

UNIVERSITA' COMMERCIALE "LUIGI BOCCONI" -

MILANO

Istituto di Diritto Comparato

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Impresa

XIX Ciclo

**CORPORATE MANSLAUGHTER E RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI
ENTI PER FATTISPECIE COLPOSE D'EVENTO**

Relatore: Chiar.mo Prof. Francesco MUCCIARELLI

Tesi di:

Matteo SACCAVINI

Matr. n. 935775 dt

Anno Accademico 2007-2008

Corporate Manslaughter e responsabilità “da reato” degli enti per fattispecie colpose d’evento

Cap. 1 - Dalla *vicarious liability* al *Corporate Manslaughter*: corporate criminal liability nel sistema inglese, fra tradizione ed esigenze di riforma.

1.1 Gli albori del modello tradizionale: la vicarious liability.

1.2 (segue) La responsabilità per le mens rea offences: i tentativi di espansione del modello della vicarious liability.

1.3 Il modello della identification

1.4 La corporation ed il reato di manslaughter: il disastro di Zeebrugge.

1.5 (segue) La corporation ed il reato di manslaughter: le strettoie della criminalizzazione in concreto.

1.6 Alcuni recenti sviluppi del case-law.

1.7 Il caso Great Western Trains e la riaffermazione dell’applicabilità del Tesco principle al reato di manslaughter.

1.8 Le proposte della Law Commission.

1.9 Le proposte successive

1.10 La nuova fattispecie di corporate manslaughter

Cap. 2 - La struttura del d.lgs. 231/2001: profili problematici in relazione a fattispecie colpose: i criteri di imputazione oggettiva.

1.1 Il rapporto “qualificato” con l’ente: “apicali” e subordinati

1.2 “Interesse” e “vantaggio”: criteri alternativi o cumulativi?

1.3 Le declinazioni giurisprudenziali

1.4 Struttura del fatto colposo e reato commesso “nell’interesse”

1.5 La probabile “soluzione” giurisprudenziale, formulazioni alternative prese in considerazione durante i lavori di redazione del Decreto e proposte interpretative de jure condito: l’interesse indiretto o mediato dell’ente.

1.6 Il criterio della “congruità”, riferimenti comparatistici: “intent to benefit” e “scope of employment”

1.7 (segue) Il reato commesso “pour compte” della persona giuridica

1.8 Preferibilità di una riformulazione

CAP. 1 - Dalla vicarious liability al corporate manslaughter: la corporate criminal liability nel sistema inglese, fra tradizione ed esigenze di riforma.

1.1 Gli albori del modello tradizionale: la vicarious liability.

Nonostante la *section 14* del *Criminal Law Act* avesse, sin dal 1827, espressamente dichiarato che il termine “*person*”, se contenuto in un *criminal statute*, dovesse intendersi come riferito anche alle persone giuridiche (*legal persons*), le prime pronunce in tal senso si sono fatte attendere alcuni decenni¹. Lo strumento concettuale utilizzato, a tal fine, era - e, limitatamente ad alcune ipotesi, è tuttora - costituito da una forma di responsabilità per posizione (*vicarious liability*), la quale, sviluppatasi in ambito civilistico, ha finito per colonizzare i settori del diritto penale governati dalla regola della *strict liability*². La regola del *respondeat superior*, di origine medievale e nata per regolare la responsabilità del padrone (*master*) per gli illeciti del servo (*servant*), si era, in ambito civile, gradualmente svincolata dalla necessità, ai fini dell’affermazione della responsabilità del *master*, che questi avesse espressamente ordinato la commissione dell’illecito: dapprima attribuendo rilevanza anche all’ordine implicito (*implied command*) e, successivamente, fondando la responsabilità sulla semplice relazione intercorrente tra *employer* ed *employee*, purché quest’ultimo avesse commesso l’illecito nell’ambito della attività lavorativa (*within the scope of employment*)³.

¹ Tra le prime pronunce a fare applicazione del modello della *vicarious liability* in campo penale cfr.: *R. v. Birmingham and Gloucester Rly Co.* (1842) 3 QB 223, relativa ad ipotesi omissive (*non-feasance*) e, qualche anno più tardi, *R. v. Great North of England Rly Co.*, (1846) 9 QB 315, che ha esteso il campo di applicazione del modello ad ipotesi commissive (*misfeasance*). Cfr., sul punto, WINN, *the criminal responsibility of corporations*, in *Cam.L.J.*, 1929, 398 ss.; LEIGH, *The criminal liability of corporations and others groups*, in *Ottawa L.Rev.*, 1977, 249 ss.; PINTO/EVANS, *Corporate criminal liability*, London, 2003, 15 ss.; DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, 148, GOBERT/PUNCH, *Rethinking corporate crime*, London, 2003, 54. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 28 ss.

² In generale le corti inglesi escludono l’applicabilità della *vicarious liability* in ambito penale: “*It is a point not to be disputed that in a criminal case the principal is not answerable for the act of his deputy, as he is in civil cases; they must each answer for their own acts, and stand or fall by their own behaviour*” (*Huggins* [1730] 92 ER 518, per Raymond CJ)

³ Cfr. PINTO/EVANS, *op. cit.*, 18. Cfr. inoltre *Kirby v. N.C.B.* [1958] SC 514, 533: dove si dà rilievo al fatto che l’*employee* abbia svolto “*some authorised task in an unauthorised manner*”.

Una volta consolidatasi nella giurisprudenza civile la possibilità di affermare la responsabilità del *master* per gli illeciti commessi dal *servant* a prescindere da ogni profilo di colpevolezza⁴, e considerata la presenza, in diritto inglese, di alcune ipotesi di responsabilità penale parimenti svincolate dal requisito della *mens rea*⁵, risulta evidente come le corti abbiano potuto - pur in questo ristretto ambito - aggirare le tradizionali obiezioni alla configurabilità di una responsabilità penale delle *legal persons*, fondate sull'asserita incapacità d'azione e sull'impossibilità di configurare in capo ad un ente collettivo la presenza di uno stato soggettivo⁶.

Sin dai primi anni del ventesimo secolo, dunque, si era consolidata, in giurisprudenza, una posizione secondo la quale le *corporations* potevano essere soggette a responsabilità penale, a condizione che il reato oggetto dell'imputazione rientrasse nelle categorie di *public nuisance*, *criminal libel*, o, per quello che più interessa nell'economia di questo lavoro, delle c.d. *statutory offences*, purché si trattasse di ipotesi di *strict liability*⁷, tali dunque da porre fuori gioco lo spinoso problema della compatibilità di un *mens rea element* con le caratteristiche della *corporation*⁸.

⁴ si osservi come le corti civili non avessero incontrato particolare difficoltà nell'affermare che il *principal* potesse essere una *corporation*: cfr., ad esempio, *Ranger v. Gt. Western Ry Co* (1854), riportata da PINTO/EVANS, op. cit., 19, dove si afferma la responsabilità (civile) di una *corporation* per una frode commessa dai suoi *agents*: "Strictly speaking, a corporation cannot itself be guilty of fraud. But [...] there can be no doubt that if the agents employed conduct themselves fraudulently, so that if they had been acting for a private employer, the person for whom they were acting would have been affected by their fraud, the same principles must prevail where the principal under whom the agent act is a corporation" (per Lord Cottenham LC).

⁵ Al di là dei *common law crimes* di *public nuisance* e *criminal libel* si tratta essenzialmente di alcune ipotesi di *statutory offences*: "A master is not criminally responsible for a death caused by his servant's negligence, and still less for an offence depending on the servant's malice; nor can he a master be held criminally liable for the guilt of his servant in receiving stolen goods knowing them to be stolen. and this principle of common law applies also to statutory offences, with the difference, that it is in the power of the Legislature, if it so pleases, to enact [...] that a man may be convicted and punished for an offence although there was no blameworthy condition of mind about him" (*Chisholm v. Douulton* [1889] 22 QBD 736, 741, per Cave J). L'individuazione delle ipotesi di *strict liability* diviene dunque una questione di interpretazione (*construction*) della norma incriminatrice di volta in volta invocata (cfr.

⁶ "A corporation is incapable of an act of understanding and has no will to exercise" (*Case of Sutton's Hospital* (1612) 10 Rep. 1a.)

⁷ In realtà l'area di applicabilità della *vicarious liability* e della *strict liability* non sono perfettamente congruenti, nel senso che sussistono ipotesi di *strict liability* cui non si ritiene applicabile la *fiction* costituita dalla responsabilità vicaria (ad esempio le fattispecie di *dangerous* o *careless driving*) ovvero ipotesi in cui le corti hanno ritenuto di poter applicare la *vicarious liability* anche a *statutory offences* non riconducibili al modello della *strict liability* (cfr. Pinto/Evans, op. cit., 23).

⁸ Cfr. *Pearks, Gunston & Tee Ltd v. Ward* [1902] 2 KB 1, 11, per Channel J: "By the general principles of criminal law, if a matter is made a criminal offence, it is essential that there should be something in the

In una sorta di *limbo*, caratterizzato dall'incertezza, si trovava - ed in parte tuttora si trova⁹ - relegato un insieme di *statutory offences* (c.d. *hybrid offences*), strutturate come ipotesi di *strict liability*, cui si affianca la previsione di una *due diligence defence*¹⁰. Sarà proprio rispetto a queste ipotesi di confine, comprese in un settore del diritto penale inglese già "colonizzato" dalla *corporale criminal liability*, ma caratterizzate dalla necessità di compiere alcune indagini in ordine alla *mens rea* della *corporation*, che si svilupperà l'ulteriore criterio di imputazione della *identification*, che - seppure con numerosi limiti e non poche strettoie - si dimostrerà capace di "reggere" l'estensione della responsabilità penale della *corporation* alle *mens rea offences* e, in particolare, ai *common law crimes*.

1.2 (segue) La responsabilità per le *mens rea offences*: i tentativi di espansione del modello della *vicarious liability*.

Una prima indicazione circa la possibilità di estendere il campo di applicazione del modello della *vicarious liability* oltre il confine delle *strict liability offences* è reperibile in un *obiter dictum* del giudice Channel in *Pearks, Gunston & Tee*¹¹. Nonostante in quel caso si trattasse di applicare una *strict liability offence* (prevista dalla s. 6 del *Food and Drugs Act 1875*), il giudice Channel assume una posizione di parziale apertura circa l'applicabilità alla *corporation* della fattispecie prevista dalla *section 3* di quell'*Act* (una *hybrid offence*):

"As to s.3 there is a slight difference, because, [...] it seems that a mens rea is involved in the offence, though it need not be proved by the prosecution, as it must be in ordinary criminal cases. [...] A provision of that kind is enacted where the Legislature desires to prevent the act from

nature of mens rea, and, therefore, in ordinary cases a corporation cannot be guilty of a criminal offence, nor the master can be made criminally liable for an offence committed by his servant. But there are exceptions to this rule [...] where [...] the Legislature has thought it so important to prevent [a] particular act from being committed that it absolutely forbids it to be done. and if it is done, the offender is liable to a penalty whether he had any mens rea or not and whether or not he intended to commit a breach of the law. Where the act is of this character, then the master [...] responsible and is liable to a penalty. There is no reason why he should not be, because the very object of the Legislature was to forbid the thing absolutely. It seems to me that exactly the same principle applies in the case of a corporation".

⁹ Cfr. ad esempio *Tesco Ltd v. Brent London Borough Council* [1993] 2 All. ER 718, caso discusso *infra*

¹⁰ Di fatto si tratta di fattispecie caratterizzate da un'inversione dell'onere della prova relativamente alla *mens rea*: nel senso che è consentito all'imputato di provare di aver usato tutta la diligenza necessaria ad evitare il reato (che pure si è verificato) ovvero di aver adottato tutte le precauzioni possibili, etc. (le formulazioni naturalmente variano a seconda delle specifiche disposizioni in cui sono inserite).

¹¹ cit. alla nota 8

being don, though it is recognised that there may be cases in which the act is done innocently [...]. In those cases, the defendant can prove his innocence [...]. There may, therefore, be more difficulty in applying the rule in those cases to a corporation than there is under s.6. Speaking for myself, I am inclined to think that a corporation would come under s.3 as well as under s.6, but the question is not quite so clear, and possibly it may have to be argued hereafter. The decision of the present cases does not, however, involve a decision of that question”¹².

Un decennio più tardi la questione fu nuovamente affrontata nel caso *Chuter v. Freeth & Pocock Ltd*¹³. Il caso riguardava l’adulterazione di una “partita” di latte (che era stato diluito con acqua): il venditore (una persona fisica)¹⁴ fu assolto, ritenendo la corte che egli non avesse motivo di dubitare della veridicità delle assicurazioni della società fornitrice circa la genuinità del latte. Anche la società fornitrice fu incriminata; tuttavia, poiché la s. 20 dell’*Act* prevedeva una *defence* per chi, pur avendo fornito all’acquirente un *false warranty*, avesse ragione di credere (*believe*) che il *warranty* fosse veritiero, il giudice di prima istanza ritenne di non poter applicare quella fattispecie ad una *corporation*¹⁵. La decisione fu ribaltata in appello dalla *Divisional Court* (relativamente alla posizione della *Freeth & Pocock Ltd*):

“Where a person is capable of giving a warranty that person is liable to a fine. There is no reason why a warrant should not be given by a corporation. It can give a warranty through its agents, and through its agents it can believe or not believe, as the case may be, that the statements in the warranty are true. Further, the question in this case has in substance been decided by channel J in Pears, Gunston & Tee v. Ward”¹⁶.

Il processo di estensione del campo di applicazione della *vicarious liability* si spinse oltre con il caso *Moussel Bros Ltd v. London & North West Rly Co Ltd*¹⁷, anche qui si trattava di applicare una *statutory offence*, che però non prevedeva una ipotesi di *strict liability* ed era anzi caratterizzata dalla previsione di un dolo

¹² *Pears, Gunston & Tee, cit.*, p. 12

¹³ [1911] 2 KB 832 (DC)

¹⁴ Cui venne contestato il reato previsto dalla s. 6 del *Food and Drugs Act 1899*

¹⁵ “Only such a person could commit the offence as was capable of believing, and a corporation having no mind could not exercise that faculty” (il passaggio è riportato nella decisione della *Divisional Court, cit.*, 836)

¹⁶ *Chuter v. Freeth & Pocock Ltd, cit.*, 836 (per Lord Alverstone CJ).

¹⁷ [1917] 2 KB 836

specifico¹⁸: ciononostante la corte ritenne di poter ricorrere al modello della *vicarious liability*, affermando di conseguenza la responsabilità della *Moussel Bros Ltd*:

*“I think, looking at the language of this Act, that the Legislature intended to fix responsibility for this quasi-criminal act upon the principal if the forbidden acts were done by his servant within the scope of his employment. If that is the true view, there is nothing to distinguish a limited company from any other principal, and the defendants are properly made liable for the acts of Foss”*¹⁹.

Come si può notare, anche in questa occasione la questione è affrontata e risolta sul piano della interpretazione dello specifico *statute*:

*“While prima facie a principal is not to be made criminally liable for the acts of his servants, yet the legislature may prohibit an act or enforce a duty in such words as to make the prohibition or the duty absolute; in which case the principal is liable if the act is in fact done by his servants”*²⁰.

Il profilo innovativo della decisione è costituito dal fatto che i giudici, in questo caso, si preoccuparono di valutare se lo *statute* in questione dovesse essere interpretato nel senso di imporre una responsabilità assoluta in capo al *principal*, estendendo dunque il meccanismo di imputazione proprio della responsabilità vicaria anche al *mens rea element* previsto dalla fattispecie incriminatrice²¹: l’impianto argomentativo è dunque simile a quello adottato in *Freeth & Pocock*, ma per la prima volta se ne fa applicazione rispetto ad un *mens rea offence*, che

¹⁸ La s. 98 del *Railways Clauses Consolidation Act 1845* imponeva al proprietario o alla persona responsabile dei beni oggetto di un contratto di trasporto ferroviario di fornire un *exact account* degli stessi al soggetto incaricato dalla compagnia ferroviaria di ricevere il pagamento della tariffa di trasporto (*exactor of tolls*). La successiva s. 99 incriminava la condotta di chi avesse fornito un *false account* con l’intenzione di evitare il pagamento (*with intent to avoid the payment of tolls*). Nel caso di specie la frode fu commessa da un impiegato che, conformemente agli ordini ricevuti da Mr. Foss, un *manager* della *Moussel Bros* (inspiegabilmente non incriminato), aveva consegnato delle bolle di accompagnamento che fornivano una descrizione della merce non veritiera. La *Moussel*, condannata in primo grado al pagamento di una *fine*, propose appello, sostenendo la non applicabilità di una *mens rea offence* ad una *corporation*.

¹⁹ *Moussel Bros Ltd., cit.*, 845, per Viscount Reading CJ.

²⁰ *Moussel Bros Ltd., cit.*, 845, per Atkin J.

²¹ Atkin J precisa che, per stabilire se uno *statute* sia concepito in modo tale da configurare una *vicarious liability* in capo al *principal*, si debbano prendere in considerazione “[...] *the object of the statute, the words used, the nature of the duty laid down, the person upon whom it is imposed, the person by whom in ordinary circumstances it would be performed, and the person upon which the penalty is imposed*”.

pone l'onere probatorio in capo alla *prosecution*. Il giudice Atkin è chiarissimo sul punto:

*“I see no difficulty in the fact that an intent to avoid payment is necessary to constitute the offence. That is an intent which the servant might well have, inasmuch as he is the person who has to deal with the particular matter. The penalty is imposed upon the owner for the act of the servant if the servant commits the default provided for in the statute in the state of mind provided for by the statute. Once it is decided that this is one of those cases where a principal may be held liable criminally for the acts of his servant, there is no difficulty in holding that a corporation may be the principal. No mens rea being necessary to make the principal liable, a corporation is in exactly the same position as a principal who is not a corporation”*²².

La dottrina inglese esprime giudizi contrastanti sulla decisione in discussione. Mentre il riferimento, nella *opinion*, del giudice Atkin, alla natura del dovere imposto dallo *statute*, alla persona cui tale dovere è imposto, e alla persona che in circostanze ordinarie ponga materialmente in essere la condotta doverosa avrebbero potuto fornire la base concettuale per futuri sviluppi nel senso di una differenziazione del campo di applicazione della *vicarious liability* per le *corporation* e per le persone fisiche, posto che il soggetto collettivo agisce strutturalmente per mezzo di queste ultime²³, alcuni commentatori ritengono che la corte abbia fatto applicazione del *principle of delegation*²⁴, opinione che

²² IBIDEM

²³ Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 43; WELLS, *op. cit.*, 91: “It does not seem that it was an oversight which led to vicarious liability for statutory offences being imposed beyond the realm of strict liability. [...] It was only later that Moushel became confined to its position as an exception, it could just as easily have provided a springboard for an entirely different development.”

²⁴ In questo senso LEIGH, *op. cit.*, 78, LOTTINI, *op. cit.*, 43. Per quanto attiene al *delegation principle*, si tratta di un'eccezione alla normale inapplicabilità della *vicarious liability* alla responsabilità penale (anche delle persone fisiche) che opera rispetto a reati che, con terminologia continentale, potremmo definire “propri”, in ipotesi in cui le corti considerino non delegabili i doveri gravanti sull'*intra-neus*, che in tal caso sarà oggettivamente responsabile del fatto commesso dal delegato. Cfr. PINTO/EVANS, *op. cit.*, 67 ss. In giurisprudenza v., ad esempio, *Allen v. Whitehead* [1930] 1 KB 211 o *Linnet v. Metropolitan Police Commissioner* [1946] KB 290, DC: il *licensee* di un pub viene condannato per il reato di “*knowingly permit a disorderly conduct*” nonostante, avendo affidato il locale ad un dipendente, si fosse allontanato prima della commissione del fatto. Questo il *dictum* di Lord Goddard CJ: “The point does not, as I say, depend merely on the fact that the relationship of master and servant exists; it depends on the fact that the person who is responsible in law as [...] the licensee of the house has chosen to delegate his duties, powers and authority to somebody else [...]. If the manager chooses to delegate the carrying on of the business to another, whether or not that other is his servant, then what that other does or what he knows must be imputed to the person who put the other into that position”.

sembra confortata dal passaggio della sentenza citato da ultimo, ove emerge chiaramente come il giudice Atkin ritenesse del tutto analoghe le posizioni del *principal* - persona fisica e del *principal* - persona giuridica²⁵.

Una “*early opportunity*”²⁶ che avrebbe potuto fornire un’occasione per “mettere a frutto” le potenzialità insite negli sviluppi giurisprudenziali sopra accennati²⁷ si presenta nel 1926, in occasione di uno sciopero di minatori. Un edificio di proprietà della *Cory Brothers Ltd*, società attiva nel campo dell’estrazione mineraria, era stato circondato, al fine di proteggerlo da eventuali atti vandalici o saccheggi da parte degli scioperanti, da una recinzione elettrificata. Uno degli scioperanti, entrato accidentalmente in contatto con la recinzione, fu folgorato, perdendo la vita. Delle *private prosecutions*²⁸ furono proposte nei confronti della *Cory bros* e di tre dipendenti; i reati contestati erano quelli di *manslaughter* e di *setting up a mantrap*²⁹.

La *corporation* venne rinviata a giudizio, ma fu immediatamente prosciolta³⁰, ritenendo la corte che non si potesse procedere nei confronti di una *corporation* né per un *felony*, né per un reato implicante violenza sulle persone:

“*I consider myself bound by the authorities which show quite clearly that as the law stands an indictment will not lie against a corporation either for a felony or a dismeanour of the nature set out in the second count of this indictment*”³¹.

Come si rileva in dottrina, tale esito non era certo inevitabile³²: il giudice Finlay cita solo quattro precedenti³³, tutti risalenti, e - soprattutto - non ne analizza in

²⁵ Anche in tal caso si sarebbe comunque trattato di un’applicazione peculiare del *delegation principle*, che normalmente viene invocato in ipotesi in cui l’*intraneus* abbia delegato l’insieme di tutti i suoi doveri e poteri (cfr. PINTO/EVANS, *op. cit.*, 68: “*the authorities make it clear that for the doctrine to be invoked the license holder must have delegated the whole of his authority to another. In effect it must be shown that the licensee is not managing the business himself but has delegated the management to someone else*”). Cosa che non risulta fosse avvenuta in *Moussel*.

²⁶ WELLS, *op. cit.*, 91

²⁷ Un ulteriore tassello, che si era andato ad aggiungere alla tendenza allo “sconfinamento” nel campo delle *mens rea offences*, era costituito dalla *section 33* del *Criminal Justice Act 1925*, che aveva rimosso gli ostacoli di ordine procedurale all’esperimento di un’azione penale nei confronti di una *company* (obbligo di comparire “di persona”).

²⁸ Dalla *South Wales Miners’ Federation*, la *trade union* cui apparteneva la vittima.

²⁹ Una *statutory offence* prevista dalla s. 31 del *Offences Against the Person Act 1861*.

³⁰ Le *prosecution* contro i tre dipendenti si conclusero con delle assoluzioni.

³¹ *R. v. Cory Bros Ltd* [1927] 1 KB 810, 817 per Finlay J.

³² PINTO/EVANS, *op. cit.*, 36

³³ tra le quali spiccano *Birmingham & Gloucester Rhwy*, cit. (“[...] a corporation may be indicted for a breach of a duty imposed on it by law though not for a felony or for crimes involving personal violence” per

alcun modo l'impianto argomentativo³⁴. Non appare nemmeno chiaro se il giudice abbia ritenuto inapplicabile le fattispecie contestate alla *corporation* per motivi procedurali (ormai superati o irrilevanti per la decisione del caso *de quo*) ovvero per motivi d'ordine sostanziale. Rispetto a questi ultimi la vera questione da affrontare sarebbe stata quella concernente l'applicabilità ad una *corporation* di una *mens rea offence*³⁵, il fondamento della decisione, pur nell'evidenziata laconicità della motivazione, appare invece strettamente connesso alla tipologia dei reati contestati.

In ogni caso, quali che siano i motivi sottostanti³⁶, la decisione in esame ha sbarrato la strada ad ulteriori sviluppi del modello della *vicarious liability*, finendo per relegare *Moussel* nei confini dell'eccezionalità³⁷ e costringendo le corti inglesi a percorrere vie diverse in materia di *corporate criminal liability* per le *mens rea offences*³⁸.

1.3 Il modello della identification

Come si è evidenziato, non è ben chiaro quali siano stati i motivi che hanno spinto la corte a negare la responsabilità della *corporation* in *Cory Bros*: non è dato sapere nemmeno se il giudice Finlay abbia impostato la questione sul piano della *vicarious liability* ovvero su quello di una responsabilità diretta (*personal*

Patterson J) e *Great North of England Rlwy*, cit. (“Some dicta occur in old cases: ‘a corporation cannot be guilty of treason or felony’. It might be added ‘of perjury, or offences against the person’” per Denman CJ).

³⁴ “[I]t may be well that the law ought to be altered; on the other hand it may be that these authorities still govern the law. [...] Now in that stae of the authorities, I concieve that the less I say about this matter, the better” (*Cory Bros*, cit., 817)

³⁵ Più specificatamente si sarebbe trattato di valutare, rispetto al reato di *manslaughter*, un *common law crime*, la “esportabilità” del meccanismo imputativo individuato in *Moussel* in quell’ambito del diritto penale, e, rispetto alla *statutory offence*, di valutare, sul piano dell’interpretazione dello specifico *statute*, l’applicabilità o meno della *vicarious liability*.

³⁶ Si veda WELLS, *op. cit.*, 92-93: “It is fairly clear that much of the early opposition to corporate liability came from, or at least hid behind, obstacles of a procedural nature that dictated that corporations were untouched by certain crimes. When the procedural difficulties were removed the substantive conclusions which had been drawn from them were retained. In other words, procedure bound courts in the mid-nineteenth century to the conclusion that corporation could not be guilty of a felony. Once those bonds were removed, courts then quoted previous cases as precedent for the conclusion that corporations could not be guilty of felony”.

³⁷ Cfr. WELLS, *op. cit.*, 91

³⁸ Già un commentatore coevo alla pronuncia (WINN, *op. cit.*, 402 ss), dopo aver sottolineato come fosse difficilmente immaginabile che ad una decisione di tale rilievo, quale quella di erigere una recinzione elettrificata, potesse essere completamente estraneo il CdA della *Cory Bros*, conclude con i seguenti rilievi: “[...] the intra vires decision and commando of the board of directors are factually, and should be legally, de decisions of the corporations [...]. A corporation should be answerable criminally as well as civilly for the acts of its primary rapresentatives”.

liability) della *corporation*³⁹. Fatto sta, in ogni caso, che le corti inglesi, nello sviluppare un modello di imputazione applicabile alle *mens rea offences* (o comunque in ogni caso ove non si potesse far ricorso al modello della *vicarious liability*) dovettero rivolgersi a ad un paradigma imputativo - almeno in parte - differente, che si era andato sviluppando in seno alla *law of torts*. L'idea di fondo che anima il principio della *identification* (che mostra non pochi punti di convergenza con la teoria organica⁴⁰) è che una cerchia più o meno ampia di soggetti incardinati nella struttura della *company* non possa essere considerata come qualcosa di altro rispetto ad essa, ma piuttosto che la *corporation* in tali soggetti si identifichi, sicché le azioni e gli stati soggettivi di tali individui possano considerarsi, a tutti gli effetti, le azioni e gli stati soggettivi del soggetto collettivo.

Il *leading case* è considerato *Lennard's Carrying Co Ltd v. Asiatic Petroleum Co Ltd*⁴¹, relativo ad una causa per risarcimento dei danni. Il caso riguardava il naufragio di una nave a vapore adibita al trasporto di prodotti petroliferi, la *Edward Dowson*, di proprietà della *Lennard's*, con conseguente perdita del carico (circa 2.000 tonnellate di benzina di proprietà della *Asiatic Petroleum*). Si accertò che il naufragio era stato causato - oltre che dalle avverse condizioni meteo - dal cattivo stato di manutenzione delle caldaie della nave. Condannata in primo grado al risarcimento, la *Lennard's* impugnò la decisione, appellandosi alla s. 502 del *Merchant shipping Act 1894*, che stabiliva che il proprietario non dovesse rispondere dei danni, qualora provasse che questi non fossero dovuti a sua colpa⁴². La tesi difensiva, imperniata sull'argomentazione secondo la quale la colpevolezza di Mr. Lennard, uno dei *directors* della società, espressamente nominato *managing owner* della nave, non potesse essere attribuita alla società, in quanto egli sarebbe stato un mero *agent* della stessa⁴³, venne rigettata dalla corte:

³⁹ PINTO/EVANS, *op. cit.*, 39

⁴⁰ Cfr. PINTO/EVANS, *op. cit.*, 48, che sottolineano come il *leading case* (in ambito civile) sia stato probabilmente influenzato dal diritto societario tedesco. (la decisione, del 1915, è *Lennard's Carrying Co Ltd v. Asiatic Petroleum co Ltd* discussa *infra* nel testo). Riprende le argomentazioni di Pinto e Evans LOTTINI, *op. cit.*, 48-9

⁴¹ [1915] AC 705, HL

⁴² Section 502: "the owner of a British sea-going ship, or any share therein, shall not be liable to make good to any extent whatever any loss or damage happening without his actual fault or privity [...]"

⁴³ Si rammenti che nel caso di specie, data la formulazione della norma invocata dalla società appellante, non poteva trovare applicazione la *vicarious liability*.

“A corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation; the very ego and centre of the personality of the corporation. [...] This is known for certain, Mr. Lennard took the active part in the management of the ship on behalf of the owners and [...] was registered as the person designated for this purpose in the ship’s register. Mr. Lennard therefore was the natural person to come on behalf of the owners and give full evidence not only about the events [...] but about his own position and as to whether or not he was the life and soul of the company. For if Mr Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a corporation is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself within the meaning of s. 502. [...] it must be upon the true construction of that section in such a case as the present one that the fault or privity is the fault or privity of somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself”⁴⁴.

Come si può notare, la corte non prende posizione circa la questione se Mr. Lennard costituisse o meno l’*alter ego* della società. Potendo far leva sull’onere probatorio gravante sull’*owner* non è sorto il bisogno di risolvere la questione, ma certo non si esclude la possibilità di un tale esito ed, anzi, l’attribuzione formale di un determinato ruolo (*managing owner*) è considerata dalla corte un fatto altamente indiziante in tal senso.

In generale la giurisprudenza sviluppatasi nel settore della *law of torts* prese a far ricorso alla dottrina dell’*alter ego* in ipotesi in cui non potesse applicarsi la regola del *respondeat superior*, al fine di scongiurare la creazione di inopportuni vuoti di tutela⁴⁵, creando così un terreno di coltura cui la giurisprudenza penale poté attingere quando si trattò di imputare ad una *corporation* una *mens rea offence*.

⁴⁴ *Lennard’s Carrying Co Ltd v. Asiatic Petroleum Co Ltd*, cit., 713, per Viscount Haldane LC

⁴⁵ Cfr. WELSH, *The criminal liability of corporations*, in *LQR*, 1946, 345, 350 ss., ove si sottolinea come l’afferinarsi, nella *law of torts*, della regola del *common employment* (in base alla quale il *master* non è responsabile dei danni causati da un suo *servant* ad un altro *fellow-servant*, ma solo di quelli causati dalla sua personale negligenza) avrebbe potuto produrre gravi vuoti di tutela se i *directors* fossero stati considerati dei meri *agents*, posto che in tal modo, di fatto, un *master*-persona giuridica non sarebbe mai stato civilmente responsabile di alcun danno causato ai propri dipendenti. Si andò così consolidandosi nella *law of torts* un orientamento favorevole all’imputazione alla *corporation* anche di *personal negligence*: cfr., ad esempio, *Fanton v. Denville* [1932] 2 KB 309 (“*a general manager of the company is deemed to be an alter ego of the*

Nel 1944, con tre “rivoluzionarie”⁴⁶ decisioni, l’*alter ego principle* fu “importato” dalle corti penali, aprendo così la strada, da un lato, ad un’applicazione generalizzata della *corporale criminal liability*, e, dall’altro, dando inizio al dimorfismo che caratterizza tuttora la *corporate criminal liability* in Inghilterra. Nella prima, *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd*⁴⁷, il *transport manager* della società imputata aveva prodotto una falsa attestazione allo scopo di ottenere un maggior numero di buoni benzina. La società fu imputata di aver utilizzato un documento falso e di aver attestato il falso (comportamenti incriminati dal *Motor fuel Rationing Order (n.3) 1941* e dalla *regulation n. 82 dei Defence (general) regulation 1939*). In primo grado si accertò che il *transport manager* aveva agito con la *mens rea* prevista dalle norme - rispettivamente l’intento di ingannare (*intent to deceive*) il servizio di razionamento e la consapevolezza (*knowledge*) della falsità delle attestazioni - ma la società venne assolta, poiché, richiedendo l’imputazione che fosse provato “*an act of will or state of mind*”, si ritenne che questo non potesse essere imputato alla *corporation*. La decisione fu impugnata davanti alla *Divisional Court* che, ribaltando la decisione dei giudici di primo grado, affermò la responsabilità della *Kent and Sussex*. Al di là del risultato cui pervenne la corte, tuttavia, risulta difficile inquadrare le motivazioni che ne hanno fondato la decisione. Il *thema decidendum* è individuato in termini piuttosto netti dal giudice Caldecote:

“*This special case raises the question whether a limited company being a body corporate, can in law be guilty of the offence charged [...] or whether a company is incapable of any act of will or state of mind such as that laid in the information*”⁴⁸. [...] *The real point we have to decide is whether a company is capable of an act of will or state of mind, so as to be able to form an intention to deceive or to have knowledge of the truth or falsity of a statement*”⁴⁹.

Ed altrettanto netto è il modo in cui vengono liquidate le argomentazioni difensive:

company, and it would be responsible for his personal negligence”); *Rudd v. Elder Dempster & Co* [1933] 1 KB 566 (che estende l’applicabilità del principio anche al *managing director* “*or other person having authority from the board of directors to conduct the company’s business*”). Cfr. altresì WELLS, *op. cit.*, 96; LOTTINI, *op. cit.*, 46 ss.

⁴⁶ Così le definisce WELSH, *op. cit.*, 346.

⁴⁷ [1944] 1 KB 146.

⁴⁸ *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd*, *cit.*, 149.

⁴⁹ *Sent. ult. cit.*, 151.

“I think that a great deal of [the] argument on the question on whether there can be imputed to a company the knowledge or intent of the officers of the company falls to ground, because although the directors or general managers are its agents, they are something more. A company is incapable of acting or speaking, or even thinking except in so far as its officers have acted, spoken or thought. [...] The offences created by the regulation are those of doing something with intent to deceive or of making a statement known to be false in a material particular. There was ample evidence [...] that the company, by the only people who could act or speak or think for it, had done both these things [...]. The officers are the company for this purpose [...]”⁵⁰.

Le *authorities* citate, tuttavia, sono tutte sentenze che avevano applicato il paradigma imputativo della *vicarious liability* (ad esempio *Moussel Bros e Pearks, Gunston and Tee Ltd*), e delle sentenze civili che avevano sviluppato la *alter ego doctrine* non è fatta menzione. I *dicta* di altri membri della corte, inoltre, sono formulati in termini maggiormente ambigui, sicché le letture della decisione offerte dalla dottrina anglosassone non sono pienamente uniformi: una corrente minoritaria dubita che ad essa abbia dato effettivamente applicazione in ambito penale al *principle of identification*⁵¹, mentre la maggior parte degli autori ritiene, al contrario, che il caso in esame ne rappresenti la prima applicazione⁵².

Quale che sia la vera portata della decisione della *divisional court* in *Kent and Sussex*, l'ingresso del principio dell'identificazione nel *case-law* penalistico venne definitivamente sancito, alcuni mesi più tardi, dalla seconda delle decisioni menzionate, *R. v. ICR Haulage*⁵³, che assume un rilievo particolare in quanto il reato contestato consisteva in una *conspiracy to defraud*, un *common law crime* per il quale è certamente escluso il ricorso alla *vicarious liability*.

Più precisamente la società fu accusata, insieme ad altri nove imputati-persone fisiche, tra le quali figurava l'amministratore delegato, di una *conspiracy to defraud* ai danni di una società, la *Rice & Sons Ltd*, legata alla prima da un

⁵⁰ *Sent. ult. cit.*, 155.

⁵¹ LEIGH, *op. cit.*, 31 ss., più interlocutoria la posizione di Pinto e Evans (*op. cit.*, p. 41) che sottolineano la ambiguità della decisione.

⁵² Cfr., ad esempio, WELSH, *op. cit.*, 356-7; WELLS, *op. cit.*, 94. Tale lettura è quella proposta anche in LAW COMMISSION (N. 237), *Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter*, Londra, 1996 (liberamente consultabile sul sito www.lawcom.gov.uk).

⁵³ [1944] 1 KB 551, AC

contratto di fornitura di pietrisco, e cui si era tentato di addebitare una quantità di merce maggiore di quella effettivamente consegnata.

La difesa della *ICR*, condannata in primo grado, propose appello, sostenendo che non si potesse condannare una *company* per quel reato, che richiede la presenza in capo all'agente di un intento fraudolento (*intent to defraud*). La tesi difensiva fu seccamente rigettata dalla corte, che confermò la condanna, approvando espressamente la decisione della *divisional court* in *DPP v Kent*⁵⁴; il precedente di *Moussel* non venne, invece, considerato rilevante, in quanto relativo ad un'ipotesi di *vicarious liability*. Ciò che non risulta perfettamente chiaro è piuttosto quali siano i presupposti che debbano spingere la corte a considerare che il soggetto agente operi in un ruolo tale da "impersonare" la *corporation*:

*"Whether in any particular case there is evidence to go to a jury that the criminal act of an agent, including his state of mind, intention, knowledge or belief is the act of the company, [...] must depend on the nature of the charge, the relative position of the officer or agent and the other relevant facts and circumstances of the case"*⁵⁵.

La terza decisione, *Moore v. I. Bresler Ltd*⁵⁶ conferma la definitiva adozione dell'*alter ego principle*, peraltro segnalandosi per la particolarità di aver affermato la responsabilità per un reato che certo non fu commesso dagli autori individuali nell'interesse della società⁵⁷:

"The sales undoubtedly were fraudulent, but they were sales made with the authority of the respondent company by these two men as agents for the respondent company [...]. These two men were important officials of the company, and when they made statements and rendered returns [...] they were clearly making those statements and giving those returns as

⁵⁴ *Sent. cit.*, 558 per Stable J: "[...] *With both the decision and the reasoning on which it rests, we agree*".

⁵⁵ *Sent. cit.*, 559-60, per Stable J.

⁵⁶ [1944] 2 All ER 515

⁵⁷ Il *general manager* della società ed il *sales manager* di uno dei punti vendita avevano venduto parte della merce senza registrare le transazioni ed appropriandosi del denaro ricevuto in pagamento; per occultare la loro condotta avevano falsificato la contabilità della società, che, assieme ai due, era stata imputata di frode fiscale (la *section 35(2)* del *Finance (No 2) Act 1940* incriminava la condotta di chi avesse, a fini fiscali, prodotto un documento falso in un particolare rilevante con il fine di ingannare). Cfr. WELLS, *op. cit.*, 95: "*there is a certain oddity about this decision since the secretary and sales manager were deceiving not only the tax authorities but defrauding the company itself. But in so far as the offence charged was concerned with the tax aspect, this should not cause concern*".

officers of the company [...]. Their acts, therefore, [...] were the acts of the company”⁵⁸

Le tre pronunce del '44, nel complesso, si segnalano per la mancanza di ogni riferimento al *case-law* sviluppatosi in seno alla *law of torts* e, soprattutto, per un contenuto definitorio complessivamente modesto: oltre alla - pur fondamentale - affermazione del principio della *identification*, le decisioni citate danno ben poche indicazioni circa quale sia il limite inferiore della cerchia di soggetti che si possano considerare rivestire uno *status* sufficientemente elevato da far scattare il meccanismo della identificazione (la definizione più ampia è probabilmente quella di Caldecote in *Moore v. Besler*, che fa riferimento a generici “*important officials*”).

Una volta introdotto, il principio si è sviluppato seguendo una logica del caso per caso⁵⁹: sarebbe dovuto trascorrere quasi un trentennio prima della decisione di quello che rappresenta il vero *leading case*, costituito da una pronuncia della *House of Lords*, *Tesco v. Natrass*⁶⁰, la quale, malgrado alcuni recenti sviluppi (dei quali si darà conto nei paragrafi successivi), continua a costituire la più rilevante *authority* in materia.

La *Tesco*, proprietaria di numerosi supermarket, era stata accusata di aver violato la s. 11(2) del *Trade Description Act 1968*, che sanzionava la condotta del venditore che indicasse prezzi inferiori a quelli effettivamente praticati⁶¹: nel settembre del 1969 la *Tesco* aveva lanciato un'offerta speciale relativa ad una marca di detersivi, venduti a prezzo scontato. In uno dei punti vendita lo *stock* delle confezioni di detersivo scontate era stato esaurito senza che lo *store manager* ne venisse a conoscenza, e, dunque, senza che fosse rimosso dalle vetrine il cartello che pubblicizzava l'offerta speciale. Di conseguenza un cliente che aveva presentato alla cassa il prodotto si vide praticare il prezzo più elevato.

La s. 11(2) è costruita come una *hybrid offence*, poiché la s. 24(2) prevede una *due diligence defence* che trova applicazione, tra l'altro, quando la commissione del reato sia attribuibile all'azione od omissione di una “altra persona”: le argomentazioni difensive si coagularono su questa disposizione, cercando di

⁵⁸ *Sent. cit.*, 516-17, per Viscount Caldecote LCJ

⁵⁹ Cfr. LAWCOM N. 237, *cit.*, 76: “*This principle was developed thereafter on a case by case basis*”.

⁶⁰ *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* [1972] AC 153, HL

⁶¹ Questo il wording della section: “*If any person offering to supply any goods gives, by whatever means, any indication likely to be taken as an indication that the goods are being offered at a price less than that at which they are in fact being offered, he shall, subject to the provisions of this Act, be guilty of an offence*”.

dimostrare che lo *store manager* non si “identificasse” con la società e dovesse essere considerato una “altra persona” ai fini dell’applicazione della norma in questione⁶².

La *HL* stabilì che la *defence* invocata fosse applicabile alla *Tesco*, negando che uno fra le centinaia di *branch manager* della società potesse identificarsi con essa. Analizzando più compiutamente la decisione, la distinzione tra *identification principle* e *vicarious liability* viene nettamente riaffermata nel *dictum* di Lord Reid (sostanzialmente condiviso, sul punto, dagli altri *law Lords*):

*“Where a limited company is the employer difficult questions do arise in a wide variety of circumstances in deciding which of its officers or servants is to be identified with the company so that his guilt is the guilt of the company [...]. [A corporation] must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. There is no question of the company being vicariously liable [...]. He is an embodiment of the company [...] and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company”*⁶³.

⁶² La s. 24(2) recita: “In any of the proceedings for an offence under this Act it shall [...] be a defence for the person charged to prove - (a) that the commission of the offence was due to a mistake or to reliance on information supplied to him or to the act or default of another person, an accident, or some other cause beyond his control; and (b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control”. In realtà la vicenda processuale che ha portato alla pronuncia della *House of Lords* è piuttosto complessa. La *Tesco* fornì la prova di aver adottato un chiaro ed efficiente sistema di addestramento e controllo degli *store managers*: in primo grado i *magistrates* ritennero che la *Tesco* avesse esercitato la *due diligence* richiesta dall’alinea *b* della s. 24, ma condannarono la società poiché ritennero che lo *store manager* non potesse considerarsi una “another person”. In secondo grado la corte ritenne che lo *store manager* dovesse essere considerato un’ “altra persona” ma la condanna venne confermata poiché egli “was a person to whom the appellants had delegated in respect of that particular shop their duty to take all reasonable precautions and exercise all due diligence to avoid the commission of such an offence”. In particolare il giudice Fisher sottolineò come non fosse sufficiente la predisposizione di un efficace sistema di controllo ma fosse necessario che ne fosse assicurato l’efficiente funzionamento. Poiché tale ultimo compito era stato delegato allo *store manager*, la sua negligenza venne considerata sufficiente ad impegnare anche la penale responsabilità della *Tesco*. La causa giunse infine alla *House of Lords*, cui venne sottoposta la seguente *certified question*: “Whether a person charged with an offence under s.11(2) *Trade Descriptions Act 1968* in a retail shop owned by him would have a defence under s.24(1) of the said Act if: (a) he instituted an efficient system to avoid the commission of offences under the Act by any person under his control; (b) he reasonably delegated to the manager of the shop the duty of operating the system in that shop; (c) the manager failed to perform such duty efficiently; (d) the offence charged was committed by reasons of such failure; (e) such failure by the manager is the act or default of another person relied on under s. 24(1)(a)”. Per la ricostruzione della vicenda si rimanda a PINTO/EVANS, *op. cit.*, 49 ss.

⁶³ *Sent. cit.*, 170

Un *obiter dictum* pronunciato da Lord Denning in una sentenza civile emanata qualche anno prima⁶⁴, che specificava il criterio della *directing mind and will* enunciato in *Lennard's* (v. *supra*) fu espressamente approvato, sancendo definitivamente, anche in ambito penale, l'adozione di una visione radicalmente antropomorfica della *corporation*.

Il punto più rilevante, tuttavia, che è anche quello su cui i giudici, pur concordi circa la soluzione da dare al caso di specie, hanno assunto posizioni non perfettamente coincidenti, è quello relativo al criterio di individuazione dei *controlling officers*, dei soggetti che rappresentino il “cervello” della *societas*. Lord Reid, avendo escluso espressamente che le parole di Lord Denning potessero essere interpretate nel senso di attrarre nella cerchia dei *controlling officers* chiunque eserciti “*some managerial discretion under the direction of superior officers of the company*”⁶⁵, ritenne che tali soggetti fossero normalmente rappresentati da:

*“the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company [who] carry out the functions of management and speak and act as the company [...]. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some discretion”*⁶⁶.

Lord Reid ammette, in linea teorica, l'operatività di una delega dei propri poteri da parte dei *controlling officers* “primari” a favore di un soggetto subordinato⁶⁷, ma le motivazioni addotte a sostegno della decisione adottata nel caso di specie sembrano disvelare una concezione della rilevanza della delega estremamente restrittiva, tale da attribuire efficacia esclusivamente ad una delega accompagnata dal conferimento di tutti i poteri di gestione, nessuno escluso, tanto che nel caso di specie si sancisce l'irrelevanza della delega per il fatto che lo *store manager* fosse tenuto a seguire le direttive del *board*:

⁶⁴ Si tratta di *H.L Bolton (engineering) Co v. Graham & Sons Ltd* [1957] 1 QB 159: “*A company in many ways may be likened to a human body. It has a brain and a nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such*” (per Lord Denning, p. 172)

⁶⁵ *Sent. cit.*, 171

⁶⁶ *IBIDEM*

⁶⁷ *IBIDEM*: “*I see no difficulty in holding that [the controlling officers] have put [...] a delegate in their place so that within the scope of the delegation, he can act as the company*”

*“The board never delegated any part of their functions. They set up a chain of command through regional and district supervisors, but they remained in control. The shop manager had to obey their general directions [...]”*⁶⁸.

La posizione restrittiva circa l’eventuale operatività della delega è ulteriormente confermata dal *dictum* di Lord Morris, ove si critica l’opinione della *Divisional Court*, che aveva ritenuto che la società avesse delegato allo *store manager*, relativamente a quel punto vendita, il proprio dovere di adottare tutte le ragionevoli precauzioni ed esercitare la necessaria diligenza al fine di evitare la commissione di un reato⁶⁹. Lord Morris ribatte recisamente :

*“[...] I do not think that there was any feature of delegation in the present case. [...] There was no delegation of the duty of taking precautions and exercising diligence. There was no such delegation to the manager of a particular store. He did not function as the directing mind and will of the company. His duties as the manager of one store did not involve managing the company. He was one who was being directed. [...] He was, so to speak, a cog in the machine which was devised: it was not left to him to devise it. Nor was he within what has been called the ‘brain area’ of the company”*⁷⁰.

Sostanzialmente coincidente è anche l’opinione espressa da Lord Pearson, che individuato l’ “ego” della società in diversi soggetti, quali quelli individuati dalla s. 20(1) del *Trade Description Act 1968*⁷¹ o altre persone in simili posizioni di amministrazione o gestione generale, precisa che la società possa avere un “alter ego”, qualora quei soggetti deleghino ad altri il controllo e la gestione, *con pieni*

⁶⁸ *Sent. cit.*, 175.

⁶⁹ Per una sintetica ricostruzione della vicenda processuale v. nota 62

⁷⁰ *Ivi*, 181

⁷¹ La s. 20(1) recita: “*Where an offence under this Act committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent and connivance of, or to be attributable on any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, or any person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate shall be liable to be proceeded against and punished accordingly [...]*”. Lord Pearson ritiene che questa norma fornisca una “utile indicazione” circa quale debba essere, ai fini dell’identificazione, la collocazione gerarchica dell’autore del reato. Il riferimento ai *managers*, potenzialmente riferibile ad una cerchia piuttosto vasta di soggetti, deve essere peraltro inteso in modo restrittivo, limitandone la portata a coloro che gestiscano l’ente nella sua interezza, come si può agevolmente evincere dai passi della sentenza riportati nel testo.

poteri discrezionali (full discretionary powers), di una parte delle attività dell'ente⁷².

Più interlocutorio, a parere di chi scrive, il giudizio di Viscount Dilhorne, ove, precisato che la risposta da dare al quesito possa variare da società a società, a seconda del tipo di organizzazione, si statuisce che per applicare il *principle of identification* si debba individuare:

*“who is in actual control of the operations of a company or of part of them and who is not responsible to another person in the company for the manner in which he discharges his duties in the sense of being under his orders”*⁷³.

Il criterio dell' “effettivo controllo” (anche solo di una “parte” delle attività dell'ente), mostra potenzialità molto diverse a seconda di cosa si intenda per “essere agli ordini” di un altro soggetto. Un *manager* cui venga, ad esempio, affidata, con ampi poteri discrezionali, la gestione di una porzione funzionalmente autonoma delle attività dell'ente, dovrà considerarsi “agli ordini” del *board* per il solo fatto che la sua attività debba conformarsi alle direttive impartite e sia sottoposta a forme più o meno penetranti di controllo, ovvero è necessario che il *board* eserciti un ruolo più incisivo?

Viscount Dilhorne non elabora ulteriormente la questione, concludendo seccamente che “in ogni caso”, nel contesto di un'impresa della portata della *Tesco*, uno dei circa 800 *shop manager* non possa essere considerato la “mente” della società⁷⁴. Il fatto che a tale conclusione si giunga senza alcuna analisi del grado di autonomia accordato allo *shop manager* ed il riferimento ai soggetti indicati dalla s. 20(1) dell'*Act* sembrano deporre a favore della lettura più restrittiva del *test* di Viscount Dilhorne⁷⁵.

⁷² *Ivi*, 193: “In the present case the company has some hundreds of retail shops, and it would be far from reasonable to say that every one of its shop managers is the same person as the company [...]. Supervision of the details of operations is not normally a function of higher management; it is normally carried out by employees at the level of foreman, chargehands, overlookers, floor managers and “shop” managers (in the factory sense of “shop”)”. Sostanzialmente negli stessi termini, seppur con una particolare attenzione al contenuto dello statuto della *company*, anche il giudizio di Lord Diplock, il quale ritiene che il meccanismo dell'identificazione debba operare rispetto a quegli individui i quali “[...] by the memorandum and articles of association or as a result of action taken by the directors or by the company in general meeting pursuant to the articles are entrusted with the exercise of the powers of the company” (*sent. cit.*, 199).

⁷³ *sent. cit.* 187

⁷⁴ *IBIDEM*

⁷⁵ In effetti la *Law Commission* considera il criterio individuato da questo giudice il più restrittivo: “The tests outlined above would, if applied strictly, produce rather different results. Viscount Dilhorne’s test would

Ciò che comunque occorre sottolineare è che, ben al di là delle sottili differenze che emergono dalle *opinion* dei singoli membri del *panel*, il messaggio che emerge dalla sentenza in esame è assolutamente chiaro: la *vicarious liability*, considerata un criterio di imputazione eccessivamente ascrittivo, è rigettata quale criterio *generale* di attribuzione della responsabilità penale alla *corporation*, dovendo cedere il passo, ogniqualvolta si tratti di valutare la *colpevolezza* della *legal person* al più restrittivo criterio della *identification*. Quest'ultimo, adottando una visione rozza antropomorfa della *societas*, si preoccupa di individuare la *directing mind and will*, il "cervello", dell'ente, facendo ricorso ad una forma di responsabilità derivativa, di rimbalzo (ad onta delle declamazioni teoriche delle corti che vedono nella *identification* una forma di responsabilità *diretta e personale*) che si differenzia dal modello del *respondeat superior* più sul piano quantitativo (ampiezza del novero dei soggetti che possano impegnare la responsabilità penale dell'ente) piuttosto che qualitativo⁷⁶ (in entrambi i modelli, una volta che si sia accertata la commissione del reato da parte di un individuo "rilevante", la traslazione di responsabilità in capo all'ente è automatica). Peculiare, in quest'ambito, risulta la posizione delle *hybrid offences*: il caso *Tesco* è relativo ad un reato di questo tipo, ma l'applicazione della *vicarious liability* o della *identification doctrine* dipende fundamentalmente dall'interpretazione della singola fattispecie (sulla questione, che ha visto alcuni sviluppi di particolare interesse per l'oggetto di questo lavoro, si tornerà nei paragrafi successivi). Se il merito della decisione in esame è stato quello di individuare un meccanismo d'imputazione della responsabilità di carattere generale, consentendo la definitiva espansione della *corporate criminal liability*, il "problema"⁷⁷ del *Tesco principle*, consiste nel fatto che la soluzione di un caso - che pure era relativo ad una *statutory offence* e dunque influenzato da problemi interpretativi specifici di quella norma, ed in particolare dalla s. 20(1) dell'*Act* - è stata adottata dalla *House of Lords*, e, soprattutto, interpretata dal *case-law* successivo⁷⁸, come una regola generale ed anelastica, tale da fornire una lista pressoché tassativa dei soggetti in possesso dell' "*identification status*". Il risultato è un assetto di questo settore del

appear to be stricter than the others, since there are very few people in a company who are not responsible to others for the manner in which they discharge their duties" (LAWCOM N. 237, cit., 78).

⁷⁶ Cfr. WELLS, *op. cit.*, 85 ss., GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 63-4

⁷⁷ Cfr. PINTO/EVANS, *op. cit.*, 59

⁷⁸ Tale conclusione è stata messa in discussione da una sentenza del *Pivoy Council: Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Security Commission* [1995] 2 AC 500, PC, discussa nei paragrafi successivi.

diritto che finisce per scoraggiare i *controlling officers* dal coinvolgimento nella concreta attività operativa della *corporation*, soprattutto in quei settori a rischio di commissione di reati⁷⁹.

Il problema è ulteriormente acuito dalla sostanziale sterilizzazione del potenziale elemento di flessibilità che potrebbe essere rappresentato dalla valorizzazione dell'eventuale conferimento di deleghe da parte dei *controlling officers*. Rispetto all'ipotesi dell'assenza di ogni delega e, all'estremo opposto, del conferimento di una delega "in bianco", libera da ogni vincolo e controllo, il *Tesco principle* si mostra incapace di leggere l'ipotesi più frequente, quella intermedia, in cui ad un *manager* sia conferita una sostanziale - ma non assoluta - autonomia⁸⁰.

L'effetto, sul piano applicativo, è quello di tracciare un modello di responsabilità che risulta di agevole applicazione esclusivamente nei confronti di società di modeste dimensioni, la cui scarsa complessità organizzativa fa sì che i soggetti apicali si trovino - volenti o nolenti - a stretto contatto con il livello operativo. Tale tipologia di enti, d'altra parte, è anche quella rispetto alla quale la responsabilità penale della *organisation* offre ben poco valore aggiunto rispetto alla criminalizzazione dei soli comportamenti individuali⁸¹. Nei confronti degli

⁷⁹ Tali effetti sono ben tratteggiati da un commentatore, il quale osserva come nonostante sussista "a degree of functional equivalence" tra il sistema statunitense e quello britannico, è proprio nel differente approccio ai reati commessi dai funzionari di rango inferiore e nei meccanismi di controllo richiesti che, nel primo sistema, si crea una spinta sui comportamenti dei "potential defendants" di segno opposto rispetto a quanto osservabile nel secondo: "because U.S. law clearly creates a corporate obligation to monitor the corporation's agents (and holds out significant sentencing concessions to encourage such monitoring), it may deter misconduct that British law [...] invites. Indeed British 'identification theory' may even create an incentive for superiors not to monitor, because knowledge can create liability (while ignorance is bliss). Thus, the real difference is that [...] U.S. law seeks to minimize organizational misconduct by encouraging monitoring, while legal regimes based on identification theory make no such effort and indeed may discourage monitoring" (COFFEE, *Corporate criminal liability: an introduction and comparative survey*, in ESER/HEINE/HUBER (a cura di), *Criminal responsibility of legal and collective entities*, Freiburg, 1999, 1, 11-12, grassetti aggiunti).

⁸⁰ Cfr. FIELD/ JÖRG, *Corporale criminal liability and manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. LR*, 1991, 156 ss.; WELLS, *op. cit.*, 98; GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 65; PINTO/EVANS, *op. cit.*, 59. Cfr. altresì WILLIAMS, *Textbook of criminal law*, 2d ed., London, 1983, 973: "the practical effect of Tesco appears to be to confine the identification doctrine to the behaviour of a few men meeting, say, in London, when the activities of the corporation are country-wide or even world-wide. It would seem on the whole to have been more sensible to have extended identification to cover the person or persons in control of local branches". Un caso emblematico può essere rappresentato da *R. v. Redfern and Dunlop Ltd (Aircraft division)* (1992) 13 Cr.App.R 709, [1993] *Crim. LR* 43 con nota di COWAN: la *dunlop*, condannata in primo grado per aver esportato in Iran pneumatici progettati per aerei da combattimento in violazione delle autorizzazioni ricevute (fatto costituente reato ai sensi della s. 68 del *Customs and Excise Management Act 1979*).

⁸¹ Cfr., *ex multis*, GOBERT, *Corporate Criminal liability: four models of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 393, 401: "One of the prime ironies in Natrass is that it propounds a theory of corporate liability which works best in cases where it is needed least and works least in cases where it is needed most"

attori collettivi di un certo rilievo, al contrario, il modello della *identification* si rivela piuttosto esangue, *soprattutto* quando la condotta penalmente rilevante abbia trovato origine ad un livello “basso”, schiettamente operativo, delle attività sociali (si pensi ad un infortunio sul lavoro).

1.4 La corporation ed il reato di manslaughter: il disastro di Zeebrugge.

Fino al 1990, in una pronuncia giudiziale collegata al disastro di Zeebrugge, di cui si dirà tra breve, non era dato rinvenire alcuna espressa presa di posizione delle corti inglesi a favore della configurabilità a carico di una *corporation* del reato di *involuntary manslaughter*⁸², una pronuncia risalente la aveva anzi negata, ma si tratta di una sentenza intervenuta prima della adozione della *identification doctrine*⁸³. In un caso del 1965⁸⁴ una società fu imputata di tale reato: il processo

⁸² Il *manslaughter* è una fattispecie di minor gravità che si contrappone alla figura del *murder*, l'omicidio volontario. A tale fattispecie sono riconducibili sia ipotesi di omicidio volontario, caratterizzate dunque da un elemento soggettivo corrispondente a quello del *murder* (*malice aforethought*) rispetto alle quali la presenza di alcune circostanze attenuanti (ad esempio la provocazione) fa sì che il fatto sia ricondotto alla fattispecie meno grave (si parla in tali ipotesi di *voluntary manslaughter*), sia ipotesi *lato sensu* riconducibili all'omicidio preterintenzionale (*unlawful act manslaughter*) sia di ipotesi di omicidio colposo. Rispetto a tali ultime ipotesi il reato di *manslaughter* ha percorso un percorso evolutivo piuttosto tortuoso: il *case-law* più risalente riconduceva alla fattispecie qualunque ipotesi di morte causata per colpa, indipendentemente dal grado della mendasima (cfr. LAWCOM N. 237, *cit.*, 14), fin dal diciannovesimo secolo, tuttavia, le corti inglesi cominciarono a richiedere un più elevato grado di colpevolezza (*gross negligence*) ritenendo che la colpa lieve non giustificasse l'intervento della sanzione penale. Gli elementi del *gross negligence manslaughter* vennero così codificati in *Bateman* (1925) 19 Cr App R 8: “(1) the defendant owed a duty to the deceased to take care; (2) the defendant breached this duty; (3) the breach caused the death of the deceased; and (4) the defendant's negligence was gross, that is, it showed such a disregard for the life and safety of others as to amount to a crime and deserve punishment”. La circolarità di questa definizione, che lasciava, di fatto, alla giuria il compito di determinare quali condotte debbano essere considerate criminali, portò la *House of Lords* ad abbandonare il concetto di *gross negligence* (*Seymour* [1983] 2 AC 493) per adottare quello di *reckless manslaughter*, dove la *recklessness* deve essere intesa nella sua accezione oggettiva, c.d. *Caldwell recklessness*, che prende il nome di una delle due *leading decisions* che la hanno codificata (*Caldwell* [1982] AC 341; *Lawrence* [1982] AC 510) risultando dunque il test da sottoporre alla giuria il seguente: “a person is reckless if (1) she did an act which in fact created an obvious and serious risk of injury to the person [...] and (2) when she did the act she either had not given any thought to the possibility of there being such risk or had recognized that there was some risk and had nonetheless gone on to do it. Dopo poco più di un decennio la *House of Lords* tornò sui suoi passi (*Adomako* [1995] 1 AC 171), abbandonando l'orientamento precedente e sancendo il ritorno al test di *Bateman*. Accanto a queste ipotesi si rinviene anche un ipotesi di “subjective” *recklessness manslaughter*, ove l'elemento soggettivo si distingue da quello della *Caldwell recklessness* per il fatto di richiedere la rappresentazione del rischio da parte dell'agente.

⁸³ Si tratta di *R. v. Cory Bros & Co Ltd*, (cfr. *supra*, nt. 31 e testo corrispondente); già in *ICR Haulage Ltd* (cfr. *supra* nt. 53) tale conclusione era stata messa in discussione: “[Cory Bros] was decided before the decision in *DPP v Kent and Sussex Contractors* [...], if the matter came before the court today, the result might well be different. As was pointed out by Hallett J in *DPP v Kent and Sussex Contractors*, this is a branch of the law to which the attitude of the courts has in the passage of time undergone a process of development” (per Stable J, p. 557-8)

si concluse con una assoluzione, ma non risulta che la corte o la difesa abbiano contestato l'astratta configurabilità della fattispecie in capo ad una *corporation*. Come si è accennato, tutti i dubbi in proposito sono stati superati dalle decisioni originate dal disastro di Zeebrugge: prima di esaminarle è necessario procedere ad una sommaria ricostruzione dei fatti.

Il 6 marzo 1987 la *Herald of Free Enterprise*, una nave adibita al trasporto di veicoli e passeggeri, di proprietà della *P&O European Ferries (Dover) Ltd*, era salpata dal porto di Zeebrugge, diretta a Dover, con a bordo 459 passeggeri e 83 uomini d'equipaggio.

Tre minuti dopo aver superato la banchina esterna del porto con il portellone di prua aperto, la nave, in seguito all'allagamento del ponte di carico, si capovoltò sulla fiancata di dritta; l'acqua riempì rapidamente parte degli ambienti interni, provocando la morte di 150 passeggeri e 38 membri dell'equipaggio.

Dalle indagini della commissione di inchiesta, istituita ai sensi della s. 55 del *Merchant Shipping Act 1970* per far luce sull'accaduto, emerge, tra l'altro, quanto segue⁸⁵.

Al momento della partenza l'*assistant bosun*, cui era affidato il compito di chiudere i portelloni di prua, stava dormendo nella sua cabina.

Nonostante gli ordini permanenti in vigore al momento del disastro statuissero chiaramente come fosse responsabilità del "*loading officer*" (ufficiale addetto alle operazioni di carico) assicurarsi che i portelloni fossero "*secure when leaving port*", questi erano normalmente disattesi, nel senso che il *loading officer*, non appena terminate le operazioni di carico, riteneva di doversi recare sul ponte di comando. La *P&O* non aveva adottato alcun sistema per valutare l'effettiva adesione dei suoi equipaggi alle procedure e l'efficacia delle stesse. Nel caso di specie l'ufficiale si era allontanato senza nemmeno assicurarsi che l'*assistant bosun* fosse al suo posto.

Nel passaggio dalla tratta Dover-Calais alla tratta Dover-Zeebrugge il numero degli ufficiali di ponte era stato ridotto da 3 a 2 senza che gli ordini permanenti e

⁸⁴ *Northern Strip Mining Construction Co Ltd* (1965) *unreported*, brevemente discusso in LAWCOM N. 237, *cit.*, 80; un resoconto della vicenda si può leggere su *The Times* del 2, 4 e 5 Febbraio 1965. La vicenda si era originata in seguito alla morte di uno dei dipendenti della società, addetto alla demolizione di un ponte. Ai dipendenti erano state date istruzioni di cominciare a demolire il ponte dal centro: il dipendente era deceduto nel crollo che ne era derivato.

⁸⁵ Cfr. Il *Report of Court n. 8074, 29 July 1987, Department of Transport* (c.d. *Sheen Report*). Numerosi passi del *report* ed una pminuziosa ricostruzione dell'incidente si possono leggere in *WELHAM, Corporate killing. A manager's guide to legal compliance*, Croydon, 2002, 59 ss.

le procedure fossero stati modificati: i ruoli di *loading officer* e di *watch officer* (ufficiale di guardia) finivano così per essere soventemente ricoperti da un unico soggetto, cui veniva richiesto di trovarsi *contemporaneamente* sul molo per supervisionare le operazioni di carico e sul ponte di comando per coadiuvare le manovre.

Quest'ultimo problema era stato segnalato al *management* di terra della *P&O European ferries* dal *senior master* della *Free Enterprise VIII* (una nave dello stesso modello della *Herald*), con un memorandum datato 21 agosto 1982. Inoltre in un *internal memorandum* datato 18 agosto 1986 e diretto al personale a terra di Zeebrugge si legge:

*"[...] there seems to be a general tendency of satisfaction if the ship has sailed two or three minutes early [...] every effort has to be made to sail the ship 15 minutes early [...] put pressure on the first officer if you don't think he is moving fast enough [...] Let's put the record straight, sailing late out of Zeebrugge isn't on. It's 15 minutes early for us"*⁸⁶.

In non meno di altre cinque occasioni era accaduto che una delle navi della *P&O* lasciasse il porto con i portelloni aperti; le navi del modello della *Herald* non erano equipaggiate con una spia sul ponte di comando che indicasse l'apertura o la chiusura dei portelloni di carico e le richieste di alcuni *senior masters* di installare un simile dispositivo non avevano avuto seguito (ma la *P&O* adottò rapidamente il dispositivo dopo la verifica dell'incidente).

Le conclusioni dello *Sheen Report* sono lapidarie:

"[...] Investigation into the circumstances of the disaster leads inexorably to the conclusion that the underlying or cardinal faults lay higher up in the Company [than the Master, the Chief Officer, the assistant bosun and the Senior Master]. The Board of Directors did not appreciate their responsibility for the safe management of their ships. They did not apply their minds to the question: What orders should be given for the safety of our ships? The directors did not have any proper comprehension of what their duties were. There appears to have been a lack of thought about the way in which the Herald ought to have been organised for the Dover/Zeebrugge run. All concerned in management, from the members of the Board of Directors down to the junior superintendents, were guilty of fault in that all must be regarded as sharing responsibility for the failure of management. From top to bottom the body corporate was

⁸⁶ Sottolineatura aggiunta.

*infected with the disease of sloppiness [...]. The failure on the part of the shore management to give proper and clear directions was a contributory cause of the disaster [...]*⁸⁷.

Nonostante le conclusioni dello *Sheen Report*, il *coroner*, nel corso della sua inchiesta⁸⁸ fornì delle *instructions* alla giuria ove si negava, in linea di principio, che ad una *corporation* fosse applicabile la fattispecie di *manslaughter*, e, comunque, si riteneva che non sussistessero elementi sufficienti a sostenere un'accusa di *manslaughter* nei confronti dei tre amministratori della *P&O*.

La correttezza di tali istruzioni fu contestata nel corso di una impugnazione incidentale di fronte alla *Divisional Court*⁸⁹: il giudice Bingham, pur non condividendo la posizione del *coroner* in tema di *corporate manslaughter* e dichiarandosi “tendenzialmente” a favore della astratta applicabilità della fattispecie alla *societas*⁹⁰, confermò la correttezza delle indicazioni fornite alla giuria. Da un lato, infatti, confermò il giudizio del *coroner* circa le posizioni individuali degli amministratori; dall'altro negò espressamente, confermando la decisione del *coroner* e rigettando le argomentazioni degli appellanti, la possibilità di ricorrere al *principle of aggregation*⁹¹. Se tale principio fosse stato accolto, si sarebbero potuti sommare gli stati soggettivi e le conoscenze di soggetti individualmente non responsabili ai fini della configurazione della *colpevolezza* dell'ente (ad esempio un amministratore avrebbe potuto essere a

⁸⁷ *Sheen Report*, § 14.1, riportato in LAWCOM N. 237, *cit.*, 115

⁸⁸ Il *coroner* è un pubblico ufficiale il cui compito principale è quello di indagare sulle morti non naturali o comunque sospette. Al termine dell'inchiesta, in cui il *coroner* è assistito da una giuria, è emesso un verdetto che stabilisce, oltre alle cause e alle circostanze del decesso, se una determinata morte possa essere qualificata come *unlawful killing* (senza che ciò pregiudichi l'accertamento di una eventuale responsabilità penale). Attualmente l'attività del *coroner* è disciplinata dal *Coroner Act 1988*.

⁸⁹ *R. v. HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner* (1987) 88 Cr.App R 10

⁹⁰ *Sent. cit.*, 16, per Bingham LJ: “*The first question is whether a corporation can be indicted for manslaughter. The coroner originally ruled that it could not. In the course of argument in this court we indicated at an early stage that we were prepared to assume for the purposes of this hearing that it could. As a result the question has not been fully argued and I have not found it necessary to reach a final conclusion. I am, however, tentatively of the opinion that on appropriate facts the mens rea required for manslaughter can be established against a corporation. I see no reason in principle why such a charge should not be established. I am therefore tentatively of opinion that the coroner's original ruling was wrong, and indeed I would need considerable persuasion to reach the conclusion that it was correct*”.

⁹¹ “*I do not think the aggregation argument assists the applicants. Whether the defendant is a corporation or a personal defendant, the ingredients of manslaughter must be established by proving the necessary mens rea and actus reus of manslaughter against it or him by evidence properly to be relied on against it or him. A case against a personal defendant cannot be fortified by evidence against another defendant. The case against a corporation can only be made by evidence properly addressed to showing guilt on the part of the corporation as such*” (per Bingham LJ, pp. 16-7).

conoscenza delle precedenti occasioni nelle quali una nave della *P&O* era salpata con i portelloni aperti ed un altro della richiesta di alcuni *senior masters* di installare degli indicatori sul ponte): il rigetto di tale principio e la conferma del giudizio di insufficienza delle prove a fondare un giudizio di responsabilità individuale (almeno a livello “apicale”)⁹² spinsero la *Divisional Court* a confermare la liceità delle *instructions* fornite alla giuria.

Ciononostante la giuria emise, inspiegabilmente, un verdetto di *unlawful killing*, aprendo così la strada agli ulteriori sviluppi del caso⁹³.

Come si è accennato, fu nel caso *P&O European Ferries* che il problema della responsabilità della *corporation* per il reato di omicidio colposo venne affrontato e risolto in modo articolato. La questione fu posta dalla difesa della *P&O*, che sollevò in via preliminare un’eccezione volta a negare la possibilità di applicare tale fattispecie ad un imputato-persona giuridica. A sostegno della tesi difensiva si citavano le definizioni “classiche” di omicidio come “l’uccisione di un essere umano da parte di un altro essere umano”. L’eccezione fu rigettata dal giudice *Turner* in *P&O European Ferries (Dover) Ltd*⁹⁴, che, ricostruita l’evoluzione

⁹² “The coroner made it clear that he was of the opinion that the evidence which he had considered was not capable of supporting the conclusion that those who represented the directing mind and will of the company and controlled what it did had been guilty of conduct amounting to manslaughter.

I am not persuaded that that is a conclusion which is or may be wrong. Nothing was, in my judgment, said by Sheen J or by way of concession before him which undermines that conclusion. It is important to bear in mind an important distinction. A company may be vicariously liable for the negligent acts and omissions of its servants and agents, but for a company to be criminally liable for manslaughter [...] requires that the mens rea and the actus reus of manslaughter should be established not against those who acted for or in the name of the company but against those who were to be identified as the embodiment of the company itself. The coroner formed the view that there was no such case fit to be left to the jury against this company. I see no reason to disagree. I would add that I see no sustainable case in manslaughter against the Directors who are named either” (per Bingham LJ, p. 16).

⁹³ Cfr. WELLS, *op. cit.*, 108: “[...] Since the jury had been told that there was insufficient evidence against any of the named individuals, and since aggregation had been discounted, their verdicts can be seen as technically ‘perverse’. Their significance can be seen in the subsequent decision to prosecute *P&O* and seven individuals for manslaughter. without the unlawful killing verdicts it is unlikely that the police would have referred the case to the Crown Prosecution Service”.

⁹⁴ (1991) 93 Cr App R 72, 84: “I find unpersuasive the argument of the company that the old definitions of homicide positively exclude the liability of a non-natural person to conviction of an offence of manslaughter. Any crime, in order to be justiciable, must have been committed by or through the agency of a human being. Consequently, the inclusion in the definition of the expression “human being” as the author of the killing was either tautologous or, as I think more probable, intended to differentiate those cases of death in which a human being played no direct part and which would have led to forfeiture of the inanimate, or if animate non-human, object which caused the death (deodand) from those in which the cause of death was initiated by human activity albeit the instrument of death was inanimate or if animate non-human”. L’istituto del *deodand*, ben radicato nel diritto tradizionale inglese ai tempi di *Coke*, ed espunto dall’ordinamento solo nel 1846, statuiva che una uccisione accidentale, causata da un oggetto o da un animale senza che alcun uomo potesse essere incolpato dell’accaduto, pur non costituendo reato rendesse la cosa (o l’animale) un

della *identification doctrine*, con la quale aveva trovato ingresso nel diritto inglese un criterio di attribuzione della responsabilità penale alla *corporation* di generale applicazione⁹⁵, concluse così il suo giudizio:

“[T]here is nothing essentially incongruous in the notion that a corporation should be guilty of the offence of unlawful killing [...]. [W]here a corporation, through the controlling mind of one of its agents, does an act which fulfils the prerequisites of the crime of manslaughter, it is properly indictable for the crime of manslaughter”⁹⁶.

Il precedente costituito dalla pronuncia testé esaminata, ancorché non vincolante, è connotato da una notevole *persuasive authority*⁹⁷, com'è dimostrato dalle - poche - condanne di *corporations* per *manslaughter* che si sono registrate negli anni successivi, e dalla pronuncia della *Court of Appeal* nel caso *Great Western Trains*⁹⁸.

1.5 (segue) La corporation ed il reato di manslaughter: le strettoie della criminalizzazione in concreto.

Il procedimento a carico della *P&O* e di altri sette imputati-persone fisiche⁹⁹ (due dei quali ricoprivano un ruolo tale da consentire il ricorso all'*identification principle*) si concluse anzitempo, prima che l'accusa avesse presentato tutte le prove, con un *directed acquittal*, non ritenendo il giudice Turner che vi fossero prove sufficienti per consentire alla giuria d'emettere un giudizio di condanna nei confronti di alcuno dei *controlling officers* e, di conseguenza, della *P&O*.

“deodando” (lett. da dare a dio), soggetta a confisca da parte della Corona “to be applied to pious uses”. Sembra dunque che la definizione “classica” di *Coke* fosse formulata in quei termini oltre che per ragioni di prospettiva storica per motivi di ordine meramente classificatorio (Cfr. LAWCOM N. 237, cit., 79)

⁹⁵ Cfr. *P&O European Ferries*, cit., 83 s., per Turner J: “Since the nineteenth century there has been a huge increase in the numbers and activities of corporations [...]. A clear case can be made for imputing to such corporations social duties including the duty not to offend all relevant parts of the criminal law. By tracing the history of the cases decided by the English Courts over the period of the last 150 years, it can be seen how first tentatively and finally confidently the Courts have been able to ascribe to corporations a “mind” which is generally one of the essential ingredients of common law and statutory offences. [...] Once a state of mind could be effectively attributed to a corporation, all that remained was to determine the means by which that state of mind could be ascertained and imputed to a non-natural person. That done, the obstacle to the acceptance of general criminal liability of a corporation was overcome”.

⁹⁶ *Ivi*, 84

⁹⁷ Cfr. LAWCOM N. 237, cit., 81; LOTTINI, *op. cit.*, 65; FIELD/JÖRG, *op. cit.*, 157

⁹⁸ *A-G's Reference (n. 2 of 1999)* [2000] QB 796; [2000] 3 All ER 182, discussa *infra*.

⁹⁹ *R. v. Stanley and others*, 19 ottobre 1990, CCC, *unreported*: un commento ed alcuni passi della decisione si possono leggere in LAWCOM N. 237, cit., 83 ss.; WELLS, *op. cit.*, 108 ss.; EAD., *The corporate manslaughter proposals: pragmatism, paradox and peninsularity*, in Crim LR, 1996 545, 550 ss.; WELHAM, *cit.*, 69 ss.

Solo le prove a carico dell'*assistant bosun* e del *loading officer* furono considerate sufficienti, ma rispetto a quegli imputati il *CPS* ritenne di dover lasciar cadere ogni accusa, non ritenendosi conforme al pubblico interesse il proseguimento dell'azione penale nei loro confronti¹⁰⁰.

Rispetto alla posizione della *P&O* un ruolo notevole, nell'economia della decisione, è stato espletato dalla conferma del rigetto del *principle of aggregation*:

il giudice è piuttosto laconico nella motivazione sul punto, limitandosi a riportare quanto deciso dal giudice Bingham in *R. v. HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner*¹⁰¹ ed alludendo a diverse decisioni della *HL* con le quali l'adozione del principio sarebbe entrata in contrasto (il che è curioso, visto che l'unica decisione significativa della *HL* in tema di *corporate criminal liability* è costituita da *Tesco v. Nattrass*¹⁰²). Rigettato il principio, l'unica strada rimasta aperta per affermare la responsabilità della società sarebbe stata dunque quella di affermare la responsabilità individuale di uno dei due imputati che possedevano un *identification status*.

Quando il processo fu celebrato era ancora dominante la concezione del *gross negligence manslaughter* che tendeva a ricostruirne l'elemento soggettivo in termini di *Caldwell recklessness*¹⁰³, il che implica che, per fondare una pronuncia di responsabilità a carico della *P&O*, la pubblica accusa avrebbe dovuto provare che (almeno) uno dei *controlling officers* imputati non avesse percepito, come avrebbe dovuto, un rischio "grave" (*serious*) ed "evidente" (*obvious*) che la nave lasciasse il porto con i portelloni aperti e, di conseguenza, naufragasse (si noti come l'accusa non avesse allegato che alcuno di tali soggetti si fosse effettivamente rappresentato il rischio, dunque facendo ricorso alla versione "incosciente" della *Caldwell recklessness*)¹⁰⁴.

In particolare fu rigettata l'argomentazione avanzata dall'accusa che sosteneva che il parametro dell'evidenza del rischio dovesse essere interpretato in modo

¹⁰⁰ Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 63, e spec. nt. 113

¹⁰¹ V. *supra*, nt. 89, 90 e 91 e testo corrispondente.

¹⁰² Cfr. WELLS, *Corporations, cit.*, 109.

¹⁰³ V. *supra*, nt. 82.

¹⁰⁴ "Before any of these defendants [...] could be convicted [...], it was necessary for the prosecution to prove as against each such defendant not just one or more of the failures alleged against them in the indictment, but that – and this is the nub of the present situation – such failures were the result of recklessness in each defendant, in the now legally approved sense that they either gave no thought to an obvious and serious risk that the vessel would sail with her bow doors open, when trimmed by the head, and capsize, in circumstances unknown to shipboard management, or, alternatively, that if thought or consideration to that risk was given, each defendant, nevertheless, went on to run it" (il passo è riportato in LAWCOM N. 237, *cit.*, 84).

analogo a quello della “ragionevole prevedibilità” (*reasonable foreseeability*) utilizzato nei casi di *civil negligence*, essendo necessarie piuttosto delle prove in base alle quali la giuria potesse giungere alla conclusione che l'imputato non avesse identificato un rischio “grave” ed “evidente”:

*“which words themselves convey a meaning that the defendant’s perception of the existence of risk was seriously deficient when compared to that of a reasonably prudent person engaged in the same kind of activity as that of the defendant whose conduct is being called into question”*¹⁰⁵.

Al processo furono raccolte le testimonianze di numerosi dipendenti ed ex dipendenti della *P&O* che affermarono di non aver mai preso in considerazione che tale rischio esistesse, tanto meno che fosse evidente; nemmeno esponenti di altre compagnie di navigazione fornirono, secondo il giudice Turner, prove della “evidenza” del rischio, nonostante le procedure della *P&O* differissero da quelle generalmente adottate:

*“I do not understand that the statements of any of these witnesses condescend to criticism of the system employed by the defendants in this case as one which created an obvious and serious risk, except to the extent that any legitimate deduction may be made from the fact that they took precautions other than those employed by any of these defendants”*¹⁰⁶.

In altre parole, nonostante l'adozione *formale* del metro dello *standard* esigibile da un ipotetico agente modello, la corte finisce, a fini probatori, ed in considerazione della particolare “evidenza” che deve connotare il rischio in base alla fattispecie invocata, per utilizzare il metro di ciò che generalmente è acquisito, che generalmente si applica, ed, anzi, come si può evincere dal passo da ultimo riportato, sembra addirittura richiedere che un membro della stessa cerchia professionale dell'imputato qualifichi il rischio come “evidente”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Per Turner J, riportato in LAWCOMN. 237, *cit.*, 85.

¹⁰⁶ Il passo è riportato in LAWCOMN. 237, *cit.*, 85 (sottolineatura aggiunta).

¹⁰⁷ Cfr. WELLS, *Corporations*, *cit.*, 111: “The problem appeared to be that [the judge] required actual evidence that a particular person had indeed had such a foresight prior to the accident before a jury could consider whether a prudent ferry company would have realized the risk of open-door sailing. This involves some slippage from the way juries are usually asked to apply a recklessness [...] test. [...] A test of this type generally operates *ex post facto* so that the question to be asked is whether a prudent person would, on thinking about it, have realized that the system which P&O operated could lead to this disaster. This is very different from requiring proof that a particular person did so realize before the accident. [...] The point is

Altri elementi che sembrano aver giocato un peso notevole nella decisione sono il fatto, cui si è accennato, che in altre occasioni altre navi dello stesso modello fossero salpate con i portelloni aperti e senza il verificarsi di particolari incidenti, nonché il fatto che il sistema organizzativo e le procedure adottate dalla P&O fossero stati applicati per sette anni e per più di 50.000 traversate della Manica senza che si verificassero incidenti¹⁰⁸. Nell'impossibilità di esaminare direttamente la sentenza (si rammenta che essa non è stata pubblicata), non è perfettamente chiaro se a tale elemento si sia attribuito un significato oggettivo (il rischio creato non era oggettivamente grave né, conseguentemente, evidente)¹⁰⁹ ovvero soggettivo (questi avvenimenti avrebbero reso meno evidenti i pur gravi pericoli connessi all'*open-bow sailing*)¹¹⁰: il fatto che le assoluzioni per due degli individui imputati siano dovute alla decisione discrezionale del CPS di lasciar cadere le accuse (e non dunque ad un giudizio di insufficienza delle prove a carico) dovrebbe far propendere per la seconda soluzione.

Il giudizio cui è giunta la corte desta qualche perplessità: già l'inchiesta che aveva seguito il naufragio, nel mare d'Irlanda, della *Princess Victoria*, avvenuto il 31 gennaio 1953, con la perdita di ben 128 vite umane, aveva evidenziato come la *Princess* avesse preso il mare con i portelloni aperti e nel 1985, in seguito al naufragio del traghetto *European Gateway*, avvenuto nel 1982, il *Royal Institute of Naval Architects* aveva sottolineato la necessità di modificare il *design* dei traghetti del tipo della *Herald of Free Enterprise*, per scongiurare il rischio di un *major incident*¹¹¹. I *manager* della P&O avevano dunque a disposizione un vasto patrimonio di conoscenze tecniche che avrebbe dovuto permettere loro di individuare e minimizzare il rischio connesso all'utilizzo di quel tipo di imbarcazioni.

made more clearly when it is considered that the prosecution was only concerned to prove an objective recklessness".

¹⁰⁸ Cfr. BERGMAN, *Deaths at work: accidents or corporate crime*, London, 1991, 19; WELLS, *corporations, cit.*, 110; GOBERT, *Corporate criminality: new crimes for the times*, in Crim LR, 1994, 722, 724.

¹⁰⁹ Questa la lettura della decisione cui accede WELLS, *Coprorations, cit.*, 110, ove si paragona, in chiave critica, questo approccio "semplicistico" (*unsofisticated*) alla problematica del rischio a quello del bambino che, attraversata la strada senza precauzioni, risponda ai rimproveri dei genitori dicendo: "non ho corso alcun rischio: non sono stato investito".

¹¹⁰ Cfr. GOBERT, *op. loc. ult. cit.*: "Apparently [the judge] deemed [the evidence of numerous Channel crossings without mishap] to be persuasive evidence that the company had not been reckless. This does not follow. The driver of an automobile who routinely speeds across railroad tracks without the slightest attention as to whether a train is approaching may never actually be hit by a train, but that does not make his conduct any less reckless. The driver has just been lucky".

¹¹¹ Cfr. WELHAM, *op. cit.*, 70

Le difficoltà applicative evidenziate dal caso della *Herald* possono essere utilmente raffrontate con un caso del 1994, che rappresenta la prima condanna di una *corporation* per *manslaughter* di cui si abbia notizia¹¹².

La *OLL Ltd* era una società di piccole dimensioni che gestiva il *St Albans Challenge Centre* di Lyme Regis, specializzato nell'organizzazione di *active holidays*. Tra le attività praticabili presso il centro era previsto anche il canottaggio.

Il 22 marzo 1993, 8 studenti e 2 insegnanti della *Southway comprehensive school* di Plymouth, giunti presso il centro il giorno precedente per trascorrervi un periodo di soggiorno, uscirono in mare per una escursione in canoa da Lyme Regis a Charmouth e ritorno, accompagnati dai 2 istruttori di canottaggio del centro. In seguito al peggioramento delle condizioni meteo ed all'inesperienza degli escursionisti le canoe si capovolsero: il gruppo fu tratto in salvo dopo essere stato in mare per quasi 8 ore, 4 studenti persero la vita.

La *OLL Ltd* fu condannata al pagamento di sessantamila sterline ed al suo amministratore unico furono inflitti tre anni di reclusione, poi ridotti a due in appello¹¹³.

Il caso presenta delle peculiarità che senza dubbio facilitarono il compito della *prosecution*, in particolare durante il processo fu accertato che: nessuno dei partecipanti aveva alcuna esperienza di canottaggio (solamente il giorno prima dell'escursione era stata fatta un'esercitazione di circa mezzora in piscina); i due istruttori del centro non erano sufficientemente qualificati; non erano state fornite previsioni meteo ai due istruttori; non era stato fornito agli istruttori alcun mezzo per dare l'allarme al personale a terra o alla Guardia Costiera. furono accertate, inoltre, gravi carenze anche per quanto riguarda i mezzi di protezione individuale forniti ai partecipanti: in particolare gli allievi non erano stati istruiti all'utilizzo del giubbotto di salvataggio, che richiedeva il gonfiaggio manuale da parte dell'utilizzatore. Si noti come il *managing director* della *OLL Ltd* non fosse direttamente impegnato nella gestione del centro di Lyme Regis: tutta l'accusa si concentra sull'inefficienza del sistema di sicurezza adottato e sul mancato

¹¹² *R. v. Kite and OLL Ltd*, Winchester Cr C, 8 Dec. 1994, unreported; per una ricostruzione della vicenda cfr. WELHAM, *op. cit.*, 51 ss.; WELLS, *Corporations*, *cit.* 115; LOTTINI, *op. cit.*, 65 ss.; SLAPPER, *A corporate killing*, in *NLJ*, 1994, 1735

¹¹³ SLAPPER/TOMBS, *Corporate crime*, Harlow, 1999, 33 sottolineano come anche l'imposizione ad un amministratore di una *immediate custodial sentence* per il reato di *manslaughter* costituisca una novità di rilievo.

controllo sull'operato del *manager* del centro (che non fu individualmente perseguito)¹¹⁴.

Dalla formulazione dell'imputazione (cfr. nt. 114) sembra che la *prosecution* avesse già (ri)adottato il *gross negligence test* che avrebbe definitivamente sostituito la *Caldwell recklessness* con la pronuncia della *House of Lords* in *Adomako* (cfr. nt. 82): ciò dovrebbe implicare (ma si rammenti che la sentenza non è stata pubblicata) l'adozione di un *test* di prevedibilità meno oneroso di quello adottato nel caso *P&O*. In ogni caso la posizione dell'accusa sembra essere stata piuttosto forte. Da un lato, infatti, si è potuto sostenere che l'imputato si sia distaccato dagli standard di sicurezza individuati dalle linee guida della *British Canoe Union*¹¹⁵, dall'altro è stata prodotta in giudizio una lettera risalente al 1992, indirizzata da due ex istruttori di canottaggio del centro al *managing director* della *OLL Ltd*, dove le deficienze del sistema di sicurezza ed adottato ed i rischi ad esso connessi sono statuiti in termini molto chiari¹¹⁶, elementi che appaiono aver giocato un ruolo determinante nella decisione della corte:

“[...] *what clearly separates this case from the others is the notice you were given in chillingly clear terms of the risk you were running and*

¹¹⁴ In particolare nell'imputazione (riportata da WELHAM, *cit.*, 53 ss.) si sostiene che il *managing director*:

“(a) [...] *owed a duty of care to those who took part in the outdoor leisure activity operated by OLL to take reasonable care for their safety;*

(b) *In breach of that duty he failed to take reasonable care for the safety of [the deceased], by;*

(i) *failing to devise, institute, enforce and maintain a safe system for the execution of an outdoor leisure activity, by students attending the [Centre];*

(ii) *failing to ensure the employment by OLL at the centre of an adequate number of staff, suitably qualified to give safe instruction of canoeing [...];*

(iii) *failing to procure the provision by OLL at the Centre of all equipment necessary for safe instruction of canoeing*

(iv) *failing to heed [...] the content of an undated letter sent to OLL by [2 former instructors] in or about June 1992;*

(v) *failing to supervise the Manager of the Centre [...] so as to ensure that canoeing was being safely taught at the Centre;*

(c) *His aforesaid breach of duty amounted to gross negligence on his part, and;*

(d) *His aforesaid negligence was a substantial cause of the death of [the deceased]”.*

Circa la lettera di cui al punto (iv) v. *infra*, nel testo..

¹¹⁵ Cfr. WELHAM, *op. cit.*, 55

¹¹⁶ “...at present we are walking a very fine line between getting away with it and having a very serious incident...we would also know why we don't get supplied with a first-aid kit...it's unsafe and not organized...we think you should have a very careful look at your standard of safety, otherwise you might find yourself trying to explain why someone's son or daughter will not be coming home. Nobody wishes or wants that to happen, but it will sooner or later” (riportata in WELHAM, *op. cit.*, 55)

*potentially fatal consequences [...]. Those dire forecasts became reality because of your complete failure to heed it and to act. I regret to say that to a degree you were more interested in sales than safety*¹¹⁷.

L'insieme di questi schiacciati elementi a carico del *managing director* si è sommato alle modeste dimensioni della società coinvolta¹¹⁸, aspetto quest'ultimo che, facilitando l'individuazione del *controlling officer*, ha reso agevole l'affermazione della responsabilità della *OLL Ltd.*

Successivamente, nel 1997, la condanna per il reato di *manslaughter* della *Jackson Transport (Osset) Ltd.* (anch'essa una *one-man company*)¹¹⁹ ha confermato la tendenziale limitazione delle *chances* di applicazione concreta della fattispecie di *manslaughter* alle sole società di piccole dimensioni¹²⁰.

1.6 Alcuni recenti sviluppi del case-law.

Come si è accennato nei paragrafi che precedono, il diritto inglese conosce due modelli d'attribuzione della responsabilità penale all'ente, uno, di più ampio respiro, fondato sulla *vicarious liability* ed un secondo modello, più restrittivo, fondato sulla *identification*. Risulta evidente come l'attrazione di una specifica fattispecie nel campo applicativo dell'uno o dell'altro modello possa influire in modo determinante sulle sorti applicative di una determinata fattispecie.

Il problema si fa sentire - in particolare - rispetto alle c.d. *hybrid offences*, fattispecie, come s'è visto, costruite secondo il modello della *strict liability*, mitigato dalla previsione di una *affirmative defence*. Nel determinare quale

¹¹⁷ *Sent. cit.*, per Ognall J (passo riportato in WELHAM, *op. cit.*, 53).

¹¹⁸ Tale aspetto è sottolineato da tutti i commentatori (cfr. *supra* nt. 112 cui *adde* GOBERT/PUNCH, *cit.* 63; LAWCOM N. 237, *cit.*, 82).

¹¹⁹ *R. v. Jackson Transport (Osset) Ltd.* (1996) in *Health & Safety at Work*, Novembre 1996, 4 ss.; cfr. WELHAM, *op. cit.*, 58 ss.; WELLS, *Corporate criminal liability in England and Wales*, in AA. VV., *Societas puniri ipotest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 124 ss. Il caso è relativo alla morte di un giovane operaio, deceduto in seguito all'inalazione delle esalazioni tossiche prodottesi nel camion cisterna che stava ripulendo. Risultò che l'operaio non aveva indossato presidi di protezione personale adeguati. La posizione dell'amministratore e della società risultarono ulteriormente aggravate dal fatto che già sei anni prima dell'incidente era stato redatto (su commissione della società) un manuale dettagliato che individuava i rischi e stabiliva le procedure per la pulizia in sicurezza delle autocisterne: procedure che erano però rimaste sulla carta e mai implementate dalla *Jackson Transport*. La società fu condannata ad una pena pecuniaria di ventiduemila sterline e l'amministratore a dodici mesi di reclusione.

¹²⁰ Ad oggi si ha notizia di un numero comparativamente limitato di procedimenti per *manslaughter* aperti nei confronti di una *corporations*: cfr. il sito del *Centre for Corporate Accountability*, (<http://www.corporateaccountability.org/manslaughter/cases/main.htm>), dove è possibile consultare un elenco aggiornato dei procedimenti aperti e dei relativi esiti.

paradigma imputativo si debba invocare in caso di applicazione d'una fattispecie di questo tipo ad un *corporate offender*, le corti attribuiscono grande peso al *wording* della norma (ed in particolare alla formulazione testuale della formulazione che prevede la *defence*) nonché a ragioni di politica criminale e razionale applicazione della fattispecie. Il tipo di argomentazioni adottate dalle corti è ben esemplificato dal caso *Tesco stores Ltd v. Brent London Borough Council*¹²¹. Un commesso di un negozio aveva venduto ad un minore una videocassetta per soli adulti, fattispecie incriminata dalla s. 11 del *Video Recording Act 1984*, rispetto alla quale è previsto l'operare di una *affirmative defence*, qualora l'imputato provi di non conoscere né di avere ragionevoli dubbi circa l'età dell'acquirente.

La difesa della società, richiamandosi al *Tesco principle*, sostenne che la società, non identificandosi con il proprio dipendente (che era a conoscenza dell'età dell'acquirente), non potesse vedersi attribuita la conoscenza di un soggetto che non rappresentasse la *directing mind and will* della società, potendo così beneficiare della *defence*. La corte, nel negare l'ammissibilità della *defence*, giustifica la propria decisione ricorrendo ad un argomento testuale, ma la argomentazione "più stringente"¹²² e, probabilmente, davvero determinante, avanzata dai giudici fu che, adottando l'interpretazione proposta dalla difesa, si sarebbero frustrati gli obiettivi di politica criminale della normativa in esame: in tal modo, infatti, non si sarebbe mai potuta applicare la norma ad una *corporation*. Di conseguenza, la corte ha ritenuto di applicare non il modello della *identification*, bensì quello della *vicarious liability*¹²³.

Nella prima metà degli anni novanta si è andato sviluppando un orientamento che ha adottato simili argomentazioni anche rispetto alla fattispecie di cui alla s. 3(1) dell'*Health and Safety at Work Act 1974*¹²⁴. Il *leading case* in materia è

¹²¹ [1993] 2 All ER 718

¹²² Cfr. GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 67

¹²³ "It is [...] absurd to suppose that those who manage a vast company would have any knowledge or any information as to the age of a casual purchaser of a video film. It is the employee that sells the film [...]. It is her knowledge or reasonable grounds that are relevant. Were it otherwise, the statute would be wholly ineffective in the case of a large company. [...] I cannot believe that the Parliament intended the large company to be acquitted but the single-handed shopkeeper convicted" (per Staughton LJ, p. 721). Cfr. WELLS, *Corporate liability and consumer protection: Tesco v. Natrass revisited*, in MLR, 1994, 817 ss; PINTO/EVANS, *op. cit.*, 322 ss.

¹²⁴ La s. 3(1) *HSWA 1974* recita: "It shall be the duty of every employer to conduct his undertaking in such a way as to ensure, so far as is reasonably practicable, that persons not in his employment who may be affected thereby are not thereby exposed to risks to their health or safety"; la s. 33 prevede che la violazione di tale

considerato *r. v. British Steel plc*¹²⁵. La *British Steel* aveva dato in appalto i lavori di rimozione ed il posizionamento di una piattaforma d'acciaio del peso di sette tonnellate, da eseguirsi all'interno degli impianti della stessa *British Steel* e sotto la supervisione di un ingegnere impiegato dalla società appaltante. Gli operai dell'appaltatore, contravvenendo alle istruzioni ricevute, liberarono la piattaforma dai supporti senza averla prima assicurata ad una gru, causandone la caduta, nella quale uno degli operai perse la vita. La *British Steel* si difese sostenendo che la società, nelle persone dei suoi *controlling officers*, aveva fatto tutto quanto "ragionevolmente praticabile" per scongiurare l'incidente, fornendo istruzioni dettagliate e l'equipaggiamento necessario. La corte rigettò la tesi difensiva, ritenendo di dover applicare a quella fattispecie il paradigma imputativo della *vicarious liability*:

"[...] it would drive a juggernaut through the legislative scheme if corporate employers could avoid criminal liability where the potentially harmful event is committed by someone who is not the directing mind and will of the company. [...] If we accept *British Steel Plc.*'s submission, it would be particularly easy for large industrial companies, engaged in multifarious hazardous operations, to escape liability on the basis that the company through its "directing mind" or senior management was not involved. That would emasculate the legislation"¹²⁶.

Come vedremo, la decisione in esame ha portato la *Law Commission* ad interrogarsi circa la perdurante necessità dell'introduzione di un'apposita fattispecie di *corporate manslaughter*.

In un'altra occasione, una decisione del *Pivvy Council*¹²⁷ ha dimostrato una certa insoddisfazione verso l'applicazione indiscriminata del modello della *identification*. La sentenza riguarda il caso di due *manager* della *Meridian*,

dovere costituisca un reato punibile (per quanto attiene la *corporation*) con una *unlimited fine* (se si procede *on indictment*) ovvero con una multa fino a 20.000 sterline (se si procede *summarily*). La s. 40 prevede una *defence* che trova applicazione qualora l'imputato provi che "*it was not practicable or not reasonably practicable to do more than was in fact done to satisfy the duty or requirement, or that there was no better practicable means than that was in fact used to satisfy the duty or requirement*". La s. 2(1) dell'*Act* è formulata negli stessi termini e impone un analogo dovere (la cui violazione è sanzionata ai sensi della s. 33) a carico del datore di lavoro di assicurare la sicurezza, salute e benessere dei suoi *employees*: "*It shall be the duty of every employer to ensure, as far as is reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees*"

¹²⁵ [1995] 1 WLR 1356; cfr. in un caso simile e negli stessi termini *R. v. Associated Octel Co. Ltd.* [1994] 4 All ER 1051

¹²⁶ *Sent. cit.*, p. 1362-3, per Steyn LJ.

¹²⁷ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v. Securities Commission* [1995] 2 AC 500

rispettivamente *chief investment officer* e *senior portfolio manager* della società, i quali, all'insaputa del *board*, procedettero all'acquisto, con fondi della *Meridian* e tramite dei prestanome di una partecipazione di controllo in una società quotata neozelandese (la E.N.C.). Tali operazioni furono effettuate in violazione delle s. 20(3) e 20(4)(e) del *New Zealand Securities amendment act 1988*, che impone a chi acquisisca una partecipazione superiore al 5% in una società quotata di comunicare l'acquisizione dei titoli alla società partecipata ed alla borsa “*as soon as he knows, or ought to know that he is a substantial security holder in the company*”.

La questione che si pose era se la consapevolezza dei due individui fosse attribuibile alla *corporation*: la corte d'appello neozelandese, confermando la decisione dei giudici di primo grado, ritenne di poter qualificare uno dei due *manager* come amministratore di fatto della *Meridian* (questo soggetto aveva in passato ricoperto la carica di amministratore delegato e, dopo averla abbandonata ed aver assunto il ruolo di *chief investment officer*, seppur formalmente gerarchicamente subordinato al suo successore aveva continuato ad operare al di fuori di ogni effettiva supervisione).

La sentenza fu impugnata dinnanzi al *Pivvy Council*, che confermò la decisione della corte d'appello, ma ricorrendo ad argomentazioni assai diverse.

I giudici, sulla base dell'analisi di numerose decisioni, arrivarono alla conclusione che il criterio della *directing mind and will* non debba trovare necessariamente applicazione. Esso costituirebbe solamente uno dei criteri di imputazione (*rules of attribution*) delle condotte e degli stati mentali delle persone fisiche alle *corporations*¹²⁸. Ai criteri d'imputazione primari, generalmente rinvenibili nello statuto della società e nelle norme di diritto societario¹²⁹, si aggiungerebbero,

¹²⁸ “The phrase 'directing mind and will' comes of course from the celebrated speech of Viscount Saldane LCJ in *Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd* [1915] AC 705 at 713, [1914--15] All ER Rep 280 at 283. But their Lordships think that there has been some misunderstanding of the true principle upon which that case was decided. It may be helpful to start by stating the nature of the problem [...]. Any proposition about a company necessarily involves a reference to a set of rules. A company exists because there is a rule (usually in a statute) which says that a *persona ficta* shall be deemed to exist and to have certain of the powers, rights and duties of a natural person. But there would be little sense in deeming such a *persona ficta* to exist unless there were also rules to tell one what acts were to count as acts of the company. It is therefore a necessary part of corporate personality that there should be rules by which acts are attributed to the company. These may be called 'the rules of attribution'”. (Sent. cit., 504, per Lord Hoffmann).

¹²⁹ “The company's primary rules of attribution will generally be found in its constitution, typically the articles of association, and will say things such as 'for the purpose of appointing members of the board, a majority vote of the shareholders shall be a decision of the company' or 'the decisions of the board in

normalmente, le regole generali sulla rappresentanza (*general rules of attribution*) e sulla *vicarious liability*. A parere della corte, inoltre, sussisterebbero dei “casi eccezionali”, rispetto ai quali sarebbe escluso il ricorso ai *generals principles of agency* e alla *vicarious liability* (come accade per numerose fattispecie penali)¹³⁰. In questi casi, una volta che si sia concluso nel senso di ritenere la norma in questione applicabile anche alla *corporation*, si dovrà ricorrere ai criteri di attribuzione primari, ovvero, qualora il ricorso a tali criteri finisca per rendere in concreto inapplicabile la norma alla *corporation*, la corte dovrà individuare, tramite l’interpretazione della norma, una *special rule of attribution*, tale da garantirne la concreta applicabilità¹³¹. Il criterio della *directing mind and will* “*will often be the most appropriate description of the person designated by the relevant attribution rule, but it might be better to acknowledge that not every such rule has to be forced into the same formula*”¹³².

In applicazione di tale principio si ritenne di non dover applicare il criterio della *directing mind and will* nel caso di specie. Poiché lo scopo della norma invocata è quello di imporre, nell’ambito di “*fast moving markets*”, una immediata

managing the company's business shall be the decisions of the company'. There are also primary rules of attribution which are not expressly stated in the articles but implied by company law, such as 'the unanimous decision of all the shareholders in a solvent company about anything which the company under its memorandum of association has power to do shall be the decision of the company'” (ibidem)

¹³⁰ “*The company's primary rules of attribution together with the general principles of agency, vicarious liability and so forth are usually sufficient to enable one to determine its rights and obligations. In exceptional cases, however, they will not provide an answer. This will be the case when a rule of law, either expressly or by implication, excludes attribution on the basis of the general principles of agency or vicarious liability. For example, a rule may be stated in language primarily applicable to a natural person and require some act or state of mind on the part of that person 'himself', as opposed to his servants or agents. This is generally true of rules of the criminal law, which ordinarily impose liability only for the actus reus and mens rea of the defendant himself” (ivi, 505).*

¹³¹ “*One possibility is that the court may come to the conclusion that the rule was not intended to apply to companies at all; for example, a law which created an offence for which the only penalty was community service. Another possibility is that the court might interpret the law as meaning that it could apply to a company only on the basis of its primary rules of attribution, i.e. if the act giving rise to liability was specifically authorised by a resolution of the board or a unanimous agreement of the shareholders. But there will be many cases in which neither of these solutions is satisfactory; in which the court considers that the law was intended to apply to companies and that, although it excludes ordinary vicarious liability, insistence on the primary rules of attribution would in practice defeat that intention. In such a case, the court must fashion a special rule of attribution for the particular substantive rule. This is always a matter of interpretation: given that it was intended to apply to a company, how was it intended to apply? Whose act (or knowledge, or state of mind) was for this purpose intended to count as the act etc of the company? One finds the answer to this question by applying the usual canons of interpretation, taking into account the language of the rule (if it is a statute) and its content and policy” (ibidem).*

¹³² *Ivi*, 507

disclosure da parte di chi acquisisca una partecipazione rilevante, si ritenne, al fine di non frustrare un'applicazione della norma conforme alla sua *policy*, che nel caso del *corporate security holder* la conoscenza rilevante fosse quella di chi sia normalmente preposto a compiere quel tipo di operazioni¹³³.

Nonostante le critiche mosse da parte della dottrina, in parte relative alla ritenuta fallacie interpretazione di alcuni dei precedenti richiamati, ed in parte - ed è quel che più interessa - tese ad evidenziare l'incertezza insita nel criterio elaborato, tutto concentrato sull'interpretazione del singolo *statute*¹³⁴, la decisione del *Pivvy Council* resta uno sviluppo di notevole rilievo, che è stato letto da parte della dottrina inglese come un primo passo verso il superamento delle strettoie dell'*identification doctrine*¹³⁵.

1.7 Il caso *Great Western Trains* e la riaffermazione dell'applicabilità del Tesco principle al reato di manslaughter.

Le speranze di progressivo abbandono dell'esangue modello dell'identificazione, suscitate dal caso *Meridian*, furono definitivamente frustrate dalla decisione della corte d'appello nel caso *Great Western Trains*¹³⁶.

Il caso da cui prese le mosse il processo riguardò l'incidente ferroviario di Southall, verificatosi il 19 settembre 1997: in seguito alla collisione di un treno ad alta velocità della *GWT* diretto a Londra con un treno merci persero la vita sette passeggeri e centocinquantuno rimasero feriti. Il treno ad alta velocità non aveva rispettato un segnale di stop.

¹³³ "In the case of a corporate security holder, what rule should be implied as to the person whose knowledge for this purpose is to count as the knowledge of the company? Surely the person who, with the authority of the company, acquired the relevant interest. Otherwise the policy of the Act would be defeated. Companies would be able to allow employees to acquire interests on their behalf which made them substantial security holders but would not have to report them until the board or someone else in senior management got to know about it. This would put a premium on the board paying as little attention as possible to what its investment managers were doing. Their Lordships would therefore hold that upon the true construction of s 20(4)(e), the company knows that it has become a substantial security holder when that is known to the person who had authority to do the deal. It is then obliged to give notice under s 20(3). [...] It was therefore not necessary in this case to inquire into whether [the chief investment officer] could have been described in some more general sense as the 'directing mind and will' of the company" (ivi, 507).

¹³⁴ Cfr. *ex multis* WELLS, *Corporations*, cit., 112: "There remains a lack of clarity and certainty [...] with both the company's own rules of attribution and the particular statute competing for attention in deciding whose acts can be said to be those of the company"

¹³⁵ Cfr. WELLS, *A quiet revolution in corporate liability for crime*, in *NLJ*, 1995, 1327 ss.; JEFFERSON, *Corporate criminal responsibility - ascription of criminal liability to companies*, in *JFC*, 1995, 277; GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 68.

¹³⁶ *A-G's reference (n. 2 of 1999)* [2000] 3 All ER 182

Le indagini rivelarono che l'unico macchinista presente in cabina non aveva visto il segnale, perché impegnato nel riporre i suoi oggetti personali nella borsa, in vista dell'imminente arrivo alla stazione di Paddington. A prima vista, dunque, l'incidente sembra frutto di un "errore umano", ma la questione è più complessa. Il treno, infatti, era dotato di moderni sistemi di sicurezza, uno in grado di rilevare automaticamente i segnali provenienti dai semafori dislocati sul percorso (AWS: *automatic warning system*) ed un altro sistema sperimentale in grado, in caso di mancato intervento del macchinista, di fermare automaticamente il treno (ATPS: *automatic train protection system*), ma questi erano stati disattivati.

Il primo dei due sistemi, in particolare, non era funzionante per via di un guasto alla motrice. Nella tratta Londra - Swansea il sistema aveva funzionato correttamente, solo al momento della partenza per il viaggio di ritorno i tecnici individuarono il guasto: si sarebbe potuto ovviare al problema invertendo il senso di marcia del treno, ma ciò avrebbe causato un notevole ritardo. Il *management* locale della *GWT* decise di far partire il treno in orario, lasciando così il sistema disattivato¹³⁷.

La *GWT* fu accusata del reato di *manslaughter* e della violazione delle s. 3(1) e 33 dell'*HSWA 1974* (v. *supra*, nt. 124). L'unica persona fisica imputata di *manslaughter* fu il conducente del treno. In primo grado la *GWT* si dichiarò colpevole delle violazioni dell'*HSWA* e ricevette una *fine* di 1,5 milioni di sterline (una cifra record per quelle fattispecie, anche in considerazione del *guilty plea*), mentre venne assolta dalle imputazioni di omicidio colposo, non ritenendo la corte che fosse possibile ravvisare l'elemento soggettivo richiesto per la configurazione del reato in capo ad alcuno dei *controlling officers* della *corporation*:

"The only basis on which the prosecution may, in law, advance a case against Great Western Trains for manslaughter is by identifying some person within the company whose gross negligence was that of Great Western Trains itself. The only candidate would be [the] managing director, who was responsible for all matters of safety. In the absence of [the managing director] having procured, authorized or directed any

¹³⁷ Cfr. GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 31 ss.: "The decision can be seen as symptomatic of the level of relative emphasis given by the company [...] to safety compared to the adherence to schedules".

tortuous act, he cannot be guilty of manslaughter. Consequently, neither can Great Western Trains"¹³⁸.

In seguito a questa decisione l'*Attorney General* investì della questione la Corte di appello¹³⁹.

L'*A-G* cercò di sfruttare le recenti evoluzioni del *case-law* per sostenere che non costituisse condizione necessaria per l'imputazione alla *corporation* del reato, l'individuazione di una persona fisica responsabile, qualificabile come *controlling officer*. In particolare, dopo la "rinascita" del *manslaughter by gross negligence* sancita dalla *HL* nel caso *Adomako* (v. *supra*, nt. 82), si sosteneva la riconducibilità del *gross negligence test* a quella che si potrebbe definire, con terminologia da *civil lawyer*, la misura oggettiva della colpa: il giudizio di responsabilità sarebbe stato fondato dunque sull'obiettiva inosservanza del generico dovere di *neminem ledere* gravante indistintamente (e direttamente) tanto sulle persone fisiche che giuridiche¹⁴⁰. Richiamandosi al criterio di individuazione delle "*rules of attribution*" delineato nel caso *Meridian* ed alle considerazioni di *policy* sottese alla sentenza resa nel caso *British Steel* si sostenne, in sintesi, che rispetto al *corporate offender* l'attribuzione di responsabilità per il *manslaughter by gross negligence* dovesse richiedere la verifica degli stessi requisiti necessari in caso di commissione da parte di una persona fisica, vale a dire una violazione di un *duty of care* gravante sul *defendant* che avesse causato la morte di un uomo, con l'ulteriore specificazione, rispetto alla *civil negligence*, che tale difformità dagli standard esigibili dovesse essere *gross* (secondo il test di *Adomako*)¹⁴¹. Sarebbe stato dunque necessario prescindere dalla condotta del

¹³⁸ Questo passo della decisione del giudice Scott Baker è riportato in Welham, *op. cit.*, 72

¹³⁹ Questi le questioni di diritto sottoposte al vaglio della corte:

"(1) *Can a defendant be properly convicted of manslaughter by gross negligence in the absence of evidence as to that defendant's state of mind?*

(2) *Can a non-human defendant be convicted of the crime of manslaughter by gross negligence in the absence of evidence establishing the guilt of an identified human individual for the same crime?*"

¹⁴⁰ Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 69

¹⁴¹ Cfr. la ricostruzione delle argomentazioni proposte in appello dalla *Attorney General*: "[the A-G] submitted that the ingredients of the offence of gross negligence manslaughter are the same in relation to a body corporate as to a human being, namely grossly negligent breach of a duty to a deceased causative of his death. It is [...] unnecessary and inappropriate to enquire whether there is an employee in the company who is guilty of the offence of manslaughter who can be properly be said to have been acting as the embodiment of the company. The criminal law of negligence follows the civil law of negligence as applied to corporations: the only difference is that, to be criminal, the negligence must be gross. Of the three theories of corporate criminal liability, namely vicarious liability, identification and personal liability, it is personal liability which should here apply. In the present case, it would have been open to the jury to convict if they were satisfied

singolo e fondare il giudizio di responsabilità della *corporation* direttamente sulle caratteristiche eventualmente disfunzionali della sua organizzazione.

La corte, pur confermando che quello di *gross negligence* debba essere interpretato come un *objective test*, rigettò le tesi dell'*Attorney General*, riaffermando, almeno nell'ambito dei *common law crimes*, la vigenza del *Tesco Principle*:

“There is, as it seems to us, no sound basis for suggesting that, by their recent decisions, the courts have started a process of moving from identification to personal liability as a basis for corporate liability for manslaughter. [...]. In our judgment, unless an identified individual's conduct, characterisable as gross criminal negligence, can be attributed to the company the company is not, in the present state of the common law, liable for manslaughter. Civil negligence rules [...] are not apt to confer criminal liability on a company.[...]. None of the authorities relied on by [the A-G] as pointing to personal liability for manslaughter by a company supports that contention. In each, the decision was dependent on the purposive construction [of] the particular statute [...]. In each case it was held that the concept of directing mind and will had no application when construing the statute. But it was not suggested or implied that the concept of identification is dead or moribund in relation to common law offences [...] Indeed, Lord Hoffmann's speech in Meridian, in fashioning an additional special rule of attribution geared to the purpose of the statute, proceeded on the basis that the primary 'directing mind and will' rule still applies although it is not determinative in all cases. In other words, he was not departing from the identification theory but reaffirming its existence”¹⁴².

1.8 Le proposte della Law Commission.

I fallimenti dei (pochi) processi che hanno visto imputata una *corporation* del reato di *manslaughter* e le critiche sempre più accese rivolte dalla dottrina al *Tesco principle*¹⁴³ hanno spinto la *Law Commission* inglese ad occuparsi del

that the deaths occurred by reason of a gross breach by the defendant of its personal duty to have a safe system of train operation in place” (per Rose LJ, 187)

¹⁴² *Sent. cit.*, 217, per Rose LJ

¹⁴³ Ci si limita in questa sede a rimandare ai contributi di BERGMAN, *op. cit.*; FIELD/JÖRG, *op. cit.*; WELLS, *opp. citt.*, GOBERT, *opp. citt.*, riservandoci di procedere ad un'analisi più approfondita dei contributi della dottrina (anche) anglosassone nei capitoli successivi.

problema della responsabilità della *corporation* per omicidio colposo, tentando di superare i limiti della teoria dell'identificazione e di confezionare criteri di imputazione diretta della responsabilità penale alla *legal person* (seppure nell'ambito di un intervento settoriale dedicato all'*involuntary manslaughter*¹⁴⁴).

Se solo si raffronta l'impostazione seguita, in tema di *corporate criminal liability*, dalla *Commission* nel *draft criminal code for England and Wales*¹⁴⁵, complessivamente poco innovativa, con le posizioni assunte nel *consultation paper* del 1994¹⁴⁶ (poi sfociato nel *Report n. 237*), è di immediata evidenza un radicale mutamento di rotta ed un totale ribaltamento di prospettive¹⁴⁷.

Tale mutamento può - ma solo in parte - essere spiegato dalla differenza di obiettivi perseguiti dalla *Commission* nella redazione di quelle proposte: come si sottolinea espressamente, il *draft code* non è stato redatto in prospettiva di riforma, ma, piuttosto, allo scopo di rendere il diritto penale "più accessibile, comprensibile, coerente e certo"¹⁴⁸.

Una parte consistente del *report n. 237* è dedicata al *corporate manslaughter*: tra le ragioni che hanno spinto la *Law Commission* a formulare proposte di riforma di questo settore del diritto penale spiccano i clamori suscitati nell'opinione pubblica da una serie di disastri verificatisi alla fine degli anni '80¹⁴⁹, in seguito ai quali, nonostante gli esiti delle indagini espletate dalle commissioni di inchiesta avessero evidenziato gravi difetti organizzativi in seno alle *corporations* coinvolte, non furono istituiti procedimenti penali a carico delle stesse, ovvero, quando ciò avvenne, essi si conclusero con esiti considerati inaccettabili. In questa prospettiva un ruolo paradigmatico della disfunzionalità del *principle of identification*¹⁵⁰ è assunto dal disastro di Zeebrugge e dalle vicende processuali ad

¹⁴⁴ È attualmente in preparazione un *consultation paper* volto alla rivisitazione di alcuni principi di parte generale, inclusa la *corporate criminal liability*, la cui pubblicazione è prevista nel corso del 2006. Cfr. il sito www.lawcom.gov.uk.

¹⁴⁵ LAW COMMISSION (Law com n.177), *Criminal law: a criminal code for England and Wales*, Londra, 1989.

¹⁴⁶ LAW COMMISSION (Consultation Paper n. 135), *Criminal law: involuntary manslaughter*, Londra, 1994

¹⁴⁷ Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 165

¹⁴⁸ Cfr. LAWCOM N. 237, *cit.*, 9: "[The draft criminal code] represented the culmination of eight years of work which had the central purpose of making the criminal law more accessible, comprehensible, consistent and certain. The Code was not in itself an exercise in law reform [...]"

¹⁴⁹ Cfr. LAWCOM N. 237, *cit.*, 4 ss., ove si fa espresso riferimento all'incendio scoppiato nella stazione della metropolitana di *king's Cross*, dove morirono 31 persone (1987); al disastro della piattaforma petrolifera *Piper Alpha* (1987: 167 morti); al disastro ferroviario di *Clapham* (1988: 35 morti e quasi 500 feriti); e, naturalmente, al disastro di Zeebrugge.

¹⁵⁰ "The problems that confront a prosecution for corporate manslaughter explain why there has only been one successful prosecution in England and Wales, and in that case against a small company [la Commission

esso collegate: non è casuale che la *Law Commission* tenti di sostenere la bontà della proposta avanzata, tra l'altro, tramite una sua applicazione ipotetica a quei fatti.

Nell'ambito della più ampia risistemazione dell'intera categoria dell'*involuntary manslaughter*, complessivamente oggetto di revisione da parte della commissione, viene proposta una modifica del diritto vigente e la "scomposizione" della fattispecie di *manslaughter* in due distinte figure criminose, dedicate agli individui: una di *reckless killing* (fondata sulla *subjective recklessness*) ed una di *killing by gross carelessness*. È la seconda¹⁵¹ a fornire il modello per la fattispecie di *corporate killing* (dedicata *esclusivamente* alla *corporation*). Il modello, tuttavia, necessitava di qualche adattamento, al fine di assicurarne la compatibilità con il *corporate defendant*.

Come si è accennato, a cavallo tra la pubblicazione del *consultation paper* e quella del *report* era intervenuta la decisione del caso *British Steel* (v. *supra*): tale importante pronuncia, che ha attratto i reati previsti dal *HSWA 1974* nel campo d'applicazione della *vicarious liability*, ha spinto la *Commission* ad interrogarsi se le ragioni poste a fondamento delle proposte avanzate nel *consultation paper* non fossero state superate dal nuovo orientamento giurisprudenziale. Semplicemente introducendo la previsione della procedibilità *on indictment* per i casi nei quali la violazione dei doveri imposti dalla normativa antiinfortunistica fosse sfociata in un evento-morte si sarebbe potuto assicurare l'applicabilità alla *corporation* della stessa sanzione proposta per il reato di *corporate killing* (una *unlimited fine*). Tale approccio è però stato rigettato¹⁵², in quanto avrebbe imposto alla *corporation* una responsabilità sostanzialmente oggettiva per la condotta di

si riferisce a *Kite and OLL Ltd.*, l'unica ipotesi di condanna della quale si avesse notizia ai tempi della redazione del *Report*. *We have welcomed the opportunity to reconsider the principles of corporate liability in the light of the great obstacles now confronting those wishing to bring a prosecution; but we are also conscious of the need to ensure that companies are not unjustly convicted merely because they are in charge of an operation or a vessel on which there has been a disaster*".

¹⁵¹ Questa, nella parte rilevante ai fini di questo lavoro, la formulazione proposta: 2. —(1) *A person who by his conduct causes the death of another is guilty of killing by gross carelessness if—*

(a) *a risk that his conduct will cause death or serious injury would be obvious to a reasonable person in his position;*

(b) *he is capable of appreciating that risk at the material time; and*

(c) *either—*

(i) *his conduct falls far below what can reasonably be expected of him in the circumstances; or*

ii) [omissis].

¹⁵² Cfr. *LAWCOM N. 237, cit.*, 94

un qualunque *employee*, ed indipendentemente dalla gravità della violazione delle regole cautelari da questi commessa.

Tale approccio è coerente con il generale rigetto dell'opzione di costruire la nuova fattispecie di *corporate killing* secondo il modello della *vicarious liability*, ritenuto, da una parte, troppo esteso, e tale da attrarre nell'area del penalmente rilevante anche ipotesi nelle quali la condotta della *corporation* non sia in alcun modo rimproverabile¹⁵³ e, dall'altra, discutibilmente ristretto, costruito com'è secondo un meccanismo di attribuzione della responsabilità "di rimbalzo", necessariamente vincolato all'individuazione di una persona fisica responsabile¹⁵⁴.

Per lo stesso motivo viene scartato il meccanismo della *aggregation*, poiché anch'esso richiede l'individuazione degli individui le cui condotte e stati soggettivi si debbano "sommare" ai fini dell'incriminazione della *corporation* (si noti peraltro come il modello di *aggregation* preso in considerazione si caratterizzi come particolarmente ristretto, essendosi limitata la *Commission* alla valutazione dell'ipotesi di introdurre la possibilità di aggregare le condotte e gli stati soggettivi esclusivamente dei *controlling officers*¹⁵⁵).

Rigettato anche il ricorso al modello della *reactive corporate fault*¹⁵⁶, considerato *troppo lontano* dalla tradizione giuridica inglese ed inadatto ad un intervento settoriale¹⁵⁷, si decide, come accennato, di perseguire la strada dell'*adattamento* della fattispecie "individuale" alle caratteristiche precipue della *corporation*.

La soluzione proposta dalla *Law Commission* si distacca radicalmente dalla tradizione: già nel *consultation paper* del 1994, era stata espressa la tesi in base alla quale le preoccupazioni che avevano spinto le corti all'adozione dell'*alter ego*

¹⁵³ "the introduction of vicarious liability for an offence that requires negligence (as distinguished from a strict liability offence) seems to us to be open to objections of principle, since it would automatically, and in our view unfairly, penalise a company for the fault of one of its employees even where it had taken considerable pains to prevent the kind of incident that caused the death" (LAWCOM N. 237, cit., 95).

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ "We have considered, secondly, the adoption of the principle of "aggregation". This principle would extend the doctrine of identification by enabling the court to "aggregate" the conduct of a number of a corporation's controlling officers, none of whom would individually be guilty [...]. In practice, it is often possible to state with confidence what the corporation did or omitted to do without investigating the conduct of individual controlling officers and the information that each of them possessed. The principle of aggregation would not enable this fact to be reflected automatically in a finding that the corporation was therefore liable. It would be no more than a gloss on the identification principle" (LAWCOM N. 237, cit., 96, sottolineature aggiunte).

¹⁵⁶ sul quale si tornerà *infra*

¹⁵⁷ *Ivi*, 97

principle si facessero sentire con minore intensità rispetto ai *crimes of neglect*. Nel contesto del *gross negligence manslaughter* - dunque - si sarebbe potuto affermare con maggior facilità che la *corporation* (piuttosto che un soggetto incardinato nell'organizzazione) avesse omesso di conformarsi ad un certo standard¹⁵⁸.

Risulta di notevole interesse, sul punto, l'evoluzione delle posizioni della *Commission*: nel *consultation paper* si proponeva un criterio di imputazione indifferenziato, applicabile dunque anche alla *corporation*, fondato sulla "percepibilità" del rischio:

"(1) the accused ought reasonably to have been aware of a significant risk that his conduct could result in death or serious injury; and

*(2) his conduct fell seriously and significantly below that which could reasonably have been demanded of him in preventing that risk from occurring or in preventing the risk, once in being, from resulting in the prohibited harm"*¹⁵⁹.

Nel *Report* del 1996, al contrario, si esclude espressamente la rilevanza del requisito della prevedibilità del rischio, considerato incompatibile con il *corporate context*¹⁶⁰.

Ma esaminiamo più da vicino la fattispecie "confezionata" dalla *Law Commission*. La s. 4(1) del *Draft Bill* recita:

"(1) A corporation is guilty of corporate killing if—

(a) a management failure by the corporation is the cause or one of the causes of a person's death; and

¹⁵⁸ Cfr. *Consultation Paper n. 135*, § 5.77, riprodotto in *LAWCOM N. 237*, cit., 88: "It is in our view much easier to say that a corporation, as such, has failed to do something, or has failed to meet a particular standard of conduct than it is to say that a corporation has done a positive act, or has entertained a particular subjective state of mind. The former statements can be made directly, without recourse to the intermediary step of finding a human mind and a decision-making process on the part of an individual within or representing the company; and thus the need for the identification theory, in order to bring the corporation within the subjective requirements of the law, largely falls away" (sottolineatura aggiunta).

¹⁵⁹ *Consultation Paper n. 135*, § 5.79, riprodotto in *LAWCOM N. 237*, cit., 7

¹⁶⁰ Cfr. *LAWCOM N. 237*, cit., 99: "To hypothesise a human being who could be in the same position as the corporation is a logical impossibility, and it would therefore be meaningless to enquire, as in the offence of killing by gross carelessness, whether the risk would have been "obvious" to such a person. Moreover, corporations have no "capacity", in the sense in which we use that term in this report in relation to an individual, so that it would be equally impossible to enquire whether the defendant corporation had the capacity to appreciate the risk. It is also, in our view, unnecessary. In judging the conduct of an individual defendant, the law must in fairness take account of such personal characteristics as may make it harder for her to appreciate risks that another person would appreciate; but the same considerations scarcely apply to a corporate defendant"

(b) that failure constitutes conduct falling far below what can reasonably be expected of the corporation in the circumstances”.

Si richiedono, dunque, due condizioni per il configurarsi dell'illecito: che un “difetto di gestione” sia la causa (o una delle cause) della morte di un uomo e che tale difetto organizzativo costituisca una condotta che si allontani notevolmente da quella esigibile dalla *corporation* nelle circostanze del caso.

Nel definire il concetto di “*management failure*”, con l'obiettivo di discernere tra eventi propriamente imputabili alla *corporation* ed eventi imputabili esclusivamente ai suoi *agents*, la *Law Commission* dichiara di essersi ispirata al dovere gravante sul datore di lavoro di fornire ai suoi dipendenti “*a safe system of work*”¹⁶¹, che è un dovere specifico del datore e genera una forma di responsabilità diretta, tradizionalmente distinta da quella “vicaria” che grava sul datore per i fatti commessi dai suoi dipendenti: l'idea di fondo è quella di ispirarsi a quel modello nella previsione di un generico dovere gravante su ogni *corporation* di garantire l'incolumità di *tutti* i soggetti in qualche modo interessati dalle sue attività¹⁶²:

“(2) For the purposes of subsection (1) above—

(a) there is a management failure by a corporation if the way in which its activities are managed or organised fails to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities; and

(b) such a failure may be regarded as a cause of a person's death notwithstanding that the immediate cause is the act or omission of an individual”.

Il termine *system of work*, e, per estensione, la subs. (2)(a) si riferiscono - tra l'altro - a: “the organisation of the work, the way in which it is intended the work shall be carried out, the giving of adequate instructions (especially to inexperienced workers), the sequence of events, the taking of precautions for the safety of the workers at all stages, the number of such persons required to do the job, the part to be taken by the various persons employed and the time at which they should perform their respective tasks”¹⁶³.

¹⁶¹, *Ivi*, 102. I doveri gravanti sull'employer so costituiti, fra l'altro dai seguenti compiti: “(1) to provide a safe place of work, including a safe means of access; (2) to employ competent staff; (3) to provide and maintain adequate appliances; and (4) to provide a safe system of work” (*ivi*, 103).

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ivi*, 104.

A differenza dell'ipotesi di violazione delle s. 2 e 3 dell'HSWA 1974, l'ente non sarà automaticamente responsabile per le colpe dei suoi dipendenti: "la distinzione è tra le prassi ed il metodo di disimpegno delle attività di cui il *master* si presume sia a conoscenza e le cui inefficienze sia in grado di prevenire, e gli atti isolati dei *servants* che non si presume che il master possa conoscere né evitare"¹⁶⁴. Così il camionista dipendente di una società di trasporti che provochi, per colpa, un incidente mortale non renderà la società automaticamente responsabile. La società potrà essere chiamata a rispondere del reato, tuttavia, qualora si accerti che l'incidente sia stato causato, ad esempio, dall'eccessiva stanchezza del guidatore, sottoposto a massacranti turni di lavoro, o semplicemente non sufficientemente disincentivato dal sottoporsi ad orari eccessivi di lavoro per aumentare il proprio guadagno¹⁶⁵.

Come ben evidenziato da questo esempio, la fattispecie in esame, tende a costruire in capo all'ente una forma di responsabilità tendenzialmente omissiva, rimproverandosi ad esso il mancato impedimento dell'evento, in ipotesi evitabile tramite l'assunzione di differenti moduli organizzativi e gestionali¹⁶⁶.

Si noti, peraltro come il *personal duty of care* gravante sull'*employer* sia, come si è detto, adottato esclusivamente come modello, la determinazione circa la presenza o meno di una *management failure* è questione di fatto, affidata alla giuria:

*"We [do not] suggest that the offence should be defined as hinging on whether the corporation's civil liability for the death would be personal or vicarious: in the context of criminal trials, such a test would be unworkable. The scope of an employer's personal duty of care is a model and no more. But we believe that the distinction between "management failure" and operational negligence is an appropriate way of differentiating, in the context of involuntary homicide, between the conduct of a corporation and the conduct of its employees alone"*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Ivi*, 105.

¹⁶⁵ *Ivi*, 106.

¹⁶⁶ Cfr. GLAZEBROOK, *A better way of convicting business of avoidable deaths and injuries?*, in *CLJ*, 2002, 405, 409 ss; LOTTINI, *op. cit.*, 173, secondo il quale "sembrebbene possibile che il reato di *corporate killing* presenti la struttura di una fattispecie omissiva impropria che si configura a seguito della violazione dell'obbligo, gravante a carico della persona giuridica, di impedire un evento causato dall'attività che, da un punto di vista naturalistico, non può che essere posta in essere da quelle persone fisiche che agiscono per la *corporation*"

¹⁶⁷ *Ivi*, 110.

Il secondo elemento della fattispecie, sulla falsariga di quella di *killing by gross carelessness*¹⁶⁸, richiede che il “difetto di gestione” si collochi *molto al di sotto* rispetto a quanto esigibile dalla *corporation* “nelle circostanze”.

Con una decisione che non ha mancato di suscitare qualche critica¹⁶⁹ il *report* è piuttosto laconico circa quali debbano essere tali “circostanze”: la questione è affidata alla piena discrezionalità della giuria¹⁷⁰, che dovrà procedere ad una valutazione comparativa di elementi quali la gravità del rischio connesso a specifiche modalità di disimpegno di una determinata attività, l’utilità sociale ad essa connessa, i costi necessari per eliminare o minimizzare il rischio¹⁷¹.

Non sembra invece cogliere nel segno, se intesa letteralmente, la critica di un esponente della dottrina, il quale sembra ritenere che la *Law Commission* abbia affidato alla piena discrezionalità della giuria la scelta se ricorrere “alla logica predittiva dell’agente modello [...] oppure a quella imitativa, avendo in questo ultimo caso ‘riguardo a ciò che viene normalmente praticato e considerato accettabile nel settore in cui la *corporation* opera’ ”¹⁷²: nel passaggio del *report* cui il commento si riferisce, infatti, se è vero che si contempla la possibilità che la giuria prenda in considerazione le prassi di settore, si esclude espressamente che queste possano portare a risultati conclusivi “*since the fact that a given practice is common does not in itself mean that the observance of that practice cannot fall far below what can reasonably be expected; but it might well be highly relevant*”¹⁷³.

Ciò premesso, è senza dubbio tutt’altro che remoto il rischio che, con l’adozione di un paradigma assimilabile alla colpa generica, del quale si richiede l’applicazione - in un contesto di potenziale elevata complessità tecnologica - da parte di un organo strutturalmente privo di competenze tecniche come la giuria, quella imitativa divenga di fatto la logica prevalente, portando seco i pericoli di

¹⁶⁸ “[...] we see no reason why the [...] requirement for the individual offence, that the defendant’s conduct must have fallen far below what could reasonably be expected of her in the circumstances, should not apply equally to the corporate offence. This approach, as we have already explained, is based on our view that the offence ought to be one of last resort, available only when all the other sanctions that already exist seem inappropriate or inadequate, and that, therefore, the negligence in question must have been very serious” (ivi, 100).

¹⁶⁹ Cfr., in particolare GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 106 ss.

¹⁷⁰ “In our view, it would be neither practicable nor desirable to specify in legislation what those “circumstances” should or should not include: in every case it would be for the jury to decide whether the corporation’s conduct fell within that description” (ibidem)

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² LOTTINI, *op. cit.*, 174.

¹⁷³ *Ivi*, 101

appiattimento delle prassi su standard di sicurezza insoddisfacenti paventati da un commentatore: “*the corporate killing offence could unwittingly encourage negligence on an industry-wide scale*”¹⁷⁴. Non è casuale che si suggerisca in dottrina, al fine di alleviare le difficoltà che potrebbero incontrare i giurati, potenzialmente privi d’ogni familiarità con un determinato settore, nel determinare cosa sia esigibile da parte della *corporation* in determinate circostanze, che le regole cautelari siano individuate attraverso l’emanazione di *codes of good practices* da parte di *regulatory agencies*¹⁷⁵.

Più in generale, alcuni commentatori hanno stigmatizzato l’estrema latitudine del campo precettivo proiettato da una norma incriminatrice descritta in termini troppo vaghi, con un’eccessiva apertura di credito concessa alle limitate capacità euristiche della giuria¹⁷⁶.

Di segno parzialmente opposto le critiche di chi, pur condividendo i giudizi relativi alle carenze di tipizzazione della fattispecie¹⁷⁷, ammonisce circa le eccessive speranze riposte dalla *Commission* nella proposta nuova figura criminosa. Come si è accennato, la particolare centralità che ha assunto il disastro di Zeebrugge nel lavoro della commissione ha spinto i redattori della proposta a tentare di confezionare un criterio di imputazione che potesse risultare più funzionale rispetto a fatti di quel tipo, che fosse in grado, in altre parole, di catturare nella formalizzazione penalistica il tipo di rimproveri mossi dallo *Sheen report* alla *P&O*¹⁷⁸. Posto che l’assoluzione della *P&O* è stata motivata in base all’asserita non percepibilità del rischio (seppure nella forma particolarmente pregnante della “evidenza” dello stesso richiesta, allora, per la configurabilità del *reckless manslaughter*), ci si chiede come si sarebbe potuto esigere dalla *corporation* l’adozione di misure organizzative e procedurali atte a prevenirlo (o -

¹⁷⁴ Così GOBERT/PUNCH, *op. cit.*, 106.

¹⁷⁵ *Aut. loc. ult. cit.*

¹⁷⁶ Cfr. GLAZEBROOK, *op. cit.*, 410; COFFEE, *op. cit.*, 18: “*This standard if adopted could make the corporation a virtual insurer for any accidental killing*”.

¹⁷⁷ Cfr. WELLS, *Corporations, cit.*, 124, dove si cita adesivamente il passo di Coffee riportato nella nota precedente.

¹⁷⁸ Cfr. WELLS, *The corporate manslaughter proposals, cit.*, 550: “*A major claim for the corporate killing offence is that it would be ‘P&O proof’*”. Cfr. altresì LAWCOM N. 237, *cit.*, 116: “*If circumstances such as these were to occur again, we think it would probably be open to a jury to conclude that, even if the immediate cause of the deaths was the conduct of the assistant bosun, the Chief Officer or both, another of the causes was the failure of the company to devise a safe system for the operation of its ferries; and that that failure fell far below what could reasonably have been expected. In these circumstances the company could be convicted of our proposed new offence*”. Per una discussione del caso v. *supra*, §§ 1.4 e 1.5.

più realisticamente - a ridurlo)¹⁷⁹. Nonostante il concetto di *management failure* debba essere considerato un passo avanti rispetto alla *identification doctrine*, sembra che “ancora molto debba essere fatto”¹⁸⁰: il ricorso a espressioni come *management failure* o “*the way its activities are managed or organised*” lascerebbero aperte molte questioni.

Alla luce di queste considerazioni si possono comprendere le preoccupazioni espresse dalla citata dottrina: la mancata tipizzazione di elementi cruciali della fattispecie potrebbe costituire il presupposto - posta la “*judicial aversion to corporate liability*”¹⁸¹ evidenziata dalle corti nei casi *P&O* e *GWT* - per l’adozione di un’interpretazione estremamente restrittiva del termine *management*, tale da sterilizzarne le scelte di *policy* sottese alla proposta di riforma.

Alla luce di queste considerazioni, e nella prospettiva di un parziale ridimensionamento della prognosi circa la potenziale sterilizzazione delle novità che dovessero essere introdotte dal legislatore inglese, assume notevole rilievo il fatto che il giudice Scott Baker, nell’assolvere nel processo di primo grado relativo al disastro di Southall la *GWT* dal reato di *manslaughter*, abbia aspramente criticato l’inerzia dell’esecutivo, che aveva lasciato passare ben tre anni dalla pubblicazione del *Report* della *Law Commission* senza presentare al Parlamento alcun disegno di legge¹⁸². Sembra dunque che, almeno in quel caso, il giudice, pur ritenendo, condivisibilmente o meno, di non poter intervenire in assenza di un’indicazione legislativa, non avrebbe esitato - se la avesse avuta a disposizione nel suo ‘arsenale’ - ad applicare la nuova fattispecie alla *GWT*. Seppur con andamento ondivago e non senza alcune resistenze l’atteggiamento delle corti inglesi sembra essersi almeno parzialmente distaccato dalla tradizionale “avversione” per la *corporate criminal liability*.

¹⁷⁹ Cfr. WELLS, *op. ult. cit.*, 551: “*We can either say ‘the company’s failure to provide a safe system fell far below what was reasonably expected’ or ‘the company [...] failed to realise that there was an obvious risk that a ship might sail with its doors open’. If the risk was not obvious, as the judge concluded, why should we expect the company to devise a safe system to prevent it?’*”. Negli stessi termini, di recente, EAD, *Corporations, cit.*, 125

¹⁸⁰ WELLS, *The corporate manslaughter proposals, cit.*, 552

¹⁸¹ WELLS, *Corporations, cit.*, 124.

¹⁸² Cfr. WELHAM, *op. cit.*, 71 s.

1.9 Le proposte sfociate nell'introduzione della nuova fattispecie

In seguito agli esiti del processo alla *GWT*, ed ai clamori da esso suscitati nell'opinione pubblica, il governo pubblicò, nel maggio del 2000, un *consultation paper*¹⁸³, nel quale, salvo alcune modifiche di rilievo¹⁸⁴, le proposte della *Law Commission* venivano sostanzialmente fatte proprie dall'esecutivo.

Per della pubblicazione di un progetto di legge provvisorio da parte dell'esecutivo, tuttavia, si sarebbe dovuto attendere un altro quinquennio¹⁸⁵: solo nel marzo 2005 infatti è stato pubblicato un *Draft Bill* in materia¹⁸⁶, contenete novità di rilievo rispetto alle proposte a suo tempo avanzate dalla *Law Commission*.

La tendenza che emerge dalla nuova formulazione della fattispecie proposta (ribattezzata *corporate manslaughter*¹⁸⁷) è quella di una *maggior formalizzazione* dei diversi elementi che la compongono. La s. 1 del *draft bill* statuisce:

“(1) *an organisation to which this section applies is guilty of the offence of corporate manslaughter if the way in which any of the organisation's activities are managed or organised by its senior managers-*

(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”

(omissis) (sottolineatura aggiunta)

Le successive *sections* 2, 3 e 4 definiscono i concetti di *senior manager*; *gross beach* e *relevant duty of care*.

Come si è detto, la proposta della *Law Commission* incardinava la responsabilità della *corporation* sulla violazione di un generico dovere di assicurare la salute e l'incolumità dei propri lavoratori e dei terzi, senza peraltro attribuire specifica

¹⁸³ HOME OFFICE *reforming the law on involuntary manslaughter: the Government's proposals*, Londra, 2000 (liberamente consultabile sul sito www.homeoffice.gov.uk).

¹⁸⁴ Tra l'altro: estensione della responsabilità a tutte le *undertakings*; previsione di ipotesi di *disqualification* per le persone fisiche ed espressa estensione della responsabilità alla controllante od altre società del gruppo.

¹⁸⁵ Per una cronistoria delle proposte di riforma succedutesi nel corso di più di un decennio v. HOUSE OF COMMONS. HOME AFFAIRS AND WORK AND PENSIONS COMMITTEES, *Draft Corporate Manslaughter Bill. First joint report of session 2005-6*, vol. 1, Londra, 2005, 9 ss. (consultabile sul sito www.parliament.uk/bills/draftbills/draftbills0405.cfm). d'ora in poi citato come JOINTREPORT2005, v.1

¹⁸⁶ HOME OFFICE, *Corporate Manslaughter: The Government's Draft Bill for Reform*, Londra, 2005 (consultabile sul sito www.homeoffice.gov.uk); d'ora in poi citato come HOMEOFFICE2005.

¹⁸⁷ Il nuovo *draft bill* non si occupa delle fattispecie di *manslaughter* dedicate agli individui, la cui riforma, pur non accantonata, è destinata a seguire altri, più tortuosi, percorsi, anche per assicurare il necessario coordinamento con la riforma della fattispecie di *murder*, anch'essa attualmente in discussione.

rilevanza a specifici *duties of care* individuati da altri rami dell'ordinamento. Tale opzione è stata abbandonata dalla proposta governativa, nel tentativo di delimitare e chiarificare i confini dell'obbligo di attivarsi gravante sulla *corporation*, presupposto necessario per una forma di responsabilità *tendenzialmente omissiva*¹⁸⁸: il modello cui ci si è ispirati è costituito dalla fattispecie di *gross negligence manslaughter*, che parimenti richiede l'infrazione di un *duty of care*. Il concetto di *relevant duty of care* è ulteriormente specificato dalla s. 4 del *draft bill*:

4 Relevant duty of care

(1) A "relevant duty of care", in relation to an organisation, means a duty owed under the law of negligence by the organisation-

(a) to its employees as such

(b) in its capacity as occupier of land, or

(c) in connection with –

(i) the supply by the organisation of goods or services (whether for consideration or not), or

(ii) the carrying on by the organisation of any other activity on a commercial basis

Le commissioni parlamentari che hanno proceduto ad una valutazione preventiva della bozza di progetto di legge, prima che questa sia formalizzata in un *definitive bill* da sottoporre al vaglio del Parlamento, e che hanno proceduto ad ampie consultazioni di esperti del settore, associazioni di categoria ed altri soggetti interessati dalla riforma¹⁸⁹, pur condividendone le ragioni, hanno espresso dei dubbi circa la soluzione proposta dal governo: il ricorso al concetto di *duty of care*

¹⁸⁸ “*The Government has considered this issue carefully. The Law Commission proposed that a new offence be based on a failure to ensure the health and safety of employees or members of the public. However the relationship between this and duties imposed by health and safety legislation, as well as duties imposed under the common law to take reasonable care for the safety of others was left undefined. We do not consider that this is satisfactory; the offence needs to be clear on the circumstances in which an organisation has an obligation to act. This is important for an offence that is likely to be based on what an organisation has failed to do”.* (HOMEOFFICE2005, 9; sottolineatura aggiunta).

¹⁸⁹ Cfr. HOUSE OF COMMONS. HOME AFFAIRS AND WORK AND PENSIONS COMMITTEES, *Draft Corporate Manslaughter Bill. First joint report of session 2005-6*, vol. II, *Written evidence*, Londra, 2005 (d’ora in poi JOINTREPORT2005, v.2) e vol. III, *Additional written evidence and oral evidence* (d’ora in poi citato come JOINTREPORT2005, v.3). Entrambi i documenti sono consultabili sul sito www.parliament.uk/bills/draftbills/draftbills0405.cfm.

non sarebbe in grado, considerate le incertezze che affliggono la giurisprudenza civile in materia, di assicurare la necessaria determinatezza alla fattispecie¹⁹⁰.

Nel *Joint Report* si è dunque sollecitato il ritorno alla soluzione originariamente proposta dalla *Law Commission*, che, nella prospettiva della maggior valorizzazione della violazione della *relevant health and safety legislation* ai fini della determinazione di quali condotte costituiscano una *gross management failure*, non dovrebbe soffrire dei problemi di determinatezza che la affliggevano nella formulazione originaria¹⁹¹. Anche l'individuazione di determinate categorie d'obblighi è stata criticata, nel timore che possa restringere troppo l'ambito di applicazione della nuova figura criminosa. In particolare è stato avanzato il timore che - considerato lo stato attuale del *case-law* in materia - il tendenziale mancato riconoscimento di un *duty of care* gravante sulle *parent companies* rispetto alle attività delle controllate possa impedire la configurazione del reato in capo alla controllante, anche in presenza di tutti gli altri elementi richiesti dalla fattispecie¹⁹². Il governo, tuttavia, sembra deciso a mantenere inalterate, nel progetto definitivo, le soluzioni adottate sul punto¹⁹³.

¹⁹⁰ “We accept that the definition of the offence needs to make clear which are the circumstances in which an organisation has an obligation to act, and in which a serious breach of that obligation leading to death could make it liable for prosecution for corporate manslaughter. We are not, however, convinced that this clarity would be achieved by the proposal to limit the scope of the offence to those situations in which an organisation owes a duty of care in negligence. This legal concept is unclear and is not fixed – the situations in which a duty of care may be owed in negligence will develop in accordance with judicial decisions. Furthermore, we consider that different rules should apply to determine when a person owes a duty of care for another’s health and safety in the context of liability for damages under the civil law and in the context of liability under the criminal law” (JOINTREPORT, v.1, 29)

¹⁹¹ “We also recommend that whether an organisation has failed to comply with any relevant health and safety legislation should be an important factor for the jury in assessing whether there has been a gross management failure. Organisations are already required to comply with duties imposed under such legislation and so should already be familiar with them” (*ibidem*).

¹⁹² Cfr. JOINTREPORT, v.1, 31; v. altresì il *supplementary memorandum* presentato dal *Centre for Corporate Accountability*: “There is no established principle that there is a duty of care between a parent company and an employee of one of its subsidiary companies. The fact that some parent companies may require subsidiaries to act in a particular way in relation to safety does not under the current law impose a duty of care upon the parent company. If the concept of “duty of care” is retained as a requirement in the offence, the possibility of prosecuting a parent company for the death of a worker in its subsidiary is not possible.” (JOINTREPORT, v.3, Ev 118)

¹⁹³ Cfr. *The Government Reply To The First Joint Report From The Home Affairs And Work And Pensions Committees Session 2005-06 Hc 540*, Londra, 2006, 9 ss. (d’ora in poi GOVREPLY2006, anch’esso consultabile sul sito www.parliament.uk/bills/draftbills/draftbills0405.cfm).

Riaffermata la necessità di formalizzare i doveri di intervento gravanti sull'ente¹⁹⁴ e scartate le ipotesi di introdurre degli appositi *statutory duties* o di costruire l'offesa sulla violazione degli *statutory duties* individuati, ad esempio, dalla normativa antinfortunistica¹⁹⁵, si conferma l'opinione circa la bontà del rinvio alla *law of civil negligence*. In particolare si sottolinea come l'individuazione di alcune tipologie di *duty of care* sia ormai ben consolidata in giurisprudenza, e, dunque, anche tramite la tipizzazione di ipotesi specifiche di cui alla s. 4 della bozza, come il ricorso ad esse sia idoneo ad assicurare gli obiettivi di certezza perseguiti¹⁹⁶.

Il punto più controverso della proposta governativa, tuttavia, è costituito dall'adozione di una versione restrittiva del concetto di *management failure*¹⁹⁷ (che le *explanatory notes* che accompagnano la bozza definiscono come *senior management failure*). Ad assumere rilievo ai fini della configurazione della fattispecie sarebbero dunque le modalità in cui le attività dell'ente sono gestite e organizzate dai *senior managers*. L'introduzione di questo ulteriore elemento di specificazione del concetto è giustificato dall'obiettivo di delimitare l'area del penalmente rilevante a quelle disfunzioni riconducibili alle scelte organizzative e gestionali "di fondo", tali da coinvolgere la *corporation* nel suo insieme¹⁹⁸,

¹⁹⁴ "Many cases that are likely to come within the ambit of this offence are ones where it is alleged that an organisation has failed to act in a way that it ought to have done. We do not think that question can be adequately addressed without reference to an organisation's duties to take reasonable care. By contrast, the Law Commission's original proposal, that an organisation should be liable whenever a management failure causes death, would leave this aspect of the offence fundamentally at large. This approach would create uncertainty about the range of new circumstances in which a court might hold that an organisation was under an obligation to act" (GOVREPLY2006, 9)

¹⁹⁵ In particolare si sottolinea come gli obblighi individuati dalle s. 2 e 3 dell'HSWA 1974 siano *troppo generici* per individuare con sufficiente determinatezza gli obblighi impeditivo rilevante ai fini della responsabilità per omesso impedimento dell'evento (Cfr. GOVREPLY2006, 10)

¹⁹⁶ "The common law duty of care provides a long developed framework for establishing circumstances in which organisations (and others) ought to be exercising reasonable care for the safety of others. [...] However, we also recognise that whether a duty of care is owed or not will not always be a settled question and is a developing area [...]. The proposal to set out various categories of activity is intended to delineate the scope of the offence in a clearer and more accessible way than the duty of care can alone, by drawing a clear line around the sort of activities to which it applies. We believe that this will give the public, organisations subject to the offence and investigators a much clearer picture of the sort of situations to which the offence applies" (GOVREPLY2006, 10-11)

¹⁹⁷ Il *draft bill* non riproduce testualmente l'espressione in questione ma la s. 1 (*supra*) adotta un *wording* del tutto analogo a quello utilizzato dalla subs. 4(2) del *draft bill* elaborato dalla *Law Commission* per definire quel concetto ("...the way in which any of the organisation's activities are managed or organised...").

¹⁹⁸ Cfr. HOMEOFFICE2005, 12: si noti come il riferimento alla *totalità* dell'ente ("[...] our intention is to target failings where the corporation as a whole has inadequate practices or systems for managing a

escludendo di conseguenza la rilevanza a violazioni localizzate o comunque riconducibili alle mancanze del *junior management*¹⁹⁹.

A tal fine la s. 2 del *draft bill* fornisce la seguente definizione di “senior manager”, che include quei soggetti che rivestano un ruolo “significativo” sia sul piano del *decision making* sia su quello operativo nel determinare l’organizzazione e la gestione dell’insieme o di una porzione “rilevante” delle attività dell’ente:

2 Senior Manager

A person is “senior manager” of an organisation if he plays a significant role in –

(a) the making of decisions about how the whole or a substantial part of its activities are to be managed or organised, or

(b) the actual managing or organising of the whole or a substantial part of those activities.

Nel corso delle consultazioni che hanno portato all’emanazione del *joint report* è stata espressa la preoccupazione che la nuova formulazione della fattispecie possa generare, se introdotta, problemi di carattere applicativo non dissimili da quelli generati dal *Tesco principle*: ai problemi di individuazione dei *controlling officers* si sostituirebbero analoghi problemi di individuazione dei *senior managers*²⁰⁰.

A parere delle commissioni (e di molte dei contributi alla consultazione da esse raccolti) la formulazione adottata finirebbe per introdurre un modesto allargamento del modello della *identification*, potenziato dalla possibilità di ricorrere a “qualche forma di aggregazione”²⁰¹ delle condotte dei *senior manager*, finendo così per preservarne le difficoltà applicative, *soprattutto* rispetto a società di grandi dimensioni, e per *incentivare* forme di decentramento delle competenze

particular activity”) sia, in effetti, mitigato dalla definizione di *senior manager* contenuta nella s. 2 del *bill* (v. *infra* nel testo)

¹⁹⁹ Cfr. HOMEOFFICE2005, 34

²⁰⁰ Cfr. JOINTREPORT2005, v.2, Ev 13, 198, 211 243-244, 269, 284, e 311; v. anche JOINTREPORT2005, v.3, Q 478: “*There is too much reference to individuals here [...] The offence as currently drafted is a sort of hybrid. It punishes the organisation but refers you again and again to individuals and their activities*” (S. Ireland, *senior legal officer* dell’ONG “JUSTICE”)

²⁰¹ JOINTREPORT2005, v.1, 39.

connesse alla normativa antinfortunistica precipuamente finalizzate all'elusione delle responsabilità dell'*high management* e della *corporation*²⁰².

Affinché una *senior management failure* possa assumere rilevanza è necessario che essa costituisca una “grave violazione” (*gross breach*) del *relevant duty of care*. Nel definire cosa costituisca una infrazione “grave” la s. 3(1) del *draft bill* del 2005 riprende sostanzialmente la formulazione originariamente adottata dalla *Law Commission*:

3 Gross Breach

(1) A breach of duty of care by an organisation is a “gross” breach if the failure in question constitute conduct falling far below what can be reasonably expected of the organisation in the circumstances.

Per evitare i problemi di indeterminatezza caratterizzanti la proposta della *Law Commission* (si rimanda, sul punto, a quanto esposto nel paragrafo precedente), alla definizione si affiancano una elencazione - non tassativa - di elementi che la giuria deve prendere in considerazione nel determinare la gravità della condotta antidoverosa della *corporation*:

(2) in deciding that question the jury must consider whether the evidence shows that the organisation failed to comply with any relevant health and safety legislation or guidance, and if so –

(a) how serious was the failure to comply;

(b) whether or not senior managers of the organisation –

(i) knew, or ought to have known, that the organisation was failing to comply with that legislation or guidance

(ii) were aware, or ought to have been aware, of the risk of death or serious harm posed by the failure to comply;

(iii) sought to cause the organisation to profit from that failure

(omissis)

(4) Subsection (2) does not prevent the jury from having regard to any other matters they consider relevant to the question.

Al di là della questione della *selezione* degli elementi da includere nell'elencazione, sui quali si tornerà tra breve, gli estensori del *Joint Report* condividono, sul punto, l'impostazione del *draft bill*. Si suggerisce, tuttavia, di

²⁰² Cfr. JOINTREPORT2005, v.1, 37; v. altresì JOINTREPORT2005, v.2, Ev 7, 13, 16, 19, 56, 60-61, 81, 86, 111, 132, 187, 198, 200, 211 e 220, nonché le opinioni espresse nelle audizioni del Lord Justice Judge (JOINT REPORT2005, v.3, Q501) e del presidente del Centre for Corporate Accountability (*ivi*, Q56).

riformulare la s. in questione in modo da rendere chiaro come la violazione della normativa posta a tutela della salute e sicurezza, pur costituendo - ove sussistente - un elemento di sicura rilevanza per le determinazioni della giuria, non debba considerarsi una condizione indefettibile ai fini dell'accertamento della gravità del comportamento antidoveroso della società²⁰³.

Quanto alla selezione degli elementi da includere nella disposizione in esame, la maggioranza delle critiche si sono appuntate sulle subs. 3(2)(b)(i), (ii) e (iii) le quali, facendo riferimento a quanto conosciuto o conoscibile da parte dei *senior managers*, ripropongono i profili problematici già evidenziati rispetto alle s. 1(1) e 2 della bozza²⁰⁴.

Il *Joint Report*, sulla base precedenti considerazioni, suggerisce un *ripensamento* del criterio di imputazione fondato sulla *senior management failure*, ed il ritorno alla formulazione originariamente proposta dalla *Law Commission*, con l'adozione - dunque - del criterio della *management failure*, non ulteriormente specificato dal riferimento ai *senior managers*²⁰⁵. I redattori del *report*, tuttavia, condividono i timori che la nuova figura criminosa possa essere interpretata in termini tali da attribuire rilevanza a violazioni avvenute ad un livello *eccessivamente basso*, tali da non poter essere considerate frutto di deficit organizzativi ragionevolmente imputabili all'ente, e che dunque dovrebbero costituire, semmai, fonte di responsabilità esclusivamente individuali²⁰⁶.

La soluzione proposta è quella di perseguire tali obiettivi *per via indiretta*, incidendo sugli elementi posti all'attenzione della giuria nel valutare la presenza di una *gross management failure* (nel *joint report*, in considerazione della proposta abolizione del riferimento al *relevant duty of care*, si preferisce questa espressione a quella di *gross breach*). Le commissioni hanno rigettato la proposta, da taluno avanzata nel corso delle consultazioni, di *sostituire* il criterio di

²⁰³ JOINTREPORT2005, v.1, 49

²⁰⁴ Ibidem

²⁰⁵ “We believe that a test should be devised that captures the essence of corporate culpability. In doing this, we believe that the offence should not be based on the culpability of any individual at whatever level in the organisation but should be based on the concept of a “management failure”, related to either an absence of correct process or an unacceptably low level of monitoring or application of a management process” (JOINTREPORT2005, v.1, 44).

²⁰⁶ “We urge the Government to consider returning to the Law Commission’s original proposal as a starting point. We acknowledge the argument that the Law Commission’s “management failure” test could cover failings within a company that occur at too low a level to be fairly associated with the company as a whole. Nevertheless, we recommend that the Home Office should address this specific concern without abandoning the Law Commission’s general approach” (JOINTREPORT2005, v.1, 52).

management failure con quello, ispirato al *Criminal Code Act* australiano del 1995, di *corporate culture*²⁰⁷, a tale concetto, tuttavia, si suggerisce di fare ricorso, nella prospettiva di cui si è detto, nell'ambito della s. 3 del *draft bill*, della quale si caldeggia una riscrittura nei seguenti termini:

“3. *Gross management failure*

(1) *A management failure is a “gross management failure” if the failure in question constitutes conduct falling far below what can reasonably be expected of the organisation in the circumstances.*

(2) *In deciding that question the jury must consider whether the evidence shows that the organisation failed to comply with any health and safety legislation and related guidance and any other relevant legislation and, if so, how serious was the failure to comply.*

(3) *In assessing the seriousness of the failure to comply, the jury may take account any of the following matters –*

(a) *whether a corporate culture existed within the corporation that encouraged or tolerated non-compliance with that legislation or guidance; or*

(b) *whether the corporation failed to create and maintain a corporate culture requiring compliance with that legislation or guidance.*

(4) *(omissis)*

(5) *In subsection (3) “corporate culture” means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the corporation generally or in that part of the corporation where the relevant conduct occurs”.*

Nella sua risposta al *Joint Report* il governo britannico ha dichiarato l'intenzione di rivedere le parti del *draft bill* che fanno riferimento ai *senior manager*²⁰⁸ e di considerare interessante la proposta avanzata dai *Committees* di richiedere che la

²⁰⁷ Cfr. JOINTREPORT2006, v.1, 34 ss.; sul modello australiano, su cui si avrà modo di ritornare *infra*.

²⁰⁸ “The Government recognises that the senior management test has been widely interpreted in a way in which the Government did not intend. The Government considers that the test represented a minimal development of the Law Commission’s proposal, designed primarily to ensure that systems and processes throughout an organisation for managing a particular activity were considered and that, properly applied, would not in practice have had the adverse impacts that witnesses were concerned about. However, because it is very important that the offence is clear, properly understood and commands confidence, the Government accepts the Committees’ recommendation that the test should be reconsidered” . (GOVREPLY2006, 14). “Given that the Government accepts that the test for senior management failure needs to be reconsidered, the Government also accepts the Committees’ recommendation that the factors should not include the awareness of senior managers of health and safety failures and the risks posed by them. The Government further agrees that the reference to whether senior managers sought to profit from the failures should be removed. [...]” (ivi, 17)

giuria prenda in considerazione la presenza di una *corporate culture* criminogena. Tuttavia, il governo si è dichiarato fermo nella sua intenzione di inserire, nella versione definitiva del progetto di legge, l'inserimento di elementi di ulteriore specificazione del concetto di *management failure*: lo scopo è quello di individuare una formulazione che permetta alle corti di “esaminare le modalità in cui l'ente nel suo insieme (*as a whole*) ha gestito o organizzato una determinata attività”²⁰⁹, sia sul piano delle decisioni di fondo che su quello della successiva implementazione e supervisione²¹⁰. In questa prospettiva potranno assumere rilievo non solo la *corporate culture* (e dunque non secondo la “via indiretta” proposta dal *Joint Report*) ma anche l'assenza di efficaci sistemi di controllo del rischio in una determinata attività o il ricorso alla delega delle responsabilità in ambito antinfortunistico non accompagnata da sufficiente supervisione o comunque secondo modalità inappropriate.

A questa dichiarazione programmatica non si accompagnava, però, alcuna proposta per la nuova formulazione del *management failure test*.

1.10 La nuova fattispecie di Coproprate Manslaughter

Un primo *Bill* sostanzialmente corrispondente al *draft* esaminato al paragrafo precedente, fu presentato alla discussione parlamentare il 20 luglio del 2006²¹¹. Tuttavia, nel corso di un complesso *iter* parlamentare, furono introdotte nel testo che sarebbe poi stato approvato il 26 luglio 2007, alcune modifiche volte ad armonizzarlo con le indicazioni del *Joint Report* ed, in particolare, di tentare di individuare una soluzione equilibrata alle opposte esigenze di svincolare la base della responsabilità collettiva dagli illeciti individuali e di assicurare il rilievo alle sole disfunzionalità attribuibili alla *corporation* “*as a whole*”.

²⁰⁹ Cfr. GOVREPLY2006, 18: “*The Government therefore still considers that the management failure test in itself needs to be qualified in some way. In policy terms, the test should examine the way the organisation as a whole managed or organised a particular activity. By this we mean the prosecution should be based on not only the immediate events that led to the death but on the wider context in which those events were able to take place*”.

²¹⁰ “*The court should be presented with the wider picture of the company's management of an activity, both at supervisory and strategic levels, and consider the question of gross breach in terms of that overall picture*”(GOVREPLY2006, 19).

²¹¹ Si tratta del Bill 220 05-06, consultabile sul sito:

http://www.publications.parliament.uk/pa/pabills/200607/corporate_manslaughter_and_corporate_homicide.htm

Tale esigenze emergono chiarissime nella presentazione del Bill alla house of Commons da parte del rappresentante del Governo John Reid: “One of the big changes is that people will be able to see that not only the gross negligence, beyond reasonable doubt, of one or more persons, but the systemic failings or gross negligence in a company, beyond those at the top, can be taken into account when making a judgment”²¹².

Si noti, peraltro, come tale giudizio sia riferito ad un testo del tutto analogo a quello discusso *supra* e dunque facente riferimento al modo nel quale le attività della società sono organizzate o gestite *by its senior managers*. Si riproponeva ancora lo scontro tra la visione dell’esecutivo, che considerava tale formulazione sufficiente a far sì che la nuova fattispecie potesse permettere alle corti “*to look at collective management failure within an organisation, thus enabling, for the first time, a proper examination of corporate negligence, on the corporate scale*”²¹³ ed alcuni membri del parlamento, convinti che la formulazione adottata avrebbe permesso alle corti di non discostarsi eccessivamente dalle posizioni tradizionali.

Nel corso del dibattito, durato per più di un anno (ma si noti che buona parte del c.d. *ping pong* tra i due rami del parlamento è da attribuire alla questione relativa all’eliminazione della *crown immunity*) il testo venne formulato in modo - a parere di chi scrive - non perfettamente chiaro.

Infatti nel testo risultante all’esito del dibattito, il riferimento ai *senior managers* è sostituito con un riferimento ad un generico *senior management*. Se da un lato la s. 1 (*The offence*) sembra formulata in termini perfettamente impersonali:

- (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.*

Alla subs. 3 si inserisce il riferimento al *senior management*:

- (3) *An organisation is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior*

²¹² House of Commons Hansard Debates for 10 Oct. 2006, column 193, in: http://www.publications.parliament.uk/pa/pabills/200607/corporate_manslaughter_and_corporate_homicide.htm (sottolineatura aggiunta)

²¹³ *Ibidem*, col. 196

management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1).

La formulazione ha ancora un carattere impersonale, per le motivazioni accennate *supra* si è ritenuto di dover contenere la rilevanza di infrazioni del dovere di diligenza che non fossero *on the corporate scale*, riferendosi all' "area" apicale della gestione. Nella *subs. 4*, tuttavia, quando si tratta di definire il concetto di *senior management*, il legislatore inglese non riesce a fare a meno del riferimento a *ben determinati ruoli*:

(4) For the purposes of this Act—

(omissis)

*(c) “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.

A fronte di tali contraddittorie indicazioni non è agevole predire quale strada adotteranno le corti, se quella favorevole alla valorizzazione dell'elemento "sistemico" ed impersonale (obiettivo dichiarato della nuova incriminazione) o se invece si attesteranno su soluzioni maggiormente aderenti al criterio tradizionale, valorizzando il riferimento contenuto nella s. 1(4)(c) a "persone che giocano ruoli determinanti".

Sotto un altro profilo sono state introdotte altri importanti modifiche. Oltre ad una più ampia determinazione del *relevant duty of care*²¹⁴, si conferma la volontà di voler individuare uno *standard* di colpevolezza corrispondente a quello richiesto per le persone fisiche, adottando, alla s. 1(4)(b) una formulazione simile a quella individuata dalla corte nel caso *Adomako*:

(b) 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

²¹⁴ Le sections dalla 2 alla 7 sono interamente dedicate a tale questione

below what can reasonably be expected of the organisation in the circumstances;

Il giudizio relativo alla gravità della violazione è affidato alla giuria, alla quale sono indicati (in modo non esaustivo) alcuni aspetti che dovranno essere presi in considerazione:

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.

Significativamente, e secondo i *desiderata* del *Joint Report*, viene indicato come un fattore del quale la giuria *possa tener conto* anche quello della *corporate culture*:

(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) (omissis).

(4) *This section does not prevent the jury from having regard to any other matters they consider relevant.*

La similitudine con l'analoga definizione di *corporate culture* del *Criminal Code Act* australiano è davvero notevole²¹⁵.

²¹⁵ Dove il concetto di *corporate culture* è definito come: “*an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place*”.

CAP. 2 - La struttura del d.lgs. 231/2001, profili problematici in relazione a fattispecie colpose: i criteri di imputazione oggettiva.

Un sistema di responsabilità, rivolto ad organizzazioni complesse, si gioca le proprie *chances* di effettività ed efficacia nel tentativo di costruire meccanismi sanzionatori capaci di influire sulla stessa struttura organizzativa dell'ente.

Le moderne società non possono essere considerate come “scatole nere” in cui non siano percepibili diversità di aspirazioni tra impresa e *managers* e tutto è programmato per la realizzazione di un unico scopo: può esserci una notevole divaricazione tra obiettivi personali dei *managers* e obiettivi dell'impresa²¹⁶. “Il *manager* societario – il concreto *manager* societario – può essere indotto a prendere in considerazione la partecipazione della società ad attività illecite per il conseguimento di obiettivi che sono suoi propri personali”²¹⁷. Altri studi, volti a sottolineare la fallacia di ogni visione dell'impresa di tipo monolitico, hanno evidenziato come gli uomini d'affari che svolgono attività all'interno di un'impresa (e soltanto essi), siano spesso affetti da una sindrome particolare denominata “ebbrezza da rischio”²¹⁸, che li induce ad intraprendere le azioni più pericolose e, talvolta, ad oltrepassare i confini della legalità.

D'altra parte è sovente la stessa struttura decentrata dell'impresa moderna a creare i presupposti dell'agire irrazionale: la frammentazione della compagine societaria in numerosi centri decisionali fa in modo che, tra essi, i flussi informativi possano essere estremamente ridotti e che i reciproci rapporti finiscano per essere improntati più sulla diffidenza e sulla conflittualità che non sulla collaborazione; in danno alla stessa compagine societaria nel suo insieme, i meccanismi dell'identificazione²¹⁹ operano in modo tale da far sì che la lealtà del singolo finisca per essere rivolta più al microrganismo di cui fa parte che non alla società *tout court*.

²¹⁶ DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 98, 106 e ss., STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *riv. trim dir. pen. ec.on.*, 1998, 459, 463

²¹⁷ STELLA, op. cit. 463

²¹⁸ DE MAGLIE, op. ult. cit., 108; STELLA, op. loc. cit.; entrambi questi autori fanno riferimento a SHAW, *Group dynamics: the psychology of small group behaviour*, 1976. De Maglie osserva che “non è facile orizzontarsi sulla validità di questi dati” e sottolinea come la frequente attuazione di comportamenti irrazionali da parte dei *managers* sia forse da ricercare nella “feroce competitività” che caratterizza l'ambiente dell'impresa unitamente alle “alte probabilità di impunità”.

²¹⁹ Cfr. SIMON, *Administrative behaviour*, 4th ed., NY, 1997 *passim*

Nei gruppi di imprese o nelle grandi società si verifica una “marcata dissociazione tra ambito strategico ed ambito operativo: il *manager* responsabile delle scelte operative di produzione è sempre più separato dall’organizzazione, dal linguaggio e dagli obiettivi, dall’esperienza del *manager* finanziario, che dai piani alti della capogruppo pianifica e decide il futuro della società”²²⁰. Questo decentramento permette all’*high management* di sottrarsi alla responsabilità per le decisioni operative, limitandosi a proporre obiettivi che a volte sono estremamente difficili, se non impossibili, da raggiungere con mezzi leciti. Il *manager* operativo sa bene di poter essere facilmente sostituito da un collega dotato di minori scrupoli e capace di migliori risultati; “quando un *manager* avverte che il suo lavoro o la sopravvivenza della società o della sua divisione operativa rischiano di venirsi a trovare su una strada senza via di uscita, gli *standards* di condotta [...] sono pronti ad essere sacrificati”²²¹: riesumando il paradigma antropomorfo potremmo dire che il “macroantropo” sembra affetto da irriducibile schizofrenia. Appare del tutto evidente, a questo punto, come le condanne a pene anche severe non siano capaci di evitare la reiterazione di comportamenti illeciti all’interno della società²²²: “per evitare questa reiterazione, è necessario che sia messo in moto un processo di revisione della gestione dell’impresa, ossia che la società modifichi del tutto o in parte determinati meccanismi della sua struttura”²²³. Non sembra che detti risultati siano ottenibili tramite l’adozione di uno o più tipi di sanzioni, a meno che esse non siano integrate in un sistema unitario, organico e coerente. “Rivolto al ‘fatto’ di organizzazioni complesse, il sistema di responsabilità chiama in gioco un sistema complesso di azioni e di reazioni di una pluralità di soggetti, e può favorire, *con opportune tecniche*, un migliore assetto ed orientamento delle organizzazioni cui è rivolto. *Importanza decisiva* anche sotto questo aspetto ‘funzionale’, *hanno i criteri di imputazione* della responsabilità all’ente, già altrimenti decisivi sotto l’aspetto della ‘personalità’ della responsabilità”²²⁴.

²²⁰ STELLA, cit., 467

²²¹ Cfr. STELLA, op. cit. 466

²²² Cfr. le considerazioni di SIMPSON, *Corporate crime, law, and social control*, Cambridge, 2002, 43 ss. riguardo al “fallimento” della *corporate deterrence*.

²²³ cfr. STELLA, op. cit., 468

²²⁴ PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 415, 423

All'analisi della compatibilità di tali criteri di imputazione e di tali "opportune tecniche" rispetto alla commissione di illeciti colposi saranno dedicati i paragrafi che seguono.

il 3 agosto u.s. è stata - com'è noto - promulgata la legge 123/2007 "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"; la legge in questione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale (Serie Generale) n. 185 del 10.8.2007 e dunque, decorso il periodo di *vacatio*, è entrata in vigore il 25.8.2007.

La norma che introduce nel *corpus* del d.lgs. 231/2001 l'art. 25-*septies*, è così formulata (art. 9 legge 123/2007 modifica del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231): "1. Dopo l'art. 25-*sexies* del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente «art. 25-*septies* (omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro) - 1. In relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p., commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote.

2. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno»".

Emerge chiaramente un preciso *trend* normativo favorevole a responsabilizzare gli enti rispetto ai cd. *restri colposi d'impresa*, violazioni che danno luogo a grave allarme sociale e che sovente generano costi elevatissimi a carico della collettività per il ripristino della legalità (si pensi al tema dei disastri tecnologici). L'articolo 25-*septies* offre dunque l'opportunità e lo stimolo per un'analisi della "tenuta" della "parte generale" del decreto in relazione a fattispecie colpose.

I CRITERI DI IMPUTAZIONE OGGETTIVA: L'ARTICOLO 5 D.LGS. 231/2001.

L'art. 5 del D.lgs. 231/01²²⁵ disciplina quelli che la stessa relazione definisce i "criteri di imputazione oggettiva"²²⁶ della responsabilità da reato all'ente.

²²⁵ Sui profili sostanziali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 v.: AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002; AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002; AA. VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003; AA. VV., *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di MONESI, Milano, 2005; AMARELLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche tra ostacoli dogmatici ed istanze di politica criminale*, in AA. VV., *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problema di effettività*, a cura di DE VITA, Napoli, 2002, 157 ss.; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati della responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 320 ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, 1003 ss.; BARTOLOMUCCI, *Responsabilità delle persone giuridiche ex D.Lgs. n. 231/2001: notazioni critiche*, in *Società*, 657 ss.; ID., *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, *ivi*, 2005, 919 ss.; ID., *Esigenze cautelari ex D.Lgs. n. 231/2001: nomina e ruolo del commissario giudiziale*, *ivi*, 2006, 370 ss.; BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006; BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, 441 ss.; CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 73 ss.; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90 ss.; DE FRANCESCO G., *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla politica criminale*, in *Dir. pen. processo*, 2003, 929 ss.; ID., *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo "modello" repressivo*, in *Leg. pen.*, 2003, 372 ss.; ID., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. processo*, 2005, 753 ss.; DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. processo*, 2001, 1348 ss.; ID., *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, spec. 326 ss.; DE MARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le Società*, 2001, 1308 ss.; DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. merito*, 2005, 1153 ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1127 ss.; ID., *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in *Leg. pen.*, 2003, 356 ss.; FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, *ivi*, 2001, n. 29, 8 ss.; ID., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. processo*, 2001, 1479 ss.; FIDELBO, *(In tema di responsabilità amministrativa degli enti)*, in *Cass. pen.*, 2005, 24 ss.; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Leg. pen.*, 2002, 533 ss.; FORTUNATO, *Modelli di controllo interno rispetto al rischio di "market abuse"*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2005, 1173 ss.; GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, 126 ss. GARGAGNI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. processo*, 2002, 1061 ss.; GENNAI - TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001; GRAZIANO, *La responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 22 ss.; ID., *I modelli organizzativo-preventivi e l'esperienza dei compliance programs*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 28 ss.; GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Studium iuris*, 2002, 281 ss.; LUNGHINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Merito*, 2005, 89 ss.; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 879 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, *ivi*, 501 ss.; ID., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*,

La norma in esame delinea le condizioni in base alle quali il fatto di reato commesso da un individuo inserito nell'organizzazione dell'ente possa considerarsi un fatto proprio dell'ente stesso: individua quel nesso "in assenza del quale il reato si configurerebbe come fatto altrui rispetto alla *societas*"²²⁷. Si tratta quindi di individuare i soggetti la cui condotta criminosa possa essere imputata

2003, 1101, ss.; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, 27 ss.; MICHELINI, *Responsabilità delle persone giuridiche e normativa internazionale multilaterale*, in *Questione giust.*, 2002, 1079 ss.; MONFREDA, *D.l.vo n. 231/2001: l'ambito soggettivo di applicazione alla luce della sentenza n. 18941/2004 della Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 2005, 1303 ss.; MORSELLI, *La natura e i criteri d'imputazione della responsabilità degli Enti introdotta dal D.lgs n. 231/01*, in *Nuovo dir.*, 2005, 1014 ss.; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 8 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Il corriere giuridico*, 2001, 845 ss.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società, D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 47 ss.; PASCULLI, *Eccessi di delega e questioni insolute nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. pen.*, 2002, 739 ss.; ID., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 183 ss.; PELLISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio dei modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, 363 ss.; PELLISSERO - FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 574 ss.; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. processo*, 2001, 1353 ss.; ID., *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Questione giust.*, 2002, 1087 ss.; ID., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; ID., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, agg., VI, 958 ss.; RIONDATO, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de publica societate quae delinquere potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 790 ss.; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 404 ss.; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, 1297 ss.; RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004, spec. 287 ss.; SANTAMARIA, *La responsabilità amministrativa nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Il Fisco*, 2001, 11586 ss.; SALARDI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2005, 3584 ss.; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. DLgs. 8.6.2001, n.231. D.M. 26.6.2003, n. 201*, Milano, 2004; ID., *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2006, 81 ss.; SFAMENI, *La società non potrà più "mascherare" i reati commessi nel suo interesse. Principio di responsabilità fondato sulla soggettività giuridica*, in *Dir. e giustizia*, 2001, n. 20, 8 ss.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 65 ss.; STORTONI - OASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *ind. pen.* 2006, 7 ss.; TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le Società*, 2001, 1305 ss.

²²⁶ Relazione al d.lgs. 231/2001, § 3.2

²²⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti...*, cit., p. 9, che sottolinea come tale nesso svolga funzioni analoghe a quelle svolte dal nesso causale nell'ambito della responsabilità penale individuale.

all'ente e le caratteristiche che tale condotta debba rivestire per dar luogo a tale imputazione.

In prima battuta la disposizione in parola richiede l'esistenza di un rapporto qualificato tra persona fisica/autore del reato presupposto ed ente. Il primo comma dell'articolo individua due categorie di soggetti: alla prima appartengono coloro che, trovandosi in posizione "apicale", rivestano funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una unità amministrativa dotata di autonomia funzionale e finanziaria, nonché da persone che, anche di fatto, esercitino la gestione e il controllo.

Nella seconda categoria rientrano coloro che risultino sottoposti alla direzione o alla vigilanza di un soggetto che rivesta una posizione apicale (c.d. sottoposti). La distinzione, ininfluyente ai fini dell'imputazione oggettiva, assume grande rilievo nell'economia del decreto, determinando i meccanismi di imputazione soggettiva applicabili (articoli 6 e 7, per il cui commento v. *infra*).

La collocazione "qualificata", in seno all'organizzazione, della persona fisica autrice del reato presupposto, non è però fattore da solo sufficiente ai fini dell'imputazione oggettiva, richiedendosi, quale ulteriore collegamento tra ente e reato che l'illecito sia stato commesso "nell'interesse o a vantaggio" di quest'ultimo.

1.1. Il rapporto "qualificato" con l'ente: "apicali" e subordinati

I soggetti in posizione apicale. Tali soggetti sono individuati dal decreto mediante il ricorso ad un criterio oggettivo-funzionale²²⁸, polarizzato sulla funzione in concreto svolta in seno all'organizzazione aziendale. Il ricorso a tale tecnica di tipizzazione è stata preferita ad un'elencazione tassativa, come si può leggere nella Relazione, in considerazione dell'area applicazione soggettiva del decreto, la cui disciplina, com'è noto, ai sensi dell'articolo 1 risulta applicabile non solo agli "enti forniti di personalità giuridica e alle società" ma anche alle "associazioni anche prive di personalità giuridica": l'eterogeneità delle organizzazioni astrattamente incluse nell'ambito di operatività del decreto avrebbe complicato

²²⁸ Ai sensi dell'art. 5 del decreto sono tali i soggetti che "rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che **esercitano**, anche di fatto, la gestione o il controllo dello stesso"

notevolmente l'individuazione tassativa di ruoli cui riconoscere il crisma della "apicalità"²²⁹.

Tale formulazione appare passibile di divergenti esiti interpretativi: in particolare deve essere meglio indagata la contrapposizione tra il "rivestire" determinate funzioni, espressione utilizzata nella prima parte della disposizione e l'"esercitare" - anche di fatto - la gestione ed il controllo dell'ente, espressione utilizzata nella seconda parte della norma. Occorre stabilire infatti se l'esercizio *di fatto*, ed in assenza di formale investitura, di taluna delle funzioni indicate (di rappresentanza, amministrazione o direzione) si presti, a fronte della più restrittiva formulazione della seconda parte della norma, a qualificare, ai fini dell'imputazione all'ente, quale "apicale" il soggetto che abbia commesso uno dei reati presupposto contemplati dal decreto (e salva - naturalmente - la necessaria presenza degli altri requisiti normativamente individuati per l'imputazione del reato alla *societas*).

Una prima soluzione interpretativa potrebbe portare a rispondere affermativamente al quesito: il ricorso ad un criterio funzionale dovrebbe permettere di aggirare l'eventuale carenza di investitura formale dell'autore del reato presupposto, senza bisogno di ricorrere alla più restrittiva formulazione della seconda parte della disposizione²³⁰.

A favore di questa tesi deporrebbe, da un lato, l'ormai più che consolidata giurisprudenza in tema di responsabilità dell'"amministratore di fatto" in ambito penale societario e penal fallimentare²³¹, sviluppatasi, com'è noto, ben prima della recezione legislativa della figura (almeno in ambito penal societario) ad opera del novellato art. 2639 c.c., nonché la pacifica riconduzione dell'abrogato articolo 134 del D.lgs. n. 358/1993 - il quale utilizzava una formulazione quasi perfettamente aderente a quella in discorso - al criterio sostanziale piuttosto che a

²²⁹ Cfr. la *Relazione*, loc. cit.

²³⁰ Come sembra invece implicare la *Relazione*, loc. cit.

²³¹ Cfr. in generale MARRA, Legalità ed effettività delle norme penali. L'amministratore di fatto, Torino 2002; CONTI-BRUTI LIBERATI, Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari, in *Diritto penale delle società commerciali*, Milano 1971, pp. 123 ss., LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano 1993, 103 ss.; GIULIANI BALESTRINO, I problemi generali dei reati societari, Milano 1978, 109; TRAVERSI, Responsabilità penali d'impresa, Padova 1983, 164; ABRIANI, Gli amministratori di fatto delle società di capitali, Milano 1998; CONTI, I soggetti, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, Padova 1992, 231; FLORA, I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolose*, Milano 1991, 545; FIORELLA, I principi generali del diritto penale dell'impresa, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova 2001, 56 ss.; ZAMBELLI, La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto e di diritto, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1998, 941.

quello formale²³². Si tratterebbe di stabilire, piuttosto, similmente a quanto accade per le ipotesi di esercizio di fatto di funzioni riconosciute dalla giurisprudenza ancorché non rientranti nell'ambito di operatività dell'articolo 2639 c.c., se debbano trovare applicazioni i criteri della *continuità* e *significatività* dell'esercizio di fatto di funzioni individuati dalla norma codicistica quale limite all'equiparazione del soggetto di fatto a quello di diritto²³³.

Ad una soluzione diversa si giungerebbe ove si optasse per una lettura volta a valorizzare il dato testuale: la contrapposizione tra l' "esercitare, anche di fatto" la gestione e il controllo dell'ente ed il "rivestire" determinate funzioni, locuzione che evoca "un'immagine di tipo statico e non invece dinamico"²³⁴ e, dunque, pare debba essere interpretata come un riferimento al *formale* affidamento di determinate funzioni in seno all'organizzazione piuttosto al dato dinamico del semplice esercizio delle stesse eventualmente in carenza di investitura, nonché il dato che solo per quanto attiene all'esercizio della gestione e del controllo dell'ente, l'articolo 5 del decreto faccia espresso riferimento all'esercizio "anche di fatto", sembrerebbero indicare una precisa opzione del legislatore delegato a favore di una concezione *restrittiva* della rilevanza dei soggetti di fatto. Del resto, se si optasse per la prima delle interpretazioni prospettate, la seconda parte della disposizione finirebbe per perdere ogni rilevanza applicativa²³⁵, risultato che pare scontrarsi con il principio di conservazione delle norme.

Tale seconda lettura della norma sembra essere avallata da un'isolata pronuncia, ove si afferma che l'articolo in esame richiederebbe "con specificazione non eludibile" che la persona fisica eserciti la "gestione e il controllo" dell'ente": si tratterebbe di una "definizione ben precisa, che tende a circoscrivere la categoria, poiché comporta il 'dominio' ovvero la 'disponibilità' dell'ente in capo a tale persona, anche se in modo non esclusivo e continuativo, ma sicuramente - al fine

²³² Cfr. MARRA, op. cit., 128 ss.

²³³ Cfr. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO - LALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2a Ed., Padova, 2007, 2288 ss, spec. 2303. Ritiene che l'articolo 2639 individui un criterio di portata generale, passibile di applicazione anche al di fuori dello specifico ambito penal societario, VENEZIANI, *sub art. 2639*, in LANZI-CADOPPI (a cura di) *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 186 ss.

²³⁴ DI GIOVINE, op. cit., 50, nota 128.

²³⁵ Come evidenziato da LOTTINI, op. ult. cit., 2304, il quale, aderendo alla prima ipotesi interpretativa, rileva come la disposizione "non sembra aggiungere molto alla prima parte dell'art. 5, co. 1°, lett a), già da sola sufficiente ad attribuire rilevanza all'esercizio delle funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione, ed appare dunque ridondante. Se l'ingerenza [...] nella cogestione [...] è comunque sufficiente a ravvisare la qualifica di apice [...], la previsione del 'controllo' non sembra aggiungere nulla di decisivo".

di ritenere la responsabilità dell'ente - in occasione della condotta di rilevanza penale"²³⁶.

Ponendosi sulla stessa linea interpretativa della decisione che si è testé segnalata la dottrina prevalente tende ad escludere che il secondo termine dell'endiadi "gestione e controllo" faccia riferimento alla nozione di "controllo" propria dei sindaci, ma piuttosto al controllo "inteso come dominio sulla società [...]"²³⁷: ad assumere rilevanza sarebbe "la connessione tra controllo e gestione"²³⁸. Si tratterebbe, in altre parole, dei fenomeni del c.d. socio "sovrano" o "tiranno"²³⁹ (oltre che - naturalmente - dell'amministratore di fatto, per chi non ritenga sufficiente a tal fine la prima parte della disposizione²⁴⁰).

Coerentemente con quanto esposto è da escludersi l'inclusione tra i soggetti apicali dei sindaci (e a maggior ragione di poco plausibili "sindaci di fatto"), i cui reati sarebbero d'altro canto "difficilmente ipotizzabili senza il concorso degli organi operativi dell'ente"²⁴¹.

Ciò premesso è da ritenere che rientrino tra i soggetti rivestiti di *funzioni di rappresentanza* i legali rappresentanti dell'ente, coloro, cioè, che sono legittimati a ricevere o ad emettere dichiarazioni negoziali in nome dell'ente²⁴². Non rientrerebbe, però, nel campo applicativo della norma l'esercizio di poteri di rappresentanza volontaria, fondata su un atto negoziale di procura: tale ipotesi rifluirebbe nell'area della lettera *b*) della disposizione in esame (i c.d. subordinati)

²³⁶ così Trib. Torino, 11-10-2005, in *www.rivista231.it*

²³⁷ RORDORF, op. cit., 1299.

²³⁸ Aut. op. loc. ult. citt.

²³⁹ 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*, 57, in AA. VV., *Responsabilità degli enti*, cit., 104 ss.

²⁴⁰ Cfr., ad esempio SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse da parte dei cd. gestori di fatto*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 126: non potrebbe assumere rilievo in particolare l'attività di chi si limiti a gestire senza esercitare il controllo; critica tale impostazione LOTTINI, op. ult. cit., 2304, ritenendo sufficiente in tali ipotesi il riferimento al criterio oggettivo funzionale fatto proprio dalla prima parte della norma.

²⁴¹ RORDORF, op. loc. cit., cfr. anche, *ex multis*, DE SIMONE, op. loc. cit.; GENNAI - TRAVERSI, op. cit., p. 43; cfr. altresì la *Relazione*, § 3.2. Critica l'esclusione dei sindaci dal novero degli "apicali", soprattutto in seguito dell'inclusione, ad opera dell'articolo 25 *sexies* di reati societari che annoverano i sindaci tra i soggetti attivi, DI GIOVINE, op. cit., 53 ss. ritengono che i sindaci possano rientrare nel novero degli apicali MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., 1115 ss.; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 53 ss.: il quale ritiene che essi possano impegnare la responsabilità dell'ente rispetto ai reati *propri* dei sindaci, "in questi casi infatti [...] la norma penale è ritagliata attorno a specifiche aree gestionali dei sindaci: almeno in linea di principio, dunque, per i reati propri dei sindaci il reato sarà ascritto all'ente secondo il paradigma dei soggetti apicali".

²⁴² BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 147

poiché, comportando tra l'altro un obbligo di rendiconto, presupporrebbe la sottomissione all'altrui sfera di vigilanza e controllo²⁴³.

Quanto alle *funzioni di amministrazione*, è da ritenere che vi rientri chi eserciti il potere di gestione della società, rappresentandone "il classico apice"²⁴⁴. Il contenuto di tale potere si scompone in: potere di *iniziativa* (potere di promuovere l'attività dell'assemblea); potere *esecutivo* (potere di dare esecuzione alle deliberazioni assembleari); potere *decisionale* (o di gestione in senso stretto, che trova soltanto una delimitazione in negativo, non potendo spingersi sino ad invadere le competenze dell'organo sovrano)²⁴⁵. Sarebbero tali, ad esempio, gli amministratori, anche non esecutivi²⁴⁶, o i membri del consiglio di gestione, titolari, *ex artt. 2409 octies e nonies* del potere di gestione dell'impresa ed ai quali compete il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale²⁴⁷. Più controversa la posizione dei membri del consiglio di sorveglianza: se la tendenziale equiparazione delle funzioni di quest'organo a quelle del collegio sindacale dovrebbe portare alla tendenziale esclusione dei suoi membri dalla cerchia degli "apicali"²⁴⁸, la soluzione può non convincere del tutto in seguito alle modifiche introdotte dal decreto legislativo correttivo n. 37 del 2004, le quali, a norma della lettera *f-bis* dell'articolo 2409 *terdecies*, rendono possibile che un'apposita disposizione statutaria attribuisca al consiglio di sorveglianza il potere di deliberare "in ordine ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione"²⁴⁹.

Per quanto attiene, infine, alle *funzioni di direzione*, che si riferiscono alla figura del direttore generale, se ne sottolineano in dottrina le potenziali difficoltà di individuazione in concreto, a causa dei pochi referenti di diritto civile²⁵⁰.

²⁴³ Così DI GIOVINE, op. cit., 51, la quale peraltro sottolinea come il conferimento di procure generali o *ad negotia* "quand'anche non riuscisse ad attribuire un potere di rappresentanza, sarebbe pur sempre seguito dall'esercizio di funzioni di amministrazione o di direzione: il che è quanto basta per incardinare la responsabilità in base al *modello apicale*". Tale soluzione, peraltro, implica l'adesione alla tesi interpretativa meno restrittiva in tema di esercizio di fatto di funzioni (sulla quale v. *supra*, nel testo).

²⁴⁴ DI GIOVINE, op. cit., 51.

²⁴⁵ Così DI GIOVINE, op. loc. cit.

²⁴⁶ cfr. SANTI, op. cit., 165.

²⁴⁷ MEREU, op. cit., 51.

²⁴⁸ SANTI, op. cit., 166-7.

²⁴⁹ Così DI GIOVINE, op. cit., 56

²⁵⁰ Così DI GIOVINE, 52, la quale peraltro rileva come le differenze di vedute espresse dalla dottrina civilistica finiscano per essere "non determinanti", posto che "quale che sia la tesi prescelta, chi svolge funzioni di direzione all'interno di un ente non può che esserne considerato un apice".

Come s'è accennato, assumono la veste di apicale anche coloro che esercitino funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione a livello decentrato, sempre che tali attività siano esercitate rispetto ad una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale. Si è sottolineato in dottrina come la locuzione di "autonomia funzionale" implichi semplicemente che l'unità organizzativa possa "da sola esercitare determinate funzioni ossia compiere operazioni per il raggiungimento di un determinato risultato"²⁵¹, mentre la locuzione "autonomia finanziaria" implicherebbe "soltanto che l'unità possa finanziare dette operazioni senza dipendere da altri"²⁵².

Tale disposizione, come è stato rilevato²⁵³, trova un precedente, in materia di sicurezza sul lavoro, nell'art. 2 lett. *b* del d.lgs. 19 settembre 1994 n° 626, norma la quale, com'è noto, nel definire il "datore di lavoro" comprende anche il responsabile dell'unità dotata di autonomia finanziaria e tecnico funzionale, e sarebbe stata congegnata per far fronte al fenomeno del decentramento organizzativo che caratterizza le moderne società di medio grandi dimensioni, le quali si caratterizzerebbero per la creazione di unità periferiche autonome gestite dai c.d. "direttori di stabilimento"²⁵⁴. Si è messo in evidenza, peraltro come il concetto di "unità organizzativa", ben noto alle discipline aziendalistiche, si caratterizzerebbe per la presenza di una *pluralità di persone*, sottoposte ad un *supervisore comune* dotate di *risorse comuni* e gravate della *responsabilità* per il raggiungimento di un *risultato*²⁵⁵, mentre le modalità di raggruppamento possano essere le più disparate e dipendano "dall'organigramma dell'ente quale concretamente adottato [...] secondo le [...] procedure interne"²⁵⁶ sicché la disposizione, si rivolgerebbe non solo ai direttori di stabilimento o, in caso di organizzazione divisionale, ai direttori di divisione²⁵⁷, ma consentirebbe di attribuire rilievo alle disparate articolazioni organizzative nelle quali si suddividono le moderne strutture societarie, "fornendo un utile strumento di adeguamento alla pratica e alla realtà dei ruoli direttivi esercitati effettivamente all'interno di un ente"²⁵⁸.

²⁵¹ BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 151

²⁵² Autt. op. loc. citt.

²⁵³ DE SIMONE, op. cit., p. 104; LOTTINI, op. ult. cit., 2303.

²⁵⁴ Così la *Relazione*, loc. cit.; LOTTINI, op. loc. ultt. citt.,

²⁵⁵ BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 152

²⁵⁶ BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 153

²⁵⁷ RORDORE, op. cit., 1299

²⁵⁸ BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 153; LOTTINI, op. loc. ultt. citt.,

Non del tutto condivisibile, a parere di chi scrive, è invece l'opinione di chi ritiene che la disposizione risponda "a precise esigenze di politica criminale, evidenziate dalla prassi sviluppatasi nei paesi angloamericani"²⁵⁹. I - notevoli - problemi applicativi che funestano nell'ordinamento inglese la pratica applicazione del criterio dell'*alter ego* a società di grandi dimensioni (per una disamina dei quali si rimanda il lettore al capitolo precedente) appaiono infatti in buona sostanza risolti dall'estensione della cerchia dei soggetti "qualificati", capaci cioè di impegnare la responsabilità *ex crimine* dell'ente, ai c.d. subordinati, e, eventualmente, in ipotesi di mancata configurabilità del reato in capo ad una persona fisica determinata, dalla previsione di cui all'art. 8 del decreto (ammesso che si ritenga quella norma in grado di assicurare tale risultato: si veda sul punto il capitolo successivo). La disposizione in esame, a ben vedere, assume un rilievo più limitato, influenzando non sull'*an* ma semplicemente sul *quomodo* della responsabilizzazione della *societas*. In assenza della equiparazione in esame, infatti, i soggetti esercitanti funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione rispetto ad una unità organizzativa dotata di autonomia non sarebbero esclusi dalla cerchia dei soggetti "rilevanti", ma sarebbero solamente "retrocessi" a quella dei "subordinati". In definitiva la disposizione in esame rende applicabile ai reati commessi dai soggetti in questione il più rigoroso regime di imputazione soggettiva disciplinato dall'articolo 6 del decreto e rende più agevole l'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13): risultato di non poco conto, ma certo non decisivo per la tenuta complessiva del sistema.

Altra parte della dottrina ha sottolineato come la disposizione in parola potrebbe entrare in gioco anche rispetto alla finitima questione della allocazione di responsabilità da reato in un contesto di gruppo, nella particolare ipotesi nella quale il reato sia commesso dal "funzionario della società capogruppo-amministratore di una controllata al 100%"²⁶⁰.

I sottoposti. La seconda categoria di soggetti che possano commettere un reato astrattamente imputabile all'ente è rappresentata dai c.d. sottoposti, indicati dal decreto come coloro che risultino soggetti alla direzione o alla vigilanza di uno

²⁵⁹ LOTTINI, op. loc. ultt. citt., con esplicito riferimento alle strettoie della *identification doctrine*.

²⁶⁰ PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001*, cit., 847; per un'ipotesi parzialmente diversa in tema di rapporti tra *holding* e controllata v. PECORELLA, C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa*, cit., 83-84.

dei soggetti apicali. Come sottolineato nella Relazione²⁶¹, quella dell'allargamento oltre le "prime linee" della cerchia di soggetti "qualificati", rappresentava (anche a prescindere dai vincoli imposti dalle obbligazioni internazionali) una opzione in qualche modo obbligata, sol che si volesse perseguire una plausibile politica criminale di contenimento del *corporate crime*: a tal fine l'insofferenza di buona parte della dottrina d'oltremontana per il criterio della *directing mind and will* può essere utilmente richiamata.

In relazione a tale categoria, l'opinione di chi ritiene che essa coincida perfettamente con i prestatori di lavoro subordinato appare minoritaria²⁶².

L'opinione prevalente si attesta invece nel senso di ritenere ipotesi normale - e non condizione necessaria ai fini dell'imputazione dell'illecito "da reato" all'ente - il formale incardinamento del sottoposto nella struttura organizzativa di quest'ultimo, potendo dunque assumere rilevanza anche soggetti esterni ai quali sia affidato lo svolgimento di incarichi da eseguire sotto la direzione ed il controllo di soggetti apicali: il criterio funzionale assumerebbe in questa norma "una prospettiva passiva, nel senso che le funzioni indicate dal legislatore come rilevanti ('controllo' e 'vigilanza') vengono considerate per individuare non i soggetti che la esercitano ma i soggetti che la subiscono"²⁶³.

1.2. "Interesse" e "vantaggio": criteri alternativi o cumulativi?

Come si è anticipato, la presenza di un rapporto qualificato tra autore del reato ed ente non esaurisce lo spettro dei criteri di imputazione oggettiva dell'illecito amministrativo da reato all'organizzazione, essendo necessario che la persona fisica lo abbia commesso "nell'interesse o a vantaggio" dell'ente (art. 5 co. 1°). La formula adottata dall'art. 5 costituirebbe "l'espressione normativa del [...] rapporto di immedesimazione organica"²⁶⁴: l'agire nell'interesse dell'ente permette di considerare come propria dell'ente medesimo la condotta dell'agente. L'agire nell'interesse o l'agire a vantaggio dell'ente sono proposte come linee di condotta *alternative*, tendenzialmente dotate di autonoma rilevanza: nella lettura

²⁶¹ Cfr. la Relazione, loc. cit.

²⁶² GENNAI - TRAVERSI, op. cit., p. 43; VIGNOLI, *Societas puniri non potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 903 ss., spec. 907.

²⁶³ BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 157

²⁶⁴ Relazione § 3.2, cfr. anche PECORELLA, op. cit., 83

che ne dà la Relazione, la prima, “caratterizzata in senso marcatamente soggettivo”²⁶⁵, richiederebbe, da parte del giudice, una verifica *ex ante* delle spinte motivazionali che hanno portato alla commissione del reato; la seconda richiederebbe, al contrario, “sempre una verifica *ex post*”²⁶⁶ incentrata sull’oggettivo vantaggio tratto dall’ente.

A limitare la piena operatività del secondo criterio, tuttavia, interverrebbe il 2° comma dell’articolo in esame, ove si sancisce espressamente che “l’ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi”: tale disposizione sarebbe volta a dar rilievo ad ipotesi di “rottura dello schema di immedesimazione organica” escludendo la possibilità di affermare la responsabilità del soggetto collettivo in ipotesi nelle quali il reato “non sia in alcun modo riconducibile all’ente, perché non realizzato neppure in parte nell’interesse di questo”²⁶⁷.

Se questa è l’impostazione proposta dai compilatori del decreto (e probabilmente la più compatibile con il dato testuale), è appena il caso di rilevare come le proposte interpretative provenienti dalla dottrina si siano da essa diversificate - a volte anche in modo molto netto -: nella prospettiva del presente lavoro è chiaro come il requisito dell’interesse, soprattutto se soggettivamente inteso, possa sollevare non pochi problemi quando si tratti di decidere dell’imputazione all’ente di reati colposi, mentre meno problematico appare, almeno *prima facie*, il ricorso al criterio del vantaggio. Nel presente paragrafo si indagheranno le diverse interpretazioni proposte rispetto al problema relativo alla *cumulatività* o *alternatività* dei criteri individuati, giacché un’interpretazione tendente a circoscrivere o più radicalmente a negare la rilevanza del criterio del vantaggio potrebbe far sorgere le difficoltà applicative alle quali si è fatto cenno, soprattutto qualora il criterio dell’interesse fosse interpretato, come suggerisce la Relazione, in senso schiettamente soggettivo. Nel paragrafo successivo si affronterà l’alternativa tra concezioni soggettive ed oggettive del criterio dell’interesse (al fine di vagliare se l’adozione di una concezione oggettiva di interesse possa ampliarne la rilevanza applicativa in relazione a fattispecie colpose).

²⁶⁵ Relazione § 3.2.

²⁶⁶ Relazione § 3.2; cfr. anche DE SIMONE, op. cit., p. 101; nonché GENNAI - TRAVERSI, op. cit., 38

²⁶⁷ Relazione § 3.2.

La tesi della alternatività dei criteri. Tornando dunque alla prima questione - quella relativa all'alternatività o meno dei criteri - a fronte di tesi che si pongono (almeno sulla questione dell'alternatività) in linea con quanto indicato dalla Relazione²⁶⁸, se ne segnalano di contrapposte volte a contenere l'autonoma rilevanza del vantaggio²⁶⁹.

Ora, ove si accedesse alla tesi dell'alternatività dei due criteri, appare evidente come quello del vantaggio assumerebbe pratica rilevanza solo in ipotesi ove non fosse altrimenti configurabile un criterio di collegamento del reato all'ente, vale a dire in ipotesi ove non sia ravvisabile il requisito della commissione del reato nell'interesse (per ora non importa se soggettivamente od oggettivamente inteso) della *societas* (è appena il caso di rammentare come la formulazione del secondo comma dell'articolo in esame confermi la piena operatività a fini ascrittivi dell'interesse "misto"): il che accadrebbe in ipotesi di "mera" ricaduta vantaggiosa del reato, non ostando a tale soluzione - secondo la linea interpretativa oggetto d'analisi - la previsione del secondo comma dell'articolo in esame. Se infatti non può sussistere dubbio alcuno che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di terzi alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a risponderne, ciò non significherebbe che il criterio del vantaggio perda automaticamente di significato, risultato cui si opporrebbe il principio di conservazione delle norme, che imporrebbe di scartare linee interpretative tali da determinare una vera e propria *interpretatio abrogans* del requisito. Ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, sarebbe sufficiente che fosse provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non sia stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato *ex ante* alla consumazione dell'illecito e purché non sia contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi²⁷⁰.

²⁶⁸ DI GIOVINE, op. cit., 62; VIGNOLI, op. cit., 909; CERQUA, *La responsabilità da reato degli enti*, Matelica, 2006, 12 ss.

²⁶⁹ Discussa *infra*, nel testo.

²⁷⁰ PISTORELLI, Natura della responsabilità degli enti e criteri di imputazione oggettiva al vaglio dei giudici di legittimità, in Resp. amm. soc. enti, 2006, n. 4, 134 ss.; nello stesso senso ASTROLOGO, "interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità all'ente del d.lgs. 231/01, in Ind pen., 2003, 649 ss.; EAD., Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. n. 231/2001, *ivi*, 2006, n.1, 192 ss.

La tesi della unitarietà/cumulatività dei criteri. Altra parte della dottrina, al contrario, tende a fornire interpretazioni limitative della rilevanza del criterio del mero vantaggio.

Alcuni autori giungono a tale conclusione mediante la valorizzazione del disposto del secondo comma dell'articolo. Tale ultima cadenza argomentativa è ben evidenziata da alcuni approdi interpretativi elaborati in seguito all'introduzione dell'articolo 25-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 - com'è noto inserito in quel testo normativo dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 -.

Posto che l'intervento oggetto non si è limitato a prevedere la responsabilità dell'ente per i reati societari²⁷¹ contestualmente riformati, individuando le relative sanzioni, ma ha introdotto, nel tessuto normativo del decreto, un vero e proprio corpo estraneo, potenzialmente foriero di non poche difficoltà interpretative sul piano dei criteri di imputazione all'ente dei reati societari²⁷², si è posto il problema della collocazione sistematica di quanto di eccentrico era - ed è - contenuto in quella norma. Ora, secondo quanto sostenuto dalla gran parte della dottrina, sembra doversi affermare la *tendenziale* applicabilità anche alle fattispecie richiamate dall'art. 25-ter dell'*intera* disciplina del d.lgs. 231/2001²⁷³.

²⁷¹ Sulla responsabilità "da reato societario" delle persone giuridiche v.: CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale della postmodernità*, Padova, 2002, spec. 207 ss.; DE FRANCESCO G., *Disciplina penale societaria e responsabilità*, cit.; DE MAGLIE, *L'etica*, cit., spec. 337 ss.; FORMICA, *La responsabilità amministrativa degli enti ed i reati societari*, in *La riforma dei reati societari, atti del seminario, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, 224; GUERRINI, *Articolo 3. Responsabilità amministrativa delle società*, in AA. VV., *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, 242 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, seconda ed., Milano, 2004, spec. 27 ss.; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 57 ss.; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA. VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA E SEMINARA, Padova, 2002, 65 ss.; PUTINATI, *Articolo 3. Responsabilità amministrativa delle società*, in AA. VV. *I nuovi reati societari (commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di LANZI e CADOPPI, Padova, 2002, 23 ss.

²⁷² L'art. 25-ter prevede infatti la responsabilità dell'ente «in relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica [...]», disposizione che può essere intesa come derogatoria rispetto ai generali criteri di imputazione della responsabilità da reato, come disciplinati dagli artt. 5, 6 e 7 del D.Lgs. 231/01, con il conseguente rischio di creazione di un sottosistema di responsabilità dell'ente (per queste considerazioni cfr., ex multis, MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 32; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 57 ss.; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., spec. 83 ss.).

²⁷³ A tale approdo interpretativo si giunge sottolineando, da un lato, il dettato dell'art. 11, lettera h) della legge delega - la n. 366 del 3 ottobre 2001 - che vincolava il legislatore delegato al «rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge 29 settembre 2000, n. 300, e nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231» e, dall'altro, sulla base della ricostruzione dei lavori parlamentari che hanno portato alla problematica

Permarrebbe - per quel che può interessare nell'ambito di questo lavoro - una discrasia insuperabile in via interpretativa per quanto riguarda i criteri d'imputazione oggettiva: mentre l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 stabilisce - come si è visto - la responsabilità dell'ente per i reati commessi "*nel suo interesse o a suo vantaggio*" da uno dei soggetti indicati nelle successive lettere a) e b) del medesimo articolo, laddove l'art. 25-ter contempla esclusivamente l' "*interesse*" quale elemento di collegamento, dato testuale unanimemente ritenuto insuperabile²⁷⁴.

Tale discrasia, peraltro, risulterebbe, seguendo l'impostazione interpretativa in discorso, più apparente che reale: a fronte di quanto stabilito dal più volte richiamato secondo comma dell'art. 5 si afferma come il *solo* criterio del vantaggio non sarebbe in grado di "reggere" un'attribuzione di responsabilità alla *societas*, interrompendosi il meccanismo di imputazione se si escluda *ex ante* la presenza di almeno un "cointeresse" dell'ente, "a prescindere dalla considerazione per ogni vantaggio che esso abbia occasionalmente acquisito"²⁷⁵. Tale approdo interpretativo sarebbe sostenuto dalla considerazione che, in tali casi, si scinderebbe quella cointeressenza fondata sul rapporto organico che giustifica la riferibilità indiretta all'ente della responsabilità individuale. Ciò posto, potrebbe dunque sostenersi che l'obliterazione nell'art. 25 ter del requisito del "vantaggio" si ponga l'obiettivo *non tanto di derogare* alla previsione generale, quanto di *razionalizzarla*, concentrando la propagazione della responsabilità alla società sulla nozione di interesse di questa²⁷⁶.

formulazione del primo co. dell'art. 25-ter, risalente originariamente al c.d Progetto Mirone, antecedente all'emanazione del d.lgs. 231/2001, e rimasta immutata per via della «frettolosa redazione» della legge delega e per un «eccesso di rispetto» da parte del legislatore delegato (per queste ultime notazioni e per un'attenta ricostruzione della genesi di questa disposizione v. MUSCO, *op. cit.*, 31 ss.); a tale considerazione si aggiunge il rilievo che l'art. 25-ter non sarebbe in grado, di per sé, di disegnare una disciplina compiuta ed immediatamente applicabile, rendendo in ogni caso necessaria l'integrazione da parte della disciplina generale dettata dal d.lgs. 231/2001. In generale cfr. sul punto, fra i tanti, PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, 86 ss.; PALIERO, *op. loc. ult. cit.*; GUERRINI, *op. cit.*, 247 ss.; *contra* PUTINATI, *op. cit.*, 244 ss., che ritiene che il principio di legalità, sancito, per la responsabilità "da reato", dall'articolo 2 del d.lgs. 231/2001, impedisca una interpretazione armonizzatrice dell'art. 25-ter).

²⁷⁴ Si vedano gli autori citati alla nota precedente.

²⁷⁵ Così GUERRINI, *op. cit.*, 257, a simili risultati dovrebbe pervenire, a maggior ragione, chi ritiene che i termini «interesse» e «vantaggio» debbano interpretarsi «come un'endiadi che addita un criterio unitario» (PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., 425).

²⁷⁶ Così STALLA, Reati societari presupposto della responsabilità amministrativa delle società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del d.lgs. 231/2001, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n.1, 133 ss., spec. 136.

Finché ci si limiti alle indicazioni tratte dal dato testuale, come emerge dalle considerazioni che si sono riportate, la contrapposizione sembra coagularsi sulla interpretazione da attribuirsi al comma secondo dell'articolo 5 del decreto: coloro che propendono a favore di un'autonoma rilevanza del criterio del "vantaggio" costruiscono il limite indicato da tale norma *in negativo* (risultato probabilmente più aderente al dato testuale), essendo sufficiente che il reato *non* sia stato commesso nel perseguimento di un interesse *alieno* (nella prospettiva dell'ente), risultando attribuibili sulla base del mero vantaggio le ipotesi di interesse "indecifrabile". Tale soluzione tende, sul piano processuale, a spostare sull'ente l'onere di provare l'estraneità dell'interesse perseguito dall'autore del reato presupposto.

Viceversa, la tesi opposta costruisce quello dell'interesse dell'ente come un criterio *positivo* di iscrizione della responsabilità da reato, in mancanza del quale, o in caso di prova dubbia, la responsabilità dell'ente non sarebbe configurabile. In linea con questa impostazione si pongono coloro che rilevano come la rottura del rapporto organico implicata dal perseguimento, da parte dell'autore del reato presupposto, di un interesse extrasociale dovrebbe già implicare la sterilizzazione del requisito del vantaggio, rendendo, di fatto, la previsione del secondo comma sostanzialmente superflua²⁷⁷. Altra parte della dottrina rileva come, oltre alle argomentazioni fondate sul dato testuale, debbano far propendere a favore di una soluzione volta a negare l'autonoma rilevanza del criterio del vantaggio, considerazioni di ordine sistematico. Attraverso l'enucleazione del criterio dell'interesse sembrerebbe che l'ordinamento abbia voluto attribuire rilievo innanzitutto alla "ragione collettiva" del reato. Inteso in questi termini il criterio ascrittivo valorizzerebbe il "momento genetico" del reato stesso, nel senso di individuare un nesso di "appartenenza" dell'illecito all'organizzazione complessivamente considerata. Al contrario, l'isolamento del criterio del vantaggio risulterebbe in un indebolimento della capacità di "autentica connessione" del reato all'organizzazione, risultando "scontata" l'inidoneità della mera fruizione dell'illecito a rispecchiare dati riconducibili "all'atteggiamento complessivo dell'ente": si dovrebbe concludere che l'ordinamento avrebbe stabilito una sorta di "indifferenza" rispetto alle circostanze esistenti al momento

²⁷⁷ Cfr. PALIERO, op. ult. cit., 52, il quale ritiene tale disposizione "dettata forse da troppa ansia di chiarezza".

della realizzazione della condotta, il che caratterizzerebbe il sistema nel senso di una “scarsa selettività”²⁷⁸.

Nozione soggettiva od oggettiva di “interesse”. Resta da affrontare - come si è anticipato - un ulteriore aspetto problematico relativo all’interpretazione del requisito dell’agire *nell’interesse* dell’ente: il rischio - se si dovesse accogliere l’impostazione della relazione - sarebbe quello di scadere in un approccio eccessivamente soggettivistico, completamente incentrato sulla analisi degli stati psicologici e sulle spinte motivazionali dell’agente, interpretazione che parrebbe attribuire rilevanza ad una sorta di “dolo specifico” perseguito dall’autore del reato presupposto. Già in relazione alle analoghe proposte della dottrina francese (cfr. *infra* § 1.7) un esponente della dottrina (italiana) rilevava come “il voler far dipendere, in talune ipotesi, l’attribuzione del fatto illecito all’ente in via esclusiva dalla volontà dell’autore di agire per conto dell’ente stesso non convince del tutto [...]”. Sembra per tanto preferibile rimanere comunque agganciati a parametri di tipo obiettivo quali la *concreta* attitudine del reato a procurare un vantaggio [...] alla *persone morale* [...]”²⁷⁹. Seguendo queste indicazioni l’interesse sussisterà quando sarà possibile accertare che la condotta *obiettivamente considerata*, è idonea a procurare un beneficio all’ente, a nulla rilevando l’interiore intenzione del reo²⁸⁰: “Il collegamento del reato con l’ente non è rimesso (e non sarebbe ragionevole rimetterlo) alle soggettive intenzioni o rappresentazioni dell’agente, ma poggia su dati obiettivi”²⁸¹. Tale approdo interpretativo troverebbe conferma, nella prospettiva del sistema, dalla previsione dell’articolo 8 in tema di autonomia della responsabilità dell’ente: se è possibile affermarne la responsabilità anche in ipotesi ove risulti impossibile verificare se l’autore del reato perseguisse o meno l’interesse collettivo, appare rafforzata la tesi che ritiene che l’interesse debba caratterizzarsi quale obbiettiva tendenza della condotta²⁸².

A soluzioni analoghe giungono gli autori che ritengono consigliabile che i due termini “interesse o vantaggio” siano interpretati “come un’endiadi che addita un

²⁷⁸ Così SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli 2006, 23 ss.; 110 ss.

²⁷⁹ DE SIMONE, *Il nuovo...*, cit., p. 226.

²⁸⁰ VIGNOLI, *Societas puniri*, cit., 909.

²⁸¹ PULITANÒ, op. cit., 426

²⁸² GUERNELLI, *La responsabilità*, cit., 291

criterio unitario”²⁸³, soluzione interpretativa la quale, peraltro, impatta - evidentemente - anche sulla questione dell’alternatività - o meno - dei criteri oggettivi d’imputazione: “Il collegamento del reato con l’ente non è rimesso (e non sarebbe ragionevole rimetterlo) alle soggettive intenzioni o rappresentazioni dell’agente, ma poggia su dati obiettivi”²⁸⁴.

1.3. Le declinazioni giurisprudenziali.

Le prime indicazioni della giurisprudenza hanno mostrato la tendenza ad allinearsi a quanto espresso dalla Relazione, tendendo ad allinearsi alla tesi dell’alternatività²⁸⁵. Tale conclusione troverebbe il sostegno di argomenti di natura letterale:

*“nella locuzione ‘nel suo interesse o a suo vantaggio’, la congiunzione ‘o’ [deve] essere letta in modo disgiuntivo, nel senso che, purché il reato sia compiuto nell’interesse dell’ente, non occorre anche che questi ne tragga vantaggio”*²⁸⁶;

sostenuti da argomenti di natura sistematica: l’art. 12 D.Lgs. 231/2001, infatti, nel fissare uno dei casi di pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta, considera l’ipotesi in cui “l’autore del reato ha commesso il reato nel prevalente interesse proprio o di terzi e l’ente non ne ha ricavato un vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo” ossia prevede il caso in cui un medesimo fatto di reato è realizzato dalla persona fisica nell’interesse dell’ente e (*contestualmente*) che l’ente stesso ne ricavi un vantaggio minimo o non ne ricavi alcun vantaggio. Dal che sarebbe lecito desumere:

“che i sintagmi ‘interesse’ e ‘vantaggio’ non siano usati come sinonimi e che il secondo termine faccia riferimento alla concreta acquisizione di un’utilità economica per l’ente, mentre l’interesse implica solo la finalizzazione del reato a quella utilità, senza peraltro richiedere che questa venga effettivamente conseguita: se l’utilità economica non si

²⁸³ Cfr., *ex multis*, PULITANÒ, op. cit., 425; COCCO, op. cit., 95; MANNA, op. ult. cit., 1114

²⁸⁴ PULITANÒ, op. cit., 426.

²⁸⁵ Riproduce testualmente il più volte citato passo della relazione, ad esempio, *Tribunale di Lucca, Ordinanza*, 26-10-2004, in www.rivista231.it.

²⁸⁶ Così *Tribunale di Milano, Ordinanza* 20-12-2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 6, 69

consegue o si consegue solo in minima parte, sussisterà un'attenuante e la sanzione nei confronti dell'ente può essere ridotta"²⁸⁷.

A ben vedere, tuttavia, tali considerazioni permettono di desumere, forse, l'impossibilità di accedere alla tesi che potremmo definire "dell'endiadi", senza assumere una portata decisiva in merito alla corretta interpretazione dell'art. 5 co. 2 del decreto, e dunque sulla effettiva praticabilità del criterio *esclusivo* del vantaggio. Anzi sembrerebbe confermare che il reato debba essere commesso almeno nel "cointeresse" - seppur residuale - dell'ente, posto che non pare che il requisito del "minimo vantaggio" possa operare *da solo* ai fini della riduzione della sanzione (anche se la notazione potrebbe non assumere portata dirimente, potendo essere frutto di valutazioni del legislatore diverse e non correlate al problema dell'imputazione).

L'interpretazione favorevole all'operatività alternativa dei criteri di imputazione è stata fatta propria dalla S.C. con una pronuncia ove si precisa *espressamente* la potenziale autonoma operatività del criterio del vantaggio:

*"i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse "a monte" della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato "ex ante" dall'agente"*²⁸⁸.

A prefigurarsi sarebbe dunque un vero e proprio "concorso reale [...] di presupposti". La corte, peraltro, non manca di segnalare come tale esito interpretativo ponga "un delicato problema di coordinamento, laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, ma facciano riferimento al solo interesse (articolo 5, secondo comma [...]; articolo 25 ter, [...])". Problema di coordinamento che, si noti, la S.C. non risolve, lasciando forse spazio per esiti interpretativi alternativi. Sulla base delle surriportate

²⁸⁷ IBIDEM (corsivo aggiunto). Cfr. anche *Tribunale di Milano, Ordinanza 20-9-2004*, in *Guid. dir.*, 2004 n. 47, 69: "Il reato deve inoltre essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Sotto questo profilo deve considerarsi che la responsabilità a carico dell'ente sorge ogniqualvolta il soggetto legato a vario titolo all'ente ha posto in essere la condotta illecita "nell'interesse o a vantaggio dell'ente" e dunque non soltanto allorché il comportamento illecito abbia determinato un vantaggio, patrimoniale o meno, per l'ente ma anche nell'ipotesi in cui, pur in assenza di tale concreto risultato, il fatto reato trovi ragione nell'interesse dell'ente"

²⁸⁸ Cass., 20-12-2005, in *Resp. amm., soc. enti*, 2006, n.4, 121 ss. con nota di PISTORELLI.

considerazioni la S.C. ha ritenuto di dover ravvisare la sussistenza del squisito di cui all'art. 5 del decreto nel caso di acquisizione al patrimonio della società "fraudolenta" di erogazioni pubbliche, senza che alcuna rilevanza sia stata attribuita al fatto che tali somme siano state successivamente distratte a favore dell'amministratore:

"il momento realizzativo del profitto coinciderebbe pur sempre con l'accreditamento alla società delle somme dal Ministero dell'Industria, produttivo dell'oggettivo e contabilmente verificabile introito nelle casse sociali del contributo pubblico. Ciò che avviene dopo resta perciò condotta "post factum" – suscettibile eventualmente di integrare un'eventuale appropriazione indebita da parte dell'amministratore (o anche dei soci) – senza elidere il dato storico del profitto già conseguito dall'ente. [...] Se dunque il contributo pubblico sia entrato materialmente nel patrimonio sociale, confondendosi con le altre risorse pecuniarie, si è verificato il vantaggio oggettivo della società, che storicamente ha visto, per un lasso più o meno lungo di tempo, incrementata la sua ricchezza".

Relativamente a questa pronuncia è stata espressa un'opinione in base alla quale sulla decisione potrebbe esser pesata "la circostanza che il ricorrente abbia lamentato l'assenza di vantaggio [...] invece di osservare come le modalità concrete della condotta illecita non deponessero a favore di una sicura sintonia del reato con gli scopi della società"²⁸⁹: tale notazione non sembra cogliere perfettamente nel segno, come si può evincere da una notazione della corte la quale, nel ricostruire - per quanto sinteticamente - i motivi di gravame presentati dalla difesa, evidenzia come fosse stata censurata "altresì la carenza e manifesta illogicità della motivazione, che non avrebbe individuato, in concreto, il [...] vantaggio [della società], né, tanto meno, l'interesse preventivo: limitandosi a desumerli, sia pure ai soli fini del "fumus commissi delicti", dalla condotta criminosa dell'amministratore [...], che aveva invece strumentalizzato la propria società di appartenenza a fini esclusivamente personali". Da quanto è possibile desumere dalla sentenza, dunque, la carenza di interesse è stata eccepita dalla difesa, ma la S.C., ritenendo sufficiente il criterio del vantaggio, ha ritenuto di non accogliere il gravame.

²⁸⁹ SELVAGGI, op. cit. 31.

Se quella dell'alternatività appare, ad oggi, la tesi dominante in giurisprudenza, mette conto segnalare una recente pronuncia della S.C. che si pone in contrasto con l'orientamento dominante, facendo proprie le argomentazioni di quella parte della dottrina favorevole ad una ricostruzione in senso tendenzialmente unitario dei criteri oggettivi d'imputazione. La corte ha infatti precisato, conformemente agli orientamenti dottrinali richiamati, come il secondo comma dell'articolo 5 del decreto debba essere inteso nel senso che esso si riferisca:

“[...] al caso in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente, in quanto non risulta realizzato nell'interesse di questo, neppure in parte. In simili ipotesi la responsabilità dell'ente è esclusa proprio perché viene meno la possibilità di una qualsiasi rimproverabilità al soggetto collettivo, dal momento che si considera venuto meno lo stesso schema di immedesimazione organica: la persona fisica ha agito solo per se stessa, senza impegnare l'ente. Alla medesima conclusione si giunge anche qualora la società riceva comunque un vantaggio dalla condotta illecita posta dalla persona fisica, dal momento che l'art. 5 comma 2 D.lgs. cit. si riferisce soltanto alla nozione di interesse: in ogni caso, si tratterebbe di un vantaggio "fortuito" in quanto non attribuibile alla "volontà" dell'ente”²⁹⁰.

In seguito a tale pronuncia le attuali posizioni della giurisprudenza possono essere riassunte nel senso di una *tendenziale ma non unanime adesione al principio della alternatività* dei criteri di imputazione, ma, come evidenziato dalla pronuncia da ultimo riportata, tale orientamento è caratterizzato da una certa plasticità e non può essere considerato come stabilmente acquisito dalla prassi.

Si prenda in considerazione, ad esempio, questa recente pronuncia della giurisprudenza di merito, ove i requisiti sembrano esser costruiti in via *alternativa*:

“La finalizzazione della condotta al conseguimento dell'interesse dell'ente ovvero il conseguimento di un vantaggio da parte dell'ente è sufficiente sotto il profilo obiettivo per l'insorgenza della relativa responsabilità che è testualmente esclusa (art. 5 comma 2) solo quando gli autori dell'illecito abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Non è possibile, pertanto, ipotizzare alcuna responsabilità tutte le volte in cui i fatti illeciti siano stati realizzati nell'interesse esclusivo dell'agente, per un fine personalissimo proprio o di terzi, dunque con condotte estranee alla

²⁹⁰ Cass., 23-6-2006, in *Guid. dir.*, 2006, n. 42, 61 ss.

*politica di impresa e non dettate dalla politica di impresa. L'aggettivo che qualifica l'interesse, "esclusivo", induce a ritenere la configurabilità della responsabilità amministrativa anche quando l'autore del reato abbia agito per il perseguimento di un interesse proprio concorrente con quello della persona giuridica nel cui interno agisce"*²⁹¹

1.4. Struttura del fatto colposo e reato commesso "nell'interesse"

Tenendo presente quanto si è esposto nei paragrafi precedente occorre ora vagliare la compatibilità dei criteri d'imputazione oggettiva con la commissione di un reato presupposto di natura colposa (declinando la questione sulla base delle diverse caratteristiche che essi assumono nelle varie possibili interpretazioni), vale a dire: 1) criterio dell'interesse *soggettivamente* inteso; 2) criterio dell'interesse inteso quale *oggettiva* direzionalità della condotta.

Senza ripercorrere in questa sede i dibattiti in tema di colpa, è noto come questa si ponga in strutturale anteticità con il dolo: la punizione del reato colposo non è legittimata da una positiva ribellione all'ordinamento. La rimproverabilità si fonda su un giudizio interamente normativo, fondato sul contrasto tra la condotta concretamente tenuta dall'agente e quella imposta da una regola (codificata o meno che sia) a finalità preventiva o *cautelare*. Tale forma di colpevolezza si caratterizza per una sostanziale carenza di sostrato psicologico: essa è, innanzitutto, *non volizione*.

Ora, rispetto all'ipotesi *sub* 1) ove si intenda il criterio dell'interesse in senso soggettivo "inequivocabilmente riferibile alla sfera *volitiva* del soggetto (persona fisica) che agisce"²⁹², quasi si trattasse di un movente o di una sorta di dolo specifico che si aggiunga all'elemento soggettivo del reato presupposto, apparirebbe quantomeno difficoltoso immaginare una tale deliberata attribuzione di un orientamento teleologico ad un *reato* colposo. "Di qui la difficoltà ad individuare un interesse o un vantaggio legati alla commissione di reati colposi, essendo per definizione ad essi estranea la nozione di "moverente" che, invece, nei reati dolosi finalizza la condotta del reo. Ancor più ardua appare la possibilità di scindere in concreto l'interesse degli autori del reato dall'interesse dell'ente per verificarne, come vuole la norma, l'esclusività o la prevalenza ai fini del

²⁹¹ Tribunale di Napoli, Ordinanza 26.6.2007, in www.rivista231.it (corsivo aggiunto).

²⁹² DI GIOVINE, op. cit., 62

trattamento sanzionatorio”²⁹³. Tali rilievi possono essere sollevati - naturalmente - anche rispetto ad ipotesi interpretative “miste”, tali da individuare almeno una componente soggettiva, ancorché in via non esclusiva, del criterio in esame²⁹⁴.

Più complessa la lettura dell’ipotesi *sub* 2). Interpretando il criterio dell’interesse quale “finalizzazione oggettiva della condotta”²⁹⁵ sembrerebbe potersi aprire una via interpretativa praticabile al fine di armonizzare la parte generale del decreto con il neointrodotta articolo 25-*septies*. La rilevanza meramente obiettiva del requisito parrebbe infatti renderlo “insensibile” alla strutturale carenza di *volizione* dell’autore di un reato colposo²⁹⁶. Ad una più attenta analisi, tuttavia, fintantoché si ritenga che a dover essere finalizzata all’interesse dell’ente - sia pura in senso obiettivo - debba essere la commissione di un *reato*, completo di ogni suo elemento, ivi compreso l’evento (morte o lesioni) la soluzione nel senso dell’operatività del criterio può non apparire del tutto scontata. Si ipotizzi il caso del *middle manager* il quale, a fronte delle pressanti richieste per un aumento della produzione, allenti le misure di sicurezza nel suo reparto, che egli consideri comunque “ridondanti” o “eccessive” (e dunque colposamente ritenute ininfluenti al fine della *effettiva* prevenzione degli infortuni), ovvero negligenzemente ometta di controllare l’effettivo utilizzo dei dispositivi di protezione individuale da parte dei lavoratori. Orbene, ipotizzando che successivamente l’evento disvoluto (morte o lesioni personali gravi) si verifichi e che sia possibile ricostruire il nesso tra tale evento e violazione della regola precauzionale violata, occorre chiedersi in che senso ed a che condizioni si possa considerare il *reato* commesso nell’(oggettivo) interesse dell’ente. Se il termine rispetto al quale l’interesse dell’ente deve essere valutato è l’intero reato, appare difficile ipotizzare una coincidenza tra evento lesivo e interesse della persona giuridica (la quale anzi potrebbe, al limite, subire una più o meno rilevante riduzione dei flussi produttivi dovuta al mancato utilizzo del lavoratore infortunato). Se si esclude l’ipotesi della vera e propria impresa intrinsecamente illecita, tali tipologie di reato sembrano costituire delle conseguenze collaterali dell’attività d’impresa, rientrano nel rischio d’impresa ma

²⁹³ VITALI - BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 4, 125 ss., spec. 134.

²⁹⁴ Cfr. ad esempio SELVAGGI, op. cit. 167 ss.

²⁹⁵ DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 672.

²⁹⁶ Cfr. ARENA-CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, 54; 88, i quali ritengono, peraltro, che un’interpretazione siffatta tenda a sconfinare in una forma di responsabilità oggettiva.

non ne esprimono l'interesse²⁹⁷ (quantomeno non in modo *immediato*). In questo senso non sembra convincere l'ipotesi di chi ritiene che le difficoltà d'applicazione del criterio possano essere risolte riferendolo piuttosto che al *reato al fatto colposo*²⁹⁸: non sarebbe sufficiente, secondo la tesi che qui si sostiene, espungere l'elemento soggettivo dal fatto colposo per armonizzarlo con il criterio del vantaggio, quanto piuttosto l'ablazione dell'evento dall'illecito rilevante, è solo riferendosi alla condotta amputata del suo esito lesivo che ha senso immaginare una oggettiva destinazione del reato coerente con la politica d'impresa dell'ente-imputato²⁹⁹.

1.5. La probabile "soluzione" giurisprudenziale, formulazioni alternative prese in considerazione durante i lavori di redazione del Decreto e proposte interpretative de jure condito: l'interesse indiretto o mediato dell'ente.

Individuate le difficoltà di applicazione a fattispecie colpose del criterio della commissione del reato nell' "interesse" dell'ente, resta da valutare la compatibilità di tali fattispecie con il criterio del "vantaggio"

Se si escludono gli esiti interpretativi di coloro che ritengono che esso confluisca in un criterio unitario (v. *supra*), non sembrano porsi particolari problemi di compatibilità *strutturale* rispetto alla commissione di fattispecie colpose, implicando la verifica della sussistenza del criterio una valutazione di carattere obiettivo da effettuarsi *a posteriori*, tendenzialmente insensibile alla connotazione soggettiva del reato "a monte". Effettivamente parte della dottrina ha espresso un'

opinione favorevole circa la possibilità di ricorrere, in tali ipotesi, al criterio in parola, ritenuto in grado di adattarsi più agevolmente a questo tipo di illeciti³⁰⁰.

Ora, posto quanto osservato nei paragrafi precedenti, è evidente che l'ambito di operatività di tale proposta interpretativa *dipenda* dalla soluzione che si voglia

²⁹⁷ LECCESE, *Abbandono di rifiuti e d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, in SPAGNOLO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2007, 141 ss., spec. 152.

²⁹⁸ DI GIOVINE, op. cit., 63

²⁹⁹ Per la tesi secondo la quale l'interesse dell'ente vada valutato in relazione alla "politica d'impresa" cfr. SELVAGGI, op. cit. 151 ss.; 174 ss.

³⁰⁰ DI GIOVINE, op. loc. cit.; nello stesso senso PISTORELLI, *Natura della responsabilità*, cit., 135; LECCESE, op. cit., BRICCHETTI, in *Guida al Diritto*, 8 settembre 2007, 35, 41.

dare al problema della possibile *autonomia* del criterio del vantaggio a fronte della previsione del secondo comma dell'articolo 5. Ove si ritenga che quello dell'interesse rappresenti un'ineludibile requisito ai fini della configurazione del reato presupposto quale fatto proprio dell'ente, sarà precluso il ricorso al criterio del vantaggio e dunque sarà necessario praticare un'altra via ai fini di armonizzare la parte generale del decreto con la recente evoluzione del novero dei reati presupposto. Ove invece si ritenga che la disposizione del secondo comma operi esclusivamente *in negativo*, il criterio del vantaggio potrà trovare applicazione, posto che, per le stesse ragioni in base alle quali risulta difficoltoso affermare che un reato colposo sia stato commesso nell'*immediato* interesse dell'ente, risulterà parimenti difficoltoso affermare che esso sia stato commesso nell'esclusivo interesse dell'autore-persona fisica o di un terzo.

Il ricorso a tale criterio, peraltro, potrebbe implicare - secondo un'opinione recentemente espressa in dottrina - una (eccessiva?) restrizione del campo di applicazione della norma: se il vantaggio dell'ente potrebbe essere ravvisato in ipotesi, ad esempio, di mancato aggiornamento o manutenzione di macchinari o di mancato acquisto di dispositivi di protezione individuale (*sub specie* di contenimento delle spese all'uopo sostenute) ovvero di mancato controllo nell'attuazione di misure di tutela (anche di carattere squisitamente organizzativo) che si traduca in un aumento dei ritmi di produzione, lo stesso non potrebbe dirsi in ipotesi di negligenza economicamente "neutra", come nel caso dell'omesso controllo dell'effettivo utilizzo di dispositivi di protezione che non impatti sull'efficienza dell'attività organizzata³⁰¹.

I profili di incompatibilità tra reato colposo e criterio dell'interesse o vantaggio sono emersi anche nel corso dei lavori di redazione dello Schema di decreto legislativo che è successivamente sfociato nel testo normativo di cui ci si occupa. Come si rammenterà la Legge del 29 settembre 2000, n. 300, nello stabilire i criteri ai quali si sarebbe dovuto attenere il legislatore delegato nella redazione della nuova responsabilità degli enti, indicava già espressamente, all'articolo 11, comma 1, lettera *e*), i criteri dell'interesse e del vantaggio e, per altro verso, già contemplava, tra le ipotesi delittuose che sarebbero dovute essere incluse nel

³⁰¹ Cfr. VITALI-BURDESE, op. cit., 134, i quali si interrogano sull'operatività dei criteri d'imputazione "quando l'infortunio è dovuto a mera *culpa in vigilando* ovvero ad un profilo di omessa informazione sui rischi specifici (ad esempio) e dunque la violazione della norma cautelare non ha (almeno in apparenza) alcuna ricaduta apprezzabile sul piano concreto dell'interesse e/o del vantaggio né per la persona che l'ha disattesa né per l'ente"

campo applicativo della nuova disciplina, numerose fattispecie colpose. Com'è noto, il legislatore delegato ha poi optato per una selezione "minimalista" delle fattispecie dalle quali far dipendere la responsabilità "da reato", ma, prima che fosse attuata questa robusta potatura della parte speciale del Decreto, il problema della compatibilità dei criteri dell'interesse e del vantaggio con reati presupposto colposi ebbe modo di essere presa in considerazione.

La prima versione dello Schema del decreto legislativo conteneva infatti una formulazione alternativa a quella poi utilizzata, stabilendosi la responsabilità dell'ente "*per i reati commessi nello svolgimento di attività compiute nel suo interesse o a suo vantaggio*"³⁰², ritenendosi che la trasposizione letterale del principio statuito nella delega "se interpretata alla lettera, dovrebbe condurre ad affermare l'irrelevanza di tutti i reati commessi *con colpa*"³⁰³.

La compatibilità con tali fattispecie era assicurata dunque mediante la creazione di un nesso tra reato ed ente di natura *indiretta* o *mediata*, sancendosi la responsabilità della *societas* "per i reati commessi *nello svolgimento di attività compiute nel suo interesse* ovvero *a suo vantaggio*". L'espunzione dei reati colposi d'impresa dalla c.d. "parte speciale" del Decreto fece sì che nel testo definitivo finisse per essere preferita una formulazione più aderente a quella utilizzata dal delegante. Anche l'articolo 121 del "Progetto Grosso" adottava una simile formulazione, peraltro differenziando il criterio di collegamento sulla base della tipologia di reato presupposto, richiedendosi la presenza "di un interesse specifico della persona giuridica" solo rispetto ai delitti dolosi, ritenendosi invece sufficiente, per le altre ipotesi, la realizzazione del reato "nello svolgimento dell'attività della persona giuridica"³⁰⁴.

La via originariamente tracciata (e poi abbandonata) durante l'elaborazione del Decreto mostra notevoli profili d'affinità con l'approdo ermeneutico di alcune interpretazioni adeguatiche proposte in dottrina: se i *reati colposi d'impresa* evidenziano "un rapporto soltanto mediato con l'interesse"³⁰⁵, si avanza l'indicazione in base alla quale "[...] il criterio dell'interesse o vantaggio dovrebbe (e potrebbe) essere ragionevolmente interpretato come riferito non già

³⁰² Per una ricostruzione dei lavori preparatori del decreto legislativo v. PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari 2005, 114 ss.; relativamente ai soli criteri di imputazione oggettiva cfr. altresì LECCESE, op. cit., 152-3

³⁰³ Così la *Relazione* che accompagnava la prima versione dello Schema, cit., in LECCESE, op. loc. ultt. citt.

³⁰⁴ Come puntualmente rilevato da DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 673

³⁰⁵ DE SIMONE, op. loc. ultt. citt.

agli eventi illeciti non voluti, bensì alla condotta che la persona fisica abbia tenuto nello svolgimento dell'attività dell'ente"³⁰⁶. Si nota in entrambe le soluzioni (quella della prima versione dello Schema e quella interpretativa *de jure condito*) il ricorso alla medesimo meccanismo: rispetto al criterio dell'interesse *diretto* o *immediato* dell'ente alla commissione del *reato* colposo, si sposta il fuoco operativo del criterio, individuandone l'ancoraggio relazionale rispettivamente nell'attività (compiuta nell'interesse) o nella condotta della persona fisica autrice del reato (trattandosi di fattispecie colpose d'evento, essa si dovrebbe identificare con la condotta tenuta in violazione della regola cautelare che fonda il rimprovero). La prima accezione di interesse mediato assume - è evidente - una portata più ampia, risolvendosi in un criterio di mera "congruità" del reato all'attività della *societas*; la seconda appare capace di maggior selettività.

Alla luce di quanto esposto, appare agevole pronosticare future prese di posizione giurisprudenziali volte, nel nome del principio dell'interpretazione utile, all'utilizzo, a fini ascrittivi, o del criterio del vantaggio utilizzato in autonomia o di quello dell'interesse *indiretto*, in una delle accezioni alle quali si è accennato. Sicché tra le prognosi alternative recentemente avanzate in dottrina, in base alle quali si correrebbe "il rischio di oscillare tra due opposti: responsabilizzare sempre (l'ente) o non responsabilizzarlo mai, a seconda del grado di interpretazione che si decida di assegnare al concetto di interesse/vantaggio", sembra più probabile che si assisterà alla concretizzazione della prima previsione, la "automaticità" o meno dell'iscrizione dipendendo dall'accezione di interesse indiretto che verrà fatta propria dalle corti.

1.6. Il criterio della "congruità", riferimenti comparatistici: "intent to benefit" e "scope of employment"

È da circa un secolo che negli Stati Uniti si è affermato il principio del "*respondeat superior*"³⁰⁷, che non è altro che una concretizzazione dei principi

³⁰⁶ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato"*, cit., 426

³⁰⁷ Il leading case è *New York Central & Railroad Co. v. United States*, 212 U.S., 481 (1909); per un commento v. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 14 ss.

che governano la cd. *vicarious liability* e - come s'è visto relativamente all'analogo principio vigente nell'ordinamento britannico - richiede il verificarsi di precise condizioni: Il reato deve essere commesso da un soggetto appartenente all'ente (*agent*) che abbia agito *whithin the scope of employment* e con *intent to benefit the corporation*.

Analizziamo brevemente i singoli elementi di questo schema imputativo:

(1) “*Agent*” può essere tanto un soggetto che svolge funzioni dirigenziali, quanto un soggetto qualunque, anche estraneo al vertice della persona giuridica³⁰⁸, purché appartenga al personale dipendente dell'ente, ed indipendentemente dalla collocazione “gerarchica” nell'organizzazione³⁰⁹. L'esclusione dei vertici dalla commissione del reato non esclude la responsabilità dell'ente, poiché il farlo avrebbe la conseguenza di “*immunize the offender who really benefits, and open wide the door to evasion*”³¹⁰.

(2) *Scope of employment* - indica il requisito che il soggetto agente deve aver agito nell'esercizio del mandato attribuitogli.

Questo concetto assume, nel diritto *penale*, connotati *sorprendentemente meno selettivi* rispetto a quanto non accada, nel diritto *civile*, nel campo della *agency law*³¹¹. Saranno generalmente rilevanti nel determinare se la condotta illecita di un individuo sia “sufficientemente collegata” alle mansioni assegnate per configurare il requisito³¹²:

- (a) *la sua “prossimità” (proximity) ai compiti ed alle funzioni assegnati;*
- (b) *la sua prevedibilità in connessione a tali compiti;*
- (c) *l'utilizzo di risorse dell'ente nel compierla;*
- (d) *quanto il ruolo rivestito dall'agente nell'organizzazione la abbia facilitata*
- (e) *la possibilità o meno per l'organization di esercitare controlli su di essa*

³⁰⁸ Tale interpretazione estensiva del concetto di *agent* si è affermata a partire dagli anni '60 ed è ora l'interpretazione assolutamente maggioritaria.

³⁰⁹ DE MAGLIE, op. cit., 19.

³¹⁰ *United States v. Fish*, 154 F.2d 801 (1946); cfr. DE MAGLIE, op. cit., 19.

³¹¹ per questa notazione cfr. GRUNER, *Corporate criminal liability and prevention*, N.Y., 2005, 3-39; v. altresì Restatement (Second) Agency § 228.

³¹² GRUNER, op. cit., 3-39

Se alcune delle questioni individuate sembrano anticipare al momento della imputazione oggettiva questioni tendenzialmente attinenti alla colpevolezza dell'organizzazione (il che è comprensibilissimo tenuto conto che le valutazioni relative ai *compliance programs* attengono, nel modello statunitense, alla fase del *sentencing*) occorre sottolineare come queste entrino in gioco in modo del tutto rapsodico e casuale e come in generale la giurisprudenza fornisca un'interpretazione estremamente lata del requisito in esame, tanto da operare una generale sterilizzazione di questo elemento imputativo: vi si fanno infatti rientrare tutti i comportamenti tenuti per conto dell'impresa e riconducibili in generale al tipo di attività svolta dalla *organization*, eventualmente anche in contrasto con le direttive e la *policy* dell'ente collettivo³¹³. Come si è osservato: “L'inconsistenza e nebulosità del requisito hanno, come effetto prevedibile, quello di indurre la prassi odierna a non attribuire ad esso alcun rilievo ed a ribadire meccanicamente la formula senza addentrarsi in superflue dimostrazioni di contenuto”³¹⁴.

(3) *Intent to benefit* - Il reato deve essere stato commesso allo scopo di recare vantaggio alla persona giuridica (*intent to benefit the corporation*). *Nulla quaestio*, naturalmente, in ipotesi di *concorrenza* della destinazione soggettiva del reato da parte *dell'agent* a favore dell'ente ed effettivo avvantaggiamento di quest'ultimo.

In assenza di un effettivo profitto per l'ente (il concetto di *benefit* è interpretato in termini *tendenzialmente* economici³¹⁵) il criterio si presta, come si evince anche dal dato letterale, ad una interpretazione in termini schiettamente soggettivi³¹⁶: si ritiene infatti che l'*effettiva* percezione di un beneficio economico assuma un valore meramente indiziario della destinazione a favore dell'ente dell'attività criminosa³¹⁷.

La giurisprudenza delle corti statunitensi ha precisato, in relazione a questo requisito, che non sussiste la necessità che quello di avvantaggiare la persona giuridica sia stato il solo ed unico scopo che abbia portato alla commissione del

³¹³ U.S. v. Thompson- Powell Drilling Co., 196 F. Supp. 571 (N.D. Tex. 1961): “The test in deciding whether the conduct and knowledge of these employees should be imputed to the employer, does not turn on action consistent with or contrary to company policy, but instead the touchstone is the function of the employee”

³¹⁴ DE MAGLIE, op. cit., 21.

³¹⁵ Cfr. GRUNER, op. cit., 3-61 ss., ma vedi U.S. v. Carter, 311 F.2d 649 (D.C. Circ. 1975).

³¹⁶ GRUNER, op. cit., 3-64

³¹⁷ Old Monastery Co. v. United States, 147 F.2d 905 (4th Circ. 1945): “We do not accept benefit as a touchstone of criminal liability; benefit, at best, is an evidential not an operative fact”

reato: anche un motivo misto è sufficiente a ritenere provato l'*intent to benefit*³¹⁸. La responsabilità è invece esclusa nel caso di una condotta posta in essere al fine di avvantaggiare esclusivamente dei soggetti terzi³¹⁹.

L'apparente linearità della connotazione *esclusivamente* soggettiva del criterio, tuttavia, si infrange non appena esso si scontri, sul piano processuale, con la problematica della *prova* della direzionalità non eminentemente "egoistica" del reato posto in essere dall'*agent* (argomentazione soventemente avanzata dalla *corporation* nel tentativo di provare la propria estraneità al fatto).

Così in un caso relativo alla vendita senza autorizzazione di alcolici da parte dei funzionari commerciali di una società, apparentemente all'unico fine di "gonfiare" l'ammontare delle provvigioni, l'argomentazione difensiva volta a negare la configurabilità dell'*intent to benefit* fu rigettata dai giudici che ritennero che il fatto che l'ente avesse ricevuto dal reato un diretto beneficio economico costituisse *circumstantial evidence* che i venditori avessero perseguito *almeno in parte* gli interessi dell'ente³²⁰. Il che è ineccepibile se si accede ad una nozione *oggettiva* di destinazione a favore dell'ente del reato, ma che non appare altrettanto pacifico nel contesto di una connotazione *soggettiva*, quantomeno se intesa in termini di "intento specifico di avvantaggiare l'ente collettivo"³²¹, del criterio imputativo in esame: in realtà come si evince dalla pronuncia è sufficiente un dolo *diretto* di "avvantaggiamento" dell'ente.

In effetti quelle pronunce che parte della dottrina classifica come ipotesi di "unintended but realized gain"³²² sembrano essere riconducibili, più che all'area del vantaggio a quella di un *interesse misto* declinato in termini non esclusivamente soggettivi³²³.

In alcune risalenti pronunce si è giunti a negare la rilevanza del criterio d'imputazione in esame, facendo leva sul fatto che il soggetto agente rivestisse una *corporate position* tale da agevolare in modo rilevante la commissione del

³¹⁸ *United States v. Gold*, 743 F.2d 800 (11th Cir. 1984), 823

³¹⁹ cfr. *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 242 (1st Cir. 1982)

³²⁰ *U.S. v. Austin-Bagley Corp.*, 31 F.2d 229 (2d Cir. 1929), 233

³²¹ Così SELVAGGI, op. cit. 122.

³²² Cfr. GRUNER, op. cit., 3-65.

³²³ Cfr. *U.S. v. Gibson Products Co.*, 426 F.supp. 768 (S.D. Tex. 1976): i venditori di armi sportive di un *department store* vendono armi illegalmente a soggetti che non avrebbero potuto acquistarle in quanto stranieri, falsificando la documentazione relativa e pretendendo un sovrapprezzo (trattenuto poi interamente). I guadagni della Gibson traggono giovamento dall'aumentato volume di vendite.

reato³²⁴: tale ultimo criterio risulterebbe “particolarmente indicato” in ipotesi nelle quali le vittime potenziali del reato non siano nelle condizioni di prevederne la commissione e prevenirne gli effetti dannosi³²⁵. Deve essere sottolineato, tuttavia, come nella prassi questo criterio alternativo di imputazione costituisca un fenotipo tendenzialmente recessivo³²⁶ e - comunque - mostri la tendenza a sovrapporsi con alcune delle numerose ipotesi che normalmente la giurisprudenza tende a ricondurre al criterio dello *scope of employment*: ad esempio si propone l’utilizzo del criterio quando la società abbia posto il futuro autore del reato in una condizione tale da rendere probabile che altri facessero affidamento nella sua *apparent authority*.

In definitiva questa casistica sembra dimostrare che il requisito dello *scope of employment* possa, a determinate condizioni, reggere *da solo* l’imputazione oggettiva nel sistema federale della *vicarious liability*³²⁷, di fatto costituendo qualcosa di molto simile ai criteri della congruità che potrebbe emergere nelle nostrane futuribili evoluzioni giurisprudenziali.

Quando invece l’ente collettivo assume il ruolo di vittima del comportamento infedele del proprio funzionario la responsabilità è generalmente esclusa³²⁸.

1.7. (segue) il reato commesso “pour compte” della persona giuridica

Nel nuovo codice penale francese, l’art. 121-2 fissa “in modo lapidario”³²⁹ i criteri di imputazione della responsabilità³³⁰. Sul piano dei soggetti che possano *engager la responsabilité pénale d’une personne morale* l’ordinamento francese adotta una

³²⁴ Cfr. *U.S. v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Circ. 1949).

³²⁵ GRUNER, op. cit., 3-67

³²⁶ V. però *Lyon v. Carey*, 533 F.2d 649

³²⁷ Critica l’inconsistenza dell’applicazione giurisprudenziale di questo elemento del modello imputativo: GROSKAUFMANIS, *Principles of corporate criminal liability*, in BNA/ACCA, *compliance*; cit. da DE MAGLIE, op. cit., 21.

³²⁸ DE MAGLIE, op. cit., 203

³²⁹ DE MAGLIE, op. cit., 204

³³⁰ Sul sistema francese di responsabilità penale della *personne morale* cfr., in lingua italiana: GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, I parte, n. 3, p. 593, II parte, n. 4, p. 857; DOUCOULOUX-FAVARD, *Un primo tentativo di comparazione della responsabilità penale delle persone giuridiche francesi con la cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche italiana*, in AA.VV., *Societas puniri potest*, Padova 2003, p. 89; DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., 187 ss.; DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 211

base ristretta: sono solo gli *organes* od i *représentants*, con esclusione di ogni altro soggetto.

Finché si resta nell'ambito degli organi di diritto, nell'identificazione di tali soggetti non sembrano sorgere difficoltà interpretative (si tratta di "*personnes régulièrement habilitées par la loi ou les statuts à parler, agir ou contracter au nom de la personne morale*"³³¹).

Per quanto riguarda i *représentants* la dottrina sembra concorde nel negare, in assenza di una delega di funzioni, tale qualifica ai *salariés ou préposés*³³²; il tentativo della dottrina minoritaria di restringere tale categoria sì da ricomprendere solamente le "*personnes physiques qui ont le pouvoir (légal ou statutaire) d'agir au nom de la personne morale*"³³³ non ha invece trovato consensi in giurisprudenza, per la quale "*les personnes physiques ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale étaient les représentants de celle-ci*"³³⁴.

Più problematica la questione relativa agli organi di fatto; a fronte di chi esclude assolutamente la rilevanza di tali soggetti³³⁵, vi è chi opta per la loro inclusione, facendo leva sul facile mezzo di aggiramento della responsabilità di cui le imprese potrebbero disporre: "*si celui-ci n'est pas assimilé au dirigeant de droit, cela revient à priver le texte de son efficacité, car cela constitue une incitation pour les sociétés à recourir à des prête-noms pour éluder la responsabilité pénale*"³³⁶.

Non sono questi gli unici problemi interpretativi sollevati da questa fin troppo sintetica disposizione. Ci si chiede se possano assumere rilevanza anche azioni che trascendano le normali competenze di tali organi o rappresentanti. A questo quesito la dottrina più risalente (precedente all'emanazione del nuovo codice)

³³¹ DELMAS-MARTY – GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2000, 76. Tutta la dottrina francese sembra concorde sul punto v. ad esempio PRADEL, *Le Nouvel...*, cit., 115; STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, *Droit pénal général*, 17me ed., Paris, 2000, 273; v. anche, in lingua italiana, DE SIMONE, *Il nuovo...*, cit., pp. 226e ss.; GUERRINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Francia – personnes morales*, in *Le società*, 1993 n.5, 691.

³³² Delmas-Marty – Giudicelli-Delage, op. cit 76; Stefani, Levasseur, Bouloc, op. cit, 273

³³³ STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, op. cit., 273, aderendo a quella parte della dottrina che esclude ogni portata espansiva della responsabilità della società alla delega di funzioni che si risolverebbe in una vicenda esclusivamente individuale. Cfr. GIAVAZZI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità delle persone giuridiche in Francia*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1, 2007, 73, 82 ss.

³³⁴ Cass., 9.11.1999, in *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 389; in dottrina v. DELMAS-MARTY – GIUDICELLI-DELAGE, op. loc. cit., che considerano l'interpretazione restrittiva del termine *représentant* "*redondant du terme 'organe'*".

³³⁵ STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, op. cit., 273

³³⁶ DELMAS-MARTY–GIUDICELLI-DELAGE, op. cit., 77.

dava risposta negativa³³⁷, mentre attualmente propende per la soluzione opposta³³⁸, sulla scorta di argomentazioni volte a garantire l'efficacia preventiva della norma, sostenute anche da ragioni sistematiche³³⁹.

Si richiede, ai fini della affermazione della responsabilità dell'ente collettivo, che i soggetti così individuati abbiano commesso il reato "*pour compte*" della *personne morale*; si tratta dell'unico criterio di collegamento tra i fatti illeciti e l'ente, che si è prestato a notevoli manipolazioni interpretative ad opera di dottrina e giurisprudenza.

La formulazione utilizzata sembrerebbe indicare un criterio funzionale puro, rimarrebbero quindi tendenzialmente escluse dalla portata della norma tutte quelle situazioni in cui la persona fisica abbia agito nel suo esclusivo interesse personale o di terzi, o ancora, a maggior ragione, contro gli interessi della *personne morale*³⁴⁰. Si è rilevato come in questo modo si assuma il criterio in termini esclusivamente *negativi* e come peraltro un'interpretazione strettamente letterale impedirebbe l'applicazione alla persona giuridica di fattispecie colpose - peraltro contemplate tra quelle attribuibili all'ente anche nel periodo di vigenza della "clausola di specialità"³⁴¹. Quanto al taglio oggettivo o soggettivo da dare a questo requisito, parte della dottrina³⁴² suggerisce un approccio differenziato: in caso di *infractio intentionnelle* contro il patrimonio si utilizzerebbe un criterio misto, con la rilevanza di entrambi gli aspetti; in caso di *infractio intentionnelle* contro la persona assumerebbe rilevanza esclusivamente il criterio soggettivo, tutto incentrato sulla *intention criminelle* dell'agente; in caso di reati non intenzionali, infine, troverebbe applicazione esclusivamente il criterio oggettivo (tutto incentrato sul *profit*), mostrando notevoli profili di affinità con alcune proposte interpretative avanzate in Italia.

L'esperienza giurisprudenziale presenta un panorama frastagliato: la flessibilità della locuzione "*pour compte*" ha di fatto consentito ai giudici francesi di declinarla in funzione del caso concreto e del reato contestato; cosicché, il

³³⁷ cfr. la dottrina riportata in PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 1990, 488 e ss.

³³⁸ MERLE-VITU, *Traité de droit pénal*, Paris, 1984, pp. 783 e ss., DELMAS-MARTY, *Les conditions...*, cit., 305

³³⁹ l'art. 131-39 prevede la dissolution per le personnes morales in seguito a détournement de l'objet

³⁴⁰ Cfr. DULCOULOUX-FAVARD, *La Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Droit pénal des affaires*, Paris, 2004, 65

³⁴¹ Per questa osservazione v. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris 2003. Com'è noto la legge 204/2004, entrata in vigore il 31 dicembre 2005, ha abrogato la clausola di specialità.

³⁴² DELMAS-MARTY, *Les conditions...*, cit., p. 302

collegamento tra reato e interesse dell'ente è indifferentemente concepito come *immediato* nel caso dei reati dolosi (ci si accontenta della posizione che l'agente ricopre nell'organizzazione) o *mediato* dall'attività svolta dall'autore nel caso dei reati colposi (ci si accontenta che la genesi del reato risalga alla politica d'impresa)³⁴³, essendo giudicato nell'interesse dell'ente il reato commesso *in occasione dell'attività destinata ad assicurare l'organizzazione e il funzionamento della persona giuridica*³⁴⁴ o, ancora, nei delitti colposi da infortunio sul lavoro, il reato commesso *svolgendo un'attività che rientrava in quelle tipiche della società*³⁴⁵.

1.8. Preferibilità di una riformulazione.

Anche in base alle brevi riflessioni comparatistiche dei paragrafi che precedono, sembra essere confermata la probabile l'evoluzione, anche nel nostro ordinamento, di orientamenti giurisprudenziali tali da valorizzare - in relazione a fattispecie colpose - una relazione indiretta tra interesse dell'ente e reato presupposto. Va osservato, allora, come non potrebbe essere tratta un'autentica relazione di destinazione tra reato ed interessi dell'ente da un generico rapporto di collegamento puramente esteriore, fondato su semplici criteri di congruità con l'attività dell'ente, la quale potrebbe essere "muta" circa la funzionalizzazione dell'illecito medesimo³⁴⁶, nesso che pure, allo stato, è richiesto dalla norma. Il riferire il criterio dell'interesse all'attività finirebbe per espungere, di fatto, dal decreto tale nesso imputativo. Sono probabilmente considerazioni di questa natura che hanno spinto un commentatore della nuova disciplina a paventare esiti eccessivamente ascrittivi a carico dell'ente "in quanto l'interesse o vantaggio della società rischia di essere ravvisato *in re ipsa* ovvero nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta causalmente connessa all'infortunio,

³⁴³ Cfr. GIAVAZZI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n.1, 73 ss, 85.

³⁴⁴ Trib. corr. Strasbourg, 9.2.1996, in *Pet. Aff.*, 1996, p. 19; Trib. corr. Verdun, in *JCP*, ed. G., 1996, n. 20, p. 22638; Trib. G.I. Versailles, 18.12.1995, in *JCP*, ed. G., 1996, II, p. 22640.

³⁴⁵ Cass., 3.2.2004, n. 03-81193, inedita, cit. in GIAVAZZI, op.loc. ultt. citt.

³⁴⁶ Cfr. SELVAGGI, *L'interesse*, cit., 129 ss.

con conseguente sussistenza automatica dei presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente³⁴⁷.

Ora anche a prescindere dalla ben nota questione relativa alla natura della responsabilità dell'ente³⁴⁸, e conseguente precisa individuazione dei referenti normativi sovraordinati cui vincolare gli interventi del legislatore ordinario, è evidente come l'impostazione del decreto sia tale da adottare un atteggiamento di tendenziale sfavore rispetto a forme di attribuzione "automatica" di responsabilità. Sembra dunque preferibile una riformulazione della norma in esame, la quale, seguendo l'impostazione del "Progetto Grosso", sia tale da differenziare i criteri di imputazione oggettiva sulla base dell'elemento soggettivo richiesto dal reato presupposto. In tal senso, rispetto a fattispecie colpose, se - da un lato - sembra necessario caratterizzare il criterio dell'interesse in termini mediati o indiretti, ai fini di assicurare ad esso effettiva portata applicativa, sembra - d'altro canto - preferibile l'adozione di una accezione "limitata" di interesse mediato, tale da garantire anche la necessaria selettività. In tale prospettiva appare preferibile riferire il criterio dell'interesse non all'attività dell'ente che fornisca il "contesto"

³⁴⁷ ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2004 n.4, 97 ss., spec. 100

³⁴⁸ Larga parte della dottrina, infatti, tuttora dissente dalla qualificazione operata dal legislatore, ritenendo sostanzialmente "penale" la responsabilità dell'ente. In proposito si è esplicitamente parlato di vera e propria "frode delle etichette" (MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si "duplica" nell'illecito amministrativo*, in *Dir. Gius.*, 2001, n. 21, 8). Più in generale si è osservato che appare difficile non attribuire alla responsabilità dell'ente natura sostanzialmente penale, posto che la stessa dipende dalla consumazione di un illecito penale, "soggiace allo stigma tipico di un giudizio penale" e comporta l'applicazione di sanzioni punitive di "contenuto omologo a quello di una sanzione penale" (PADOVANI, *Diritto penale*, VI ed., Milano 2002, 86.), tanto più che verso la qualificazione penale spinge la stessa configurazione, nell'art. 8 del decreto, dell'autonomia della responsabilità dell'ente (PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001*, cit., 845). Per contro, autorevoli voci si sono levate anche per sostenere la tesi della natura amministrativa della responsabilità dell'ente, evidenziando come essa sia oggettivamente e soggettivamente "altra" rispetto a quella della persona fisica, cui in definitiva sarebbe "dedicato" l'ordinamento penale (ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 401) ovvero ricordando come, a parte il rispetto della lettera della legge, la regolamentazione che determinati istituti (come, ad esempio, la prescrizione o la vicenda modificativa dell'ente) riceve nel d.lgs. n. 231/2001 risulta incompatibile con la disciplina penalistica (MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., 1202). In realtà la disputa sulla natura della responsabilità dell'ente sembra ormai destinata ad affrancarsi dall'inconciliabile alternativa in cui gli orientamenti illustrati in precedenza l'hanno relegata. Sul punto si è infatti sottolineato come il sistema introdotto dal d.lgs. n. 231/2001 presenti un inevitabile carattere "ermafrodito", impegnato com'è a coniugare i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, fornendo così validi argomenti all'uno come all'altro partito (PIERGALLINI in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 230). Ma una volta accettata l'idea che il dogma *societas delinquere non potest* non è assistito da alcuna "copertura" di tipo costituzionale, lo spessore della controversia non può che ridimensionarsi, non meritando eccessiva enfasi, sembrando "più utile un approccio che si prefigga di sondare "in concreto", vale a dire sul versante dell'effettività e su quello delle garanzie, la fisionomia del nuovo modello punitivo" (IBIDEM).

all'illecito, quanto alla condotta in violazione di regole cautelari posta in essere dall'autore del reato presupposto. È questa, come s'è accennato, una soluzione che probabilmente è già possibile praticare sul piano interpretativo³⁴⁹, ma una precisazione normativa in tal senso avrebbe il vantaggio di assicurare un saldo ancoraggio testuale alla soluzione propugnata, contenendo al contempo derive nel senso di una accestiva ascrivibilità del sistema, eventualmente tali da espandersi e retroagire anche nel campo di applicazione delle fattispecie dolose.

³⁴⁹ *Contra* LECCESE, op. loc. citt., il quale ritiene il dato testuale insuperabile.