di 150 passeggeri e 38 membri dell'equipaggio: l'ente nondimeno veniva prosciolto dall'imputazione per omicidio colposo (*involuntary manslaughter*), in quanto nessuna persona fisica appartenente alla sfera dei vertici e dunque "identificabile" con l'ente veniva trovato colpevole. Il secondo evento si riferisce ad un disastro ferroviario nell'ambito del quale, per lo scontro frontale di due treni, morivano 7 passeggeri: la compagnia consentiva che il treno (poi travolto) procedesse con un solo macchinista con un sistema di allerta mal funzionante, mentre il sistema di sicurezza nuovo non era attivo perché nessuna istruzione era stata data al macchinista sul suo funzionamento. Anche in tal caso tuttavia, l'ente veniva prosciolto perché nessuna persona fisica degli apici era responsabile. Sulle problematiche connesse a tali vicende, *infra*, cap. III.

⁵ In tal senso si vedano le indicazioni, sia pure ancora piuttosto generiche, del Consiglio d'Europa, ed in particolare della raccomandazione n. 18 del 1988 (pubblicata in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 653) il quale tra l'altro dispone che «l'impresa dovrebbe essere esonerata dalla responsabilità quando i suoi organi direttivi non sono implicati nell'offesa ed hanno preso tutte le misure necessarie per prevenirne la realizzazione», nonché, più chiaramente, della raccomandazione n. 11 del 2001 (sulla lotta alla criminalità organizzata), la quale stabilisce che gli Stati incoraggino «l'adozione di codici di condotta per prevenire pratiche illegali». Più generici appaiono invece i riferimenti contenuti nei provvedimenti dell'Unione europea che pure indirizzano gli Stati all'introduzione di una responsabilità delle persone giuridiche. Su tali profili cfr. N. SELVAGGI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: un dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1336.

⁶ Per una visione d'insieme v. G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1191 e ss.; nonché in una prospettiva storica, ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 e ss.

⁷ Il caso in tal senso più emblematico è quello del Regno Unito, tradizionalmente ancorato a modelli ascrittivi di tipo vicario ed organico, dove nel 2007 è stato approvato il progetto per la introduzione di una fattispecie di *Corporate manslaughter and corporate homicide*, che entrerà in vigore il 6 aprile 2007.

giurisprudenziali⁸; al contrario, dove più recente è stato il processo di superamento del «*societas delinquere non potest*» (all'incirca dalla seconda metà degli anni '90), vengono affermandosi meccanismi di imputazione più attenti al ruolo delle dinamiche strutturali nella produzione dell'illecito⁹.

Tra questi si colloca appunto l'ordinamento italiano con il d. lgs. n. 231 del 2001, il quale dedica ai profili dell'organizzazione ampia rilevanza, recependo in forma avanzata i diversi punti di approdo dei sistemi più evoluti. Il modello è infatti quello statunitense, ma alla adozione dei *compliance programs* viene riconosciuto la ben più centrale funzione di esclusione della responsabilità dell'ente collettivo¹⁰, oltre alla già nota incidenza sul piano sanzionatorio e processuale¹¹.

⁸ In tal senso significativi appaiono gli orientamenti emersi nella giurisprudenza francese, ma anche quelli della giurisprudenza olandese, su cui, *infra*, cap. III.

⁹ Tra questi, particolarmente significativo è senz'altro l'esempio della Svizzera, che nel 2003 ha introdotto la responsabilità delle "imprese", precisamente ancorandola all'esistenza di una "carezza organizzativa", nonché il già citato caso del Regno Unito.

¹⁰ Non stupisce così che il sistema italiano venga segnalato come modello cui ispirarsi da parte di ordinamenti già da tempo conoscitori della responsabilità penale delle persone giuridiche: cfr. J. GOBERT, E. MUGNAI, *Coping with Corporate Criminality - Some lessons from Italy*, in *Crim. L. R.*, 2002, p. 619 e ss.

¹¹ Com'è noto, l'art. 12 prevede la possibilità di riduzione della sanzione pecuniaria da un terzo alla metà nei riguardi dell'ente che, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; mentre, per converso, l'applicazione delle più gravi sanzioni interdittive è subordinata, in via alternativa, al caso che l'ente abbia tratto un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione quando la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative (art. 13), con la ulteriore previsione che ove l'ente, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, abbia eliminato quelle carenze, la sanzione interdittiva non sarà applicabile (art. 17). Sotto il profilo processuale, poi, l'eliminazione delle carenze organizzative da parte dell'ente

2. "Lacuna organizzativa" e immedesimazione organica nell'imputazione dell'illecito all'ente collettivo

L'attenzione verso i profili dell'organizzazione interna all'ente deriva però da considerazioni ulteriori e assai più pregnanti, che possono farsi risalire al dibattito sulla ammissibilità stessa di una responsabilità 'penale' dell'ente collettivo. Senza ripercorrerne tutti gli argomenti¹², può affermarsi, per ciò che qui interessa, come la questione sia stata e continui ad incentrarsi sui limiti cui tale modello punitivo andrebbe incontro sotto il profilo della imputazione soggettiva dell'illecito: l'applicabilità della sanzione penale sarebbe infatti preclusa dall'impossibilità di muovere nei confronti dell'ente un "rimprovero" propriamente inteso; più in generale, non potrebbe garantirsi la personalità della responsabilità¹³.

costituisce il presupposto per la sospensione delle misure interdittive applicati in via cautelare (art. 49).

¹² Per una ricostruzione delle principali argomentazioni si rinvia ad A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 11 e ss.; C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1173 e ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 305 e ss.

¹³ Tale argomento è nella dottrina meno recente evidenziato da G. ALIMENA, *Principi di diritto penale*, 1910, vol. I, p. 276; G. BATTAGLINI, *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, p. 664; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 1981, p. 581; RAMELLA, *La responsabilità penale e le associazioni*, in *Trattato del Cogliolo*, II, 1985, p. 964; G. SABATINI, *Reato e responsabilità in rapporto alle persone giuridiche*, in *Rass. Pen.*, 1929, p. 208. Più di recente e in contesti diversi cfr. M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036 e ss.; F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1011; G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, 1969, p. 16; A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa*, cit., p. 58 e

Da questo punto di vista, risultati insoddisfacenti emergerebbero non solo movendo da presupposti tipicamente “finzionisti”, ma anche da una impostazione più convintamente ‘realista’¹⁴. Se infatti il riferimento all’“organo” della persona giuridica consentirebbe di strutturare un meccanismo di imputazione che possa dirsi “giuridicamente” soddisfacente anche quando si tratti

ss.; da ultimo anche G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941. In termini più generali e in diverse prospettive si evidenzia la incapacità “penale” degli enti collettivi: B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955, p. 160; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1983, p. 409; M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino, 1958, p. 888 e ss. Naturalmente il dibattito si arricchisce di altri aspetti problematici, tra cui specialmente quello relativo alla funzione rieducativa della sanzione nei confronti dell’ente: sul punto, in particolare, F. C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 440; o anche sull’inapplicabilità agli enti della sanzione detentiva, L. STORTONI, *Profili penali delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1176 e ss.

¹⁴ Con riferimento al problema della responsabilità penale delle persone giuridiche il contributo più significativo dell’approccio “organicista” è senz’altro quello di aver emancipato il dibattito dall’obiezione dei c.d. *ultra vires*, riconoscendo la possibilità di imputare all’ente anche attività commesse in violazione dei limiti segnati dallo scopo e dall’oggetto sociale: nella dottrina italiana, v. specialmente A. DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Riv. pen.*, 1920, p. 65; un più recente tentativo di legittimazione della responsabilità dell’ente su basi organistiche è svolto da J. DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1238 e ss. Per la ricostruzione delle teorie ‘finzioniste’ e ‘realiste’, v. F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, p. 397 e ss.; M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persone giuridiche, a) diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 235 e ss.; R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 20 e ss.; F. FERRARA sen., *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, 131 e ss.; ID., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, p. 18 e ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 99 e ss. In termini generali sul problema cfr. anche S. FODERARO, voce *Organo (teoria dell’)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 214 e ss.; G. MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 953; nonché, in una recente prospettiva “realista”, G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 89 e ss.; con riferimento all’evoluzione della problematica nel diritto straniero, A. DI MAJO, M. PRESTIPINO, voce *Persone giuridiche. III) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXIII, Torino, 1990.

di “stati soggettivi”¹⁵, ciò non sarebbe comunque sufficiente nella prospettiva *penale*, dove l’esigenza di personalizzazione imporrebbe di arricchire lo schema di ascrizione dell’illecito in modo che quest’ultimo possa dirsi *autenticamente proprio* della persona giuridica¹⁶, senza peraltro ricadute afflittive su soggetti ‘estranei’ al

¹⁵ Si parla in tal senso anche di “imputazione giuridica di fattispecie”, che distinguerebbe l’imputazione alla persona giuridica mediante rappresentanza organica dalla imputazione mediante rappresentanza volontaria, la quale sarebbe semplice imputazione di *effetti*: sul punto cfr. A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 32 e ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scaloja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 65; M. S. GIANNINI, voce *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1981, p. 46 e ss; E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p. 116; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 88; A. GIAMPIERI, voce *Organo nella persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 192 e ss. ; sulla responsabilità civile delle persone giuridiche già F. FERRARA, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 489. In senso condivisibilmente critico su tale distinzione G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale*, 1951, p. 134; ID., *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Torino, 1971, p. 28 e ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 226 e ss.; M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 69; da ultimo, M. CAMPOBASSO, *L’imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 180, il quale fra l’altro evidenzia, già nella prospettiva civilistica e sotto diversi profili, i limiti della imputazione (degli stati conoscitivi) fondata sugli schemi della rappresentanza (p. 312 e ss.). Sulla rilevanza di tale impostazione con riferimento alla responsabilità penale della persona giuridica, di recente, A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 18 e ss.

¹⁶ Così chiaramente A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*. Atti della conferenza di Messina, 30 aprile - 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 157; critiche espresse nei confronti dei limiti della teoria organicistica provengono da T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1994, p. 51; ID., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, p. 18; ma v. già P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, vol. I, p. 53 e ss., il quale peraltro ritiene che l’impossibilità di una valutazione soggettiva del comportamento costituisca argomento rilevante nell’escludere la responsabilità amministrativa dell’ente; nonché G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 154. Si deve in tal senso osservare come, anche nella dottrina meno recente che affermava la ammissibilità della responsabilità dell’ente collettivo emerge pur sempre l’idea e la consapevolezza che il meccanismo di imputazione organico non consente

reato¹⁷. Emergono cioè, sorrette già da riflessioni di teoria generale, i limiti di soluzioni “antropomorfizzanti”¹⁸.

In alternativa al rammarico per un ‘*societas delinquere non potest*’ non superabile sino in fondo¹⁹, si è iniziata perciò a far strada nel dibattito (nient’affatto sopito come mostra l’opzione per il *nomen iuris* della responsabilità²⁰) l’idea di rimeditare i meccanismi di ascrizione dell’illecito all’ente. In tal senso le dinamiche organizzative sono state progressivamente e variamente rievocate quali possibili e diversi indici di “appartenenza” del fatto alla persona giuridica: è cominciato così ad emergere l’interesse per la “politica di impresa” e più in generale per la “organizzazione

comunque di assolvere ad una imputazione “piena” dell’illecito: in tal senso v. S. CICALA, *Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche dal punto di vista punitivo interno*, in *Rass. Pen.*, 1929, p. 628, dove si afferma che tale responsabilità sarebbe possibile considerando che nel diritto positivo sono state ammesse forme di responsabilità senza volontà (delitti colposi) e financo senza colpa (dominio delle contravvenzioni e delle trasgressioni di polizia); LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, p. 417; un tentativo di svincolare dall’impostazione antropomorfa la stessa teoria della realtà è compiuto da G. MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Roma, 1933, p. 99 e ss.

¹⁷ Sul punto A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1296.

¹⁸ Un chiarimento in tal senso è certamente offerto dalle riflessioni sul concetto di persona giuridica, che peraltro giungono a radicali conclusioni “negazioniste”: cfr. T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 317 e ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 553 e ss.; F. D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969, 243 e ss.: elaborazioni che, pur con diversi sviluppi, trovano la loro ascendenza in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, p. 173 e ss.

¹⁹ Ribadiscono con forza la validità degli argomenti costituzionali in tema di principio di colpevolezza come ostacolo alla creazione di un sistema “penale” di responsabilità degli enti T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*, cit., p. 18 e ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in AA. VV., *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1358.

²⁰ Cfr. la *Relazione al Decreto legislativo «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica»*, pubblicata in *Dir. giust.*, 2001, p. 12.

difettosa”²¹, allo scopo di ricostruire il personale contributo della *societas* al fatto criminoso.

Peraltro, mentre da più parti si conviene su questa prospettiva come quella più idonea al superamento dello schema ascrittivo dell'immedesimazione organica, non paiono ancora completamente chiariti i rapporti tra i due meccanismi, come dimostra l'approccio tuttora ondivago della dottrina italiana rispetto alla soluzione del d. lgs. n. 231.

In tale contesto, alla diffusa convinzione che il nuovo illecito amministrativo 'da reato' si strutturi sull'idea del difetto organizzativo (pur in vario modo intesa), si contrappongono infatti autorevoli interpretazioni che reputano comunque prevalente la logica organicistica²². In particolare, secondo tale prospettiva, la adozione dei modelli di organizzazione avrebbe - almeno per l'ipotesi prevista dall'art. 6 - un più limitato ruolo di "causa di esclusione della sanzionabilità"²³, in una ottica autenticamente premiale; mentre i meccanismi di esonero della responsabilità non si allontanerebbero dal modello di derivazione statunitense, negandosi

²¹ Nella dottrina italiana apre la via a simili elaborazioni evidenziando il significato centrale della politica d'impresa nel garantire la personalità della responsabilità dell'ente F. BRICOLA nel noto scritto *Il costo del principio «societas delinquere non potest»*, cit., p. 1011; ma anche ID., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 659 e ss.

²² G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 96 e ss., il quale rifiuta nettamente l'idea che l'imputazione si fondi su una "colpa di organizzazione", sia nel caso del reato dell'apice che in quello del soggetto subordinato.

²³ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 430; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 107 e ss.

il significato innovativo della disciplina, la cui previsione esimente si rivelerebbe finanche inopportuna²⁴.

In tal senso, dunque, la prima indagine dovrà esser rivolta a verificare quale schema ascrittivo *effettivamente* prevalga nel sistema di responsabilità amministrativa 'da reato' introdotto dal d. lgs. n. 231 del 2001.

3. *L'assenza o l'inadeguatezza dei modelli gestionali tra ascrizione soggettiva ed oggettiva dell'illecito*

Il problema di definire la configurazione effettiva dell'imputazione dell'illecito all'ente (se organicistica o fondata sull'idea della "lacuna") lascia peraltro emergere una altra fondamentale questione: e cioè, ove si accerti che il sistema di responsabilità da reato sia costruito su un criterio ascrittivo assimilabile al difetto di organizzazione, si tratterebbe poi di verificare su quale piano dell'imputazione esso operi. Come noto, infatti, e quale conseguenza delle riflessioni sull'insufficienza del modello dell'immedesimazione organica, il criterio della lacuna è stato spesse volte valorizzato per sopperire alla difficoltà di ricostruire il momento "soggettivo" di ascrizione dell'illecito all'ente: in questa prospettiva, esso è stato così per lo più immaginato come una forma di colpevolezza della persona

²⁴ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 429. Esprime perplessità al riguardo P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 192.

giuridica, per questo definita come “colpevolezza di organizzazione”²⁵.

L’idea di una piena “soggettivizzazione” dell’illecito dell’ente sembra recepita peraltro anche dal legislatore delegato, il quale apertamente qualifica l’accertamento delle lacune organizzative della persona giuridica come criterio ‘soggettivo’ di imputazione da contrapporsi a criteri di tipo ‘oggettivo’, quali sarebbero l’interesse dell’ente e la ‘posizione significativa’ dell’autore dell’illecito²⁶.

Su tali basi, parte della dottrina ha individuato nella previsione normativa uno schema di imputazione grosso modo assimilabile a quello della colpa, o quanto meno alla sua “misura oggettiva”²⁷: il dovere di organizzazione corrisponderebbe infatti ad

²⁵ L’idea di “colpa di organizzazione” risale a K. TIEDEMANN, *Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1172 e ss. Nella dottrina italiana, la rielaborazione dell’idea, con riferimento al d. lgs. n. 231 del 2001, compare in molti autori (*infra*, cap. II), tra i quali in particolare C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. società enti*, 2006, p. 167 e ss.; G. MARINUCCI, “Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e le discipline contemporanee, cit., p. 1210; C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 392 e ss.; EAD., *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351; da ultimo, v. A. F. TRIPODI, “Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell’economia, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 483.

²⁶ V. la *Relazione*, cit., p. 18 e ss., che fa espressamente riferimento alla colpa di organizzazione.

²⁷ Con diverse accentuazione dei profili “oggettivi” di tale colpa, C. E. PALIERO, *Il d. lgs. n. 231 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 846; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 107; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 531; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, Milano, 2002, p. 104; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1106; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *La responsabilità*

una regola cautelare imposta all'ente secondo il paradigma tipico della colpa specifica. Si precisa di conseguenza anche che, se per il reato del sottoposto la "colpa organizzativa" costituisce elemento costitutivo dell'illecito (appunto l'elemento soggettivo), nel caso del reato dell'apice il medesimo requisito verrebbe costruito in forma di *scusante* per l'inversione dell'onere probatorio²⁸.

Si tratterebbe allora di indagare, intanto, se il meccanismo di esonero sia o meno riducibile in uno schema ascrittivo quale quello della "lacuna organizzativa", e quindi - ove emerga in positivo tale dato - di verificare in che misura quel criterio effettivamente contribuisca alla "soggettivizzazione" della responsabilità dell'ente, occorrendo quanto meno la massima cautela nel trasporre categorie penalistiche tradizionali alla nuova realtà normativa²⁹.

amministrativa degli enti, Milano, 2002, p. 42; R. PALMIERI, *Modelli organizzativi, diligenza e "colpa" amministrativa dell'impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 7 e ss. Tale riferimento compare espressamente anche nella *Relazione* di accompagnamento al decreto, cit., p. 18.

²⁸ C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, cit., p. 26, dove l'Autore parla di *scusante speciale di inesigibilità*; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 590; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2001, p. 1135 e ss. (tali Autori peraltro riconoscono come in tal caso la "scusante" si costruisca su un paradigma di imputazione in cui più chiaramente emerge la base teorica della immedesimazione organica: in tal senso si potrebbe distinguere, nell'ambito del criterio soggettivo, il caso del reato dell'apice in cui la responsabilità dell'ente sarebbe di tipo "doloso" da quello del subordinato, dove la responsabilità dell'ente sarebbe "colposa", configurandosi come agevolazione colposa: sul punto, *infra*, Cap. II); G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 107; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 1117; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 590 O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 531.

²⁹ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, p. 5107.

4. Premesse all'analisi: responsabilità amministrativa da reato e principio costituzionale di personalità

Il cuore della problematica presuppone però in via preliminare di stabilire se e in che misura debba considerarsi operante il principio costituzionale di personalità per la disciplina di recente introdotta. Infatti, l'esigenza di ricostruire criteri di imputazione che possano garantire in modo soddisfacente l'appartenenza dell'illecito all'ente collettivo (quali la politica d'impresa e la lacuna organizzativa) – e a maggior ragione l'eventuale esigenza di “soggettivizzare” la responsabilità della persona giuridica – deriverebbe essenzialmente da una qualificazione in senso penalistico della responsabilità medesima e delle conseguenze sanzionatorie che si applichino all'ente.

Si tratterebbe quindi di verificare quale sia la effettiva natura giuridica della responsabilità “amministrativa da reato”: al riguardo, non può condividersi sino in fondo l'affermazione secondo cui il dibattito sulle etichette sarebbe privo di utilità per aver la nuova disciplina già apprestato un nucleo esauriente e significativo di garanzie³⁰; oltre ad eventuali esigenze pratiche cui la soluzione dell'interrogativo possa assolvere (quali il sistema cui far

³⁰ D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 417, il quale propende così per una qualificazione “dogmaticamente neutra” come quella di “responsabilità da reato”; nello stesso senso C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 331, nonché A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 44 e ss.; in una prospettiva analoga, v. le considerazioni di A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., p. 51, il quale fa genericamente riferimento ad una responsabilità “punitiva”. La soluzione ripercorre peraltro quella già offerta, come noto, dal Progetto Grosso.

eventualmente riferimento per i profili che non appaiano disciplinati dal d. lgs. n. 231 del 2001³¹), ci sembra che ad una simile conclusione possa eventualmente giungersi solo a seguito di un'indagine approfondita sul sistema di responsabilità, con la consapevolezza del significato che avrebbe il principio di personalità con riferimento alle persone giuridiche.

Sulla base di criteri di riconoscimento fondati sul *nomen iuris* delle sanzioni³², sembrerebbe peraltro doversi escludere una qualificazione penale *stricto sensu*. D'altro canto, anche volendo far riferimento ad indici di tipo sostanziale³³, non potrebbero trascurarsi le pur minimali divergenze rispetto al modello penalistico³⁴.

³¹ Per tali profili cfr. L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 8 e ss. Per una ricostruzione del dibattito intorno alla natura della responsabilità R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006.

³² Così la dottrina dominante: G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 1095 e ss.; G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 797 e ss.; A. ANGELETTI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, app., Torino, 1986, p. 941; G. MARINI, voce *Sanzioni amministrative pecuniarie (illecito colpito da)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, app., Torino, 1986, p. 944. Mentre appaiono ormai superate le diverse prospettive di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924 e F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 550 e ss.

³³ Ritengono che si tratti di responsabilità "penale" dietro la "etichetta" di responsabilità "amministrativa da reato" C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 845; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., p. 189; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., p. 1109; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*, cit., p. 16; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà*, cit., p. 969 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 31 e ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 899 e ss.; L. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, a cura di Conti (in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano), p. 866; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine*

Si tratta allora di comprendere se debba darsi senz'altro e automaticamente séguito alla qualificazione "amministrativa"³⁵, con quanto ne discenda sotto il profilo delle garanzie costituzionali (dovendosi cioè escludere il vincolo di personalità derivante dall'art. 27 Cost.³⁶), o se non emergano elementi atti a evidenziare l'autonomia del nuovo settore punitivo rispetto a quello amministrativo e penale-amministrativo³⁷. L'impossibilità di

amministrativo, in *Le Società*, 2001, p. 1304; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., p. 1157 e ss., il quale qualifica la nuova responsabilità come "terzo binario" del diritto penale; nello stesso senso R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 248 e ss.; più cautamente parlano di natura "sostanzialmente" penale C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., p. 598; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 79.

³⁴ Sono in tal senso variamente evidenziati i riferimenti alla disciplina della prescrizione, delle vicende modificative, alla mancata previsione di istituti sospensivi delle sanzioni. Lo stesso sistema processuale risente di alcuni adattamenti per via della peculiarità del soggetto coinvolto: su ciò v. G. PAOLOZZI, voce *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 2005, (aggiornamento), p. 1170.

³⁵ Sostengono la natura amministrativa della responsabilità M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, cit., p. 1351; G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, cit., p. 1202; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 116.

³⁶ In tal senso si esprime la dottrina dominante: C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 74; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, 1973, p. 62; *contra*, M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995, p. 177 e ss.; C. PIERGALLINI, *Argomenti per l'«autonomia» dell'illecito amministrativo: il nodo della «lex mitior»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1561 e ss.; ma anche la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., ord. n. 502 del 1987, in *Giur. cost.*, I, p. 3316; Corte cost., ord. n. 420 del 1987, *ivi*, 1987, I, p. 2880; Corte cost., ord. n. 319 del 2002, *ivi*, 2002, p. 2472; in senso innovativo invece da ultimo Corte cost., sent. n. 27 del 2005.

³⁷ Anche tenendo conto di una caratterizzazione di quest'ultimo già di per sé minore rispetto a quello penale: M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit., *passim*, il quale appunto già evidenzia la autonomia del illecito amministrativo "depenalizzato" rispetto a quello (punitivo) amministrativo, definibile appunto come "penale-amministrativo"; ritengono che la responsabilità "amministrativa da reato" degli enti rientri in quest'ultima area (di diritto penale-amministrativo), A. PAGLIARO, S. ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, 2006, p. 112. In generale, si è finanche posto il dubbio sulla configurabilità di una

arrestarsi alla considerazione del dato nominale sussisterebbe peraltro anche per chi intendesse valorizzare in modo esclusivo la “formale” volontà legislativa: piacciono o meno le soluzioni “centauresche”³⁸, è infatti il legislatore delegato, prima della dottrina³⁹, ad evidenziare la peculiarità dell’illecito definendolo come appartenente ad un *tertium genus*⁴⁰.

Vero è che i profili da cui dovrebbe emergere la “sostanza penale” del nuovo istituto, potrebbero individualmente non apparire decisivi ai fini di una qualificazione in tal senso: in particolare – per rimanere ai rilievi più significativi⁴¹ – dovrebbe riconoscersi che l’osservanza del modello processuale penale è talvolta prevista anche per illeciti amministrativi⁴²; inoltre, il carattere afflittivo delle sanzioni non differisce grandemente da quello di alcune sanzioni

autonoma ed unitaria categoria di illecito amministrativo: M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, p. 414 e ss.

³⁸ L’espressione è usata in senso critico da G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito*, cit., p. 1164.

³⁹ In dottrina ritengono che si tratti di un *tertium genus* di responsabilità O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 435; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 e ss.; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, cit., p. 9 e ss.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., p.

⁴⁰ Così la relazione, cit., p. 12: «Tale responsabilità poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla legge del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla 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».

⁴¹ La natura “penale” della responsabilità è stata desunta in dottrina guardando al complesso della disciplina ed, in particolare, anche ai criteri ascrittivi. A ciò si potrebbe in definitiva obiettare che non si introdurrebbe così nulla di nuovo rispetto al modello ex l. 689 del 1981, che garantisce, seppur ad un livello inferiore rispetto a quello penale, un’imputazione colpevole.

⁴² In particolare, l’art. 24 del n. 689 del 1981 prevede per la competenza del giudice penale per la ipotesi di una connessione obiettiva con un reato.

amministrative, difettando invece la previsione di misure privative della libertà personale.

Un'indagine appena più approfondita lascia però pervenire a conclusioni in parte diverse. Intanto, in nessuna ipotesi di quelle che nel sistema vigente e secondo criteri formali si considerino illeciti amministrativi, la cognizione è interamente e istituzionalmente devoluta al giudice penale⁴³; assolutamente inedito rimane inoltre il collegamento con il reato. D'altro canto, la peculiarità del nuovo illecito si rinviene appunto nella coesistenza di tutti i profili evidenziati: ciò che, di per sé, già sarebbe forse sufficiente a sottolineare l'intento del legislatore di creare un nuovo ed autonomo sistema punitivo più vicino a quello penale che a quello (punitivo-) amministrativo.

Per avvalorare tale conclusione però una particolare attenzione merita il sistema sanzionatorio del d. lgs. n. 231 del 2001, il quale senza dubbio raggiunge un grado di afflittività assai elevato (si pensi all'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività⁴⁴). Peraltro, se è vero che tali contenuti corrispondono talvolta a quelli di sanzioni tipicamente amministrative⁴⁵, sarebbe in ogni caso

⁴³ Il rilievo è chiaramente evidenziato da G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2006, p. 7. Peraltro, il criterio della cognizione sull'illecito rappresenta quello immediatamente successivo, in ordine di rilevanza, a quello nominalistico: in tal senso G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 801, che lo ritiene senz'altro valido quando non socorra quello del *nomen*.; sul punto anche U. ARDIZZONE, voce *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, p. 1085.

⁴⁴ Sul punto cfr. R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 198.

⁴⁵ In tal senso G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1201, il quale porta ad esempio il d. lgs. n. 507 del 1999, di cui l'art. 3 dispone, al comma 2, la possibilità di sanzioni amministrative accessorie, comunque individuali, quali: «a) nel caso di reiterazione specifica delle violazioni, la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio da un minimo di cinque giorni ad un massimo di tre mesi, ovvero la sospensione fino ad un massimo di tre

opportuno considerare come la medesima misura restrittiva potrebbe avere effetti diversi a seconda del soggetto che ne venga colpito; effetti certamente più devastanti quando si tratti dell'ente anzi che della persona fisica che lo gestisce. Né argomenti sino in fondo convincenti possono desumersi dalle previsioni, precedenti⁴⁶ o successive⁴⁷ al d. lgs. n. 231 del 2001, di responsabilità

mesi o la revoca della licenza, dell'autorizzazione o dell'analogo provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività; b) per i fatti di particolare gravità dai quali sia derivato pericolo per la salute, la chiusura definitiva dello stabilimento o dell'esercizio e la revoca della licenza, dell'autorizzazione o dell'analogo provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività'». L'art. 8 stabilisce quindi che «gli organi della pubblica amministrazione incaricati della vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di produzione, commercio ed igiene degli alimenti e delle bevande dispongono la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio nei casi di insussistenza dei requisiti igienico-sanitari necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione sanitaria».

⁴⁶ Si vedano in particolare la l. n. 287 del 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato (artt. 15-19) che prevede la comminatoria di sanzioni pecuniarie amministrative alle "imprese", o nei casi di reiterata inottemperanza, la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni; sembra disporre una misura sanzionatoria diretta nei confronti dell'impresa anche la l. 223 del 1990 (l. Mammì, sulle telecomunicazioni), quando agli artt. 33-34 prevede la disattivazione degli impianti e la dismissione forzata di società o di partecipazione o di quote, ovvero lo scorporo e la vendita forzata di attività esercitate da società controllate o collegate: ritengono che in questi casi si configuri una responsabilità amministrativa diretta della persona giuridica, C. E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1189 e ss.; ID., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1039; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*, cit., p. 1039 e ss.; L. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 885; V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, cit., p. 1992; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 324 e ss.

⁴⁷ Viene al riguardo in rilievo la l. 18 aprile 2005, n. 62 che ha introdotto nel t.u. n. 58 del 1998 il titolo I-bis (artt. 180-187-*quaterdecies*), con cui, oltre ad essere estesa la responsabilità amministrativa da reato ai reati di abuso di informazioni privilegiati e di manipolazione di mercato (art. 184 e 185), si introduce una responsabilità amministrativa dell'ente dipendente dagli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiati e di manipolazione di mercato (187bis-187ter-187quinqies). Sulla atipicità di tale modello, anche sotto il profilo processuale, G. PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 239 e ss.; inoltre F. SANTI, *La responsabilità delle «persone giuridiche» per illeciti penali e per illeciti amministrativi di*

amministrativa diretta degli enti collettivi: infatti, una loro attenta analisi mostra (oltre a molte divergenze in punto di disciplina⁴⁸) un grado di afflittività spesso non comparabile a quello previsto dal d. lgs. n. 231⁴⁹; senza considerare che la scelta del modello processuale penale introduce meccanismi di afflizione estranei a qualunque sistema amministrativo, come è l'applicazione delle misure interdittive in via cautelare⁵⁰. Ma soprattutto, quando anche esistessero sanzioni amministrative di analogo contenuto afflittivo, non sarebbe certo il *nomen* ad escludere le perplessità per un quadro non sufficientemente assistito da adeguate garanzie⁵¹.

Se così è, forti dubbi possono esprimersi sull'inquadramento del nuovo sistema nell'ambito punitivo amministrativo "tradizionale", assumendo invece esso i connotati di un sotto-sistema autonomo più vicino a quello penale, e perciò autorevolmente

abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, in *Banca borsa*, 2006, p. 81; S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 9 e ss.

⁴⁸ A cominciare dal fatto che la competenza all'applicazione è sempre dell'Autorità amministrativa.

⁴⁹ Nel caso della legge n. 62 del 2005 e l. 287 del 1990 si prevedono *solo sanzioni pecuniarie*, o sanzioni interdittive in via eccezionale, come la sospensione dell'attività per il periodo di tre mesi in caso di reiterazione, comunque non equiparabili alla interdizione definitiva prevista dal d. lgs. n. 231 del 2001.

⁵⁰ Ne evidenzia la particolare temibilità A. FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 73 e ss.

⁵¹ In un diverso contesto si vedano, per esempio, le perplessità espresse da M. ROMANO (*Societas delinquere non potest*, cit., p. 1039), con riferimento alla l. 287 del 190, che lascia emergere il rischio di una indistinta responsabilità "collettiva", verosimilmente generica e potenzialmente oggettiva. Per la non assoluta rilevanza del criterio del *nomen*, si è d'altra parte anche fatto notare l'esempio delle misure di sicurezza, definite come "amministrative" dal codice Rocco, ma ormai pacificamente qualificati come penali (o quanto meno "criminali"). Sulla natura criminale delle misure di sicurezza, per tutti, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 237 e ss.

definito come “para-penale”⁵². Una tale scelta positiva non dovrebbe del resto sorprendere se si consideri l’emergere di orientamenti sovra-nazionali che segnalano la necessità di ridefinire i confini dei diversi settori punitivi⁵³.

Si tratterebbe allora di stabilire se ed in che misura per un settore limitrofo a quello penale (appunto para-penale) si impongano le garanzie costituzionali penalistiche. Al riguardo, rilievi decisivi derivano dalla tutela comunque assicurata dalla Costituzione all’impresa, alle libertà collettive e associative, e, più in generale, agli interessi ad esse legati. Sicché la loro eventuale limitazione

⁵² Cfr. A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107; nello stesso senso N. SELVAGGI, *L’interesse collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, cit., p. 55; anche P. DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Principi generali e criteri d’imputazione*, Bari, 2002, p. 113 e ss.

⁵³ Evidenzia tale esigenza A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Il diritto penale dell’impresa*, cit., p. 77, il quale già prima del d. lgs. n. 231 del 2001 sottolineava la opportunità di collocare la responsabilità diretta delle persone giuridiche nell’ambito di un diritto punitivo “para-penale”. Particolarmente emblematica appare una giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell’uomo tesa a riconoscere la natura penale a sanzioni aventi natura amministrativa negli ordinamenti nazionali, in vista di assicurare uno statuto di garanzie più valido. Si vedano in particolare le sentenze *Oztürk c/Allemagne*, 21 febbraio 1984, série A, n 73 e *Benendoun c/France*, 21 febbraio 1994, série A, n. 284-A, (pubblicate con alcuni commenti in AA. VV., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, 2003, p. 189 e ss.), dove viene definita la nozione di “*accusation in matière pénale*” del primo comma dell’art. 6 della CEDU: in particolare, nella prima pronuncia, riprendendo i criteri elaborati nell’affare *Hengel* (sentenza *Hengel c/Allemagne*, 18 giugno 1976, série A, n. 22, par. 82) per attribuire natura penale ad una sanzione (le indicazioni provenienti dal diritto nazionale; la natura del fatto o del comportamento di trasgressione della norma; lo scopo e la severità della sanzione), la Corte afferma che «*la Convention n’empêche pas les États, dans l’accomplissement de leur rôle de gardiens de l’intérêt public, d’établir ou maintenir une distinction entre différents types d’infractions définis par le droit interne et d’en fixer le tracé, mais il ne s’ensuit pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminant aux fins de la Convention, toutefois, doit rechercher si la “contravention administrative” commise par le requérant relève ou non de la dite “matière”*». Su tale giurisprudenza cfr. V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, cit., p. 33 e ss.; nonché C.E. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica ad una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.

presupporrebbe quanto meno un preliminare ‘bilanciamento’ che porti ad escluderne il totale sacrificio. A tal fine si dovrebbe allora soprattutto assicurare che l’illecito “appartenesse” *pienamente* all’ente collettivo, mediante l’enucleazione di criteri di imputazione dotati di rilevante “significatività”⁵⁴.

5. Segue: *“organizzazione difettosa” e “politica d’impresa”: precisazioni concettuali nella prospettiva dell’imputazione. La politica d’azione “in senso ampio” come indice di ‘appartenenza’ dell’illecito all’ente*

Nella prospettiva evidenziata andrebbe innanzitutto ribadita l’insufficienza di uno schema ascrittivo di tipo organicistico. Verrebbero invece prima di tutto in rilievo le dinamiche organizzative interne all’ente, e il ‘binomio’ politica d’impresa-organizzazione difettosa⁵⁵. Sembrerebbe così possibile ancorare il

⁵⁴ Tali rilievi sono svolti in particolare da N. SELVAGGI, *L’interesse collettivo*, cit., p. 67 e ss. Sul punto, e con particolare riferimento alle associazioni non economiche, F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., p. 441, il quale ritiene che la tutela costituzionale del fenomeno associativo escluda la possibilità di interventi “rieducativi” sulle associazioni medesime, evidenziando per esse la esistenza di un divieto costituzionale assoluto di sanzioni a carattere esclusivamente afflittivo-intimidativo; in generale F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA. VV., *La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, p. 76 e ss. Lo stesso Autore poneva lucidamente in evidenza il rapporto tra natura della responsabilità prescelta per l’ente e la struttura dei criteri di imputazione: F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti*, cit., p. 659: «dalle osservazioni svolte è emersa la necessità che per imputare all’ente sanzioni penali *stricto sensu*, il legislatore non si accontenti di requisiti che sottolineano la connessione del reato con l’attività dell’ente, o la vantaggiosità di esso per l’impresa. Occorrono elementi che identifichino più direttamente l’illecito con l’impresa e con la volontà sociale».

⁵⁵ V. F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti*, cit., p. 659, il quale prosegue: «quanto più da tali premesse si muove verso una stabile identificazione del reato con la politica d’impresa, con la sua struttura organizzativa e con le sue linee di tendenza economiche, si perviene a

coinvolgimento dell'ente, non alla condotta di uno o più persone fisiche, ma al suo "atteggiamento complessivo": dal modo in cui il potere di organizzazione generale sia stato esercitato discenderebbe la possibilità di valutare il comportamento della *societas* nel suo insieme, avendo l'esercizio di quel potere una precisa capacità di orientamento dei singoli⁵⁶; ciò che consentirebbe di garantire l'appartenenza dell'illecito all'ente.

L'idea, in vario modo affermata in dottrina, appare certamente interessante e da approfondire. A tal fine, sarebbero peraltro opportuni alcuni chiarimenti sul significato che verrebbero ad assumere *nella logica dell'imputazione* dell'illecito all'ente i concetti di politica d'impresa e organizzazione difettosa.

Il primo dei due indica, invero, il complesso di strumenti e modalità con cui un organismo collettivo⁵⁷ agirà per il raggiungimento di obiettivi prestabiliti nel corso di un certo arco temporale; in tale senso, la 'politica d'impresa' coincide grosso modo con la "strategia", per come il concetto è assunto nelle scienze

concretizzare un presupposto che giustifica una responsabilità articolantesi attraverso misure di sicurezza»; A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 311; valorizza come elemento atto a il nucleo di colpevolezza nella personalità della responsabilità penale la mancata organizzazione di un sistema interno di controlli idoneo ad evitare gli infortuni, sul modello di quello indicato da una parte della giurisprudenza francese (su cui, *infra*, cap. III) I. CARACCIOLI, *La responsabilità penale delle persone morali*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, p. 181.

⁵⁶ V. ancora N. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 84 e ss.; sulla necessità del raccordo dell'illecito con la "organizzazione complessiva" dell'ente, in generale, A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103 e ss.

⁵⁷ L'idea della politica d'impresa lascia immaginare un fenomeno tipico, se non esclusivo di enti a carattere imprenditoriale o che perseguono comunque finalità di lucro. Tuttavia, per ciò che in questa sede interessa, essa può senz'altro essere inteso in termini più generali, che consentano di riferire la nozione anche ad enti non economici: in tal senso si preferisce da subito e per la trattazione che segue parlare di politica d'azione.

aziendalistiche e sociali⁵⁸: essa esprime cioè le scelte fondamentali operate dall'ente nella (e per la) conduzione della propria attività.

⁵⁸ V. CODA, *L'orientamento strategico dell'impresa*, Torino, 1988, p. 21 e ss. Appare peraltro opportuno precisare come lo stesso concetto sia, proprio in quel settore di studi, possibilmente inteso in due diverse accezioni, a seconda che si includano (A. D. CHANDLER JR., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the industrial Enterprise*, The M.I.T. Press, 1962, p. 13) o meno (V. CODA, *L'orientamento strategico*, cit., p. 25 e ss.) insieme agli strumenti per conseguire gli obiettivi di fondo dell'impresa, anche gli obiettivi stessi. Nel primo e più ampio senso, la strategia serve così ad individuare il c.d. «orientamento strategico di fondo» dell'impresa, definibile come la «sua identità profonda», «realtà nascosta ed impalpabile», perché fatta «di idee-guida, valori, convincimenti e atteggiamenti di fondo»; nella seconda accezione, essa individua invece le modalità concrete mediante le quali quell'orientamento si manifesta. Nel contesto penale essa in genere è intesa in quest'ultima accezione, ma non mancano riferimenti indiretti anche alla prima: si pensi al concetto di «cultura di impresa» (STONE, *Where the Law ends: the Social Control of Corporate Behaviour*, 1975, p. 228; DEAL-KENNEDY, *Corporate Cultures*, 1982, p. 13; P. H. BUCY, *Corporate Ethos: A standard of imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. L. Rev.*, 1991, 1121, su cui v. le ricostruzioni di C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit.), accolto anche in certi ordinamenti positivi come quello australiano (v. il div. 12.3 del *Criminal Code Act* del 1995, che definisce la «corporate culture» come «una mentalità, un insieme di usi, di regole, un modo di gestire e di condurre l'azienda che è radicato generalmente all'interno della struttura della persona giuridica o nell'ambito di quella parte dell'impresa in cui si svolgono le attività di rilievo»); nella dottrina italiana per una nozione ampia di politica d'impresa, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, secondo cui essa corrisponderebbe a «quelle scelte imprenditoriali di fondo che individuano gli obiettivi, i metodi di gestione dei mezzi e del personale, i traguardi intermedi, le risorse, gli impegni di spesa, ecc.».

Si badi peraltro che nelle scienze aziendalistiche e sociali, compare naturalmente anche la nozione di «politica». In quel contesto, esso, tuttavia, assume, un significato in parte diverso da quello con cui esso è inteso nell'ambito del diritto penale dell'economia, definendo: «1) qualsiasi norma generale emanata in un'organizzazione al fine di delimitare la discrezionalità dei dipendenti (ad es. nell'ufficio X si adotta la «politica» di archiviare le copie di tutte le lettere per oggetto); oppure 2) almeno le più importanti di tali norme emanate dai dirigenti (ad es. la «politica» dell'azienda riguardo alle assenze dovute a malattia dei dipendenti)»: così H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna, 1967, p. 117. L'Autore precisa inoltre come «in aggiunta a questi diversi tipi di «politica» o norme emanate d'autorità, in quasi ogni organizzazione si trova un gran numero di «prassi» che non sono stabilite come ordini o regolamenti, né sono sorretti da sanzioni, ma che sono nondimeno osservate nell'organizzazione in forza dell'abitudine o per altre ragioni. Spesso la linea di separazione tra «politica» e «prassi» non è affatto chiara, a meno che l'organizzazione non segua la «prassi» (o la «politica») di mettere per iscritto tutte le sue politiche».

L'“organizzazione difettosa”⁵⁹ descrive invece una qualche disfunzione operativa che possa farsi risalire a difetti di tipo gestionale; difetti che si traducano in un cattivo funzionamento del sistema. Da questo punto di vista, l'emersione di una “lacuna” all'interno dell'organismo collettivo non fornisce indizi univoci sulle scelte operate dalla persona giuridica, rappresentandone semmai un possibile risultato. Se così è, deve esser chiaro che il difetto di organizzazione assume un significato rilevante nell'imputazione dell'illecito, sempre che sia l'effetto di una politica non sufficientemente (o per nulla) attenta alle esigenze di legalità. Si tratterebbe in altre parole di precisare che i difetti strutturali possano rilevare a fini ascrittivi solo in quanto si raccordino con la politica dell'ente⁶⁰, seppure *lato sensu* intesa, dovendo quanto meno emergere una *politica organizzativa inadeguata*.

⁵⁹ Sulle nozioni di “organizzazione difettosa” e “politica d'impresa” cfr. A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 74 e 75.

⁶⁰ Sottolinea che la premessa della imputazione all'ente debba comunque risiedere nella riferibilità dell'illecito alla politica dell'ente A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5108. In generale, la centralità della politica d'impresa nella prospettiva della responsabilità personale dell'ente è posta in evidenza da F. BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p. 1011. L'idea in tal senso rimanda, come già osservava il Bricola, alla logica kelseniana: «se un comportamento vietato dall'ordinamento giuridico statale, un reato, non è ascritto ad un ente, questo avviene perché uno statuto che attribuisca l'autorizzazione in senso stretto a tale comportamento giuridicamente vietato, sono, di regola, in base all'ordinamento giuridico statale, nulli o annullabili. Questa affermazione non ha però valore assoluto» [...] «Le norme dello statuto di un ente non sono da considerare nulle od annullabili tutte le volte che autorizzano ad un comportamento antigiuridico. L'assemblea di una società per azioni, può decidere in base ad un parere del suo consulente legale, di non pagare una certa tassa, impartendo all'organo sociale competente le istruzioni del caso. Se in seguito a ciò non si paga la tassa e se il procedimento dell'autorità fiscale contro la società per azioni giunge però alla conclusione che il mancato versamento della tassa è un reato, e quindi si condanna la società per azioni a pagare la tassa ed un'ammenda, rivolgendo un'esecuzione forzata contro i beni della società stessa nel caso che questa non effettui il pagamento, si ascrive all'ente il comportamento antigiuridico, autorizzato dallo statuto, e tenuto dal competente organo sociale, senza per questo

È in questa precisata prospettiva che si dovrebbe poi distinguere tra una politica che si fonda *direttamente sulla illegalità* per la realizzazione degli obiettivi (leciti⁶¹) dell'impresa⁶² (politica "in

ritenere che il comportamento abbia avuto luogo fuori dall'autorizzazione attribuita dallo statuto»: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 207 e 208

⁶¹ Ci si riferisce cioè ad attività criminose di "imprese lecite", le quali, pur agendo mediante strumenti totalmente o parzialmente illegali, perseguono finalità in sé non contrarie all'ordinamento. Sulla distinzione tra "impresa lecita" ed "illecita", ovvero "ente criminale" nella dottrina penalistica, A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 76; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, p. 116 e ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, cit., p. 194. La distinzione in ambito civilistico sembra peraltro intesa in un'accezione comunque più ampia, dove è definita illecita l'impresa «quando il risultato finale dell'attività nel suo complesso è *contra legem*, nel doppio senso, utilizzabile sul piano negoziale, dell'impresa che persegue risultati in contrasto con l'ordine pubblico o con norme imperative (impresa illegale), oppure in contrasto col buon costume (impresa immorale)»: così V. PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita (per una teoria delle anomalie dell'impresa)*, in *Impresa e società. Scritti in onore di A. Graziani*, III, Napoli, 1968, p. 1216 e ss., e in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 572; vedi inoltre E. SACCÀ, *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, 1988. In tal senso, peraltro, deve farsi osservare come la distinzione fondata sull'elemento teleologico rimane soggetta a possibili oscillazioni non essendo assolutamente pacifico, almeno con riferimento all'ente imprenditoriale, la nozione di "causa dell'impresa": v., in diverse prospettive, T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale, Introduzione*, Milano, 1955, p. 128; BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, p. 149; FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1950, p. 116; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, p. 31; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 43 e ss.; sul punto, v. il quadro, con ulteriori sviluppi di V. PANUCCIO, voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 610 e ss.

⁶² In generale, la dottrina segnala, quale elemento sintomatico della (riferibilità di un'azione alla) politica d'impresa, la sistematicità delle condotte (del tipo di quella compiuta) realizzate nel contesto aziendale: F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, cit., p. 658; ID., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, cit., p. 1015 e ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., p. 238; ancora, sul carattere continuativo delle violazioni quale "indice probatorio indiretto" della politica d'impresa, v. T. PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *Leg. pen.*, 1981. Secondo tali valutazioni sembra muoversi anche la prima giurisprudenza italiana, oltre che da più tempo quella straniera: v. Trib. Roma, ord. 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, p. 327, secondo l'ipotesi accusatoria appare confermata proprio dalle «modalità dell'intervento corruttivo, l'estrema diffusione e l'assoluta non occasionalità ed episodicità dello stesso, tale da costituire un vero e proprio sistema»; Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, secondo cui «le modalità con le quali l'azione corruttiva è stata condotta dai funzionari XXX A.G. (interposizione

senso stretto”) da quella che sia più semplicemente risultata insoddisfacente nel garantire il rispetto della legalità (politica “in senso ampio”) sotto il profilo organizzativo.

Il riferimento alla politica d’azione, *lato sensu* intesa, sembrerebbe così idoneo, in connessione con altri essenziali indici di appartenenza dell’illecito⁶³, a valutare il contributo ‘personale’ del

nell’erogazione della tangente di un soggetto terzo e al fine di rendere più difficoltosa l’individuazione della fonte del pagamento; periodicità dei pagamenti, “scadenzati” in funzione del procedere della gara e dell’effettuazione della fornitura) nonché – anzi soprattutto – la pre-esistenza di conti e fondi riservati riferibili a XXX A.G., utilizzabili e utilizzati per la commissione di reati, dimostrano (...) che l’ente considerava l’erogazione di tangenti quantomeno come una possibile *strategia imprenditoriale*»; Trib. Napoli, 26 giugno 2006, in *www.Rivista231.it*: «il ricorso a condotte artificiose e fraudolente è stato sistematico, diffuso e pienamente condiviso, anzi organizzato, dai vertici delle società ed attuativo della stessa politica di impresa. L’oggettiva reiterazione di uniformi comportamenti che hanno connotato l’intero svolgimento del rapporto contrattuale; la medesimezza del disegno criminoso che li sorregge e tutti li avvince; la particolare intensità dell’elemento psicologico che ha supportato le condotte delle persone fisiche, sia in punto di preordinazione e programmazione di un’azione unitaria non determinata dalle obiettive contingenze, ma telelogicamente diretta ed obiettivamente idonea a piegare la contingenza, volgandola a proprio vantaggio, sia in punto di concreta attuazione dell’omogenea strategia di fondo (attraverso il reiterato ed anzi costante ricorso ad espedienti artificiosi; attraverso l’impegno profuso, con l’impiego di risorse umane, strumentali e materiali, nel giustificare le inadempienze contrattuali, nell’addomesticare i risultati delle analisi delle qualità dei prodotti, adoperandosi nel violentare i campioni e successivamente nell’alterare i risultati; attraverso le modifiche impiantistiche e gli accorgimenti tecnici per tenere separate le due linee di produzione del CDR; attraverso il concreto contributo fornito nell’iter di adozione dei provvedimenti della stazione appaltante non soltanto con la prospettazione di fallaci e inveritiere argomentazioni, ma anche fornendo precedenti e pareri del Ministero dell’Ambiente del tutto inconferenti al caso concreto)». Nella giurisprudenza francese, v. TGI Versailles, 19 dicembre 1995, secondo cui «la situation ayant prévalu sur le chantier de Guyancourt n’est pas une situation isolée mais correspond à une politique délibérée de l’entreprise». Ma utili spunti potrebbero desumersi da alcuni orientamenti della giurisprudenza statunitense in tema di *ratification*. Rimarrebbe peraltro un’efficacia comunque solo indiziante: sul punto, *infra*, § 7.

⁶³ Sui diversi criteri di appartenenza dell’illecito all’ente A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5108.

soggetto collettivo all'illecito⁶⁴: e ciò, a maggior ragione considerando le ormai note conclusioni delle scienze aziendalistiche sulla "complessità" dei processi decisionali⁶⁵, ivi compresi quelli di livello "strategico"⁶⁶. E, d'altra parte, il fatto che il concetto di politica

⁶⁴ In tale senso, sembra muoversi la più recente giurisprudenza. In particolare, si veda Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.: «Del resto le condotte ascritte agli indagati, che si connotano per l'omogeneità dei contenuti, per l'uniformità delle modalità di approccio nei rapporti e nelle interlocuzioni con la stazione appaltante, per la medesima callidità degli espedienti utilizzati ed abusati per supportare la falsa rappresentazione di un'apparente regolarità dell'attività contrattuale, per la comune concertazione di strategie operative sono altrettanti dati di natura fattuale, prima ancora che logica, che *consentono, con tranquillante certezza, di iscrivere ogni singolo e personale comportamento nel contesto della politica di impresa*: gli apici hanno agito nell'interesse esclusivo delle società, uniche beneficiarie dei vantaggi effettivamente conseguiti. E analoga conclusione è autorizzata dall'univoco dato probatorio, chè tale può qualificarsi il dato che in questa fase basterebbe fosse indiziario, per i soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, giacchè essi non hanno agito, come autenticamente ammesso nelle conversazioni riservate e negli interrogatori resi al P.M. (cfr. dichiarazioni di V), violando le regole comportamentali e aggirando i presidi di controllo apprestati dalle rispettive società, ma in esecuzione delle direttive ricevute, pienamente condivise, volontariamente realizzate. Le loro condotte, in piena aderenza agli imput forniti dai vertici preposti alla loro vigilanza e controllo, si sono uniformate alle istruzioni, alle prassi aziendali; esse si iscrivono *nella complessiva strategia imprenditoriale concretamente assunta*, sicchè è la persona giuridica attraverso i suoi organi, e nella pienezza della immedesimazione con gli stessi, *che risulta ispiratrice e complice dei comportamenti delittuosi* e, dunque, responsabile di fatti che certamente non possono esserle addebitati a titolo di mera culpa in vigilando. [...] Sotto il secondo profilo relativo alla verifica di natura soggettiva, la circostanza che ad essere indagate siano delle persone giuridiche non impedisce di considerare la *personalità dell'ente collettivo stesso, attraverso la valutazione della sua condotta anteatta, concomitante e susseguente che non può che essere riguardata, complessivamente e oggettivamente, come politica di impresa, nonchè attraverso la valutazione della sua organizzazione*» (corsivo della scrivente).

⁶⁵ Infatti, se è vero che i meccanismi "decisionali" all'interno dell'ente corrispondono a procedimenti "complessi" o "composti" - per questo incisivamente paragonati «ad un grande fiume che deriva dai suoi affluenti le innumerevoli premesse che concorrono a formarlo»: H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 328.

⁶⁶ «Il processo di formulazione della strategia non è mai così lineare e preciso», in quanto «da un lato le altre parti dell'organizzazione, in alcuni casi anche il nucleo operativo, possono svolgere un ruolo attivo nella formulazione della strategia; dall'altro le strategie talvolta si formano anche inconsapevolmente, via via che i manager rispondono alle pressioni dell'ambiente, decisione dopo decisione»: H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 326; nello stesso senso

rimandi ad un fenomeno tipicamente pluri-personale non esclude la possibilità (o la necessità) di tener conto di eventuali situazioni di “scollamento” rispetto all’atteggiamento complessivo dell’ente: in quest’ottica, non è dubbio che un sistema pienamente soddisfacente sotto tale profilo dovrebbe poter immaginare meccanismi di recesso⁶⁷.

Tanto premesso, si tratterà quindi di verificare in che misura il d. lgs. n. 231 abbia effettivamente accolto tale prospettiva.

6. *Lacuna organizzativa, reati colposi d’impresa e responsabilità “autonoma” dell’ente collettivo*

Prima di valutare se il sistema di imputazione sia complessivamente idoneo a garantire che l’illecito “appartenga” alla persona giuridica, sembra peraltro opportuno soffermarsi sul problema del rapporto tra responsabilità della persona fisica e responsabilità della persona giuridica.

v. DAFT, *Organizzazione aziendale*, ed. it., Milano, 2001, p. 429, secondo cui «le organizzazioni sono composte da manager che prendono decisioni utilizzando processi sia razionali sia intuitivi, ma le decisioni di livello organizzativo, di solito, non sono prese da un singolo manager. L’identificazione del problema e la sua soluzione interessano molte aree aziendali, molteplici punti di vista e possono addirittura coinvolgere altre organizzazioni, superando in tal modo l’ambito decisionale di un singolo dirigente»; ancora, evidenzia le molteplici interrelazioni, a livello di scelta strategica, tra soggetti apicali e ambiente circostante, sia interno che esterno H. MINTZBERG, *La progettazione dell’organizzazione aziendale*, trad. it., Bologna, 1996, p. 52. D’altra parte, già il Bricola poneva in evidenza la non automatica riferibilità delle “scelte strategiche” a decisioni individuali (v. F. BRICOLA, *Responsabilità per il tipo e il modo di produzione*, cit., p. 83 e 84).

⁶⁷ Ciò che era previsto dalla legge delega n. 300 del 2000, su cui v. l’apprezzamento positivo di A. FIORELLA, *Premesse sulla responsabilità amministrativa dell’ente collettivo per reati commessi nel suo interesse*, in AA. VV. *La responsabilità della società per il reato dell’amministratore*, cit., p. 13.

Se infatti il modello ascrittivo fondato sulla “lacuna organizzativa” non è di per sé in conflitto con quello organicistico, è chiaro anche che la presenza di una componente organicistica nell’imputazione determina la necessità di una costante connessione tra la responsabilità della persona fisica e quella della persona giuridica. Per questo, è stata varie volte indicata l’opportunità di creare meccanismi ascrittivi del tipo di quello fondato sulla “lacuna”, che però si svincolino decisamente dallo schema dell’immedesimazione e consentano di affermare la responsabilità dell’ente anche (o perfino solo) quando non possa affermarsi quella della persona fisica⁶⁸; tanto che in tal senso si sono mossi di recente alcuni ordinamenti stranieri proiettati a costruire un reato “dell’ente” direttamente sulla connessione tra “lacune” ed *evento* dannoso (in tal senso si veda la fattispecie inglese di *corporate manslaughter*)⁶⁹.

Il problema sembra in effetti preso in considerazione anche dal legislatore italiano il quale, nell’art. 8 del decreto, ribadisce la responsabilità dell’ente per il caso in cui l’autore del reato non sia identificato o non sia imputabile, o il reato sia estinto per una causa diversa dall’amnistia. Al riguardo, peraltro, mentre alcuni hanno espresso un apprezzamento positivo proprio per le ragioni ora esposte⁷⁰, parte della dottrina ha ravvisato elementi di

⁶⁸ Nel senso anzi che la responsabilità della persona giuridica andrebbe affermata solo quando «il fatto non possa strutturalmente essere realizzato dalla persona fisica» I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale propria delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo, Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 80.

⁶⁹ *Infra*, cap. III, sez. I.

⁷⁰ G. COCCO, *L’illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 93; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 115; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 555.

contraddittorietà rispetto all'impianto complessivo⁷¹, per ciò che l'ente risponderebbe solo di un 'fatto obiettivo antiggiuridico' e non anche di un reato: la mancata identificazione dell'autore dell'illecito (e la sua non imputabilità) non consentirebbe infatti di accertarne la colpevolezza⁷². Si profilerebbe inoltre il rischio di una serie di incogruenze applicative⁷³, tra cui specialmente la difficoltà di stabilire secondo quale criterio procedere all'imputazione del reato all'ente, se cioè secondo quello dell'articolo 6 ovvero dell'articolo 7⁷⁴.

A parere di scrive, tuttavia, la questione sembra sotto questo profilo dover esser per lo meno ridimensionata⁷⁵. Non si può infatti affermare con assoluta certezza l'impossibilità di verificare l'atteggiamento psichico del soggetto agente, anche quando costui non sia identificato o non sia imputabile⁷⁶, come mostra del resto

⁷¹ E. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale*, cit., p. 205; M. RONCO, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XXVII (aggiornamento), 2002, p. 5; da ultimo, F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 903 e ss.

⁷² E. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale*, cit., p. 206; M. RONCO, voce *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 5; ancorché esprima un giudizio positivo sulla norma in parola, l'impossibilità di accertare la colpevolezza è ritenuta anche da G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 115.

⁷³ Evidenziate da S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., p. 11.

⁷⁴ G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 115; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 254; nello stesso senso anche PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 81, che prospetta anche un possibile contrasto con il principio di legalità.

⁷⁵ Sostiene che l'art. 8 presupponga sempre un reato al completo dei suoi elementi M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 1358; P. DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 144 e ss.; inoltre v. N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 94, n. 77.

⁷⁶ Come osservato, già con riferimento «ai delitti dolosi per cui è prevista, la responsabilità dell'ente richiede comunque un agire "naturalisticamente doloso"»: D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 963. Si fa in tal modo riferimento al portato 'costruttivo' della teoria dell'azione 'finalistica' (su cui

l'esperienza pratica di alcuni ordinamenti⁷⁷. Quanto poi alla definizione della 'posizione' dell'autore del reato nella struttura aziendale, essa appare in realtà difficoltosa solo ove si intenda l' "identificazione" come individuazione della titolarità dei poteri tipici cui si connetta la "posizione significativa": assimilazione questa che non sembra realmente operata dal legislatore delegato, il quale con l'art. 8 intende solo chiarire che la mancata attribuzione dell'identità alla persona fisica non preclude l'ascrizione dell'illecito all'ente⁷⁸. La norma non sembra invece derogare ai criteri di imputazione stabiliti nel decreto, a cominciare dall'art. 5, nel senso che occorrerà comunque accertare l'ambito funzionale in cui sia stato commesso il delitto. Sotto simile profilo, dunque, la fattispecie delineata dall'art. 8 non è di per sé incoerente con il sistema.

Tanto premesso, ci si dovrebbe invece semmai interrogare sulla piena aderenza del sistema così complessivamente determinato alla possibilità di colpire tutte le ipotesi in cui possa manifestarsi nell'ente una politica comunque inadeguata. In primo luogo, ci si potrebbe cioè chiedere quale rilievo avrebbe l'ipotesi in cui non si riesca a ricostruire il quadro dei poteri tipici⁷⁹. Invero, quando

M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950); G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 125 e ss. Per i risvolti di tale impostazione già sul piano sulla struttura delle norme incriminatrici F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 40 e ss.

⁷⁷ Si pensa a quello francese: v. S. GIAVAZZI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia*, in cit., p.

⁷⁸ Ridimensionano la portata della norma anche M. LECCESE, *Abbandono di rifiuti e d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 154 e A. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 506.

⁷⁹ In tal senso O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 4559; D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 963.

l'impossibilità di ricostruire la titolarità di quei poteri dipenda da una inadeguata o poco trasparente distribuzione delle funzioni⁸⁰, esisterebbe certamente uno specifico 'disvalore organizzativo' (appunto la difettosa previsione dal parte del modello del sistema di deleghe⁸¹), idoneo a porre solide basi per la punizione della *societas*.

Così anche è destinato a rimanere insoluto il caso in cui risulti disagevole accertare la "colpa" dell'autore materiale identificato del fatto; ipotesi tipicamente esemplificata dall'eventualità del dipendente che agisca in errore determinato da un difetto nel sistema di trasmissione delle informazioni⁸², o del macchinista del treno che ometta di azionare il dispositivo di sicurezza in quanto sottoposto a ritmi di lavoro pressoché intollerabili e tuttavia dettati da una politica aziendale di riduzione delle spese allo scopo di incrementare i profitti⁸³. Da questo punto di vista, anzi, non può non osservarsi come l'area dei reati colposi "d'impresa" (in materia di infortuni sul lavoro o in materia di inquinamento ambientale) rappresenti in una certa misura un'area privilegiata di responsabilità dell'ente collettivo,

⁸⁰ Non altrettanto potrebbe invece sostenersi in tutti quei casi in cui la complessità dell'indagine si riconduca a fattori affatto estranei alla (scarsa) chiarezza dell'organigramma. In tal caso infatti si rischierebbe di trasferire sull'ente trascuratezze dell'accertamento, sottraendo magari le persone fisiche che siano effettivamente responsabili alle giuste conseguenze penali: sul punto v. i timori espressi da A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 216; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 31 e ss.; E. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale*, cit., p. 208; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., p. 196.

⁸¹ Sulla esigenza di tali previsioni nei modelli organizzativi, *infra*, cap. II, sez. II.

⁸² O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 559.

⁸³ G. FLORA, *Intervento*, in AA. VV., *Societas puniri potest*, cit., p. 281.

in relazione alla quale più che mai assume significato l'imputazione fondata sulla "lacuna organizzativa"⁸⁴.

La previsione di una responsabilità dell'ente in tale caso compare in effetti in alcuni ordinamenti europei, che per i reati colposi costruiscono quella responsabilità come possibilmente distaccata da quella della persona fisica⁸⁵; oltre ad esser già nota a quello italiano, come ricorda la soluzione progettata dalla commissione di riforma 'Grosso'⁸⁶. Peraltro, se il problema rischia di divenire particolarmente attuale alla luce della recente introduzione dei delitti di omicidio e lesioni colpose commessi in violazione della

⁸⁴ In una certa misura, potrebbe anzi dirsi che il concetto stesso di "colpa organizzativa" nasce e si afferma proprio in relazione ad ipotesi del genere, in cui non sia identificato l'autore dell'illecito o comunque questi non risulti essere in colpa. In tal senso, particolarmente emblematica è una giurisprudenza della Corte dei Conti che fa ricorso all'idea della *colpa di organizzazione*: in particolare, nel giudizio di responsabilità amministrativa a carico del dipendente pubblico per danno erariale, la presenza di disfunzioni organizzative (carenza di organico, confusa distribuzione delle competenze, mancanza di coordinamento tra le diverse funzioni) nell'ente o nell'ufficio in cui quello sia inserito serve ad escludere la responsabilità dell'individuo, vuoi perché il difetto non consente l'individuazione dei responsabili (Corte dei Conti, sent. n. 598 del 2004), vuoi perché esclude la colpa del dipendente identificato (Corte dei Conti, sentenze nn. 15 del 2002 e 3 del 2003), vuoi perché non consente di individuare in capo a quello una colpa grave, ma solo una colpa lieve (Corte dei Conti, sez. giurisd. Regione Campania, 25 giugno 1999, P.R. c. Barbato, nonché Sentenze nn. 335 del 2002 e 50 del 2004); quando non esclude la responsabilità del dipendente, ne consente quanto meno una riduzione, in quanto presupposto per l'esercizio del potere di riduzione dell'addebito ex art. 52, comma 2, del R.D. n. 1214 del 1934 (Corte dei Conti, sez. giurisd. Regione Sardegna, 3 settembre 1992; Id., sez. giurisd. Regione Sardegna, 4 novembre 1992, P.G. Sannio; Id., sez. II, 27 luglio 1992, P.G. c. Ciucci; Id., sez. I, 14 febbraio 1994, P.G. c. Seresini; Id., Sez. I, 20 settembre 1994, P.G. c. Putrella; Id., sez. giurisd. Regione Sardegna, 20 settembre 1994, P.G. Cambarau).

⁸⁵ V. *infra*, cap. III.

⁸⁶ Nel definire il principio di 'autonomia', il Progetto utilizzava infatti una formula assai generica secondo cui l'ente sarebbe stato responsabile anche quando fosse esclusa per qualsiasi causa la punibilità delle persone fisiche (art. 123, comma 1): specificando, quindi, che per i reati colposi la responsabilità della persona giuridica sarebbe stata indipendente dalla colpevolezza di alcuna persona fisica (art. 123, comma 2).

normativa antinfortunistica nell'ambito dei reati -presupposto⁸⁷, non sembra che una soluzione del genere (cioè l'affermazione della responsabilità dell'ente in assenza di colpa di una persona fisica, quand'anche eventualmente non "identificata") possa ammettersi alla stregua del sistema vigente, benché pure autorevolmente sostenuto⁸⁸.

⁸⁷ Si veda l'art. 25septies, introdotto dalla Legge 3 agosto 2007, n. 123 contenente misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia. D'altra, fermenti riformatori si registrano anche nel settore della criminalità ambientale: già ipotizzata dal d.d.l. n. 761 del 6 luglio 2006, una responsabilità dell'ente al riguardo è inserita nello "schema" di disegno di legge delega "per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della disciplina dei delitti contro l'ambiente" (approvato dal Governo il 24 aprile 2007), sebbene in quest'ultimo proprio il raccordo con le fattispecie colpose. Alcuni primi commenti sono svolti da C. E. PALIERO, *Per ambiente e lavoro il rebus della colpa*, in *Il sole 24 ore*, 26 aprile 2007, 27; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al dir.*, 2007, n. 35, p. 40 e ss.; inoltre, sull'art. 25septies (per il quale problemi si pongono in realtà anche con riferimento agli altri criteri di imputazione, come specialmente quello dell'interesse, ma anche quello dell'elusione "non-fraudolenta"), G. ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007; L. VITALI, C. BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, *ivi*; M. NUCCIO, *La colpa di organizzazione alla luce delle innovazioni legislative apportate dalla legge 123/2007*, *ivi*, 2008. Nel complesso l'interesse su questa materia rimane vivo, anche a considerare il recente intervento del d. lgs. n. 152 del 2006 (t.u. sull'ambiente), che in modo un po' maldestro concepisce a carico della persona giuridica una inedita responsabilità 'solidale' «secondo le previsioni del D. Lvo 8 giugno 2001, n. 231», svincolata dalle conseguenze sanzionatorie tipiche del d.lgs. n. 231 in quanto più che altro fonte di obblighi ripristinatori (art. 192, co. 4 del t.u.): nel pasticcio della formula, deve per lo meno prendersi in considerazione l'ipotesi che si sia introdotto un coinvolgimento dell'ente per un reato-presupposto (anche) colposo con effetti giuridici distinti ma da attuarsi secondo i criteri ascrittivi. Per i primi commenti v. M. LECCESE, *Abbandono di rifiuti e d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Spagnolo, Milano, 2007, p. 150; E. ROMOLOTTI, *Il nuovo testo unico dell'ambiente e il d.lgs. 231/2001: un'occasione perduta?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 1.

⁸⁸ Tale possibilità interpretativa è sostenuta da C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili sistematici*, in AA. VV., *Societas puniri potest*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, p. 32; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, *cit.*, p. 559. Esclude invece

7. Le lacune ascrivibili all'ente e i limiti dell'onere di prevenzione

Quando sia stabilito se e che ruolo assuma la politica d'azione dell'ente nella struttura dell'imputazione ex d. lgs. n. 231 del 2001, si tratterebbe poi di valutare in che modo essa vada accertata.

Da una parte, una prima distinzione andrebbe posta a seconda che si tratti di una politica "in senso stretto" illecita o di una politica organizzativa inadeguata. Non è dubbio peraltro che quando l'ente mostrasse un atteggiamento deliberatamente orientato alla illegalità, la responsabilità ex d. lgs. n. 231 del 2001 andrebbe senz'altro e comunque affermata, evidenziandosi un vero e proprio contributo "attivo" al reato⁸⁹. D'altro canto, secondo un'interpretazione del sistema coerente alla sua logica di fondo, in tali casi, l'impunità del soggetto collettivo riuscirebbe improbabile già all'accertamento del suo eventuale contributo 'omissivo' (mancata organizzazione preventiva): sarebbe infatti certamente difficoltoso ammettere la idoneità e soprattutto l'efficacia del modello in presenza di indirizzi (direttive, ordini, etc.) volti a incentivare o favorire fatti criminosi⁹⁰.

che l'art. 8 possa avere valenza di principio generale E. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale*, cit., p. 210.

⁸⁹ A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 101: l'Autore ritiene per questo che le cause di non punibilità previste dagli artt. 6 e 7 operino con riferimento al contributo "omissivo" e non possano invece escludere la responsabilità dell'ente quando l'ente abbia attivamente contribuito alla commissione del reato.

⁹⁰ Al riguardo, peraltro, sembra comunque condivisibile la scelta di non introdurre una netta differenziazione a livello sanzionatorio in rapporto alle diverse manifestazioni illecite dell'attività dell'ente (in tal senso, sebbene con diverse argomentazioni, anche O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 505), ferma restando ovviamente la possibilità di dar rilievo alla diversità di disvalore nell'ambito della commisurazione della sanzione pecuniaria (art. 11). Infatti, gli indici di riferimento

Per ciò che invece concerne la politica risultante da una non adeguata considerazione sotto il profilo organizzativo delle esigenze di legalità, l'indagine appare in una certa misura agevolata per essere il concetto di "lacuna" esemplificato con il riferimento alla «adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Ciò peraltro non esclude l'esigenza di fissare con chiarezza i 'limiti' dell'onere di prevenzione,

quali la "sistematicità" delle condotte illecite (*supra*, n.) avrebbero sempre e solo efficacia indiziante, sia nel senso che un fatto potrebbe essere esecutivo di una certa politica anche quando esso sia l'unico nel suo genere che fino a quel momento sia stato compiuto, sia perché la reiterazione del comportamento illecito potrebbe anche risalire ad una semplice noncuranza dell'ente, e cioè ad una politica di prevenzione inadeguata. Tale ultima possibilità renderebbe in particolare e certamente difficoltoso l'accertamento, specie per quei casi – più probabili – in cui la politica dell'illegalità si manifesti in forma "implicita": sul punto, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 238. Occorrerebbe quindi in ogni caso considerare elementi concreti (come ordini o direttive) che mostrino la rispondenza degli atteggiamenti *contra legem* agli indirizzi fissati a livello apicale, lasciando emergere con sicurezza l'approvazione e l'appoggio da parte dell'ente al fatto criminoso: V. PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita*, cit., p. 1204. ; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 238, il quale fa l'esempio della «conferma dell'ufficio all'incaricato che delinque, e magari all'attribuzione allo stesso di note di qualifica positive, dell'avanzamento di carriera o della manifestazione di altri segni concreti di riconoscenza, anche se non indirizzati esplicitamente a ricompensare l'attività criminosa».

Una espressa considerazione riconosce invece il d. lgs. n. 231 al fenomeno dell'"ente criminale": così il comma terzo dell'art. 16 dispone sempre la interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, con esclusione delle *chances* di riparazione (art. 17), per l'ente che venga stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità (v. anche gli artt. 25quater, comma 3, 25quater1, comma 2, e 25quinquies, comma 3); sebbene, anche in tal caso non si esclude la problematicità dell'accertamento, ed in particolare della distinzione con l'impresa lecita, tenendo anche conto che in tutti questi casi l'ente tenderebbe a dissimulare le finalità concretamente perseguite: V. PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita*, cit., p. 1202, il quale afferma come «poiché è dal comportamento orientato che potrà desumersi il fine illecito, si intenderà pure come un singolo atto illecito non basti a qualificare d'illiceità l'impresa: occorrerà invece che l'attività dell'imprenditore nel suo orientamento complessivo, riveli l'illiceità del risultato cui tende».

essendo già emersi al riguardo profili problematici variamente evidenziati in dottrina.

Le maggiori incertezze concernono, come intuibile, la definizione della *idoneità del modello*. In primo luogo, e per ciò che riguarda i *contenuti* del programma preventivo, si è posta in luce la carenza del sistema di legge sotto il profilo della determinatezza⁹¹. Si riproporrebbero, più in particolare, problematiche già note in materia di colpa (specie generica) per essere l'individuazione delle cautele demandata ai suoi stessi destinatari⁹², con la peculiarità però di non potersi (ancora) rinvenire usi ed esperienze professionali atti a delimitare la "diligenza" richiesta⁹³. Sembrerebbe perciò rimessa al giudice una valutazione interamente discrezionale, con il rischio,

⁹¹ G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., p. 1146; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 434 e ss.; F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, p. 43; ID., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 13 e ss.

⁹² D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 434; F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., p. 13. Il riferimento in tal senso è alla sentenza della Corte costituzionale, n. 312 del 1996 (in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 15 e ss.), su cui di recente v. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 31 e ss. Su tale problematica nell'ambito della colpa, con riferimenti anche ai modelli organizzativi, da ultimo, D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 301 e ss. Sul ruolo dei modelli organizzativi nella individuazione delle "posizioni di garanzia" rilevanti nel diritto penale dell'impresa A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 170 e ss.

⁹³ F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 43. Sul ruolo degli "usi cautelari" ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 98 e 99; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 242 e ss. Sulla problematica, con ulteriori riferimenti alla pronuncia della Corte costituzionale, da ultimo G. MINNITI, *Finalità cautelare della norma, sua evoluzione nel tempo e accertamento della colpa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 323. In termini più generali, v. anche le considerazioni di F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1192 e ss.

possibilmente agevolato da ragionamenti di tipo “circolare” (per cui la commissione del reato sarebbe la prova della inidoneità del modello), di azzerare la portata esonerante del meccanismo di legge⁹⁴. Per questo anche si prospetta la necessità di interventi di riforma orientati ad una maggiore tipizzazione legislativa o sub-legislativa⁹⁵, o quanto meno di interpretazioni “correttive” tese a valorizzare strumenti di ‘tipizzazione’ previsti dalla nuova disciplina⁹⁶. Il problema si lega peraltro intimamente a quello della *misura* della capacità preventiva del modello, per il quale un maggiore chiarimento sembrerebbe imposto anche in relazione al sistema complessivo di imputazione⁹⁷.

⁹⁴ V. anche R. PALMIERI, *Modelli organizzativi, diligenza e «colpa» amministrativa della impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 8 e ss.

⁹⁵ D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, cit., p. 436; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito*, cit., p. 1146.

⁹⁶ Quali sarebbero i codici di comportamento di categoria: v. F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 42. Nello stesso senso O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 319, la quale ragiona anche sull’eccesso di invasività che un modello troppo rigido determinerebbe nell’attività aziendale. In termini più generali, sottolineava l’importanza dei codici etici e comportamentali anche come indicazione di categoria già C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1049. La soluzione in tal senso corrisponde a quella già preconizzata nell’ambito della colpa penale: cfr. D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, cit., p. 336 che fa riferimento alla necessità che vengano individuate linee-guida di fonte pubblicistica; con riferimento alla valutazione del rischio da lavoro F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in AA. VV., *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1294.

⁹⁷ Secondo diffuse convinzioni, infatti, il ‘livello’ minimo di idoneità sarebbe fissato indirettamente dal criterio della ‘elusione non fraudolenta’ del modello; criterio che, per questo, non avrebbe una propria autonomia ascrittiva: in particolare M. PELLISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli “punitivi” e prospettive di efficienza*, cit., 2003, p. 368. Sotto un diverso punto di vista, per ciò che riguarda la misura dell’idoneità del modello, ci si potrebbe anche domandare se una qualche incidenza possa riconoscersi ai “costi” della prevenzione, ripetendosi anche in tal caso in una nuova e più estesa dimensione questioni già emerse per l’accertamento della colpa delle persone fisiche: cfr. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 41 e

Se dunque una serie di problemi emerge già per la definizione d' idoneità del modello, difficoltà non minori potrebbero riconoscersi con riguardo agli altri profili strutturali dell'imputazione fondata sull'inadeguatezza dei modelli, che si completa con l'accertamento della loro concreta attuazione. In tal senso, si tratterebbe di chiarire quale rilevanza annettere ai singoli comportamenti individuali in violazione delle regole prescritte, dovendosi stabilire in che senso e sino a che punto possa immaginarsi un "affidamento" dell'ente su di essi⁹⁸.

Infine, sembrerebbe opportuno interrogarsi sul rilievo che possano o debbano avere le situazioni in cui l'ente si sia trovato nella *oggettiva impossibilità* di pervenire a risultati soddisfacenti sotto il profilo della prevenzione⁹⁹.

ss. Il problema con riferimento agli enti è posto da A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole, e controllo penale nella post-modernità*, Padova, 2002, p. 218; evidenziano analoghi profili problematici M. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa*, 2004, p. 169; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 86. In senso più generale V. MILITELLO, *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *Studium Juris*, 2000, p. 785.

⁹⁸ Anche in tal caso, occorrerebbe affrontare profili problematici già emergenti e spesso irrisolti nel diritto penale: in tal senso, nell'ambito della colpa, si è evidenziato il carattere necessariamente "relazionale" della stessa, specie per ciò che riguarda quelle regole cautelari codificate all'interno di meccanismi procedimentali di colpa. Parla di "modelli a precauzione multilaterale e diffusa", D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, cit., p. 336; sulle regole rivolte alla disciplina dell'altrui realtà pericolosa, anche nel contesto di attività organizzativa F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., p. 106.

⁹⁹ Il problema è posto da A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5108; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 678.

Capitolo Secondo

L'IMPUTAZIONE FONDATA SULLA "LACUNA ORGANIZZATIVA" NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA 'DA REATO'

SOMMARIO: SEZIONE I. *La natura della causa di esclusione della responsabilità fondata sulla mancanza (o inadeguatezza) dei modelli organizzativi.* — 1. Considerazioni preliminari: l'assenza dei modelli come "causa di esclusione della sanzionabilità" o come criterio ascrittivo. Differenze e analogie tra l'imputazione del 'reato apicale' e quella del reato 'para-apicale'. — 2. *Segue:* modelli organizzativi e oneri probatori. — 3. *Segue:* prime conclusioni: la sostanziale omogeneità del ruolo dei modelli nell'art. 6 e nell'art. 7 e la funzione ascrittiva della "lacuna". — 4. L'inadeguatezza della modellistica preventiva tra "colpa" e "colpevolezza" d'organizzazione: critica. — 5. L'imputazione per l'assenza di modelli idonei come derivazione del reato dal rischio d'impresa "non permesso". — SEZIONE II. *Le lacune ascrivibili all'ente.* — 6. Brevi premesse sul concetto di lacuna rilevante nel sistema previsto dal d. lgs. n. 231 del 2001. Le lacune "da modellistica inadeguata" nel caso di reato apicale e nel caso di reato para-apicale. — 7. Il contenuto essenziale del modello idoneo. Regole organizzative "in senso stretto" e regole organizzative "di comportamento". — 8. Il giudizio sull'idoneità. La prevenzione dei reati «della specie di quello verificatosi». — 9. *Segue:* regole organizzative "generiche" e regole organizzative "specifiche". Prime valutazioni giurisprudenziali. — 10. *Segue:* misura della capacità preventiva, "rischio accettabile" d'illecito ed elusione fraudolenta del modello. — 11. L'efficace attuazione del modello come capacità di reazione dell'ente complessivamente considerato all'inosservanza delle regole preventive. — 12. Il problema della lacuna non riconducibile alla politica dell'ente.

Sezione I

La natura della causa di esclusione della responsabilità fondata sulla mancanza (o inadeguatezza) dei modelli organizzativi

1. *Considerazioni preliminari: l'assenza dei modelli come "causa di esclusione della sanzionabilità" o come criterio ascrittivo. Differenze e analogie tra l'imputazione del 'reato apicale' e quella del reato 'para-apicale'*

Il primo profilo da esaminare, secondo quanto ricordato, è quello relativo alla emersione o meno, nel sistema di responsabilità amministrativa da reato, di un criterio ascrittivo assimilabile a quello della lacuna organizzativa, intesa nel senso già chiarito. Come anticipato, infatti, proprio l'elevata elaborazione strutturale del modello italiano lascia ancora persistere molte incertezze sull'inquadramento dogmatico della causa di esclusione di responsabilità fondata sulla mancata adozione (o inadeguatezza) dei modelli organizzativi, oscillandosi specialmente tra l'idea di una forma di colpevolezza (eventualmente assimilabile alla colpa penale) e l'idea di una causa di non punibilità che lasci intatto il fondamento ascrittivo dell'immedesimazione organica¹⁰⁰.

Ora, per fare chiarezza sulla natura giuridica dell'istituto, sembra in via preliminare essenziale stabilire se esso assuma tratti omogenei nel caso in cui serva all'imputazione del 'reato apicale' e nel caso in cui serva all'imputazione del reato 'para-apicale'. Non sono mancate infatti in dottrina posizioni tese ad affermare la radicale differenza tra i due meccanismi di ascrizione, valorizzandosi a tal fine le asimmetrie presenti nel sistema di legge; ciò che ha portato a concludere per la totale prevalenza della logica organicistica nell'ipotesi del reato apicale e per quella del "rimprovero" quando l'illecito sia commesso dal subordinato¹⁰¹.

¹⁰⁰ Per una prima ricognizione delle posizioni in merito, *supra*, cap. I.

¹⁰¹ D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 959 e ss., il quale appunto considera come fondata sul "fatto colpevole" dell'apice l'imputazione ex art. 6 e come giustificata da una più pregnante valorizzazione di coefficienti di colpevolezza quella ex art. 7; per una soluzione grosso modo analoga, A. F. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione", cit., p. 495 e ss.; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 64 e ss.

Al riguardo, rilievo insuperabile viene assegnato all'*inversione dell'onere della prova* quale risulta dall'art. 6 in relazione alla adozione ed attuazione dei modelli organizzativi¹⁰². È sembrato infatti che affermare la responsabilità dell'ente anche quando persista il dubbio sulla sua "colpa organizzativa" contrasterebbe ineluttabilmente con il principio di colpevolezza (oltre che con la presunzione di innocenza); per questo, solo una la soluzione in chiave di "esclusione della sanzionabilità"¹⁰³ consentirebbe di spiegare *legittimamente* il ruolo dell'istituto.

In secondo luogo, si osserva come per il reato apicale (art. 6) l'eventuale riconoscimento del beneficio "esimente"¹⁰⁴ non avrebbe effetti di esonero totale, essendo sempre disposta la confisca del profitto; e poiché la confisca è assunta nel d. lgs. n. 231 tra le sanzioni (art. 9), la sua previsione presupporrebbe un riconoscimento pieno di responsabilità, dovendosi negare al meccanismo di esonero il significato di imputazione, oggettivo o soggettivo che sia¹⁰⁵.

¹⁰² Il rilievo è particolarmente evidenziato da G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 100 e ss., il quale peraltro, nel negare il significato di imputazione (ed in specie di imputazione soggettiva) all'adozione dei modelli, estende la medesima soluzione anche all'art. 7; assegnano rilievo sistematico decisivo a tale argomento per escludere il ruolo di criterio di imputazione dei modelli (anche ex art. 7) A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 259 e ss.; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 320.

¹⁰³ In tal senso da G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 103.

¹⁰⁴ Si fa per ora riferimento al concetto di "esimente" in una accezione dogmaticamente neutra, quale d'altra parte essa dovrebbe esprimere. Sul punto, per una distinzione tra i diversi termini, E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, cit., p. 45 e ss.

¹⁰⁵ L'argomento è evidenziato da D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 959. A tale considerazione sistematica aderiscono G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 103; A. BASSI, T.

Su di un piano ancora diverso, si fa anche notare che, mentre nel caso del reato dell'apice l'adozione di modelli organizzativi costituisce un semplice onere, nel caso di reato del soggetto sottoposto si avrebbe un vero e proprio obbligo, nella misura in cui la nuova disciplina parrebbe "approfondire" posizioni di garanzia già esistenti¹⁰⁶.

Infine, in termini più generali, viene evidenziato il raccordo con la legge delega, la quale, come noto, non prevedeva affatto meccanismi di 'esonero' della responsabilità; l'originaria volontà legislativa non sarebbe stata quindi nel senso di ancorare l'illecito dell'ente ad una sua forma di colpevolezza o comunque a criteri di imputazione ulteriori rispetto a quello dell'interesse e della "posizione significativa" dell'autore dell'illecito¹⁰⁷.

Diviene allora essenziale valutare se tali considerazioni debbano trovare accoglimento, o se, al contrario, esse non siano sufficienti a contrastare la sostanziale omogeneità dell'istituto dal punto di vista della sua natura giuridica. In tal senso, occorre quindi

E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 259 e ss.; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 64 e ss.

¹⁰⁶ D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 961.

¹⁰⁷ Valorizza tale dato G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1131, il quale peraltro perviene ad ammettere l'unitarietà del presupposto ascrittivo essenzialmente di natura soggettiva, rimanendo però fortemente critico sulla scelta del legislatore delegato; in tal senso, anzi, l'Autore desume ulteriori argomenti a favore di una originaria e preferibile soluzione differenziata del criterio ascrittivo dagli atti internazionali in materia di responsabilità delle persone giuridiche (art. 3 e art. 4 del II protocollo del Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in materia di riciclaggio, stabilito dal Consiglio dell'Unione europea del 19 giugno 1997), da rilievi di tipo empirico-criminologico, oltre che dal modello di responsabilità previsto dal Progetto Grosso; tale ultimo rilievo è valorizzato anche da D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 959.

esaminare con più attenzione ciascuno dei rilievi avanzati a sostegno della detta differenza strutturale.

2. Segue: modelli organizzativi e oneri probatori

Per quanto concerne il primo e maggiore rilievo – sulle regole probatorie in ordine alla difettosa organizzazione – l'estraneità dell'istituto alla struttura dell'illecito viene fatta derivare dalla considerazione che l'adozione di modelli idonei costituisca un fatto impeditivo.

Peraltro, tale qualifica viene talvolta assegnata al requisito in esame anche per l'ipotesi del reato para-apicale. Secondo un'autorevole interpretazione, infatti, ciò che si evince dall'art. 6 («l'ente non risponde ...se prova che...») varrebbe anche per l'art. 7, dove si afferma che «in ogni caso è esclusa l'inosservanza degli obblighi...»¹⁰⁸. In via preliminare, sembra allora essenziale stabilire se l'onus probandi effettivamente operi in modo diverso nelle due ipotesi.

¹⁰⁸ Nel senso che l'onere a carico del p.m. riguarderebbe solo l'(in)osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza: A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 241 e 242; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa. Sovrapposizioni tra processo penale e sanzioni amministrative*, in *Dir. giust.*, p. 80; ID., *Procedimento di accertamento delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1483; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 213 e 255; A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in AA. VV. *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 365; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 114; in termini più sfumati anche G. DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo "modello" repressivo*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 375.

A tale interrogativo sembra peraltro potersi dare risposta positiva. Intanto, deve esser chiaro che la eventuale qualifica di fatto impeditivo¹⁰⁹ che si attribuisca al requisito in esame (co. 2 art. 7) non comporterebbe necessariamente un trattamento probatorio analogo a quello, rigoroso, previsto dall'art. 6. Infatti, in tal modo verrebbe più che altro ad escludersi l'esigenza per il p.m. di provare l'assenza o l'inadeguatezza dei modelli medesimi, ma non anche automaticamente ad affermarsi una regola di giudizio per il caso del dubbio sulla loro presenza o idoneità: a meno di ritenere che la natura non compiutamente penale della responsabilità precluda l'applicazione ad un *processo penale* delle rispettive garanzie costituzionali, dovrebbe ammettersi l'operatività della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2) per l'ente, anche nella sua funzione di regola di giudizio¹¹⁰. D'altra parte, l'art. 66 del d. lgs. n.

¹⁰⁹ La categoria è di origine processualcivile: v. M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 68 e 69; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 91 e ss.; ID., voce *Prova*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Torino, p. 9 e ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 154 e 181; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1957, p. 399 e ss.; con riferimento al reato, distingueva condizioni costitutive da condizioni impeditive F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1983, p. 53 e ss. La stessa categoria è peraltro non sempre di agevole individuazione: sul punto V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 293; G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol., Milano, p. 632 e ss., il quale compie al riguardo un'indagine sul linguaggio utilizzato dal legislatore per individuare la posizione del fatto nella struttura dell'illecito; F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 102 e ss.

¹¹⁰ Nel senso che l'art. 27, comma 2, della costituzione possa ragionevolmente esser riferito all'ente collettivo S. CHIMICHI, *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 619 e ss. In generale, sulla presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio: P. P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 684 e ss.; O. DOMINIONI, *Commentario alla Costituzione, art. 27, comma II*, Bologna Roma, p. 208 e ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 96 e ss.; ID., voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Torino, 1991, p. 5 e ss. (il quale afferma che «quand'anche si

231, nel prevedere un'unica formula assolutoria di «esclusione della responsabilità» fondata sull'*insussistenza dell'illecito amministrativo*, non sembra fornire indicazioni particolarmente vincolanti in ordine agli elementi che fondano tale esclusione¹¹¹; e poiché l'esclusione della responsabilità va affermata anche quando vi sia il dubbio sulla sussistenza dell'illecito, potrebbe essere quanto meno azzardata la condanna dell'ente per il reato para-apicale nell'incertezza

volesse ammettere l'utilizzazione del concetto di fatto impeditivo (fatto la cui consistenza non occorre dimostrare affinché sia accertata la colpevolezza), almeno il dubbio sul medesimo, come su qualunque altro elemento della fattispecie, dovrebbe giovare all'imputato»); A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol., p. 662; M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, p. 131 e ss.; G. UBERTIS, *La prova penale*, Torino, 1995, p. 100. D'altra parte, dovrebbe farsi osservare come la stessa categoria "ampia" del diritto punitivo "para-penale" si affermi in concomitanza all'esigenza di estendere le garanzie, innanzitutto processuali; in tal senso emblematica è la posizione già ricordata della Corte di Strasburgo che estende la nozione di materia penale per applicazione anche del principio d'innocenza sancito dall'art. 6. Su tale principio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. M. CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vo. II, Milano, 2000, p. 75 e ss.

¹¹¹ Si riporta per comodità l'articolo: «1. Se l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste, il giudice lo dichiara con sentenza, indicandone la causa nel dispositivo. Allo stesso modo procede quando manca, e' insufficiente o e' contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo». Per maggiore chiarezza si tenga anche presente l'art. 59 (Contestazione dell'illecito amministrativo): «1. Quando non dispone l'archiviazione, il pubblico ministero contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente dal reato. La contestazione dell'illecito e' contenuta in uno degli atti indicati dall'articolo 405, comma 1, del codice di procedura penale. 2. La contestazione contiene gli elementi identificativi dell'ente, l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova». Ritengono che nei presupposti per la "sussistenza dell'illecito" rientrano anche i criteri "soggettivi" F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 121; G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 143; ID., voce *Responsabilità delle persone giuridiche. II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXVII, Torino, 2002, p. 11; *contra*, nel senso che la formula siano compresi solo la prova della "posizione significativa" dell'autore dell'illecito, l'interesse, e il reato (e l'inosservanza degli obblighi di vigilanza e direzione nel caso del reato para-apicale), P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 80; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 254; A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, cit., p. 365.

sull'esistenza o idoneità dei modelli¹¹². Sostenere il contrario significherebbe cioè dire che, nell'interpretazione di un dato formale riconosciuto dalla stessa parte di dottrina come *equivoco*¹¹³, sarebbe da privilegiare la soluzione in contrasto con i principi costituzionali rispetto a quella che ad essi si conformi. Ad una simile conclusione si perverrebbe, peraltro, ignorando del tutto le indicazioni della relazione di accompagnamento che, ben più nettamente, sembra escludere anche la qualifica di fatto impeditivo, imponendo l'assoluzione, oltre che per il dubbio sulla sussistenza del requisito, anche per la sua mancata prova (positiva) da parte del p.m.¹¹⁴.

¹¹² Tanto ciò è vero che, sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930 (quando non esisteva cioè il comma terzo dell'art. 530 c.p.p.), la dottrina non esitava ad affermare la necessità dell'assoluzione nel dubbio sulle scriminanti, pur qualificabili come elementi impeditivi: F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 142; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 134; G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 34; ID., voce *Favor rei*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, p. 16; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 224; FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, p. 86; A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1973, p. 523; E. JANNELLI, *Il dubbio sul caso fortuito e sulle cause di giustificazione: aspetti problematici*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1978, p. 403 e ss.; M. MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 109; P. SARACENO, *Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 195.

¹¹³ A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 241, il quale riconosce la detta qualifica di fatto impeditivo in ordine al comma 2 dell'art. 7 si desume dall'analisi linguistica comunque "in minor misura" rispetto all'art. 6; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 80, il quale riconosce che la formula è "piuttosto contorta"; G. DE FRANCESCO, *La responsabilità della societatis*, il quale afferma che l'inversione nell'art. 7 compare in "forma più sfumata".

¹¹⁴ Che nettamente distingue i due casi escludendo "oneri" di qualsivoglia natura per l'art. 7: «infine, è opportuno sottolineare come, a differenza che nel caso del reato commesso da persona in ruolo apicale, qui l'onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello da parte dell'ente gravi sull'accusa» (*Relazione*, cit., p. 20; corsivo della scrivente). In tal senso, quindi, l'alternativa andrebbe eventualmente posta tra l'ipotesi di configurare il comma 2 dell'art. 7 come fatto impeditivo in relazione al quale si configuri almeno un "onere di allegazione", o, al contrario, come elemento costitutivo negativo; soluzione quest'ultima che, seguendo le indicazioni della relazione di accompagnamento e la logica del sistema, sembrerebbe preferibile. In generale ci sembra discutibile

Può dunque affermarsi che la regola di giudizio in ordine al fatto dell'adozione e attuazione di modelli sia diversa a seconda che si tratti di imputare il reato dell'apice o quello del soggetto in posizione para-apicale¹¹⁵. Non sembra infatti dar adito a incertezze interpretative la formula usata dall'art. 6, in base al quale, nel dubbio sulla sussistenza dell'"esimente", l'ente deve esser condannato¹¹⁶. Anzi, come opportunamente osservato, l'espressione appare finanche «iperbolica», affermando più di quanto realmente possa¹¹⁷. Se, come stabilisce l'art. 34 del d. lgs. n. 231, per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano anche le disposizioni del codice di procedura penale, la prova sugli

giungere a qualunque conclusione sulla base di una qualifica comunque attribuita, dovendosi piuttosto approfondire l'indagine linguistica: sul punto si vedano le considerazioni di F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 110: «Per quanto la si frughi in ogni suo dettaglio, la dizione «fatto impeditivo» non rivela nulla più di quanto già si sappia: e cioè che determinati requisiti, positivi o negativi, dello schema legale non esigono di essere provati. [...] Ma, solo che tra le maglie della disciplina legislativa s'insinuino zone grigie di casi dubbi, non ci si può esimere da una complessa ricerca ricostruttiva». Quanto alla prima soluzione, occorrerebbe peraltro comunque precisare ancora una volta l'improprietà del riferimento all'onere di allegazione nel processo penale, essendo escluso che la posizione del tema di prova avrebbe valore solo se proveniente dall'ente imputato: sulla rilevanza dell'onere di allegazione nel processo penale T. EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 646 e ss.; D. SIRACUSANO, voce *Prova*, III) nel nuovo codice di procedura penale, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Torino, 2003, p. 6.

¹¹⁵ In tal senso A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione*, cit., p. 95; C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 846 e 847; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., p. 22; S. LORUSSO, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2528; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 69.

¹¹⁶ In senso contrario, ritiene che anche nell'art. 6, il dubbio sull'idoneità dei modelli prospettato dall'ente debba imporre l'assoluzione S. CHIMICHI, *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, cit., p. 620, secondo cui la formula usata non fornirebbe alcuna indicazione sulla "quantità" della prova necessaria da parte dell'ente.

¹¹⁷ P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 80

elementi elencati dal primo comma dell'art. 6 sarebbe valutabile anche quando non sia stata introdotta dall'ente imputato¹¹⁸; in tal senso, quindi, più che di onere a suo carico, dovrebbe parlarsi di regola di giudizio per l'ipotesi in cui non risulti provata l'adozione e l'attuazione dei modelli¹¹⁹.

Tanto premesso, si tratta di comprendere finalmente in che misura la diversità di disciplina consenta di distinguere il ruolo (della mancata adozione o inidoneità) dei modelli organizzativi nella struttura dell'illecito amministrativo a seconda dell'autore del reato. Certamente, ove si intenda costruire su quel requisito una vera e propria forma di colpevolezza, non sarebbe difficilmente superabile l'obiezione di coloro che ne negano il significato d'imputazione. Quando ci si sgombri però da antropomorfismi scarsamente convincenti, una simile conclusione potrebbe anche rivelarsi un po' avventata, non tenendo affatto in considerazione la reale volontà legislativa.

¹¹⁸ P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 80; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 203, n. 63. Il rilievo è quanto mai opportuno considerando che, all'infuori dell'art. 44, concernente talune peculiari ipotesi di incompatibilità testimoniali, il d. lgs. n. 231 del 2001 non prevede altro in materia di prova, sicché, in forza dell'art. 34 dovrebbe operare senza difficoltà la disciplina codicistica, con quanto ne consegue anche in ordine ai poteri di acquisizione di prove *ex officio*.

¹¹⁹ Può considerarsi pacifica l'impossibilità di parlare di onere della prova per il processo penale: F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, 1960, p. 244; F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 91; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 104; G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, cit., p. 34; G. SABATINI, voce *In dubio pro reo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 614 e ss.; ID., voce *Prova (dir. proc. pen. e dir. proc. pen. mil.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 316; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 70. Nella più risalente accezione di "onere sostanziale", ormai superata, v. G. BETTIOL, *La regola dell'in dubio pro reo nel diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 250; ID., *Presunzione e onere della prova nel processo penale*, *ivi*, 1936, p. 253.

In linea generale, sembrerebbe infatti che la scelta del legislatore delegato non sia stata dettata dall'intento di ridurre il nucleo dei presupposti ascrittivi rispetto al caso del reato del subordinato; sebbene nella accennata forma presuntiva, l'introduzione dell'"esimente" anche nell'art. 6 appare pur sempre sollecitata dall'idea di costruire un illecito il più possibile "proprio" dell'ente. Da questo punto di vista, deve dirsi che il d. lgs. n. 231 elabora in modo sofisticato le indicazioni della legge delega; ma proprio per questo esso tende a 'bilanciare' l'"eccesso" della previsione mediante l'inversione dell'onere probatorio. Come attentamente osservato, cioè, essa è più che altro il frutto di un compromesso¹²⁰, poi discutibilmente giustificato facendo ricorso ad una supposta realtà empirica¹²¹.

Ad ulteriore conferma di quanto già sostenuto, non sembra poi inutile considerare l'evoluzione dei modelli punitivi cui il legislatore del 2001 si è ispirato, primo fra tutti quello statunitense. Come avrà modo di esaminarsi più avanti, infatti, la giurisprudenza statunitense ha talvolta ammesso l'efficacia *esimente* dei *compliance programs* (che secondo le *Federal Guidelines* del 1991 hanno di norma il

¹²⁰ G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 202.

¹²¹ Così la Relazione di accompagnamento, cit., p. 18: «la particolare qualità degli autori materiali dei reati ha suggerito al delegato l'opportunità di differenziare il sistema rispetto all'ipotesi in cui il reato risulti commesso da un sottoposto, prevedendo, nel primo caso, una inversione dell'onere probatorio. In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata) che, nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità, ...». In senso critico, ritiene dubbio che tale meccanismo presuntivo si fondi su vere e proprie regole di esperienza N. SELVAGGI, *Su alcune 'presunzioni' di appartenenza' del reato all'ente collettivo*, in AA. VV., *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, a cura di L. Marafioti e M. Masucci, Torino, 2006, p. 64.

solo ruolo di attenuante della sanzione), quale elemento per valutare e riconoscere la *due diligence defense* prevista nell'ambito di alcune *regulatory offences*¹²²; la medesima soluzione è stata inoltre suggerita da alcuni autori con riferimento alla *due diligence defense* indicata dal *Model penal code* in relazione alla responsabilità dell'ente. Ma orientamenti simili sono emersi nel Regno Unito, dove le sole aperture giurisprudenziali a criteri ascrittivi come quello del "difetto organizzativo" sono state possibili attraverso il riconoscimento di *due diligence defense* nell'ambito delle c.d. *ibride offences*¹²³. Ciò che per ora interessa sottolineare è che gli spazi entro i quali l'adozione dei modelli è venuta timidamente affermandosi come causa di esclusione della responsabilità è stata appunto quella di un fatto impeditivo, la cui prova incombesse sull'ente. In particolare, in un modello punitivo come quello statunitense, fondato su criteri vicari, la previsione di un meccanismo di esonero con l'inversione dell'*onus probandi* è stato così spesso prospettato dalla dottrina come l'opportuno miglioramento per costruire un illecito "colpevole"¹²⁴. E, d'altra parte, la dottrina che ne ha avversato l'introduzione, lo ha fatto appunto per il timore che una eventuale *due diligence defense* così articolata snaturasse la logica originaria dell'imputazione (vicaria)¹²⁵.

¹²² V. la giurisprudenza citata *infra*, cap. III, nonché per una visione d'insieme sulla questione K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, in *Columbia L.R.*, 1996, p. 1252 e ss.

¹²³ Su tali orientamenti *infra*, cap. III.

¹²⁴ Tra gli altri, K. SHLEGEL, *Just desert for corporate criminals*, Boston, 1990, p. 85; C. J. WALSCH, A. PYRICH, *Corporate Compliance programs as a defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Souls?*, in *Rutgers L. R.*, 1995, p. 605 e ss.; S. R. MILLER, *Corporate Criminal Liability: A principle Extended to its Limits*, 39 *Fed. B.J.*, 1979, p. 49.

¹²⁵ K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs*, cit., p. 1278, il quale rileva che «a theoretical justification of the full due diligence defense would require a

In conclusione, la nascita e l'affermazione del criterio ascrittivo fondato sulla organizzazione difettosa dell'ente si mostra spesso connessa ad un'inversione dell'onere probatorio, per ragioni anche solo contingenti¹²⁶; ciò però significa anche che tale inversione, nella volontà legislativa, non assuma di per sé il significato di svilire il ruolo del requisito nell'imputazione dell'illecito¹²⁷.

Tanto chiarito, altro poi è dire che la soluzione rimane non del tutto appagante, per l'evidente contrasto che residua con i principi costituzionali, secondo quanto già ricordato¹²⁸.

reevaluation of the entire doctrine under which corporations are held criminally liable; l'Autore prospetta così l'opportunità di considerare i *compliance programs* come fattori rilevanti (*Relevant factor*) nell'accertamento dei criteri di imputazione ordinari. Considerazioni analoghe, di contrarietà all'introduzione della *due diligence defense* per l'adozione di *compliance programs*, anche J. C. COFFEE, *Corporate criminal responsibility*, in *Enc. crim. just.*, vol. I, New York, 1993, p. 262 e ss.

¹²⁶ In termini più generali, potrebbe ritenersi che essa si iscriva in una tendenza (giurisprudenziale) diffusa nell'ambito del diritto penale dell'economia; ciò che è particolarmente evidente in tema di dolo (v. M. MASUCCI, *Fatto e valore nella definizione di dolo*, cit.), ma anche in tema di trasferimento di funzioni (sul punto, in senso critico, A. FIORELLA, *Il Trasferimento di funzioni*, cit., p. 324; sia anche consentito il rinvio a E. VILLANI, *Trasferimento di funzioni e «presunzione di delega»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1005 e ss.; nonché D. PIVA, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, *ivi*, 2006, p. 720 e ss.)

¹²⁷ D'altra parte, l'argomento che fa leva sulla qualifica di un fatto come impeditivo o costitutivo, o più in generale sulla regola di giudizio, per ricavarne la natura sostanziale dell'elemento, non convince a pieno nella misura in cui tra la qualificazione processuale e sostanziale non corra un rapporto di necessaria correlazione, ben potendo essere impeditivi fatti la cui natura giuridica sia diversa. In tal senso, chiaramente D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 12 e ss.;

¹²⁸ Sospetti di costituzionalità in relazione all'art. 27, comma 2, sono stati sollevati da A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione*, cit., p. 95; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 202 e ss.

3. Segue: la sostanziale omogeneità del ruolo dei modelli nell'art. 6 e nell'art. 7 e la funzione ascrittiva della "lacuna"

L'altra principale obiezione alla possibilità di configurare la mancanza dei modelli come criterio di imputazione del reato apicale si lega alla previsione della confisca a danno dell'ente che pur abbia fornito la prova liberatoria (comma 5 dell'art. 6). Si asserisce, infatti, che, essendo la confisca nel d. lgs. n. 231 una delle sanzioni, la sua applicabilità rivelerebbe la sussistenza della responsabilità della persona giuridica e dunque l'estraneità del requisito alla struttura dell'illecito¹²⁹.

Ora, se la deduzione appare in sé logica, essa rischia tuttavia di provare troppo. Si presume infatti in tal modo il dato, invece non dimostrato, che la misura stabilita dal comma 5 dell'art. 6 corrisponda alla sanzione sancita dall'art. 9. Al riguardo, non sono mancate invece letture che, proprio per la peculiare collocazione del disposto, hanno senz'altro escluso il carattere strettamente sanzionatorio della misura in considerazione, evidenziandone distinte finalità¹³⁰.

¹²⁹ V. gli Autori citati *supra*, § 1, n. 105.

¹³⁰ In tal senso O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 525, la quale ritiene che la misura venga a legarsi sul concetto di pericolosità reale; M. LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 1199, il quale ritiene che si tratti di misura a carattere ripristinatorio (o riparatorio), che difetta del carattere dell'afflittività, che si distinguerebbe dalla sanzione prevista dall'art. 9, a carattere senz'altro punitivo; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, cit., p. 168, secondo cui nel caso previsto dall'art. 6, co. 5, «la confisca appare perdere il suo carattere punitivo, per acquisire la fisionomia di uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato»; da ultimo, nello stesso senso C. SANTORIELLO, *La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 148.

In termini più generali, e nel quadro di una ricostruzione sistematica dell'istituto¹³¹, è stato peraltro possibile osservare come, anche nella sua funzione sanzionatoria, la misura non presenti carattere realmente punitivo, ispirandosi piuttosto ad una tipica *ratio* «riequilibratrice»¹³².

Se così fosse, non potrebbe assegnarsi decisivo rilievo a quella previsione ai fini di escludere il significato di imputazione della mancata adozione di modelli¹³³: e ciò sia se si intenda il criterio come fondante un vero e proprio “rimprovero” all’ente, sia se esso venga inteso in un’accezione non “antropomorfizzante” ma tendente a garantire un raccordo pieno di appartenenza dell’illecito all’ente.

¹³¹ L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 63 e ss.; inoltre C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1363; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 166 e ss.; da ultimo E. FUSCO, *La sanzione della confisca nell'applicazione del d. lgs.n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 61 e ss. In tale prospettiva viene in rilievo la recente evoluzione dell'istituto in generale nel senso della sua obbligatorietà, oltre che della previsione nella forma “per equivalente”; da questo punto di vista un importante contributo è stato offerto anche dalla legge delega n. 300 del 2000 che ha introdotto l'art. 322 *ter*. In questo contesto, emerge peraltro la centralità della confisca nella repressione della criminalità collegata agli enti collettivi, come dimostrano i tentativi giurisprudenziali di coinvolgere nei suoi effetti anche la società beneficiaria, sulla base della sua “non estraneità” al reato. Su tali sviluppi v. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997, p. 19 e ss.; G. GRASSO, *sub art. 240*, in ROMANO – GRASSO – PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1996, p. 530; A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 145 e ss.; M. PELLISSERO, *Commento all'art. 3 l. 29.9.2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 1026 e ss.

¹³² In tal senso L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente*, cit., p. 83. Particolarmente significativa, oltre al già citato comma 5 dell'art. 6, è apparsa la disciplina delle misure riparatorie, che valorizza in prospettiva tipicamente ripristinatoria il tema del profitto.

¹³³ Ritiene che la previsione del comma 5 dell'art. 6 non contrasti con la configurazione della mancata adozione dei modelli come criterio ascrittivo F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d. lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. III, Milano, 2006, p. 2491.

Ancor meno convincente, poi, in ordine alla diversità del meccanismo ascrittivo sembra essere la considerazione che, mentre per (la prevenzione del) reato apicale l'adozione dei modelli costituirebbe un mero onere, per quello para-apicale si tratterebbe di un obbligo. A parte qualche perplessità per tale seconda soluzione¹³⁴, deve esser chiaro che la questione sarebbe comunque ininfluenza ai fini di inquadrare la struttura dell'imputazione all'ente. Se è vero che la responsabilità "amministrativa" introdotta dal d. lgs. n. 231 deriva comunque e necessariamente dalla commissione di un reato (e non dal solo fatto della disorganizzazione), non è dubbio che si tratti di "onere"¹³⁵. La questione perciò assume significato solo e piuttosto nella misura in cui si tratti di comprendere se a carico delle persone

¹³⁴ Ritengono che l'adozione dei modelli configuri sempre un onere G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., p. 1148 e ss.; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, cit., p. 511; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 67; M. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1303. Ritiene che l'adozione dei modelli costituisca un obbligo per la prevenzione dei reati apicali e un onere per quelli dei soggetti in posizione para-apicale R. RODORDOF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p. 82. Ritiene, infine, che si tratti sempre di "obbligo" E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 320.

¹³⁵ Come noto la categoria dell'onere viene distinta da quell'obbligo considerando che esso richiede al soggetto un'attività per soddisfare un interesse proprio (E. BETTI, voce *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XIV, p. 57), e la cui inosservanza non si qualifica come atto illecito ma come atto necessario (in tal senso F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1946, p. 160 e ss.), dando adito soltanto ad auto-responsabilità (per colpa propria) e non a responsabilità verso terzi (v. specialmente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 111 e ss.). Per una ricognizione delle teorie in merito alla natura dell'onere, oltre agli Autori già citati, v. F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 822 e ss.; G. GAVAZZI, *L'onere tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1985; P. GELATO, voce *Onere*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 59 e ss.; A. PALERMO, voce *Onere*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 915 e ss.; O. T. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 99 e ss.

fisiche tenute alla corretta organizzazione (in primo luogo all'adozione dei modelli e, in secondo luogo, al controllo sul loro rispetto) vengano a ricadere conseguenze sanzionatorie¹³⁶ per non aver adempiuto a quei compiti. In ciò, tuttavia, si tratta di problema indipendente rispetto a quello che concerne la struttura dell'"illecito amministrativo da reato". D'altra parte, il ragionamento non sembra pienamente convincente neanche per ciò che riguarda le responsabilità delle persone fisiche. Infatti, dire che una posizione di garanzia a carico di costoro sussista in quanto gli obblighi imposti dall'art. 7 (co.1 e co. 2) corrispondano ad obblighi penali impeditivi *preesistenti*¹³⁷ equivale ad ammettere che i doveri previsti dal d. lgs. n.

¹³⁶ Il problema si è posto principalmente con riferimento a conseguenze di carattere penale, nel senso di dover ricostruire se quegli obblighi configurino o meno posizioni di garanzia, ma è stato riproposto anche con riferimento a conseguenze di carattere civile (v. F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 291 e ss.). Ritengono che tale posizione di garanzia si configuri D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 431; A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 304; U. GUERINI, *La disciplina della responsabilità "penale-amministrativa" degli enti*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, p. 31; S. BARTOMOLUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche. Modelli preventivi ed efficacia esimente ex d. lgs. n. 231/2001*, Ipsoa, 2004, p. 136. Il problema si lega in termini più generali a quello di prevedere nuove fattispecie di per i vertici aziendali di agevolazione colposa od omessa sorveglianza, come d'altro canto previsto degli atti normativi internazionali, in esecuzione dei quali è stata approvata la legge delega n. 300 del 2000 o già dal Progetto Grosso: sull'opportunità, non sfruttata, di prevedere tali ipotesi G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., pp. 1148 e ss.; in termini più generali G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1213; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., p. 197.

¹³⁷ In tal senso v. gli Autori citati nella nota precedente: in particolare, le norme preesistenti cui si fa riferimento sono gli artt. 41 Cost., 2086 e 2087 c.c. e, soprattutto, 2392 c.c. Nel senso invece che sia direttamente il decreto (sia l'art. 7, sia gli stessi modelli organizzativi a fondare nuove posizioni di garanzia) A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1061 e ss.; ID., *Le conseguenze indirette della corresponsabilizzazione degli enti collettivi*, in AA. VV., *Societas puniri potest*, cit., p. 235 e ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 109.

231 non siano idonei *in sé* a fondare una posizione di garanzia: sicché, in quei casi, se l'amministratore dovesse esser chiamato a rispondere penalmente o civilmente, ciò non avverrebbe in forza dell'art. 7, ma appunto sulla base di incombenze *aliunde* sancite¹³⁸.

In conclusione, se è apprezzabile e doveroso tener conto delle divergenze di disciplina tra l'imputazione del reato apicale e quella del reato para-apicale, non sembra però possibile desumerne una volontà legislativa tesa a diversificare in termini radicali il modello ascrittivo di base. Non è dubbio che, specie per l'inversione dell'onere probatorio, l'equilibrio tra il criterio della "posizione significativa" e quello della mancata adozione dei modelli venga in parte ad alterarsi, lasciando emergere con più evidenza la componente organicistica dell'imputazione¹³⁹. Ciò, tuttavia, non

¹³⁸ Al riguardo, peraltro, dubbi comunque sembrano emergere sulla possibilità di configurare una posizione di garanzia, sia fondata sull'art. 2932 c.c. che sulle previsioni del decreto. Nel primo caso, sembra dubbio, anche alla luce delle sue recenti modifiche da parte della riforma societaria che sia in genere idoneo a fondare obblighi di impedimento del reato altrui: in tal senso A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 199 e ss; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 74; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, p. 50. Meno che mai essa poi potrebbe fondare la responsabilità dell'amministratore per il mancato impedimento del reato commesso nell'interesse dell'ente, visto che la norma concerne l'obblighi di evitare effetti pregiudizievoli alla società. Né convince la possibilità di ricavare dall'art. 7 (e ancor meno dall'art. 6) direttamente tali posizioni di garanzia: in tal senso, con molteplici argomenti, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 98 e ss.

¹³⁹ In tal senso i due meccanismi ascrittivi non si pongono in conflitto, ma si integrano piuttosto nella prospettiva di garantire l'appartenenza dell'illecito all'ente: da questo punto di vista, il primo riscontro del collegamento del reato allo scorretto esercizio del potere di organizzazione, ancorché nei termini iniziali di «propensione» dell'ente all'illecito, proviene dal criterio della "posizione significativa" dell'autore dell'illecito, che può essere "apicale" o comunque "para-apicale": A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107. La delimitazione delle posizioni rilevanti entro i relativi confini di rilevanza *normativa* funge peraltro anche da presupposto logico del criterio ascrittivo della "lacuna" di

sembra espungere dal sistema ascrittivo il ruolo delle dinamiche organizzative interne.

Stabilita la *sostanziale* omogeneità della causa di esclusione della responsabilità in esame e la sua funzione ascrittiva, occorre allora indagarne più a fondo la natura, dovendosi stabilire se si tratti di criterio soggettivo o oggettivo.

4. *L'inadeguatezza della modellistica preventiva tra "colpa" e "colpevolezza" d'organizzazione: critica*

Nell'ambito delle posizioni dottrinali che valorizzano la mancata adozione dei modelli come criterio ascrittivo autonomo, l'idea più diffusa è senz'altro quella che si tratti di un criterio soggettivo.

In questa prospettiva sono peraltro emersi differenti punti di vista, che possono sinteticamente essere ricondotti alla assimilazione del criterio a quello della colpa penale¹⁴⁰, da una parte, e

organizzazione, la quale è 'evitabile' solo quando siano chiari i poteri e le funzioni il cui abuso vada prevenuto: così M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 400 e ss. Secondo la interpretazione preferibile, dovrebbe infatti ammettersi che la posizione rilevante nell'ottica dell'imputazione sia soltanto quella 'giuridicamente' riconoscibile. Né sembra fornire solidi argomenti di tipo diverso il riferimento che l'art. 5 fa alle «persone che esercitino, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente» (lett. a), non potendosi sottovalutare l'importanza di norme dell'ordinamento che chiariscono definitivamente il problema della "amministrazione di fatto", quale appunto l'art. 2639 c.c. Sul punto, A. FIORELLA, in *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, Roma, 2005, p. 36 e 37; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 400 e ss.; sottolinea, nella definizione dei soggetti apicali "di fatto", l'importanza dell'art. 2639 c.c. quale norma che impone la «delimitazione» di quelle figure, D. PULITANÒ, *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità da reato*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 28.

¹⁴⁰ Che diventerebbe una "scusante" per il reato dell'apice: *supra*, cap. I.

all'individuazione di una forma nuova e autonoma di "colpevolezza" dell'ente, dall'altra.

Il dato di partenza per le prime elaborazioni è, come già ricordato, il rilievo secondo cui l'obbligo di adottare i modelli organizzativi rappresenterebbe una "regola cautelare" direttamente rivolta all'ente. Si osserva così la consequenziale emersione di una colpa «ipernormativa ed oggettivata»¹⁴¹, in cui sia sicuramente riconoscibile la "misura oggettiva" della colpa penale. D'altra parte, secondo autorevoli opinioni, l'impossibilità di accertarne la "misura soggettiva" non determinerebbe un'effettiva cesura rispetto al modello penalistico¹⁴², osservandosi «come questa "viva" più nei libri di testo che nella realtà»¹⁴³. In ogni caso, anche qualora si volesse dar rilevanza ai connotati obiettivi del nuovo schema d'imputazione,

¹⁴¹ G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 112; di "fattispecie obiettiva di colpa di organizzazione" parla C. E. PALIERO, *Il d. lgs. n. 231 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 847; ID., *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, cit., p. 26 e ss.; inoltre, M. PELLISSERO, G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d. lgs. n. 231 8.6.2001 n. 231)*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 580. Ritiene di poter distinguere, in relazione all'art. 7, una forma di colpa generica, corrispondente alla violazione degli obblighi di direzione e vigilanza da parte degli apici, e una forma di colpa specifica, riferita alla mancata adozione dei modelli, M. A. PASCULLI, *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi*, Bari, 2005, p. 179.

¹⁴² Sul problema dell'accertamento della "misura soggettiva" della colpa, V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, p. 275 e ss.

¹⁴³ Così A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 1106; analoghe considerazioni sono svolte da O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 505 e ss. Da ultimo, pone l'accento sul fenomeno di "normativizzazione" della colpa per ammettere la qualificazione in senso soggettivo del criterio di imputazione fondato sulla mancata adozione dei modelli C. CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA. VV., *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di P. Siracusano, Torino, 2007, p. 241 e ss.

ciò non impedirebbe il ricorso al binomio “oggettivo–soggettivo” che ben potrebbe accogliere l’idea di una colpa “oggettivata”¹⁴⁴.

In relazione ad un simile inquadramento dogmatico, sembrano peraltro doversi condividere molti dei rilievi critici variamente prospettati. In particolare, la perplessità che ci appare più difficilmente superabile riguarda l’effettiva possibilità di ricondurre il parametro ascrittivo in esame entro la soggettività caratteristica dell’imputazione penale, pur quando di essa si valorizzino in modo preponderante gli aspetti normativi (in specie della colpa¹⁴⁵). Come infatti opportunamente osservato, «non è che l’accezione “normativa” della colpevolezza permetta di trascurare gli elementi psicologici: come è ben noto, li organizza e li supera in una visione unitaria, che combina elementi psicologici con elementi normativi, rendendo il prezioso servizio di poter graduare il giudizio»¹⁴⁶. Non sembra cioè possibile riportare un accertamento *prettamente oggettivo*, quale quello dell’adozione di modelli, nell’ambito del requisito di “dominabilità” personale del fatto criminoso, a meno di non svuotare tale ultimo presupposto della sua intrinseca ‘tensione’ verso

¹⁴⁴ G. DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo “modello” repressivo*, cit., p. 374, il quale reputa il binomio concettuale oggettivo–soggettivo più flessibile della distinzione fatto-colpevolezza.

¹⁴⁵ Sul carattere essenzialmente normativo del rimprovero per colpa: M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 634; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 e ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 303 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 167 e ss.

¹⁴⁶ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., p. 47. Sulla colpevolezza in senso normativo e sulla possibilità di far leva su di essa allo scopo di rintracciare una soggettività anche per l’ente, *infra*.

un accertamento compiutamente individualizzante sul banale rilievo che al suo interno emergano talvolta *alcuni* margini di astrazione¹⁴⁷.

Ciò diviene anche più evidente nel momento in cui si indaghi la struttura del meccanismo ascrittivo, rivelandosi per lo più improbabile un accertamento di prevedibilità secondo gli anelli intermedi di un assai tortuoso decorso causale¹⁴⁸. Proprio tale rilievo ha portato così, per un verso, a negare il carattere cautelare del dovere di organizzazione¹⁴⁹, e, per altro verso, a ritenere che il criterio ascrittivo in esame si riduca più che altro ad una sorta di “*culpa generalis*”, entro cui far confluire anche il collegamento materiale con l’illecito inteso quale *aumento del rischio* che l’inosservanza dell’ente abbia comportato¹⁵⁰. Tali considerazioni,

¹⁴⁷ V. sul punto, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1306 e ss. e, in particolare, nota 68. Con particolare riferimento alla colpa penale, V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 339.

¹⁴⁸ In tal senso v. C. E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 177; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., p. 103 e ss.; A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, cit., p. 326. Sul giudizio di prevedibilità come riferito ai singoli “anelli intermedi” del decorso causale e sul problema della “descrizione dell’evento”: L. FORNARI, *Descrizione dell’evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno dell’imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 719 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 495 e ss.; ID., «*La descrizione dell’evento prevedibile*» nei delitti colposi: un problema insolubile?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559 e ss.; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*, *ivi*, 1997, p. 1485 e ss.; ID., *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, *ivi*, 1996, p. 363 e ss.; F. STELLA, *La descrizione dell’evento*, Milano, 1970, p. 87 e ss.

¹⁴⁹ Così C. E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 178, secondo cui natura cautelare hanno solo le norme strutturanti il modello.

¹⁵⁰ G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., p. 103 e ss., il quale esprime peraltro apprezzamento positivo in relazione alla scelta legislativa; considerazioni analoghe sono svolte da C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit. p. 181 e 182; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quali natura? Quali soggetti?*, cit., p. 19. In termini più generali valorizza il nuovo modello punitivo per il ricorso meccanismi di ascrizione causali di tipo “generale” F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 595 e ss.; considerazioni in tal senso

sebbene non condivisibili in tutti gli sviluppi¹⁵¹ – pongono in effetti ben in risalto l'assoluta distanza della logica ascrittiva fondata sul difetto di organizzazione da quella della soggettività penalistica¹⁵².

Su tali premesse, altra parte della dottrina ha peraltro ritenuto di poter inquadrare il requisito della mancata adozione dei modelli nell'ambito di una forma di colpevolezza *nuova ed estranea ai contenuti penalistici tradizionali*¹⁵³, per lo più sulla scia di elaborazioni dottrinali straniere¹⁵⁴. Ciò, peraltro, se consente di superare alcune obiezioni

sono espresse già da M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 70. Da un diverso punto di vista, sottolinea in modo critico la previsione di un legame condizionalistico tra inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza e il reato del soggetto subordinato, ritenendo che sarebbe stata opportuna una diversa formulazione che prevedesse l'ipotesi in cui l'inosservanza avesse soltanto *aumentato il rischio* di commissione del reato G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 111.

¹⁵¹ In specie per quanto concerne l'asserita irrilevanza di una connessione causale tra organizzazione difettosa e reato: sul problema, *infra*, § 5.

¹⁵² Sull'impossibilità di ricostruire la struttura dell'imputazione secondo il binomio oggettivo-soggettivo A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107; N. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 105.

¹⁵³ V. in tal senso, la ricostruzione di C. E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 178; nel senso che il d. lgs. n. 231 del 2001 accolga l'idea di una colpevolezza d'organizzazione, fondata su contenuti diversi e peculiari G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., p. 1209 e ss.; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, cit., p. 466 e ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 1363. Ritiene fondato il meccanismo di imputazione su una forma di colpevolezza che, nel caso dell'art. 6, si può definire derivante dalla "politica d'impresa" e, nel caso dell'art. 7, come "colpa d'organizzazione", C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 333 e EAD., *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d. lgs. n. 231/2001*; l'autrice indica inoltre, in una prospettiva *de iure condendo* connessa alla introduzione di una responsabilità penale, un modello 'quadripartito', in cui, oltre alle due forme già evidenziate dal decreto, si individuino una *colpevolezza di reazione* e una fondata sulla *cultura d'impresa*.

¹⁵⁴ Oltre al già citato K. TIEDEMANN (*Die "Beufung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit.), che concepisce la colpa organizzativa come „pre-colpevolezza“ ricostruibile secondo lo schema dell'*actio libera in causa*; nella dottrina tedesca, inoltre, per la costruzione di una autonoma categoria di colpevolezza dell'ente collettivo H. J. HIRSCH, *Die Frage der*

sin qui esposte, lascia tuttora persistere varie perplessità: da una parte, sarebbe infatti inevitabile sospettare che una colpevolezza così strutturata venga in concreto a tradursi in una responsabilità dell'ente "per la condotta di vita" più che per il fatto commesso¹⁵⁵; dall'altra, una forma di colpevolezza (per lo più di tipo sociale¹⁵⁶) che

Starffähigkeit von Personenverbänden, in *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 324*, Opladen, 1993, p. 608 e ss.; G. HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 256. Nella dottrina statunitense: P. A. FRENCH, *Collective and Corporate Responsibility*, New York, 1984; FOERSCHLER, *Corporate Criminal Intent: Toward a better understanding of Corporate Misconduct*, in *Cal. L. R.*, 1990, p. 1287; P. H. BUCY, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. L. R.*, 1991, p. 1121; J. MOORE, *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, in *Ariz. L. R.*, 1992, p. 767. Per ulteriori approfondimenti in una prospettiva comparatistica, *infra*, cap. III.

¹⁵⁵ Si tratta dell'obiezione più tipicamente rivolta all'idea di colpevolezza di organizzazione come grosso modo emergente dalla ricostruzione di Klaus Tiedemann. In generale, sull'impossibilità di far rientrare nel giudizio di riprovevolezza dell'atteggiamento psicologico forme di "pre-comportamento" che abbiano ormai perduto una 'connessione' specifica con il fatto criminoso A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., pp. 1330 e 1331; in generale, sul diritto penale dell'autore, A. A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 428 e ss.; da ultimo, sul problema della "pre-colpevolezza", v. anche R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 191 e ss. Manifestano perplessità in relazione al fatto che il d. lgs. n. 231, per introdurre una forma di colpevolezza nell'imputazione, costruisca la responsabilità dell'ente come responsabilità "per la condotta di vita", C. PIERGALLINI, *Societas delinquere non potest*, cit., p. 588; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., p. 190; A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 29 e ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., p. 1137 (il quale ritiene che l'illecito non si fondi esclusivamente sulla vita anteatta dell'ente, ma che vi siano delle commistioni nella fattispecie di componenti ad esse relative); con riferimento alla disciplina della responsabilità delle persone giuridiche predisposta dal Progetto Grosso, analoghe considerazioni venivano svolte S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 295.

¹⁵⁶ In tal senso, per una rielaborazione del concetto di colpevolezza in senso sociale MÜLLER, *Die Stellung der juristischen person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985, p. 23; BAUMANN, *Gründbegriffe und System des Strafrechts*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979, p. 157. Nella dottrina italiana, prospetta la possibilità di costruire un modello di colpevolezza di organizzazione fondato sull'"aspettativa sociale" nei confronti dell'ente (e sul principio di affidamento) A. F. TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, cit., p. 492 e ss., il quale peraltro esclude che

si distacchi dalla possibilità naturalistica di dominio del fatto, risulterebbe nuovamente estranea al paradigma della colpevolezza penalistica¹⁵⁷, pure nella sua accezione normativa¹⁵⁸, almeno nella misura in cui al principio di colpevolezza intenda attribuirsi un effettivo significato garantistico¹⁵⁹.

5. *L'imputazione per l'assenza di modelli idonei come derivazione del reato dal rischio d'impresa "non permesso"*

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, sembra doversi concludere che la mancata adozione di idonei modelli organizzativi non abbia nulla a che fare con i criteri soggettivi di imputazione

il modello trovi corrispondenza in quello delineato dal d. lgs. n. 231 del 2001, almeno nel caso dell'art. 6.

¹⁵⁷ Osserva come anche in relazione all'idea di una forma nuova ed autonoma di colpevolezza per l'ente collettivo, non sarebbe comunque possibile liberarsi dalla oggettività almeno parziale dell'imputazione S. SALARDI, *La responsabilità delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3596. Sul punto, cfr. inoltre R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., p. 4 e ss., il quale osserva «come resti comunque difficile parlare di una vera colpevolezza delle persone giuridiche, risultando forse più opportuno qualificare quelli che oggi sono i "meccanismi di imputazione" come una sorta di condotta tipica riconducibile a un illecito proprio della persona giuridica». In senso critico sulle elaborazioni d'oltralpe in tema di colpevolezza di organizzazione, sebbene in un diverso contesto argomentativo, v. anche G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004, p. 200 e ss.

¹⁵⁸ Sulla concezione normativa della colpevolezza: B. PETROCELLI, *La concezione normativa della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, p. 16; ID., *La colpevolezza*, Napoli, 1948; D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, 1961, vol. VII, p. 651; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. VI, 1988, p. 16 e ss.; R. VENDITTI, voce *Colpevolezza*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1957, p. 557 e ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 65 e ss.; G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, p. 318; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., p. 47 e ss.

¹⁵⁹ V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 341.

dell'illecito. Essa opera infatti in un sistema in cui non sembra aver alcun senso riproporre il binomio concettuale oggettivo-soggettivo; ciò di cui si ha ulteriore conferma sul piano processuale dove non si introducono differenziazioni in ordine alla formula assolutoria, che sarà comunque sempre quella dell'«insussistenza dell'illecito».

Sembra perciò senz'altro più appropriata la soluzione che concepisce il criterio in esame come *derivazione del reato da un rischio d'impresa che si considera "non permesso"*¹⁶⁰, nel senso che il legislatore, indicando all'ente determinati adempimenti organizzativi, fissa il limite entro il quale il rischio di reato effettivamente concretizzatosi possa considerarsi lecito.

Si badi peraltro che, se tale prospettiva rivela una migliore sintonia con il nuovo modello punitivo¹⁶¹, essa non intende in alcun

¹⁶⁰ Così A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107; condividono l'impostazione N. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 105, nonché A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, cit., p. 328 e ss. La prospettiva è in una certa misura condivisa anche da A. F. TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, cit., p. 512. Il tema del rischio tipico "d'impresa" come cuore dell'imputazione dell'illecito all'ente è peraltro presente anche nella dottrina d'oltralpe: si veda, sia pure in un contesto che tende sempre alla individuazione di una forma di colpevolezza nuova dell'ente collettivo, G. HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 211.

¹⁶¹ E ciò anche quando si evidenzino eventuali affinità strutturali tra il modello del "rischio consentito" e l'imputazione "per colpa": sottolinea tale affinità C. CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 242. Sul ruolo del "rischio consentito" nei reati colposi, M. GALLO, *Colpa penale*, cit., p. 639 e ss.; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1308; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 55 e ss.; inoltre, F. BRICOLA, *Aspetti problematici del rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. I, Milano, 1997, p.69 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 190, p. 418 e ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 185; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 310 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 207 e ss. L'impostazione ovviamente risale a quella della dottrina tedesca dell'"*erlaubtes*

modo impoverire i contenuti e la logica complessiva dell'imputazione¹⁶².

Infatti, il criterio della mancata adozione dei modelli, per come strutturato dal legislatore, implica necessariamente di verificare la *derivazione* del reato dal rischio "non permesso": nell'escludere l'imputazione quando l'ente abbia adottato modelli idonei alla prevenzione di «reati della specie di quello verificatosi», il d. lgs. n. 231 introduce infatti l'esigenza di ricondurre il reato concretamente realizzatosi all'anzidetta area di rischio "non lecito"¹⁶³, e cioè ad un

Risiko", su cui per una visione d'insieme M. MAIWALD, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, p. 175 e ss. Sul ruolo del rischio consentito in relazione alla responsabilità oggettiva (per l'evento) e sulla responsabilità per rischio da attività vietata, S. ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1989, 293 e ss.; ID., *I reati aggravati dall'evento*, Milano, 1984, p. 177 e ss.; A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 645 e ss.

¹⁶² La soluzione non intende cioè riferirsi ad una forma di responsabilità da "rischio d'impresa" inquadrabile nel modello civilistico di responsabilità oggettiva del tipo di quella prevista dall'art. 2049 c.c., su cui, in termini generali, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Ritiene invece che il sistema d'imputazione del d. lgs. n. 231 del 2001 (ed in particolar modo quello dell'art. 6) possa essenzialmente ricondursi al paradigma civilistico della responsabilità oggettiva E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 320: l'Autore sottolinea la affinità con le forme di responsabilità previste dall'art. 2049, 2050 e 2051 c.c., e ritiene che il meccanismo di imputazione così concepito, insieme al nucleo di norme che prevedono l'applicazione delle sanzioni amministrative introdurrebbe un "modello integrato" di responsabilità. Esclude che la responsabilità dell'ente possa fondarsi strutturarsi sullo schema civilistico di responsabilità oggettiva "da rischio d'impresa" A. VIGNOLI, *La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 106. In generale, per una analisi dello scivolamento dell'imputazione penale verso forme di "rischio sociale", F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

¹⁶³ Sulla base di tali rilievi si è anche ritenuto che il modello di imputazione introdotto dal d. lgs. n. 231 del 2001 corrisponda a quello della "*objektive Zurechnung*": v. F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 42; ID., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., p. 14. Sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, nella dottrina italiana, v. A.

reato prevenibile da un modello “normalmente” non idoneo (sul punto, *infra*, sez. II). In altre parole, e come anche rilevato in dottrina, «occorre un nesso tra l’omessa adozione del modello organizzativo e il tipo di reato specificamente realizzatosi (art. 6, comma 1, lett. a)», nel senso che «il reato è imputabile all’ente solo se rientra nello spettro preventivo del modello organizzativo e gestionale doveroso»¹⁶⁴. Ciò significa, da una parte, che l’ente non risponderà del reato quando abbia adottato modelli organizzativi idonei a prevenire illeciti della stessa specie, e, dall’altra, che esso sarà parimenti assolto quando, pur non avendo adottato tali modelli, il reato realizzatosi non apparteneva a quelli prevenibili mediante una organizzazione che potesse considerarsi soddisfacente (=idonea) per il legislatore.

Se tale verifica porterebbe già ad escludere che la responsabilità dell’ente si fondi sul suo “modo di essere”, sembra però sin d’ora essenziale precisare che essa non esaurisce tutti i contenuti della *connessione tra l’organizzazione difettosa e il reato*¹⁶⁵.

CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; ID., *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1097 e ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento (parte I e II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 589 e ss. e 1114 e ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nella struttura del reato*, Milano, 1991, p. 61; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento*, 2006; A. PAGLIARO, *L'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 779 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 1-84, Milano, 2004, p. 403 e ss.

¹⁶⁴ Così F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 42; valorizza il nesso di collegamento tra la particolare lacuna organizzativa e la specifica tipologia di illecito, ritenendo che essa possa desumersi dalla formulazione dell’art. 6, comma 1, anche A. F. TRIPODI, *‘Situazione organizzativa’ e “colpa in organizzazione”*, cit., p. 494.

¹⁶⁵ Si dovrebbe poi comunque considerare che il rischio che l’ente risponda per il suo ‘modo di essere’ sarebbe in ogni caso evitato stabilendo l’esigenza di un collegamento ‘causale’ tra la lacuna organizzativa (o la politica illecita) e il reato. Il sistema di imputazione delineato dal d. lgs. n. 231 del 2001 si arricchisce infatti del

L'accertamento *in termini generali* di un legame tra fatto e "lacune" lato *sensu intese* è infatti chiaramente imposto dall'art. 7, il quale stabilisce che l'ente risponde se la commissione del reato è *stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza*. E, d'altra parte, un raccordo tra reato e difetti concreti dell'organizzazione (che emergano in quanto tali, al di là di inadeguati programmi formalizzati) sembra dover sussistere anche rispetto al reato apicale¹⁶⁶: sarebbe infatti certamente irragionevole, alla luce della logica complessiva dell'imputazione, una eventuale differenziazione sotto tale profilo¹⁶⁷, per di più tenendo conto della equivocità della legge delega sul

criterio dell'interesse dell'ente, il quale consentirebbe di verificare il perseguimento di una certa politica nel concreto fatto criminoso. Si coglie in tal modo anche la possibile interazione, accertamente evidenziata, tra i due criteri imputativi (del difetto organizzativo e dell'interesse): nel senso che, mentre andrebbe senz'altro esclusa la possibilità di pratica sovrapposizione, rimarrebbe la possibilità di rafforzare l'accertamento della concreta finalizzazione dell'azione criminosa mediante il suo raccordo ad elementi significativi dell'atteggiamento dell'ente (come ordini, direttive, o quant'altro). Sul punto, v. N. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 161 e 162.

¹⁶⁶ Tanto che parte della dottrina ha ritenuto che non sia richiesto l'accertamento di un nesso causale: S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA, M. CERESA-GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2001, p. 25, il quale ritiene che l'imperfezione riguardi anche il reato del soggetto subordinato per ciò che riguardi la connessione tra il reato e il modello inadeguato, ciò su cui peraltro il medesimo autore mostra forti perplessità, ritenendo che ciò conduca all'affermazione di una responsabilità per fatto altrui; nello stesso senso L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quali natura? Quali soggetti?*, cit., p. 19. A sostegno di tale mancata previsione s'è addotta l'impossibilità di ricostruire i termini di una relazione causale "in senso stretto", per l'assenza di una azione od omissione umana: G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., p. 104.

¹⁶⁷ L'argomento è evidenziato da A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103 e ss.; v. anche ID., in *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, cit., p. 40. Nel senso che la differenziazione sarebbe di dubbia legittimità lo stesso S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., p. 25.

punto¹⁶⁸ e delle diverse indicazioni normative che si muovono in tal senso¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Nella legge delega, infatti, la connessione con l'omessa direzione e vigilanza riferirsi anche al "reato apicale". Così la lettera e) dell'art. 11 della legge delega: «prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi, a loro vantaggio o nel loro interesse, da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione ovvero da chi esercita, anche di fatto i poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni [...]». Sul punto si vedano le considerazioni contenute nella Relazione, cit., p. 18: «La citata lettera e) sembrerebbe infatti non richiedere alcuna condizione ulteriore rispetto alla commissione del reato da parte di un soggetto che nell'ente rivesta un ruolo apicale. La norma, infatti, riferisce almeno in apparenza, la circostanza che la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione e di vigilanza, esclusivamente al caso in cui il reato sia posto in essere da chi a tali funzioni sia assoggettato: i sottoposti. Tuttavia, nella equivocità del dato testuale (la presenza di una virgola consente per contro di riferire il periodo altresì al caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale), sono state ritenute prevalenti le argomentazioni esposte in precedenza [...] (corsivo della scrivente)». Sul punto, v. anche G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., p. 1332.

¹⁶⁹ In particolare si veda l'art. 17, che, alla lettera b, fa esplicito riferimento all'eliminazione delle carenze organizzative che abbiano determinato il reato, senza distinzioni a seconda dell'autore dell'illecito. Nel senso che la connessione causale tra organizzazione difettosa e reato sia assunta a presupposto generale dell'imputazione: A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103 e ss.; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 423; N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 105; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 1364; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 1107; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 506 e ss. Più complicata potrebbe semmai essere la ricostruzione del tipo di nesso indispensabile, se di carattere propriamente condizionalistico o invece solo agevolatore. Tale ultima possibilità è stata in particolare sostenuta con riferimento all'art. 7, il quale configurerebbe per l'appunto una responsabilità dell'ente per agevolazione colposa (in particolare G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., pp. 1153 e 1154; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa*, cit., p. 1107). L'idea parrebbe peraltro trovare conferma nell'art. 13, il quale subordina l'applicazione delle sanzioni interdittive alla circostanza che la commissione del reato 'para-apicale' sia stata *determinata o agevolata* da gravi carenze dell'organizzazione (lett. b). Se non ché, tale indicazione sembra divergere sia da quella che si desume dall'art. 7, essendo incontestabile sul piano linguistico il riferimento alla *conditio sine qua non* (dove si parla di «rendere possibile l'illecito»: sul punto, da ultimo, G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006, p. 82 e ss.) sia da quella dell'art. 17 che parla solo di "determinazione". La

Se così fosse, deve peraltro concludersi che, in base al criterio della “derivazione dal rischio non permesso”, l’ente non risponderebbe quando abbia adottato modelli idonei o quando, pur non avendoli adottati, il reato non rientrasse nello spettro di quelli evitabili con un modello idoneo (essendosi concretizzato un rischio “lecito”); esso peraltro, in base all’ulteriore criterio della “connessione tra reato e organizzazione difettosa”, sarebbe parimenti assolto quando, pur in assenza di modelli idonei, il reato tuttavia non possa ricondursi a *carenze* dell’ente, in quanto quest’ultimo si mostri comunque e per altra via ben organizzato (non cioè mediante meccanismi formalizzati nel “modello”)¹⁷⁰.

soluzione, inoltre, sembra esser stata ribadita dal legislatore in occasione della riforma dei reati societari, in relazione ai quali la responsabilità dell’ente sorge solo «qualora il fatto *non si fosse realizzato se essi avessero vigilato* in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica» (art. 25ter): A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione*, cit., p. 10; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 98; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 676.; nonché G. DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 729. In questa prospettiva, sembra allora più ragionevole ritenere che la previsione dell’art. 13 si spieghi con l’efficacia circoscritta della norma che prevede i presupposti di applicazione delle misure interdittive: l’idea di una connessione più labile sembrerebbe cioè bilanciata dal riferimento a carenze organizzative comunque «gravi», per le quali comprensibilmente può affermarsi la rilevanza di un contributo anche solo agevolatore.

¹⁷⁰ In tal senso, d’altra parte, dovrebbe considerarsi la previsione di modelli organizzativi per prevenzione del “rischio penale” si iscriva nell’ambito degli obblighi di organizzazione generale (l’art. 2381 c.c., comma terzo), su cui *infra*, sez. II. Il profilo sembra, sia pure non in modo diretto preso in considerazione da una parte della giurisprudenza: Trib. Milano, 31 luglio 2007, in *www.Rivista231.it*, dove si afferma che: «è comprovato che, alla data del 10.1.03, il Presidente del Consiglio di Amministrazione di MC s.r.l. (già BC s.r.l.) non era in grado di esibire, perché non ancora esistente, alcun modello di organizzazione, gestione e controllo ex art. 6 e 7 D.L.vo n.231/01 [...]. Anche a voler prescindere dalla formale adozione dei modelli previsti dal citato decreto, la società non ha offerto nessun elemento in ordine all’esistenza di modalità organizzative e di gestione comunque volte a prevenire la commissione di reati (corsivo della scrivente).

Sezione II
Le lacune ascrivibili all'ente

6. *Brevi premesse sul concetto di lacuna rilevante nel sistema previsto dal d. lgs. n. 231 del 2001. Le lacune "da modellistica inadeguata" nel caso di reato apicale e nel caso di reato para-apicale*

In base a quanto sinora affermato, può dirsi che il d. lgs. n. 231 imponga di accertare, per l'ascrizione dell'illecito all'ente, l'esistenza di "lacune" all'interno dell'ente.

Se ciò comporta peraltro di escludere difetti di organizzazione *comunque intesi* (e grosso esemplificabili, secondo le indicazioni normative, nel *difetto di direzione e vigilanza*), rimane il fatto che il legislatore enuclei, come primo accertamento, quello sull'esistenza di lacune "da modellistica inadeguata". In altre parole, per "tipizzare" in qualche modo il contenuto dell'*organizzazione difettosa*, il legislatore fornisce all'ente, sull'esempio statunitense¹⁷¹ ma

¹⁷¹ Le *federal Guidelines* del 1991 indicano quale programma "effettivo" quello che in relazione alla dimensione della *corporation* e del tipo di attività svolta rispondano alle seguenti esigenze: sia ragionevolmente in grado di ridurre la possibilità dei comportamenti criminosi, in modo che siano osservati da parte degli impiegati e degli altri agenti della società; che i soggetti appartenenti al personale di alto livello dell'impresa devono essere destinati all'attività di supervisione dell'attuazione dei programmi di collaborazione; non deve essere assegnato alcun potere discrezionale sostanziale a soggetti che manifestano una inclinazione a commettere reati e sul cui conto al persona giuridica era informata o avrebbe dovuto esserlo se avesse utilizzato la diligenza dovuta; aver provveduto ad una adeguata comunicazione ai dipendenti; aver provveduto a meccanismi di controllo e canali di informazione interna; aver previsto un apposito apparato disciplinare; dopo la scoperta del reato prendere tutte le misure necessarie per reagire in modo appropriato alla violazione ed evitare la recidiva. Sul significato di tali contenuti, J. M. KAPLAN e al., *Compliance Program and the corporate sentencing Guidelines*, 1993; C. J. WALSH, A. PYRICH, *Corporate compliance programs as a Defense to Criminal liability: Can Corporation Save its soul?*, in *Rutgers L.R.*, 1995, p. 605; NUNES, *Organizational*

distinguendosi dalla maggioranza di discipline straniere¹⁷², precise strategie per la riduzione del rischio-reato: esso indica quindi i contenuti essenziali dei *compliance programs* da adottarsi¹⁷³.

Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Self-Reporting, in *Ariz. St. L.J.*, 1995, p. 1039; BERINGHAUS, *Practical considerations in Developing Effective Compliance Programs*, in *P.L.R.* 1993, p. 9, nella dottrina italiana, oltre a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 111 e ss.; G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines for organisations e profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 465 e ss.; ID., *Corporate governance e compliance programs: nuove prospettive dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. Sacerdoti (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti sanzionatori internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE al decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, p. 291; E. GILIOLI, *La responsabilità delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione (compliance programs)*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 47 e ss.; in un raffronto con i modelli organizzativi italiani, G. GRAZIANI, *I modelli organizzativo-preventivi e l'esperienza dei "compliance programs"*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, p. 28 e ss.

¹⁷² Sul punto, *infra*, cap. III.

¹⁷³ Sui contenuti dei modelli, in diverse prospettive e con vari approfondimenti, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità*, cit., p. 320 e ss.; S. BARTOMOLUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p.; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 179 e ss.; AA. VV., *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005; A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le società*, 2002, p. 145; A. IANNINI, G. ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005, p. 73 e 74; N. IRTI, *Due Temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 694/I; L. MARTINO, *Le predisposizioni dei modelli organizzativi da parte delle imprese*, in F.M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO, *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001*, Milano, 2006, p. 146 e ss.; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, p.; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, p. 245 e ss.; p. 73 e 74; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, 2002, p. 65 e ss. Sui modelli organizzativi vi è stata poi una larga fioritura di studi aziendalistici e pratici: G. B. ALBERTI, *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001*, in *Le società*, 2002, p. 539; G. BUBBOLI, M. BRAMIERI, D. BAGAGLIA, A. BOGLIACINO, *La responsabilità amministrativa delle società. Analisi del rischio reato e modelli di prevenzione*, Milano, 2003, p. 37 e ss.; G. BRUNO, *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. n. 231/2001): «massima effettività» del modello e ruoli di controllo*, in *Il controllo legale dei conti*, 2003, p. 15; S. FORTUNATO, M. REBOA, *L'implementazione dei modelli organizzativi e di gestione ex d.*

Procedendo nell'analisi delle "lacune da modellistica", alcune differenze si registrano però nella definizione dei requisiti del programma a seconda che la prevenzione riguardi il reato dell'apice o del soggetto in posizione para-apicale¹⁷⁴. Si tratta allora, in via preliminare, di comprendere se a tale diversità di formulazione corrisponda una precisa intenzione legislativa di diversificare il contenuto dei modelli nei due casi.

In effetti, il dato letterale - e cioè la maggiore genericità delle indicazioni legislative per la prevenzione del reato del soggetto para-apicale - induce a ritenere che il sistema di organizzazione nel caso dell'art. 7 possa essere strutturato in forma meno rigorosa¹⁷⁵. Parte

lgs. n. 231/2002, in *Riv. dott. comm.*, 2004, p. 1177; G. M. GAREGNANI, *Profili economico-aziendali dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 45 e ss.; G. DI NUZZO, R. CORSARI, *Il d. lgs. n. 231 del 2001, Responsabilità delle persone giuridiche e modelli organizzativi*, Milano, 2007; D. PATAMIA, *Responsabilità penale delle società*, Milano, 2007; AA. VV., *Responsabilità amministrativa di società ed enti. Il modello organizzativo ex D. lgs. n. 231/2001*, Iposa, 2007.

¹⁷⁴ Il comma 2 dell'art. 6 stabilisce che «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 a impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello». L'art. 7, comma 3, stabilisce invece che «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». Al comma 4, lo stesso art. 7 stabilisce che «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».

¹⁷⁵ Propendono per una interpretazione che differenzia i caratteri del modello idoneo in base all'autore del reato E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale*

della dottrina, mossa anche dall'intento di semplificare l'attività dell'ente, ha però ritenuto di poter assumere la sostanziale irrilevanza di quel dato formale¹⁷⁶, sostenendo che i requisiti indicati dall'art. 6 siano in modo più sintetico richiamati anche nell'articolo 7.

Ora, anche prescindendo dalle perplessità che suscita una interpretazione che trascuri la razionalità della *voluntas legis* – dovendosi comprendere perché allora il legislatore abbia optato per una formulazione più generica e non abbia invece rinviato alle prescrizioni dell'art. 6¹⁷⁷ – potrebbero evidenziarsi molteplici argomenti a sostegno di un'interpretazione conforme alla lettera della legge.

Intanto, si dovrebbe osservare che, nel caso del reato del sottoposto, l'adozione di modelli idonei ed efficaci viene ad essere praticamente assimilata al rispetto degli *obblighi di direzione e vigilanza* da parte dei soggetti in posizione apicale: ciò porta a ritenere che il legislatore abbia voluto fissare un parametro di corretta organizzazione più generale per i modelli previsti dall'art. 7, nel senso che anche un sistema meno "rigoroso" potrebbe considerarsi

di impresa, cit., p. 320; N. IRTI, *Due Temi di governo societario*, cit., p. 694/I; A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 145; F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., p. 12; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p.; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 272; A. IANNINI, G. ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 73 e 74.

¹⁷⁶ Propendono per un'interpretazione unitaria A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 205; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 78; M. A. PASCULLI, *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi*, cit., p. 181; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 433; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 70.

¹⁷⁷ Così A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106.

idoneo ed effettivo quando abbia garantito l'adempimento di quei doveri¹⁷⁸.

Si dovrebbe poi osservare come il comma 2 dell'art. 7 precisi la denominazione dei modelli come «modelli di organizzazione, gestione e controllo», in leggera asimmetria rispetto all'art. 6¹⁷⁹. Se in apparenza il rilievo si presenta non significativo, l'anomalia trova una propria giustificazione a considerare che il medesimo articolo 7 non fa alcuna menzione dell'organismo di sorveglianza. Sicché non potrebbe escludersi che, per esimere l'ente da responsabilità quando il reato sia commesso dal soggetto in posizione para-apicale, la presenza di tale organismo non sia comunque essenziale, essendo invece indispensabile che un controllo vi sia stato, almeno da parte degli apici¹⁸⁰.

Ciò non implica peraltro che la persona giuridica debba adottare modelli *materialmente* distinti a seconda dell'autore dell'illecito da prevenire, ma piuttosto che gli eventuali difetti del programma possano essere diversamente rappresentativi del coinvolgimento dell'ente. Tale soluzione sarebbe anzi più convincente anche rispetto alla logica complessiva dell'impianto normativo, il quale considera essenziale, per imputare l'illecito all'ente, l'abuso del potere di organizzazione. E, poiché la titolarità di

¹⁷⁸ V. A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106; nello stesso senso v. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., p. 2497.

¹⁷⁹ Dà valore a tale distinzione F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 272.

¹⁸⁰ Sul punto E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 320; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 145. Del resto, la possibilità che il controllo sia esercitato direttamente da quei soggetti è già espressamente presa in considerazione dal decreto, nello stesso articolo 6, comma 4, per gli enti "di piccole dimensioni".

funzioni “soltanto” para-apicali è in linea di principio meno sintomatica di tale abuso, «solo carenze organizzative più rilevanti» potrebbero indurre a ritenere la partecipazione dell’ente responsabile¹⁸¹. Un ulteriore indizio in questa precisa direzione potrebbe peraltro desumersi dal comma 4 dell’art. 7, secondo cui la eventuale modifica del modello è considerata essenziale solo quando siano scoperte *significant* violazioni del modello; ciò che non è specificato invece dall’art. 6, secondo cui l’organismo di sorveglianza è tenuto ad un più costante ed generale «obbligo di aggiornamento» (lett. b, co. 1).

7. Il contenuto essenziale del modello idoneo. Regole organizzative “in senso stretto” e regole organizzative “di comportamento”

Con la premessa che la modellistica potrebbe assumere forme più o meno rigorose, si deve esaminare quando si configurino le lacune da “modellistica inadeguata”. A tal fine, si tratterebbe peraltro di distinguere ciò che riguarda propriamente l’«idoneità» del modello da ciò che riguarda la sua «efficace attuazione». Particolarmente chiaro in ordine a tale distinzione è l’articolo 7 (co. 3 e 4), ma analoghe indicazioni si hanno con riferimento ai modelli previsti dall’art. 6; ciò che impone di valutare in modo autonomo ciascuno di questi profili¹⁸².

¹⁸¹ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106.

¹⁸² Sottolinea l’esigenza che su ciascuno di questi momenti si soffermi l’attenzione del giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell’ente R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell’ente*, cit., p.; ID., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i*

Per quanto riguarda il contenuto di un modello *idoneo*, esso consiste essenzialmente in *regole di corretta organizzazione* ai fini della riduzione del rischio penale¹⁸³. Tra queste, si potrebbero distinguere regole aventi ad oggetto la struttura organizzativa in quanto tale¹⁸⁴ (che si potrebbero definire regole organizzative “in senso stretto”) da altre dirette più precisamente ad orientare i comportamenti all’interno dell’ente (regole organizzative “di comportamento”¹⁸⁵).

Nella prima categoria rientra in particolare la previsione di un chiaro sistema di deleghe e l’individuazione delle aree soggette a rischio di reato (c.d. “mappatura”) quale risultato dell’attività di identificazione dei rischi all’interno dell’ente¹⁸⁶. In entrambi i casi si tratta di adempimenti *preliminari* rispetto alla strutturazione delle regole ad effetto preventivo¹⁸⁷.

reati, in *Le società*, 2002, p. 1302; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 209 e 210; G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3; L. MARTINO, *La genesi dei modelli organizzativi*, in AA. VV., *I modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 119; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 94 e ss.

¹⁸³ Parla di modello come “regola” D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 437; vedi anche F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 273; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 213.

¹⁸⁴ Sulla natura cautelare in genere anche di tali regole v. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., p. 102 e 106; D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, cit., p. 327; con riferimento ai modelli organizzativi A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 89.

¹⁸⁵ Regole che, nella materia della colpa sono tipicamente definite come regole “modali”: F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, p. 88 e ss.; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 236.

¹⁸⁶ Il metodo da seguire in tal senso sarebbe quello aziendalistico, su cui L. MARTINO, *Le predisposizione dei modelli organizzativi*, cit., p. 151; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 151; G. BUBBOLI, M. BRAMIERI, D. BAGAGLIA, A. BOGLIACINO, *La responsabilità amministrativa delle società*, cit., p. 141; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 300 e ss.

¹⁸⁷Lo stesso d. lgs. n. 231 ne chiarisce il significato: l’art. 6, comma 2, esordisce infatti «in relazione all’estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli devono...a) individuare le attività nel cui ambito

Il nucleo delle modellistica è però costituito da previsioni direttamente rivolte ad *orientare i comportamenti all'interno dell'ente*. In tale ambito devono farsi rientrare, innanzitutto, le regole che stabiliscono specifici protocolli per la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (art. 6, co. 2, lett. b). Peraltro, l'esigenza di una "procedimentalizzazione" delle attività decisionali presuppone logicamente l'individuazione degli obiettivi e degli *standard* comportamentali cui si ispira l'azione dell'ente: a tal fine una particolare rilevanza avrebbe l'adozione di un codice etico¹⁸⁸. Con esso infatti sarebbero indicati i valori promossi dall'azienda, ma anche più in concreto i principi di comportamento da seguire all'interno dell'ente, ponendosi le basi per una politica aziendale orientata alla legalità. Perché non si tratti soltanto di dichiarazione di intenti sarebbe quindi necessaria la concretizzazione di quelle norme di condotta in concrete procedure d'azione.

In tal senso, andrebbero fissati protocolli per la formazione delle decisioni, insieme ad un sistema chiaro e funzionale di trasmissione delle informazioni, da cui dipende come noto la razionalità della decisione medesima. Ma la previsione di specifici protocolli è essenziale anche per garantire che le decisioni siano poi correttamente attuate: da questo punto di vista la

possono essere commessi i reati». Nel senso che la strutturazione di un corretto sistema di deleghe costituisca il "presupposto" di una corretta organizzazione A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5105; sul punto, C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 178, il quale appunto esclude la natura cautelare dei doveri preventivi di 'organizzazione', riconoscendola alle regole costitutive del modello (che noi abbiamo definito 'organizzative' di comportamento).

¹⁸⁸ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5105; A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 150; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 83.

‘procedimentalizzazione’ avrebbe l’ulteriore finalità di consentire il controllo sulle attività svolte; inoltre, con una chiara documentazione dell’*iter*¹⁸⁹, si agevolerebbe la ricostruzione del processo decisionale e dei ruoli assunti dai soggetti in esso coinvolti.

Significato particolare nella prevenzione di reati “a sfondo economico” assume poi l’individuazione di modalità di gestione delle risorse finanziarie. Anche a tal fine andrebbero cioè fornite indicazioni sui comportamenti da tenere, nel quadro di strutturate procedure operative; così pure un sistema di controllo contabile ispirato alla massima chiarezza crea le basi per un adeguato controllo degli organi a ciò deputati.

Le regole di comportamento sin qui richiamate, ed in particolare quelle che fossero contenute nel codice etico, hanno il preciso significato di rivelare il rispetto della legalità da parte di coloro che operano nell’ente. Ad esse si affiancano, sempre nell’ambito di quelle “comportamentali”, quelle regole che individuano condotte da tenere per garantire l’effettività del modello: essenziale a tal fine sarebbe innanzitutto l’assegnazione di obblighi di controllo all’organismo di sorveglianza o allo stesso organo dirigente (cui si dovrebbe accompagnare l’attribuzione di poteri di acquisizione di informazioni), la previsione di obblighi di aggiornamento del modello¹⁹⁰ e un sistema sanzionatorio (co. art. 6,

¹⁸⁹ A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 152; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 81.

¹⁹⁰ Si badi, peraltro, che a carico dell’organo della vigilanza (quando questo non si identifichi nello stesso organo dirigente) dovrebbe prevedersi più che altro l’onere di segnalare le esigenze di modifica eventualmente emerse, essendo ogni intervento sul modello riservato a chi lo adotta. Sul punto, A. FIORELLA, *Sui poteri dell’organismo di sorveglianza*, cit., p. 165; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone*

co. 2, lett. e; art. 7, co. 4, lett. b)¹⁹¹, quale insieme di procedure adeguate alla applicazione di apposite misure disciplinari.

8. *Il giudizio sull'idoneità. La prevenzione dei reati «della specie di quello verificatosi»*

In quanto giudizio di relazione, l'accertamento dell'idoneità del modello presuppone di individuare con chiarezza i termini della relazione medesima.

Con riferimento al termine iniziale, alcuni chiarimenti sembrano peraltro opportuni in relazione al rapporto tra modello e singola regola. Ad una possibile duplicità del giudizio sembra infatti

giuridiche, cit., p. La soluzione corrisponde a quella dei modelli sinora adottati: cfr. modello organizzativo e di controllo di FIAT, su cui v. S. SANSONETTI, *Valutazione dei rischi e adozione di modelli e di misure di controllo: la soluzione di Fiat*, in AA. VV., *I modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, cit., p. 339; il modello di Philip Morris Italia s.p.a. su cui I. PIAZZOLI, F. EGIDI, M. MONTERISI, *Valutazione dei rischi e adozione dei modelli e di misure di controllo: la soluzione di Philip Morris Italia s.p.a.*, *ivi*, p. 357; il modello Italtel, su cui E. NITTI, *Valutazione dei rischi e adozione di modelli e di misure di controllo: la soluzione Italtel*, *ivi*, p. 375; ma indicazioni in tal senso sono contenute direttamente nelle linee guida ABI, su cui C. MANCINI, *Il d. lgs. n. 231/2001 nell'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, *ivi*, p. 445; modello di organizzazione e gestione del gruppo Generali (v. in particolare il documento illustrativo del modello di organizzazione e gestione). Si tratterebbe al riguardo semmai di stabilire in che misura sia ammissibile la previsione di interventi tempestivi in casi di particolare urgenza, da delegarsi eccezionalmente all'organismo stesso, come previsto da alcuni dei modelli sinora adottati (per es., gruppo Generali). Si osservi peraltro che si prevedono talvolta che le modifiche possano essere apportate in taluni casi dall'amministratore delegato in vece del consiglio di amministrazione: v. il modello di Fiat; il modello Italtel (il quale conferisce all'amministratore delegato anche una competenza esclusiva per modifiche ed integrazioni di carattere specifico).

¹⁹¹ Su alcuni profili problematici connessi all'operatività del sistema disciplinare con riferimento ai soggetti in posizione apicale, A. BERNASCONI, E. BEGHÉ, *Sistema disciplinare per soggetti apicali: apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 43 e ss.

indurre lo stesso legislatore che riferisce l'idoneità tanto al modello in sé (art. 6, co. 1, lett. a; art. 7, co. 2; art. 12, co. 2, lett. b; art. 17, co. 1, lett. b), quanto ad alcuni dei suoi requisiti¹⁹². Peraltro, se appare indispensabile un'analisi attenta di ciascun profilo organizzativo, sembra logico ritenere che il giudizio d'idoneità debba comunque tener conto del *modello nel suo complesso*, dovendosi escludere che isolate imprecisioni travolgano l'efficacia esimente del modello globalmente idoneo alla prevenzione. Del resto, la necessità di una valutazione 'complessiva' sarebbe indispensabile anche per escludere l'idoneità del modello quando, pur essendo le misure previste in sé idonee, manchino poi alcune regole essenziali. Il programma dovrebbe infatti quanto meno soddisfare le "esigenze"¹⁹³ indicate dal legislatore (i requisiti "minimi"), la cui verifica di idoneità riguarda i vari apparati interni di prevenzione (decisioni, contabilità, controllo, etc.).

Il nodo principale nella definizione del giudizio sulla idoneità del modello è però costituito dal termine finale della relazione, consistente nella commissione di «*reati della specie di quello verificatosi*».

Alla luce di tale indicazione, sembra intanto da escludersi che l'accertamento tenga conto del reato concretamente realizzatosi¹⁹⁴. Al

¹⁹² Così l'individuazione di modalità di gestione idonee ad impedire la commissione dei reati; la introduzione di un sistema disciplinare *idoneo* a sanzionare. Parlano di duplice giudizio di idoneità A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 216.

¹⁹³ In tal modo si esprime l'art. 6, co. 2.

¹⁹⁴ In caso contrario, il legislatore avrebbe senz'altro utilizzato una formula diversa, quale appunto "modelli idonei a prevenire il reato verificatosi". In tal senso A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5105. Sul punto, inoltre R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p.;

contrario, si tratta di guardare ad un evento-reato che presenti alcuni margini 'potenziali' di *astrazione* rispetto a quello concreto. Ci si potrebbe peraltro domandare in cosa consista tale evento generico, cosa debba cioè intendersi per «reati della specie di quello verificatosi». Al riguardo, s'è suggerito di prendere in considerazione categorie di reati "omogenei" sulla base dei beni offesi¹⁹⁵. Se non ch , tale soluzione rischia di tradire l'intento perseguito dal legislatore nell'imporre la verifica di idoneit , non consentendo di selezionare adeguatamente l'area del rischio "permesso": ben potrebbe infatti il modello essere idoneo a prevenire reati del medesimo titolo ma non altri di quelli appartenenti alla 'categoria'. Occorrerebbe perci  piuttosto guardare alla modalit  obiettive e subiettive di realizzazione dell'illecito come astrattamente tipizzate per ciascuna fattispecie¹⁹⁶. Quando poi ci  non sia sufficiente (si pensi ai reati a forma libera), si tratterebbe di selezionare *fatti di reato*, dello stesso titolo di quello verificatosi, le cui modalit  concrete di commissione possano dirsi "normali" secondo *l'id quod plerumque accidit*¹⁹⁷. In

A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e «responsabilit  amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1331.

¹⁹⁵ In tal senso A. IANNINI, G. ARMONE, *Responsabilit  amministrativa degli enti*, cit., p. 71, i quali portano come esempio che, essendosi verificata una corruzione di pubblico ufficiale straniero, si dovrebbe dimostrare che il modello fosse idoneo a prevenire i reati contro la pubblica amministrazione.

¹⁹⁶ Ritiene che la "idoneit " del modello cada misurata sul fine di evitare la commissione di reati di un 'dato tipo' D. PULITAN , *La responsabilit  "da reato" degli enti*, cit., p. 433.

¹⁹⁷ D'altro canto anche in base alle elaborazioni delle scienze aziendaliste, l'ente, nella fase preliminare di valutazione del rischio reato, dovrebbe prevedere le possibili modalit  attuative dell'illecito: P. SFAMENI, *La responsabilit  delle persone giuridiche*, cit., p. 77; L. MARTINO, *La predisposizione dei modelli organizzativi*, cit., p. 153; F. SANTI, *La responsabilit  delle societ  e degli enti*, cit., p. 302 (secondo il quale l'ente deve concentrarsi per ciascuna figura criminosa su: il bene o l'interesse tutelato dalla norma penale; le modalit  di consumazione del reato; l'elemento soggettivo; la rilevanza di circostanze aggravanti).

quest'ottica, un'indicazione significativa proviene anche dal criterio ascrittivo dell' "elusione non fraudolenta", nel senso che il modello non sarà tenuto a prevenire reati che siano messi in opera con particolari artifici ai danni delle misure adottate. In definitiva, assumere quale termine finale della relazione nel giudizio sulla idoneità un *evento-reato di tipo generico* nel senso sopra descritto significa fare *astrazione dalle modalità concrete di realizzazione dell'illecito che appaiano anomale*.

D'altra parte, è opportuno ulteriormente precisare che, rispetto a tale evento generico, la verifica giudiziale si struttura di per sé come giudizio di *adeguatezza*¹⁹⁸, nel senso cioè che l'idoneità venga affermata quando, *secondo un normale decorso causale*, il modello avrebbe evitato l'evento 'generico' anzidetto; s'imporrebbe quindi *anche* l'astrazione dal complesso di circostanze anomale, non riguardanti la condotta criminosa, che abbiano contribuito a determinare l'illecito¹⁹⁹. In questo contesto, peraltro, tenuto conto che la normalità dello sviluppo causale andrebbe misurata pur sempre in relazione alle peculiarità strutturali dell'ente, un ruolo fondamentale di "tipizzazione" del decorso da ricostruirsi sarebbe certamente assolto dai requisiti che il legislatore richiede per i modelli. In questo

¹⁹⁸ Sul giudizio di adeguatezza A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1296 e ss.

¹⁹⁹ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5104, il quale afferma che «sarebbe cioè sufficiente provare che il modello fosse idoneo a prevenire reati della stessa specie secondo il normale corso degli eventi perché l'ente venga prosciolto»; nello stesso senso cfr. A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 219.

senso, potrebbe dirsi che il legislatore affermi la responsabilità dell'ente che abbia evitato un rischio comunque "tipico"²⁰⁰.

Quanto al "momento" cui riferire il giudizio, può poi senz'altro condividersi l'opinione prevalente secondo cui esso debba compiersi *ex ante*, in base allo schema della prognosi postuma. La dottrina dominante è peraltro giunta a tale conclusione sulla base delle riflessioni svolte in tema di idoneità degli atti nel delitto tentato²⁰¹: si esclude così che il giudizio possa compiersi "a reato compiuto" poiché ciò condurrebbe automaticamente all'inidoneità

²⁰⁰ Sotto un diverso punto di vista, ci si potrebbe poi domandare se occorra tener conto, oltre che della condotta, anche dell'evento naturalistico, per l'ipotesi in cui intercorra tra essi un percepibile distacco temporale. Nella prospettiva della valutazione giudiziale non può peraltro dubitarsi che la capacità di prevenire la condotta sia in sé sufficiente a dimostrare la idoneità del modello. Ciò non esclude peraltro il concreto interesse dell'ente ad una specifica considerazione anche del suo risultato: infatti, secondo l'art. 26, comma 2, esso non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento. L'impedimento dell'evento potrebbe infatti essere la diretta conseguenza del funzionamento del modello organizzativo, magari per aver il sistema di vigilanza abbia ben operato e per essere l'ente intervenuto con apposite misure, eventualmente già previste dal modello o assunte in via straordinaria. In tal senso, tra l'altro, l'intervento tardivo, più che frutto di una "resipiscenza", sarebbe espressione di un atteggiamento complessivo già originariamente orientato alla legalità, ancorché tradottosi in un sistema in parte imperfetto. In tal senso v. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 125. Sull'istituto in generale, A. CARMONA, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, cit., p. 1008.

²⁰¹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest*, p. 591; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., p. 20; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 219; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p.; G. IZZO, *Sindacato giudiziario sull'idoneità dei modelli organizzativi*, in *il Fisco*, n. 44/2002, p. 7067. Nello stesso senso v. anche G. LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001*, in AA. VV., *I modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 256; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 81 e 82; G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, cit.; A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 311. In generale, la prognosi postuma nel giudizio sull'idoneità degli atti nel delitto tentato è ammessa dalla dottrina dominante: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000, p. 440; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 460; GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 218 e ss.

del modello, il quale si sarebbe mostrato “incapace” di prevenire l’illecito. Non sembra tuttavia questa la ragione principale per l’opzione indicata, se è vero che il rischio di un giudizio “circolare” è in realtà già escluso dalla valutazione in termini di “adeguatezza” che si tratterebbe di compiere. L’esigenza di una verifica *ex ante* viene ad affermarsi piuttosto per il fatto che il giudizio di idoneità corrisponde al giudizio sull’impegno profuso dall’ente per la prevenzione; non avrebbe perciò senso prendere in considerazione circostanze emerse solo al momento dell’accertamento giudiziale. D’altra parte, l’adozione di modelli idonei esplica significativi effetti anche se successiva al reato (nell’ambito cioè delle condotte riparatorie): ma è chiaro che quando il modello sia adottato per la prevenzione di reati “futuri” il giudizio non potrebbe che compiersi *ex ante*; l’opzione per un tale accertamento consentirebbe così anche di riconoscere maggiore coerenza all’impianto normativo.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra peraltro anche opportuno chiarire che, quale *particolare momento* cui riferire il giudizio, non rilevi quello della commissione dell’illecito – come pure sostenuto dalla prevalente dottrina²⁰² –, ma piuttosto a quello della sua (formale) adozione²⁰³, ovvero quello dell’ultima delle sue *espresse* modifiche. Infatti, il giudizio sulla capacità di funzionamento del sistema al momento della commissione dell’illecito,

²⁰² C. E. PALIERO, *La responsabilità della persona giuridica per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale (i criteri di imputazione e i modelli organizzativi: artt. 5 e 6 d. lgs. 231/2001, relazione tenuta al Convegno paradigma, Milano, 2002, p. 12*; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest*, cit., p. 591. Nello stesso senso, anche G. LUNGHINI, *L’idoneità e l’efficace attuazione dei modelli organizzativi*, cit., p. 257 e A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 81.

²⁰³ In tal senso anche G. IZZO, *Sindacato giudiziario sull’idoneità*, cit., p. 7067.

riguarderebbe ormai l'attuazione del modello, la quale passa anche per la verifica del suo aggiornamento.

L'individuazione del momento del giudizio consente peraltro di delimitarne la "base", dovendosi tenere conto appunto delle circostanze emerse sino e non oltre quel tempo, che fossero "conoscibili"²⁰⁴ dall'organo dirigente tenuto all'adozione del modello²⁰⁵.

²⁰⁴ Così anche G. IZZO, *Sindacato giudiziario sull'idoneità*, cit., p. 7067; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 81. Nel senso che la selezione delle circostanze che compongono la base del giudizio debba raccordarsi alla natura del giudizio da compiersi F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, II ed., p. 303 e ss.

²⁰⁵ Alcune controversie sono peraltro sorte in dottrina per stabilire chi sia l'organo competente all'adozione dei programmi. Da una parte s'è infatti ritenuto la formula generica del d. lgs. n. 231 riconosca all'ente la massima libertà di scelta: così A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 145. Se non ché, sembra difficilmente controvertibile che, nelle società azionarie - per quali è emerso soprattutto il dibattito -, la competenza venga a radicarsi in capo al c.d.a.: in tal senso A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 300; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 287; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 102; P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum e il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, cit., p. 262; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 90; la soluzione è peraltro quella sinora adottata dalla maggior parte degli enti, nonché ritenuta legittima dalla recente giurisprudenza (Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 293). Peraltro, tale soluzione che appare la più logica anche per altre ragioni. In primo luogo, essa sarebbe l'unica possibile alla luce della riforma societaria che ha ricondotto entro ipotesi tassative quella dell'assemblea (art. 2364, comma 1, n. 5 c.c.) rendendo più netto il ruolo dell'amministrazione nella gestione aziendale: v. F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, tomo I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2004, p. 247 e ss.; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario*, vol. I, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2005, p. 245 e ss.; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci «cogestori»*, *ivi*, p. 455 e ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 400 e ss.; M. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 136 e ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società di capitali e cooperative*, a cura di M. rescigno e A. Sciarone Alibrandi, Milano, 2004, p. 59 e ss. Ma anche dal punto di vista operativo, l'idea è la più convincente: infatti, poiché il potere di modifica del

9. Segue: *regole organizzative “generiche” e regole organizzative “specifiche”. Prime valutazioni giurisprudenziali*

Il giudizio tiene dunque conto delle circostanze che attengono alla struttura della organizzazione aziendale e della sua storia. Da questo punto di vista, appare chiaro perché il *modello*, secondo opinione assolutamente prevalente e certamente condivisibile, debba aver i caratteri della “specificità”²⁰⁶, nel senso della sua concreta aderenza

modello verrebbe logicamente a spettare a chi abbia il potere di adottarlo, si rivelerebbe quanto mai impraticabile l’attribuzione di un tale compito all’assemblea dei soci; né può essere valido motivo di perplessità il fatto che tra gli adempimenti necessari per garantire un sistema di prevenzione efficace vi sia la nomina dell’organismo di vigilanza, con la quale si introdurrebbe un elemento di modifica strutturale dell’ente da inserire all’interno dello statuto (così si esprime invece R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell’ente*, cit., p.), ben potendo i due momenti esser separatamente regolati. Inoltre, bisognerebbe osservare come la genericità della legge non può corrispondere ad una deliberata volontà di lasciare la scelta all’ente, se è vero che la responsabilità “da reato” coinvolge non solo società per azioni ma una pluralità di diverse organizzazioni: non avrebbe avuto senso allora, a meno di provvedere ad un’elencazione casistica, l’individuazione di un organo in particolare; al contrario, il legislatore ha più accortamente selezionato la competenza all’adozione dei modelli sulla base delle *funzioni* esercitate, identificabili con quelle *lato sensu* dirigenziali. Semmai, dunque, qualche problema pratico potrebbe porsi per gli enti in cui quelle funzioni non siano distintamente radicate in un ‘organo’ (si pensi alle società personali). O, più che altro, ci si potrebbe domandare quale rilievo avrebbe il modello adottato da soggetti che non siano i titolari dei corrispondenti poteri giuridici.

²⁰⁶ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5105; D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 438; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 520; S. BARTOMOLUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 158; A. IANNINI, G. ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 60; nell’ambito della dottrina aziendalista, P. BASTIA, *I modelli di organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2005, p. 140 e ss.; G. B. ALBERTI, *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti*, cit., p. 540. In tal senso il requisito della idoneità viene grosso modo a coincidere con quella dell’effettività indicato dalle *Federal Organizational Guidelines* con riferimento ai *compliance program*, definito come «il programma costruito a misura della *corporation*, tagliato sulla sua cultura, la sua personalità, il suo *ethos*»: in tal senso C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 113 e ss.

alle peculiarità strutturali dell'ente che l'adotti²⁰⁷. In tal senso, deve ammettersi che, se gli obiettivi della efficienza economica e quelli della legalità indurrebbero a comportamenti aziendali tra loro incompatibili, il modo migliore per conciliarli sarebbe quello di integrarli sin dall'origine, come evidenziano i primi studi aziendalistici²⁰⁸. Non si tratterebbe cioè di meccanismi organizzativi da "impiantare" dall'esterno, ma di costruire la organizzazione medesima già in funzione del rispetto della legalità, anche considerando il sostanziale innesto del sistema del d. lgs. n. 231 su obblighi organizzativi generali gravanti sull'amministrazione societaria²⁰⁹.

²⁰⁷ Rimane peraltro aperto il problema dell'adozione dei modelli nel "gruppo" di società, essendo la disciplina strutturata per lo più pensando al singolo ente, senza considerare la difficoltà di stabilire quale sia l'organo tenuto all'adozione per il gruppo e a chi andrebbero affidate le funzioni dell'organismo di sorveglianza: sul punto v. A. FIORELLA, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, cit., p. 39; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 450; E. SCAROINA, *Societas delinquere non potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 267 e ss.

²⁰⁸ V. in particolare P. BASTIA, *I modelli di organizzativi*, cit., p. 140 e ss.

²⁰⁹ In tal senso si veda in particolare l'art. 2381 c.c., il cui comma terzo, dopo la riforma societaria stabilisce che «il consiglio d'amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione»; analoghe indicazioni sono poi contenute nell'art. 2403, comma 1, in relazione alla vigilanza dei sindaci; significativo, inoltre, appare l'art. 2387 c.c., in relazione ai requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli amministratori, che possono essere stabiliti anche con riferimento ai requisiti «previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati», facendosi riferimento cioè ai codici di categoria indicati dal d. lgs. n. 231 del 2001. Sul punto, si vedano F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, tomo I, cit., p. 297, i quali rilevano l'analogia strutturale della imputazione alla società della responsabilità civile derivante dai danni cagionati dagli amministratori a terzi e quella "amministrativa da reato", nel senso che la prova liberatoria connessa all'adozione dei modelli dovrebbe avere efficacia

La “specificità” peraltro può considerarsi elemento essenziale della idoneità, nella misura in cui venga intesa come attento raccordo tra modello nel suo complesso e struttura dell’ente. Altro è peraltro valutare la “specificità” quale caratteristica intrinseca della previsione, escludendo cioè enunciazioni formali prive di reale significato precettivo.

Il profilo appare in effetti rilevante, specialmente analizzando le prime pronunce giurisprudenziali, le quali si sono sinora espresse per lo più con riferimento a modelli organizzativi adottati *post factum*²¹⁰. Diversi provvedimenti hanno infatti ripetuto l’esigenza che

esimente per la società anche in relazione alla responsabilità civile per la violazione da parte degli amministratori della prescrizione citata sull’obbligo di “valutare dell’adeguatezza sull’assetto organizzativo”. Il raccordo tra le indicazioni dell’art. 2387 c.c. e quelle del d. lgs. n. 231 è evidenziato, inoltre, da A. DE NICOLA, *Art. 2381, Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in *Commentario alla riforma delle società. Amministratori, Artt. 2380-2396 c.c.*, Milano, 2005, p. 107 e ss.; A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società*, Milano, 2004, p. 212; L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, Milano, p. 39. Sul punto, in una prospettiva di applicazione pratica, anche S. BARTOLOMUCCI, *Rilevanza del modello societario e dell’assetto di corporate governance nella configurazione dell’organismo di vigilanza. Una riflessione critica*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 23. In termini generali sul contenuto dell’obbligo di valutare l’adeguatezza organizzativa della società, con profili di rilevanza anche rispetto ai modelli organizzativi (come quello della previsione di un sistema di deleghe e di un corretto funzionamento dei flussi informativi), v. P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, vol. II, Torino, 2006 (ristampa del 2007), 491 e ss.; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quarto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 19; P. MONTALENTI, *Articolo 2381, presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario*, artt. 2325-2409 c.c., Bologna, 2004, p. 678 e ss.; P. MORANDI, *Art. 2381*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 664 e ss.; C. ROMANO, *Articolo 2381, Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in AA. VV., *La riforma delle società*, tomo I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 403 e ss.

²¹⁰ Vuoi in funzione di attenuazione della sanzione: Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, giudice Piccin, in *Foro it.*, 2004, II, p. 318 e ss.; Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, giudice Dal Torrione, in *Foro it.*, 2006, II, p. 330 e ss.; vuoi per evitare le misure interdittive anche a scopo cautelare: Trib. Roma, 4 aprile 2003, giudice Finiti, in *Foro it.*, 2004, II, p. 317 e ss., in *Cass. pen.*, 2004, con nota di P. DI

il modello, oltre che dinamico ed effettivo, sia prima di tutto specifico²¹¹, negando spesso su tale base i benefici richiesti²¹². È stata

GERONIMO, e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, con nota di A. NISCO; Trib. Milano, 27 aprile 2004 (caso Siemens AG), in *Itinerari d'impresa*, 2004, con nota di M. MASUCCI e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, con nota di G. RUGGIERO; sullo stesso caso v. Trib. Milano, ordinanza 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 269 e ss.; Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, giudice Secchi, in *Foro it.*, II, 2005 e, sullo stesso caso, Trib. Milano, sezione per il riesame, ordinanza 14 dicembre 2004, *ivi*; Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit., p. 365 e ss., su cui v. poi Cass. pen., 2 ottobre 2006, n. 32626 e 2 ottobre 2006, n. 32627. Per una ricognizione complessiva degli orientamenti giurisprudenziali, v. A. DE VIVO, *Orientamenti giurisprudenziali*, in F. M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO, *I modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 200 e ss.; G. DI NUZZO, *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale: D. lgs. n. 231 del 2001*, Torino, 2005; AA. VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 73 e ss.; M. C. MALACARNE, *Il concetto di adeguatezza dei sistemi di controllo interno ex d. lgs. n. 231/2001 alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, p. 133 e ss.

Non sembra peraltro possibile ritenere che la struttura dell'accertamento sia diversa a seconda che si tratti di modelli *ante o post factum*, nonostante siano state espresse in giurisprudenza e in dottrina opinioni di segno inverso, sulla considerazione che si dovrebbe tener conto del dato fattuale corrispondente al reato commesso e sarebbe perciò richiesto un maggior grado di efficacia ed incisività delle misure di prevenzione maggiore (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 324). Infatti, se non è dubbio che il modello *post factum* debba tener conto del reato già commesso, ciò non porta a ritenere che la struttura del giudizio sia diversa, ma soltanto che la sua "base" sarà *di fatto* più ampia. In tal senso si muove invero altra parte della giurisprudenza: Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 560.

²¹¹ Cfr. Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 559, secondo cui «i modelli - in quanto strumenti organizzativi della vita dell'ente - devono qualificarsi per la loro *concreta e specifica efficacia* e per la loro *dinamicità*: essi devono scaturire da una visione realistica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale. [...] Il modello peraltro potrà determinare questi effetti favorevoli nei confronti dell'ente solo ove lo stesso sia *concretamente idoneo* a prevenire la commissione di reati nell'ambito dell'ente per il quale è stato elaborato; il modello dovrà dunque essere *concreto, efficace e dinamico*, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente a cui si riferisce. La necessaria concretezza del modello, infatti, ne determinerà ovviamente la necessità di aggiornamento parallela all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti» (corsivi nostri); Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit.; i tre requisiti sono richiamati espressamente anche dal Trib. Milano, ordinanza 28 ottobre 2004, cit., p. 274, secondo cui «quanto al contenuto dei "modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi" è evidente la necessità dell'esistenza di taluni caratteri, quali l'efficacia, la specificità e la dinamicità, che appaiono strutturali dei *compliance programs* cui si voglia attribuire una concreta idoneità ad assolvere le funzioni a cui sono destinati»; Trib. Napoli, 26 giugno

così varie volte considerata “generica” la “mappatura delle attività” rischiose, quando non avesse tenuto in considerazione l’area nella quale era stato commesso il fatto²¹³, o quando non si fossero tenute in

2007, cit.: «generalmente, e massimamente quando appare altamente probabile l'avvenuta perpetrazione di reati da parte dei soggetti preposti ai vertici della persona giuridica, dovranno essere esattamente determinate le procedure relative alla formazione e all'attuazione delle decisioni che riguardano le attività ritenute pericolose: l'adozione di un protocollo con regole chiare da applicare e che preveda la sequenza, il più possibile precisa e stringente, in cui tali regole vadano applicate per il conseguimento del risultato divisato. Ciò comporta un'esatta individuazione dei soggetti cui è rimessa l'adozione delle decisioni, l'individuazione dei parametri cui attenersi nelle scelte da effettuare, le *regole precise* da applicare per la documentazione dei contatti, delle proposte, di ogni singola fase del momento deliberativo e attuativo della decisione. *Quanto più dettagliata e specifica è la regolamentazione dell'iter di ogni processo*, tanto più si riduce il rischio che la singola attività sia occasione di commissione di illeciti. La dettagliata definizione contenutistica delle tipologie comportamentali deve essere affiancata dalla previsione e dall'adozione di un correlato sistema sanzionatorio, *specifico sia nel precetto che nella sanzione*».

²¹² Non sono stati considerati idonei i modelli presentati dalle società da parte di Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit., p. 366 e ss.; Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 561 e ss.; Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit., p. 85 e ss.; Trib. Milano, ordinanza 28 ottobre 2004, cit., p. 275 e ss.; Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 323 e ss.; Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.; hanno ammesso la idoneità dei modelli, Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, cit., per la riduzione della sanzione ex art. 12 e il Trib. Milano, sezione per il riesame, 14 dicembre 2004, cit., per escludere l'applicazione delle misure interdittive a scopo cautelare.

²¹³ Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 323: il reato contestato era quello di corruzione, e, in particolare la vicenda corruttiva risultava essere stata portata a compimento per il tramite di un subappaltatore vicino al gruppo di appartenenza della società; il modello considerava l’area relativa all’ufficio gare, e per i contratti di subappalto, si stabiliva che «i subappaltatori non potranno stabilire rapporti diretti con i rappresentanti della pubblica amministrazione interessati all’esecuzione dell’appalto, per cui ogni intervento o comunicazione su quella quota di lavori dovrà sempre avvenire tramite l’impresa intestataria, così come previsto dalla normativa vigente. Nei contratti di subappalto dovrà essere evidenziata questa precisazione, con l’avvertenza aggiuntiva che il mancato rispetto della disposizione verrà una prima volta contestato con una comunicazione ufficiale diretta al subappaltatore ed al committente per conoscenza; un secondo successivo adempimento sarà causa motivata di rescissione in danno del contratto»; secondo il giudice «l’area dei subappalti doveva essere necessariamente oggetto di specifica considerazione». In tal senso cfr. anche Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 562: «solo un’analisi specifica e dettagliata può consentire un adeguato e dinamico sistema di controlli preventivi e può consentire di progettare “specifici protocolli diretti a

considerazione «sintomatologie da illecito»²¹⁴. Allo stesso modo generici, e dunque inadeguati, sono stati giudicati i protocolli per la formazione e attuazione di decisioni²¹⁵, oltre che in molti casi quelli per la gestione delle risorse finanziarie²¹⁶. Quindi, giudizi negativi, per l'assenza o la genericità delle indicazioni, sono stati espressi con riferimento al sistema disciplinare²¹⁷, o agli obblighi di informazioni

programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"; inoltre Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit., p. 274.

²¹⁴ Trib. Milano, ordinanza 28 ottobre 2004, cit., p. 274, che considera tali «l'esistenza di condotte riconducibili alla frode fiscale, o alle false comunicazioni sociali, e soprattutto la presenza di fondi neri, ritenuti di tutta evidenza dei *red flag* (ossia situazioni a cui normalmente si connette la commissione di reati)».

²¹⁵ Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit., p. 366, il quale rileva che «il modello adottato si limita molto spesso a ripercorrere precetti penalmente sanzionati, senza specificare alcun protocollo di lavoro che, prescrivendo i singoli passaggi che debbono essere seguiti, consenta di neutralizzare gli snodi a rischio»; Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 564: «deve ribadirsi l'assoluta genericità dei c.d. protocolli di prevenzione i quali - proprio in relazione ai reati rientranti nell'area di rischio delle società in esame - si limitano ad enunciati privi di qualsiasi contenuto concreto ed operativo»; Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.: «nell'ambito delle attività sensibili individuate per ciascuna delle tipologie di reato contemplate nel decreto legislativo sono previsti dei protocolli di prevenzione. Alcuni sono di carattere generale e riguardano ogni tipo di operazione. Essi consistono in principi di carattere generale: [...]. Trattasi di enunciati privi di contenuti concreti e dettagliati e che non contemplano alcuna procedimentalizzazione delle relative attività».

²¹⁶ Trib. Milano, 28 ottobre 2004, cit., p. 274; Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit., p. 564.

²¹⁷ Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 323; Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit., p. 561 e ss., secondo cui in particolare «non è espressamente prevista la comminazione di una sanzione disciplinare nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che - per negligenza ovvero imperizia - non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati»; Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, cit., p. 366, secondo cui «risulta completamente omessa la specificazione persino delle sanzioni disciplinari, oltre che degli illeciti e della correlazione (eventuale? necessaria? improbabile?) tra illeciti e sanzione». Trib. Napoli: «le violazioni non presuppongono specifici precetti, non vi è cioè una effettiva tipizzazione dei comportamenti, ma "a titolo esemplificativo" si precisa che costituiscono infrazioni disciplinari [...]. Ma, soprattutto, fermo restando il rispetto delle procedure previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori e/o da altre normative speciali, non sono previste violazioni tipiche e corrispondenti sanzioni altrettanto tipiche».

a carico dei dipendenti e al sistema di controllo e monitoraggio del funzionamento e dell'aggiornamento del modello²¹⁸.

Tale modalità di accertamento²¹⁹ appare peraltro soddisfacente solo in parte. Infatti, se l'indagine sulla "specificità"

²¹⁸ Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit., p. 561 e ss., secondo cui, «per quanto concerne i sistemi di controllo e di monitoraggio del funzionamento e dell'aggiornamento del modello, non sono previste sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato turnover del personale) così come non sono previsti controlli di *routine* e controlli a sorpresa – comunque periodici – nei confronti delle attività aziendali sensibili; inoltre non è previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di sorveglianza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello e alla consumazione di reati. L'unica previsione al riguardo è quella – estremamente generica – di cui a pag. 25 del modello ove si prevede che Ivri Torino...predispone canali di informazioni tramite i quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti posti in essere all'interno della società ...possano riferire all'organismo di vigilanza. Non viene fornita alcuna concreta indicazione sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organismo di vigilanza: i canali di informazione ai dipendenti cui si riferisce il modello organizzativo dovrebbero, invece, essere noti – anche tramite la diffusione del modello stesso ai dipendenti della società»; reputa invece, ancorché nell'ambito del modello giudicato inidoneo, adempiuto l'obbligo di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza sull'osservanza dei modelli Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 324, poiché il modello prevede una serie di protocolli da attuare da parte delle società interessate, che entro il 5 ed il 20 di ogni mese dovranno far pervenire alla Finspa s.p.a. una relazione dettagliata e documentata dei rapporti tenuti dai suoi legali rappresentanti, capi commessa, dirigenti di cantiere, ecc., con i rappresentanti della pubblica amministrazione con le quali sono attivati rapporti contrattuali, le persone preposte agli uffici gara debbono far pervenire con la stessa cadenza un elenco dettagliato delle gare alle quali partecipano: la Finspa entro il 10 e il 25 di ogni mese consegna la documentazione ricevuta dalle società controllate, con una breve relazione di accompagnamento all'organismo di controllo».

²¹⁹ L'inidoneità dei modelli è stata desunta anche da ulteriori circostanze; innanzitutto con riferimento ai requisiti di indipendenza e professionalità dell'organismo di vigilanza (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 324; Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 561; Trib. Napoli, cit.); quindi dalla mancata previsione di adeguati meccanismi di formazione del personale (Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, cit., p. 561); ancora dalla mancata previsione di un termine di non modificabilità del modello e di una maggioranza qualificata della modifica (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 324); di converso, non è stata riconosciuta efficacia preventiva alla "autolimitazione della attività" (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., p. 324).

della regola organizzativa è doverosa (sicché sotto questo profilo le considerazioni giurisprudenziali non possono che essere condivisibili), deve essere però anche chiaro che tale parametro è soltanto *tendenzialmente* indicativo della sua efficacia preventiva. Non avrebbe sicuramente senso individuare un grado “assoluto” di dettaglio, potendo esse per definizione variare da un ente all’altro. Anzi, da questo punto di vista, vere e proprie «clausole di proporzionalità»²²⁰ sono contenute direttamente nella normativa, che in tutti i casi (per i modelli previsti dall’art. 6 e per quelli previsti dall’art. 7) impone la strutturazione delle misure in relazione alle dimensioni dell’ente (co. 2 art. 6: in relazione all’estensione dei poteri delegati; co. 3, art. 7: in relazione alla dimensione dell’organizzazione)²²¹. Ciò significa, più in generale, che non potrebbe escludersi l’idoneità di misure preventive tendenzialmente generiche, quando si tratti di enti di modeste dimensioni. D’altra parte, secondo quanto unanimemente ritenuto, sarebbe inopportuno un sistema eccessivamente ‘rigido’, che appesantisse fuori misura l’esercizio delle attività aziendali. Mentre manca nelle prime pronunce, ad eccezione di rari casi, tale sensibilità²²².

²²⁰ In tal senso E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 320.

²²¹ Si pensi anche alla previsione che quando l’ente sia di piccole dimensioni le funzioni dell’organismo di sorveglianza possano direttamente esercitate dall’organo dirigente. Il riferimento alle dimensioni dell’impresa come parametro di valutazione della idoneità del modello è espressamente indicato da *Federal Guidelines* per i *compliance programs*, nel quale compare anche il riferimento al “tipo di attività”: sul punto cfr. C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 113 e ss.

²²² La considerazione di tale profilo, ancorché in modo non palese, si trova accennata soltanto in Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit., p. 366, dove si afferma che «se davvero si trattasse di modelli specificamente adottati per le singole società perché mai quello de La Fiorita (*una S.c.ar.l. con 145 appalti in esecuzione, secondo quanto afferma la difesa, 540 dipendenti*) sono del tutto sovrapponibili e uguali in tutto? [corsivo nostro]».

Per analoghe ragioni, non sembrano potersi condividere le conclusioni, quasi paradossali, cui è pervenuta una parte della giurisprudenza²²³, secondo cui la completa conformità del singolo modello alle linee guida delle associazioni di categoria sarebbe la prova stessa della inidoneità del sistema preventivo, il quale sarebbe inevitabilmente difettoso di “specificità”. In effetti, se è ben vero che la riproduzione della norma del codice di categoria (anche quando abbia ricevuto il *placet* ministeriale) non possa tradursi in un automatico giudizio di idoneità del singolo modello, non può escludersi che, in un ente di elementare articolazione, anche una regola che genericamente riproduca quelle prescrizioni possieda una propria capacità preventiva. Perciò, quando emerga tale raccordo sarebbe quanto meno indispensabile una articolata motivazione del provvedimento che ne escluda il significato di idoneità del modello²²⁴, senza considerare che il riferimento al codice di categoria servirebbe a rafforzare la “base tipizzante” del giudizio²²⁵.

Alcuni fraintendimenti nel giudizio di idoneità sembrano poi emergere sotto diversi punti di vista. In particolare, non convince

²²³ Trib. Bari, 18 aprile 2005, giudice De Benedictis (in *Le Società*, 2006, con nota di S. BARTOMOLUCCI, p. 366) secondo cui «la genericità sostanziale del modello e la formale assimilabilità alle linee guida redatte (ai fini della successiva compilazione di modelli specifici) della Confindustria è persino tradita dalla circostanza che neppure ci s’è premurati di eliminare dalla denominazione dell’atto la dicitura “linee guida”. Tali possono essere al più quelle delle associazioni di settore ma i singoli enti debbono adottare modelli specifici».

²²⁴ Sul punto anche A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 223; G. IZZO, *Sindacato giudiziario sull’idoneità*, cit., p. 7068; nel senso che la conformità al codice di categoria segnali una presunzione semplice di idoneità R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell’ente*, cit., p.; nonché GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., p. 17.

²²⁵ Valorizzano in tal senso il significato delle linee guida F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, cit., p. 42; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, cit., p. 319.

l'incedere argomentativo della scarsa giurisprudenza che ha giudicato di modelli *ante factum*, allorché sembri desumerne l'inefficacia²²⁶ dalle modalità della condotta illecita²²⁷: ciò infatti viene ad invertire la logica dell'accertamento, la quale, come visto, impone di verificare le "normali" capacità preventive del modello, secondo un giudizio da compiersi *ex ante*²²⁸.

Né, per questo, sembra possibile che il giudizio si adagi su valutazioni di carattere superficiale, come sembra invece avvenire in altra parte della giurisprudenza²²⁹. Se è condivisibile ritenere che

²²⁶ Non è peraltro del tutto chiaro se l'organo giudicante, nel parlare di inefficacia del modello intenda riferirsi alla sua mancata "attuazione" o già alla sua inidoneità. In senso critico sulla tendenza della prima giurisprudenza a confondere i profili della idoneità e della efficacia del modello, G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, cit., p. 180. Coglie invece adeguatamente la distinzione Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.: «l'oggetto della verifica rimessa al Giudice è, dunque, duplice, essendo necessaria una valutazione sull'idoneità del modello e cioè sulla completezza, esaustività e specificità delle sue previsioni, in punto individuazione e tipizzazione delle misure di organizzazione e di controllo, nonché sull'efficacia della sua attuazione, sulla concreta misurazione dei presidi predisposti alla realtà effettuale ed operativa. La prima indagine va svolta sul modello, sul suo contenuto dichiarativo e descrittivo; la seconda, comportando la valutazione di circostanze fattuali concrete, necessita di ulteriori elementi e dati di natura obiettiva, alla cui emersione, nella fase del giudizio ovvero nella fase incidentale della cautela, deve provvedere il soggetto su cui incombe il relativo onere dimostrativo e cioè lo stesso ente che subisce il rischio sostanziale del mancato accertamento».

²²⁷ «Le modalità con le quali l'azione corruttiva è stata condotta dai funzionari XXX Ag e la pre-esistenza di conti e fondi riservati riferibili a XXX A.G., utilizzabili (e utilizzati) per la commissione dei reati, dimostrano non solo l'assoluta inefficacia del modello di controllo adottato da XXX A.G. e l'inattività degli organi preposti a verificarne l'osservanza [corsivo nostro], ma anche che l'ente considerava l'erogazione di tangenti quanto meno come una possibile strategia imprenditoriale»: Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit., p. 292; l'opinione è confermata da Trib. Milano, ordinanza 28 ottobre 2004, cit., p. 275.

²²⁸ Che l'accertamento condotto dal Trib. Milano sia assolutamente superficiale si desume peraltro dal fatto che non vengano neanche presi in esame i contenuti del modello.

²²⁹ Ammette la riduzione della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 12 il Trib. Pordenone, sentenza 4 novembre 2002, motivando semplicemente nel senso che l'ente, oltre ad aver integralmente risarcito il danno, «ha anche comprovato l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di ulteriori

reati, all'uopo dimettendo ampia documentazione donde risulta che l'impresa Coletto s.p.a. ha allontanato Coletto Galliano dall'amministrazione e dalla rappresentanza dell'ente, abbandonando definitivamente le condotte criminose che il suo legale rappresentante *pro tempore* aveva assunto per avvantaggiare la società». Ancora più di superficie appare l'accertamento del Trib. Milano, 30 aprile 2004, (in A. FIORELLA, LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti dell'amministratore*, Torino, 2004, p. 327 e ss.), secondo cui «va rilevata la ricorrenza, quanto alle società "S.p.A. ..." e "S.r.l.", delle condizioni di cui all'art. 12, commi 2 e 3, d. lgs. citato, ossia del risarcimento del danno operato da dette società e dalla loro predisposizione, come risulta dagli atti, di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie». Quindi, Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, cit., p. 340: s'è in particolare ritenuto di poter concedere la riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12 per avere la società prodotto, prima della celebrazione del giudizio abbreviato, il codice etico corredato «da un modello di organizzazione, gestione e controllo avente lo scopo dichiarato di eliminare o quanto meno ridurre al minimo i rischi di coinvolgimento dell'impresa in reati previsti dal codice civile e in reati societari previsti dal d. lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001 [sic!], commessi da persone che lavorano nell'interesse dell'impresa stessa». Nel medesimo provvedimento l'idoneità è quindi ammessa sulla base di "perizie giurate" prodotte dalla medesima società, con le quali veniva dichiarato che «il codice etico adottato è strumento idoneo a consentire alla società di agire nella perfetta legalità [...], che esso e il relativo regolamento di esecuzione è strumento lodevole ed atto al fine che si propone e che l'organo di controllo è qualificato al fine di verificarne l'effettiva applicazione [...]».

In una diversa prospettiva - che si rivela invece assolutamente condivisibile - vanno invece letti quei provvedimenti che compiono una ricostruzione "approssimativa" dell'idoneità del modello, per decidere della sussistenza o meno dei presupposti per l'adozione delle misure cautelari: per es. Trib. Milano, sez. riesame, 14 dicembre 2004, cit., che annullava il provvedimento di applicazione delle misure cautelari ritenendo che «*al di là delle modifiche necessarie in sede di attuazione (e soprattutto del maggior dettaglio delle sanzioni previste e delle procedure in concreto imposte con particolare riguardo agli obblighi di informazione)* [corsivo nostro], la circostanza che la società abbia presentato un modello che ricalca i contenuti previsti dalla legge è elemento tale da essere valutato in senso contrario alla sussistenza attuale di un pericolo per condizioni oggettive della struttura organizzativa e amministrativa della società». E' infatti chiaro che la "pericolosità" dell'ente dal punto di vista delle esigenze cautelari non potrebbe esser collegata all'esistenza *in genere* di un rischio di commissione di illeciti, quale sarebbe in sé l'assenza dei modelli, pena la sovrapposizione dei presupposti tra i gravi indizi di colpevolezza e il pericolo di reiterazione (sul punto G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 151; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 424). Inoltre, l'impossibilità di una tale conclusione è imposta dall'art. 13 che, con riferimento al reato del subordinato, richiede per l'applicazione delle misure interdittive l'esistenza di "gravi" carenze organizzative: queste non possono però coincidere con la assenza dei modelli, vanificandosi diversamente il significato della norma che per quelle misure presuppone un maggior disvalore (sul punto M. MASUCCI, *La responsabilità amministrativa degli enti*, in *Tribunale*, cit., p. 82). La conferma di tale impostazione si

l'idoneità dei modelli debba essere «valutata ed apprezzata soltanto in via teorica ed astratta, cioè *ex ante* e sulla carta», deve esser anche chiaro che tale valutazione “sulla carta” non esclude di condurre una verifica concreta in relazione alle peculiarità strutturali dell'ente²³⁰.

10. Segue: *misura della capacità preventiva, “rischio accettabile” d'illecito ed elusione fraudolenta del modello*

S'è visto che, nello strutturare il modello organizzativo, l'ente elabora dei meccanismi per la riduzione del rischio penale. Movendo da tale premessa, ci si è posti allora il problema di valutare a quale livello la “riduzione” del rischio si consideri soddisfacente nella prospettiva del d. lgs. n. 231.

ricava da un altro caso (Tribunale di Milano, ordinanza g.i.p., 6 novembre 2002), nel quale si è esclusa l'applicabilità della cautela interdittiva anche in considerazione del fatto che la società avesse “a tambur battente” approvato delibere per il conferimento dell'incarico a società specializzata di predisporre modello organizzativo finalizzato alla prevenzione dei reati, per l'adozione di un codice etico e per l'istituzione di un organo di vigilanza con autonomia funzionale e autonome funzioni disciplinari e sanzionatorie: si dà cioè rilievo, come sintomo del rientro nella legalità da parte dell'ente e di esclusione della sua pericolosità, ad una condotta che precede addirittura la ‘adozione’ del modello. In generale, per l'approfondimento sull'applicazione di sanzioni interdittive in funzione cautelare, P. BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità “amministrativa” a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571 e ss.; R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 268 e ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Il «processo alle società» nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002, p. 38; G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 505; F. NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1488; F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 260 e ss.; S. RENZETTI, *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228.

²³⁰ Non è chiaro peraltro se per il giudice il problema si ponga solo con riferimento al modello *post-factum*, o anche a quello adottato prima del reato.

La questione è emersa in particolare nelle prime linee guida di categoria, nelle quali si trova il riferimento al c.d. “rischio accettabile”; tale soglia, secondo i canoni aziendalistici, sarebbe in particolare raggiunta «quando i controlli aggiuntivi idonei ad eliminare rischi poco probabili, quelli residui, o quelli che generano danni di modesta entità, comporterebbero un costo che non si giustifica nell’economia dell’impresa»²³¹. Secondo un’intuizione quasi ovvia, peraltro, le stesse indicazioni di categoria chiariscono come non sia possibile in base a tale nozione, pur essenziale per un corretto processo di *risk assessment*, che le esigenze di tutela penale si pieghino alla logica dei costi aziendali²³². Non s’è mancato peraltro al riguardo di segnalare l’esigenza di un giudizio di idoneità che tenga in qualche modo conto dell’eventuale eccessiva onerosità che essa abbia comportato²³³: si pone in tal modo in luce uno dei profili di maggiore problematicità dell’istituto, benché permanga qualche

²³¹ Così le linee guida Confindustria: «nella progettazione di sistemi di controllo a tutela dei rischi di *business*, definire il rischio accettabile è un’operazione relativamente semplice, almeno dal punto di vista concettuale. Il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi “costano” più della risorsa da proteggere (ad esempio: le comuni automobili sono dotate di antifurto e non anche di un vigilante armato)».

²³² Proseguono le linee guida di Confindustria: nel caso del D. Lgs. n. 231/2001 la logica economica dei costi non può però essere un riferimento utilizzabile in via esclusiva. È pertanto importante che ai fini dell’applicazione delle norme del decreto sia definita una soglia effettiva che consenta di porre un limite alla quantità/qualità alle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati. In assenza di una previa determinazione del rischio accettabile, la quantità/qualità di controlli preventivi istituibili è infatti virtualmente infinita, con le intuibili conseguenze in termini di operatività aziendale. Sul punto v. anche le considerazioni di P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 78; G. LUNGHINI, *L’idoneità e l’efficace attuazione dei modelli organizzativi*, cit., p. 266.

²³³ A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, cit., p. 218; M. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 169; A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, cit., p. 86.

perplessità ad ammettere che valutazioni di tal genere coinvolgano *direttamente* la verifica di idoneità²³⁴.

Data l'impossibilità di far riferimento ai costi della prevenzione, i codici comportamentali hanno peraltro fissato un limite seguendo le indicazioni normative, considerando cioè idoneo il modello che non possa essere eluso *se non fraudolentemente*²³⁵. In ciò, le linee guida paiono ripercorrere argomentazioni già variamente

²³⁴ Se ne dovrebbe eventualmente ammettere un qualche rilievo sotto altri profili: vuoi nell'ambito della commisurazione della sanzione, quando il modello sia risultato inadeguato e si accerti la particolare difficoltà economica (non però del tutto insuperabile) che l'ente abbia incontrato per realizzarlo; vuoi come possibile ipotesi di "inesigibilità, quando cioè la difficoltà economica si sia tradotta in una pratica *impossibilità* per l'ente di realizzare una prevenzione efficace a rischio della sua stessa sopravvivenza. Si pensi cioè al caso dell'impresa che rinunci alla prevenzione, in un frangente di grave crisi economica in cui (il costo per) l'adozione e l'implementazione di modelli la condurrebbe ad un fallimento certo. In termini più generali, s'è anche immaginato che «la diffusa pratica della corruzione in un determinato settore di mercato possa configurare una sorta di «stato di necessità» per l'impresa che voglia inserirsi in quel ramo, di modo da rendere inesigibile agli organi della società la non corresponsione di una somma non dovuta, ma che ha permesso di conservare in vita l'impresa»: V. MILITELLO, *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica*, cit., p. 785; v. inoltre le considerazioni A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., p. 218. Si tratterebbe in questo caso di valutare in che misura sia legittima la tutela penale a costo del "sacrificio" dell'ente e degli interessi ad esso congiunti. Peraltro, in una logica di bilanciamento, non potrebbe così escludersi l'opportunità del rilievo esimente, sia pure in via eccezionale, della situazione determinatasi. D'altra parte, che ciò non sia del tutto irragionevole può desumersi dalla considerazione che il sistema già *de iure condito* riserva a tali profili. Appare così certamente emblematico l'istituto del commissariamento giudiziale, mediante il quale si intende impedire l'interruzione dell'attività quando l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità o possa derivarne grave pregiudizio per la collettività o per l'occupazione: se si nega la possibilità di comprimere in casi particolari l'attività economica a seguito di una condanna dell'ente, sarebbe ragionevole escluderne la responsabilità quando il perseguimento di obiettivi parzialmente illegali abbiano consentito di salvaguardarne la stessa esistenza. Sul problema della inesigibilità *infra*, § 11.

²³⁵ Si ricorda peraltro che in un primo momento le Linee Guida Confindustria avevano individuato tale soglia nella "intenzionalità" della violazione. Nelle proprie osservazioni, formulate il 4 dicembre 2003, sulla base del Procedimento di controllo ai sensi degli art. 5 ss. DM. 26 giugno 2003, n. 201, il Ministero di Giustizia ha osservato che tale soglia non fosse realmente accettabile, occorrendo a tal fine la "fraudolenza".

sostenute in dottrina, secondo cui il riferimento all'elusione fraudolenta avrebbe più che altro la funzione di definire la misura della diligenza richiesta; l'accertamento negativo (di un'elusione *non* fraudolenta) fornirebbe così la prova dell'inidoneità del sistema, delineandosi in tal senso un criterio di ascrizione *unitario*²³⁶.

Il ragionamento è tuttavia condivisibile solo in parte. Non è certo in discussione che il modello possa dirsi idoneo quando il reato sia stato possibile solo mediante il suo aggiramento, e che i due criteri descrivano situazioni di reciproco confine. Anzi, come già chiarito, con esso si conferma l'idea che l'evento-reato oggetto della prevenzione nel modello sia comunque 'generico', nel senso di tener conto di modalità *normali* di realizzazione dell'illecito in relazione alla struttura aziendale e alle sue tipiche attività. Quanto si afferma, tuttavia, non porta anche a ritenere che l'accertamento dell'elusione non fraudolenta del modello rimanga assorbito in quello della idoneità (e viceversa).

Infatti, oltre alla considerazione per cui tale limite non potrebbe operare quando si tratti di reato para-apicale, deve esser chiaro che la capacità preventiva potrà affermarsi sempre e solo come *probabilità* che il modello abbia di evitare l'illecito²³⁷; ciò che

²³⁶ In tal senso M. PELLISERO, *La responsabilizzazione degli enti*, cit., p. 368; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p.; A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 305.

²³⁷ Ciò deve ritenersi solo a considerare che non solo non esistono leggi scientifiche, ma per ora neanche massime di esperienza in grado di stabilire con certezza che il modello organizzativo porti a prevenire il reato. Sul tema, per tutti, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000 (II ed.). In questo senso, e a scopo meramente esemplificativo, potrebbe dirsi che la regola cautelare costituita dall'adozione del modello costituisca una regola cautelare "impropria", nel senso cioè di non garantire la sicurezza (o della probabilità confinante con la certezza) della evitabilità dell'evento-reato, ma soltanto una riduzione del rischio stesso: la distinzione in dottrina è posta da P.

porterebbe logicamente a poter concepire l'elusione "non fraudolenta" di un modello astrattamente idoneo²³⁸. Peraltro, poiché il vertice dispone di poteri in grado di paralizzare le misure interne, deve ammettersi che la *probabilità* di prevenire le sue eventuali condotte illecite sia *intrinsecamente minore*²³⁹ rispetto a quella di prevenire reati para-apicali. In altre parole, l'amministratore che, d'accordo con una altra parte della direzione, intendesse perseguire una politica illecita, "occultandola" dietro un modello che abbia comunque "buone" capacità di prevenire la commissione dei reati all'interno dell'ente, potrebbe senza grosse difficoltà eludere il modello medesimo²⁴⁰. Per tali ragioni, il legislatore ritiene non sufficiente la verifica di idoneità del modello, introducendo l'esigenza di un ulteriore accertamento. Egli richiede quindi di stabilire che *in concreto* l'evento reato non riveli la personale iniziativa della persona fisica nella commissione del fatto²⁴¹.

VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003, p. 15; sulla distinzione delle regole cautelari in base alla loro capacità preventiva anche F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, p. 106.

²³⁸ In forma schematica, potrebbe infatti dirsi che se il modello x è idoneo quando abbia la probabilità pari al 70% di prevenire l'illecito, esisterebbe la possibilità pari al 30% che un illecito con modalità *non anomale* si realizzi, senza per questo doversi escludere l'idoneità del sistema.

²³⁹ Per riprendere l'esempio precedente, 50 o 40 % anzi che 70%.

²⁴⁰ Da questo punto di vista, cioè, possono essere senz'altro condivisibili le osservazioni di quella dottrina secondo cui «esistono enti in cui siano riconoscibili più politiche a seconda delle persone fisiche, ma anche a seconda della contingenza»: S. RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 825. Si dovrebbe cioè tener conto della pluralità dei centri decisionali, della loro accentuata frammentazione, e, più in generale, da realtà organizzative complesse "a base manageriale orizzontale" (v. la *Relazione*, cit, p. 18).

²⁴¹ Parte della dottrina ha però obiettato che, proprio perché l'azione dell'apice "incarnerebbe" la politica dell'ente, non sarebbe ragionevolmente fondata la impunità del soggetto collettivo quando la persona fisica abbia agito con

Sembrerebbe allora confermarsi l'idea che la 'elusione-non fraudolenta' fondi un *ulteriore ed autonomo criterio di imputazione*²⁴².

Né tale conclusione sembra controvertibile per altra via, sostenendo cioè che tale criterio, escludendo la responsabilità dell'ente per l'intervento di una possibile anomalia nella produzione

frode, manifestandosi in tal caso la pericolosità dell'organizzazione in forma anche più insidiosa: G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1139; analoghe considerazioni sono svolte da S. RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente*, cit., p. 825. Al riguardo, perciò, sembrano opportuni alcuni chiarimenti, che tengano conto del significato della condotta in esame. In effetti, già una lettura superficiale della locuzione lascia intendere che l'attività mediante la quale l'apice commetta il reato debba assumere caratteristiche di "anomalia" particolarmente pregnanti: da una parte, già il concetto di "elusione" implica il riferimento alla condotta di chi eviti o si sottragga ad obblighi *con scaltrezza e astuzia* (potendo anche, in una accezione più pregnante, assumere il significato di *ingannare, imbrogliare e raggirare*: v. *Grande Dizionario della Lingua italiana*, dir. da S. Battaglia, Torino, tomo I, voce *Eludere*, 1968, p. 111); tanto che in tal senso appaiono intese alcune fattispecie in cui si fa espresso riferimento alla "elusione", ed in particolare, nel delitto di "mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice" (art. 388), comma 2, in relazione alla quale sia parte della dottrina che della giurisprudenza ritengono che non basti un comportamento omissivo atto a escludere la rilevanza del mero rifiuto di adempiere, essendo comunque necessario una forma di scaltrezza o sotterfugio manifestatosi all'esterno. L'ulteriore riferimento alla "fraudolenza" fa sì che il sintagma debba complessivamente tradursi in un'attività artificiosa particolarmente caratterizzata, dovendosi escludere tale elusione quando l'apice si limiti a "tacere" talune informazioni all'organismo di sorveglianza, o quando essa si perfezioni tramite un *semplice* (= che non sia cioè accompagnato da ulteriori artifici) abuso di fiducia del vertice il quale si giovi della sua "posizione". Occorrerebbe invece che l'attività criminosa sia stata accompagnata da vere e proprie *manovre fraudolente*, da un *inganno* cioè *comunque obiettivatosi*. Ciò consente forse di superare le perplessità enunciate: infatti, la frode che si sia "obiettivata" in artifici esteriori sembrerebbe distinguersi dalle altre condotte decettive proprio per la particolare iniziativa dell'agente (v. in tal senso C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora anche in ID., *Diritto penale. Scritti di parte speciale*, tomo II, Milano, 2003, p. 222 e ss.). In tale senso F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., p. 2495 e 2496.

²⁴² Nel senso che l'elusione fraudolenta rappresenti un autonomo criterio di imputazione v. A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106. Né sembra opportuno obiettare che l'autonomia del criterio sia solo teorica nella misura in cui all'elusione non fraudolenta di un modello idoneo non segua l'esclusione della responsabilità: l'idoneità astratta del modello preventivo avrebbe infatti quanto meno rilevanza nella determinazione della sanzione, per la quale occorre valutare anche il *grado* di responsabilità dell'ente.

dell'illecito, si configuri come una ipotesi di "interruzione del nesso causale"²⁴³, non distinguendosi in tal senso dall'accertamento del nesso tra l'organizzazione difettosa e il reato (*supra*, sez. I). Benché assai interessante, la qualificazione proposta non può accogliersi in quanto presupporrebbe che l'accertamento della fraudolenta elusione operasse *dopo che sia accertata la inidoneità del modello*, in relazione cioè a carenze comunque riscontrate: cosa che invece non avviene.

11. *L'efficace attuazione del modello come capacità di reazione dell'ente complessivamente considerato all'inosservanza delle regole preventive*

S'è già detto che l'efficace attuazione del modello corrisponde al rispetto in concreto delle regole in esso stabilite. L'accertamento differisce così profondamente da quello sull'idoneità, anche dal punto di vista probatorio²⁴⁴, trattandosi di ricostruire i comportamenti dei membri aziendali.

²⁴³ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 320.

²⁴⁴ In tal senso A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 223; A. GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. n. 6, p. 116 e ss.: si rileva in definitiva che, mentre per l'idoneità del modello basterà la prova documentale, per verificare se il modello abbia efficacemente funzionato, sarebbe quanto meno necessario il ricorso alla consulenza, alla perizia, all'intervento di terzi nell'accertamento dei presupposti della responsabilità. Si deve però osservare come la distinzione e la possibilità della sufficienza di prove documentali possa affermarsi più che altro con riferimento alla preliminare verifica della "adozione" del modello; la verifica della "idoneità" invece, implicando il raffronto con la realtà aziendale concreta, potrebbe richiedere anche il ricorso ad ulteriori mezzi di prova, come mostrano le prime applicazioni giurisprudenziali che, per valutare l'idoneità del modello, si sono basate su perizie: cfr. in particolare Tribunale di Roma, ordinanza 22 novembre 2002, giudice Finiti, in *Foro it.*, 2004, II, p. 331.

Il legislatore fa peraltro convergere la valutazione su *alcune particolari attività*. In tal senso è chiaro l'art. 7, che subordina l'efficace attuazione del modello alla sua «periodica verifica ed eventuale modifica quando siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando emergano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività», nonché all'attivazione di «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello» (co. 4). Più generico sembrerebbe l'art. 6, che assegna il compito dell'attuazione del modello all'organo dirigente, senza nulla più specificare (comma 1, lett. a); l'approssimazione è però scarsamente rilevante, essendo quelle funzioni comunque istituite in capo all'organismo di sorveglianza (lett. b e d del comma 1). In sintesi, può quindi affermarsi che l'effettività del modello dipenda dalla *vigilanza*²⁴⁵, dalla *repressione dei comportamenti non conformi alle prescrizioni*, e dal suo *aggiornamento*, con la precisazione che il controllo è più che altro strumentale alle altre due attività.

L'impostazione sembra peraltro la più corretta, nella misura in cui l'effettività dei precetti indicata non potrebbe che misurarsi in base alla capacità che il sistema abbia di reagire alla sua inosservanza. In nessun caso, dunque, sarebbe la condotta negligente di singoli ad esprimere l'inefficacia del modello²⁴⁶; il legislatore

²⁴⁵ Sul punto, v. N. PISANI, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 55.

²⁴⁶ Non sembra in tal senso condivisibile l'affermazione secondo cui «il funzionamento "efficace" dovrà essere escluso ogni volta che il reato sia stato reso possibile da una qualche carenza nell'attività di altri soggetti, relativa ad adempimenti facenti parte del modello»: così D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 962.

stesso anzi ammette che un modello possa essere “efficacemente attuato” anche quando alcune sue misure non siano rispettate, imponendo in tal caso l’applicazione di sanzioni disciplinari e di modifiche del modello; ciò è vero finanche quando siano scoperte *significative violazioni* (lett. a, art. 7), cui non seguirebbe comunque un giudizio di inefficacia del modello. In definitiva, per stabilire se il modello sia o meno effettivo si tratterebbe di valutare *la capacità dell’ente di reazione ed intervento nell’ottica della prevenzione dell’illecito*²⁴⁷. Se così è, deve allora ritenersi che il giudizio sull’attuazione efficace del modello non comporti un’indagine penetrante sui comportamenti dei singoli, ma richieda piuttosto di accertare il funzionamento di quei “sistemi” (vigilanza, aggiornamento, sanzioni).

Sarebbe peraltro opportuno precisare che anche tale giudizio debba tener conto non tanto dell’isolato inadempimento del ‘controllore’, ma piuttosto dell’incidenza che esso abbia avuto sul funzionamento *complessivo* di quel sistema²⁴⁸. Si pensi, per esempio,

²⁴⁷ Sembra peraltro opportuno precisare che l’idea, in termini più generali, compare già sia in taluni ordinamenti stranieri che in alcune elaborazioni della dottrina anche italiana, che per una responsabilità penale vera e propria immagina anche un paradigma di “colpevolezza di reazione” (*Reactive fault*): così C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. Se non che l’assimilazione è solo approssimativa: infatti, con quel paradigma si intende piuttosto far riferimento alla capacità di reazione che l’ente abbia mostrato in relazione all’illecito di cui sia chiamato a rispondere.

²⁴⁸ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106, il quale appunto osserva, con riferimento agli obblighi di direzione e vigilanza che «all’inosservanza del singolo non corrisponde necessariamente quella della struttura complessivamente considerata (ad esempio potrebbe risultare che le inosservanze della direzione generale fossero ampiamente compensate dal maggior attivismo degli amministratori)». Da questo punto di vista, può grosso modo condividersi l’idea, di recente avanzata, in base alla quale l’imputazione all’ente delle “singole negligenze” dei membri aziendali sarebbe sempre e solo possibile nei limiti dell’affidamento che esso abbia riposto in quei soggetti, nel

alla mancata trasmissione di alcune informazioni all'organismo di sorveglianza, o da parte di quest'ultimo all'organo dirigente, quando però le medesime informazioni avessero contenuti del tutto irrilevanti ai fini di una corretta gestione anti-crimine, o quando l'errore sia stato altrimenti riparato. In tal caso, se non si osservino diverse e più significative disfunzioni, non potrebbe negarsi l'attuazione complessivamente corretta del modello²⁴⁹.

12. *Il problema della lacuna non riconducibile alla politica dell'ente*

L'analisi sul modo in cui il legislatore concepisca l'attuazione efficace del modello mostra l'intento legislativo di ancorare anche tale profilo

senso che una volta che l'ente si sia correttamente organizzato, esso farebbe comunque affidamento nel diligente operare delle persone fisiche agenti al suo interno: in tal senso A. F. TRIPODI, *'Situazione organizzativa' e "colpa in organizzazione"*, cit., p. 493. Tale considerazione sembra peraltro dover esser a maggior ragione avvalorata dalla peculiarità delle decisioni che consistano in scelte imprenditoriali, tipicamente caratterizzate da elementi di discrezionalità: in tale prospettiva, già con riferimento all'obbligo degli amministratori "di informarsi" stabilito dall'art. 2381 c.c. (su cui *supra*) e alla conseguente responsabilità per la decisione assunta sulla base di una informazione inesatta, si osserva come «il tema della responsabilità non tanto riguarda l'adeguatezza della singola informazione presa a base della concreta decisione, quanto di tale sistema di controllo interno: nel senso che, se esso può ritenersi adeguato, in grado quindi di correttamente elaborare le conoscenze dell'impresa e convogliarle all'organo amministrativo, è poi giustificato che alle informazioni così ricevute ci si affidi»: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 187.

²⁴⁹ Alla luce di ciò sarebbe forse possibile la soluzione di alcuni profili problematici autorevolmente evidenziati (si fa l'esempio di suggerimenti impropri da parte dell'organismo di sorveglianza ai fini dell'aggiornamento del modello): A. FIORELLA, *Sui poteri dell'organismo di sorveglianza. Tra decisioni dell'ente e attuazione dei suoi indirizzi operativi*, in *Itinerari d'impresa*, 2003, p. 170. Dovrebbe allora esser chiaro che l'accertamento riguardi pur sempre la disfunzione del sistema complessivamente considerato, nel senso che l'inadempimento individuale avrebbe rilievo solo quando abbia inciso sul complesso dell'organizzazione, la quale non sia stata in grado di correggere l'errore.

all'atteggiamento complessivo dell'ente: si potrebbe cioè dire che l'efficace attuazione dei modelli rappresenti la 'prova del nove' che la loro idoneità dipenda da una politica organizzativa soddisfacente per l'ordinamento, non potendo certo il programma preventivo essere inteso come mero "paravento formale" a difesa delle attività criminose dell'ente²⁵⁰.

Tale considerazione porta peraltro a prendere in esame anche la situazione in cui, all'opposto, una attuazione del modello non del tutto efficace si constati anche quando lo sforzo dell'ente sia stato completamente proteso all'obiettivo della "massima effettività"²⁵¹.

Si introducono in tal modo alcune questioni, già segnalate da una parte della dottrina, per il rilievo da assegnare alle ipotesi in cui l'inefficacia del modello (intesa come sia come inidoneità che come non-attuazione o finanche come mancata adozione) dipenda da fattori che siano completamente estranei alla politica organizzativa dell'ente. Si pensa così ai cambiamenti di amministrazione con gli ineludibili tempi necessari per correggere l'esistente²⁵²; ma anche a temporanee e non prevedibili carenze di mezzi finanziari che impediscano alla persona giuridica di attivare tempestivamente il

²⁵⁰ Sul punto, chiaramente, Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.: «una volta effettuata la c.d. mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole ad un'efficace e costante azione di controllo e presidiandole con altrettante e adeguate specifiche sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantire un'effettiva attuazione dell'intero sistema organizzativo così approntato, per rendere cioè il modello non un mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico, idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa ed organizzativa della persona giuridica».

²⁵¹ V. la relazione di accompagnamento; in proposito, le considerazioni di G. BRUNO, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 15 e ss.

²⁵² A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5108.

modello, ad un improvviso *black-out* di diversi giorni che paralizzi la comunicazione per via telematica di informazioni rilevanti all'organismo di controllo²⁵³.

Certamente, tali profili non sono direttamente presi in considerazione dal legislatore, il quale subordina l'esclusione della responsabilità al risultato effettivo di una organizzazione efficiente dal punto di vista della prevenzione dei reati. Non manca peraltro qualche attenzione all'esigenza di una compiuta personalizzazione della responsabilità, seppure all'infuori del sistema d'imputazione: il legislatore si mostra in effetti sensibile all'atteggiamento mostrato *in concreto* dall'ente nell'ambito dell'attività di ri-organizzazione preventiva compiuta dall'ente *post factum*²⁵⁴: da una parte, fissando in modo in modo più elastico i presupposti e la portata dell'adempimento "organizzativo" che rileva per il riconoscimento dei benefici²⁵⁵; dall'altro, assegnando in vario modo rilievo a tale

²⁵³ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 678.

²⁵⁴ Valorizza, in chiave sistematica, la disciplina premiale nella prospettiva della ricostruzione "personalizzata" dell'illecito N. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 18, n. 15 e p. 97, n. 79 Sulla finalità special-preventiva dominante nella disciplina dell'attività di riorganizzazione preventiva nell'ambito del post-fatto: v. *Relazione al decreto legislativo*, cit., p. 29; in dottrina, C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, cit., p. 846; M. PELLISSERO, G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, Disposizioni sostanziali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 590; D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 964; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1363; G. DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. ; S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 136; N. FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie*, *ivi*, p. 107; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149; in senso parzialmente critico, G. DE MARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, cit., p. 1310.

²⁵⁵ Nell'ambito della disciplina, emergono infatti varie differenze linguistiche, idonee ad evidenziare l'esigenza di un livello di 'effettività' minore rispetto a quello stabilito per i modelli *ante factum*, il quale sia in grado di segnalare, più che altro, una *iniziale* attivazione operativa dell'ente: a differenza che

concreto atteggiamento (così in particolare, si veda l'istituto della sospensione del dibattimento²⁵⁶, come la disciplina relativa alla

negli artt. 6 e 7, negli artt. 12 e 17 non si fa riferimento all'esigenza di una *efficace* attuazione; inoltre, nella lettera b) del comma 2 dell'art. 12 si richiede che «sia stato adottato e *reso operativo* un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Sul punto, v. in particolare P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p.: l'Autore osserva come «l'espressione "reso operativo" dovrebbe indicare l'effettiva modificazione organizzativa dell'ente (profilo statico), quale *premessa* di una efficace attuazione del modello (profilo dinamico)». Ciò, in definitiva, sembrerebbe potersi giustificare considerando che l'attività di ri-organizzazione dell'ente dovrebbe concludersi entro tempi predeterminati: secondo la Relazione di accompagnamento il termine deve essere «funzionale all'esigenza che la condotta riparatoria, come condotta antagonista all'offesa, avvenga entro un lasso di tempo che, seppure non immediatamente prossimo alla commissione del fatto, non risulti troppo diluito nel tempo così da vanificare il valore insito nella tempestiva e riconoscibile attività di operosa resipiscenza meritevole di sanzione positiva». Sul significato delle soglie temporali nell'ambito delle condotte di reintegrazione dell'offesa PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, cit., p. 49 (ma v. anche S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 316 e ss).

²⁵⁶ In particolare, l'art. 65 stabilisce che «prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice può disporre la sospensione del processo se l'ente chiede di provvedere alle attività di cui all'articolo 17 e *dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima*». In proposito, significative appaiono le considerazioni contenute nella relazione al decreto dove si afferma che «si vuole cioè che l'ulteriore termine di grazia con connessa sospensione del processo, sia accordato *non all'ente* che abbia fatto spirare il termine ordinario *per scelta o negligenza*, ma solo se, per ragioni obiettive, non sia stato possibile realizzare le condotte riparatorie tempestivamente». Se una parte dei commentatori ha ritenuto che la valutazione di tale impossibilità dovrebbe essere rigorosa (v. F. RIGO, *Il giudizio*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 357 e ss., D. MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 600; S. GENNAI, A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, p. 289; G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, cit., p. 142), proprio la considerazione dell'obiettivo da perseguire ha indotto altra parte della dottrina a considerare la formula normativa in senso maggiormente elastico: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 242; A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 363. Del resto, già nel decreto compare una ipotesi del genere quale è l'intervento di una vicenda modificativa dell'ente in prossimità della dichiarazione di apertura del dibattimento: nel far salva la possibilità per l'ente scisso o risultante dalla fusione di richiedere la non applicazione delle sanzioni interdittive (nel termine e alle condizioni) in base all'art. 17, l'art. 31, comma 2 rimanda anche all'istituto della sospensione ex art. 65: cfr. V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in AA.

riduzione della sanzione nella fase esecutiva²⁵⁷). Se tali riferimenti non consentono di desumere indicazioni di carattere generale, essi aprono per lo meno uno spiraglio su una questione destinata ad emergere con forza, come mostrano alcuni recenti casi giurisprudenziali²⁵⁸.

VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 335; ID., *Le vicende modificative dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 105; F. RIGO, *Il giudizio*, cit., p. 358.

²⁵⁷ Entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, l'ente può infatti chiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria (art. 78): sull'istituto v. P. CANAVELLI, *L'esecuzione delle sanzioni*, AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 402 e ss.; E. GALLUCCI, *L'esecuzione*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 641; G. DEAN, *Le norme sull'esecuzione*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 398; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 284; A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 336; nonché S. LORUSSO, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2539. Anche al riguardo, il legislatore si mostra sensibile alla considerazione del *concreto* atteggiamento tenuto dall'ente, stabilendo che la determinazione della sanzione conseguente alla conversione debba tener conto, da un lato, della gravità dell'illecito ritenuto in sentenza, dall'altro, delle ragioni che hanno determinato il tardivo adempimento delle condizioni di cui all'art. 17 (comma 4 dell'art. 78): in tal modo, come chiarisce la relazione di accompagnamento, «sarà possibile adeguare l'aggravamento sanzionatorio alla condotta dell'ente, dovendosi distinguere i casi di *obiettiva difficoltà nel tempestivo adempimento* da quelli che evidenzino la *volontà dell'ente* di ritardare il più possibile il momento della doverosa riparazione» [corsivo nostro].

²⁵⁸ Si veda Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.: «Priva di pregio è, infatti, l'argomentazione sviluppata dalla difesa, con cui si sostiene che sarebbe astrattamente ipotizzabile una responsabilità delle indagate solo a partire dall'adozione dei rispettivi modelli di organizzazione, non essendo concretamente esigibile nei loro confronti una maggiore tempestività di quella dimostrata, avuto riguardo ai necessari tempi tecnici per l'elaborazione dei codici e per il loro iniziale necessario rodaggio. Benché il decreto legislativo non contenga alcuna disposizione che individui un termine entro il quale consentire agli enti di uniformarsi alle nuove disposizioni, dotandosi dei rispettivi modelli, ragioni di ordine logico ed alcuni testuali spunti normativi, dovrebbero precludere la possibilità di fondare l'imputabilità dell'impresa sulla mancata adozione di modelli quando fosse dimostrabile che la mancata adozione non sia dipesa da colpa, ma da oggettiva impossibilità. La fragilità dell'assunto è evidente. In difetto di una testuale ed esplicita previsione, appare opinabile ricorrere a "ragioni di buon senso" per colmare l'asserita lacuna del dato normativo con il rischio di un pericoloso relativismo nell'individuazione del termine di c.d. tolleranza, della cui determinazione, peraltro, dovrebbe farsi carico, di volta in volta, il Giudice

Capitolo Terzo

LA “LACUNA ORGANIZZATIVA” NEI SISTEMI STRANIERI DI RESPONSABILITÀ DELL’ENTE COLLETTIVO

SOMMARIO: SEZIONE I. *La lacuna organizzativa come criterio di imputazione.* — 1. Considerazioni preliminari. — 2. I modelli di responsabilità incentrati sulla lacuna organizzativa quale criterio ascrittivo. A) La responsabilità dell’impresa per la “carente organizzazione interna” nella soluzione del codice penale svizzero. — 2.1. B) Il ruolo del “*management failure*” nella recente fattispecie di *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide* per il Regno Unito. — 3. Tra identificazione e lacuna organizzativa: l’imputazione fondata sull’omessa vigilanza da parte dei vertici sui dipendenti autori del reato (nella *Verbandverantwortlichkeitgesetz* austriaca, nell’*OWiG* tedesca e nel recente progetto di riforma spagnolo). — 4. L’emersione del criterio della “lacuna” nei sistemi di responsabilità vicaria e organica. A) Le elaborazioni della giurisprudenza francese e belga in tema di “*organisation interne déficiente*” e “*politique délibérée d’entreprise*”. — 4.1. B) *Scope of employment* ed effettività dei compliance programs nel sistema statunitense. — 4.2. C) Le aperture della giurisprudenza inglese e statunitense nell’ambito delle *regulatory offences*: la rilevanza dell’organizzazione preventiva per il riconoscimento della *due diligence defense*. — 4.3. D) Il reato commesso ‘in sintonia’ con ordini, direttive ed istruzioni apicali o con la “tolleranza” dell’ente: cenni su alcuni sviluppi del sistema olandese. — SEZIONE II. *Lacuna organizzativa e conseguenze sanzionatorie.* — 6. Lacuna organizzativa e determinazione della sanzione. — 7. La ri-organizzazione preventiva dell’ente nell’ambito del post-fatto.

Sezione I

La lacuna organizzativa come criterio di imputazione

1. *Considerazioni preliminari*

Il senso di un sistema di responsabilità che si incentri sulla lacuna organizzativa come criterio ascrittivo si coglie con maggior evidenza mediante l’analisi delle soluzioni adottate da altri ordinamenti.

chiamato a valutare l’esigibilità di comportamenti più tempestivi di quelli in concreto adottati».

In un panorama alquanto variegato, sembrano peraltro potersi ricostruirsi tre principali prospettive evolutive.

Da una parte, l'impostazione si trova nettamente radicata in quegli ordinamenti che, al pari di quello italiano, fondano in modo diretto il sistema di imputazione sull'idea della lacuna, pure variamente intesa. Si rivolge così principale attenzione all'atteggiamento mostrato dall'organizzazione complessiva (non senza rievocazione in alcuni casi del modello organicistico), rimanendo irrilevante il contributo fornito dalla persona fisica, la quale potrebbe essere non identificata o comunque non responsabile.

In un'ottica diversa si pongono invece i sistemi tuttora fondati sulla teoria della identificazione o della responsabilità vicaria, rispetto ai quali si tratta semmai di evidenziare alcune linee evolutive. Ad un proclamato disinteresse per ogni accertamento ulteriore rispetto a quello della commissione del reato da parte della persona fisica nell'interesse dell'ente collettivo²⁵⁹, fanno infatti riscontro talune naturali convergenze della giurisprudenza verso l'idea di una responsabilità "propria" dell'ente collettivo derivante dai difetti della sua organizzazione interna o della sua politica deliberatamente orientata alla illegalità. Orientamenti che - in alcuni casi recepiti anche a livello normativo - si affermano per lo più in relazione a determinate tipologie di illeciti, come specialmente i reati colposi.

²⁵⁹ Si fa peraltro osservare come, nell'ambito di tali ordinamenti (es. quelli anglosassoni o francese) lo stesso criterio dell'interesse non venga sempre strutturato come nell'ordinamento italiano, alla stregua di parametro per accertare la destinazione genetica dell'illecito all'ente, dilatandosi più che altro in forme di 'contiguità' del reato all'attività dell'ente: per una disamina comparatistica di tale profilo N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 116 e ss.

Nell'ambito di questi sistemi (che non ammettono nello schema di imputazione di base l'idea del difetto organizzativo), una particolare attenzione meritano alcune soluzioni che sembrano più che altro affiancare il criterio della "lacuna" a quello della identificazione, in relazione ai reati commessi da soggetti diversi da quelli apicali. La specificità di tali modelli ci conduce peraltro ad esaminarli prioritariamente ed in una terza e autonoma prospettiva rispetto a quelli strutturati secondo una logica organicistica.

2. I modelli di responsabilità incentrati sulla lacuna organizzativa quale criterio ascrittivo. A) La responsabilità dell'impresa per la "carente organizzazione interna" nella soluzione del codice penale svizzero

Il modello normativo in cui l'imputazione si articola sull'idea della "lacuna" è senz'altro quello dell'ordinamento svizzero.

Il superamento dello schema organicistico si coglie intanto nitidamente nell'ipotesi di responsabilità²⁶⁰ definita in dottrina come

²⁶⁰ La responsabilità dell'impresa è stata introdotta nel 2003. Si riportano i primi due commi del testo italiano dell'art. 102 (ex art. 100quater), inserito dalla legge federale del 21.3.2003, in vigore dal 1 ottobre 2003 (mentre si ricorda che la responsabilità delle persone giuridiche era isolatamente prevista in alcuni settori del diritto penale complementare, come quello penale tributario, in relazione al quale peraltro essa era concepita secondo il tradizionale modello organicistico): «1. Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi. 2. Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 269ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non aver preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato. [...]». In generale, per i commenti sulla disciplina v.: B. BERTOSSA, *De quelques problèmes pratiques de mise en oeuvre*, in

sussidiaria²⁶¹: l'imputazione è costruita infatti sull'impossibilità di "ascrivere"²⁶² l'illecito ad una persona fisica²⁶³ quale conseguenza della "carezza organizzativa" di cui sia responsabile l'ente. Il modello si rivela peraltro meno invasivo di quanto non possa apparire *prima facie*, rimanendo esclusa²⁶⁴ la responsabilità dell'impresa quando il

L'Expert-comptable suisse, 7/2003, p. 27; G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (art. 100quater)*, in *ZStrR*, 2003, p.34; ID., *Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts*, in *SZW/RSDA*, 1/2005, p. 17; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, relazione al seminario tenuto presso l'Università di Teramo il 16 giugno 2006; D. FISCHER, *Crime Due diligence. Eine Verdachtsschöpfungsstrategie*, in *ZStR*, 2003, p. 228; V. JEANNERET, *Une loi bâclée?*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 7; A. MACALUSO, *La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des articles 100quater et 100quinquies CP*, Zurigo-Basilea, 2004; M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 2004, p. 203; ID., *Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens*, in *ZStR*, 2003, p. 353; R. ROTH, *Une responsabilité sans culpabilité*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 195; RYSER, KUCHOWSKY, *Die Strafbarkeit des Unternehmens*, in *Der Schweizer Treuhänder*, 2005; N. SCHIMID, *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, in *Festschrift Forstmoser*, Zurigo, 2003; L. THÉVENOZ, *Responsabilité pénale de l'entreprise*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 1; inoltre, per un primo sguardo d'insieme della disciplina, P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043 e ss.

²⁶¹ La distinzione tra responsabilità sussidiaria (primo comma dell'art. 102) e primaria o originaria (secondo comma dell'art. 102) si trova in dottrina: G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (art. 100quater)*, cit., p. 24; M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, p. 603.

²⁶² Nella formula francese si parla di impossibilità di "imputer le crime ou le délit"; in quella tedesca di "zugerechnet werden".

²⁶³ Significativo appare l'uso della forma passiva («...se in un'impresa [...] è commesso un crimine o un delitto»; nella versione francese: «un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise»; in quella tedesca: «Wird in einem Unternehmen [...] ein Verbrechen begangen») del primo comma dell'art. 102 (si tratta dell'ex art. 100quater, inalterato nei contenuti e divenuto art. 102 dal primo gennaio 2007, a seguito della revisione della parte generale del codice penale svizzero adottato il 13 dicembre 2002; mentre il successivo articolo 100quinquies, dedicato agli aspetti procedurali è divenuto art. 102a.).

²⁶⁴ Almeno ai sensi del primo comma dell'art. 102: in tal caso infatti, ove il reato commesso rientrasse tra quelli previsti dal comma secondo (responsabilità primaria), l'impresa potrebbe rispondere a questo titolo; mentre la dottrina si mostra opportunamente contraria alla possibilità di cumulare le due forme di responsabilità con incremento della sanzione applicabile, qualora ne ricorrano entrambi i presupposti (reato espressamente previsto dal secondo comma e difetto organizzativo causa della impossibilità di rintracciare la persona fisica autrice del

soggetto eventualmente identificato non risulti in concreto punibile²⁶⁵; inoltre, il meccanismo ascrittivo non potrebbe attivarsi qualora si dovesse accertare la responsabilità di un vertice per l'omessa sorveglianza (*Geschäftsherrenhaftung*)²⁶⁶. Il coinvolgimento dell'ente si riduce così all'ipotesi in cui la persona fisica autore del fatto non sia *identificata*, ovvero ai casi di violazione colposa degli obblighi di sorveglianza da parte dei vertici per reati puniti soltanto a titolo di dolo²⁶⁷ o di impossibile accertamento della partecipazione criminosa di più soggetti al fatto al quale pure essi abbiamo dato causa (*additives Unrecht*)²⁶⁸. Nel complesso, lo schema rimane fortemente innovativo per la centralità che assume l'imputazione fondata sull'accertamento di una carenza organizzativa interna, sebbene la fattispecie di responsabilità, così incentrata sui difetti strutturali *come causa* dell'impossibile identificazione dell'autore del fatto, sembri poter prescindere dall'ulteriore legame con il reato realizzato²⁶⁹.

reato): R. ROTH, *Une responsabilité sans culpabilité*, cit., p. 194. Sulle possibili convergenze tra le due forme di responsabilità v. anche P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, cit., p. 4050 e ss.

²⁶⁵ In particolare, viene esclusa dalla dottrina la responsabilità sussidiaria dell'impresa quando l'autore dell'illecito non possa essere perseguito a causa del suo decesso, della sua latitanza, di una causa di esclusione della colpevolezza e o di una causa di giustificazione: v. G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (art. 100quater)*, cit., p. 33; A. MACALUSO, *La responsabilité pénale de l'entreprise*, cit., p. 140.

²⁶⁶ G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, cit., p. 3; PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, cit., p. 605.

²⁶⁷ G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, cit., p. 3.

²⁶⁸ G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, cit., p. 3; P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, cit., p. 4050.

²⁶⁹ In senso contrario M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, cit., p. 604.

Il superamento della schema organicistico²⁷⁰ è poi altrettanto radicale nella responsabilità c.d. *primaria* (o *originaria*)²⁷¹. L'impresa risponde in tal caso di alcuni reati²⁷² anche quando siano individuati i singoli responsabili: ma in ogni caso «a prescindere dalla punibilità» di costoro²⁷³ e sul presupposto che gli si possa rimproverare di non avere preso *tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato*²⁷⁴. In modo ancor più chiaro, la responsabilità dell'ente viene così a modularsi

²⁷⁰ S'è peraltro osservato, per entrambe le forme di responsabilità, che l'ente risponda pur sempre di reati che siano realizzati da persone fisiche collegate funzionalmente all'impresa, o sulla base di un vero e proprio rapporto organico o comunque sulla base di un rapporto contrattuale che crei una stabile dipendenza gerarchica e organizzativa rispetto agli organi decisionali dell'impresa (così v. P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, cit., p. 4047), e ciò in considerazione della delimitazione della responsabilità ai reati commessi nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale. Peraltro, indipendentemente dalla fondatezza dell'interpretazione, ciò non sembra togliere centralità al criterio della lacuna organizzativa per l'imputazione con il sostanziale superamento del modello fondato sulla identificazione.

²⁷¹ V. il comma secondo dell'art. 102: *supra*.

²⁷² Si tratta dei seguenti reati: organizzazione criminale; finanziamento al terrorismo; riciclaggio; corruzione passiva; concessione di vantaggi; corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

²⁷³ Nella versione francese: «*indépendamment de la punissabilité des personnes physiques*»; nella versione tedesca: «*unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen*».

²⁷⁴ Nella versione francese: «*s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction*»; nella versione tedesca: «*wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern*». Appare peraltro dubbio se in questa seconda forma di responsabilità il solo criterio di imputazione sia quello fondato sul difetto organizzativo o se ad esso possa affiancarsi anche il presupposto previsto dal primo comma dell'art. 102 relativo alla commissione del reato «nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale»: sul punto v. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 132, n. 41.

sull'atteggiamento da questi mostrato nell'adempimento di un inedito e generale obbligo d'impedimento dei reati²⁷⁵.

Muta peraltro nelle due forme di responsabilità il contenuto del dovere di organizzazione, che è onnicomprensivo nel caso di quella "originaria" (*tutte le misure ragionevoli ed indispensabili*), e circoscritto all'aspetto della "chiarezza" in quella "sussidiaria"²⁷⁶; mentre in ragione di un generico concetto di "carenza organizzativa" si fanno strada - come in misura minore nell'ordinamento italiano²⁷⁷ - perplessità sulla indeterminatezza della fattispecie²⁷⁸ e sull'estensione e i limiti dell'obbligo imposto all'ente²⁷⁹.

²⁷⁵ N. SCHIMID, *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, cit., p. 781.

²⁷⁶ G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, cit., p. 5; M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, cit., p. 603.

²⁷⁷ V. *supra*, cap. II.

²⁷⁸ V. N. SCHIMID, *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, cit., p. 780; R. ROTH, *Une responsabilité sans culpabilité*, cit., p. 195; P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, cit., p. 4053. Peraltro, mentre la dottrina ritiene pacificamente che possa farsi riferimento a norme di legge penale, civile e amministrativa, nonché a norme emanate dalle associazioni di categoria allorché ad esse sia stata attribuita dal legislatore delega espressa, rimane discussa la possibilità di riconoscere rilevanza a tale scopo ai c.d. *standards* di comportamento dei vari settori e categorie (su tale profilo v. le perplessità di G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, cit., p. 6).

²⁷⁹ In particolare, per quanto riguarda la carenza organizzativa interna rilevante per l'attivazione della responsabilità sussidiaria, il Messaggio del Consiglio Federale di accompagnamento della riforma indica come ipotesi di tale responsabilità il caso di un sistema di deleghe non chiaro, l'insufficienza di un controllo interno, la distribuzione di competenze assente, non chiara o non sufficiente, la carente verbalizzazione delle deliberazioni e delle decisioni, l'inesistenza di regole in base alle quali sia possibile stabilire chi abbia allestito determinati documenti, l'assenza o l'insufficienza di regole per l'aggiornamento di tali norme. Mentre, con riferimento alla responsabilità primaria, sarà opportuno intanto far riferimento alle indicazioni contenute nelle regole generali di carattere organizzativo stabilite direttamente o indirettamente per la prevenzione di reati, a vari livelli normativi, quindi, valutare i soggetti coinvolti e la documentazione, specie contabili, e, specialmente tener conto di eventuali indicazioni in relazione ai singoli reati (es. il principio del *Know your customer* in materia di riciclaggio

2.1. B) *Il ruolo del “management failure”²⁸⁰ nella recente fattispecie di Corporate Manslaughter and Corporate Homicide per il Regno Unito*

Nell’ambito degli ordinamenti che si sono aperti a modelli di responsabilità fondati sulla lacuna organizzativa come criterio di imputazione, va poi senz’altro segnalato quello britannico. Vero è che, per la gran parte dei reati, esso continua a fondarsi sulla logica organistica (*infra*, § 4.2). Peraltro, proprio per gli inconvenienti derivanti da tale schema ascrittivo, ben messi in luce dalla pratica²⁸¹, si è fatta strada nel legislatore, anche grazie alla presa di consapevolezza della dottrina²⁸², l’idea di un sistema di

stabilito dall’art. 305ter c.p.): sul punto D. FISCHER, *Crime Due diligence. Eine Verdachtsschöpfungsstrategie*, cit., p. 228.

²⁸⁰ Il concetto di *management failure* non compare espressamente nella fattispecie di *corporate manslaughter and corporate homicide act* in commento. Esso, tuttavia, già presente nei progetti antesignani (*infra*, n. 26), viene espressamente richiamato nelle note di accompagnamento (*Explanatory Notes al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, § 14): «*the way in which the organisation’s activities were managed or organised (referred to in these notes as “the management failure”*) [...]».

²⁸¹ Si vedano, in particolare i casi *R. v. Stanley and Others (P. & O. European Ferries (Dover) Ltd.)*, (1991), 93 Cr. App. R. 72., pubblicata in *Crim. L.R.*, 1991, p. 695 e ss., nonché quello del disastro della *Great Western Company (Attorney-General’s Reference, No 2 of 1999)*, su cui *supra*, Cap. I, n. 4. In entrambi i casi, il criterio della *identification* rendeva impossibile ascrivere il fatto di reato all’ente, pur in presenza di gravi carenze nella gestione e in assenza di altri responsabili. Per la ricostruzione di tali vicende C. WELLS, *Manslaughter and corporate crime*, in *N. L. J.*, 1989, p. 931 e EAD., *Prosecuting safety – a cautionary tale*, in *N.L.J.*, 2000, p. 1648; EAD., *Corporations and criminal Responsibility*, 2001, p. 68 e ss.

²⁸² V., in diverse prospettive, C.M.V. CLARKSON, *Kicking corporate bodies and damning their souls*, in *Mod. L.R.*, 1996, p. 557 e ss.; J. GOBERT, *Corporate Criminality: new crimes for the times*, in *Crim. L. R.*, 1994, p. 722 e ss.; C. WELLS, *The decline and Rise of English Murder: Corporate Crime and Individual Responsibility*, *ivi*, 1988, p. 788 e ss.; EAD., *Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability*, *ivi*, 1993, p. 561 e ss.; EAD., *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 122 e ss.; EAD., *Corporations and criminal Responsibility*, cit., p. 68 e ss. In senso contrario al superamento del modello dell’identificazione e all’introduzione di un criterio che

responsabilità da costruirsi sulle peculiarità strutturali della persona giuridica.

Sono stati così elaborati vari progetti di riforma a partire dal 1996, per l'introduzione di una nuova fattispecie di *corporate manslaughter*, con esclusivo autore la persona giuridica, per lo più incentrata sul difetto organizzativo come criterio di imputazione²⁸³.

valorizzi il contributo dell'ente mediante la sua organizzazione, invece G. R. SULLIVAN, *The attribution of culpability to limited companies*, in *Camb. L.R.*, 1996, p. 515 e ss.; ID., *Expressing Corporate Guilt*, in *O.J.L.S.*, 1995, p. 281 e ss.

²⁸³ Il primo progetto è del 1996 (*Law Com. No 237, Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter*, 1996): in particolare la responsabilità dell'ente (per il reato di *corporate killing*) veniva ammessa quando "un difetto nella gestione (*management failure*) da parte della persona giuridica sia stata la causa o una delle cause della morte di una persona e quel difetto costituisca condotta al di sotto di quanto potesse ragionevolmente attendersi dall'ente in quelle circostanze"; mentre il "*management failure*" veniva ritenuto sussistente qualora il modo con cui le attività dell'ente siano gestite o organizzate non assicura la salute e la sicurezza delle persone impiegate o coinvolte in quelle attività". In relazione ad esso sono state proposte nel 2000 alcune modifiche (Home office, *Reforming the Law on Involuntary Manslaughter: The Government's Proposals* 2000). Lo sforzo legislativo di porre attenzione ad una forma di responsabilità propria dell'ente è stata accolta con favore in dottrina, la quale ha tuttavia al contempo criticato l'indeterminatezza di alcuni profili, come il concetto stesso di *management failure*, la connessione causale tra questa e la morte: D. BERGMAN, *Manslaughter and corporate immunity*, in *N.L.J.*, 2000 (il quale si mostra critico in relazione alla mancata estensione del modello a tutti i reati e alla mancata espressa considerazione, in aggiunta al criterio della lacuna organizzativa, della politica d'impresa); J. GOBERT, *Corporate Killing at home and abroad – Reflections on the Government's proposals*, in *L.Q.R.*, 2002, p. 76 e ss.; B. SULLIVAN, *Corporate Killing – Some Government Proposals*, in *Crim. L. R.*, 2001, p. 32 e ss.; C. WELLS, *The Corporate Manslaughter Proposals: Pragmatism, Paradox and Peninsularity*, in *Crim. L. R.*, 1996, p. Nel 2005, è stato elaborato un nuovo progetto governativo (Home Office, *Corporate Manslaughter: the Government's Draft Bill for Reform*, Cm. 6497, 2005) in cui la fattispecie di "omicidio dell'ente" (*Corporate Manslaughter*) si presenta più precisa rispetto alla precedente: scompare il riferimento espresso al "*management failure*" e si afferma che l'ente è responsabile «se il modo con cui le attività di questo sono gestite o organizzate da parte dei suoi dirigenti causi la morte di una persona e si sia tradotto in una grave violazione di un importante obbligo di diligenza dovuto dall'organizzazione al soggetto deceduto». Inoltre, per decidere se una tale violazione vi sia stata, il giudice deve valutare se «l'organizzazione abbia disatteso una qualsivoglia rilevante legislazione o regolamentazione (*guidance*) in materia di salute e sicurezza, e, in tal caso: quanto significativa sia stata tale violazione (*failure to comply*); se i dirigenti (*senior managers*) dell'organizzazione: (i) sapessero, o avrebbero dovuto sapere che l'ente stava disattendendo quella legislazione o regolamentazione (*guidance*); (ii) fossero consapevoli, o avrebbero

L'idea è venuta via via perfezionandosi²⁸⁴ - non senza parziali regressioni in alcuni casi²⁸⁵ -, sino all'approvazione nel luglio 2007

dovuto esserlo, del rischio di morte o di grave lesione derivante da quella violazione; (iii) cercassero di procurare un profitto all'ente». Per un commento C. M. V. CLARKSON, Corporate Manslaughter: yet More Government Proposals, in Crim. L. R., 2005, p. 677 e ss.

²⁸⁴ Del tutto simile a quella inglese è l'evoluzione dell'istituto in Irlanda, per quanto la giurisprudenza in materia sia assai più scarna e incerta. Anche qui, peraltro, nel 2001 è stata avanzata una proposta di legge per l'introduzione del reato di *Corporate manslaughter* (*Corporate Manslaughter Bill 2001*, su cui v. le considerazioni Law Reform Commission, *Consultation Paper on Corporate Killing*, CP 26-2003), incentrata sull'idea di difetto organizzativo. Ad esso ha fatto poi seguito, nell'ottobre 2005, un altro progetto (Law reform commission, *Draft Corporate Manslaughter Bill 2005*, LRC 77-2005), per l'introduzione di una fattispecie di *corporate manslaughter* così strutturata (art. 3): «(1) *Where an undertaking causes the death of a human person by gross negligence that undertaking is guilty of an offence called "corporate manslaughter."* (2) *An undertaking causes death by gross negligence where: (a) it owed a duty of care to the deceased human person; (b) it breached that duty of care in that it failed to meet the standard of care in subsection (3); (c) the breach of duty was of a very high degree and involved a significant risk of death or serious personal harm; and (d) the breach of duty caused the death of the human person. (3) The standard of care required of the undertaking is to take all reasonable measures to anticipate and prevent risks to human life, having due regard to the size and circumstances of the undertaking.*». Particolarmente significativa appare peraltro la definizione che si del difetto di diligenza (*breach of care*) da parte dell'impresa (*undertaking*) al comma quinto della medesima disposizione: «*in assessing whether the undertaking breached the standard of care in subsection (3) the court shall have regard to any or all of the following: (a) the way in which the activities of the undertaking are managed or organised by its high managerial agents; (b) the allocation of responsibility within the undertaking; (c) the procedural decision-making rules of the undertaking; (d) the policies of the undertaking; (e) the training and supervision of employees by the undertaking; (f) the response of the undertaking to previous incidents involving a risk of death or serious personal harm; (g) the stated and actual goals of the undertaking; (h) the adequacy of the communications systems within the undertaking including systems for communicating information to others affected by the activities of the undertaking; (i) the regulatory environment in which the undertaking operates, including any statutory duties to which the undertaking is subject; (j) any assurance systems to which the undertaking has subscribed; (k) whether the undertaking was operating within the terms of a contract or licence made or granted under legislation* ».

²⁸⁵ Proprio con riferimento al progetto del 2005 (*supra*), s'è osservato come, se da un lato forniscono criteri più precisi per accertare la sussistenza del difetto "organizzativo" - che mantiene il ruolo di criterio di imputazione del reato all'ente -, dall'altro lato viene ristabilito un ambiguo collegamento tra la responsabilità dell'ente e l'atteggiamento psichico delle persone fisiche di vertice, che sembra determinare una reminiscenza della dottrina della identificazione: C. M. V. CLARKSON, *Corporate Manslaughter: yet More Government Proposals*, cit., p. 685.

dell'ultimo progetto, la cui entrata in vigore è prevista per l'aprile 2008²⁸⁶.

L'articolazione della nuova fattispecie sembra in effetti recepire i suggerimenti e le valutazioni critiche espresse dalla dottrina con riferimento agli elaborati precedenti, mentre intatta rimane la logica originaria: la struttura dell'illecito si incentra infatti, da una parte, sul rapporto causale tra la "condotta organizzativa" dell'ente (esemplificata dal «modo in cui le sue attività sono gestite o organizzate») e la morte di un soggetto²⁸⁷, e dall'altra, sulla connessione tra tale 'condotta' e una «grave violazione di un importante dovere di protezione²⁸⁸ cui l'organizzazione era tenuta

²⁸⁶ Si tratta del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (che ha ricevuto l'Assenso Reale il 26 luglio 2007), su cui si veda una prima e sintetica scheda di commento pubblicata nella *Criminal Law Review* del 2007, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, p. 749; vedi inoltre alcune prime considerazioni di F. B. WRIGHT, *Criminal Liability of Directors and Senior Managers for Deaths at Work*, in *Crim. L.R.*, 2007, p. 949 e ss., peraltro di carattere critico in relazione alla mancata considerazione della responsabilità delle persone fisiche in posizione apicale per il reato dell'ente.

²⁸⁷ Si vedano le *Explanatory Notes* al *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, par. 14 (*Commentary on sections 1*), p. 3, dove si afferma che si applicheranno i normali principi in tema di causalità in diritto penale e ciò significa che il difetto organizzativo (*management failure*) non deve necessariamente essere stata la sola causa della morte, essendo solo sufficiente che sia stata una causa (sebbene alcuni fattori intervenienti possano interrompere la catena causale in certi casi).

²⁸⁸ La nozione di *relevant duty of care* viene espressamente chiarita dalla *section 2*, dove si stabilisce che, in relazione ad una organizzazione, essa corrisponde a ciascuno dei seguenti doveri su di essa gravanti nell'ambito della *law of negligence*: un dovere nei confronti dei suoi dipendenti o di altre persone che lavorano per l'organizzazione o eseguono servizi per essa; un dovere gravante su di essa in qualità di locatario dei locali; un dovere ad essa spettante in ragione della provvista da parte dell'organizzazione di merci o servizi, in ragione delle operazioni di costruzione o manutenzione, o di ogni altra attività su base commerciale, da essa condotte, in ragione dell'uso o della custodia di impianti, veicoli o altre cose; un dovere nei confronti di un soggetto alla cui salvaguardia l'organizzazione deve provvedere (persona non auto-responsabile).

nei confronti della vittima»²⁸⁹; con la precisazione che all'inadempimento deve aver contribuito *in via principale* la "condotta organizzativa" dell'ente²⁹⁰.

Questa soluzione, in effetti, sembra superare in maniera piuttosto radicale la logica ascrittiva organicistica, venendo del tutto meno l'esigenza di stabilire una (qualsivoglia) relazione tra il reato di una persona fisica-vertice e l'ente²⁹¹. Non manca peraltro una qualche intersezione con quel modello, nella misura in cui continua ad esser richiamata l'area del *senior management*, quale categoria di soggetti la cui condotta rilevi per l'imputazione dell'illecito²⁹².

Ciò tuttavia non conduce ad escludere che il nucleo fondamentale del nuovo sistema d'illecito sia rappresentato dalla

²⁸⁹ Così section 1: «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». L'esistenza del nesso tra la "condotta organizzativa" e la violazione del dovere di protezione è chiarita dalle citate *Explanatory Notes*, par. 15, p. 3, dove si afferma che «the organisation must be in breach of that duty of care as a result of the way in which the activities of the organisation were managed or organised».

²⁹⁰ Così almeno sembrerebbe doversi interpretare il comma terzo della section 1: «an organisation is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed by its senior management is a substantial element in the breach referred».

²⁹¹ La nuova disciplina fornisce precise indicazioni in merito alla questione del cumulo delle responsabilità: da una parte chiarendo che gli individui non possono esser chiamati a rispondere, anche solo a titolo di concorso, nella fattispecie di omicidio dell'ente (che ha appunto come autore esclusivo quest'ultimo: section 18) e che il reato di omicidio colposo (*manslaughter by gross negligence*) previsto dal *common law* è abolito con riferimento alle *corporations* cui la nuova fattispecie si applichi (section 20).

²⁹² Si veda il già citato terzo comma della section 1. Peraltro, viene data espressa definizione di tale categoria al comma 4, lett. (c) del medesimo articolo: «"senior management", in relation to an organisation, means the persons who play significant roles in: (i) the making of decisions about how the whole or a substantial part of its activities are to be managed or organised, or (ii) the actual managing or organising of the whole or a substantial part of those activities.»

lacuna organizzativa²⁹³. A conferma della prospettiva evidenziata, vanno infatti tenute in considerazione alcune importanti indicazioni contenute nella disciplina per stabilire se vi sia stata la grave violazione del dovere (*gross breach*) da parte dell'ente: tra queste, viene indicata la *possibilità di valutare che vi fossero attitudini, politiche, sistemi o pratiche accettate nell'organizzazione che sembrano aver incoraggiato la violazione medesima, o che abbiano prodotto la tolleranza di essa* (comma 3, section 8)²⁹⁴. D'altra parte, seguendo la posizione già espressa dai precedenti progetti, il legislatore chiarisce che la violazione del dovere di protezione è grave («gross») quando la

²⁹³ In tal senso si esprimono chiaramente le *Explanatory Notes*, cit., p. 3, dove si afferma che «*the way in which the organisation's activities were managed or organised (referred to in these notes as "the management failure") must have caused the victim's death*». V., inoltre, la citata scheda di commento *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Crim. L.R.*, 2007, p. 750, dove si rileva come il nuovo Act provi a combinare i due modelli di responsabilità dell'ente, consentendo l'indagine sulla "cultura d'impresa" in accordo con il modello della lacuna organizzativa ("organisational" model), ma limitando tale indagine alla cultura che possa emergere dai soggetti in posizione apicale in accordo con il modello "individualistico", definito per questo come una sorta di "ibrido".

²⁹⁴ Per maggiore chiarezza si riporta la section 8 (*Factors for jury*):

- (1) *This section applies where:*
 - (a) *it is established that an organisation owed a relevant duty of care to a person, and*
 - (b) *it falls to the jury to decide whether there was a gross breach of that duty.*
- (2) *The jury must consider whether the evidence shows that the organisation failed to comply with any health and safety legislation that relates to the alleged breach, and if so:*
 - (a) *how serious that failure was;*
 - (b) *how much of a risk of death it posed.*
- (3) *The jury may also:*
 - (a) *consider the extent to which the evidence shows that there were attitudes, policies, systems or accepted practices within the organisation that were likely to have encouraged any such failure as is mentioned in subsection (2), or to have produced tolerance of it;*
 - (b) *have regard to any health and safety guidance that relates to the alleged breach.*
- (4) *This section does not prevent the jury from having regard to any other matters they consider relevant.*
- (5) *In this section "health and safety guidance" means any code, guidance, manual or similar publication that is concerned with health and safety matters and is made or issued (under a statutory provision or otherwise) by an authority responsible for the enforcement of any health and safety legislation.*

condotta che si assume inadempiente a quel dovere fosse molto al di sotto di quanto potesse ragionevolmente attendersi dall'ente in quelle circostanze²⁹⁵ (pur con i problemi che la determinazione di tale limite in concreto ponga²⁹⁶).

3. *Tra identificazione e lacuna organizzativa: l'imputazione fondata sull'omessa vigilanza da parte dei vertici sui dipendenti autori del reato (nella Verbandverantwortlikeitgesetz austriaca, nell'OWiG tedesca e nel recente progetto di riforma spagnolo)*

Prima di passare all'analisi dei sistemi di responsabilità che strutturano l'illecito dell'ente come "riflesso" di quello dell'individuo, sembra opportuno soffermarsi sulle soluzioni di alcuni ordinamenti in cui all'idea dell'immedesimazione organica sembra affiancarsi quella della lacuna organizzativa.

In diversi dei modelli costruiti sulla logica dell'identificazione, la responsabilità dell'ente viene infatti estesa anche agli illeciti realizzati da soggetti che non si trovino in posizione apicale: ciò si considera peraltro possibile sul presupposto della mancata vigilanza

²⁹⁵ Così il quarto comma, lettera (b), della section 1: «*a breach of a duty of care by an organisation is a "gross" breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls far below what can reasonably be expected of the organisation in the circumstances*».

²⁹⁶ Sulla disposizione dal contenuto analogo dubbi erano infatti stati espressi da parte della dottrina (*supra*, n. 78), in relazione alla genericità della formula; v. *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, cit., p. 750, dove si osserva, con riferimento al citato comma 3 della section 8, che se questa previsione da ampio campo ai pubblici ministeri per schiudere alla cultura d'impresa e alle prassi di lavoro, d'altra parte potrebbe generare bei "grattacapi" per stabilire che tipo di "evidenza" occorra e quanto occorra per provare la cultura d'impresa.

nei loro confronti da parte dei vertici. Viene così a strutturarsi, almeno secondo una certa interpretazione, un modello ascrittivo che contempla due criteri alternativi: per il reato dell'apice continua ad operare il criterio organicistico; per quello del soggetto in posizione subordinata, emerge un criterio, più o meno sviluppato, di riferimento all'organizzazione difettosa dell'ente, specialmente inteso come omesso controllo.

Il sistema in cui ciò è più evidente è quello delineato dalla recente *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* austriaca (in vigore dal primo gennaio 2006), dove l'imputazione del reato all'ente passa, oltre che attraverso criteri di destinazione genetica dell'illecito (*zu seinen Gunsten*), per il presupposto della posizione dell'autore dell'illecito, che può essere apicale (*Entscheidungsträger*) o dipendente (*Mitarbeiter*)²⁹⁷. Peraltro, mentre nel primo caso l'ente risponde quando il soggetto abbia commesso il reato, nel secondo caso l'ente risponde solo quando il reato del *Mitarbeiter* sia stato reso possibile o agevolato dalla condotta negligente degli apici, che abbiano omesso di prendere le precauzioni necessarie ed esigibili in quelle circostanze per impedire il reato, ed in particolare i provvedimenti tecnici, organizzativi e personali a tal fine essenziali²⁹⁸.

²⁹⁷ Individuati nel § 2 della legge.

²⁹⁸ § 3. (1) Ein Verband ist unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 oder des ABS. 3 für eine Straftat verantwortlich, wenn,
1. die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder
2. durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.
(2) Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist Für Straftaten von Mitarbeitern ist der Verband verantwortlich, wenn
1. Mitarbeiter den Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben; der Verband ist für eine Straftat, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, nur verantwortlich, wenn ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hat; für eine Straftat, die fahrlässiges Handeln voraussetzt, nur, wenn Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer acht gelassen haben; und

Una soluzione non dissimile è poi quella ricostruibile in relazione al § 30 dell'OWiG tedesca. Come noto, infatti, per l'imputazione dell'illecito (penale o amministrativo) alla persona giuridica, si ha riguardo alternativamente a un criterio di destinazione genetica ovvero di violazione di obblighi funzionali da parte di soggetti che ricoprano una posizione apicale, variamente intesa²⁹⁹. Peraltro, se è assente una espressa valorizzazione delle dinamiche organizzative interne all'ente³⁰⁰, è opinione diffusa quella di estendere la responsabilità della persona giuridica ai reati commessi da soggetti che svolgano funzioni diverse da quelle apicali, allorché possa contestarsi ad un apice l'omessa sorveglianza secondo il § 130 OWiG³⁰¹.

2. *die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungs-träger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.*

(4) *Die Verantwortlichkeit eines Verbandes für eine Tat und die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern oder Mitarbeitern wegen derselben Tat schließen einander nicht aus.*

²⁹⁹ Rispetto alla formula originaria della legge, la categoria è stata estesa, seppur sempre in una prospettiva di tipo organicistico con la l. n. 61 del 2002, in base alla quale il primo comma de § 30 attualmente prevede: «*hat jemand 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, 2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes, 3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, 4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter oder, 5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen [...]*»

³⁰⁰ L'opinione prevalente della dottrina in relazione al § 30 è questo sia costruito secondo un modello organicistico, in la colpevolezza dell'ente è quella della persona fisica che abbia agito; nello stesso senso v. la Corte costituzionale federale (Bundesverfassungsgericht 25 ottobre 1966, n. 26, in *Entscheidenugen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 20, 1967, p. 323).

³⁰¹ In tal senso si veda H. J. HIRSCH, *La criminalisation du comportement collectif - Allemagne*, in *La Criminalisation du comportement Collectif*, cit., p. 57; K. REBMANN, W. ROTH, S. HERMANN, *Gesetz über Ordnungswidrikeiten*, 2 ed., Stuttgart,

Su queste basi, autorevole parte della dottrina ha elaborato il concetto di “colpa organizzativa” (*Organisationsverschulden*) quale nucleo essenziale dell'imputazione: secondo le note elaborazioni³⁰², le carenze organizzative che abbiano consentito la commissione dell'illecito corrisponderebbero ad una “pre-colpevolezza” dell'ente, idonea ad attribuire alla persona giuridica quell'illecito, in base allo schema (evocato in via suggestiva) dell'*actio libera in causa*³⁰³. Peraltro, anche prescindendo dagli ulteriori e più criticati sviluppi dell'argomentazione in esame³⁰⁴, rimane da considerare come la

1995, § 30, p. 27; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, cit., p. 632. Il § 130, prevede come noto al primo comma prevede un illecito amministrativo a carico del titolare di una ditta o di una impresa che dolosamente o colposamente omette le misure di vigilanza necessarie ad impedire violazioni dei doveri che lo riguardano (si specifica inoltre che fra le misure necessarie di vigilanza rilevano anche la nomina, la scelta prudente ed il controllo del personale di sorveglianza). Per un inquadramento della fattispecie nell'ambito della legge sugli illeciti amministrativi v. E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrikeit) nell'ordinamento della repubblica federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1141; C. E. PALIERO, voce «*Ordnungswidrikeiten*», in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 128.

³⁰² K. TIEDEMANN, *Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., p. 1169.

³⁰³ Ma al di là di tale originale e forse discutibile spiegazione, non sono mancate nella dottrina tedesca opinioni di segno inverso rispetto all'orientamento dominante, tese a valorizzare, almeno *de iure condendo*, il ruolo dei meccanismi strutturali di funzionamento dell'ente per l'imputazione allo stesso della responsabilità: H. J. HIRSCH, *La criminalisation du comportement collectif - Allemagne*, cit., p. 59 e 60; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 52; K. VOLK, *La responsabilità penale di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 194 e 195.

³⁰⁴ L'aspetto principalmente criticato è appunto quello di far riferimento allo schema dell'*actio libera in causa*, in considerazione della discutibile trasposizione di un meccanismo originariamente sorto per un solo soggetto ad un fenomeno concernente due soggetti ancorché legati da rapporto organico. Inoltre, tenuto conto che Tiedemann estende l'idea anche all'ipotesi del reato direttamente commesso dall'apice, si fa correttamente osservare come ciò si traduca in una presunzione *iuris et de iure* di “colpa organizzativa”, non essendo comunque possibile per l'ente “discolparsi” dimostrando di essere ben organizzato. Si tratterebbe perciò più che altro di un principio giustificativo della responsabilità. Per tali considerazioni v. H. Achenbach, *Ahnende Sanztionen gegen Unternehmen*

combinazione del meccanismo del § 30 con la fattispecie del § 130, lasci effettivamente emergere l'idea dell'organizzazione dell'ente come elemento essenziale dell'imputazione³⁰⁵.

Tale soluzione corrisponde poi a quella prescelta, nell'ordinamento spagnolo³⁰⁶, per il progetto di riforma del codice

und die für sie handelnden Personen im Deutesch Recht, in Bausteine eines europäischen Strafrechts, a cura di B. Schünemann e J. De Figueiredo Dias, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 303; V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 110; A. F. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, cit., p. 488 e ss.

³⁰⁵ Ritieni che questa ipotesi sia quella più importante dalla quale emerge, nel sistema tedesco, la ratio della *Organisationsverschulden* L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 296.

³⁰⁶ L'ordinamento spagnolo, come noto, prevede attualmente per le persone giuridiche soltanto delle «*consecuencias accesorias*». Peraltro, l'art. 129 c.p., che dispone tali conseguenze, tace sui criteri per l'applicazione di imputazione, limitandosi a richiamare l'attenzione sulla finalità preventive di quelle misure (che sono la chiusura dell'impresa temporanea o definitiva; la dissoluzione della società, associazione o fondazione; l'interdizione, temporanea o definitiva, dall'esercizio delle attività, nell'esercizio delle quali sia stato commesso favorito o occultato il delitto; il controllo dell'impresa per la salvaguardia dei diritti dei lavoratori e dei creditori). Si discute inoltre tuttora della natura giuridica di tali conseguenze, in relazione alle quali sono state espresse opinioni più disparate (pene vere e proprie; misure di sicurezza; strumento di riparazione; sanzioni amministrative; conseguenze giuridiche preventive riaffirmative; *tertium genus* appartenente al diritto para-penale; ibride): per la ricostruzione dettagliata di tali opinioni v. F. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2002, p. 203 ss.). La Spagna peraltro, anche prima del progetto di riforma su cui infra, non si è mostrata del tutto insensibile alle problematiche in esame: il Tribunale Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 241 del 1991, s'era infatti già espresso in proposito, dichiarando sé compatibile la responsabilità amministrativa della persona giuridica con il principio di colpevolezza (ma secondo il Tribunale al diritto sanzionatorio amministrativo sono direttamente applicabili i principi del diritto penale), in quanto l'elemento soggettivo nell'ente assumerebbe una forma autonoma e distinta da quella delle persone fisiche. Nella medesima direzione si muove inoltre la giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che largamente diffusa nella legislazione complementare: v. L. ARROYO ZAPATERO, *Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna*, in *Societas puniri potest*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, p. 182. Da ultimo, alcuni spunti si trovano già nella dottrina, vuoi con riguardo alle prospettive di riforma, vuoi con riguardo all'interpretazione della normativa vigente, ed in particolare, dell'art. 129 c.p.: in particolare v. J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Comentarios al código penal, Artículo*

penale, che prevede l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche³⁰⁷. L'imputazione dell'illecito si articola infatti diversamente a seconda della posizione rivestita dall'autore del reato, reputandosi necessario, per l'ipotesi in cui l'illecito sia commesso dal soggetto sottoposto all'autorità del vertice³⁰⁸, che questi abbia potuto realizzare l'illecito per la mancata vigilanza nei loro confronti³⁰⁹.

Vero è che, in relazione a modelli così strutturati³¹⁰, il superamento della logica organicistica potrebbe sembrare soltanto

129, p. 1056 che, movendo da una qualificazione in senso penale delle "conseguenze accessorie", afferma che per la loro applicazione occorrono criteri obiettivi di imputazione (e cioè che la persona fisica abbia agito all'interno dell'ente e nell'ottica statutaria, che la sua azione sia stata realizzata nel "contesto sociale", che la persona fisica abbia agito nel nome e nell'interesse della persona fisica), nonché criteri soggettivi, per il rispetto del principio di colpevolezza, tra cui il fatto che la persona giuridica «abbia omesso la adozione di alcuna delle misure di precauzione previste per garantire lo sviluppo legale dell'attività di impresa».

³⁰⁷ Si tratta del *Proyecto de Ley Orgánica* (n. 121/000119) *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal*, pubblicata nel *Boletín Oficial de Las Cortes Generales*, 15 gennaio 2007, n. 119-1.

³⁰⁸ La formula impiegata nel progetto ricorda peraltro molto quella del d. lgs. n. 231 del 2001, portando ad identificare una categoria di soggetti in posizione "para-apicale".

³⁰⁹ Così il primo comma dell'art. 31bis, che si prevede di introdurre nel codice penale: «1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.*»

³¹⁰ Si tratta, peraltro, di una soluzione piuttosto diffusa. Oltre alle possibili similitudini con l'ordinamento italiano, si veda l'impostazione del codice finlandese, nel quale la legge n. 473 del 1995 ha introdotto un capitolo intitolato "*Corporate criminal liability*" (con la n. 61 del 2003, poi, la responsabilità degli enti è estesa a tutti i reati): quali 'connessioni' tra la condotta dell'agente e la persona giuridica (*section 3*) si richiede, da un lato, che l'*offender* abbia agito «*on the behalf or for the benefit of the corporation*» e, dall'altro, che tale soggetto appartenga al *management*, ovvero si trovi in una relazione di servizio o di impiego con l'ente, o

apparente, passando l'ascrizione pur sempre per una condotta apicale³¹¹. Ciò tuttavia non consente di escludere, almeno in prospettiva, uno sviluppo nel senso considerato, poiché in effetti (ad eccezione del caso tedesco) non si richiede che la condotta apicale fondante l'imputazione configuri un illecito (autonomo o meno

comunque abbia agito sulla base di una delega da parte del rappresentante della società. La possibilità di perseguire la persona giuridica è poi subordinata, *alternativamente*, alla "partecipazione" (anche solo all'"agevolazione") al reato da parte di un soggetto che rivesta il ruolo di apice, ovvero, alla *mancata osservanza "nelle operazioni della società" della cura e diligenza necessarie per prevenire il reato* (section 2, chapter 9 c.p.). Come osservato in dottrina (M. RIIHJÄRVI, *Criminal liability of corporation - Finland*, in *La criminalisation du comportement collectif*, a cura di Doelder e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 271 e ss.), tale ultimo requisito si presenta dai connotati alquanto sfumati essendo volutamente rimessa all'organo giudicante una significativa discrezionalità nello stabilire il contenuto e la sussistenza di tale "difetto di diligenza". La disciplina prevede invero che il giudicante potrà 'rinunciare alla sanzione collettiva' se (section 4), tra l'altro, è 'minima' l'entità dell'omissione da parte dell'ente (nell'uso della cura e negligenza necessarie per prevenire il reato), ovvero se sia minima la partecipazione al reato da parte dell'apice; egli, inoltre, potrà non applicare la sanzione quando la punizione risulti irragionevole in considerazione, tra l'altro, delle misure prese dall'ente per prevenire nuovi reati, per prevenire o rimediare agli effetti del reato o per favorire le indagini della negligenza o del reato (comma 2). Il sistema finlandese poi prevede la possibilità di perseguire l'ente nel caso in cui nessun individuo persona fisica sia concretamente identificato o comunque punibile (section 2, comma 2; c.d. "anonymous guilt").

³¹¹ In tal senso B. SCHÜNEMANN, *Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?*, in the Taiwan/ROC Charter, International Association of Criminal law (ed.), *International conference on Environmental Criminal Law*, Taipei, 1992, p. 459; nello stesso senso A. F. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, cit., p. 488 e ss. Un po' ambigua rimane sul punto anche la relazione di accompagnamento al progetto di riforma spagnolo, dove si afferma che «la responsabilità delle persone giuridiche è concepita come propria, seppur derivante dai delitti commessi, per conto o a vantaggio delle stesse, da parte delle persone fisiche che la governano o da parte di chiunque, sottoposto all'autorità di quelle, realizzi gli atti che essi (gli apici) gli indichino o perché non sia stato esercitato su di loro il debito controllo, prescindendo dalla misura della responsabilità dei subordinati. La forza del fattore umano nella configurazione dell'imputazione dell'atto alla persona giuridica permette, tuttavia, di vincere adeguatamente l'obiezione relativa all'incapacità di colpevolezza o di azione dolosa o colposa, poiché queste dimensioni personali e soggettive continuano a risiedere nella persona fisica» (corsivo nostro). Ciò del resto è stato obiettato anche al sistema italiano: v. *supra*, cap. II, sez. I.

rispetto a quello da cui deriva la responsabilità dell'ente): sicché il modello dell'identificazione non sarebbe comunque pienamente rispettato³¹².

4. *L'emersione del criterio della "lacuna" nei sistemi di responsabilità vicaria e organica. A) Le elaborazioni della giurisprudenza francese e belga in tema di "organisation déficiente" e "politique délibérée d'entreprise"*

Rispetto ai sistemi che continuano a strutturarsi su meccanismi ascrittivi organicistici o vicari per così dire "puri", sembra opportuno considerare alcuni profili evolutivi che si mostrano sensibili a schemi di imputazione più elaborati. In questa prospettiva, particolarmente significativi appaiono alcuni sviluppi nella giurisprudenza francese e belga, anche in connessione con alcuni interventi legislativi.

Quanto all'ordinamento francese, esso ha, com'è noto, rifiutato l'idea di una responsabilità 'propria' dell'ente, concependola piuttosto come "riflesso" di quella della persona fisica, in virtù dei principi promananti dalla teoria "organica"³¹³. Se non ché,

³¹² In tal senso, v. lo stesso G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 109, che, nell'ambito dell'interpretazione che riconduce anche la logica del d. lgs. n. 231 del 2001 a quella della identificazione, riconosce l'anomalia con riferimento all'art. 7.

³¹³ Per l'imputazione dell'illecito all'ente soccorre un criterio afferente alla 'posizione soggettiva' dell'autore del reato, il quale deve essere organo o rappresentante della persona giuridica, e un criterio di destinazione (l'agire "per conto" della persona giuridica), in rapporto al quale, peraltro, si prospetta spesso una interpretazione piuttosto ampia. Sui criteri di imputazione della responsabilità nel sistema francese, in diverse prospettive, v. : A. BRUNET, *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise*, in *Petites Affiches*, 1996, p. 27 e ss. ; M. E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau*

indipendentemente dalle perplessità espresse in dottrina per la opzione prescelta³¹⁴, il sistema ha cominciato già dalle sue prime applicazioni ad essere re-interpretato da parte della giurisprudenza di merito nel senso di verificare, per l'attribuzione dell'illecito alla persona giuridica, l'incidenza dei difetti strutturali di quest'ultima o della politica da questa seguita³¹⁵. L'impostazione "par ricochet" è

code pénal français, *ivi*, p. 18; P. CONTE, *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 93 e ss.; M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, in *Rev. soc.*, 1993, p. 301 e ss.; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, Paris, 1994, p. 417 e ss.; F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *J.C.P.*, ed. E, 1993, p. 69 e ss.; ID., *Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Juris-classeur, pénal*, 2001, p. 1; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Petite Affiches*, 1996, p. 36 e ss.; D. GUERIN, *L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales*, *ivi*, p. 5 e ss.; J. C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale responsable*, Paris, 2003; J. PRADEL, *Le nouveau code pénal, Partie général*, Paris, 1995, p. 102 e ss.; ID., *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Quelques questions*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 1998, p. 153; J. H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, 1998, p. 349 e ss.; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2000, p. 264 e ss.; nella dottrina italiana, G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 189 e ss.; S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 593 (parte prima) e p. 857 (parte seconda); R. GUERRINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Le società*, 1993, p. 691 e ss.

³¹⁴ In diverse prospettive, hanno contestato il modello di imputazione *par ricochet*, specie dopo la riforma del 2000 (su cui *infra*), auspicando la costruzione di un modello di responsabilità "propria" dell'ente, per lo più fondato sul "difetto organizzativo" e/o sulla "politica dell'ente": A. BRUNET, *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise*, *cit.*, p. 28 e ss.; P.J. DELAGE, *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Dr. pén.*, 2005, p. 13; C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, 1994, p. 74; J. H. ROBERT, *Droit pénal général*, *cit.*, p. 350; J. C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale responsable*, *cit.*, p. 281; J. C. SAINT-PAU, *La faute diffuse de la personne morale*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 169 (per una posizione parzialmente diversa del medesimo autore ID., *La responsabilité de personnes morales : réalité et fiction*, in AA. VV., *Le risque pénal dans l'entreprise*, Parigi, 2003); con riferimento agli enti locali, M. F. STEINLÉ-FEUEBACH, *Infractions non intentionnelles et responsabilité pénale des collectivités territoriales: entre singularité et pragmatisme*, in *JCP*, n. 29, 2007, p. 17 e 18.

³¹⁵ In particolare v. TGI de Versailles, 19 dicembre 1995, in T. DALMASSO, *Evaluation des risques et stratégie de défense*, Paris, 1996, p. 165 e ss., dove al fine di stabilire che il reato fosse stato commesso "pour compte" della società, il tribunale si

stata in effetti ribadita dalla Corte di Cassazione, che ha da subito provveduto a riformare le pronunce di merito più audaci, in considerazione della scarsa attenzione posta nella verifica dei presupposti richiesti dalla normativa³¹⁶.

Tale rigoroso approccio s'è però definitivamente incrinato sul piano logico quando nel 2000 il legislatore ha introdotto un'ipotesi di possibile dissociazione tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica: ove quest'ultima non sia punibile per l'assenza di una «*faute délibérée ou caractérisée*», soltanto la *personne morale* potrà

esprime in questi termini (sulla possibilità di sovrapposizione dei criteri della lacuna organizzativa e dell'interesse dell'ente N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 159): «*Il reste à déterminer si les faits de marchandage ont été effectués pour le compte de la personnes morales. En l'espèce, il ressort très clairement du procès-verbal de l'Inspection du Travail, que la situation ayant prévalu sur le chantier de Guyancourt n'est pas une situation isolée mais correspond à une politique délibérée de l'entreprise [...]*» (mentre si osservi come l'accertamento sulla commissione dell'illecito da parte della persona fisica-organo della società viene superficialmente condotto: «*En l'espèce, JT en qualité de président directeur général est l'organe dirigeant de l'entreprise qui a voulu avoir recours à la sous-traitance dans les conditions décrites plus haut*»); TGI Strasbourg corr., 9 febbraio 1996, *ivi*, p. 175 e ss., in materia di lavoro clandestino, dove l'accertamento della conoscenza degli illeciti da parte degli organi di gestione e controllo è presuntivamente ricavato dall'esistenza di difetti organizzativi e gestionali interni: «*Attendu que l'organisation déficiente de la personne morale a permis les infraction, qu'il s'agit de fautes dans la gestion quotidienne et qui n'ont pas été commises et ne pouvaient pas avoir été commises à l'insu des organes de contrôle ; Attendu que la loi ne prévoit nullement au demeurant la présence de deux administrateurs salariés dans la SA, que le fonctionnement erratique de la société a permis la commission des infraction*»; T. corr., Lyon, 9 ottobre 1997, in *Dr. pén.*, 1998, p. 157 e 158, che esclude la responsabilità dell'ente per la mancata emersione di una sua colpa distinta ed ulteriore rispetto a quella del dirigente. Su tali orientamenti A. MARON, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, in *Sem. jur.*, 1999, p. 576; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, in *Rec. Dalloz*, 1998, p. 395 e ss.

³¹⁶ Ed in specie, di quelli attinenti all'individuazione di un organo o rappresentante quale autore dell'illecito. La prima sentenza in tal senso è Cass. crim., 2 dicembre 1997, in PRADEL, VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 2001, p. 459; Cass. crim., 1 dicembre 1998, in *Rec. Dalloz*, 2000, con nota di M.A. HOUTMANN, p. 34; Cass. crim., 18 gennaio 2000, *ivi*, con nota di SAINT-PAU, p. 636.

rispondere del reato³¹⁷. Con ciò l'idea della necessaria specularità tra responsabilità dell'ente e della persona fisica è di fatto messa in crisi: escluso l'illecito dell'individuo, il fondamento della punibilità dell'ente andrebbe rinvenuto altrove. Sia pure nel tentativo di salvaguardare la *teorie du ricochet*, anche la giurisprudenza di legittimità ha cominciato così a mostrarsi più aperta a soluzioni alternative, ammettendo che, per le ipotesi previste dal comma 4 dell'art. 121-3, l'ente fosse dichiarato responsabile anche ove non punibili le persone fisiche autrici dell'illecito³¹⁸.

³¹⁷ Così il comma 3 dell'art. 121-1: «*la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle de personnes physiques auteurs ou complices des même faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3*»; il quarto comma dell'art. 121-3 quindi dispone: «*dans le cas prévu par l'alinéa qui précède (faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement), les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer*». Per alcune considerazioni critiche sui rapporti tra responsabilità della persona giuridica e fisica, J. C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal., 2005, p. 10 e ss.; ID., *La responsabilité des personnes physiques agissant en qualité d'organes ou de représentants d'une personne morale*, Melange Bouloc, Dalloz, 2007, p. 1011; nonché, prima della riforma del 2000, G. COUTURIER, *Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques*, in *Rev. soc.*, 1993, p. 307,

³¹⁸ Appunto per l'assenza di *faute délibérée* o *caractérisée* da parte dell'individuo. In particolare, in un primo momento, la Cassazione ha cercato di mantener salda l'impostazione, affermando che è pur sempre necessario stabilire la commissione di un fatto da parte di un organo, ancorché non idoneo a fondarne la punibilità, affermando che, si sarebbe dovuto accertare che il reato fosse dovuto a «*un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement*»: così Cass., crim., 24 ottobre 2000, in *Rec Dalloz*, 2002, con nota di J. C. PLANQUE, p. 511. Cass. crim., 20 giugno 2006, n. 05-87147, inedita. In effetti, ciò comporta l'affermazione di una responsabilità dell'ente a prescindere dal riconoscimento di un «reato» in capo all'organo.

L'orientamento s'è poi in qualche modo consolidato indipendentemente dall'ipotesi della *faute simple*³¹⁹, sino al punto di consentirsi l'accertamento del reato dell'organo in forma *presuntiva*³²⁰. Peraltro, l'evoluzione è stata nel senso di diversificare l'imputazione a seconda del titolo, doloso o colposo, del reato da ascrivere: più in particolare, la Cassazione ha varie volte ammesso per i reati colposi la condanna dell'ente in assenza di individuazione della persona fisica responsabile³²¹, continuando a considerare

³¹⁹ Si vedano, per esempio, in materia di reati dolosi l'affermazione secondo cui la punibilità dell'ente può persistere indipendentemente da quella della persona fisica, ancorché si precisi che occorra l'accertamento della commissione di un fatto, pur non penalmente rilevante, da parte dell'organo: Cass. crim., 8 settembre 2004, in *Dr. Pén.*, 2005, con nota di M. VÉRON, p. 25; Cass. crim., 14 settembre 2004, *ivi*, p. 26.

³²⁰ La sentenza in tal senso più eclatante è Cass. crim. 20 giugno 2006, n. 05-85255, in *Rec. Dalloz*, 2007, p. 617, con nota di J. C. SAINT-PAU, dove si afferma: «*attendu qu'en cet état, la demanderesse ne saurait faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants, d'où il suit que le moyen ne saurait être admis*»; negli stessi termini si esprime esattamente Cass. crim., 26 giugno 2007, n. 06-84821, inedita, la quale peraltro conclude che «*attendu qu'en l'état de ces motifs, qui caractérisent, à la charge de la société Chemetall traitement de surface, l'existence d'une faute ayant contribué à l'accident, la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors que, d'une part, les manquements également retenus à la charge du sous-traitant ou de ses préposés ne sauraient faire échapper la société demanderesse aux conséquences de sa propre faute*»; sostanzialmente nello stesso senso Cass. crim. 21 marzo 2000, n. 98-84714, inedita, in materia di falso ideologico (secondo cui la conoscenza della falsità della lettera di licenziamento da parte degli organi dirigenti della società poteva desumersi dal fatto che la società si era costituita dinanzi al procedimento del lavoro: «*la cour d'appel n'a pas méconnu l'article 121-2, dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes et qu'une telle production, en connaissance de cause, caractérisait l'infraction en tous ses éléments en la personne de ce représentant*») e, con ragionamenti analoghi Cass. crim., 24 maggio 2000, n. 99-83414.

³²¹ Su tale orientamento v. già il bilancio della *Circulaire* 26 gennaio 1998 n. Crim-98-1/F1, in *J.C.P.*, 1998, p. 4902. In particolare, per i reati colposi, si vedano Cass. crim. 13 marzo 2001, n. 99-86256; Cass. crim., 9 maggio 2001, 00-84855, inedita, entrambe in materia di lesioni colpose; il medesimo orientamento si trova peraltro esteso anche ad alcuni reati dolosi, nei quali il dolo si riduce alla mera consapevolezza della violazione della legge, con esclusione di quelli per cui

quest'ultimo come presupposto indefettibile per il coinvolgimento penale della persona giuridica nel caso di reati dolosi³²². E nella medesima direzione s'è immediatamente mosso anche il legislatore, a séguito della 'generalizzazione' della responsabilità avvenuta con la legge n. 204 del 2004 (c.d. *Loi Perben II*)³²³. Con una circolare del Ministero di Giustizia del 2006 (Circ. Crim. 06-3/E8, del 13 febbraio 2006) viene infatti segnalato come criterio per l'attuazione della legge *Perben II* quello di privilegiare per i reati colposi il procedimento nei confronti dell'ente, ammettendo la contestuale perseguibilità della persona fisica solo per quello dolosi³²⁴.

occorra un dolo intenzionale o specifico: Cass. crim., 31 maggio 2005, n. 04-85.219, in *Droit pénal*, 2005, p. 14, con nota di J.H. ROBERT; Cass. crim., 23 novembre 2004, n. 03-84389, inedita; Cass. Crim. 21 marzo 2000, n. 98-84714, cit., Cass. crim., 24 maggio 2000, n. 99-83414; Cass. crim., 23 maggio 2000, n. 99-80008, inedita. Sul punto v. la ricostruzione di S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, cit., p. 629; Pronunce con analoghe conseguenze si trovano quindi per quanto riguarda profili in sé processuali: Cass. crim., 24 maggio 2005, in *Droit pénal*, 2005, con nota di J. H. ROBERT, p. 22, secondo cui l'obbligo di enunciare il fatto non implica l'obbligo di indicare l'organo o il rappresentante che abbia commesso il reato.

³²² Cass. crim., 29 aprile 2003, in *Rec. Dalloz*, 2004, con nota di J. C. SAINT-PAU, p. 167; Cass. crim., 23 maggio 2006, n. 05-84846, inedita; Cass. crim., 7 maggio 2002, n. 01-82521, inedita; Cass. crim., 28 settembre 2004, n. 03-85142, inedita.

³²³ In vigore il 31 dicembre 2005, su cui v. J. AMAR, *Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations de travail*, in *Droit pénal*, 2005, p. 6; E. PIRE, *Responsabilité pénale des personnes morales: difficulté de droit transitoire*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1650. Nel senso dell'opportunità della riforma O. SAUTEL, *La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales: entre litanie et liturgie*, in *Le Dalloz*, 2002, p. 1147.

³²⁴ Si stabilisce così che « en cas d'infraction intentionnelle, la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits, et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants. En revanche, en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infractions de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale. »

Vero è che a tali posizioni non corrisponde ancora una piena ri-elaborazione della logica ascrittiva secondo lo schema della lacuna di organizzazione³²⁵. Tuttavia, come rilevato da attenta dottrina, può avanzarsi l'ipotesi che tali orientamenti - in specie quelli che ammettono una presunzione di imputazione del reato all'organo - si evolvano in quella direzione³²⁶, determinandosi altrimenti una mera traslazione di responsabilità oggettiva (dall'imprenditore all'impresa)³²⁷; conclusione quest'ultima avversata dallo stesso legislatore³²⁸, oltre che dalla dottrina³²⁹.

³²⁵ J. C. SAINT-PAU, *La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale*, in *Dr. Pén.*, 2007, p. 619.

³²⁶ J. H. ROBERT, *La coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité des personnes morales*, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 975. Ad analoghe conclusioni giunge anche S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, cit., p. 867 e ss.

³²⁷ Sul punto v. A. BRUNET, *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise*, cit., p. 28 e ss.

³²⁸ Ci si riferisce alla relazione di accompagnamento al progetto di riforma del febbraio 1986, dove si afferma che con la creazione della responsabilità delle persone giuridiche «scompare la presunzione di responsabilità penale che oggi di fatto pesa sui dirigenti in relazione a reati di cui essi ignorano talvolta l'esistenza; sarà così rispettato il principio fondamentale secondo cui, in diritto penale, ciascuno risponde del fatto proprio».

³²⁹ V. sul punto la posizione degli autori indicati nella n. 24. Si dovrebbe inoltre considerare che buona parte della giurisprudenza di merito continua spesso a ragionare in una logica di imputazione riconducibile a quella della lacuna organizzativa: Corte d'Appello di Colmar, 24 giugno 2005, che stabilisce la responsabilità dell'ente sulla considerazione che il difetto di sorveglianza e di organizzazione ha contribuito a determinare l'illecito (omicidio involontario in violazione di normativa infortunistica); Corte d'Appello di Versailles, 27 giugno 2001; Tribunale di Strasburgo, 25 febbraio 2003; Corte d'Appello di Dijon, 21 dicembre 2006, in *JAC*, febbraio 2007, n. 71. Inoltre, a tali posizioni, sia pure in casi isolati, sembra avvicinarsi la stessa giurisprudenza di legittimità: Cass. crim., 31 maggio 2005, n. 04-85.219, cit., in relazione alla quale ROBERT osserva come né i giudici di merito né la Corte di Cassazione si preoccupano un solo istante di accertare quale fosse l'organo o il rappresentante che avesse commesso il delitto, mentre non si parla altro che di "carenza della società"; si veda inoltre Cass. crim., 19 febbraio 2002, n. 01-85774, che conferma la decisione del giudice d'appello (Corte d'Appello di Versailles, 27 giugno 2001), il quale, pur avendo individuato l'organo responsabile, aveva dato speciale rilevanza alla politica deliberata perseguita dall'impresa: così la Cassazione: «*Attendu que, pour retenir la culpabilité*

Tale prospettiva si rivela peraltro tutt'altro che remota, ove si tengano presenti gli sviluppi del tutto simili di altri ordinamenti, e in specie di quello belga³³⁰.

Qui, in effetti, già negli intenti del legislatore la nuova forma di responsabilità sembra configurarsi come responsabilità propria e distinta da quella delle persone fisiche, in quanto fondata su criteri di imputazione dichiaratamente "soggettivi"³³¹: criteri che, nei lavori preparatori, paiono articolarsi nell'alternativa "politica d'impresa"/"difetto di organizzazione", a seconda che «*la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale*», ovvero che il reato risulti «*d'une négligence au sein de la personne morale*», avendosi riguardo in tale ultima ipotesi all'eventualità che «*une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires*

de la société X, entreprise de transport, des chefs précités, la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, relève que l'analyse des relations entre la prévenue et ses sous-traitants révèle une situation de dépendance économique de ces derniers, résultant d'une politique délibérée de l'entreprise poursuivie[...]». D'altra parte, si consideri, a possibile spiegazione dell'atteggiamento restio della Cassazione, il dato normativo tendenzialmente inequivocabile.

³³⁰ Che, come noto, prevede la responsabilità penale delle persone giuridiche partire dal 2 luglio del 1999, data di entrata in vigore della legge del 4 maggio 1999. Per l'analisi delle diverse problematiche connesse alla nuova disciplina, anche alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali, v. AA. VV., *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, a cura di M. NIHOUL, 2005; J. OVERATH, M. GERON, C. GHEUR, T. MATRAY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, éd. Larcier, 2007. Per un commento, nella dottrina italiana, I. CARACCIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Belgio ed il mancato "decollo" della riforma italiana*, in *Il Fisco*, 2002, p. 3172 e ss. Sulla situazione precedente all'entrata in vigore di tale legge v. C. HENNAU-HUBLET, *La criminalisation du comportement collectif - Belgique*, in *La Criminalisation du Comportement Collectif*, cit., p. 129 e ss.; P. DELATTE, *La responsabilité des personnes morales*, in AA. VV., *La responsabilité pénale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 273 e ss.

³³¹ Si è infatti precisato (*Rapport Jeanmoye, Doc. parl., Senat, n. 121776, 1998-1999, 19*) che sarà necessario verificare l'esistenza dell'elemento morale del reato, senza che passare forzatamente tramite la persona fisica.

dérésainnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction»³³².

Il medesimo riferimento non trova peraltro espressa collocazione tra i presupposti richiesti dalla nuova normativa per l'imputazione del reato all'ente³³³.

Se non ché, con una formulazione per lo meno singolare (comma secondo dell'art. 5) e per questo oggetto di critiche, il legislatore fornisce una apposita disciplina del cumulo di responsabilità tra persona fisica e giuridica, su cui sono venuti fondandosi interessanti indirizzi giurisprudenziali: la regola sancita è in particolare quella secondo cui, allorquando la responsabilità penale della persona giuridica sia instaurata esclusivamente a causa dell'intervento della persona fisica identificata, solo la persona che ha commesso la violazione (=faute) più grave può essere condannata. Tale principio viene meno, essendo invece ammesso il cumulo tra le responsabilità, quando la persona fisica abbia agito con dolo (scientemente e volontariamente)³³⁴. Da tale norma, si deduce in

³³² *Travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 (Doc. Parl., Sénat, 1998-1999, n. 1-1217/1, p. 5).*

³³³ I criteri di imputazione 'codificati' consistono infatti nel legame funzionale del reato con la persona giuridica, che discenda dal 'tipo' stesso del reato ovvero dalle modalità concrete mediante le quali esso sia stato commesso. In particolare, l'art. 5, comma I, del codice penale, dispone che «ogni persona giuridica è penalmente responsabile dei reati che sono intrinsecamente legati alla realizzazione del suo oggetto o alla difesa dei suoi interessi, o di quelli in rapporto ai quali i fatti concreti dimostrino che sono stati commessi per suo conto».

³³⁴ Così il secondo dell'art. 5: «Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute scientement et volontariement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable». Un problema interpretativo si è peraltro posto in ordine al significato di questa norma: se cioè essa intenda riferirsi a reati di 'tipo' doloso, ovvero al concreto atteggiamento psicologico dell'agente (doloso).

sostanza che: 1) se una persona fisica è individuata come autrice del reato ed ha agito con dolo, sia la persona fisica che la persona giuridica possono rispondere; 2) se la persona fisica è identificata ma ha agito con colpa, il giudice dovrà stabilire chi tra la persona fisica suddetta e la persona giuridica abbia commesso la violazione “più grave”; 3) se nessuna persona fisica è precisamente individuata come autrice del reato commesso, solo l’ente risponde.

Prescindendo dai dubbi interpretativi cui possa dar adito la norma (di cui per questo si è proposta l’abrogazione³³⁵), è peraltro evidente che, con riferimento alla seconda delle ipotesi, per stabilire l’eventuale prevalenza del ‘contributo’ dell’ente, sarà indispensabile ricercare parametri di accertamento della responsabilità autonomi ed

³³⁵ In particolare per stabilire quando e quale sia la “*faute plus grave*”. Sul punto, sono state peraltro varie volte sollevate questioni di legittimità costituzionale in relazione al possibile trattamento di disparità discendente da questa regola (per essere la persona fisica punita o no a seconda dell’aver essa agito nel contesto di un ente oppure no) e alla indeterminatezza della previsione; questioni in tutti i casi rigettate, a cominciare dalla sentenza della Cour d’arbitrage, 10 luglio 2002, n. 128 (ma vedi, con analoghe argomentazioni, Cour d’arbitrage, 5 maggio 2004, n. 75 e Id., 12 gennaio 2005, n. 8; Id., 26 gennaio 2005, n. 24), secondo cui il giudice deve valutare la gravità non sulla base del suo soggettivo convincimento, ma sulla base degli elementi costitutivi di ciascun reato, delle circostanze di ciascun fatto, e del grado di autonomia di cui dispone la persona fisica nell’ambito di quella giuridica; mentre la differenziazione apparirebbe ragionevole per essere la responsabilità della persona fisica fatta valere nei riguardi dell’ente (si chiarisce che l’esclusione del cumulo di responsabilità corrisponde all’intenzione del legislatore di contraddire una giurisprudenza che ha condotto ad affermare una responsabilità quasi oggettiva condannando i dirigenti di enti per reati che non essi non avessero commesso materialmente ma ai quali venivano imputati in ragione della posizione rivestita all’interno della persona giuridica). Peraltro, un progetto di riforma propone l’abrogazione del comma sulla considerazione che esso mantiene come essenziale la responsabilità derivante da una persona fisica identificata, ciò che contrasterebbe con l’idea di una responsabilità propria ed autonoma dell’ente: si tratta del *Projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*, n. 2929/001, presentato dal Governo il 19 febbraio 2007, nella legislatura precedente alla attuale, che prevede tra l’altro l’abrogazione del citato secondo comma. Per alcuni commenti su tale progetto v. J. OVERATH, M. GERON, C. GHEUR, T. MATRAY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, cit., p. 73 e ss.

indipendenti da quelli che valgono per la persona fisica (una simile disamina sarà ovviamente indispensabile anche per il caso in cui nessuna persona fisica sia identificata).

Ed infatti, sia pure in un panorama giurisprudenziale ancora un po' confuso ed oscillante, le decisioni che - per il caso di reati commessi "involontariamente"³³⁶ - pervengono a condannare la persona giuridica, ritenendo prevalente il ruolo da essa avuto nella dinamica dei fatti rispetto a quello della persona fisica³³⁷, fanno precisamente leva sulla constatazione di una "*organisation interne déficiente*"³³⁸ o anche di una precisa "*politique de l'entreprise*"³³⁹.

³³⁶ Sono state esaminate pronunce delle Corti di lingua francese. Cass., 3 mars 2004, n. P.03.1265.F ; Trib. Corr. Liège, 4 mai 2004, n. 2325537; Trib. Corr. Liège, 28 mars 2003, n. 1060 ; Trib. Police de Verviers, 15 octobre 2002, n. 2605.

³³⁷ Ma anche per l'ipotesi della mancata individuazione di un soggetto responsabile: in sostanza nei casi in cui il sistema esclude la possibilità di cumulo, *sub 2 e sub 3*.

³³⁸ Si vedano in particolare Trib. Corr. Liège, 4 maggio 2004, n. 2325537 : il caso è quello del dipendente di una impresa di trasporti effettuava lo scarico di idrocarburi dal proprio autocarro, presso una piattaforma costruita e utilizzata da quella per le proprie attività, provocando l'inquinamento del fiume adiacente. L'uso di quella piattaforma - originariamente costruita per effettuare i lavaggi dei veicoli, ivi compreso il cambio dell'olio e la pulizia del carburatore, e dotata di un depuratore per lo scarico nelle acque del vicino fiume - era stato vietato dal consiglio d'amministrazione. Tuttavia, la settimana precedente all'episodio, il responsabile tecnico-commerciale della società, contattando per telefono il dipendente, lo aveva autorizzato al lavaggio, sebbene egli intendesse riferirsi al lavaggio esterno del veicolo, con esclusione del carburatore. Il dipendente, mal interpretando quella autorizzazione, aveva proceduto allo scarico dell'olio nel fiume. Quanto al depuratore - che era stato bloccato per un periodo e che evidentemente non era collegato al momento dello scarico - il responsabile tecnico-commerciale aveva saputo che al momento dell'autorizzazione il collegamento con quello era stato riattivato. Inoltre, il servizio di sorveglianza, al corrente che il dipendente stava per effettuare lo scarico, si era accontentato di rilevare tale circostanza senza intervenire e informare il responsabile tecnico-commerciale R, fino a quando quest'ultimo attivasse in prima persona una inchiesta interna per scoprire la causa dell'inquinamento. Il Tribunale di Liège condannava, quindi, come solo responsabile l'ente collettivo per l'impossibilità, a causa di assenza totale di trasparenza nelle istruzioni date e nella possibilità di sapere se il depuratore fosse in funzione o meno, di condannare alcuna persona fisica; in particolare il Tribunale così conclude: «*Qu'il résulte de ces témoignages [...] que l'organisation*

Quando invece il cumulo di responsabilità è ammesso (e cioè quando la persona fisica abbia agito con dolo), la pratica applicativa dimostra una certa trascuratezza nell'accertamento del coinvolgimento personale dell'ente sotto il profilo dell'organizzazione, essendo la

interne déficiente de la société prévenue et l'insuffisance des mesures de sécurité sont donc bien à l'origine de cette pollution; que sa responsabilité a pu être engagée à l'intervention de plusieurs personnes physiques [...]; qu'en raison de l'absence totale de transparence quant aux consignes données et quant à la manière dont les faits ont pu se produire [...] il n'est pas possible d'identifier parmi ces personnes physiques [...]; que sa responsabilité n'étant pas engagée en raison d'intervention d'une personne physique identifiée, la société prévenue ne peut bénéficier de la cause d'excuse absolutoire prévue à l'article 5 al 2 du code pénal ; que la société prévenues est donc pénalement responsable [...]». V., quindi, Trib. Police de Verviers, 15 ottobre 2002, n. 2605, in materia di lesioni involontarie in un incidente stradale cagionato dal mal funzionamento e dai difetti di costruzione di un camion, di proprietà di una società di trasporto poi condannata (viene in particolare condannata la sola società, considerando che nessun elemento probatorio consente di imputare ad una persona fisica le carenze constatate, ma piuttosto «*qu'il résulte des éléments concrets de la cause que la réalistaizon des infractions résulte, par le lien de causalité qui vient d'être précisé, d'une négligence au sein de la S.A. [...] dont l'organisaztion interne et le mesures de sécurité insuffisantes ont créé les conditions ayant permis la réalisation des infractions qui lui sont réporchées*»); considerazioni analoghe, in forma più sintetica sono espresse da Cass., 3 marzo 2004, n. P.03.1265.F.

³³⁹ Trib. Corr. Liège, 28 marzo 2003, n. 1060, in tema di omicidio involontario con violazione della normativa antinfortunistica : l'organo giudicante enumera, a sostegno della condanna, una pluralità di omissioni (in particolare « una serie di negligenze che sono il riflesso di un difetto di prevenzione e precauzione e che sono imputabili a diverse persone ») in materia di prevenzione contro gli infortuni (tra cui l'omissione « *di pianificare e eseguire la politica relativa alla salute dei lavoratori durante il lavoro mediante un approccio di sistema che intergri, tra l'altro, gli elementi della tecnica, della organizzazione del lavoro, le condizioni di vita a lavoro, le relazioni sociali e i fattori ambientali* »), concludendo che «*ces manquements et la politique de l'entreprise quant à la cause de travail utilisé [...] sont la cause directe de l'accident du travail mortel*» : su queste basi il Tribunale ritiene che la colpa più grave ex art. 5, comma 2, c.p. sia imputabile alla persona morale. Viene invece ritenuta più grave la colpa dell'imprenditore o della persona fisica dirigente in Trib. Police di Verviers, 27 novembre 2001, Corte d'Appello di Liège, n. 669 del 2002, Tribunal Pr. Instance Liège, 16 maggio 2003, n. 1578, Trib. Pr. Instance, 15 novembre 2002, n. 5730, in considerazione della imputabilità specifica dell'omissione al soggetto.

responsabilità della *societas* stabilita per il solo fatto della commissione del reato da parte dell'individuo nel suo interesse³⁴⁰.

Nella prospettiva di una imputazione diversificata a seconda del titolo del reato da ascrivere analoga a quella dell'ordinamento francese, emerge così la propensione ad evidenziare i profili connessi ai difetti dell'organizzazione come essenziali per la ricostruzione del contributo personale dell'ente in sé.

4.1. B) Scope of employment ed *effettività dei compliance programs nel sistema statunitense*

Proseguendo nell'analisi degli ordinamenti tuttora fedeli ad una logica di imputazione di tipo vicario o organico, vengono in rilievo i paesi anglosassoni.

Nel primo senso, in particolare, si articola il sistema di responsabilità dell'ente negli Stati Uniti³⁴¹. L'orientamento

³⁴⁰ Trib. Pr. Instance Liège, 13 dicembre 2002, n. 6326 ; Trib. Corr. Liège, 17 giugno 2003, n. 1939.

³⁴¹ Come è noto, l'illecito viene imputato all'ente, secondo la formula del *respondeat superior (vicarious liability)*, allorché una persona fisica (*agent*) che operi nell'ente (vertice o dipendente), commetta un reato nell'esercizio delle proprie funzioni (*scope of employment*) al fine di recare beneficio alla persona giuridica (*intent of benefit*). Nell'ipotesi in cui non sia identificata la persona fisica autrice del reato e non possa dunque attribuirsi la colpevolezza dell'individuo all'ente, la giurisprudenza ha accolto il concetto di *collective knowledge*, che consente di attribuire alla *corporation* la somma dei segmenti di volontà di ciascuno degli individui: *US v. Bank of New England*, 1987. In generale, per la ricostruzione dell'evoluzione della responsabilità penale negli Usa, K. BRICKEY, *Corporate criminal liability*, 1994, vol. I, p. 63 e ss.; J. C. COFFEE, *Corporate criminal responsibility*, in *Enc. Crim. Justice*, New York, 1993, p. 253 e ss.; R. DIXON, *Corporate Criminal liability*, in AA. VV., *Corporate Misconduct*, a cura di Spencer e R. R. Simon, 1995, p. 41 e ss.; V. S. KHANNA, *Corporate criminal liability: what purpose does it serve?*, in *Har. L.R.*, 1996, p. 1477 e ss.; Note, *Developments in the Law, Corporate crime: regulating corporate*

dominante mostra peraltro apertamente di rifiutare ogni integrazione del meccanismo ascrittivo vicario con parametri riconducibili all'attività di organizzazione preventiva che l'ente abbia eventualmente condotto: si ritiene infatti che l'*agent* agisca nel proprio *scope of employment* anche qualora abbia manifestamente operato contro le istruzioni o la politica aziendale, eventualmente raccolte in un *compliance program*³⁴²; sicché l'esistenza di quest'ultimo,

behavior through criminal sanctions, in *Har. L.R.*, 1979, p. 1229 e ss. Nella dottrina italiana, C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, cit., p. 88 e ss.; EAD., *L'etica e il mercato*, cit., p. 12 e ss.

³⁴² In particolare, l'evoluzione in tal senso si afferma grazie ad una interpretazione fortemente estensiva fornita dalla giurisprudenza in relazione al requisito dello *scope of employment* (ambito delle mansioni): dall'idea che con esso ci si voglia riferire ad una condotta che sia stata comunque autorizzata in modo esplicito od implicito da parte dell'ente si perviene a ritenere sussistente il presupposto in esame ogni qualvolta il soggetto svolga una attività in qualche modo collegabile con l'ente, anche se concretamente in contrasto con direttive espresse. La sentenza più nota in questo senso è *US v. Hilton Hotels corp.*, 467 F. 2d 1000 (9th Cir.) 1972, dove viene contestata alla nota catena di Hotel la violazione di una norma dello *Sherman Act*; in particolare, si contestava che l'ente avesse favorito alcuni acquirenti che avessero interagito con i partecipanti ad una associazione da essa costituita; la condotta dell'agente si era verificata nonostante le diverse indicazioni dell'ente (cioè di acquistare solo tenendo conto del prezzo, della qualità e del servizio) e nonostante la duplice ammonizione nei suoi confronti; lo stesso agente aveva quindi confermato di aver ricevute tali istruzioni, ma aveva ammesso che, nonostante esse, aveva agito, testimoniando di aver violato le istruzioni a causa del suo personale risentimento nei confronti del soggetto vittima del suo boicottaggio. I giudici hanno peraltro condannato l'ente riconoscendo che l'*agent* avesse agito nell'ambito del suo *scope of employment* in quanto «*a corporation is liable under the Sherman Act for the acts of its agents in the scope their employment, even though contrary to general corporate policy and express instructions to the agent*»; *US v. Beusch*, 596 F. 2d 871, 878 (9th Cir.) 1979; *US v. Basic Construction Co.*, 711 F. 2d 570 (4th Cir.) 1983, che afferma che a «*corporation may be held criminally responsible for antitrust violations committed by its employees if they were acting within the scope of their authority, or apparent authority, and for the benefit of the corporation, even if [...] such acts were against corporate policy or expressing instructions*»; *US v. Automated Medical Laboratories*, 770 F. 2d 399, 407 (4th Cir.) 1985; *US v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F. 2d 656, 660 (2^d Cir.) 1989; prima della sentenza *Hilton*, v. *US v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F. 2d 174 (3^d Cir.) 1970; *US v. Armour & Co.*, 168 F. 2d 342, 343 (3^d Cir.), 1948.

o comunque l'emersione di una politica correttamente orientata alla legalità, rimarrebbe in linea di principio del tutto irrilevante ai fini dell'imputazione. E nello stesso senso si muove anche il recente *Memorandum Thompson* - confermato in ciò dal successivo *Memorandum McNulty*³⁴³ - dove chiaramente si afferma che l'adozione di un *compliance program* non potrà mai assolvere l'ente dalla propria responsabilità penale finché questa si fondi sulla dottrina del *respondeat superior*³⁴⁴.

³⁴³ Si tratta del memorandum del dicembre 2006 del deputato dell'*Attorney General* Paul McNulty, intitolato "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*".

³⁴⁴ Si tratta del Memorandum di Larry D. Thompson Deputy Attorney General (rivolto agli Heads of Department Components United States Attorneys), del gennaio 2003. Vengono con esso indicate nove circostanze di cui tener conto (confermate dal *Memorandum McNulty* del 2006) per decidere dell'incriminazione: 1) *the nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime*; 2) *the pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or condonation of, the wrongdoing by corporate management*; 3) *the corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it*; 4) *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 (see section VI, infra)*; 5) *the existence and adequacy of the corporation's compliance program*; 6) *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*; 7) *collateral consequences, including disproportionate harm to shareholders, pension holders and employees not proven personally culpable and impact on the public arising from the prosecution*; 8) *the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance*; 9) *the adequacy of remedies such as civil or regulatory enforcement actions*. In particolare, con riferimento al punto 5) (esistenza e adeguatezza di un *compliance program*) il Memorandum esordisce: «*The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program. A corporate compliance program,*

Se non ch , anche in relazione a tale indirizzo, sembra opportuno rilevare come esso non si traduca propriamente in un rifiuto di parametri ascrittivi ulteriori, che tengano conto della politica dell'ente o della sua organizzazione interna. In effetti, dalla lettura delle motivazioni che accompagnano i principi affermati in diverse delle sentenze citate non emerge l'idea della irrilevanza del *compliance program* in quanto tale, ma piuttosto di quel *compliance program* che si sia ridotto a mero paravento formale di legalit , senza tradursi in un'attivit  di *effettiva* prevenzione degli illeciti³⁴⁵. Tanto

even one specifically prohibiting the very conduct in question, does not absolve the corporation from criminal liability under the doctrine of respondeat superior». Il documento si allinea quindi alla giurisprudenza dominante, per cui v. *supra*, n. 51.

³⁴⁵ Ci    evidente sin dal primo caso citato del *US v. Hilton Hotels corp.*, 467 F. 2d 1000 (9th Cir.) 1972, dove, dopo aver affermato che la responsabilit  dell'ente sussiste anche quando l'agente abbia agito contro la generale politica e le istruzioni dell'ente, stabilisce che previsioni di politica generale non possono costituire una *defense*; *n    sufficiente* che il manager dell'ente abbia detto all'agente che egli non doveva partecipare al boicottaggio; si conclude quindi sostenendo che *«appellant could not gain exculpation by issuing general instructions without undertaking to enforce those instructions by means commensurate with the obvious risk»*. Ma analoghe considerazioni sono svolte da *US v. Automated Medical Laboratories*, 770 F. 2d 399, 407 (4th Cir.) 1985. D'altra parte, sempre nella sentenza *Hilton*, i giudici ragionano su una sorta di una presunzione di politica d'impresa illegale in materia *antitrust*: *«at the same time, it is generally true that high managements officials, for whose conduct the corporate directors and stockholders are the most clearly responsible, are likely to have participated in the policy decisions underlying Sherman Act violations, or at least to have become aware of them»*; sembra quindi che i giudici condannino l'ente, non tanto perch  ritengano in s  irrilevante l'esistenza di istruzioni contrarie dei manager, ma perch  le istruzioni in concreto fornite e le indicazioni di politica esistenti erano troppo generiche e non sufficienti come tali a vincere la presunzione di partecipazione alla politica da parte di questi ultimi. Non   quindi azzardato ritenere che in un certo senso essi abbiano condannato l'ente proprio sulla base di una politica illegale, ancorch  discutibilmente presunta. Sulla tendenza di una parte della giurisprudenza a "giustificare" la colpevolezza dell'ente sulla base di una *presunta ratifica o consenso all'atto criminoso* da parte dell'ente (*ratification e consent*), per lo pi  evinta dalla ripetizione costante nel tempo dei comportamenti criminosi, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 28 e 29.

In un contesto completamente diverso - il cui accostamento all'ordinamento statunitense   perci  condotto con estrema cautela - una prospettiva del genere, di presunzione della conformit  dell'atto criminoso alle direttive dell'ente e alla sua politica emerge nell'ambito dell'ordinamento

ciò è vero che una parte della dottrina ha osservato come simili ragionamenti conducano *a contrario* a ritenere che un modello organizzativo ben radicato nel contesto societario consenta all'organizzazione di sfuggire alla responsabilità vicaria per i fatti criminosi dei propri dipendenti³⁴⁶.

Questa prospettiva è poi ancora più evidente nel citato *Memorandum* – anche sotto questo profilo seguito da quello del 2006³⁴⁷ – il quale arriva a concludere che «*a truly effective compliance program [...], when consistent with other federal law enforcement policies, may result in a decision to charge only the corporation's employees and*

portoghese, dove è ammessa la responsabilità penale delle persone giuridiche, pur con una formula che vorrebbe apparentemente negarla (secondo l'art. 11 del codice penale del 1982, «salvo disposizione contraria, solo le persone fisiche sono suscettibili di responsabilità criminale»). Nell'ambito di una legislazione per questo estremamente frammentata e seguendo le ricostruzioni della dottrina (J. LOBO MOUTINHO – H. SALINAS MONTEIRO, *La criminalisation du comportement collectif – Portugal*, in AA.VV., *La Criminalisation du comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 334 e ss.), emerge un sistema fondato su due schemi fondamentali, denominati, rispettivamente, di “responsabilità dell'ente per il fatto”, e “di responsabilità per l'esecuzione della sanzione”. Ebbene, all'interno del primo modello, che mira appunto a costruire una responsabilità “propria” della persona giuridica – da ammettersi anche qualora nessun soggetto sia precisamente identificato come autore del fatto –, si richiede che il fatto sia commesso da un organo o rappresentante che abbia agito nel nome e nell'interesse della persona giuridica del reato; significativa però appare la previsione secondo cui *la responsabilità della persona giuridica è esclusa allorquando il suo rappresentante abbia agito contro ordini o istruzioni espresse* (v. per esempio il decreto legge n. 28 del 1984, art. 3, § 2, il decreto legge n. 376-A del 1989, art. 7, § 2, e il decreto legge n. 20-A del 1990, art. 7, § 2 e la legge n. 109 del 1991): secondo parte della dottrina portoghese, tale formula creerebbe una sorta di presunzione di responsabilità a carico della persona giuridica: il reato del singolo (rappresentante) si considererebbe cioè necessaria conseguenza di direttive fornite all'interno dell'ente.

³⁴⁶ K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, in *Columbia L.R.*, 1996, p. 1252 e ss.

³⁴⁷ Il *Memorandum McNulty*, in effetti, lascia sostanzialmente immutate le indicazioni del *Memorandum Thompson* con riferimento ai modelli. Esso incide piuttosto, introducendo alcune modifiche, sul requisito della collaborazione dell'ente, quale parametro di discrezionalità dell'azione penale.

agents»³⁴⁸, ammettendo cioè che l'adozione del modello porti a rinunciare all'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'ente.

4.2. C) *Le aperture della giurisprudenza inglese e statunitense nell'ambito delle regulatory offences: la rilevanza dell'organizzazione preventiva per il riconoscimento della due diligence defense*

In relazione ad un sistema che, al di là delle apparenze, non nega *tout court* rilevanza ad una logica ascrittiva attenta ai momenti di organizzazione interna dell'ente, si tratta di indagare poi se ed in che

³⁴⁸ In particolare, a conclusione della disamina giurisprudenziale, si afferma che «*While the Department recognizes that no compliance program can ever prevent all criminal activity by a corporation's employees, the critical factors in evaluating any program are whether the program is adequately designed for maximum effectiveness in preventing and detecting wrongdoing by employees and whether corporate management is enforcing the program or is tacitly encouraging or pressuring employees to engage in misconduct to achieve business objectives. The Department has no formal guidelines for corporate compliance programs. The fundamental questions any prosecutor should ask are: "Is the corporation's compliance program well designed?" and "Does the corporation's compliance program work?"*». In relazione ai criteri per valutare l'effettività del programma, si tratterà di verificare se vi siano meccanismi per prevenire e distogliere effettivamente dalle condotte criminose («*For example, do the corporation's directors exercise independent review over proposed corporate actions rather than unquestioningly ratifying officers' recommendations; are the directors provided with information sufficient to enable the exercise of independent judgment, are internal audit functions conducted at a level sufficient to ensure their independence and accuracy and have the directors established an information and reporting system in the organization reasonable designed to provide management and the board of directors with timely and accurate information sufficient to allow them to reach an informed decision regarding the organization's compliance with the law. [...] In addition, prosecutors should determine whether the corporation has provided for a staff sufficient to audit, document, analyze, and utilize the results of the corporation's compliance efforts. In addition, prosecutors should determine whether the corporation's employees are adequately informed about the compliance program and are convinced of the corporation's commitment to it. [...]. Compliance programs should be designed to detect the particular types of misconduct most likely to occur in a particular corporation's line of business.*»). In generale, sul ruolo dei compliance programs nelle valutazioni della pubblica accusa nel dare avvio all'inchiesta contro l'ente K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, cit., p. 1252 e ss.

misura concretamente emerga tale valutazione, all'infuori dell'esercizio dell'azione penale³⁴⁹. In effetti, anche sotto questo profilo, l'analisi della giurisprudenza rivela interessanti prospettive.

Da una parte, sebbene non si tratti di orientamento pienamente consolidato, il criterio afferente alla politica della *corporation* viene recuperato nell'ambito di altri parametri ascrittivi, ed in particolare in quello dell'*intent of benefit*, che secondo una parte della giurisprudenza potrebbe escludersi quando l'impresa abbia dato direttive contrastanti con la condotta dell'*agent*³⁵⁰, ovvero quando l'ente abbia adottato un *compliance program*³⁵¹.

D'altra parte, non mancano ipotesi, pur minoritarie, in cui l'adozione di *compliance programs* è ammessa come causa di esclusione della responsabilità, sulla base della *due diligence defense*

³⁴⁹ In tale prospettiva andrebbe peraltro anche tenuto in considerazione il fondamentale contributo delle elaborazioni dottrinali statunitensi tese a valorizzare una logica di imputazione fondata sulle dinamiche organizzative interne: P. H. BUCY, *Corporate Ethos: A standard for Imposing Corporate criminal liability*, in *Minn. L.R.*, 1991, p. 1103; B. FISSE, *The duality of corporate and individual criminal liability*, in *Corporations as criminals*, a cura di E. HOCHSTEDLER, Beverly Hills, 1984, p. 75 e ss.; FOERSCHLER, *Corporate criminal intent: Toward a better Understanding of corporate misconduct*, cit., p. 1287 e ss.; P.A. FRENCH, *Collective and Corporate responsibility*, cit., (che individua la *corporate culpability* nei meccanismi decisionali interni alla persona giuridica); MAXWELL, *Organizational process model*, 1982; STONE, *Where the law ends: The social control of Corporate behaviour*, cit., p. 228 e ss. (che sviluppa il concetto di *corporate culture*). In prospettiva critica rispetto al modello vicario, ancorché per lo più orientato a ricostruire la *mens rea* della *corporation* su quella dei vertici secondo il modello della identificazione, v. già G. O.W. MUELLER, *Mens rea and the corporation*, in *Pitt. L.R.*, 1957, p. 43 e ss.

³⁵⁰ V., in particolare, *US v. Beusch*, 596 F.2d 871, 878 (9th Cir.) 1979, dove, dove si afferma che «*a corporation may be liable for acts of its employees done contrary to express instructions and policies, but the existence of such instructions and policies may be considered in determining whether the employee in fact acted to benefit the corporation*».

³⁵¹ *Us v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir.) 1983, che, in effetti, dopo aver affermato l'irrilevanza dell'esistenza di istruzioni o politiche contrarie dell'ente all'atto del dipendente (*supra*, n. 51), prosegue: «*however, the existence of such instructions and policies, if any be shown, may be considered by you in determining whether the agents, in fact, were acting to benefit the corporation*».

prevista in relazione ad alcune *regulatory offences*³⁵²; soluzione quest'ultima suggerita da alcuni autori già con riferimento alla *due diligence defense* prevista in termini generali dal *Model penal code*³⁵³.

La prospettiva, ancorché tendenzialmente minoritaria, colpisce in modo particolare, considerando l'emersione di soluzioni analoghe nel Regno Unito. Anche in questo contesto, dove il sistema punitivo a carico degli enti continua a fondarsi su un modello alternativamente vicario e organicistico³⁵⁴ (per ciò che non ricada

³⁵² Si tratta di reati contravvenzionali, per lo più in materia di sicurezza (v. section 20 (a) del *Securities and Exchange Act* del 1934), che prevedono l'elemento colposo come *due diligence defense* (con onere probatorio a carico dell'ente) ovvero come requisito della fattispecie, con onere probatorio a carico dell'accusa (*Insider Trading and Securities Fraud Act Enforcement Act* del 1988). In questa prospettiva è stata riconosciuta efficacia di *defense* all'adozione dei *compliance programs*: *Barthe v. Rizzo*, 384 F. Supp. 1063, 1070 (S.D.N.Y. 1974); *SEC v. Lum's, Inc.*, 365 F. Supp. 1046, 1064-65 (S.D.N.Y. 1973); *Zweifach & Telecki*, 479 PLI/Lit. 209 (Sept.-Oct. 1993) (raccolte da K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, cit., p. 1252 e ss.). D'altra parte, quando la giurisprudenza non ha riconosciuto efficacia esimente ai *compliance programs* per queste fattispecie è stato soprattutto perché questi sono stati ritenuti privi di effettività: sul punto v. ancora le considerazioni di K. B. HUFF, *The role of corporate compliance programs*, cit., p. 1271 e ss.

³⁵³ H. L. PITT, K. A. GROSKAUFMANIS, *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, 78, in *Georgia L.J.*, 1559, 1573 (1990). Il *Model Penal Code*, del 1962, prevede come noto una *due diligence defense* nel caso di *regulatory offences* quando l'ente imputato provi che un alto dirigente che abbia responsabilità di controllo sul settore in cui è commesso il reato abbia usato la diligenza necessaria per prevenire la commissione del reato (così la sezione 2.07: per le contravvenzioni o per i reati, fuori dal *model penal code*, per i quali non è prevista la responsabilità della persona giuridica ovvero quando il reato si sostanzia nell'omissione di specifici doveri, il criterio di imputazione è quello della *vicarious liability*, con la possibilità per l'ente di beneficiare di una *due diligence defense*: la persona giuridica dovrà pertanto provare che l'organo dirigente con potere di supervisione sull'area oggetto di offesa abbia usato la diligenza necessaria per prevenire l'illecito. L'ente risponde poi per tutti i reati, anche compresi nel codice quando la condotta illecita sia stata organizzata, richiesta, ordinata, sollecitata, realizzata o colposamente tollerata dai vertici dell'impresa o da un alto dirigente»). Il modello è stato tuttavia adottato da pochi stati. Sul punto, in generale, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 23 e ss.

³⁵⁴ In particolare, il criterio è quello della *vicarious liability* per le *strict liability offences* (reati a responsabilità oggettiva, per i quali è imputato all'ente il

nella fattispecie di *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide*, su cui *supra*, § 2.1), si riscontrano alcune aperture a parametri ascrittivi assimilabili alla lacuna organizzativa: nell'ambito delle c.d. *ibride offences*³⁵⁵, l'ente è ammesso a provare la sua estraneità all'illecito, mediante la *due diligence defense* previste per tali reati. L'individuazione del nuovo criterio ascrittivo emerge in particolare perché mentre per l'imputazione del fatto materiale si procede secondo il criterio vicario (potendo cioè ascriversi anche il fatto del dipendente), alla prova della *defense*, implicante l'accertamento (in negativo) della *mens rea*, si procede mediante il criterio della *identification*³⁵⁶: ci si svincola così dall'atteggiamento soggettivo del singolo per verificare quello della "società" impersonata dai suoi

fatto materiale di qualunque dipendente) e della *identification theory* per i *mens rea offences*, in relazione ai quali viene imputato all'ente la *mens rea* dell'organo in cui esso si incarna. Per l'evoluzione del sistema v. LEIGH, *The criminal liability of corporation in English law*, 1969; C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001; nella manualistica, C. M. V. CLARKSON, *Criminal Law: text and materials*, Londra, p. 228 e ss.; N. LACEY, C. WELLS, *Reconstructing Criminal Law*, Londra-Edimburgo, Dublino, 1998, 515 e ss.; A. PINTO, M. EVANS, *Corporate criminal liability*, Londra, 2003; A. P. SIMESTER, G. R. SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2000, 235 e ss.; SMITH, HOGAN, *Criminal law*, Londra-Edimburgo-Dublino, 1996, p. 174. Nella dottrina italiana, oltre a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 145 e ss., R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

³⁵⁵ Si tratta di *strict liability offences with due diligence* (ipotesi di responsabilità colposa con inversione dell'onere della prova).

³⁵⁶ In particolare, *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, A. C., 1972, p. 153; *Smedleys Ltd. V. Breed*, A.C., 1974, su cui C. WELLS, *Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v. Natrass Revisited*, in *Mod. L. R.*, 1994, p. 817 e ss. Si trattava in particolare della fattispecie prevista dalla section 11(2) del *Trade Description Act* del 1968 (che punisce l'offerta di merci con l'indicazione di prezzi inferiori rispetto a quelli reali), in relazione al quale la section 24 prevede una *defense* (in base alla quale il soggetto deve provare che la commissione del reato sia stato dovuto ad un errore o fiducia in informazioni lui fornite o ad errore di altra persona, e che egli avesse preso tutte le precauzioni ragionevoli ed esercitato tutta la diligenza necessaria per evitare la commissione di un tale reato da parte sua o di altre persone sotto il suo controllo).

organi; ciò che poi conduce a porre l'accento sul funzionamento della struttura interna e sulle sue capacità di prevenire l'illecito³⁵⁷.

4.3. D) *Il reato commesso 'in sintonia' con ordini, direttive ed istruzioni apicali o con la "tolleranza" dell'ente: cenni su alcuni sviluppi del sistema olandese*

In via conclusiva, sembra opportuno considerare alcuni sviluppi dell'ordinamento olandese che già da molti anni sperimenta la responsabilità penale dell'ente³⁵⁸. Nell'ambito di un modello che segue sostanzialmente il prototipo della *vicarious liability* (il riferimento, in particolare, è alla teoria dell'"autore funzionale"³⁵⁹),

³⁵⁷ Sul punto v. la ricostruzione di R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., p. 96 e ss., il quale in tal senso evidenzia le "potenzialità" del meccanismo dell'inversione dell'onere probatorio ai fini di introdurre in un sistema fondato sul principio dell'*identification* forme di imputazione legate al difetto organizzativo.

³⁵⁸ Il codice penale olandese, che dal 1976 ammette in via generale (e dunque per qualunque reato) la responsabilità penale delle persone giuridiche, non enuncia espressamente i criteri per l'imputazione del fatto all'ente, limitandosi a stabilire che «i reati possono essere commessi da persone fisiche o giuridiche» (art. 51 c.p.). Essi peraltro sono stati ricostruiti attraverso l'opera della giurisprudenza. Per la ricostruzione in termini generali del sistema di responsabilità olandese v. J. A. E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in *Societas puniri potest*, cit., 149; H. DE DOELDER, *Criminal liability of corporations – Netherlands*, in *La Criminalisation du comportement Collectif*, cit., p. 289 e ss; C. FASSEUR, *The criminal liability of legal persons in netherlands law*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Atti della Conferenza di Messina, 30 aprile – 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 309

³⁵⁹ Secondo tale teoria gli illeciti commessi all'interno dell'impresa possono essere ascritti all'imprenditore ("autore funzionale" o "indiretto"), allorché quei fatti rientrino nella sfera di potere di quello e siano stati da questo (quanto meno) accettati (anche detta teoria del "potere e accettazione"). Tale teoria è stata quindi utilizzata per affermare la responsabilità penale della persona giuridica.

compiano infatti importanti elementi di riflessione³⁶⁰, che risiedono nelle condizioni per il riconoscimento di quella qualità di “autore funzionale”.

³⁶⁰ Talune aperture su sistemi di imputazione di tipo vicario si riscontrano in altri ordinamenti. Tra questi, va ricordata, intanto, la Norvegia, dove la punibilità dell'ente è rimessa per lo più alla discrezionalità del giudice: così recita il § 48° del codice penale (per la traduzione italiana v. *Il codice penale norvegese*, Padova, 1998, con introduzione di J. Andeæs, e traduzione di Monica Rispo), secondo cui «quando una norma penale è violata da parte di chi agisce per conto di un'impresa, può essere punita l'impresa»; peraltro, prosegue la norma, «la disposizione si applica anche quando nessun individuo è punibile per la violazione». In quest'ottica, pertanto, i criteri forniti al giudice *per decidere se infliggere la pena e per determinarne l'entità* assumono un ruolo quanto mai fondamentale. Secondo il §. 48b, essi sono: a) l'effetto preventivo della pena; b) la gravità della violazione di legge; c) *la possibilità che l'impresa abbia premeditato la violazione di legge con direttive, istruzioni, insegnamenti, controlli o altri mezzi*; d) la possibilità che la violazione di legge sia avvenuta per favorire gli interessi dell'impresa; e) la possibilità che l'impresa abbia ottenuto oppure avrebbe potuto ottenere un vantaggio dalla violazione della legge; f) la capacità economica dell'impresa; g) la possibilità che l'impresa o chi ha agito per suo conto subisca ulteriori effetti come conseguenza della violazione di legge, in particolare il fatto che venga inflitta una pena ad un singolo individuo.

Sebbene in forma più ambigua, si veda poi il caso della Danimarca, dove la responsabilità penale della persona giuridica, già diffusamente prevista nella legislazione speciale (su cui v. P. GARDE, *The penal responsibility of judicial persons in danish law*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, cit., p. 321 e ss.) è stata inserita nel 1996 nel codice penale, il quale al § 27 la subordina alla «commissione di un reato all'interno della sua struttura da parte di una o più persone collegate a tale ente ovvero dalla persona giuridica stessa». In sintonia con la tradizione essenzialmente pragmatica della legislazione e della giurisprudenza danese (sul punto v. L. LANGSTED, V. GREVE, P. GARDE, *Criminal law in Denmark*, Kluwer, 1998, § 80 e ss., secondo cui «considerazioni filosofiche relative alla colpevolezza dipendente dalle azioni umane e punti di vista simili non hanno mai trovato terreno fertile» in tale ordinamento), l'imputazione del reato all'ente avviene dunque secondo due schemi alternativi: nel primo caso, occorre accertare la commissione di un reato da parte di una persona fisica, secondo lo schema di responsabilità vicaria; la seconda possibilità - che cioè la violazione sia commessa dalla persona giuridica - sembra riferirsi invece ad una *forma di responsabilità 'propria' dell'ente*, che è ammessa a prescindere dall'individuazione della persona fisica (v. L. LANGSTED, V. GREVE, P. GARDE, *Criminal law in Denmark*, cit., § 80) e sussiste «quando l'ente come tale avrebbe potuto e dovuto evitare il crimine in questione» (il che lascia immaginare un'evoluzione applicativa tesa a valorizzare il ruolo delle dinamiche organizzative nella commissione dell'illecito).

Da una parte, si richiede che il reato sia stato commesso nel “contesto sociale”, nel senso che «l’atto della persona fisica potrà essere imputato alla persona giuridica se il comportamento reale della persona fisica concorre con una funzione sociale all’interno della persona giuridica in questione»³⁶¹. Tale criterio è stato però reputato insufficiente da parte della giurisprudenza, che ha nel tempo imposto di accertare anche se «l’ente avesse coscienza del fatto», e cioè se siano state fornite precise indicazioni da parte degli organi decisionali dell’impresa alla commissione dell’atto criminoso, o se l’ente abbia «accettato» quell’azione³⁶²; secondo il medesimo criterio, la responsabilità dell’ente viene a dover essere esclusa «quando l’organizzazione abbia fatto tutto ciò che era in suo potere per prevenire tutti i reati prevedibili»³⁶³. Sia pure sulla base di presupposti concettuali pressoché vaghi (come appunto quello della “accettazione” dell’illecito da parte dell’ente), sembrano così innestarsi sul modello vicario alcuni parametri di selezione della responsabilità grosso modo assimilabili a quelli della politica

³⁶¹ Il criterio viene ripreso dal settore della responsabilità civile: sulla sua applicazione in relazione alla responsabilità penale v. J. A. E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, cit., 149 e H. DE DOELDER, *Criminal liability of corporations – Netherlands*, cit., p. 300.

³⁶² Sul punto si veda la ricostruzione di H. DE DOELDER, *Criminal liability of corporations – Netherlands*, cit., p. 300; J. A. E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, cit., p. 150 e ss., il quali richiamano alcune pronunce degli anni ‘80 e ‘90 della Corte di Cassazione (*Hoge Raad*) che determinano tale criterio, assolvendo l’ente dall’accusa a suo carico sulla base della considerazione che l’ente aveva fatto tutto quanto in suo potere per evitare l’illecito, disponendo istruzioni proibitive in relazione a quel fatto (si tratta di HR, 1 luglio 1981, c.d. *Kabeliauw case*; HR, 29 maggio 1984; HR, 2 giugno 1992).

³⁶³ J. A. E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 154.

d'impresa e della lacuna organizzativa³⁶⁴, secondo una prospettiva presa in passato finanche come esempio dalla dottrina inglese³⁶⁵.

³⁶⁴ Di politica d'impresa parla espressamente J. A. E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, cit., p. 155.

³⁶⁵ V. in tal senso S. FIELD, N. JÖRG, *Corporate Liability and Manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. L.R.*, p. 157 e ss., dove si osserva come i criteri emergenti nella giurisprudenza olandese possano assimilarsi a degli *organisational criteria*, auspicabili per l'ordinamento inglese.

Sezione II

Lacuna organizzativa e conseguenze sanzionatorie

5. Lacuna organizzativa e determinazione della sanzione

La centralità della lacuna organizzativa quale parametro di coinvolgimento effettivo dell'ente nell'illecito emerge peraltro secondo orientamenti costanti in relazione ad ulteriori profili, riguardanti in vario modo la fase sanzionatoria.

In una prima prospettiva, lo stato (buono o cattivo) dell'organizzazione interna dell'ente rappresenta molto spesso un elemento rilevante per la determinazione della sanzione pecuniaria, assumendo rilievo sia come vero e proprio criterio di commisurazione sia come circostanza in senso tecnico (attenuante o aggravante).

L'orientamento è innanzitutto diffuso nell'ambito degli ordinamenti che già collocano la lacuna organizzativa tra i criteri d'imputazione. Tra questi, oltre alle indicazioni indirettamente desumibili dalla disciplina italiana³⁶⁶, particolarmente significativo è

³⁶⁶ Nella commisurazione della sanzione pecuniaria, secondo l'art. 11 del d. lgs. n. 231 del 2001, si deve tener conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente e dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di illeciti futuri. Può peraltro ritenersi che, con il riferimento al "grado di responsabilità dell'ente", si voglia ammettere alla valutazione la misura del coinvolgimento di quest'ultimo in base alla sua politica e alla sua struttura organizzativa interna: in tal senso v. A. FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, cit., p. 41; N. FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 101; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 140 e 141.

il caso della Svizzera³⁶⁷, dove si prende in espresa considerazione, ai fini della determinazione della multa applicabile, la *gravità delle lacune organizzative*. D'altra parte, altrettanto frequente è che i sistemi in cui manca un simile criterio ascrittivo recuperino tale accertamento nella fase della commisurazione *lato sensu* intesa. Oltre al caso dell'Austria³⁶⁸ e della Norvegia³⁶⁹, l'esempio più noto in tal senso è certamente quello degli Stati Uniti, dove con la riforma delle *Federal Guidelines* del 1991 è stato introdotto un articolato sistema di commisurazione della *fine*, che tiene conto dell'attività di organizzazione preventiva svolta dall'ente prima della commissione del reato. Si ammette così quale attenuante della responsabilità l'adozione da parte della *corporation* di un *compliance program*

³⁶⁷ Così recita il terzo comma dell'art. 102 del codice penale svizzero: «Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della *gravità delle lacune organizzative* e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa». Nella versione francese si parla di «*gravité du manque d'organisation*»; in quella tedesca di «*Schwere des Organisationsmangels*».

³⁶⁸ Dove è considerato elemento di attenuazione nella determinazione della "quota" (Tagessätze) della sanzione pecuniaria applicabile il fatto che l'ente prima del reato abbia preso i provvedimenti preventivi per l'impedimento di tale reato, mentre è elemento aggravante il fatto che la condotta illecita del dipendente sia stata tollerata o favorita. Si veda, per maggiore chiarezza, il § 5 (*Bemessung der Verbandsgeldbuße*): «(1). *Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen.* (2) *Die Anzahl ist insbesondere umso höher zu bemessen: 1. je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist; 2. je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist; 3. je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde.* (3) *Die Anzahl ist insbesondere geringer zu bemessen, wenn: 1. der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat; 2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3); 3. er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat; 4. er die Folgen der Tat gutgemacht hat; 5. er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat; 6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat.*».

³⁶⁹ Nell'art. 48b del codice penale si fa riferimento come criteri per determinare l'entità della sanzione, tra gli altri, la possibilità che l'impresa abbia premeditato la violazione di legge con direttive, istruzioni, insegnamenti, controlli o altri mezzi: v. *supra*.

effettivo³⁷⁰, in una prospettiva che, se assume senz'altro connotazioni special-preventive, lascia parimenti emergere l'intento di ancorare l'entità delle conseguenze sanzionatorie all'atteggiamento concretamente mostrato dall'ente in relazione all'illecito determinatosi (come si evince anche dalla collocazione di tali circostanze tra i parametri per valutare la "culpability score", il grado di colpevolezza)³⁷¹.

6. La ri-organizzazione preventiva dell'ente nell'ambito del post-fatto

La finalità special-preventiva ispira invece senz'altro in modo dominante la seconda prospettiva entro cui viene di frequente valorizzato il ruolo dell'organizzazione interna, e cioè quella del post-fatto³⁷². In molti degli ordinamenti già esaminati, compreso

³⁷⁰ Sui contenuti del *compliance program* ritenuti essenziali per il riconoscimento dell'attenuante v. *supra*, cap. III, sez. II. Inoltre, si considera circostanza aggravante l'atteggiamento di tolleranza nei riguardi di una condotta criminosa: su tali profili, diffusamente C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, cit., p. 88 e ss.; EAD., *L'etica e il mercato*, cit., p. 80 e ss.

³⁷¹ Su tale duplice finalità della disciplina dei *compliance programs* v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 141.

³⁷² Senza considerare che la finalità special-preventiva in relazione alla strutturazione di una corretta organizzazione interna è perseguita spesso con la previsione di alcune sanzioni aventi ad oggetto l'adozione di strumenti organizzativo-preventivo adeguati. In particolare sia nella disciplina inglese che irlandese del corporate manslaughter si prevedono come sanzioni aggiuntive (per la Gran Bretagna) o alternative (per l'Irlanda) alla sanzione pecuniaria alcuni *remedial orders* aventi ad oggetto la riparazione delle lacune organizzative interne: si veda la *section 9*, co. 1 del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* («A court before which an organisation is convicted of corporate manslaughter or corporate homicide may make an order (a "remedial order") requiring the organisation to take specified steps to remedy: [...] (c) any deficiency, as regards health and safety matters, in the organisation's policies, systems or practices of which the relevant breach appears to the court to be an indication»); e l'art. 8 del progetto irlandese del 2005. Nello stesso

quello italiano³⁷³, assume infatti spesso rilevanza, sotto forma di benefici sanzionatori, l'attività di ri-organizzazione preventiva cui l'ente si sia dedicato dopo la commissione del fatto criminoso. Se in alcuni casi - come per esempio quello della Finlandia³⁷⁴ - tale condotta perviene ad escludere la stessa punibilità della persona giuridica, il più delle volte essa consente l'attenuazione della sanzione pecuniaria o la non applicazione di altre sanzioni.

senso, le *federal guidelines* statunitensi considerano tra le sanzioni il *probation* avente ad oggetto anche l'adozione di un compliance program; in una prospettiva non dissimile, l'ordinamento austriaco prevede come adempimenti possibilmente imponibili all'ente nel contesto della sospensione condizionale della pena l'applicazione di provvedimenti tecnici, organizzativi o personali per contrastare la commissione di nuovo reato, per il quale l'ente è responsabile (v. § 8, Weisungen: «(1) Wird einem Verband die Verbandsgeldbuße ganz oder zum Teil bedingt nachgesehen, so kann ihm das Gericht Weisungen erteilen. [...] (3) Im Übrigen können dem Verband mit dessen Zustimmung als Weisungen technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen aufgetragen werden, um der Begehung weiterer Taten, für die der Verband verantwortlich ist (§ 3), entgegenzuwirken»).

³⁷³ Il quale, come già visto, dà rilevanza alla condotta di ri-organizzazione susseguente all'illecito e consistente nell'adozione di modelli organizzativi idonei sia per l'attenuazione della sanzione pecuniaria (art. 12, comma 2, lett. b), sia per la non applicazione delle sanzioni interdittive (art. 17, comma 1, lett. b).

³⁷⁴ Nella disciplina finlandese si prevede la possibilità di rinunciare alla punizione quando, tra l'altro, l'ente abbia preso le misure per prevenire nuovi fatti illeciti. Si veda la section 4 (*Waiving of punishment*), introdotta dalla legge n. 61 del 2003: «(1) A court may waive imposition of a corporate fine on a corporation if: the omission referred to in section 2(1) by the corporation is slight, or the participation in the offence by the management or by the person who exercises actual decision-making authority in the corporation is slight; or the offence committed in the operations of the corporation is slight. (2) The court may waive imposition of a corporate fine also when the punishment is deemed unreasonable, taking into consideration: the consequences of the offence to the corporation; the measures taken by the corporation to prevent new offences, to prevent or remedy the effects of the offence or to further the investigation of the neglect or offence; or (6) where a member of the management of the corporation is sentenced to a punishment, and the corporation is small, the offender owns a large share of the corporation or his/her personal liability for the liabilities of the corporation are significant». Inoltre, la circostanza che l'ente dopo la commissione del reato, abbia volontariamente preso le misure per prevenire nuovi illeciti costituisce una ipotesi di possibile rinuncia all'azione penale contro l'ente: v. section 7, (*Waiving of the bringing of charges*): «(1) The public prosecutor may waive the bringing of charges against a corporation, if: [...] only minor damage or danger has been caused by the offence committed in the operations of the corporation and the corporation has voluntarily taken the necessary measures to prevent new offences. [...]».

Nel primo senso, in particolare, si muove la recente disciplina austriaca³⁷⁵, nonché il progetto di riforma del codice penale spagnolo³⁷⁶ che riconducono all'adozione da parte dell'ente delle misure per prevenire futuri delitti la possibilità di attenuare la responsabilità dell'ente. Nella seconda prospettiva, l'esempio più significativo³⁷⁷ è invece anche stavolta quello degli Stati Uniti, dove la messa a punto *volontaria* di *compliance programs* da parte dell'ente, dopo che il reato si è realizzato ma prima che sia aperta la fase della determinazione della pena, consente di evitare la misura del *Probation*; e ciò in quanto tale condotta possa essere il sintomo della buona volontà dell'organizzazione³⁷⁸.

³⁷⁵ Dove è considerato come elemento di attenuazione nella determinazione della quota per stabilire la sanzione pecuniaria il fatto che l'ente abbia intrapreso i passi essenziali per il futuro impedimento di analoghi reati: v. § 5, co. 3, n. 5 (riportato *supra*, n. 111).

³⁷⁶ Si veda il comma 4 dell'articolo 31bis: «*Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: [...] d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*».

³⁷⁷ Ma si veda anche il caso dell'Austria dove il riferimento ai provvedimenti posti dall'ente dopo il reato rientrano tra gli elementi per valutare se sospendere o meno condizionalmente l'applicazione della pena pecuniaria (§ 6, co.1, ultimo periodo).

³⁷⁸ In tal senso C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 94.

SINTESI CONCLUSIVA GENERALE

SOMMARIO: 1. Conclusioni sui risultati dell'indagine comparatistica. Raffronto con la soluzione emergente nel sistema di responsabilità amministrativa da reato.
– 2. La "lacuna organizzativa" (*id est*: la politica d'azione "in senso ampio") quale indice di appartenenza dell'illecito all'ente collettivo.

1. Conclusioni sui risultati dell'indagine comparatistica. Raffronto con la soluzione emergente nel sistema di responsabilità amministrativa da reato

L'indagine sulle soluzioni adottate dai principali ordinamenti stranieri per i rispettivi sistemi di responsabilità penale dell'ente lascia senz'altro emergere il ruolo significativo che la lacuna organizzativa assolve nell'imputazione dell'illecito.

Oltre al caso di quei paesi in cui il modello normativo è direttamente costruito su tale logica - come in Svizzera e nel recente *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007 per il Regno Unito - particolare interesse sembra avere l'evoluzione di quei sistemi che rimangono formalmente ancorati all'impostazione organicistica o vicaria. Colpisce specialmente l'emersione di orientamenti giurisprudenziali che, per ricostruire il contributo dell'ente all'illecito, si indirizzano verso una verifica della complessiva organizzazione interna o della "politica" generale perseguita dall'ente. Sembra in altre parole che, pur quando il legislatore imponga di accertare la condotta illecita degli organi, la giurisprudenza non possa "fare a meno" di compiere una indagine più approfondita che guardi all'atteggiamento complessivo dell'ente e che abbia come parametro lo stato dell'organizzazione e la sua

capacità di orientare i propri membri alla legalità o alla illegalità. Si viene così a rimodellare il meccanismo normativo di ascrizione, sino al punto di prescindere molto spesso, oltre che dalla identificazione della persona fisica autrice del reato, anche da una sua (completa) responsabilità³⁷⁹: ciò che porterebbe al superamento dei presupposti della immedesimazione organica.

Vero è che i rapporti tra il modello di imputazione fondato sulla “lacuna organizzativa” e quello della *identification theory* appaiono il più delle volte in una situazione di reciproca integrazione o quanto meno di “alternatività”. Tale è il caso, come s’è visto, degli ordinamenti austriaco e in misura minore tedesco (oltre che del recente progetto di riforma spagnolo), dove all’imputazione del “reato apicale” si affianca l’imputazione del reato commesso da un soggetto in posizione subordinata, sul presupposto di una scorretta organizzazione o insufficiente vigilanza da parte dei vertici.

Lungo questa direttrice sembra peraltro muoversi anche l’ordinamento italiano. Proprio per questo, parte della dottrina ha escluso che la “lacuna” abbia una funzione ascrittiva, ritenendo che il meccanismo di esonero connesso alla adozione di modelli organizzativi operi soltanto quale causa di non applicabilità della

³⁷⁹ Come già evidenziato nelle premesse, deve ribadirsi che la mancata identificazione dell’autore dell’illecito, intesa come mancata attribuzione di una identità alla persona fisica che sia pur tuttavia “individuata” come autrice del fatto, non contraddice necessariamente un modello ascrittivo quale quello organico o vicario. Diversa è invece senz’altro l’ipotesi del mancato accertamento della colpa in capo ad una o più persone fisiche o quella in cui non possa, per il difetto organizzativo interno, ricostruirsi la titolarità dei poteri tipici la cui violazione rilevi per il reato da ascrivere: in tali casi, infatti, mancherebbe ancor prima la “individuazione” di una persona fisica “responsabile” (sul punto, *supra*, cap. I, § 6).

sanzione (almeno o in modo più evidente per l'ipotesi del "reato apicale")³⁸⁰.

Se non che, il pur doveroso riconoscimento della componente organicistica dell'imputazione³⁸¹ non conduce a negare l'intento legislativo di articolare ulteriormente la struttura dell'ascrizione. Infatti, alla luce della ricostruzione sistematica condotta, non sembra potersi dubitare che il ruolo della mancata adozione (o inadeguatezza) dei modelli preventivi sia quello di criterio di imputazione. Ciò colloca senz'altro il sistema italiano di responsabilità amministrativa "da reato" tra gli ordinamenti che si mostrano più evoluti sotto il profilo della logica dell'imputazione dell'illecito all'ente - come rivela il fatto che la soluzione del d. lgs. n. 231 del 2001 sia stata altrove segnalata come modello cui ispirarsi in una prospettiva di riforma³⁸².

2. *La "lacuna organizzativa" (id est: la politica d'azione "in senso ampio") quale indice di appartenenza dell'illecito all'ente collettivo*

Il dato emergente dall'indagine comparatistica lascia così pervenire a conclusioni in sintonia con le premesse dell'analisi. Specialmente lì dove l'orientamento si afferma "nonostante" i vincoli della logica

³⁸⁰ In questa prospettiva vanno specialmente ricordate le posizioni di D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., p. 430 e G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 107 e ss.

³⁸¹ Rilievo questo che non rimane evidentemente privo di risvolti problematici, come per esempio in materia di reati colposi d'impresa (*supra*, cap. I).

³⁸² J. GOBERT, E. MUGNAI, *Coping with Corporate Criminality - Some lessons from Italy*, cit., p. 619 e ss.

organicistica, sembra confermarsi l'idea che la "lacuna organizzativa" costituisca l'indice di "appartenenza" dell'illecito più "appropriato" rispetto alla persona giuridica³⁸³. Basti in tal senso l'esempio belga, dove una formula normativa dubbia ha imposto alla giurisprudenza di ricercare meccanismi di accertamento del *personale* contribuito all'illecito che siano *distinti* per l'ente e per la persona fisica: infatti, nell'affermare che per i reati colposi può esser condannata soltanto la persona fisica o soltanto quella giuridica a seconda di chi, fra le due, abbia commesso la «violazione (=faute) più grave», il legislatore belga ha inevitabilmente indotto la giurisprudenza ad isolare i criteri della "*organisation interne déficiente*" e della "*politique d'entreprise*", quali parametri per stabilire la "preponderanza" del contributo della *societas*³⁸⁴ rispetto a quello della persona fisica.

Nel tentativo di approfondire la logica dell'imputazione si registra anche la tendenza diffusa della dottrina italiana e straniera a collocare il criterio della "organizzazione difettosa" nell'area dell'imputazione soggettiva dell'illecito, rispetto alla quale si pongono storicamente le maggiori difficoltà per l'affermazione di una responsabilità *penale* dell'ente. In tal senso, numerosi sono stati i tentativi di inquadrare la "lacuna organizzativa" nell'ambito della categoria della colpevolezza e finanche della colpa penale³⁸⁵.

³⁸³ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 74 e 75.

³⁸⁴ Per la ricostruzione articolata delle posizioni giurisprudenziali cui ci si riferisce più diffusamente, *supra*, cap. III, § 4.

³⁸⁵ Per ricapitolare sinteticamente si vedano, per la dottrina italiana, le posizioni di C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 167 e ss.; G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e le discipline contemporanee*, cit., p. 1210; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 392 e ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*; A.

La prospettiva, peraltro, almeno con riferimento al sistema di responsabilità “amministrativa da reato” introdotta dal d. lgs n. 231 del 2001 lascia persistere talune perplessità. Se è ben vero che la portata fortemente affittiva delle sanzioni non esclude l’opportunità di assicurare all’ente alcune fondamentali garanzie penalistiche, è parimenti evidente che l’esigenza di una compiuta “personalizzazione” dell’illecito della persona giuridica non comporti automaticamente anche una “soggettivizzazione”, strettamente intesa, della sua responsabilità. Sembra, invece, che la soluzione più convincente sia quella di recuperare parametri di “appartenenza” dell’illecito comunque non “antropomorfizzanti”. E’ solo in questa precisa prospettiva che viene dunque più adeguatamente in rilievo il ruolo della lacuna di organizzazione, senza che ad essa debba corrispondere una forma di “colpevolezza”, nel senso della componente tradizionale dell’illecito della persona fisica.

D’altra parte, collocare il criterio dell’ “organizzazione difettosa” tra gli indici di “appartenenza” dell’illecito all’ente implica in modo consequenziale precisi sviluppi nella ricostruzione della struttura del criterio medesimo.

Intanto, deve risultare chiaro che il reato viene ascritto solo allorché se ne accerti la *derivazione* dalle “lacune” dell’ente: ciò si desume direttamente dall’affermazione secondo cui il modello organizzativo può considerarsi idoneo quando sia in grado di

MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1106; nella dottrina straniera, per tutti, K. TIEDEMANN, *Die “Beußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., p. 1172 e ss. Per una ricostruzione articolata delle diverse prospettive, *supra*, cap. II, sez. I.

prevenire «reati della specie di quello verificatosi»; in tal modo infatti si stabilisce che il reato può essere ascritto solo quando esso sia la concretizzazione del rischio “normale” d’impresa, mentre si preclude l’imputazione quando non possa stabilirsi alcun “nesso” tra il reato concretamente realizzato e le lacune organizzative, pur accertate, del modello. Peraltro, se il legislatore tende a “tipizzare” il contenuto delle “lacune” da ascrivere mediante il riferimento alla assenza di modelli preventivi (c.d. “lacune da modellistica inadeguata”), esso mostra al contempo di guardare all’organizzazione complessiva *reale* dell’ente: sicché, anche quando il programma fosse in sé inidoneo, l’illecito andrebbe comunque escluso se non riconducibile a difetti *concreti* (in tal senso l’art. 7, il quale stabilisce come raccordo generale per l’imputazione quello tra il reato e il difetto di direzione o vigilanza).

Sotto un diverso profilo, l’esigenza di valutare l’appartenenza dell’illecito induce a considerare come ascrivibili solo quelle “lacune” che siano davvero espressione di un orientamento dell’ente alla illegalità, dovendosi invece isolare, come non indicative del *personale* contributo della *societas*, le situazioni in cui la cattiva organizzazione risalga ad una condizione di “inesigibilità” per l’ente di raggiungere l’obiettivo della massima legalità. Ragion per cui, come anticipato nelle premesse dell’indagine, sembra preferibile identificare il parametro di appartenenza piuttosto nella “politica d’azione” dell’ente, pur intesa “in senso ampio”: in tal modo si ancorerebbe il coinvolgimento punitivo dell’ente alle “scelte” da questo effettivamente operate e non alla “situazione” in cui si sia per le più diverse ragioni venuto a trovare.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Milano, 1981;
- AA. VV., *La Criminalisation du Comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996;
- AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002;
- AA. VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002;
- AA. VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003;
- AA. VV., *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. Lancellotti, Torino, 2003;
- AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004;
- AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2005;
- AA. VV., *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005;
- AA. VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Spagnolo, Milano, 2007;
- ALBERTI G.B., *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001*, in *Le società*, 2002, p. 539;
- ALESSANDRI A., *Commentario alla Costituzione, Art. 27, comma 1*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991;

- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 534;
- ALESSANDRI A., voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992;
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984;
- ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 42;
- ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 521/I;
- ALTAVILLA, voce *Colpa penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1957;
- AMAR J., *Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations de travail*, in *Droit pénal*, 2005, p. 6;
- AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941;
- AMBROSETTI E., *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in *La legge penale*, a cura di M. Ronco, Bologna, 2006;
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320;
- ANDREW J., *Reform in the Law of Corporate Liability*, in *Crim. L.R.*, 1973, p. 91;
- ANGELETTI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, app., Torino, 1986;
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 187;
- ARANGIO-RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951;

- ARDIZZONE S., *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1989, p. 293;
- ARDIZZONE S., *I reati aggravati dall'evento*, Milano, 1984;
- ARDIZZONE U., voce *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939;
- ASCARELLI T., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 317;
- ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale, Introduzione*, Milano, 1955;
- ASHWORT A., MITCHELL B., *Rethinking homicide law*, Oxford, 2000;
- BACIGALUPO S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcellona, 1998;
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005;
- BARTOMOLUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche. Modelli preventivi ed efficacia esimente ex d. lgs. n. 231/2001*, Ipsoa, 2004;
- BASILE M., FALZEA A., voce *Persone giuridiche, a) diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983;
- BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006;
- BATTAGLINI G., *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, p. 661;
- BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959;
- BERGMAN D., *Manslaughter and corporate immunity*, in *N.L.J.*, 2000, p. 316;

- BERINGHAUS, *Practical considerations in Developing Effective Compliance Programs*, in *P.L.R.* 1993, p. 9;
- BERNASCONI P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043;
- BERTOSSA B., *De quelques problèmes pratiques de mise en oeuvre*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 27;
- BETTI E., *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994;
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1983;
- BETTIOL G., *La regola dell'in dubio pro reo nel diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 250;
- BETTIOL G., *Presunzione e onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 241;
- BOHNERT J., *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 30, Monaco, 2003, p. 142
- BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002;
- BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Farmaceutical Industry*, 1984;
- BRICKEY K. F., *Corporate criminal liability*, 1994;
- BRICKEY K. F., *In Enron's wake: corporate executives on trial*, in *The journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, p. 397;
- BRICOLA F., *Aspetti problematici del rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. I, Milano, 1997;
- BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1011;

- BRICOLA F., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 659;
- BRICOLA F., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, p. 76;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1973;
- BRUNET A., *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise*, in *Petites Affiches*, 1996, p. 27;
- BUCY P.H., *Corporate Ethos: A standard for Imposing Corporate criminal liability*, in *Minn. L.R.*, 1991, p. 1103;
- BUCY P. H., *White collar crime. Cases and materials*, St. Paul, 1998;
- BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 400;
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quarto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 19;
- CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967;
- CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002;
- CAMPOBASSO M., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003;
- CAPECCHI G., *Corporate governance e compliance programs: nuove prospettive dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. Sacerdoti (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti sanzionatori internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE al decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003;

- CAPECCHI G., *Le sentencing guidelines for organisations e profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 465;
- CARACCIOLI I., *Osservazioni sulla responsabilità penale propria delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo, Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 73;
- CARACCIOLI I., *La responsabilità penale delle persone morali*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, p. 177;
- CARACCIOLI I., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Belgio ed il mancato "decollo" della riforma italiana*, in *Il Fisco*, 2002, p. 3172;
- CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970;
- CARMONA A., *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 995;
- CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole, e controllo penale nella post-modernità*, Padova, 2002;
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960;
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1983;
- CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953;
- CARTIER M. E., *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, in *P.A.*, 1996, p. 18;
- CERESA-GASTALDO M., *Il «processo alle società» nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002;

- CHIMICHI S., *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 617;
- CLARKSON C. M. V., *Corporate Manslaughter: Yet More Government Proposals*, in *Crim. L. R.*, 2005, p. 677;
- CLARKSON C. M. V., *Kicking corporate bodies and damning their souls*, in *Mod. L.R.*, 1996, p. 557;
- CLARKSON C. M. V., KEATING H. M., *Criminal Law: text and materials*, Londra, 1994;
- COCCO G., *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 94;
- CODA V., *L'orientamento strategico dell'impresa*, Torino, 1988;
- CHANDLER A. D. JR., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the industrial Enterprise*, The M.I.T. Press, 1962;
- COFFEE J. C., *Corporate criminal responsibility*, in *Enc. crim. just.*, vol. I, New York, 1993;
- COFFEE J. C., *No soul to Damn no Body to Kick: An Unscandalized inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L.R.*, 1981;
- CONTE P., *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 93;
- CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Parigi, 1999;
- CONTI L., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di Conti, Padova, 2001;
- CORDERO F., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959;
- CORI C., *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *AA. VV.*,

- Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di P. Siracusano, Torino, 2007, p. 241;
- COSEDDU A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, p. 2005;
- COUTURIER G., *Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques*, in *Rev. soc.*, 1993, p. 307;
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969, p. 243;
- DANIELS J., SMITH I., *Manslaughter and corporate immunity*, in *N.L.J.*, 2000, p. 658;
- D'ANDREA F. M., DE VIVO A., MARTINO L., *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001*, Milano, 2006;
- DAFT R.L., *Organizzazione aziendale*, ed. it., Milano, 2001;
- DALMASSO T., *Evaluation des risques et stratégie de défense*, Paris, 1996;
- DE DOELDER H., *Criminal liability of corporations – Netherlands*, in *La Criminalisation du comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 289;
- DE FARIA COSTA J., *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1238;
- DE FELICE P., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Principi generali e criteri d'imputazione*, Bari, 2002;
- DE FRANCESCO G., *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo "modello" repressivo*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 375;

- DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi : soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi ?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 753;
- DE FRANCESCO V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, p. 275;
- DE LA FUENTE HONRUBIA F., *Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Còdigo Penal*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2002, p. 203;
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato*, Milano, 2002;
- DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88;
- DE MAGLIE C., *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351;
- DE MARSICO A., *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Riv. pen.*, 1920, p. 65;
- 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 n. 231*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002;
- DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 678;
- DE SIMONE G., *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 189;
- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2001, p. 1135;

- DE VERO G., *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 729;
- DE VERO G., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La resp. amm. società enti*, 2006, n.2;
- DELAGE P.J., *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Dr. pén.*, 2005, p. 13;
- DELITALA G., voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964;
- DELMAS-MARTY M., *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, in *Rev. soc.*, 1993, p. 301;
- DELMAS-MARTY M., *La responsabilité pénale des groupements*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1980, p. 38;
- DELMAS-MARTY M., *Droit pénal des affaires*, tome I, Parigi, 1973;
- DELOGU T., *La loi pénal et son application*, I, Universités égyptiennes, 1956-1957;
- DESPORTES F., *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *J.C.P.*, ed. G., 1993, p. 69;
- DESPORTES F., *Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Juris-classeur, pénal*, 2001;
- DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, in *AA. VV.*, *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 531;
- DI MAJO A., PRESTIPINO M., voce *Personne giuridiche. III) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXIII, Torino, 1990;
- DIXON R., *Corporate Criminal liability*, in *AA. VV.*, *Corporate Misconduct*, a cura di Spencer e R. R. Simon, 1995;
- DOLCINI E., PALIERO C.E., *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrikeit) nell'ordinamento della repubblica federale di Germania: disciplina*,

- sfera di applicazione, linee di politica legislativa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1141;
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006;
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 70;
- DUCOULOUX-FAVARD C., *Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *P. A.*, 1996, p. 36;
- DUCOULOUX-FAVARD C., *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, in *Rec. Dalloz*, 1998, p. 395;
- FAIVRE P., *La responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. sc. crim. dr. pén.*, 1958, p. 547 ;
- FALZEA A., voce *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960;
- FALZEA A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 137;
- FASSEUR C., *The criminal liability of legal persons in netherlands law*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Milano, 1981;
- FERRARA F. sen., *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923;
- FERRARA F., *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 489;
- FERRUA P., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa. Sovrapposizioni tra processo penale e sanzioni amministrative*, in *Dir. giust.*, p. 80;
- FERRUA P., *Procedimento di accertamento delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1483;

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007;
- FIELD S., JÖRG N., *Corporate Liability and Manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. L.R.*, 1991, p. 156;
- FIGLIARELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984;
- FIGLIARELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. Conti, Padova, 2001;
- FIGLIARELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in AA. VV., *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. Lancellotti, Torino, 2003, p. 85;
- FIGLIARELLA A., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, p. 5107;
- FIGLIARELLA A., *Sui poteri dell'organismo di sorveglianza. Tra decisioni dell'ente e attuazione dei suoi indirizzi operativi*, in *Itinerari d'impresa*, 2003, p. 170;
- FIGLIARELLA A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988;
- FIGLIARELLA A., voce *Reato in generale: a) diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987;
- FISCHER D., *Crime Due diligence. Eine Verdachtsschöpfungsstrategie*, in *ZStR*, 2003, p. 228;
- FISSE B., *The duality of corporate and individual criminal liability*, in *Corporations as criminals*, a cura di E. HOCHSTEDLER, Beverly Hills, 1984, p. 75;

- FISSE B., BRAITHWAITE J., *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993;
- FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398;
- FODERARO S., voce *Organo (teoria dell')*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965;
- FOERSCHLER, *Corporate Criminal Intent: Toward a better understanding of Corporate Misconduct*, in *Cal. L. R.*, 1990, p. 1287;
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997;
- FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 63;
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990;
- FORTI G., *Normatività ed empiria nel lavoro del criminologo. Il caso «Sutherland»*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1987, p. 364;
- FORTI G., *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, Milano, 2002;
- FRENCH P.A., *Collective and Corporate Responsibility*, New York, 1984;
- FRIGNANI A., GROSSO P., ROSSI G., *I modelli di organizzazione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le società*, 2002, p. 144;
- GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scaloja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 65;

- GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 553;
- GALGANO F., GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, tomo I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2004;
- GALLO M., voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino, 1958;
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951;
- GALLO M., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960;
- GARDE P., *The penal responsibility of judicial persons in danish law*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 321;
- GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1061;
- GARUTI G., *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 143;
- GARUTI G., voce *Responsabilità delle persone giuridiche. II) Profili processuali*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XXVII, Torino, 2002;
- GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3;
- GEIS-DI MENTO, *Should we persecute Corporations and/or Individuals?*, in PEARCE-SNIDER (a cura di), *Corporate Crime: Contemporary Debates*, 1995;
- GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001;

- GIAMPIERI A., voce *Organo nella persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995;
- GIANNINI M. S., voce *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1981;
- GIARDA A., *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. n. 6, p. 116;
- GIAVAZZI S., *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 593 (parte prima) e p. 857 (parte seconda);
- GILIOLI E., *La responsabilità delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione (compliance programs)*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 47 e ss.;
- GIUDICELLI-DELAGÉ G. (a cura di), *Droit pénal des affaires en Europe*, Parigi, 2006;
- GIUDICELLI-DELAGÉ G., *Droit pénal des affaires*, Parigi, 2002;
- GIUNTA F., *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA. VV., AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, p. 43;
- GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 13;
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993;
- GOBERT J., *Corporate Criminality: new crimes for the times*, in *Crim. L. R.*, 1994, p. 722;
- GOBERT J., *Corporate Killing at home and abroad – Reflections on the Government's proposals*, in *L.Q.R.*, 2002, p. 72;

- GOBERT J., MUGNAI E., *Coping with Corporate Criminality – Some lessons from Italy*, in *Crim. L. R.*, 2002, p. 619;
- GÖHLER, § 30, in *Gesetz über Ordnungswidrikeiten*, Monaco, 2002;
- GRAZIANI G., *I modelli organizzativo-preventivi e l'esperienza dei "compliance programs"*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, p. 28;
- GUERIN D., *L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *P. A.s.*, 1996, p. 5;
- GUERRERA F., *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991;
- GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006;
- GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005;
- HEINE G., *Das kommende Unternehmensstrafrecht (art. 100quater)*, in *ZStrR*, 2003, p.34;
- HEINE G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, relazione al seminario tenuto presso l'Università di Teramo il 16 giugno 2006;
- HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995;
- HENNAU-HUBLET C., *La criminalisation du comportement collectif – Belgique*, in AA. VV. *La Criminalisation du Comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 129;
- HIDALGO R., SALOMON G., MORVAN P., *Entreprise et responsabilité*, Parigi, 1994;

- HIRSCH H. J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, in *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G* 324, Opladen, 1993, p. 608;
- HIRSCH H. J., *La criminalisation du comportement collectif – Allemagne*, in AA. VV., *La Criminalisation du comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 57;
- HUFF K.B., *The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach*, in *Columbia L.R.*, 1996, p. 1252;
- IANNINI A., ARMONE G., *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005;
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979;
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005;
- IRTI N., *Due Temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, p. 694/I;
- IZZO G., *Sindacato giudiziario sull'idoneità dei modelli organizzativi*, in *Fisco*, n. 44/2002, p. 7067;
- JEANNERET V., *Une loi bâclée?*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 7;
- KAPLAN J. M. et al., *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines: Preventing Criminal and Civil Liability*, Deerfield, Ill, 1993;
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960;
- KHANNA V.S., *Corporate criminal liability: what purpose does it serve?*, in *Har. L.R.*, 1996, p. 1477;
- LACEY N., WELLS C., *Reconstructing Criminal Law*, Londra-Edimburgo-Dublino, 1998;

- LANGSTED L., GREVE V., GARDE P., *Criminal law in Denmark*, Kluwer, 1998;
- LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1303;
- LEIGH L. H., *The criminal liability of corporation in English law*, Londra, 1969;
- LOBO MOUTINHO J. - SALINAS MONTEIRO H., *La criminalisation du comportement collectif - Portugal*, in AA.VV., *La Criminalisation du comportement Collectif*, a cura di Doedler e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 334;
- LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Parigi, 1994;
- LOTTINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005;
- LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968;
- MACALUSO A., *La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des articles 100quater et 100quinquies CP*, Zurigo-Basilea, 2004;
- MAIWALD M., *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, p. 175;
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1106;
- MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988;
- MARINI G., voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988;
- MARINI G., voce *Sanzioni amministrative pecuniarie (illecito colpito da)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, app., Torino, 1986;

- MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445;
- MARINUCCI G., *“Societas puniri potest”*: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1191;
- MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971;
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965;
- MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 31;
- MARON A., *Cent personnes morales pénalement condamnées*, in *Sem. jur.*, 1999, p. 576;
- MASUCCI M., *‘Fatto’ e ‘valore’ nella definizione di dolo*, Torino, 2004;
- MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina dei gruppi di società*, Napoli, 2006;
- MASUCCI M., *La responsabilità amministrativa degli enti*, in *Tribunale*, in *Itinerari d’impresa*, 2004, p. 79;
- MAUGERI A., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001;
- MCCOLGAN A., *The Law Commission Consultation Document on Involuntary Manslaughter-Heralding Corporate Liability?*, in *Crim. L.R.*, 1994, p. 547;
- MELCHIONDA A., voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988;
- MERLE R. VITU A., *Traité de droit criminel*, Parigi, 1984;
- MEREU A., *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 86;

- MEZZETTI E., «Necessitas non habet legem»? Sui confini tra
"impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità,
Torino, 2000;
- MILITELLO V., *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona
giuridica nel sistema penale italiano*, in *Studium Juris*, 2000, p. 779;
- MILITELLO V., *La responsabilità penale dell'impresa e dei suoi organi in
Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 110;
- MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come
fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 376;
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988;
- MILLER S.R., *Corporate Criminal Liability: A principle Extended to its
Limits*, 39 Fed. B.J., 1979;
- MINERVINI G., *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone
giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 953;
- MINNITI G., *Finalità cautelare della norma, sua evoluzione nel tempo e
accertamento della colpa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 323;
- MINTZBERG H., *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, trad. it.,
Bologna, 1996;
- MOORE J., *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*,
in *Ariz. L. R.*, 1992, p. 767;
- MUCCIARELLI F., *Le sanzioni interdittive temporanee nel d. lgs. n.
231/2001*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini,
C.E. Paliero, vol. III, Milano, 2006;
- MUELLER G.O.W., *Mens rea and the corporation*, in *Pitt. L.R.*, 1957, p. 43;
- MÜLLER, *Die Stellung der Juristischen Person im
Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985;

- NAPOLEONI V., *Le vicende modificative dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 105;
- NIHOUL M. (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruxelles, 2005;
- NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 304;
- NOTE, *Developments in the Law, Corporate crime: regulating corporate behaviour through criminal sanctions*, in *Har. L.R.*, 1979, p. 1229;
- NUVOLONE P., *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 53;
- ORESTANO R., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968;
- OVERATH J., GERON M., GHEUR C., MATRAY T., *La responsabilité pénale des personnes morales*, éd. Larcier, 2007;
- PADOVANI T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, p. 18;
- PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1994;
- PADOVANI T., *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *Leg. pen.*, 1981, p.;
- PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 19;
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2007;

- PAGLIARO A., *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 159;
- PAGLIARO A., ARDIZZONE S., *Sommario del diritto penale italiano*, Milano, 2006;
- PALAZZO F.C., *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 440;
- PALIERO C.E., «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica ad una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894;
- PALIERO C.E., voce «Ordnungswidrikeiten», in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 128;
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1039;
- PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1173;
- PALIERO C.E., *Il d. lgs. n. 231 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 846;
- PALIERO C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali*, in AA. VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, p. 17;
- PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167;
- PALIERO C.E., TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989;
- PALMIERI R., *Modelli organizzativi, diligenza e «colpa» amministrativa della impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 8;

- PANUCCIO V., *Note in tema di impresa illecita (per una teoria delle anomalie dell'impresa)*, in *Impresa e società. Scritti in onore di A. Graziani*, III, Napoli, 1968, p. 1216;
- PANUCCIO V., voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970;
- PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2006;
- PAOLOZZI G., *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 239;
- PAOLOZZI G., voce *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, (aggiornamento), vol. II;
- PASCULLI M.A., *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi*, Bari, 2005;
- PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 192;
- PATTI S., *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 91;
- PAULESU P.P., voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995;
- PEDRAZZI C., *Codici etici e leggi dello stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1049;
- PEDRAZZI C., *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA. VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1367;
- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955;

- PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 125;
- PELLISSERO M., FIDELBO G., *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, Disposizioni sostanziali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 590;
- PELLISSERO M., *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 368;
- PETROCELLI B., *La colpevolezza*, Napoli, 1948;
- PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955;
- PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571;
- PIERGALLINI C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1363;
- PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1485;
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004;
- PIETH M., *Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens*, in *ZStR*, 2003, p. 353;
- PIETH M., *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 2004, p. 203;
- PINTO A., EVANS M., *Corporate criminal liability*, Londra, 2003;
- PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003;

- PITT H.L., GROSKAUFMANIS K.A., *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, 78, in *Georgia L.J.*, 1559, 1573 (1990);
- PIVA D., *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 720;
- PLANQUE J.C., *La détermination de la personne morale responsable*, Parigi, 2003;
- PODGOR E.S., *White collar crime*, St. Paul, 1993;
- PRADEL J., *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Quelques questions*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 1998, p. 153;
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Parigi, 2002 ;
- PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 430;
- PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir., agg.*, vol. VI, Milano, 2002;
- PULITANÒ D., *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità «da reato»*, in AA. VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Spagnolo, 2007, p. 25;
- RAMACCI F., *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970;
- RASSAT M.L., *Droit pénal général*, Parigi, 1987;
- REBMANN K., ROTH W., HERMANN S., *Gesetz über Ordnungswidrikeiten*, 2 ed., Stuttgart, 1995, § 30;
- RIIHIJÄRVI M., *Criminal liability of corporation – Finland*, in AA. VV., *La criminalisation du comportement collectif*, a cura di Doelder e Tiedemann, Kluwer law international, 1996, p. 203;

- RIONDATO S., *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 825;
- ROBERT J.H., *Droit pénal général*, Parigi, 1998;
- ROBERT J.H., *La coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité des personnes morales*, Mélanges Bouloc, Dalloz, 2007;
- RODORDORF R., *I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2002, p. 1302;
- ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393;
- ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036;
- RONCO M., voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XXVII (aggiornamento), Torino, 2002;
- RORDORF R., *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, p.;
- ROTH R., *Une responsabilité sans culpabilité*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 195;
- RYSER, KUCHOWSKY, *Die Strafbarkeit des Unternehmens*, in *Der Schweizer Treuhänder*, 2005;
- SACCÀ E., *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, 1988;
- SACCO R., *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1957, p. 399;
- SAINT-PAU J.C., *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, in *Gaz. Pal.*, 2005, p. 10;
- SAINT-PAU J.C., *La faute diffuse de la personne morale*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 169;

- SAINT-PAU J.C., *La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale*, in *Dr. Pén.*, 2007, p. 619;
- SAINT-PAU J.C., *La responsabilité de personnes morales: réalité et fiction*, in AA.VV., *Le risque pénal dans l'entreprise*, Parigi, 2003;
- SALARDI S., *La responsabilità delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3596;
- SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1961;
- SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004;
- SAUTEL O., *La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales: entre litanie et liturgie*, in *Le Dalloz*, 2002, p. 1147;
- SCAROINA E., *Societas delinquere non potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006;
- SCHIMID N., *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, in *Festschrift Forstmoser*, Zurigo, 2003;
- SCHÜNEMANN B., *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *WiStra*, 1982, p. 43;
- SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979;
- SCHÜNEMANN B., *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: a German Perspective*, in *Buff. Crim. L. R.*, 2004, p. 35 ;
- SELVAGGI N., *L'interesse collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006;
- SELVAGGI N., *La responsabilità penale delle persone giuridiche: un dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1336;
- SFAMENI P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.

- VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002;
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Modello organizzativo e codici di comportamento*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Quaderno di ricerca n. 3, Luiss, Roma, 2003, p. 9;
- SGUBBI F., *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 7;
- SHLEGEL K., *Just desert for corporate criminals*, Boston, 1990;
- SIMESTER A.P., SULLIVAN G.R., *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2000;
- SIMON H., *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna, 1967;
- SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995;
- SIRACUSANO D., *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959;
- SMITH J. C., HOGAN B., *Criminal law*, Londra-Edimburgo-Dublino, 1996;
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, Parigi, 2000;
- STEINLE-FEUERBACH M. F., *Infractions non intentionnelles et responsabilité pénale des collectivités territoriales: entre singularité et pragmatisme*, in *JCP*, n. 29, 2007, p. 17;
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p.;
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1255;
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003;
- STORTONI L., *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1176;

- STORTONI L., TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 8;
- SULLIVAN B., *Corporate Killing – Some Government Proposals*, in *Crim. L. R.*, 2001, p. 32;
- SULLIVAN G.R., *Expressing Corporate Guilt*, in *O.J.L.S.*, 1995, p. 281;
- SULLIVAN G.R., *The attribution of culpability to limited companies*, in *Camb. L.R.*, 1996, p. 515;
- THEVENOZ L., *Responsabilité pénale de l'entreprise*, in *L'Expert-comptable suisse*, 7/2003, p. 1;
- TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1172;
- TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 617;
- TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006;
- TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le Società*, 2001, p. 1304;
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;
- TRIPODI A.F., *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 483;
- VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Milano, 1988;
- VASSALLI G., voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985;
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003;

- VIGNOLI A., *La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 106;
- VILLANI E., *Trasferimento di funzioni e «presunzione di delega»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1005;
- VINCIGUERRA S., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2001;
- VINCIGUERRA S., *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992;
- VISENTINI G., *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 89;
- WALLON P., *La responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 1996, p. 265 ;
- WALSCH C.J., PYRICH A., *Corporate Compliance programs as a defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Souls?*, in *Rutgers L. R.*, 1995, p. 605;
- WELLS C., *The decline and Rise of English Murder: Corporate Crime and Individual Responsibility*, in *Crim. L. R.*, 1988, p. 788;
- WELLS C., *Manslaughter and corporate crime*, in *N. L. J.*, 1989, p. 931;
- WELLS C., *Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability*, in *Crim. L. R.*, 1993, p. 551;
- WELLS C., *Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v. Natrass Revisited*, in *Mod. L. R.*, 1994, p. 817;
- WELLS C., *The Corporate Manslaughter Proposals: Pragmatism, Paradox and Peninsularity*, in *Crim. L. R.*, 1996, p. 545;
- WELLS C., *Prosecuting safety – a cautionary tale*, in *N.L.J.*, 2000, p. 1648;
- WELLS C., *Corporations and criminal Responsibility*, 2001;

- WHEELER-ROTHMAN, *The Organization as Weapon in White-Collar Crime*, in NELKEN, (a cura di), *White Collar Crime*, 1994;
- WOLF S., *The legal and moral responsibility of organizations*, in *Criminal justice*, a cura di J. R. Pennock e J. W. Chapman, New York-Londra, 1985, p. 267;
- WRIGHT F.B., *Criminal Liability of Directors and Senior Managers for Deaths at Work*, in *Crim. L.R.*, 2007, p. 949;
- ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 31;
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924;
- ZOPPINI A., *Imputazione dell'illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1331;
- ZUGALDÌA ESPINAR J. M., *Comentarios al Nuevo Código penal, Artículo 129*, Pamplona, 1996.