

Università Commerciale Luigi Bocconi
Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Impresa - XX Ciclo
Tesi dottorale

LA COLPA D'ORGANIZZAZIONE

Candidato: Raffaella Procaccini

Matricola: 1003599

Relatore
Chiar.mo Prof. Carlo Enrico Paliero

A. A. 2006-2007

A Mio Padre

che per la dedizione allo studio e al lavoro

rappresenta il mio agente modello

INDICE

INTRODUZIONE

<i>1. Il contributo della criminologia: il crimine dei colletti bianchi</i>	5
<i>2 Aporie e lacune nella criminalizzazione secondaria delle persone giuridiche</i>	9
<i>3 Le indicazioni dell'analisi economica del diritto e la ricerca di un apparato sanzionatorio adeguato al sistema</i>	16

CAPITOLO I

I DIVERSI PROFILI DI IMPUTAZIONE IN ORDINE ALLA STRUTTURA DELLA RESPONSABILITA' PENALE NELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE

<i>1 L'organizzazione quale autonomo centro d'imputazione</i>	26
<i>2 I modelli di attribuzione della responsabilità ai membri dell'organizzazione</i>	31
2.1 Il paradigma del trasferimento: l'imputazione individuale di un fenomeno collettivo	35
2.2 Il decentramento della responsabilità e i limiti dell'istituto della delega di funzioni dinanzi all'attuale dimensione dell'organizzazione d'impresa.....	39
2.2.1 L'istituto della delega di funzioni	39
2.2.2 La ripartizione della responsabilità penale tra garante <i>primario</i> e <i>secondario</i> .	41
<i>3 La responsabilità collettiva tra profili prasseologici e di politica del diritto</i>	47
3.1 Il reato commesso mediante atto collegiale: brevi cenni e rinvio.....	47
3.1.1 L'ascrizione della responsabilità in capo agli amministratori: profili problematici	49
3.1.2 Segue: la responsabilità dei sindaci per omessa vigilanza.....	57

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITA' DIRETTA DELLA PERSONA GIURIDICA

<i>1 Le origini eteroctone della colpa d'organizzazione</i>	63
1.1 La prima applicazione dell' <i>identification principle</i>	63
1.1.1 Il modello elaborato dalla <i>corporate mens rea doctrine</i>	69
1.1.2 La <i>gross negligence</i> , quale criterio d'imputazione della responsabilità dell'ente per il reato di omicidio colposo.....	72
<i>2 La difficoltà nell'abbandonare il dogma <i>societas delinquere non potest</i></i>	77
<i>3 La genesi del decreto legislativo, 8 giugno 2001, n. 231 e il contributo delle Convenzioni internazionali di riferimento</i>	82
<i>4 La capacità di colpevolezza della persona giuridica: i criteri di imputazione oggettivo e soggettivo (rinvio)</i>	94
4.1 La tesi dell'immedesimazione organica: le origini pubblicistiche.....	94

4.1.1 Un'anticipazione del paradigma della colpa d'organizzazione: <i>la colpa dell'apparato</i>	98
4.1.2 Le fonti normative del rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto attivo del reato e l'ente: gli artt. 5 e 8 del d.lgs. n. 231/2001.....	101

CAPITOLO III
I DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE ORIENTATI SUL FATTO DEL
SOGGETTO APICALE E DEL SUBORDINATO

<i>1 Il rapporto funzionale tra autore del reato e la persona giuridica quale strumento per individuare il criterio d'ascrizione della responsabilità in capo all'ente</i>	109
1.1 Il criterio di imputazione oggettivo quale espressione della <i>connessione</i> tra persona fisica ed ente: il reato commesso nel <i>suo interesse o a suo vantaggio</i>	109
1.1.1 La valorizzazione del legame funzionale.....	119
<i>2 La costruzione in negativo della colpa d'organizzazione: la distinzione tra il paradigma dell'art. 6 e quello dell'art. 7 del d.lgs. 231/2001</i>	123
<i>3 Le differenze rispetto alle soluzioni antecedenti: l'art. 2049 c.c., gli artt. 196- 197 c.p. e l'art. 6 della l. 689/1981</i>	129

CAPITOLO IV
COLPEVOLEZZA “CLASSICA” E COLPA DI ORGANIZZAZIONE

<i>1 Il paradigma della colpa come violazione di norme a contenuto precauzionale: la scelta tra colpa specifica e colpa generica</i>	137
1.1 L'elaborazione teleologica della norma cautelare.	144
1.1.1 Il dibattito sulla possibilità di tipizzare le regole cautelari.	146
<i>2 Il modello organizzativo quale parametro per la commisurazione della colpa individuale e della colpa collettiva</i>	149
<i>3 L'accertamento dell'elemento soggettivo nel concorso mediante omissione all'interno delle organizzazioni complesse: il labile confine tra dolo eventuale e agevolazione colposa</i>	160
3.1 Il ruolo dell'organismo di vigilanza.....	168

CONCLUSIONI	171
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	176
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

1. Il contributo della criminologia: il crimine dei colletti bianchi

Un contributo fondamentale per l'individuazione dell'origine della criminalità economica, nonché conseguentemente degli strumenti per prevenirla, si deve alla criminologia che oggi rivendica una sua autonomia come scienza in evoluzione¹. Ad essa si deve, infatti, non solo l'elaborazione del termine *white collar crime*², ma, altresì, l'ampliamento della prospettiva d'analisi di tale categoria di reati che, tutt'oggi, rappresentano gran parte della c. d. criminalità nascosta³.

Rilevanti spunti di riflessione sono offerti dall'opera di Sutherland⁴ che opera il ridimensionamento delle teorie del comportamento criminale, legate a determinati stereotipi orientati sull'appartenenza del reo a classi disagiate, dimostrando come gli autori dei reati nella criminalità d'impresa siano soggetti socialmente privilegiati. Sutherland, per primo, sposta l'attenzione dall'individuo che commette reati di natura economica al contesto imprenditoriale e professionale nel quale questi reati vengono

¹ Dopo la Scuola classica e la Scuola positiva con *la Nuova criminologia o Criminologia critica* si dà una definizione autonoma di tale scienza quale "insieme ordinato delle conoscenze empiriche sul crimine, sul reo, sulla condotta socialmente deviante e sul controllo di tale condotta"; in tal senso, **KAISER**, *Kriminologie*, Heidelberg, 1997.

² Con tale termine si indica il reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione; ("white collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of responsibility and high social status in the course of his occupation"), cfr. **SUTHERLAND**, *White collar crime*, New York, 1949. Il termine è stato così letteralmente tradotto in altri paesi, "crime en col blanc" in Francia (cfr. **NORMANDEAU**, *Les deviations en affaires et la "Crime en Col Blanc"*, in 19 Rev. Intl. Crim. & Police Tech., 1965, pag. 247), "weisse-kragen-kriminalitat" in Germania (cfr. **BINDER**, *Weisse-Kragen-Kriminalitat*, in 16 Kriminolistik, 1962, pag. 251).

³ Sorge la necessità che la criminologia si occupi anche della criminalizzazione (sia in astratto che in concreto) che concerne lo studio dell'agire dell'organizzazione istituzionale della società nel selezionare quali comportamenti socialmente dannosi devono essere qualificati come reati.

Anche Sutherland affronta il problema dell'appartenenza di tale categoria di reati al c.d. campo oscuro, a causa di un'applicazione differenziata della legge nei confronti di tali reati (un capitolo è così titolato "Is "White Collar Crime" Crime?); cfr. **SUTHERLAND**, *White Collar Crime. The Uncut Version* (1983), tr. It. e a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.

⁴ Si confronti, **SUTHERLAND**, *White collar crime*, citato sopra.

commessi, valutandone non solo il danno economico, ma anche il danno sociale⁵ che consiste nella creazione di disorganizzazione sociale su larga scala.

Sutherland elabora due teorie che costituiscono il substrato della definizione del crimine imprenditoriale: la teoria dell'associazione differenziale e la teoria della disorganizzazione sociale. Queste due teorie sono reciprocamente compatibili e complementari in quanto l'una prende in considerazione il processo attraverso il quale un individuo è avviato alla commissione dei reati economici (dovuto soprattutto dal mancato riconoscimento del disvalore della condotta illecita da parte dei consociati), mentre l'altra formula un'ipotesi di tale processo prendendo in considerazione la società nel suo complesso. Sutherland all'interno della società rileva due forme patologiche: l'anomia o mancanza di regole che orientino il comportamento in generale e il conflitto tra regole generato dal rapido mutamento dei rapporti economici.

Lo svilupparsi di un contesto d'impresa ove il "delinquente dal colletto bianco" è una persona rispettata (ciò rappresenta la caratteristica della cosiddetta *organizzazione informale* dei crimini dei colletti bianchi) e l'aumento di condotte illecite complesse (anche l'organizzazione dell'impresa contribuisce all'aumento di tali reati in quanto i comportamenti illeciti hanno natura tecnica e non sono agevolmente osservabili dai cittadini privi della necessaria preparazione) ha permesso uno sviluppo di tali teorie e un'estensione della definizione della criminalità d'impresa quale *corporate*⁶ o *organizational crime*⁷.

Alcuni giuristi hanno criticato la definizione coniata da Sutherland in base al fatto che il crimine dei colletti bianchi è spiegato in termini di persone fisiche che rivestono il

⁵ Da tale valutazione emerge una "definizione sociale" del crimine quale condotta che viola gravemente la coscienza collettiva della società; cfr. **DURKHEIM**, *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999.

⁶ Così **SCHRAGER, SHORT**, *Toward a sociology of organizational crime*, in *Social problems*, 1977, n. 25, pp. 407-419; **BOX**, *Power, crime and mystification*, London, 1983.

⁷ Cfr. **BRAITHWAITE**, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, 1989.

ruolo di uomini d'affari, senza invece sviluppare la distinzione tra *occupational* e *organizational crimes*.

Coleman propone una definizione di *occupational crime*: “white-collar crime is a violation of the law committed by a person or group of persons in the course of an otherwise respected and legitimate occupation or financial activity”⁸; una simile definizione è offerta da Green, che individua due caratteristiche di tale reato: “acts punishable by law” e “that are committed through opportunity created by an occupational role that is legal”⁹. L'*occupational crime* include comportamenti che possono essere commessi da appartenenti a qualsiasi classe sociale e che consistono nella violazione della legge penale durante lo svolgimento di un'attività connessa ad un'occupazione legale.

Un altro giurista, Croall¹⁰, fornisce un'utile distinzione tra tali tipologie: l'*occupational crime* costituisce il reato commesso contro l'organizzazione, mentre l'*organizational or corporate crime* costituisce il reato commesso dall'organizzazione (dai dirigenti societari a vantaggio della società o dalla società stessa). Le caratteristiche dell'*organizational crime* sono rappresentate dal fatto che si tratta di un reato invisibile, cioè ove spesso la vittima non è consapevole del suo “status”, presenta una struttura

⁸ Cfr. COLEMAN, *The criminal elite: the sociology of white-collar crime*, New York, 1994.

⁹ Green individua quattro tipologie di reato occupazionale: il reato occupazionale organizzativo, (che avvantaggia l'organizzazione), delle autorità statali (commesso nell'esercizio delle potestà statali), professionale (compiuto dai professionisti nell'ambito delle proprie qualificate mansioni), individuale (perpetrato da persone normali nell'ambito delle proprie occupazioni); in tal senso, GREEN, *Occupational crime*, Chicago, 1997, pag. 13; GREEN, *The concept of white collar crime in law and legal theory*, in *Buff. Crim. L. Rev.*, 2005, pag. 1.

¹⁰ Cfr. CROALL, *Crime and society in Britain*, Longmann, 1998, pag. 271; CROALL, *Understanding white collar crime*, Philadelphia, 2001, pag. 86; (anche la scienza sociologica ha dato un contributo alla definizione di tale reato: “the illegal acts of omission or commission of an individual or a group of individuals in a formal organization in accordance with the operative goals of the organization, which have a serious physical or economic impact on employees, consumers, or the general public”; cfr. SCHRAGER, SHORT, *Toward a sociology of organizational crime*, in *25 Social Problems*, 1977, pag. 55).

¹¹ Si confronti, BRAITHWAITE AND GEIS, *On theory and action for corporate crime control*, in Shover, Wright, *Crimes of privilege*, Oxford, 2001, pag. 362.

complessa, cioè sono implicate conoscenze di alta tecnologia, vige una *diffusion of responsibility*, cioè non vi è quasi mai un solo individuo colpevole e la *victimization is also diffuse*.

Inoltre due giuristi, Braithwaite and Geis¹¹, sulla base della definizione di *corporate crime* (“as conduct of a corporation, or of individuals acting on behalf of a corporation, that is proscribed and punishable by law”), elencano sei suoi aspetti differenti (“six basic propositions”) rispetto a quelli dei reati tradizionali.

Un esempio è costituito dal fatto che, nei reati tradizionali, l’evento che l’illecito ha cagionato è evidente, mentre l’effetto del *corporate crime* spesso non lo è; al contrario, per tali reati è facile sospettare di una colpa d’organizzazione (la difficoltà, nei reati commessi dalla società, è rappresentata dall’individuare il criterio d’imputazione idoneo), mentre per i *traditional crimes* è difficile individuare il presunto colpevole. Un altro distinguo consiste nel fatto che lo strumento delle sanzioni interdittive può realizzare un maggior effetto riabilitativo nell’ambito dei *corporate crimes*.

La scarsa percezione della criminalità dei colletti bianchi, dovuta dalla posizione di privilegio ricoperta dai soggetti attivi, dalla frequente complessità tecnica delle norme violate, dalla difficoltà delle vittime di riconoscersi come tali, dallo scarso interesse in tale ambito da parte dei mezzi di comunicazione, ha reso il contributo di Sutherland inattuale e ha permesso un’estensione della definizione della criminalità d’impresa quale *organizational crime*¹² in senso ampio.

¹² Cfr. ERMANN AND LUNDMAN, *Corporate and governmental deviance*, New York, 2002, pag. 85; GEIS, *White-collar crime-What is it?*, in 3 *Current Issues Crim. Just.*, 1992, pag. 9. Per una rassegna di tutte le teorie sopra elencate, si confronti NELKEN, *White collar crime*, in *The Oxford handbook of criminology*, edited by Morgan, Maguire, Reiner, Oxford, 2003, pag. 845.

¹³ Il “corporate crime” e la criminalità organizzata hanno in comune il fatto di essere forme di criminalità di organizzazione, il cui obiettivo è quello di consolidare l’organizzazione stessa. Gli studi di Ruggiero sottolineano come tali forme di criminalità siano simili per valori, complessità delle strutture e impatto sui

Quando il reato organizzato ha un obiettivo di natura economica si concretizza o in corporate crime che si rivolge al mercato lecito o in criminalità organizzata¹³ che si rivolge solo in via secondaria al mercato lecito (un esempio ne è il reato di riciclaggio).

2 Aporie e lacune nella criminalizzazione secondaria delle persone giuridiche

Dopo aver trattato in astratto in merito al contributo della scienza criminologica, si disegnano i confini, in concreto, del suddetto modello.

Necessitano, ai fini di chiarezza, alcune premesse concernenti la terminologia propria di tale sapere scientifico.

La definizione “criminalizzazione secondaria” viene desunta dall’opera di Gabrio Forti¹⁴, “L’immane concretezza”, ove si parla di criminalizzazione in “concreto”, come fase successiva alla criminalizzazione “in astratto”, consistente nella valutazione delle modalità con cui l’astratta previsione penale si trasforma in concreta punizione.

In tale ambito è necessaria la verifica dell’effettività del diritto penale¹⁵ in ordine ai tre livelli su cui opera; si può così distinguere tra effettività della norma, effettività della sanzione, effettività degli apparati.

contesti in cui agiscono; cfr. **RUGGIERO**, *Economie sporche*, Torino, 1996; **ID.**, *Delitti dei deboli e dei potenti*, Torino, 1999.

¹² In tal senso, **FORTI**, *L’immane concretezza*, Milano, 2000.

¹² Il contenuto e le modalità di tale verifica sono desunte da **PALIERO**, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, pag. 493. Il giurista parte dalla premessa che il diritto penale non può che ispirarsi all’idea dello scopo, la quale esige, secondo la massima di Von Liszt, “l’adeguamento del mezzo al fine e la massima economia nella sua utilizzazione”; cfr. **VON LISZT**, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

Tali tre livelli sono in rapporto dialogico tra loro; infatti, se ci si pone dalla prospettiva di un'effettiva finalità della sanzione nell'ambito della responsabilità penale delle persone giuridiche, essa dovrebbe consistere in un intervento a placare le insicurezze dei cittadini della società industriale, in una "prevenzione generale allargata" e in una sua irrogazione in concreto contro i comportamenti dannosi. Le tre citate esigenze sono il prodotto del contributo di altri studi e la testimonianza di una necessaria scienza penale integrata.

Il merito della scoperta di una norma che necessariamente orienti i comportamenti, in quanto esplica un "riflesso secondario" sulla sanzione, lo si deve agli studi sociologici. La "teoria dei sistemi sociali"¹⁶ permette di comprendere la crescente complessità del sistema della società industriale e di identificarla con la "società del rischio", ove i rischi costituiscono fattori di destabilizzazione collettiva; di conseguenza, il diritto penale deve reagire, in primo luogo, tramite la norma imperativa associata all'irrogazione di una sanzione. Tale norma, per essere effettiva, deve far sorgere l'aspettativa nei consociati del mantenimento del comportamento conforme.

Nel diritto penale moderno "diacronico" non si associa una sanzione solo perché è leso un bene giuridico, ma, in costanza di una condotta illecita, la sanzione stabilizza nel presente un comportamento conforme verso il quale i consociati sono orientati, attraverso la norma, in ordine ad un'esigenza di sicurezza sociale. Nel linguaggio della sociologia dei sistemi la norma penale deve tendere a scoraggiare, per il futuro, condotte indesiderate.

¹⁶ Cfr. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990; LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

Si configura l'esigenza di un modello di prevenzione che parte prima del momento d'irrogazione della sanzione. L'effettività di tale modello si evidenzia tramite una sua lettura in chiave di analisi economica del diritto (come si vedrà anche in seguito).

Tale modello di prevenzione generale "allargata" in dottrina è sostenuto da due importanti giuristi¹⁷ che vedono nei codici di autoregolamentazione uno strumento efficace in quanto coinvolgono l'impresa stessa nella lotta agli illeciti perpetrati al suo interno, inducendo la società a modificare la propria politica d'impresa per non incorrere in drastiche sanzioni. Inoltre si viene così a creare un apparato intermedio che rende meno traumatico l'intervento dell'autorità giudiziaria, investendo i dirigenti di una posizione di garanzia che si sostanzia da un lato, in una cooperazione con la pubblica autorità nella prevenzione dei reati, dall'altro nella collaborazione all'attività investigativa una volta che il reato è stato commesso.

Se saranno effettivamente osservati i precetti di autoregolamentazione, la persona giuridica otterrà ampi benefici, altrimenti se si proverà che il reato si è verificato per la loro inottemperanza, saranno irrogate sanzioni molto severe (più alte dell'extra profitto da reato che la società ha conseguito), sia alla società che ai dirigenti.

Tale strumento di prevenzione nel nostro ordinamento non esiste e ciò rappresenta un indice dell'inefficiente criminalizzazione in concreto delle persone giuridiche, se supponiamo l'esistenza di un "continuum" tra criminalizzazione in astratto e in concreto delle persone giuridiche.

Altri indici di un'inefficiente criminalizzazione secondaria delle persone giuridiche come "riflesso" di un'inefficiente criminalizzazione primaria sono: l'esclusione dal novero di reati presupposto, per riconoscere la responsabilità delle persone giuridiche,

¹⁷ Cfr. STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pag. 1254; nello stesso senso, MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in Riv. it. proc. pen., 2002, pag. 1193.

degli illeciti ambientali e in materia di violazione delle norme antinfortunistiche sul lavoro, ove maggiormente si avverte l'esigenza di spostare la punizione dal soggetto agente all'organizzazione che trae profitto economico dalla commissione del reato¹⁸.

In ordine alla verifica dell'effettività delle istanze del controllo penale, ove gli attori sono la polizia, la pubblica accusa, la magistratura giudicante, il criterio di commisurazione è rappresentato dagli obiettivi primari che ad esse competono (per la polizia le c.d. "quote di chiarimento"; per il pubblico ministero il numero di rinvii a giudizio ottenuti; per la magistratura giudicante il numero di condanne emesse). Un ostacolo a tale valutazione, che dipende dal numero dei reati conosciuti, è l'esistenza della "cifra oscura" rispetto ai principali reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche.

Esemplificative sono le statistiche¹⁹ provenienti dal Casellario giudiziale centrale che registrano 273 condannati nel 2001 e 365 nel 2002 per corruzione (art. 319 c.p.), mentre i dati relativi ai condannati per concussione (art. 317 c.p.) negli anni 2001 e 2002 sono: 222 e 129. Tali reati presupposto emergono secondo livelli molto più bassi rispetto quelli registrati negli anni dell'inchiesta "Mani Pulite".

Inoltre un'analisi completa in materia di effettività degli apparati in ordine alla criminalizzazione secondaria delle persone giuridiche non è possibile attuarla in quanto

¹⁸ La suddetta affermazione origina antecedentemente all'intervento del legislatore nel prevedere ai sensi dell'art. 25 septies d.lgs. 231/2001 i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche (di cui si tratterà in seguito). Inoltre, recentemente, è avvertita, a livello comunitario (si veda, ad esempio, la Direttiva 2005/35/CE), l'esigenza di introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche in relazione ai reati ambientali; ai fini di una dettagliata disamina della novella si rinvia al secondo capitolo.

¹⁹ Tali dati sono desunti da, **MANNOZZI**, Relazione al convegno di studi sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione e il ruolo di Olaf di fronte alla responsabilità penale delle persone giuridiche e dei dirigenti di società e la reciproca ammissibilità delle prove, 11-12 Marzo, Inverigo, *La responsabilità delle persone morali e dei capi d'impresa*.

scarsa è la giurisprudenza consolidata²⁰; infatti, la maggior parte dei precedenti giurisprudenziali si configurano come ordinanze del G.i.p di taluni tribunali (prevalentemente del Nord dell'Italia; tale rilievo, insieme a quello che vede uno scenario caratterizzato da fattispecie delittuose riconducibili in prevalenza ai reati di corruzione, di conseguenza evidenzia il problema della criminalità nascosta in ordine a tale categoria di reati), chiamati ad assumere in sede cautelare, su proposta del P.M., sanzioni pecuniarie, di frequenza ricorrendo le condizioni legali per la concessione della riduzione, e sanzioni interdittive.

Un esempio è rappresentato dalla sentenza del G.i.p presso il Tribunale di Pordenone, datata 4 novembre 2002, che è espressione dei benefici che l'ente può trarre scegliendo la strada dei riti speciali. Si era in presenza di una fattispecie di tentata corruzione (versamento di un importo mensile a pubblico ufficiale) da parte del legale rappresentante di una società. Il difensore della società sceglieva il procedimento di

²⁰ Ecco un elenco dei precedenti giurisprudenziali: sentenza del G.i.p del Tribunale di Pordenone, 4 novembre 2002, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 330; ordinanza G.i.p presso il Tribunale di Roma del 22 novembre 2002, in *For. It.*, 2004, pag. 326; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Roma, 14 aprile 2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, pag. 66; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Salerno, 28 marzo 2003, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 450; sentenza della Corte di Cassazione, Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, in *Cass. Pen.*, vol. 12, 2004, pag. 4046; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 9 marzo 2004, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 448; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano del 27 aprile 2004, in *Foro it.*, n. 7-8, 2004, pag. 434; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Corr. mer.*, n. 1, 2005, pag. 85; ordinanza del G.u.p del Tribunale di Milano, 25 gennaio 2005, in *Corr. mer.*, n. 5, 2005, pag. 577; ordinanza del G.u.p. presso il Tribunale di Torino, 11 febbraio, 2005, in www.reatisocietari.it ; consultabili sul sito www.rivista231.it , ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Vibo Valenzia, 20 aprile 2004; sentenza del G.u.p presso il Tribunale di Milano, 30 aprile 2004; ordinanza del G.u.p presso il Tribunale di Torino, 11 giugno 2004; sentenza del G.u.p del Tribunale di Lucca, 26 ottobre 2004; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Torino, 27 novembre 2004; ordinanza del G.u.p presso il Tribunale di Torino, 11 dicembre 2004; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Torino, 22 marzo 2005; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Bari, 18 aprile 2005; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Ivrea, 6 maggio 2005; sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 20 giugno 2005; sentenza del G.u.p presso il Tribunale di Torino, 11 ottobre 2005; sentenza della Corte di Cassazione, Sez. IV, 7 dicembre 2005; sentenza della Corte di cassazione, Sez. II, 22 marzo 2006; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Torino, 26 gennaio 2006; sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 30 gennaio 2006; ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Torino, 4 aprile 2006.

applicazione della sanzione su richiesta (ex art. 63 d. lgs. 231/2001) e oltre alla riduzione della sanzione per la scelta di tale rito, si concedevano, dietro richiesta ulteriore del difensore della società, le circostanze di riduzione della pena pecuniaria ex art. 12, avendo la società risarcito il pregiudizio arrecato alla pubblica amministrazione ed avendo sia adottato che attuato un modello organizzativo di prevenzione dei reati. La sanzione base che era di 52.000,00 euro veniva ridotta a 11.556,00 euro²¹.

Ripresentando l'impossibilità di un'analisi quantitativa in merito ai provvedimenti emanati in merito alla normativa in esame, una ulteriore dimostrazione è offerta tramite un'indagine empirica, da me eseguita, presso il Tribunale di Milano nell'anno 2005, da cui risultano solo diciannove procedimenti iscritti relativi alla responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti, di cui due archiviati, quattordici in fase di indagini, tre in fase di dibattimento. Inoltre, una diversa testimonianza della difficoltà di porre in essere una criminalizzazione in concreto è costituita dalla motivazione di un decreto di archiviazione, datato 13 settembre 2004, oggetto della mia ricerca empirica.

Il fatto verteva intorno alla contestazione del pubblico ministero, in seguito ad accertamenti della guardia di finanza, ai rappresentanti legali di due società per azioni, nonché, a titolo di responsabilità amministrativa degli enti, alle società stesse, del reato previsto dall'art. 640 bis in concorso formale con l'art. 640, II c., c.p.. In concreto, infatti, risultava che si era contabilizzato, in sede di rendiconto presentato alla Regione, un numero di ore di didattica (relative ad un progetto finanziato dall'ente pubblico stesso) superiore rispetto a quello effettivamente svolto. In seguito al deposito di una

²¹ Un caso analogo verte intorno alla fattispecie corruttiva di un amministratore unico il quale versava ingenti somme di denaro a vari funzionari pubblici perché, intervenendo sul piano regolatore del comune ove era sito un immobile della società di cui era soggetto apicale, fossero accolte le "richieste" della stessa, volte a valorizzare il bene. La sanzione pecuniaria irrogata, ridotta per l'adozione di un modello di "compliance" *post factum* e per la scelta del rito speciale, veniva quantificata in 36.120 euro; cfr. Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, consultabile sul sito www.reatisocietari.it.

memoria difensiva di una società imputata e alle conseguenti indagini suppletive disposte dal p.m., emergeva il difetto di un elemento essenziale del reato contestato, nella specie, l'evento di danno. Il G.i.P. concludeva, così, per la legittimità della richiesta di archiviazione in quanto, in concreto, si escludeva la mancata realizzazione del progetto finanziato dalla Regione, nonché il rendiconto presentato dai due enti, ancorché inveritiero, non avrebbe potuto incidere sulla misura del finanziamento stesso.

In conclusione l'iter di criminalizzazione secondaria si ferma ad uno stadio teorico; ciò è dimostrato da uno scenario caratterizzato da un'ampia criminalità nascosta, da una scarsa recettività della legislazione se non in aree privilegiate e da un problematico "input" al procedimento.

Un indice evidente di tale problema è il procedimento semplificato di archiviazione²² ex art. 58 d.lgs. 231/2001.

In dottrina²³ l'esclusione del controllo giurisdizionale non è giustificato dal fatto che si è in presenza di un illecito amministrativo, ma è un segnale di indebolimento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.. Inoltre la previsione dell'art. 58 contrasta con la scelta del legislatore di adottare lo strumento del processo penale; infatti, nella relazione governativa al d.lgs. 231/2001 si giustifica tale scelta sulla base di una doppia esigenza, di effettività (per poter disporre dei più incisivi e penetranti poteri di cui gode l'autorità giudiziaria nel processo penale rispetto a quelli assegnati alla pubblica amministrazione nel procedimento delineato dalla legge 24 novembre 1981 n.

²² L'art. 58 stabilisce che "se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59, il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello. Il procuratore generale può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione".

²³ Si confronti, **FERRUA**, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II). Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 1480.

689) e di garanzia, ma l'art. 58 sembra coincidente con la struttura dell'art. 18, comma 2, l. 689/1981²⁴.

3 Le indicazioni dell'analisi economica del diritto e la ricerca di un apparato sanzionatorio adeguato al sistema.

Oltre la criminologia, un'ulteriore integrazione, che ritengo indispensabile ai fini di comprendere i fenomeni sottesi al contesto della criminalità economica, riguarda l'analisi economica del diritto²⁵.

Tale scienza permette la ricerca di un diritto penale efficiente²⁶. L'efficienza, infatti, è ritenuta dai giuristi coincidente al concetto di deterrenza (lo scopo del diritto penale che coincide con l'eliminazione della condotta criminosa, in concreto, sopportando minimi costi).

L'analisi economica del diritto²⁷, riferita al diritto penale, nella specie, viene utilizzata con particolare riguardo all'apparato sanzionatorio: si valuta la capacità della sanzione penale a perseguire i fini del sistema sanzionatorio. Tale metodologia di studio è utile soprattutto in ordine ai crimini della persona giuridica in quanto la stessa

²⁴ Così recita la norma indicata: "L'autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidamente; altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto".

²⁵ In relazione a tale argomento riporto alcune riflessioni contenute nell'opera di **PALIERO**, *L'economia della pena (un work in progress)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 1336.

²⁶ Rileva allo stesso tempo la necessità di valutare in che misura il diritto penale dovrebbe essere inserito nella disciplina delle attività economiche tra tesi abolizionistiche (di cui precursore è **STELLA**, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. trim. pen. ec., 1998, pag. 459) e teorie fondate sulla selezione razionale dei beni giuridici (di cui un sostenitore è **PALIERO**, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, p. 493).

²⁷ Il primo giurista ad applicare l'analisi economica del diritto al diritto penale è stato Becker il quale giustifica la tendenza a delinquere non come un'inclinazione, ma in base all'esigenza di ottenere la massimizzazione dell'utilità; di conseguenza commetterà reato chi avrà maggior beneficio rispetto ai costi; cfr. **BECKER**, *Crime and punishment: an economic approach*, in Journ. of Pol. Econ., 1968.

rappresenta la perfetta coincidenza tra *homo criminalis* e *homo oeconomicus*²⁸, il cui comportamento può definirsi “elastico”, cioè razionale rispetto allo scopo, caratterizzato dal profitto, in qualsiasi forma economicamente apprezzabile o valutabile. Di conseguenza, oggi, si è arrivati ad una crisi della sanzione penale tradizionale in quanto prevale la necessità di una sanzione, non solo rivolta alla persona fisica, ma anche alla persona giuridica, quale possibile motore della vicenda criminosa²⁹. Utili sono i paradigmi “post- beckeriani³⁰” che sottolineano la necessità di rendere allettante economicamente la condotta lecita e costosa la condotta illecita sin da prima dell’irrogazione della sanzione. Strumento principe divengono gli incentivi alle condotte di autodisciplina, sul modello dei *compliance programs* americani³¹, e interviene solo “come extrema ratio” la sanzione penale³².

²⁸ Per un approfondimento sul tema si confronti, **PALIERO**, *L’economia della pena*, cit., *passim*.

²⁹ Si confronti, **PALIERO**, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1993, pag. 1021.

³⁰ Cfr. **SHAVELL, S.**, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in Coleman, J. L. – Lange, J. (a cura di), *Law and Economics*, vol. I, Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney, 1992, pag. 463.

³¹ Tale modello di apparato sanzionatorio “interno” risponde ai criteri di efficacia (si raggiunge l’obiettivo di ridurre l’ammontare della criminalità) e di efficienza (minimo costo connesso al funzionamento della giustizia penale); in tal senso, **DE MAGLIE**, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 88.

³² Paliero evidenzia un uso improprio della sanzione penale nel nostro ordinamento; necessario è un rimedio che consista nell’irrogazione della sanzione penale, come “extrema ratio”, a tutela dei beni giuridici finali e nell’irrogazione della sanzione amministrativa a tutela dei beni strumentali (ad esempio, in relazione al bene finale di tutela dell’efficienza del mercato sussiste l’esigenza della trasparenza dell’informazione). Il giurista sottolinea tre elementi che rendono favorevole l’uso della sanzione amministrativa nel settore economico. In primo luogo tale sanzione incide sull’interesse perseguito attraverso comportamenti economici illeciti, cioè sul profitto, concretizzandosi così un legame teleologico tra sanzione ed illecito. Inoltre, in un nuovo settore, come quello in esame, ove non vi è riconoscimento sociale di tali comportamenti, né come vittime, né come beneficiari, è necessaria una sanzione non stigmatizzante per evitare che l’inflazione del diritto penale nel sanzionare i comportamenti, privi di un disvalore generalmente condiviso a livello sociale, generi pericolosi effetti di indifferenza comportamentale. Infine la sanzione amministrativa ha un impatto immediato e diretto, collocandosi a livello ottimale in una valutazione costi-benefici della sanzione; cfr. **PALIERO**, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1993, pag. 1027.

È difficile, riguardo alla responsabilità penale delle persone giuridiche, individuare la sanzione più adeguata³³.

Al fine di tale ricerca è sorta una diatriba tra due orientamenti: *the neoclassical economic model* e *the behavioural or structural reform model*.

La prima tesi³⁴ che si fonda sui principi di analisi economica del diritto e, di conseguenza, sul presupposto che la società è un agente razionale che commette reati a scopo di ottenere un profitto, riconosce nella sanzione pecuniaria lo strumento deterrente più efficace.

Al contrario l'altra tesi³⁵ si discosta da un'analisi economica e riconosce l'esistenza di una *corporate culture*³⁶ che non è possibile regolamentare tramite l'irrogazione esclusiva della sanzione pecuniaria.

Jefferson sottolinea alcuni limiti nell'irrogazione della sanzione pecuniaria.

Tale sanzione potrebbe essere internalizzata tra le esternalità negative della società, senza così generare alcun effetto deterrente³⁷.

³³ Tale difficoltà è sottolineata in Italia da **PALIERO**, cit. *passim*; in Inghilterra da **JEFFERSON**, *Corporate criminal liability*, in 65 J. Crim. L., 2001, pag. 235; **GOBERT**, *Controlling corporate culpability: penal sanctions and beyond*, in Web. J., 1998; in America da **BLOCK**, *Optimal penalties, criminal law and the control of corporate behaviour*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 395; **BALSMEIER & KELLY**, *The ethics of sentencing white-collar criminals*, in 15 J. Business Ethics, 1996, pag. 143; **GEIS, DI MENTO**, *Empirical evidence and the legal doctrine of corporate criminal liability*, in 29 Amer. Crim. L. Rev., 2002, pag. 342.

³⁴ Gli "optimal penalty theorists" sostengono l'ammissibilità solo delle sanzioni che prevengono futuri reati e che comportano la spesa minore per la società. I precursori sono: **BECKER**, *Crime and punishment: an economic approach*, in 76 J. Pol. Econ., 1968, pag. 169 e **POSNER**, *Optimal sentences for white-collar criminals*, in 17 Amer. Crim. L. Rev., 1980, pag. 409; i sostenitori principali sono **WRAY**, *Corporate probation under the new organizational sentencing guidelines*, in 101 Yale L. J., 1992, pag. 2017; **BLOCK**, citato sopra; **SHAVELL**, *Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent*, in 85 Colum. L. Rev., 1985, pag. 1232. Per una generale critica a tale analisi economica si confronti **COFFEE**, *Corporate crime and punishment: a non-Chicago view of the economics of criminal sanctions*, in 17 Amer. Crim. L. Rev., 1980, pag. 419.

³⁵ Cfr. **FISSE AND BRAITHWAITE**, *Corporation, crime and accountability*; **BAYSINGER**, *Organization theory and the criminal liability of organizations*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 341.

³⁶ La "corporate culture" vede "the imputation of social disturbance" quale fonte della responsabilità dell'ente; cfr. **BUCY**, *Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability*, in 75 Minn. L. Rev., 1991, pag. 1095; **LAUFER**, *Corporate bodies and guilty minds*, in 43 Emory L.J., 1994, pag. 647; **KEY**, *Organizational ethical culture: real or imagined?*, in 20 J. Business Ethics, 1999, pag. 217; **PUNCH**, *Suite violence: why managers murder and corporations kill*, in 33 Law and Social Change, 2000, pag. 243.

In ordine alla sanzione pecuniaria vige un ulteriore problema: una sua adeguata quantificazione³⁸.

Tale difficoltà è rappresentata dal rischio che la suddetta commisurazione, se troppo elevata, possa generare l'effetto *overspill* (o *spillover*). Tale effetto consiste nel passaggio dell'influenza del costo della sanzione dalla società in capo agli: "shareholders, creditors, employees, consumers". Nel caso di una sanzione pecuniaria eccessivamente elevata, infatti, si ridurrebbe il valore delle azioni, si diminuirebbe il capitale della società aumentando il rischio che i creditori non possano essere soddisfatti,

³⁷ Così **BAYSINGER**, *Organization theory and the criminal liability of organizations*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 363; **MACEY**, *Agency theory and the criminal liability of organizations*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 315.

³⁸ Un esempio della presenza di tale problema e di un tentativo di risoluzione è offerto dall'ordinamento inglese. In Inghilterra vige un sistema sanzionatorio comune sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche: la "fine" è la sanzione irrogata in numerosi casi e i criteri per la sua quantificazione, previsti dalle "sections 143-146 del Criminal Justice Act 2003", sono in primo luogo la gravità del reato e la colpevolezza del reo.

In giurisprudenza, solo nel 1999 con la sentenza della *Court of Appeal* in ordine al caso *R v. F Howe & Son (Engineers) Ltd*, (cfr. **SLAPPER, TOMBS**, *Corporate crime*, Essex, pag. 225), sono stati introdotti degli indici per una adeguata quantificazione della sanzione pecuniaria e per evitare l'effetto negativo di "overspill". Il caso riguardava la condanna di una società per la morte di un operaio rimasto fulminato mentre puliva uno degli stabilimenti della "corporation". Alla società fu irrogata una sanzione di quarantottomila sterline con l'aggiunta di settemila e cinquecento sterline per le spese legali. La "corporation" impugnò la sentenza ritenendo la sanzione eccessiva. *The Court of Appeal* non accolse l'appello sostenendo che sussisteva un onere della società di informare in ordine alla propria situazione finanziaria, altrimenti si presumeva, come era accaduto, una sua capacità a sostenere qualsiasi spesa e nella motivazione elencò gli elementi da considerare per la quantificazione della sanzione pecuniaria. Sul presupposto che i precedenti giurisprudenziali non erano idonei per elaborare tali indici, in quanto le sanzioni irrogate erano di entità troppo bassa, i giudici sottolinearono che era necessario tener conto della gravità dell'illecito e della colpevolezza del reo sulla base di molteplici fattori. Tali elementi erano: l'estensione della violazione, la modalità in cui la società si era allontanata dagli "standard" delle misure di sicurezza, il grado di rischio e l'estensione del pericolo creato, la commissione dell'illecito con intenzione e se recidiva o meno, le risorse finanziarie dell'imputato e gli effetti della sanzione pecuniaria sull'attività economica dell'imputato; ("the extent of the violation, how far short of the appropriate standard the company had fallen; the degree of risk and the extent of the danger that had been created; whether the violation was deliberate; whether the violation was an isolated lapse or a continuing breach; the defendant's resources; and the effect of a fine on the defendant's business"). Inoltre *The Court of Appeal* identificò gli elementi aggravanti ed attenuanti da considerare. La prima categoria includeva: "the fact that a death resulted from the violation; a failure to heed past warnings; and a deliberate breach with a view to profits", mentre la seconda: "a prompt admission of responsibility; a timely plea of guilty; remedial measures taken after the deficiencies were drawn to the company's attention".

³⁷ Cfr. **COFFEE**, "No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in 79 Mich. LR, 1981, pag. 412.

³⁸ Cfr. **JEFFERSON**, *Corporate criminal liability: the problem of sanctions*, in J. Crim. L., 2001, pag. 245.

³⁹ Si confronti, **SLAPPER**, *Corporate punishment*, in NJL, 1994, pag. 29; **BERGMAN**, *Corporate sanctions and corporate probation*, in NLJ, 1992, pag. 1312.

la società dovrebbe ridimensionare il personale facendo perdere così il lavoro a molti impiegati e infine, la società aumenterebbe i prezzi dei suoi prodotti spostando il peso del costo della sanzione in capo ai consumatori.

Un rimedio agli effetti negativi della *fine* è la previsione di nuove sanzioni.

L'*equity fine*, la *corporate probation* e l'*adverse publicity* rappresentano delle alternative³⁹.

L'*equity fine* consiste in una sanzione pecuniaria che deve essere pagata dalla società in azioni ad un organismo pubblico, quale il fondo vittime del reato; “the number of shares would be equal to the cash fine necessary to deter illegality”⁴⁰. In tale modo si elude l'effetto “overspill” nei confronti dei consumatori ed impiegati, ma il limite di tale sanzione alternativa consiste nel permanere di tale ripercussione nei confronti degli *shareholders*.

La *corporate probation*⁴¹ è uno strumento tramite il quale la società può dar prova di una sua riabilitazione. Uno schema della sua struttura è illustrato da Jefferson.

In primo luogo la sentenza di condanna di una società può imporre l'ordine alla stessa di elaborare un programma d'intervento per porre rimedio a ciò che ha causato il danno; in seguito i giudici approvano tale proposta, elaborando un *order* che la include insieme ad altre modifiche dell'organigramma aziendale. Infine i *probation officers* controllano l'effettiva attuazione di tale ordine; in caso negativo, un commissario assume il controllo della società.

The United States Sentencing Commission ha pubblicato gli *Standards for Organizational Probation* nel 1991, (che Posner⁴² ritiene essere l'unica legislazione che

³⁹ Così POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 2003; il sistema sanzionatorio più adeguato risulta essere quello che si struttura in un modello di prevenzione “ex ante” l'irrogazione della sanzione penale.

accoglie l'apporto dell'analisi economica del diritto) in cui prevede un simile mezzo per permettere ai giudici di continuare una supervisione sull'effettiva riabilitazione della società⁴³. *The Guidelines*, che definiscono un *organization* come “a person other than an individual”⁴⁴, operano tramite quattro principi: la società deve rimediare al danno cagionato, alla società deve essere irrogata una sanzione adeguata, la sanzione pecuniaria deve essere proporzionale alla gravità dell'offesa e alla colpevolezza della società ed, infine, la società sarà soggetta ad una *probation*⁴⁵.

The Organizational Guidelines prevedono tre sanzioni irrogabili in capo alla società: *remedies*, *probation* e *monetary fines*⁴⁶. La categoria dei *remedies* include le sottocategorie di: *restitution*, *remedial measure* e *community service*. Un esempio di

⁴³ In tal senso, **MRAZEK**, *Organizational sentencing*, in 33 Amer. Crim. L. Rev., 1996, pag. 1065.

⁴⁴ “The Organizational Guidelines” si applicano alle “corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, governments and their political subdivisions, as well as unincorporated and non-profit organizations”; cfr. **FISHER, SPENCER**, *Corporate criminal liability*, in 41 Amer. Crim. L. Rev., 2004, pag. 380.

⁴⁵ Cfr. **GRUNER**, *Towards an organizational jurisprudence: transforming corporate criminal law through federal sentencing reform*, in 36 Ariz. L. R., 1994, pag. 414; **POLING**, *Corporate criminal liability*, in 38 Amer. Crim. L. Rev., 2001, pag. 542.

⁴⁶ In ordine a tale sanzione è interessante considerare la modalità di quantificazione: in primo luogo si parte da una “base offense level” che tiene conto della gravità del crimine commesso, in secondo luogo si calcola il “culpability score” che valuta la colpa dell'organizzazione includendo gli elementi aggravanti e attenuanti. I fattori aggravanti previsti consistono nel coinvolgimento nell'azione criminosa di personale posto ad alti livelli (tale fattore si fonda sul comportamento dei “managers”: “are willfully ignorant of”, “condone”, “participate in criminal conduct”), la condotta recidiva, la violazione di una “condition of probation” e l'ostruzione dell'attività della giustizia (ad esempio, di alcune attività investigative). Gli elementi attenuanti, invece, sono due: o la società adotta un effettivo “compliance program” o collabora alle indagini delle autorità e ammette le proprie responsabilità per il reato commesso. La dimostrazione di un “effective corporate compliance programs” è un onere della società del fatto che almeno deve avere agito adottando la “due diligence in seeking to prevent and detect criminal conduct”. Fisher e Spencer illustrano l'elenco dei fatti che possono costituire prova di un effettivo “compliance program”: se le procedure contenute in tale programma sono adeguate per ottenere una riduzione delle condotte criminose, se l'applicazione di tale programma è stata attribuita alla competenza di personale di “high-level” (infatti, se personale di alto livello risulta essere coinvolto in reati, allora vige una presunzione assoluta che la società non ha adottato un effettivo “compliance program”), se la società ha comunicato in modo adeguato a tutti gli impiegati le modalità di comportamento al fine di ridurre il numero delle infrazioni non intenzionali, se il rispetto di tale programma è rafforzato dalla previsione di sanzioni disciplinari; in tal senso, **FISHER, SPENCER**, *Corporate criminal liability*, in 41 Amer. Crim. L. Rev., 2004, pag. 390; **SPENCER, SIMS**, *Corporate misconduct*, London, 1995, pag. 60. L'applicazione di tale elemento attenuante è stata realizzata in pochi casi; ad esempio dalle statistiche risulta che nell'anno 2000 non vi è stata nessuna riduzione della sanzione per la sussistenza di un effettivo “compliance program”; cfr. **GERAGHTY**, *Corporate criminal liability*, in 39 Amer. Crim. L. Rev., 2002, pag. 347.

community service order (CSO) è rappresentato da un ordine di migliorare le misure di sicurezza di una società ferroviaria per prevenire in futuro incidenti.

Nel caso *US v. Allied Chemical Corp.*⁴⁷ del 1978, una società, condannata per il reato di inquinamento, fu sottoposta all'ordine di ovviare a tale danno anche attraverso una donazione di otto milioni di dollari allo stabilimento a tutela dell'ambiente dello stato della Virginia.

Il CSO può anche costituire una *condition of probation* la cui irrogazione è lasciata alla discrezionalità dei giudici⁴⁸. Le corti federali possono condannare la società ad una *probation* per un termine non superiore a cinque anni. Tre sono le *probation sentences* previste: “probation designed to prevent further offences by requiring specific changes to or limitations on business practices; probation designed to improve external monitoring of corporate behaviour by mandating disclosures about past offences; and probation furthering other, unsatisfied goals of sentencing”⁴⁹.

I vantaggi di tale sanzione consistono nell'evitare l'effetto *spillover* ed un eventuale stato d'insolvenza della società. Lo svantaggio, invece, consiste nella spesa che deve sopportare la pubblica amministrazione per la attuazione della *corporate probation*.

L'*adverse publicity*, cioè la pubblicazione della sentenza di condanna, è la sanzione con il maggior effetto stigmatizzante⁵⁰, in quanto, soprattutto le grandi società, investono del capitale per ottenere un'immagine positiva davanti ai consumatori.

⁴⁷ Cfr. JEFFERSON, pag. 253, *passim*.

⁴⁸ Tale discrezionalità non è illimitata in quanto il giudice deve almeno ordinare alla società di “not commit another federal, state, or local crime during the term of probation”; in tal senso, GERAGHTY, *Corporate criminal liability*, in 39 Amer. Crim. L. Rev., 2002, pag. 342.

⁴⁹ Si confrontino, GERAGHTY, pag. 342, *passim*; CARRASCO, DUPEE, *Corporate criminal liability*, in 36 Amer. Crim. L. Rev., 1999, pag. 445.

⁵⁰ Cfr. FISSE AND BRAITHWAITE, *The impact of publicity on corporate offenders*, 1983.

Un'ulteriore alternativa alla sanzione pecuniaria è rappresentata dalle sanzioni interdittive: *restraint of business* o *deregistration*, che prevedono, l'una il divieto per la società di stipulare alcuni contratti, come ad esempio, quelli con il Governo e l'altra, lo scioglimento della società attraverso i procedimenti di liquidazione o di acquisizione statale.

In America, a seguito dei recenti scandali finanziari ("Enron, Global Crossing, Adelphia, WorldCom")⁵¹, dimostrazione della difficoltà di rendere efficienti i modelli di prevenzione, si è avvertita l'esigenza di prevenire i fenomeni di "market abuse" intervenendo in modo formale e sostanziale nell'organizzazione delle società quotate in borsa, attraverso l'emanazione, il 30 Luglio 2002, del *Sarbanes-Oxley Act*⁵² che prende il nome dai due principali promotori.

Con tale atto si istituisce, all'interno della SEC, il "Public Company Accounting Oversight Board"⁵³, un organo di vigilanza sui revisori contabili. Inoltre si attribuiscono ulteriori responsabilità civili e penali in capo agli amministratori della società. La "section 302"⁵⁴ prevede una responsabilità personale ed oggettiva in capo al CEO ("Chief Executive Officer") e CFO ("Chief Financial Officer") per il contenuto delle informazioni finanziarie e dei bilanci della società. Essi devono certificare la conformità

⁵¹ In tal senso, **RECINE**, *Examination of the white collar crime penalty enhancements in the Sarbanes-Oxley Act*, in 39 Amer. Crim. L. Rev., 2002, pag. 1538.

⁵² Cfr. **COLE**, *Corporate criminal liability in the 21st century: a new era?*, in 45 S. Tex. L. Rev., 2004, pag. 160.

⁵³ Il "Board" gode di ampi poteri che includono la registrazione delle società di revisione e la determinazione dei criteri di redazione dei documenti; inoltre dispone di un'ampia potestà sanzionatoria. Nel caso che tale organo di controllo accerti che la società di revisione od un suo associato abbiano compiuto un qualsiasi atto od omissione, che costituisce una violazione delle regole del SOXA, può imporre discrezionalmente le sanzioni che ritiene opportune, tra le quali rientrano i provvedimenti di sospensione o revoca della registrazione per la società di revisione, della sospensione o il divieto di associazione per l'associato alla società di revisione, della limitazione temporanea o permanente di certe attività, fino alla irrogazione di sanzioni pecuniarie che possono raggiungere, in caso di condotte dolose, anche i settecentocinquanta miliardi di dollari per le persone fisiche e i quindici milioni di dollari per le società (cfr. "section 105 let. c) del SOXA").

⁵⁴ Tale "section" del SOXA richiede che i rendiconti siano completi, mentre la "section 404" richiede che il processo utilizzato per la creazione dei rendiconti sia accurato e rispetti uno "standard" di settore approvato.

dei “reports” annuali o quadrimestrali ai requisiti legali imposti dal “Securities Exchange Act of 1934” divenendo garanti dell’effettività della funzione di controllo interno.

La “section 906 Corporate responsibility for financial reports”⁵⁵ (§ 1350 “Failure of corporate officers to certify financial reports”) prevede anche l’obbligo della cosiddetta *criminal certification*. Il CEO e CFO, oltre a dichiarare la suddetta conformità legale, devono attestare che il contenuto dei *periodic reports* è capace di rappresentare integralmente la condizione finanziaria della società. Qualora gli amministratori siano a conoscenza che tali *periodic reports* non sono conformi rispetto a tutto quanto richiesto dalla normativa di riferimento (“knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements”), ma effettuino comunque la certificazione, la sanzione prevista sarà di un milione di dollari e/o la reclusione fino a 10 anni. Qualora, invece, essi intenzionalmente procedano alla certificazione (“willfully certifies”) la sanzione pecuniaria irrogata ammonterà a cinque milioni di dollari e la sanzione detentiva raggiungerà i venti anni di reclusione.

Altre disposizioni innovative del SOXA riguardano una regolamentazione più rigorosa delle operazioni in titoli effettuate dagli “insider” imponendo una più tempestiva informazione al pubblico e vietando le operazioni in determinati periodi.

In conclusione, la tesi da preferire, al fine di creare un adeguato sistema sanzionatorio, si pone a livello intermedio tra la teoria economica e strutturale.

La responsabilità dell’ente, per aver prodotto “un disturbo sociale”, scaturito da un difetto di organizzazione interna, porta, quindi, al passaggio dal modello sanzionatorio tradizionale, improntato alla prevenzione mediante la minaccia della pena, al c.d. “carrot – stick model”. Alla tradizionale minaccia di sanzioni pecuniarie elevate, si aggiunge

⁵⁵ Cfr. **SILBERFAB**, *Justifying punishment for white-collar crime: a utilitarian and retributive analysis of the Sarbanes-Oxley Act*, in 95 B. U. Pub. Int. L. J., 2004, pag. 97.

una consistente diminuzione della pena qualora la persona giuridica abbia adottato un *compliance program* idoneo a prevenire, scoprire⁵⁶ e perfino sanzionare i reati.

In merito al decreto legislativo 231/2001, oggetto d'indagine, è opportuno rilevare che il legislatore, ispirandosi al modello americano, anche se prevede comunque l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie (ex art. 10) elaborando un sistema "a quote"⁵⁷, tenta di elaborare un'efficiente sistema non solo generalpreventivo attraverso la previsione dell'onere di adozione di modelli organizzativi⁵⁸, ma anche specialpreventivo attraverso la irrogazione di sanzioni interdittive.

⁵⁶ Negli Stati Uniti sia dalla dottrina che dalla prassi è avvertita l'utilità della collaborazione della società nella scoperta dell'illecito. Ad esempio si è creato un sistema premiale per aumentare la probabilità di scoperta degli illeciti di restrizione della concorrenza sul mercato. Sono stati introdotti i c.d. "lemieny programs" che prevedono un esonero dalla irrogazione della sanzione pecuniaria per la prima società che segnala l'offesa sul mercato. Il caso "U. S. vs Hoffman – La Roche s.r.l." (1999) è esemplificativo. Tale gigante farmaceutico è stato multato con una sanzione di 500 milioni di dollari per aver svolto il ruolo di istigatrice e per aver partecipato a tutti gli otto cartelli segreti aventi lo scopo di ripartire il mercato e fissare i prezzi di prodotti vitaminici, presenti in una enorme quantità di prodotti alimentari, farmaceutici e cosmetici. L'azienda, Rhone Poulence, anch'essa coinvolta nell'abuso, ma che per prima ha segnalato tale illecito, ha ricevuto "l'amnistia"; cfr. www.singerpubs.com/ethikos/html/guidelines10years.html.

⁵⁷ L'entità della sanzione pecuniaria (ex art. 11 d.lgs. 231/01) viene commisurata attraverso il computo di un numero di quote (determinato in relazione alla gravità del reato, al grado di responsabilità dell'ente, all'attività svolta al fine di eliminare le conseguenze del fatto) moltiplicato per l'importo della singola quota (calcolato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente e in relazione allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione).

⁵⁸ Per un approfondito esame dell'argomento si rinvia all'ultimo capitolo.

CAPITOLO I

I DIVERSI PROFILI DI IMPUTAZIONE IN ORDINE ALLA STRUTTURA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE NELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE

1 L'organizzazione quale autonomo centro d'imputazione. 2 I modelli di attribuzione della responsabilità ai membri dell'organizzazione. 2.1 Il paradigma del trasferimento: l'imputazione individuale di un fenomeno collettivo. 2.2 Il decentramento della responsabilità e i limiti dell'istituto della delega di funzioni dinanzi alla attuale dimensione dell'organizzazione d'impresa. 2.2.1 L'istituto della delega di funzioni. 2.2.2 La ripartizione della responsabilità penale tra garante *primario* e *secondario*. 3 La responsabilità collettiva tra profili prasseologici e di politica del diritto. 3.1 Il reato commesso mediante atto collegiale quale modalità del concorso di persone: brevi cenni e rinvio. 3.1.1 L'ascrizione della responsabilità in capo agli amministratori: profili problematici. 3.1.2 Segue: la responsabilità dei sindaci per omessa vigilanza.

1 L'organizzazione quale autonomo centro d'imputazione

In base al presupposto secondo il quale si può parlare di responsabilità nel momento in cui si riconosce uno spazio reale per l'azione, l'impresa può essere riconosciuta responsabile essendo titolare di capacità di agire come soggetto collettivo. La criminalità d'impresa, infatti, si manifesta attraverso imprese illecite fondate su "pactum sceleris", per la punibilità delle quali si ricorre a fattispecie plurisoggettive necessarie quali l'art. 416 c.p. (associazione per delinquere) e l'art. 416 bis c.p. (associazione di tipo mafioso), oppure attraverso imprese che, seppur lecite, arrecano pregiudizio a beni giuridicamente tutelati al fine di ottenere l'"extra-profitto".

Orbene, ai fini di delimitare il “quantum” di diritto penale necessario a tutela dell’attività d’impresa, una prima indicazione è data dall’art. 41 Cost. che al primo comma consente di individuare quale oggetto di tutela l’impresa come organismo, mentre, al secondo comma, impone di fissare dei limiti all’impresa per circoscriverne od eliminarne le capacità offensive.

Un bilanciamento di tali esigenze è insito nel concetto di bene giuridico⁵⁹ che permette di disegnare la mappa delle relazioni tra il riconoscimento della libertà e l’espressa apposizione di limiti al suo esercizio, individuando le aree nelle quali l’intervento penalistico può razionalmente collocarsi⁶⁰. Essenziale diviene così una preliminare valutazione in ordine al bene giuridico da tutelare⁶¹.

Nel contesto del diritto penale dell’impresa, a causa delle diffuse aggressioni patrimoniali attraverso l’attività della società e a causa dell’indeterminatezza dei soggetti esposti alle offese, l’intervento repressivo non può sempre collocarsi al momento della compromissione del bene finale (quale, ad esempio, la salute). L’intervento punitivo si collega, allora, anche all’aggressione di beni strumentali o intermedi⁶², la cui protezione

⁵⁹ Tale concetto fu introdotto in dottrina dal giurista tedesco Birnbaum nel 1834. Oggi è importante chiedersi quali siano le modalità di individuazione di beni meritevoli di tutela attraverso la dicotomia tra “modello endogeno” e “modello esogeno”. Il primo è manifestazione dell’interpretazione formalistica di A. Rocco secondo la quale i beni si ricavano dalle norme penali positive. Attualmente sembra più idoneo l’uso del modello esogeno che ha quale presupposto la preesistenza del bene alla legislazione penale ed in un secondo momento la scelta del legislatore di tutelarne attraverso il ricorso alla sanzione penale. Inoltre tale modello richiede che il bene possieda determinate caratteristiche: da un lato che sia individuabile come entità autonoma e dall’altro che possieda rilevanza sociale, cioè sia idoneo a sviluppare un’utilità sociale riconosciuta; cfr. **PALIERO**, *Consenso sociale e diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, pag. 849.

⁶⁰ Si confronti, **ALESSANDRI**, *Parte generale*, in Pedrazzi-Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 1999.

⁶¹ Le teorie fondate sulla selezione razionale dei beni giuridici (cfr. **PALIERO**, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, pag. 493) permettono di legittimare l’intervento del diritto penale al fine di reprimere la criminalità economica; contrarie, infatti, a tale intervento sono le teorie abolizionistiche che ritengono che vi sia il rischio che degli innocenti vengano puniti (cfr. **STELLA**, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. trim. pen. ec., 1998, pag. 459).

⁶² Tali beni strumentali esigono l’intervento di un controllo di tipo amministrativo in quanto non meritevoli di tutela penale per il principio di sussidiarietà (su base realistica, cioè basata sul rispetto della dicotomia garanzia e effettività attraverso un’analisi in concreto di costi e benefici della sanzione). Una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, datata 19 dicembre 1983, ha legittimato l’impiego

rappresenta uno strumento per la salvaguardia di interessi ulteriori, costituenti l'obiettivo finale di tutela perseguito dal legislatore; (ad esempio, in relazione al bene finale di tutela dell'efficienza del mercato sussiste l'esigenza della trasparenza dell'informazione).

L'intervento sanzionatorio deve così realizzarsi all'interno dei tre macrosettori criminologici in cui l'impresa può tendere a delinquere: nell'ambito dei rapporti disciplinati dal diritto societario (di cui destinatari privilegiati sono i soci e i creditori), all'interno dell'attività produttiva di beni materiali in senso stretto (dove i beni giuridici che esigono tutela sono quelli collettivi quali, ad esempio, l'ambiente) ed, infine, all'interno della produzione di servizi (ove la struttura societaria entra in sinergia con la pubblica amministrazione). Di conseguenza si rileva come l'organizzazione criminale sia permeata da un autonomo disvalore che prescinde dalle condotte dei suoi membri.

In seguito all'avvento dell'analisi economica e grazie al confronto con gli ordinamenti di *Common law*⁶³, alcuni esponenti delle scienze economiche e giuridiche mostrano come le organizzazioni possano palesare una volontà propria ed indipendente da tutte le scelte dei singoli soggetti fisici e, perciò, ad esse riconducibile; (come sopra esposto, si delinea, così, l'opportunità di approntare un sistema sanzionatorio per gli enti).

della sanzione amministrativa in tre ipotesi: a tutela di beni non di rango primario nel quadro della Costituzione, per reprimere aggressioni non gravi a beni giuridici, per reprimere aggressioni anche gravi, tutte le volte in cui la sanzione amministrativa sia in grado di svolgere azione di prevenzione generale e speciale, non meno efficace di quella che potrebbe essere assicurata dalla sanzione penale, su una valutazione costi-benefici.

Nell'ambito della criminalità d'impresa tale schema descrittivo di legittimazione d'uso è difficile da applicare a causa di una impervia individuazione di una gerarchia di beni giuridici da proteggere; cfr. **PALIERO**, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1993, pag. 1021.

⁶³ Cfr. **TIEDEMANN**, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 615.

La teoria contrattuale⁶⁴ (c.d. *Nexus of Contract*) innova lo studio del fenomeno associativo ricostruendo la persona giuridica come un'entità fisicamente non diversa dai soggetti che la compongono (i quali orientano le loro scelte comportamentali al fine della massimizzazione dell'utilità), anche se accorda alla stessa una personalità reale costituita dalla vincolatività delle promesse che genera un flusso decisionale a tal punto strutturato da non coincidere con quello di nessun associato. L'ente, infatti, viene interpretato come una micro società basata sulla collaborazione reciproca e sul rispetto delle dinamiche interne: tutto ciò fornisce alle persone fisiche operanti un risparmio in termini contrattuali e post contrattuali, legati alla necessità di fornire vincolatività alle promesse.

Da tale premessa discende il rilievo per cui le organizzazioni sono costituite da una fitta rete di contratti, per la maggior parte impliciti, a tal punto coesi fra loro da generare una costruzione vincolante per il singolo aderente, nonché unitaria se vista dall'esterno.

In seguito è Becker⁶⁵ che si occupa di estendere il Teorema di Coase all'ambito penalistico e che giustifica la tendenza a delinquere dei membri dell'organizzazione non come un'inclinazione, ma in base all'utile atteso che risulta maggiore dell'utile che potrebbe essere realizzato impiegando tempo e risorse di tipo diverso per altre attività.

La suddetta tesi, secondo la quale la persona giuridica ed i suoi membri costituiscono soggetti attivi distinti, viene anche sostenuta, sulla base di diverse argomentazioni, anche dai precursori delle teorie managerialiste⁶⁶ che, analizzando la

⁶⁴ Il fenomeno inizia con l'intuizione di COASE, *The Problem of Social Cost*, in *J. of Law and Economics*, 1960, pag. 1.

⁶⁵ Cfr. BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journ. of Pol. Econ.*, 1968.

⁶⁶ Cfr. AA. VV., *Economia*, Torino, 2004.

struttura dell'organizzazione aziendale delle moderne società di grandi dimensioni⁶⁷, individuano come sussista una netta separazione tra proprietà e controllo.

La proprietà appartiene, infatti, ad azionisti, quali detentori del capitale suddiviso in quote, interessati esclusivamente all'ottenimento di un profitto. Il controllo, invece, appartiene a *managers* che possono essere indotti a prendere in considerazione la partecipazione della società ad attività illecite per il conseguimento di obiettivi che sono loro propri personali; (ad esempio, i *managers* tendono a delinquere in quanto preoccupati di poter essere licenziati e la possibilità di licenziamento viene percepita come concreta rispetto al rischio di una condanna penale).

Necessaria è una distinzione tra *managers* di livello più elevato da quelli di livello inferiore in quanto più esposti alla pressione gerarchica dell'impresa (ad esempio, fissare degli obiettivi da cui dipendono eventuali promozioni spesso costituisce uno stimolo criminogeno). Di conseguenza è possibile che il dipendente si “nasconda” dietro l'organizzazione dell'impresa per non essere identificato oppure che la complessità organizzativa di quest'ultima renda molto difficile attribuire ad un determinato subordinato la responsabilità di un comportamento rilevante. In tali casi vige in capo all'impresa un dovere di vigilare sul comportamento del proprio lavoratore e, divenendo oggetto diretto della responsabilità penale, l'impresa è motivata a evitare tale responsabilità intervenendo sul comportamento dei propri dipendenti.

⁶⁷ In Italia la grande impresa industriale sorge alla fine dell'Ottocento in seguito all'avvento della seconda rivoluzione industriale caratterizzata da un insieme di innovazioni: sviluppo tecnologico e triplice investimento. Le opportunità della tecnologia, infatti, vengono colte attraverso un investimento in impianti che sfruttano al meglio le economie di scala (cioè l'insieme dei risparmi che in un'azienda si ottengono quando, per le sue dimensioni ottimali, i costi globali di produzione crescono meno rispetto all'aumento della quantità di prodotto); nell'unione di produzione e distribuzione all'interno della stessa impresa; infine nella creazione di una estesa rete manageriale in grado di sovrintendere all'intero processo aziendale e di coordinarlo; cfr. **AMATORI**, *La grande impresa*, in Storia d'Italia. Annali, vol. XV, L'industria, Torino, 1999, pag. 691.

L'impresa può così essere definita non solo come un'organizzazione guidata da una razionalità strumentale (il perseguimento del profitto), ma anche come un'associazione di uomini uniti sia da rapporti contrattuali che da rapporti di "status" ed, in quanto organizzazione-associazione si costituisce come un attore che occupa una posizione intermedia tra Stato e cittadino⁶⁸.

Il reato d'impresa consiste così in una manifestazione di una "organizzazione" che ha una sua personalità ed una sua colpevolezza, e si muove secondo logiche autonome rispetto a quelle delle persone fisiche che operano al suo interno.

2 I modelli di attribuzione della responsabilità ai membri dell'organizzazione

Il problema fondamentale del diritto penale dell'impresa è quello dell'individuazione dei suoi destinatari data sia dalla caratteristica dell'organizzazione⁶⁹, quale modalità di utilizzazione dei saperi, sia dall'imprescindibile esigenza di divisione dei compiti in relazione a competenze tecniche specifiche; tale necessità corrisponde, soprattutto nelle grandi imprese, a modelli organizzativi assai articolati e complessi, con frammentazione delle responsabilità e conseguente spersonalizzazione dell'autore di reato⁷⁰.

⁶⁸ Tale definizione legittima anche il riconoscimento di una responsabilità sociale dell'impresa che origina, infatti, dalla consapevolezza che l'andamento dell'impresa, sia in termini di sviluppo produttivo che di capacità di generare profitto e di distribuire ricchezza dipende sempre più dall'azione sinergica tra l'impresa stessa e gli "stakeholder" (quali, ad esempio, gli investitori ed i consumatori); cfr. **DE LEONARDIS**, *L'impresa sociale*, Milano, 1994.

⁶⁹ Un autorevole giurista, D'Alessandro, sosteneva che per individuare i soggetti responsabili all'interno della società fosse necessaria un'operazione "di traduzione", cioè un'interpretazione del precetto attraverso l'organizzazione. Egli riteneva che l'autonormazione fosse il presupposto dell'organizzazione; cfr. **D'ALESSANDRO**, *Scritti di Floriano D'Alessandro*, Milano, 1997.

⁷⁰ In tal senso la dottrina puntualizza: "alla radice di questi problemi, nel diritto penale dell'impresa, sta per un verso la spersonalizzazione che caratterizza la divisione dei ruoli e responsabilità in strutture organizzative complesse, e per un altro verso un dato di carattere normativo; i precetti penalmente sanzionati, attinenti ad attività di impresa hanno di regola come destinatari una cerchia selezionata di

Occorre, in proposito, distinguere le fattispecie commissive da quelle omissive. Rispetto alle prime si applica il principio generale per cui dei reati d'azione rispondono i soggetti che concretamente li hanno posti in essere (salvo che non vi siano obblighi di vigilanza a carico di altri soggetti). Il problema in ordine a tali reati è rappresentato dalla difficoltà di attribuire la responsabilità all'ispiratore del fatto da reato. Sorge il rischio così della mancanza della possibilità di punire oppure di un eccessivo ricorso all'istituto del concorso di persone nel reato⁷¹. Tale fattispecie è basata sul presupposto dogmatico dell'equiparazione dei contributi causali⁷². Il legislatore si è basato sul principio che tutti i partecipi pongono un contributo causale necessario ai fini del verificarsi dell'evento e di conseguenza vi è equivalenza tra coloro che cooperano nel reato. Il limite di tale

soggetti, portatori di ruoli particolari all'interno e, soprattutto, al vertice dell'impresa"; cfr. **PULITANÒ**, *Il problema dei soggetti nel diritto penale dell'impresa*, in Soc. e dir., 1992, pag. 46.

⁷¹ L'art. 110 c.p. così recita: "Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti". Il fenomeno in questione viene chiamato concorso eventuale, per differenziarlo dal concorso necessario ove è la stessa legge che richiede una pluralità di agenti per l'esistenza del reato. Tale reato è chiamato plurisoggettivo per distinguerlo dal reato monosoggettivo che prevede solo una forma eventuale di realizzazione plurisoggettiva di un reato originariamente concepito in astratto come monosoggettivo. L'ampio "genus" del reato plurisoggettivo, altresì, ricomprende due distinte "species": i reati plurisoggettivi propri o in senso stretto, in cui risultano espressamente puniti dalla stessa norma di parte speciale tutti i soggetti la cui condotta è necessaria per la stessa esistenza del fatto materiale tipico (ad esempio, l'associazione per delinquere) e i reati plurisoggettivi impropri o in senso ampio, in cui risultano espressamente puniti soltanto uno o taluni dei soggetti, la cui condotta è necessaria per l'esistenza del fatto tipico (ad esempio, la vendita di prodotti industriali con segni mendaci). In particolare, però, è necessario sottolineare che in ordine alla suddetta nozione di reato plurisoggettivo persiste un contrasto sia sulle modalità di individuazione delle ipotesi riconducibili alla categoria sia in ordine alla disciplina concretamente applicabile in quanto sussiste il problema nodale della punibilità o meno, a titolo di concorso eventuale, del soggetto, la cui condotta, pur prevista (esplicitamente o implicitamente), non è espressamente sanzionata dalla norma di parte speciale (ad esempio, la "ricezione" del pagamento da parte del creditore favorito nella bancarotta preferenziale); cfr. **GRASSO**, *Pre-Art. 110*, in Romano, Grasso, Commentario sistematico del codice penale, Milano, 1990.

⁷² L'art. 110 c.p. è espressione del c.d. "modello unitario causale" (di cui se ne ritrova un analogo esempio solo nel codice norvegese e nella disciplina dell'illecito amministrativo del 1968 in Germania) che sembra aver eliso l'articolazione delle figure dei partecipi equiparando il trattamento sanzionatorio per ogni concorrente (in realtà un'eccezione è costituita dall'art. 115 c.p. che prevede la figura dell'istigatore e dall'art. 114 c.p. che prevede una circostanza attenuante nel caso di un contributo di "minima importanza"). Tale scelta ha fatto sì che, almeno dal punto di vista teorico, non vi fosse differenza tra i ruoli di autore, istigatore o complice attraverso l'accettazione di una concezione restrittiva di autore (è tale solo colui che pone in essere la fattispecie tipica in tutti i suoi momenti costitutivi) e il riconoscimento di una concezione estensiva della punibilità. In ordine all'antitesi concezione estensiva/concezione restrittiva e per il superamento di tale contrapposizione, si confronti **SEMINARA**, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

istituto è dato dal rilievo che nell'organizzazione dell'impresa è difficile che si abbia tale equivalenza⁷³.

In ordine ai reati omissivi, invece, si rileva che un aiuto, ai fini dell'attribuzione della responsabilità ai membri dell'organizzazione, è dato dalla natura dei reati d'impresa quali reati propri, cioè che postulano nel soggetto attivo la titolarità di una determinata qualifica soggettiva (ad esempio, imprenditore, amministratore, direttore generale, sindaco)⁷⁴. Tale posizione personale del soggetto agente viene definita "di garanzia"⁷⁵ ai fini dell'affidamento a quest'ultimo della tutela dell'interesse protetto.

In particolare, l'ordinamento stabilisce uno specifico vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico. Il vincolo di tutela può consistere in una posizione di protezione o in una posizione di controllo a seconda che il garante debba preservare determinati beni da tutti i pericoli che ne minacciano l'integrità (ad esempio, la legislazione penale in tema di ambiente) ovvero debba neutralizzare solo determinate fonti di pericolo (ad esempio, gli obblighi gravanti sugli amministratori di società).

⁷³ In dottrina sono diverse le posizioni in ordine alla struttura ontologica della fattispecie del concorso di persone nel reato che si considera un modello tipico differente rispetto alla monosoggettività (in origine la forma del concorso di persone nel reato veniva considerata una "variante per eccesso" del modello base di reato quale fatto tipico antiggiuridico colpevole. Tale tesi è stata superata dalla dottrina più recente che riconosce diversi modelli di reato caratterizzati da una differente struttura del fatto tipico. A priori però si individua un "ideal-tipo" prevalente, il fatto tipico consumato monosoggettivo, rispetto al quale sussistono "modelli strutturali che fanno eccezione"; in tal senso, **PALIERO**, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, pag. 1225).

⁷⁴ Si confronti, **ALESSANDRI**, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in Dig. disc. pen., vol. VI, Torino, 1992, pag. 201.

⁷⁵ Nella fattispecie in astratto del reato omissivo improprio (in quanto carente di una previsione legislativa espressa e consistente nella violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base) l'omittente assume il ruolo di garante della salvaguardia del bene protetto. La teoria dei garanti (c.d. teoria funzionale, in opposizione alla tradizionale teoria formale) distingue due categorie di posizioni di garanzia le quali comportano entrambe una sfera di signoria nei confronti del processo che può produrre un evento dannoso: gli obblighi di protezione e di controllo. Gli obblighi di protezione hanno riguardo ad alcuni beni giuridici che il garante deve tutelare "in toto", mentre la posizione di controllo implica la signoria su una fonte di pericoli da cui i terzi difficilmente potrebbero essere in grado di proteggersi; cfr. **MARINUCCI, DOLCINI**, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.

Tale posizione di garanzia va interpretata in chiave funzionale nel senso che soggetto attivo del reato è chiunque si trovi ad esercitare in concreto le funzioni corrispondenti alla qualifica normativa esplicitamente indicata anche se si tratta di soggetto formalmente sprovvisto di essa. Siffatto atteggiamento interpretativo trova conferma nell'art. 2639 c.c. (come modificato dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61), che in materia di reati societari equipara investitura formale ed esercizio di fatto delle funzioni.

Di conseguenza, il soggetto agente risponde per l'illecito commesso nell'attività collegiale, se, violando propri doveri e non esercitando poteri a lui spettanti, non si attiva per indirizzare quest'ultima nel senso della piena tutela del bene, anche a correzione o impedimento dell'attività illecita che i colleghi stanno portando a compimento. In tale caso si applica l'art. 40, II c., c.p. (che recita: "non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo") in quanto l'ordinamento impone al singolo la gestione dell'attività, quale fattore essenziale della tutela cui l'atto è preposto, con la conseguente sanzione per ogni inerzia che elude la funzione.

In astratto le condizioni ai fini dell'applicazione dell'art. 40, II c., c.p. sono l'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento e la verifica che l'azione dovuta e non tenuta avrebbe impedito l'evento. In ordine a tale condizione, la causalità omissiva non può essere presunta, ma deve essere accertata tramite un giudizio ipotetico che, partendo dall'evento, lo suppone mentalmente cagionato ove si accerti che esso, senza l'omissione colpevole, non si sarebbe verificato⁷⁶.

Sorge così la necessità di accertare se la condotta di chi esercita il potere direttivo non si risolva in un qualunque modo in un contributo anche al singolo evento cagionato

⁷⁶ In ordine ad un necessario elevato grado di credibilità razionale, quale criterio utile per sorreggere il giudizio controfattuale, idoneo ad affermare il nesso causale tra omissione ed evento si veda la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, pag. 610. In dottrina si confronti, (a cura di) **DE MAGLIE, SEMINARA**, *Scienza e causalità*, Padova, 2006.

dal dipendente, comportando la relativa responsabilità (in presenza dei corrispondenti presupposti psicologici)⁷⁷. Il superiore, invece, sarà esente da responsabilità in caso di un generico impulso dato dallo stesso all'organizzazione complessiva dell'impresa.

2.1 Il paradigma del trasferimento: l'imputazione individuale di un fenomeno collettivo

Strettamente connesso al problema, in precedenza evidenziato, di attribuzione della responsabilità ai membri dell'organizzazione è la difficoltà di individuazione che sorge nel caso in cui il soggetto, rivestito formalmente della particolare condizione personale, trasferisce ad altri, che formalmente non la rivestono, l'esercizio delle proprie funzioni tutelate dalla norma che prevede il reato proprio. Nel caso in cui, infatti, si realizzi un'inosservanza o abuso delle funzioni deferite deve stabilirsi su quali presupposti, ed in che misura, il trasferimento delle incombenze medesime implichi pure la trasposizione delle relative responsabilità penali del soggetto che abbia conferito l'incarico al soggetto che lo abbia ricevuto⁷⁸.

⁷⁷ Le considerazioni teoriche legate al concorso di persone non si fermano però ai sopra esposti aspetti; infatti, un'altra problematica rilevante, ed ancora aperta, è rappresentata dal nesso causale (cfr. **MAIWALD**, *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999). In molti casi, infatti, la teoria condizionalistica (nel senso che senza quel contributo il fatto di reato non sarebbe stato commesso) non è sufficiente a fondare la rilevanza concorsuale della condotta. In particolare, ad esempio, applicando tale tesi, non si può considerare concorrente chi abbia fornito un contributo non utilizzato nella commissione del reato, oppure diventa problematico l'accertamento della partecipazione c.d. psichica (come stabilire se in difetto di un certo incoraggiamento, il soggetto avrebbe commesso ugualmente il fatto?). Inoltre l'insufficienza della teoria condizionalistica si rileva attraverso un dato normativo: l'art. 114 c.p., prevedendo un'attenuante facoltativa per chi "abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato", ha quale presupposto che sia concorrente anche colui che non è stato causa del fatto in senso condizionalistico; cfr. **GUERRINI**, *Il contributo concorsuale di minima importanza (art. 114, I c., c.p.)*, Siena, 1995. Ulteriori problematiche sorgono in ambito del concorso in forma omissiva e una soluzione è proposta, come si illustrerà di seguito, attraverso la creazione di nuovi istituti del diritto penale moderno.

⁷⁸ Se, infatti, con la procura civilistica il vertice dell'impresa distribuisce i poteri ed i doveri ai vari soggetti, con la delega di funzioni il vertice ripartisce, invece, e definisce gli ambiti delle responsabilità penali che possono sorgere nello svolgimento dell'attività delegata; così **SCHETTINI**, *Responsabilità omissiva e delega di funzioni*, in *Giust. Pen.*, 1991, pag. 328.

In via preliminare è necessario distinguere l'incarico di esecuzione dall'istituto della delega di funzioni in quanto, con il primo, il titolare dell'obbligo giuridico affida ad un sottoposto dei compiti di mera attuazione delle proprie decisioni, mantenendo pienamente la propria posizione di garante e le responsabilità che ne derivano.

La delega di funzioni⁷⁹, quale adempimento mediante terzi, si caratterizza, invece, per l'attribuzione di autonomi poteri deliberativi ad un soggetto, il delegato, che non ne era originariamente titolare. Anche ove la delega risulti validamente rilasciata⁸⁰, tuttavia, si deve affrontare il problema di individuare i limiti dell'efficacia liberatoria della stessa.

Diverse tesi si sono sviluppate in ordine agli effetti della delega di funzioni.

Una posizione interpretativa formale⁸¹ sostiene, dal rilievo che i reati d'impresa sono frequentemente propri, che la qualifica soggettiva traduca la precisa volontà del legislatore di identificare, in colui che ne è formalmente titolare, il diretto destinatario degli obblighi e divieti penalmente rilevanti ad essa sottesi. Tale tesi afferma che la delega opera solo sul piano soggettivo della fattispecie. Di conseguenza, la delega non ha efficacia liberatoria in capo al delegante dell'obbligo di garanzia del bene giuridico tutelato che la legge gli impone in virtù della particolare posizione rivestita all'interno dell'ente in cui opera; invece, la stessa ha solo efficacia scusante, nel senso che si esclude la colpevolezza del delegante solo ove non sia ravvisabile una sua negligenza nel decentramento dei poteri e nell'adempimento dell'obbligo di vigilanza. In tale

⁷⁹ La delega di funzioni è un istituto di creazione giurisprudenziale. Si è dubitato inizialmente in ordine alla legittimità della stessa in quanto si considerava atto di autonomia privata, ma tale ostacolo è stato superato con l'emanazione del d.lgs. 626/94 in quanto contenente un elenco tassativo dei casi di non ammissibilità della delega. Un esempio è offerto dall'art. 4, I c., II c., IV c., lett. a), d.lgs. n. 626/1994 che rispettivamente prevedono tra i poteri non delegabili in materia di sicurezza sul lavoro: la valutazione generale del rischio per la sicurezza e la salute dei lavoratori in ambiente di lavoro, l'elaborazione e redazione del Piano per la sicurezza, la designazione del responsabile del servizio di prevenzione; cfr. VALENZANO, *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, pag. 987; Gutierrez, *Le deleghe di poteri*, Milano, 2004.

⁸⁰ Nel secondo capitolo si preciseranno gli otto requisiti necessari a legittimare la validità della delega che oggi la giurisprudenza individua.

⁸¹ Si confronti, PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983.

prospettiva si riconosce una responsabilità del delegato solo nella forma di un concorso del reato dell' "intraneus" (delegante).

L'evidente limite di tale tesi consiste nell'ignorare le dimensioni della realtà organizzativa della moderna impresa in cui certi comportamenti illeciti ben possono essere commessi da soggetti non delegati.

Un'altra tesi chiamata funzionale⁸², in quanto riconosce prevalenza al criterio dell'effettività, rileva che la responsabilità penale si individua a prescindere da qualsiasi qualifica ed in base a chi in concreto violi la norma penale. Tale indirizzo sostiene che il vincolo tra garante e bene protetto non discende da un elemento giuridico-formale, ma da una "situazione fattuale": lo svolgimento dei compiti e doveri che la qualifica sottende e la cui violazione contribuisce ad integrare le fattispecie di reato che vengono in rilievo. In tale prospettiva la delega di funzioni opera sul piano oggettivo della fattispecie, spostando la qualifica soggettiva della stessa. In particolare l'atto di trasferimento produce, al ricorrere di talune condizioni, un duplice effetto: da un lato costituisce in capo all'incaricato la posizione soggettiva tipica (efficacia costitutiva); dall'altro priva della stessa posizione il dante incarico, il quale viene così liberato della propria originaria responsabilità (efficacia liberatoria).

Il limite del suddetto orientamento è il riconoscere la responsabilità dell'autore materiale anche quando la sua condotta è il frutto di una più ampia politica dell'impresa e della quale egli è un mero esecutore.

Una tesi intermedia⁸³ rileva l'esistenza di un obbligo residuale non trasferibile che sussiste in capo al delegante. Il suddetto indirizzo ritiene, infatti, che il delegante, pur non potendosi liberare del ruolo di garante, abbia comunque la facoltà di creare,

⁸² In tal senso, **FIGLIOLA**, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.

⁸³ Cfr. **PULITANÒ**, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in Riv. giur. lav., 1985, pag. 3.

mediante delega, nuove posizioni di garanzia in capo ai propri collaboratori. Tale costruzione, comportando una specie di “distribuzione” della qualifica caratterizzante i reati propri (c.d. “teoria dell’imprenditore diffuso”) consente di fondare la responsabilità del delegato sulla fattispecie monosoggettiva di parte speciale, senza che occorra “creare” ipotesi di concorso di persone. Oltre la responsabilità del delegato, inoltre, può riconoscersi quella del delegante nel caso in cui lo stesso non adempia gli obblighi intrasferibili che debbono essere individuati in concreto, facendo riferimento ad adeguate figure di “agente modello”, così da evitare il rischio di forme di responsabilità oggettiva di posizione (che contrastano con il principio ex art. 27 Cost.). Di conseguenza il dante incarico conserva un ruolo determinante, in via principale, nella gestione organizzativa dell’impresa, con l’ulteriore obbligo di vigilare sull’adempimento dei compiti attribuiti al delegato; obbligo di cui la natura è ancora oggi oggetto di discussione⁸⁴.

In particolare una parte della dottrina⁸⁵ sostiene che sia necessario distinguere l’obbligo di garanzia dal mero obbligo di sorveglianza⁸⁶.

Ed invero, per obbligo di garanzia deve intendersi l’obbligo giuridico del soggetto, titolare dei necessari poteri, di impedire l’evento offensivo di beni affidati alla sua tutela, mentre per obbligo giuridico di sorveglianza deve intendersi l’obbligo dell’individuo che, privo dei necessari poteri impeditivi, è tenuto a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e ad informare il titolare o il garante del bene. In capo al titolare

⁸⁴ Tale profilo verrà sviluppato in seguito in ordine alla responsabilità collegiale.

⁸⁵ Cfr. **LEONCINI**, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; **MANTOVANI**, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, pag. 997.

⁸⁶ Una distinzione condivisibile è quella contenuta nel progetto di riforma del codice penale “Progetto Pagliaro” che prevede la punibilità dell’inadempimento dell’obbligo di sorveglianza solo nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 11). Inoltre, per la parte speciale, si prevede l’introduzione di una specifica fattispecie contravvenzionale di omessa sorveglianza con riferimento specifico all’attività di impresa (art. 114); cfr. **MAZZI**, *Prospettive di un nuovo codice penale. Analisi e valutazione dei contenuti del “Progetto” della Commissione Pagliaro*, in Dei delitti e delle pene, 1992, pag. 175.

dell'obbligo di sorveglianza, infatti, sussiste un potere-dovere di controllo sull'attività delle persone fisiche sorvegliate, cui non corrisponde, tuttavia, un equivalente potere-dovere giuridico di intervento sulla situazione di pericolo per il bene. Di conseguenza, in mancanza del potere giuridico "impeditivo" che legittima l'equiparazione legislativa tra la causalità omissiva e quella attiva, il suddetto obbligo di sorveglianza risulta irrilevante ai sensi dell'art. 40, II comma, c.p..

In conclusione, in ordine alla questione relativa alla permanenza di eventuali obblighi, di diversa natura in capo al delegante, allo stato attuale della legislazione, una responsabilità dello stesso potrebbe fondarsi solo su un obbligo desunto dal secondo comma dell'art. 40 c.p., come comportamento omissivo, o sulle norme che regolano il concorso di persone.

2.2 Il decentramento della responsabilità e i limiti dell'istituto della delega di funzioni dinanzi all'attuale dimensione dell'organizzazione d'impresa

2.2.1 L'istituto della delega di funzioni

Dopo aver trattato le "ragioni" della delega di funzioni, ivi, si pone l'attenzione riguardo alla necessità della stessa.

Alcune premesse sono necessarie.

La tipologia peculiare del diritto penale classico⁸⁷ è quella del reato monosoggettivo, commissivo, doloso e di evento. Invece, rispetto alle nuove costanti criminologiche, riferibili alle organizzazioni imprenditoriali complesse, diviene ordinaria la realizzazione plurisoggettiva del reato. Inoltre, in tale ambito diviene

⁸⁷ Tale locuzione viene usata per la prima volta, in contrapposizione a quella di diritto penale moderno da Winfried Hassemer; cfr. **HASSEMER**, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in ZRP, 1992, pag. 379. Analoga differenziazione per "idealtipi" (classico/moderno) di diritto penale è sviluppata in diversi contributi di **PALIERO**: *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, pag. 519; **ID.**, *L'autunno del patriarca*, cit., *passim*.

importante la necessità di enucleare posizioni di controllo delle fonti di pericolo insite nell'attività d'impresa. Tale necessità si fonda sull'importanza che il diritto penale moderno attribuisce alla prevenzione dei reati⁸⁸ e al modello di reato di pericolo⁸⁹. Si passa, infatti, da un diritto penale del fatto ad un diritto della pericolosità⁹⁰.

In via preliminare occorre delineare i fattori empirici che si oppongono alla concentrazione dei poteri decisionali.

In primo luogo, in costanza del crescere della complessità di organizzazione, è difficile per i soggetti apicali adempiere le loro funzioni dirette di controllo nonché trasmettere le informazioni utili. Inoltre gli stessi non sono in possesso del necessario *know-how* pertinente ai fini del buon andamento dell'attività d'impresa.

Si sottolinea, quindi, che la scomposizione di poteri e doveri, non solo è ammissibile, ma talvolta è anche doverosa, in quanto l'esclusività della posizione di garanzia in capo al vertice dell'impresa è limitativa delle possibilità di tutela, oltre che contrastante con la personalità della responsabilità penale. La dottrina aziendalistica rileva che il decentramento del potere decisionale è "principalmente utilizzato per rispondere più rapidamente ai cambiamenti ambientali e per migliorare la qualità delle

⁸⁸ Tale rilievo è stato uno degli oggetti di discussione del Convegno di Studi "*Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*" tenutosi a Como il 13-14 maggio 2005.

⁸⁹ La fattispecie si definisce "di pericolo" nel caso in cui comprende il rischio di potenzialità lesiva di un bene giuridico. Quindi il verificarsi di un danno è solo eventuale e non è parte della struttura della fattispecie.

⁹⁰ Uno dei primi casi che evidenzia la pericolosità delle nuove tecnologie, gestite dagli imprenditori non sempre con le cautele dovute, è rappresentato dall'incidente verificatosi nel luglio del 1976 a Seveso, presso lo stabilimento industriale della società "Icmesa". In particolare, accadde che, durante la pausa per il raffreddamento di un reattore, a causa della rottura di un disco di sicurezza, fuoriuscisse un forte getto di vapore bianco che formò una nube estesa composta da una sostanza nociva: la diossina. Tale nube, diffondendosi nell'ambiente circostante, provocò danni alle colture ed agli allevamenti, nonché lesioni alle persone. Nella specie non vi furono difficoltà a dimostrare l'accusa di disastro colposo (art. 449 c.p.) aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 3 c.p., per la previsione dell'evento. Piuttosto la sentenza della Corte di Cassazione Penale si distinse per l'attribuzione della responsabilità del fatto costitutivo di reato, non già al legale rappresentante della "Icmesa", ma al direttore tecnico di tale società. A sua volta egli non venne esonerato da tale responsabilità per effetto della delega di funzioni effettuata nei confronti dei responsabili dello stabilimento, in quanto si era ingerito di fatto nella gestione dello stesso ed era il soggetto più competente che doveva aver agito essendo in grado di prevedere l'evento; cfr. Cass. Pen., 23 maggio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, pag. 1250.

decisioni in quanto prese in quei punti della struttura in cui si ha una più completa consapevolezza della situazione da affrontare”⁹¹.

È frequente, così, nelle grandi e medie imprese, che il soggetto titolare delle funzioni proprie di determinate qualifiche, come quella di amministratore, ne deleghi l’esercizio ad altro soggetto sia socio sia collaboratore esterno⁹². In concreto la delega può limitarsi nell’ambito interno, come per esempio quando il consiglio di amministrazione deleghi alcune funzioni al comitato esecutivo, oppure ad uno o più consiglieri.

La delega esterna, invece, si ha quando il consiglio di amministrazione o l’amministratore delegato affida l’esecuzione di uno o più adempimenti determinati ad un dipendente o a un collaboratore esterno. In tale ambito sorge un interrogativo: se la delega di funzioni, consentita all’interno del consiglio di amministrazione entro limiti determinati (art. 2381 c.c.), oltre a costituire un motivo di esonero dalla responsabilità civile verso la società (art. 2392, I c., c.c.), escluda anche la responsabilità penale dei deleganti. A proposito della illustrazione di tale quesito si rinvia al paragrafo successivo.

2.2.2 La ripartizione della responsabilità penale tra garante *primario* e *secondario*.

Se da un lato il decentramento dei processi decisionali evita un eccessivo carico di flussi informativi in capo al delegante (spesso troppo lontano dalla fonte di rischio), i

⁹¹ Cfr. **RICCIUTI**, *Organizzazione aziendale. Aspetti e problemi di progettazione delle strutture*, Padova, 2003.

⁹² In ordine alla definizione di datore di lavoro all’interno delle società per azioni è utile una recente sentenza: “la nozione di datore di lavoro di cui al d.lgs. n. 626/94 non coincide con quella di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c., essendo possibile che specialmente nelle imprese di grandi dimensioni la responsabilità del singolo stabilimento gravi su un dirigente o un preposto. (...). Nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con l’amministratore unico, con l’amministratore delegato ovvero con un componente del consiglio di amministrazione o con il titolare dello stabilimento”; cfr. Cass. Pen., sez. III, 1 aprile 2005, *ISL*, 2005, pag. 461.

risvolti problematici legati all'istituto della delega di funzioni, però, si amplificano qualora si sia di fronte ad una struttura imprenditoriale complessa ove difficile è l'individuazione degli organi, titolari di poteri ed obblighi, che li renda passibili di responsabilità penali⁹³.

Un evidente limite della delega di funzioni all'interno dell'impresa di notevoli dimensioni risulta il rischio al ricorso della c.d. "subdelega" che si verifica nel caso in cui il soggetto delegato ("garante secondario") deleghi a sua volta un'altra persona (di pari o inferiore qualifica) a svolgere le mansioni trasferite. In tal caso il delegante ("garante primario") non può esercitare il potere di controllo⁹⁴ in ordine ai requisiti di idoneità tecnico-soggettiva del subdelegato e difficile diviene la ripartizione delle responsabilità penali in presenza di reati. Un sistema di deleghe mal gestito, infatti, comporta il mancato effettivo trasferimento di responsabilità da delegante a delegato. La giurisprudenza⁹⁵, ai fini di eludere tale rischio, ha elaborato otto requisiti necessari al fine di legittimare la validità della delega: le dimensioni dell'impresa devono essere tali da giustificare la necessità di decentrare compiti e responsabilità⁹⁶; il trasferimento di

⁹³ Cfr. **BRICOLA**, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. it. proc. pen., 1970, pag. 956.

⁹⁴ Riguardo all'obbligo di controllo in capo al delegante sulla gestione del soggetto delegato si confronti Cass., sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370, *CED*, 231076.

⁹⁵ Cfr. Cass. Pen., 3 aprile 1998, n. 4162, in *ISL*, 1998, pag. 350; Cass. Pen., 24 novembre 1997, n. 19671, *ivi*, 1998, pag. 45; Cass. Pen., 27 maggio 1996, n. 5242, in *Dir. prat. lav.*, 1996, pag. 1851.

⁹⁶ Da un lato una parte della giurisprudenza sostiene l'irrilevanza da un punto di vista penalistico dell'attribuzione di deleghe di funzioni in piccole realtà imprenditoriali ove l'organo dirigente non ha difficoltà ad esercitare direttamente la funzione di vigilanza sui propri sottoposti, mentre da un altro una diversa posizione interpretativa in giurisprudenza, avallata dalla dottrina, riconosce che anche nelle realtà di piccole dimensioni si ricerca all'esterno della struttura produttiva quella competenza tecnica che manca all'interno. In particolare, in giurisprudenza: "Questa Corte Suprema aveva inizialmente affermato che tra i presupposti di validità del trasferimento di funzioni vi fosse quello, di natura oggettiva, relativo alle notevoli dimensioni dell'impresa, tali da giustificare la necessità di decentrare compiti e responsabilità. Successivamente, però, ha ammesso la possibilità di delega anche in mancanza di notevoli dimensioni dell'impresa, svincolando la valutazione di necessità oggettiva dal dato puramente quantitativo e ricollegandola, invece, a caratteristiche qualitative dell'organizzazione aziendale. Ed al riguardo una condivisibile dottrina ha evidenziato l'irragionevolezza del requisito in esame, facendo richiamo agli innumerevoli adempimenti tecnici ed amministrativi connessi alla direzione delle imprese moderne, che risultano identici quali che sia la dimensione dell'impresa ed alla circostanza che anche nelle aziende di dimensioni modeste può accadere che l'imprenditore individuale (o gli amministratori, se si tratta di

poteri deve essere effettivo e attribuire al delegato autonomia decisionale e di spesa⁹⁷; la delega deve essere conferita in base a ineludibili norme interne o disposizioni statuarie, con adeguata pubblicità delle medesime; il contenuto della stessa deve essere specifico; il delegato deve possedere idonea capacità tecnica⁹⁸; il delegante non deve ingerire

società) non siano in grado o non ritengano opportuno svolgere personalmente tutti gli adempimenti loro imposti dalla legge. Con il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, novellato poi dal d.lgs. 19.3.1996, n. 242, del resto, il legislatore ha conferito dignità normativa allo strumento della delega di funzioni ed indirettamente ha escluso che le dimensioni aziendali influiscano sulla validità del trasferimento: la novella del 1996, infatti, introducendo nell'art. 1 il comma 4 ter, ha indicato specificamente gli adempimenti non delegabili dal datore di lavoro, riconoscendo implicitamente e a contrario la delegabilità degli altri senza alcun riferimento al dato dimensionale”; cfr. Cass. Pen., 15 luglio 2005, n. 26122 in *Dir. pen. proc.*, 2005, pag. 1237.

In dottrina si confronti **PERRONE**, *Le strutture organizzative d'impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, pag. 482.

⁹⁷ “La particolare realtà della situazione delle imprese impone che sia fatto il massimo sforzo per accertare la effettiva situazione di responsabilità all'interno delle posizioni di vertice, per individuare i soggetti responsabili in coloro cui i compiti di prevenzione sono concretamente affidati con la predisposizione e l'attribuzione dei correlativi, necessari, poteri per adempierli. Come da più parti è stato osservato, la ripartizione delle mansioni all'interno degli organismi complessi rappresenta una necessità oggettiva imposta dalla stessa organizzazione aziendale, che non può essere negata per la difficoltà di ricostruire la situazione esistente e individuare così il soggetto responsabile; il principio di personalità della responsabilità penale impone all'interprete di compiere ogni sforzo per adeguare la realtà di fatto a quella normativa, evitando ovviamente di pervenire a soluzioni che, considerando legittima ogni delega, svuotino di contenuto l'obbligo di prevenzione normativamente imposto. (...) L'identificazione della persona responsabile deve avvenire con riferimento ai compiti attribuiti e alle mansioni svolte in concreto”; cfr. Cass. Pen., sez. IV, 26 aprile 2000, n. 7402, in *ISL*, 2003, pag. 650; nello stesso senso, in ordine all'individuazione della condotta penalmente rilevante, Cass. Pen., sez. III, 14 giugno 2005, in *Giust. Pen.*, 2006, pag. 587.

⁹⁸ “Il delegato deve essere dotato di idoneità tecnica, in modo che possa esercitare la responsabilità con la dovuta professionalità”; cfr. Cass. Pen., sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931, in *ISL*, 2003, pag. 650.

Interessante una recente sentenza che stabilisce che, ai fini della validità della delega, il delegato possieda un livello di competenza pari a quello richiesto al soggetto originariamente configurato come garante degli interessi protetti: “Ai fini dell'esonero da responsabilità dell'imprenditore o del titolare del potere di gestione dell'impresa sociale non è necessario che il delegato sia dotato di capacità tecnica, intesa in senso specialistico, in quanto non vi sono ragioni per esigere che questi abbia una competenza diversa e superiore rispetto a quella che il legislatore presuppone nel soggetto originariamente destinatario del precetto penale, essendo, invece, sufficiente che il delegato, sia dotato di effettiva autonomia gestionale e finanziaria così da evitare deleghe meramente apparenti”; cfr. Cass. Pen., 3 agosto 2000 in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, pag. 417.

nell'attività del delegato⁹⁹; infine il delegante non deve essere a conoscenza di negligenza o di sopravvenuta inidoneità del delegato (assenza di segnali d'allarme)¹⁰⁰.

Si rileva come il requisito della forma scritta non sia incluso nel suddetto elenco e ciò è giustificato dall'adesione all'orientamento che prospetta il principio di libertà di forma¹⁰¹.

Di conseguenza si pone una presunzione (relativa, in quanto si richiede comunque un contenuto certo e specifico) in merito alla sussistenza della delega di funzioni riferita esclusivamente al conferimento di un vero e proprio incarico di funzioni, che non lasci residuare, se non a titolo diverso da quello di garante, alcuna responsabilità sul soggetto. Tale presunzione, oltre a rendere effettiva la tesi intermedia in ordine agli effetti della delega di funzioni¹⁰², rende operativo il secondo comma dell'art. 27 Cost. che stabilisce una presunzione generale in favore dell'imputato; (ci si chiede, però, se il nostro diritto processuale sia adeguato a sostenere tale presunzione).

⁹⁹ “Fra le condizioni richieste dalla giurisprudenza consolidata del Supremo Collegio per la validità ed efficacia del subentro, per mezzo di delega espressa, del delegato nella posizione di garanzia che fa capo al datore di lavoro (...) rileva l'assenza di concreta ingerenza del delegante nelle mansioni delegate, fermo restando l'obbligo del delegante di vigilare e controllare che il delegato usi concretamente la delega in ossequio alla normativa vigente”; cfr. Cass. Pen., sez. IV, 24 giugno 2005 n. 23729, in **SOPRANI**, *Obblighi del datore di lavoro e imprudenza del lavoratore*, in *ISL*, 2005, pag. 677.

¹⁰⁰ “Pertanto, in tutte le imprese, occorrerà accertare la mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato, articolata in differenti modalità, dalla richiesta di intervento o di maggiori disponibilità finanziarie da parte di quest'ultimo all'omesso controllo circa la persistenza delle condizioni che avevano giustificato in origine l'affidamento”; cfr. Cass. Pen., sez. III, 23 giugno 2004, n. 28126, in *ISL*, 2003, pag. 650.

¹⁰¹ Tale orientamento si è sviluppato in giurisprudenza; cfr. Cass. Pen., 26 aprile 2000, in *Cass. Pen.*, 2001, pag. 1321; Cass. Pen., 8 marzo 1995, in *Mass. giur. lav.*, 1995, pag. 634.

In particolare: “In tema di individuazione delle responsabilità penali nelle strutture complesse, la necessità che la delega di funzioni da parte dei vertici aziendali ai soggetti preposti debba avere forma espressa e contenuto chiaro non comporta la necessità della forma scritta, richiesta nel solo settore pubblico, atteso che solo in campo amministrativo sussiste l'esigenza di una formalizzazione dei rapporti organizzativi all'interno della struttura”; cfr. Cass. Pen., sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 39268, in **MORRONE**, *Obblighi di sicurezza nella pubblica amministrazione e delega di funzioni*, in *Il Lavoro nella giur.*, 2005, pag. 37.

¹⁰² La suddetta tendenza ad aderire alla tesi che riconosce l'importanza di un'indagine in concreto in ordine all'effettivo trasferimento di funzioni si riscontra anche in una sentenza della Corte Costituzionale, n. 198/1982 che, pur rigettando la questione di incostituzionalità sollevata relativa all'art. 57 c.p., riconosce che, soprattutto in ambito di imprese di ampie dimensioni, la responsabilità del direttore può essere esclusa al ricorrere di alcune cause di esclusione del reato (caso fortuito, forza maggiore o errore invincibile); si confronti, **VALENZANO**, *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, pag. 987.

Purtroppo la tassativa necessità di una valida delega non elude un ulteriore difetto della stessa nell'ambito delle organizzazioni di notevoli dimensioni ed in particolare in quelle di tipo divisionale, cioè comprendenti diverse unità operative raggruppate in base al mercato e che non costituiscono un gruppo di imprese indipendenti. Le singole divisioni, infatti, sono sempre legate con diversa intensità alla direzione centrale che conserva compiti di coordinamento e valutazione dell'operato delle stesse. Sorge, così, il rischio che nasca una presunzione di delega (e conseguente responsabilità) in capo ai direttori delle singole divisioni, contrastante con la reale distribuzione dei poteri decisionali nell'organizzazione. Ad esempio, infatti, a causa dell'eccessivo carico di lavoro in capo ai suddetti responsabili, è possibile che i poteri necessari a prevenire l'evento lesivo verificatosi in concreto siano detenuti da soggetti sottoposti al responsabile divisionale.

Si deve così applicare il criterio sostanziale tenendo conto dell'attività dei singoli come flusso costante di relazioni, informazioni e prescrizioni (senza fermarsi al disegno formale dell'organigramma aziendale poiché spesso definito in modo diverso da quanto è prassi in azienda)¹⁰³. Si dimostra, di conseguenza, la debolezza della teoria formale, sopra esposta, che ritiene il delegante responsabile delle proprie scelte sulla sola base della carica sociale formalmente ricoperta. Altresì la giurisprudenza ha aderito alla tesi intermedia sopra indicata (che evidenzia tale limite) e nell'individuazione delle persone responsabili della mancata attuazione delle misure di prevenzione degli infortuni, ha dato rilievo, piuttosto che alla qualificazione giuridica dei rapporti esistenti tra i diversi soggetti che si inseriscono nel ciclo produttivo (ad esempio, il legale rappresentante), ad altri fattori sintomatici, quali l'organizzazione d'impresa, la struttura degli impianti e la

¹⁰³ Cfr. **BONAZZI**, *Dire, fare, pensare. Decisioni e creazione di senso nelle organizzazioni*, Milano, 1999.

ripartizione concreta dei compiti, sia pure tenendo conto delle norme, regolamenti o statuti che governano i singoli enti o le singole imprese¹⁰⁴.

La Corte di Cassazione, infatti, ha chiarito che la responsabilità del soggetto in posizione apicale è inerente “all’esercizio dell’attività d’impresa in quanto tale, e non allo svolgimento di attività professionalmente qualificate, nel senso che richiedano conoscenze tecniche e scientifiche di tipo specialistico”¹⁰⁵. Il soggetto apicale, quindi, ha la responsabilità di direzione dell’impresa e il soggetto apicale modello è un soggetto che ha conoscenze adeguate alla direzione dell’impresa (lo stesso dicasi per il delegato del soggetto al vertice).

Una conoscenza, invece, tecnica viene richiesta in capo ai soggetti che, nella ripartizione dei compiti, siano tenuti a svolgere specifiche funzioni.

In conclusione, però, anche la disciplina della delega di funzioni non porta ad esiti certi, in quanto le preoccupazioni sostanziali sono rappresentate dal rischio che la distribuzione delle responsabilità possa degenerare “in mera dispersione di esse oppure nell’iniquo esonero del vero responsabile con accollo a puri capi espiatori”¹⁰⁶.

Il problema dei “soggetti responsabili” si intreccia così con quello dei “presupposti soggettivi” della responsabilità: si tratta di determinare le condizioni nelle quali il verificarsi di eventi penalmente sanzionati possa essere attribuito a colpa del soggetto

¹⁰⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 364.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. Pen., 2 marzo 2000, in *Riv. pen.*, 2000, pag. 904; Cass. Pen., 3 agosto 2000, in *Foro it.*, 2001, pag. 357.

¹⁰⁶ Cfr. **IORELLA**, *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in Conti, *Il diritto penale dell’impresa*, Padova, 2001, pag. 95. In tal senso in giurisprudenza si è statuito che non è legittima l’esclusione della responsabilità in capo al datore di lavoro per infortuni sul lavoro in base solo alla prova dell’esistenza di una delega di funzioni che abbia provveduto a designare un responsabile del servizio prevenzione e protezione; cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 10 novembre 2005, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it.

indicato dalla legge come garante, evitando presunzioni od automatismi nell'attribuzione di colpe¹⁰⁷.

3 La responsabilità collettiva tra profili prasseologici e di politica del diritto

3.1 Il reato commesso mediante atto collegiale: brevi cenni e rinvio

I risultati dell'indagine sopra esposta rilevano come il reato d'impresa, esempio di illecito penale di rischio¹⁰⁸, sia caratterizzato soprattutto da una "dominante

¹⁰⁷ In giurisprudenza una recente posizione interpretativa riconosce l'importanza, in relazione alla fattispecie di lesioni colpose da infortunio sul lavoro, ai fini dell'identificazione della persona responsabile, della delimitazione dei singoli obblighi di garanzia, in base alla "realtà effettiva" e prescindendo anche dal formale atto di delega; si confronti Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2005, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pag. 720.

¹⁰⁸ Negli stati occidentali, durante la seconda metà del XX secolo, il costituirsi di uno stato sociale maturo, insieme alla crescita industriale, hanno dato vita ad una nuova conflittualità sociale legata alla distribuzione dei rischi. Tale nuova modalità relazionale è determinata da due fattori, da un lato il livello raggiunto di produttività industriale consente di limitare e marginalizzare le situazioni di bisogno materiale e dall'altro, con la crescita delle forze produttive, si liberano rischi e potenziali autodistruttivi. Nella moderna società a sviluppo tecnologico avanzato così non appare più fondamentale incriminare chi ha "dato causa" a un processo lesivo (in particolare quando l'esecutore materiale è una mera pedina di un sistema più complesso), ma diviene centrale il rilievo di individuare i soggetti competenti per la neutralizzazione dei rischi derivanti da certe attività.

Le origini dell'idealtipo moderno hanno alla base tali premesse nonché altre di natura sociologica e politico criminale. La "società del rischio" è un modello tedesco macrosociologico, cioè finalizzato a spiegare come si configura la società nel suo complesso. Inoltre tale modello identifica la società industriale come una forma portata all'eccesso della società del rischio. I punti di continuità tra tali due società sono i processi tecnologici, mentre il punto di rottura è rappresentato dal fatto che, mentre nella società industriale la tecnologia produce benessere, nella società del rischio, invece, alla produzione di ricchezza si affianca la produzione di rischio. In particolare nel sistema produttivo della società moderna sono consentite anche tipi di attività astrattamente rischiose per le persone nella misura in cui rispondono ad un interesse meritevole di tutela e sono predisposte misure idonee a evitare che l'attività divenga, in concreto, produttiva di effetti dannosi per gli interessi protetti. Di conseguenza il discrimine tra rischio consentito e rischio illecito dipende da giudizi e bilanciamenti di valore che chiamano in causa competenze proprie del legislatore e da assunti fattuali relativi al grado di probabilità del verificarsi dell'evento lesivo ed all'entità del prevedibile danno.

I rischi, inoltre, sono considerati fattori di destabilizzazione collettiva; in particolare gli stessi si classificano in rischi involontari, rischi irreversibili (che danno origine a conseguenze difficilmente riparabili) ed in vizi occulti (che originano dall'applicazione tecnologica). Di conseguenza, la funzione del diritto penale si legittima in quanto interviene ad effettuare una gestione pubblica della vita collettiva veicolando il messaggio "della reazione". I rischi, infatti, rappresentano degli "input esterni" che irritano il sistema sociale creando così meccanismi di reazione.

Il diritto penale reagisce, pertanto, al rischio attraverso le sue categorie interne di parte generale. Si individuano altresì tre fasi: una di variazione in cui si moltiplicano le possibilità di reazione attraverso diverse letture del paradigma del nesso di causalità, un'altra di selezione ove si scelgono solo le soluzioni possibili ed infine, quella di utilizzabilità, ove le soluzioni possibili sono esclusivamente quelle conformi ai principi costituzionali; cfr. **BECK**, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

collettiva”¹⁰⁹ in cui si individuano tre forme di responsabilità: plurisoggettiva, collegiale e diretta dell’organizzazione. Si è già esaminato, altresì, come il diritto penale moderno renda compatibili con le suddette forme di responsabilità l’istituto del concorso di persone spiegato, però, nella sua versione unitaria causale¹¹⁰.

In ordine alla responsabilità plurisoggettiva, costituita da un collegamento funzionale tra più soggetti, infatti, si è rilevata la difficoltà di individuare la condotta principale sulla quale calibrare la rilevanza penale delle condotte atipiche.

Un’ulteriore complessità di tale ascrizione di responsabilità è rappresentata dal fatto che spesso essa si caratterizza come pluriesecuzione “collegiale”, “in cui il comportamento di ciascun soggetto non esaurisce l’azione o l’omissione, ma necessita dell’incontro con altri comportamenti identici con i quali si fonde nell’unicità della deliberazione”¹¹¹.

In particolare, in dottrina vige un dibattito in ordine alla definizione di reato collegiale. Un orientamento¹¹² ritiene tali illeciti criminosi quali quelli realizzati da persone già costituite dalla legge in collegio, come organo di una persona giuridica, pubblica o privata, nell’esercizio delle loro funzioni. Tale tesi è sostenuta da un’autorevole giurista¹¹³ che, classificando i reati collegiali come reati accordo, li ha definiti “reati plurisoggettivi a condotte omogenee e moventisi l’una verso l’altra”. Tali fattispecie richiedono tre requisiti: una fattispecie legale si deve riferire, nella propria

L’autore, altresì, sottolinea come le caratteristiche del rischio sono cambiate; infatti, mentre nel passato i pericoli potevano essere ricondotti ad uno sviluppo insufficiente, oggi, al contrario, i rischi sono la conseguenza dello sviluppo industriale eccessivo (sono un prodotto della modernizzazione).

¹⁰⁹ Si confronti, **PALIERO**, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, pag. 466.

¹¹⁰ Tale modello è caratterizzato dalla mancanza di ogni differenziazione descrittiva tra le varie figure dei concorrenti e per quanto riguarda la tipizzazione unitaria della fattispecie concorsuale, ad essa corrisponde una equiparazione di trattamento sanzionatorio sul piano delle previsioni edittali. (Si confronti il secondo paragrafo di questo capitolo).

¹¹¹ Cfr. **PIERGALLINI**, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

¹¹² Si confronti, **RENDE**, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, Bologna, 1948.

¹¹³ In tal senso, **GRISPIGNI**, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952.

descrizione, espressamente a più persone, la descrizione della fattispecie si deve riferire a più persone in quanto tenenti una determinata condotta e tale condotta deve figurare nella fattispecie come elemento costitutivo in senso stretto.

Una diversa tesi interpretativa¹¹⁴, invece, si oppone alla configurazione del reato collegiale in ordine al presupposto che non esistono reati nei quali la commissione, mediante atto collegiale, figuri nella fattispecie legale come elemento costitutivo. Esemplificando, se si esaminano, infatti, i reati degli amministratori, delineati dal codice civile (dopo la riforma ex d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61), si rileva che la realizzazione mediante atti collegiali non è requisito essenziale secondo le rispettive descrizioni normative (al massimo può configurarsi, solo in ambito civilistico, una responsabilità di natura collegiale¹¹⁵). La commissione del reato mediante atto collegiale non può essere ritenuta una caratteristica distintiva di una particolare categoria di fattispecie incriminatrici; si tratta, invece, di una modalità del concorso di più persone nello stesso reato.

3.1.1 L'ascrizione della responsabilità in capo agli amministratori: profili problematici

In concreto, quindi, a seguito delle sviluppate riflessioni, sorge una rilevante problematica riguardo al quesito se sia correttamente configurabile il concorso in forma omissiva, tutte le volte in cui l'amministratore di una società abbia consentito ad altri

¹¹⁴ In dottrina conformi sono le posizioni di **ANTOLISEI**, *Manuale di diritto penale: leggi complementari*, Milano, 2002; **LA MONICA**, *Diritto penale commerciale*, Milano, 1990; **DI AMATO**, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006; **CRESPI**, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1957, pag. 528.

¹¹⁵ In merito è opportuno citare una sentenza della Corte di Cassazione: “la responsabilità degli amministratori e sindaci, derivando dalla “mala gestio” del mandato collettivo agli stessi conferito, è responsabilità diretta, di carattere contrattuale, ma di natura collegiale; per cui gli amministratori ed i sindaci sono tenuti collegialmente e solidalmente a rispondere dei danni cagionati, per dolo o per colpa, nell'esecuzione del mandato”; cfr. Cass. Civ., 22 marzo 1947, n. 417, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 1950, pag. 32.

amministratori di perpetrare i delitti¹¹⁶, essendo sufficiente a legittimare l'imputazione solo la generica consapevolezza di tali reati.

A priori è necessario un rinvio ai principi di diritto civile (dopo la riforma del diritto societario ex d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) che statuiscono la responsabilità degli amministratori.

In particolare il primo e il secondo comma dell'art. 2392 c.c. recitano in tal senso: “gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

La legge di riforma¹¹⁷ ha abbandonato il precedente criterio della diligenza del mandatario e ha precisato lo standard di diligenza richiesto¹¹⁸. Nella specie si richiedono requisiti soggettivi e specifiche competenze; inoltre sembra che tale competenza richiesta sia di natura professionale.

¹¹⁶ Alcune disposizioni configurano reati commissivi propri di diverse categorie di organi societari, fra cui i sindaci e gli amministratori: false comunicazioni sociali, divulgazioni di notizie sociali riservate, prestiti e garanzie della società, manovre fraudolente sui titoli della società.

¹¹⁷ La riforma attuata attraverso il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha tra i propri obiettivi riconfermare e rafforzare i doveri di amministratori e sindaci; cfr. **AMBROSINI**, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, pag. 61.

¹¹⁸ Un ulteriore limite della disciplina precedente è rappresentato dal fatto che l'azione sociale era legittima solo previa deliberazione dell'assemblea, con lo svantaggio che, nel caso in cui la società aveva il bilancio in attivo, difficilmente si sanzionavano i suoi amministratori.

Ad esempio, l'amministratore, di professione commercialista od avvocato, che si dimentica di impugnare una delibera è responsabile in quanto in possesso di conoscenze idonee a prevenire tale omissione. Importante diviene anche la natura dell'incarico.

La scelta così consiste nel graduare il regime di responsabilità in funzione dello standard di diligenza che diviene parametro di specificazione della prestazione e individuazione della responsabilità. Gli amministratori, infatti, non essendo tenuti ad agire conseguendo uno specifico risultato¹¹⁹, ma adempiendo un'obbligazione di mezzi, devono rispettare solo dei parametri di correttezza¹²⁰. In particolare essi non garantiscono che alla loro azione consegua un vantaggio per la società, ma sono tenuti ad avviare delle iniziative¹²¹ che, valutate con professionale discernimento, possano produrre esiti favorevoli; se tale valutazione non viene effettuata e se essi superano il limite del rischio consapevolmente accettabile, prescindendo dalle regole di esperienza del settore di attività a cui appartengono, sono tenuti a risarcire il danno alla società¹²².

Un'ulteriore difficile interpretazione del dato normativo si riscontra in ordine al rapporto tra amministratori delegati¹²³ e deleganti in quanto è difficile pensare ad un'esclusione della responsabilità dei deleganti¹²⁴.

¹¹⁹ In base all'art. 2380-bis c.c. agli amministratori spetta in via esclusiva la gestione dell'impresa e ciò trova riscontro nella previsione di cui all'art. 2364, I c., n. 5, c.c., secondo la quale l'assemblea delibera sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori. Inoltre l'affermazione dell'amministratore di essere all'oscuro della gestione della società assume valenza confessoria della sua responsabilità; cfr. Cass. Civ., 25 gennaio 1999, n. 661, in *Mass. ann.*, 1999, pag. 156.

¹²⁰ Tale profilo non è completamente innovativo in quanto ha quale riflesso il parametro di diligenza professionale ex art. 1176 c.c.; cfr. **ANGELICI**, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

¹²¹ Gli obblighi in dottrina individuati in capo agli amministratori sono di due tipi: quelli specificamente posti da varie leggi o dallo statuto oppure quelli generali di diligenza e di perseguire l'interesse sociale, che indicano le modalità che gli amministratori devono seguire nel compiere un qualsiasi atto di gestione. Tali obblighi generali specificano la modalità cui gli amministratori sono tenuti nella gestione della società; cfr. **BONELLI**, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, pag. 620.

¹²² Cfr. Trib. Milano, 3 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, pag. 350.

¹²³ Il nuovo art. 2381 c.c., al quinto comma, impone degli obblighi in capo agli amministratori delegati che permettono di mettere in rilievo la posizione sostanzialmente diversa da quella degli amministratori senza delega. Gli organi delegati, altresì, sono tenuti ad agire nei limiti della delega, che molto spesso è globale,

In dottrina¹²⁵ si ritiene che, anche se non sussiste più il dovere di vigilanza sulla gestione dall'art. 2392, II c., c.c., rimanga un dovere di intervento in capo ai deleganti che potrebbe essere sanzionato in responsabilità in caso di inadempimento dello stesso. Tale assunto si giustifica in base all'art. 2381, VI c., c.c. il quale richiede che i deleganti agiscano in modo informato. Esemplificando, se il capitale sociale scende al di sotto del limite legale a causa di operazioni inadeguate, è difficile escludere un concorso dei deleganti. Un altro dato normativo a sostegno di un'estensione della responsabilità in capo agli amministratori deleganti è rappresentato dal terzo comma dell'art. 2381 c.c. che legittima il Consiglio di amministrazione ad avocare operazioni rientranti nella delega ammettendo così implicitamente che gli amministratori deleganti continuino ad essere titolari del dovere di vigilanza.

La dottrina¹²⁶ è propensa nel valutare favorevolmente le suddette prospettive sottolineando il fenomeno della pratica inesistenza della gestione collettiva del potere nelle grandi società e tenendo presente la concreta impossibilità per gli amministratori, nell'ambito di tali enti, di adempiere personalmente tutti i compiti loro assegnati¹²⁷. I requisiti di validità della delega, necessari perché essa dia origine a posizioni sostitutive di garanzia (mai assolute), sono non solo formali, in quanto l'atto deve rivestire la forma

e sono loro precluse solo quelle attribuzioni riservate per legge al collegio, quali, ad esempio, la redazione del bilancio o le operazioni di aumento del capitale.

¹²⁴ Risale all'ottocento la diffusa pratica di attribuire ad un singolo amministratore il compito di eseguire le deliberazioni consiliari con la conseguenza di spingere così il legislatore a disciplinare i presupposti e gli effetti della delega ancor prima dell'ambito delegabile. In ordine agli effetti sul piano della responsabilità, il legislatore del 1882 disponeva che gli amministratori non rispondessero in solido per i "doveri proprii esclusivamente di un ufficio determinato e personale" (art. 147, n. 5, cod. comm.). Dottrina e giurisprudenza concordavano nella applicabilità di tale norma alla fattispecie dell'amministrazione delegata con la precisazione che per la "culpa in eligendo e in vigilando" gli amministratori tornavano ad essere responsabili in solido; cfr. **MORI**, *Società anonima. Amministrazione*, Torino, 1897; in giurisprudenza, Trib. Genova, 26 maggio 1917, in *Temi gen.*, 1917, pag. 246.

¹²⁵ Si confronti, **BONELLI**, cit., *passim*.

¹²⁶ Cfr. **CAMPOBASSO**, *Diritto commerciale*, Torino, 2006.

¹²⁷ Un'ulteriore problematica è rappresentata dall'impossibilità di sindacare nel merito una scelta di un amministratore esecutivo; di conseguenza, è necessario valutare "ex ante" il rispetto dei criteri di diligenza; cfr. Cass. Civ., 22 giugno 1990, n. 6278, in *Società*, 1991, pag. 29; Cass. Civ., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, pag. 1389.

imposta dall'ordinamento societario, ma anche sostanziali, in quanto l'effetto traslativo delle funzioni e delle connesse responsabilità deve essere coerente con le regole che presiedono il predetto ordinamento e la persona del soggetto delegato deve essere idonea ad esercitare i poteri sostitutivi.

I suddetti principi, esposti sinteticamente, disciplinano la responsabilità civile dei componenti il consiglio di amministrazione della società per azioni.

Il quesito che sorge investe, quindi, la natura dei canoni ai quali deve uniformarsi l'interprete nell'ipotesi che il danno alla società fosse conseguenza della commissione di un reato.

In ambito penale la giurisprudenza¹²⁸ accoglie l'affermazione secondo la quale agli amministratori è attribuita dalla legge una posizione di garanzia fondata sui poteri e doveri che li mettono giuridicamente in condizione di impedire la commissione del fatto delittuoso. Di conseguenza si ritiene che l'art. 2392 c.c., benché riguardi una responsabilità civile, statuisca un principio di ordine generale secondo il quale si configura in capo agli amministratori un obbligo giuridico di impedire, non solo gli atti pregiudizievoli per la società, ma anche quelli lesivi degli interessi dei soci, creditori e terzi. In particolare tali atti pregiudizievoli sono quelli che derivano dalla rete di relazioni societarie la cui integrità è affidata dalla legge alle cure dell'organo amministrativo. Il contenuto della posizione di garanzia è così correlato ai poteri di agire che la legge attribuisce all'amministrazione, poteri che allo stesso tempo costituiscono il limite della posizione medesima in conformità del principio costituzionale di personalità

¹²⁸ Cfr. Cass. Pen., 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 828. Inoltre un autorevole interprete sottolinea che "amministrare non è soltanto esercitare un potere, ma anche adempiere ad un dovere"; cfr. **ALLEGRI**, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.

della responsabilità penale¹²⁹; infatti, solo ciò che è riferibile alla sfera di effettivo controllo del soggetto può costituire oggetto di rimprovero del medesimo.

E' utile, altresì, rilevare che i doveri degli amministratori non si prestano ad una classificazione analitica a causa della diversità della fonte da cui sorgono ed in quanto la responsabilità degli amministratori va accertata con i medesimi criteri¹³⁰.

La dottrina ha così individuato due fondamentali doveri a carattere generale: il dovere generale di diligenza e il divieto di agire in conflitto di interessi. Nel dovere di vigilanza ed in quello di eventuale intervento, infatti, non devono essere individuati obblighi nuovi, ma solo una specificazione del dovere di diligenza¹³¹.

Essendo, quindi, gli interessi in esame appartenenti alla categoria di quelli tutelati dalle norme penali societarie, è correttamente configurabile il concorso ex art. 40, II c., c.p.. La prova così necessaria a legittimare tale imputazione diviene la conoscenza del fatto pregiudizievole in quanto il dovere di vigilanza implica attenzione in ordine al generale andamento della gestione, onde promuovere la conoscenza di atti specifici, la quale costituisce il presupposto del dovere di intervento.

Risulta, però, difficile stabilire quando l'amministratore, soprattutto nell'organo pluripersonale, debba essere ritenuto responsabile per non aver intrapreso le doverose iniziative dirette ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli penalmente sanzionati, così come non è facile, neppure in concreto, valutare se le iniziative assunte costituiscano esatto adempimento degli obblighi di controllo posti a suo carico.

¹²⁹ In tal senso, **STELLA, PULITANÒ**, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1990, pag. 563. Gli autori sottolineano come, a differenza di quanto accade per gli amministratori, i poteri e i doveri di controllo non presentano un perimetro sovrapponibile a quelli gestori.

¹³⁰ Cfr. **FRANZONI**, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002.

¹³¹ Si confronti, **BARTALINI**, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000.

Nella specie, a proposito della difficoltà probatoria di un comportamento omissivo di rilievo penale in capo all'amministratore che in sede di consiglio esprime il suo dissenso, in dottrina e giurisprudenza¹³² si rivolge l'attenzione all'avvenuta promozione, o meno, del procedimento di impugnazione o di accertamento della nullità della delibera.

Al contrario, infatti, sarebbe illogico esonerare l'amministratore da responsabilità penale solo in ordine alla semplice manifestazione del suo dissenso. Allo stesso modo risulterebbe assurdo richiedere, per la punibilità del fatto, la prova del dolo, cioè pretendere che l'amministratore si sia rappresentato la condotta doverosa ed abbia rifiutato di realizzarla; infatti, ciò significherebbe l'impunità della maggior parte dei casi. Inoltre, anche se nei delitti si punisce solo il dolo di regola, seguendo l'insegnamento di Delitala¹³³, la punibilità della colpa può anche essere desunta dalla legge in via di interpretazione.

E' opportuno precisare che distinta è la posizione degli amministratori senza delega e dei sindaci (di cui si tratta, nello specifico, nel seguente paragrafo).

La motivazione del suddetto distinguo si evince dalla inedita sentenza "Bipop"¹³⁴, che verte su un fatto che trae origine dalla relazione ispettiva di Banca di Italia, redatta nell'anno 2002, la quale segnalava, nell'ambito della gestione del gruppo bancario "Bipop Carire", come nelle comunicazioni sociali fosse stata indebitamente omessa la contabilizzazione delle gestioni di patrimoni, assistite da anomale garanzie, assai rischiose per l'azienda di credito (ad esempio, rendimento minimo garantito con contestuale garanzia del capitale), le quali avevano cagionato ingenti perdite per l'istituto bancario ed avevano portato lo stesso in uno stato di crisi.

¹³² Cfr. **CARBONE**, *Panorama di giurisprudenza di legittimità*, in *Le Soc.*, 2006, pag. 579.

¹³³ Cfr. **DELITALA**, *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935.

¹³⁴ Cass. Pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23898 (inedita).

Riguardo al suddetto caso, il Gup presso il Tribunale di Brescia pronunciava sentenza di non luogo a procedere, nei confronti di alcuni amministratori privi di delega e dei sindaci, avverso la quale il P.m. interponeva ricorso per Cassazione. La pubblica accusa, infatti, eccepiva l'inosservanza della legge processuale ai sensi dell'art. 192 c.p.p., attesa la carente motivazione su punti rilevanti della decisione, in particolare, in merito all'asserita assenza di responsabilità per gli stessi soggetti apicali in ordine al concorso nella consumazione dei reati societari. Il ricorrente motivava in tal senso, riconoscendo una censurabile omessa iniziativa dei soggetti al vertice che aveva consentito di portare a compimento i fatti illeciti. Lo stesso sosteneva altresì un'errata lettura dell'art. 40, II c., c.p. riguardo la permanenza del dovere penalmente rilevante, anche a fronte del mutare della disciplina civilistica (soprattutto gli artt. 2392 e 2381 c.c.)¹³⁵.

I giudici di merito, al contrario, rigettavano il ricorso, ritenendo infondati i suddetti motivi.

Si rileva, infatti, che il legislatore, tramite l'intervento di riforma del diritto societario, abbia circoscritto nonché alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, responsabili, ai sensi dell'art. 2392, I c., c.c., verso la società solo nei limiti delle proprie attribuzioni. La disciplina normativa, infatti, prevede in capo agli stessi solo un dovere di gestione "informata", nel quale si riconosce solo un obbligo di richiedere informazioni escludendo un'autonoma potestà di indagine. Tale premessa, in ambito penale, permetteva ai giudici di delimitare l'operatività dell'art. 40 II c., c.p. solo quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, distinguendo così nettamente il momento della "conoscenza" da quello della

¹³⁵ Il ricorso in oggetto contiene altre eccezioni che esulano dalla trattazione. In tale ambito ci si sofferma solo in merito alla responsabilità degli amministratori privi di delega.

“conoscibilità” dell’evento che si deve impedire (attenendo quest’ultimo all’area della colpa).

Rimanendo, però, nell’ambito del fatto volontario, la prova della “conoscenza” è desumibile, non necessariamente in modo diretto ed evidente, ma anche attraverso una situazione derivabile dalla percezione dei segnali di allarme insiti nell’operazione coinvolgente la società. Ad esempio, i suddetti sintomi possono trapelare anche dalle risposte rese dall’amministratore esecutivo alle istanze informative avanzate da quello privo di delega ovvero dalle relazioni stilate dall’organo delegato. L’affidamento ad esse non permette di escludere, infatti, le facoltà critiche né l’esercizio della personale competenza personale.

In conclusione la Suprema Corte, accogliendo la suddetta posizione interpretativa, rigettava, però, il ricorso in oggetto poiché l’accusa non assolveva l’onere probatorio della presenza dei suddetti segnali riguardo all’evento illecito.

3.1.2 Segue: la responsabilità dei sindaci per omessa vigilanza.

Continuando l’indagine a livello prasseologico, in ordine, invece, alla responsabilità dei sindaci¹³⁶ sussistono altre problematiche legate alla diatriba, sopra esposta, riguardo alla scissione o meno tra posizione di garanzia e dovere di sorveglianza¹³⁷.

¹³⁶ La riforma del diritto societario ridimensiona il ruolo del collegio sindacale in quanto rimane l’organo di controllo solo di quella parte di società per azioni che rimane aderente al sistema tradizionale di amministrazione e controllo, mentre nel modello dualistico e monistico viene sostituito rispettivamente dal consiglio di sorveglianza e dal comitato di controllo. Inoltre lo stesso viene limitato nelle sue funzioni in quanto esautorato dall’attività di controllo contabile affidata oggi ad un revisore o ad una società di revisione; si confronti, **GALGANO**, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto penale dell’economia, Padova, 2003.

¹³⁷ Due autorevoli giuristi rilevano che la responsabilità omissiva impropria ha determinato un consistente aumento del rischio penale connesso allo svolgimento delle funzioni sindacali; cfr. **STELLA, PULITANÒ**, cit., *passim*.

A priori anche in tale ambito è necessaria una premessa di materia civile.

L'art. 2407 c.c., al primo comma, stabilisce che i sindaci “devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio”. Ai sindaci vengono ora richieste, nell'esercizio delle funzioni, professionalità e diligenza entrambe commisurate alla natura dell'incarico¹³⁸. Tale nuovo dato normativo specifica, alla stregua della condotta esigibile dagli amministratori, il principio di diritto comune sancito dall'art. 1176, II c., c.c..

In ordine alla collegialità della responsabilità, altresì, si rileva come la legge, assegnando una prestazione al collegio, ne abbia imposto la responsabilità a tutti i membri effettivi¹³⁹. Inoltre il secondo comma dell'art. 2407 c.c. statuisce la responsabilità dei sindaci di una società per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori avente natura solidale tanto nei rapporti con gli amministratori, quanto nei rapporti fra i sindaci stessi (si scioglie dal vincolo solidale solo il sindaco che faccia constare il suo dissenso nel libro delle adunanze ex art. 2404, IV c., c.c.). La Corte di Cassazione, altresì, si è espressa in tal senso: “il collegio sindacale è responsabile del danno subito dalla società per fatti ed omissioni degli amministratori anche se questi si identificano con tutti i soci. La funzione di controllo dei sindaci, infatti, deve essere esercitata anche in questo caso poiché la società è un soggetto dotato di personalità giuridica e, quindi, titolare di interessi distinti da quelli dei soci”¹⁴⁰.

¹³⁸ Cfr. **BOSTICCO**, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2004.

¹³⁹ Cfr. **CAVALLI**, *I principi di comportamento del collegio sindacale*, in Riv. Impresa, 1997, pag. 1803.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. Civ., 1 marzo 1985, in *Ec. e Trib.*, 1985, pag. 103.

I doveri di controllo, quindi, imposti ai sindaci sono in via principale doveri di conoscenza¹⁴¹. Può essere utile distinguere un momento ricognitivo (presa di cognizione dell'oggetto da controllare) ed un momento valutativo (concernente la conformità o meno dell'oggetto da controllare ai parametri di riferimento). In alcune sentenze¹⁴² la giurisprudenza considera i compiti di controllo dei sindaci come obblighi di garanzia, rilevanti ai fini dell'art. 40, II c., c.p., in quanto caratterizzati dal generale obbligo di vigilanza sulla correttezza e sulla legalità dello svolgimento dell'attività d'impresa e dall'obbligo di attivarsi al fine di impedire i fatti illeciti commessi dall'organo amministrativo nell'esercizio delle proprie funzioni (anche se nessuna indicazione è offerta in merito alla natura delle concrete attività impeditive).

Una prima difficoltà che si incontra è rappresentata dalla scissione della responsabilità del singolo sindaco rispetto a quella degli altri; diviene così necessario considerare, in concreto, ogni fattispecie criminosa¹⁴³ e vagliare le prove del dissenso individuale nella formazione dell'atto collegiale. I sindaci, infatti, concorrono nei reati comuni commessi dagli amministratori, od in reati propri di questi, in tutti i casi in cui abbiano eseguito una condotta di partecipazione attiva. In particolare il rapporto eziologico tra omissione del sindaco e fatto illecito dell'amministratore si basa su un

¹⁴¹ L'art. 2403, I c., c.c. disciplina i doveri dei sindaci tra cui il dovere di vigilanza "sul rispetto dei principi di corretta amministrazione" esemplificazione di un obbligo di controllo sulle modalità di amministrazione. Ne consegue così la configurazione di un penetrante potere di controllo in capo al sindaco in ordine ad una verifica di legalità sostanziale; si confronti, **MARCHETTI**, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, pag. 108.

¹⁴² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1406; Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pag. 1477.

¹⁴³ Le ipotesi di reati omissivi propri dei sindaci sono: inadempimento di obblighi imposti dalla legge per il caso di distribuzione illegale degli utili, omessa convocazione d'assemblea nei casi d'inerzia degli amministratori o nel caso di denuncia dei soci, omessa richiesta al Tribunale per la riduzione del capitale nel caso di acquisto illegittimo di azioni proprie, omessa richiesta al Tribunale per la vendita di azioni della società controllante, causazione od aggravamento del dissesto con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.

giudizio prognostico probabilistico secondo il quale l'azione doverosa avrebbe impedito il reato dell'amministratore "quasi certamente"¹⁴⁴.

La responsabilità penale dei sindaci, invece, si accerta più facilmente, là dove sia previsto e vi sia stato, un intervento dell'organo di controllo nelle procedure che hanno portato al compimento dell'atto illecito: ad esempio, all'approvazione di un bilancio falso o a delibere "distrattive" di beni della società.

In conclusione, tornando ad un'analisi in astratto dei modelli del diritto penale moderno, diviene indispensabile (senza mai abbandonare, però, la modalità di ascrizione delle responsabilità individuali) l'introduzione di una forma di responsabilità diretta dell'organizzazione ai fini di un'effettiva prevenzione del rischio-reato. Nell'ambito degli illeciti penali d'impresa, infatti, dinanzi alla difficoltà di individuare il contributo individuale penalmente rilevante, si deve attribuire la responsabilità in capo all'organizzazione, motore della vicenda criminosa "che ha innescato il rischio-reato, senza prevedere meccanismi di minimizzazione di quest'ultimo, che pure pertenevano ai suoi doveri di controllo"¹⁴⁵.

Dall'indagine, sopra esposta, si evince la difficoltà a spiegare i comportamenti all'interno delle organizzazioni attraverso lo schema individualistico e si rileva la

¹⁴⁴ In ordine all'orientamento che qualifica la condotta omissiva del sindaco come un contributo meramente agevolatore del fatto altrui si rinvia al capitolo finale della ricerca.

¹⁴⁵ Cfr. **PALIERO**, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in "Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi", Padova, 2003.

capacità della società a predisporre un piano operativo¹⁴⁶ dal quale si evince la “cultura d’impresa”¹⁴⁷ (intesa come orientamento strategico dell’azienda).

¹⁴⁶ Esemplificando, si rinvia al caso della “Ford Motor Pinto” che riguarda l’incendio verificatosi per lo scontro di due auto, di cui una (la “Ford”) aveva il serbatoio della benzina collocato nel cofano anteriore piuttosto che nel lato posteriore; tale sinistro cagionava così la morte di alcuni automobilisti. Nel corso dell’istruttoria, si accertava che la società era a conoscenza dei maggiori rischi che la particolare scelta di progettazione dell’auto avrebbe comportato e che l’ente aveva preventivato i costi per gli eventuali risarcimenti dei danni in un ammontare comunque inferiore ai risparmi di spesa; cfr. **STELLA**, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., *passim*.

¹⁴⁷ Cfr. **BASTIA**, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in “Societas puniri potest”, Padova, 2003.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITA' DIRETTA DELLA PERSONA GIURIDICA

1 Le origini eteroctone della colpa d'organizzazione. 1.1 La prima applicazione dell' *identification principle*. 1.1.1 Il modello elaborato dalla *corporate mens rea doctrine*. 1.1.2 La *gross negligence*, quale criterio d'imputazione della responsabilità dell'ente per il reato di omicidio colposo. 2 La difficoltà nell'abbandonare il dogma *societas delinquere non potest*. 3 La genesi del decreto legislativo, 8 giugno, 2001, n. 231 e il contributo delle Convenzioni internazionali di riferimento. 4 La capacità di colpevolezza della persona giuridica: i criteri di imputazione oggettivo e soggettivo (rinvio). 4.1 La tesi dell'immedesimazione organica: le origini pubblicistiche. 4.1.1 Un'anticipazione del paradigma della colpa d'organizzazione: *la colpa dell'apparato*. 4.1.2 Le fonti normative del rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto attivo del reato e l'ente: gli artt. 5 e 8 del d.lgs. n. 231/2001.

1 Le origini eteroctone della colpa d'organizzazione

1.1 La prima applicazione dell' *identification principle*

Passando ad una lettura comparata¹⁴⁸ del paradigma della “colpa d'organizzazione” si sottolinea che la genesi del criterio di imputazione in esame si realizza in Inghilterra, dopo la rivoluzione industriale e per ragioni pragmatiche, attraverso gli orientamenti tradizionali che hanno riconosciuto la responsabilità penale degli enti, cioè attraverso gli istituti della *vicarious liability*, dell'*identification principle* e gli sviluppi derivati dalla individuazione dei loro limiti.

I criteri d'imputazioni classici, nell'ambito del *criminal law*, sono la *vicarious liability* e l'*identification principle*.

¹⁴⁸ Le riflessioni che si sviluppano di seguito rappresentano il risultato della ricerca svolta all'estero.

La *vicarious liability* (o *respondeat superior*), la forma di responsabilità più antica e mutuata dal settore dei fatti illeciti extracontrattuali¹⁴⁹, ritiene responsabile una società nel caso in cui un dipendente commetta un reato, agendo nell'ambito delle sue mansioni e con l'intenzione di trarre vantaggio per la società. Nel diritto inglese tale tesi, che nasce per legittimare la responsabilità del datore di lavoro per gli atti ed omissioni di un impiegato nel corso della sua occupazione, si è sviluppata in ordine ai reati di responsabilità oggettiva¹⁵⁰.

Tra la persona giuridica e l'autore materiale del fatto, affinché sorga responsabilità penale a carico della prima, non è necessaria una specifica relazione di dipendenza, ma un generico rapporto di preposizione; tale responsabilità sussisterà anche per gli atti commessi da coloro che agiscono per conto di essa.¹⁵¹

¹⁴⁹ La *vicarious liability* è prodotto di elaborazione giurisprudenziale, ove i giudici hanno utilizzato due principi d'interpretazione per applicare tale modello al settore penale: l'*extensive construction* e il *delegation principle*. Il primo principio consiste in una "estensione" della responsabilità dal datore di lavoro al suo impiegato in quanto considerato un mero esecutore della volontà del suo superiore, titolare di un dovere in ordine al ruolo che ricopre. Un esempio è dato dal caso *Coppen v. Moore* (1898) che si concluse con la condanna di un proprietario di un negozio perché il suo impiegato, violando le indicazioni dategli, vendette del liquore (spacciandolo per prosciutto americano). Nel caso in esame la motivazione di tale condanna consiste nel fatto che solo il titolare del negozio è autorizzato a vendere. Il difetto di tale principio, che ritiene che l'impiegato sia un tramite di colui che è titolare invece di doveri specifici in relazione alla propria qualifica, è che non è possibile applicarlo alle offese che richiedono l'elemento soggettivo in capo all'imputato.

Il secondo principio, il *delegation principle*, che prevede la responsabilità in capo al delegante degli atti delegati, invece, sembra essere limitato nella sua applicazione solo alle offese commesse dai titolari di particolari licenze e solo al settore delle "mens rea offences". Inoltre tale principio presenta un ulteriore limite: la delega deve essere completa per poter legittimare la responsabilità del delegante. Un esempio è dato dal caso *Vane v. Yiannopoulos* (1965) ove i giudici hanno ritenuto inapplicabile il principio della delega di funzioni in quanto la violazione dell'ordine di non servire alcolici a chi non consumasse pasti si era concretizzata in presenza del delegante e non poteva dirsi delega completa. Al contrario, nel caso *Allen v. Whitehead* (1930) il proprietario di un bar è stato condannato per favoreggiamento della prostituzione in quanto il suo cameriere, in sua assenza, aveva permesso l'ingresso di alcune prostitute; cfr. **CARD, CROSS AND JONES**, *Criminal law*, London, 2004, pag. 861.

¹⁵⁰ Tale modello d'imputazione ha le sue prime applicazioni in relazione agli illeciti in forma omissiva. Uno dei primi casi, *R v. The Great North of England Railway Co* (1846), si è concluso con la condanna di una società per "omissions causing a nuisance", in quanto i suoi operai avevano creato un ostacolo su una strada pubblica durante i lavori omettendo di rimuoverlo; cfr. **HILL**, *Corporate responsibility in crime*, in *Crim. Just. J.*, 1991, pag. 122.

¹⁵¹ Un esempio è dato dal caso *R. v. British Steel Plc* del 1995 che si conclude con la condanna di una società appaltante per la morte di un operaio, impiegato della società appaltatrice, a seguito del cedimento di una piattaforma durante l'esecuzione dei lavori appaltati; per la consultazione di tale caso si veda l'estratto della conferenza organizzata dalla "British-German Jurists Association" ad Edinburgo, nelle

In Inghilterra molti giuristi¹⁵² riconoscono i limiti di tale teoria nella difficoltà di individuare se la società ha autorizzato l'azione illecita dell'impiegato (la persona giuridica potrebbe essere condannata per un reato, anche se ha adottato idonee misure di sicurezza preventive) e se lo scopo di tale azione sia un vantaggio per la società, in quanto talvolta può essere indiretto.

Il limite di tale approccio si manifesta con evidenza in presenza dell'elemento soggettivo di un reato, in relazione, ad esempio, al reato di *manslaughter*¹⁵³, in quanto la responsabilità *vicarious* non richiede la prova che l'imputato conosceva o poteva ragionevolmente sapere che il relativo atto era errato e non riconosce alcuna giustificazione dell'errore in buona fede.

Un importante contributo è determinato dalla *Identification Doctrine*, che ha origine a metà del XX secolo, in quanto per la prima volta si affronta la problematica di individuare le persone e gli stati mentali che si identificano con la persona giuridica; infatti tale principio opera con riferimento ai *mens rea offences*.

giornate del 12 e 14 maggio del 2000, titolata "Criminal liabilities of corporations" e pubblicato sul sito www.outertemple.com.

¹⁵² Cfr. **GOBERT**, *Corporate criminality: four models of fault*, in *J. Legal Studies*, 1994, pag. 393; nello stesso senso, **GOBERT AND PUNCH**, *Rethinking corporate crime*, London: Butterworths, 2003, pag. 57 ss.; nello stesso senso, in America, si confronti **LAUFER, STRUDLER**, *Corporate intentionality, desert, and variants of vicarious liability*, in *37 Amer. Crim. L. Rev.*, 2000, pag. 1285.

¹⁵³ Nel diritto inglese il reato di *manslaughter* rappresenta un'offesa meno grave rispetto al *murder* (in quanto la volizione dell'evento è di diversa natura) e si distingue in *voluntary* quando la condotta omicida è intenzionale, ma presenta attenuanti tra le quali, ad esempio, quella della provocazione e in *involuntary* quando l'evento morte non è voluto. All'interno della categoria dell'*involuntary manslaughter* vi sono tre sottocategorie costituite dal *manslaughter by gross negligence* che si configura quando l'evento morte è causato da una condotta che viola il generico dovere di diligenza di tutela della vita a cui è tenuta qualsiasi *reasonable person*, dal *reckless manslaughter* che sussiste quando l'evento morte è conseguenza della creazione, in modo consapevole o inconsapevole, di una situazione di rischio ed infine, dalla *unlawful act manslaughter* che si realizza quando la morte è un evento non voluto di un atto illecito diretto a cagionare un diverso evento (un esempio, tratto dal nostro ordinamento, può essere la fattispecie di omicidio preterintenzionale prevista dall'art. 584 del Codice Rocco); si confronti, **ASHWORTH AND MITCHELL**, *Rethinking English Homicide Law*, Oxford University Press, 2000, pag. 7 ss..

Si riconosce la responsabilità della persona giuridica nel caso in cui un “senior manager”, che si identifica con la mente della società di cui fa parte, commetta un reato durante lo svolgimento delle sue mansioni.

Il *leading case*, *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*¹⁵⁴ del 1972, è rappresentato dalla vicenda processuale che ha visto coinvolta la società Tesco, proprietaria di circa 800 supermarket in Inghilterra, per aver pubblicizzato un falso sconto su alcuni detersivi. La società si difese, seguendo i dettami della s. 24(1) del *Trade Description Act* (1968), provando che la commissione del reato era stata causata dal comportamento del *branch manager* e che il consiglio di amministrazione aveva efficacemente controllato al fine di prevenire tale reato. La *House of Lords* assolse la società sostenendo che il consiglio di amministrazione si identificava con la società ed i suoi comportamenti erano propri della stessa, mentre condannò il dirigente del negozio, ove si consumò il reato, in quanto non identificabile con la “company”.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione che presta il fianco a critiche.

Sullivan¹⁵⁵ definisce tale orientamento come una *restricted version of vicarious liability* in quanto la società è riconosciuta responsabile solo nel caso di reato commesso da un *senior manager* (che si potrebbe definire soggetto apicale). Tale criterio di immedesimazione organica non prende in considerazione il profilo che i processi decisionali di una società possono essere il prodotto della volontà di un certo numero di individui che hanno un ruolo su diversi livelli dell’amministrazione.

¹⁵⁴ Cfr. HUNGERFORD, WELCH, TAYLOR, *Sourcebook on Criminal Law*, London, 1997, pag. 436. In seguito si dimostrerà come il principio che riconosce una responsabilità diretta delle persone giuridiche, che si desume da tale caso, si applichi, con alcuni distinguo, anche in America, Australia e Nuova Zelanda.

¹⁵⁵ Cfr. SULLIVAN, *Expressing corporate guilt*, in *Oxf. J. L. S.*, 1995, pag. 281; SULLIVAN, *The attribution of culpability to limited companies*, in *Cambr. L. J.*, 1996, pag. 515.

La critica si fonda sulla difficoltà di individuare, soprattutto all'interno della struttura delle grandi società, un singolo reo; un esempio è offerto dal caso, *National Rivers Authority v. Alfred McAlpine Homes East*¹⁵⁶, 1994. Tale caso riguarda la condanna di una società per inquinamento a causa della condotta di due *junior employees* che utilizzavano l'acqua di un fiume per la realizzazione del cemento che serviva per la costruzione di un edificio. La sentenza si fonda sulla violazione della s. 85 del *Water Resources Act* del 1991 che disciplina l'obbligo di prevenire l'inquinamento d'acqua. I giudici affermano che tale disposizione legislativa è effettiva, riconoscendo la responsabilità della società, in caso di azioni o omissioni, che violino il suddetto dovere, compiute da qualsiasi suo dipendente (senza distinzione tra *senior* e *junior*).

Un'altra osservazione¹⁵⁷ si basa sul riconoscimento di responsabilità in capo alla società per reato commesso da un *senior manager* esercitando mansioni che vanno al di là di quelle attribuitegli e autorizzate dalla società. E' giusto condannare una società, anche se i suoi *senior managers* hanno agito a sua insaputa e, quindi, la persona giuridica risulta essere solo una vittima^{158?}

¹⁵⁶ Cfr. **KYE**, *A strict approach to strict liability: National Rivers Authority v. Alfred McAlpine Homes (East) Limited*, in *J. Env. L.*, 1995, pag. 60.

¹⁵⁷ Cfr. **CARD, CROSS AND JONES**, *Criminal law*, London, 2004, pag. 871.

¹⁵⁸ L'esigenza di un cambiamento nell'applicazione dell'*identification principle* si avverte con il caso *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v. Securities Commission* del 1995. Due manager della *Meridian* (una società finanziaria di Hong Kong) violarono il dovere di *disclosure* del possesso di titoli per un importo superiore al 5% del capitale sociale, che sussiste in capo agli acquirenti di azioni di società quotate in borsa (secondo la "s. 20(3) del New Zealand Securities Amendment Act 1988"). I due responsabili del settore d'investimento volevano acquisire il controllo di un'altra società e, all'insaputa del consiglio d'amministrazione, utilizzando dei fondi della *Meridian*, ne avevano acquistato delle azioni e le volevano rivendere ad un prezzo superiore. I giudici del *Privy Council* condannarono la società, ma con motivazioni che dimostrarono una diversa applicazione dell'*identification principle*. I giudici, sottolineando il limite della forma tradizionale del principio d'identificazione di valutare come atti della società quelli compiuti solo dai *senior manager*, introdussero nuovi parametri: era necessario considerare le funzioni a cui erano preposte le azioni di chi operava per la società e lo scopo perseguito dalla norma penale violata. Nel caso in esame la società avrebbe dovuto rispettare il dovere di *disclosure* identificandosi nei due responsabili del settore d'investimento normalmente preposti a compiere tali operazioni; cfr. **CHEONG-ANN PNG**, *Corporate liability*, London, 2001, pag. 26. Nello stesso senso si sono conclusi i casi *Director General of Fair trading v. Pioneer Concrete (UK) Ltd*, 1995 e *El Ajou v. Dollar Land Holdings plc.*, 1994; cfr. **PINTO AND EVANS**, *Corporate criminal liability*, London, 2003, pag. 63.

A seguito delle suddette obiezioni, mosse all'effettività di tali modelli tradizionali, si sono sviluppati diversi orientamenti in dottrina.

Un modello differente è quello proposto da Fisse e Braithwaite¹⁵⁹, chiamato *reactive corporate fault* secondo il quale è importante valutare il comportamento della società a seguito dell'attività lesiva del bene giuridico: la persona giuridica non sarà perseguibile penalmente se avrà eliminato il danno o il rischio. L'azienda si regola predisponendo misure punitive per prevenire il crimine e l'omissione della società nel predisporre adeguate misure la renderà responsabile. I giuristi ritengono che la società sia il miglior soggetto in grado di autoregolamentarsi, penetrando all'interno della propria struttura, per prevenire così il crimine.

I suddetti autori, inoltre, criticano un orientamento, l'*Aggregation doctrine* (che ha origine dal diritto statunitense come *collective knowledge doctrine*)¹⁶⁰, la quale

¹⁵⁹ "Reactive corporate fault may be broadly defined as unreasonable corporate failure to devise and undertake satisfactory preventive or corrective measures in response to the commission of the *actus reus* of an offence by personnel acting on behalf of the organisation", cfr. **FISSE AND BRAITHWAITE**, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge University Press, 1993, pag. 48.

¹⁶⁰ Si confronti, **COLVIN**, *Corporate personality and criminal liability*, in *Criminal L. F.*, 1995, pag. 18; **LEDERMAN**, *Models for imposing corporate criminal liability: from adaptation and imitation toward aggregation and the search for self-identity*, in *Buff. Crim. L. Rev.*, 2000, pag. 641. Il "leading case" è *United States v Time - Dc Inc.* del 1974. Tale processo si concluse con la condanna di una compagnia di trasporto per aver permesso ad un suo dipendente di guidare in condizioni di salute precarie. I giudici arrivarono a tale decisione "aggregando" da un lato il comportamento dell'impiegato della compagnia (che era a conoscenza dello stato di salute del camionista, in quanto lo informò che per assentarsi dal lavoro era obbligatorio presentare il certificato medico) e dall'altro il comportamento del dirigente del settore (che era consapevole che la nuova politica aziendale, disciplinante l'obbligo del certificato medico in caso di assenza dal lavoro, poteva indurre a violare il regolamento che impedisce ad un camionista di guidare il proprio mezzo in caso di non perfette condizioni di salute), cfr. www.case.law.lp.findlaw.com. *The collective knowledge doctrine* si sviluppa nel diritto americano in quanto è uno degli utili strumenti per i giudici affinché si attribuisca alla società l'elemento soggettivo dell'*intent*, terzo requisito essenziale per giustificare la *vicarious criminal liability of corporations*. Negli Stati Uniti il primo caso in cui si riconosce la responsabilità penale delle società risale al 1909 e si legittima tramite l'applicazione della "vicarious liability"; cfr. *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* in **GERAGHTY**, *Corporate criminal liability*, in *39 Amer. Crim. L. Rev.*, 2002, pag. 328. I tre requisiti essenziali per giustificare tale responsabilità sono: che il reo persona fisica abbia agito nel corso della sua occupazione, a vantaggio della società e che sia la condotta che l'intenzione del reo impiegato siano imputabili alla società. *The Model Penal Code* prevede due casi in cui è possibile imputare la responsabilità in capo alla società a causa del comportamento dei dipendenti: a) se previsto dallo "statute" (cfr. *Model Penal Code §2.07 (1)(a)-(b) 1962*), b) in assenza di qualsiasi "statutory provision", la responsabilità della società vige se, "the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within

riconosce come in molti casi non sia possibile individuare un singolo responsabile nel settore del *corporate crime*. Secondo tale tesi, la responsabilità della società si fonda sull'insieme dei singoli atti commessi da diverse persone inserite nell'organigramma aziendale (tali atti singolarmente non costituiscono l'elemento materiale del reato imputabile alla società). Il limite della sopra esposta teoria è, però, costituito dal fatto che raramente tali soggetti sono a conoscenza delle reciproche azioni ed inoltre, vi è il rischio di perseguire degli innocenti.

Un ulteriore difetto consiste nel fatto che tale posizione interpretativa elabora fittizi criteri d'imputazione, in quanto la società, come persona "ficta", si ritiene responsabile per gli atti e le omissioni delle persone fisiche che impiega.

1.1.1 Il modello elaborato dalla *corporate mens rea doctrine*.

In una prospettiva contraria alle tesi originarie, sopra illustrate, la *corporate mens rea doctrine*, che ha come precursore in Inghilterra Wells¹⁶¹ e che elabora il modello

the scope of his office or employment" (cfr. *Model Penal Code § 2.07 (4) (b) 1962*). In tale ambito la maggiore difficoltà si riscontra nel ricercare i metodi più adeguati ad attribuire l'elemento soggettivo alla società; oltre alla *collective knowledge doctrine* sono stati applicati altri criteri. Con il termine *conspiracies* si imputa la responsabilità alla società tramite la condotta criminosa di un dipendente in accordo con altri o anche con un soggetto esterno all'organizzazione ("conduct by two or more people who agree to commit an offence, with one or more of those persons taking affirmative action to further the goals of the conspiracy"); inoltre la società può essere responsabile penalmente "for the previous wrongdoing of a corporation after a merger or consolidation". Sussistono, infine, altri due criteri d'imputazione, *misprison of felony* e *the willful blindness doctrine*, che ascrivono la responsabilità alla società nel caso in cui un suo dipendente o compia degli atti per occultare il reato o volontariamente non lo prenda in considerazione. *The misprison of felony* (occultamento di reato) richiede la prova di quattro fattori: "that a principal committed a felony, that the defendant knew of the felony, that the defendant failed to notify authorities as soon as possible, that the defendant took affirmative steps to conceal the crime". *The willful blindness doctrine* si applica ai casi in cui "a corporate agent became suspicious of a criminal violation, but deliberately took no action to mitigate or investigate potential criminal activity"; cfr. **BRIEF, TANIA, MCSWEENEY, TERREL**, *Corporate criminal liability*, in 40 *Amer. Crim. L. Rev.*, 2003, pag. 337; **QUAID**, *The assessment of corporate criminal liability on the basis of corporate identity: an analysis*, in 43 *McGill L. J.*, 1998, pag. 105; **BROWN, LOWELL**, *Vicarious criminal liability of corporations for the acts of their employees and agents*, in 41 *Loy. L. Rev.*, 1995, pag. 279; **BECKER, NOTE**, *Corporate successor criminal liability: the real crime*, in 19 *Am. J. Crim. L.*, 1992, pag. 435.

¹⁶¹ Cfr. **WELLS**, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford University Press, 2001, pag. 47 ss.; anche tale giurista rifiuta l'*aggregation doctrine* criticando il modello *corporate internal decision* di

moderno dell'*identification principle*, si concentra sull'organizzazione della società quale motore della vicenda criminosa (rifiutando la nozione che le società dovrebbero essere trattate come persone fisiche). La nozione di colpa è allora riconducibile alla mancanza o alla violazione di regole di corretta *policy* aziendale, nelle quali si manifesta il concetto di "volontà" dell'ente.

Un limite di tale tesi è determinare le tipologie di politiche aziendali la cui non adozione comporta la responsabilità della società (problematica, d'altronde, che nel nostro ordinamento è avvertita a proposito dell'individuazione del contenuto delle regole cautelari proprie del modello organizzativo, di cui si tratterà nell'ultimo capitolo).

La dottrina, sopra citata, affronta il problema di attribuire il concetto di *mens rea*¹⁶², elemento essenziale del reato insieme all'*actus reus* (tale combinazione deriva dal brocardo latino "actus non facit reum nisi mens sit rea"), alla società e aderisce al movimento giurisprudenziale che recentemente ha ammesso la procedibilità della società per il reato di *manslaughter*.

Il caso *R. v. P&O European Ferries Ltd* del 1990 è quello che in dottrina¹⁶³ viene considerato il contributo alla suddetta ammissione, ma la prima affermazione di

French (**FRENCH**, *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, 1984) precursore di tale tesi. Tale sistema, che configura l'agire della società quale prodotto dei processi decisionali delle persone impiegate a diversi livelli nella struttura societaria, viene considerato, da Wells, accessorio all'*identification principle* in quanto identifica la persona giuridica con le condotte delle persone fisiche.

¹⁶² Nel diritto penale inglese esistono diverse forme di *mens rea*: intention, negligence, recklessness, knowledge. Quest'ultima forma richiede la prova che l'imputato, ove il reato sia costituito da determinate circostanze, conosceva tali elementi accidentali o "doveva" sapere della loro esistenza. Un esempio ne è il reato di *handling stolen goods* (ricettazione) che per la sua realizzazione richiede che il reo sia a conoscenza che i beni siano stati rubati (si veda il caso *Forbes* del 2001, 4 All ER 97, HL); si confronti, **HERRING**, *Criminal law. Text, cases and materials*, Oxford, 2004, pag. 171; **REED AND SEAGO**, *Criminal law*, London, 2002, pag. 84.

¹⁶³ Cfr. **SMITH, HOGAN**, *Criminal law: cases and materials*, London, 2002, pag. 287; il caso citato dagli autori, anche se si risolse con l'assoluzione della compagnia di trasporto marittimo *P&O European Ferries* a causa di insufficienza di prove per confermare la colpevolezza dei "senior officers" e quindi per arrivare alla condanna della società tramite il principio di identificazione, è importante perché fu il primo processo nei confronti di una società per omicidio. La fattispecie riguardava l'omessa chiusura dei portelloni di prua che determinarono l'inabissarsi di un traghetto, appartenente alla suddetta compagnia di trasporto e che provocò la morte di 188 persone.

responsabilità per *manslaughter* risale al 1994. Il caso *R. v. Kite and OLL Ltd*¹⁶⁴ del 1994 si concluse con la condanna al pagamento di sessantamila sterline della “OLL Ltd”, società commerciale organizzatrice di attività sportive, per la morte di quattro studentesse a seguito del ribaltamento della loro canoa durante un’attività organizzata. Il processo riuscì in quanto la società era di piccole dimensioni e fu semplice individuare e provare la responsabilità dell’amministratore delegato (condannato a due anni di reclusione) che era stato informato in precedenza da alcuni istruttori delle insufficienti misure di sicurezza e che era rimasto inerte, anche se consapevole dei rischi di eventi dannosi, tra i quali quello verificatosi nel caso di specie.

La medesima sorte processuale toccò ad un’altra società di piccole dimensioni, *Jackson Transport (Osset) Ltd*¹⁶⁵, fu condannata per la morte di un operaio che aveva inalato sostanze tossiche mentre ripuliva una cisterna.

Non sono, tuttavia, molti i processi che si concludono, in Inghilterra, con la condanna della società per il reato di *manslaughter*¹⁶⁶ a causa della difficoltà di individuare colui che svolge il ruolo di *controlling officer* all’interno di una persona giuridica di grandi dimensioni. Un esempio efficace è rappresentato dal caso *R. v. Great Western Train*¹⁶⁷ del 2000 che si concluse con l’assoluzione di una società ferroviaria

¹⁶⁴ Si confronti, **SLAPPER**, *A corporate killing*, in *New Law Journal*, 1994, pag. 1735; **RIDLEY AND DUNFORD**, *Corporate killing- Legislating for unlawful death?*, in *Industrial L. J.*, 1997, pag. 102.

¹⁶⁵ Il caso, *R. v. Jackson Transport (Osset)* del 1996, è consultabile sul sito www.lrbconsulting.co.uk/manslaughter.htm.

¹⁶⁶ Anche in Australia, ove è stato accolto l’*identification principle*, è di recente riconoscimento la responsabilità della società per il reato di *manslaughter*. La prima condanna risale al 1994. Il caso *R v. Denbo Pty Ltd*, si concluse con la condanna di una società per omicidio colposo in quanto uno dei *directors* aveva permesso ad un operaio di guidare un autocarro avente freni difettosi. Durante la guida del camion su una strada vicino Melbourne, ove vi erano dei lavori in corso, i freni non funzionarono e l’operaio morì a seguito del ribaltamento dell’autocarro; cfr. **CLOUGH, MULHERN**, *The prosecution of corporations*, Oxford, 2002, pag. 8.

¹⁶⁷ Il caso riguarda il disastro ferroviario che risale al 19 settembre 1997. Il treno della *Great Western Train* era un treno dotato di moderni meccanismi di rivelazione di segnali di permesso di passaggio provenienti dai semafori dislocati lungo il percorso ferroviario. L’incidente venne cagionato a causa del mancato funzionamento di tali strumenti. La società di trasporto ferroviario fu condannata solo per la violazione delle “sections 3(1) and 33(1) (a) of the Health and Safety at Work Act 1974” (che impone

per la morte di sette passeggeri a seguito di un incidente ferroviario, nonostante sussistessero le prove di una sua autorizzazione alla partenza del treno implicato in presenza di guasti. La motivazione di tale assoluzione si fondava sull'impossibilità di rilevare *gross negligence* in capo ad alcun *controlling officer*.

1.1.2 La *gross negligence*, quale criterio d'imputazione della responsabilità dell'ente per il reato di omicidio colposo.

In Inghilterra, lo scarso numero di processi riusciti, a causa della suddetta difficoltà di rendere effettivo il *principle of identification*, ha portato ad una modifica della natura del criterio di imputazione: la tipologia denominata *recklessness*¹⁶⁸ è stata così sostituita dalla *gross negligence*.

Fino alla decisione *Adomako* (qui di seguito illustrata) i termini *recklessness* e *gross negligence* erano considerati sinonimi, implicando l'applicazione del test *Caldwell-Lawrence*. Una persona era colpevole del reato di *manslaughter* nel caso

all'*employer* l'esercizio dell'attività economica tramite l'adozione di misure di sicurezza non solo a tutela dei dipendenti, ma anche di coloro che sono interessati dall'attività imprenditoriale) e al pagamento di una sanzione pecuniaria di un milione e mezzo di sterline; per la consultazione integrale del caso, **HERRING**, *Criminal law. Text, cases and materials*, Oxford, 2004, pag. 722.

¹⁶⁸ Nel diritto penale inglese il *reckless manslaughter* è un criterio di imputazione soggettiva che si giustifica tramite il parametro dell'assunzione del rischio. Esso si distingue tra *subjective* o *objective* (chiamato anche *Cunningham recklessness* o *Caldwell-Lawrence recklessness*, termini che hanno origine dalle prime fattispecie in cui i suddetti criteri vengono usati; cfr. *R. v. Cunningham*, 1957 e *MPC v. Caldwell*, 1982, in Moran, *Legal competence in environmental health*, 1997, London, pag. 60 ss.). Il primo sussiste quando il soggetto agisce nonostante sia consapevole che la sua condotta crea il rischio di verificazione dell'evento morte, mentre il secondo consiste nell'agire senza essere consapevole del rischio di causare l'evento morte, insito nella sua condotta, rischio che qualunque soggetto ragionevole avrebbe dovuto invece prevedere. Tale criterio oggettivo si applica, in particolare, ai reati stradali (si confrontino i casi *Lawrence* del 1982, *Reid* del 1992, in cui le condanne per omicidio a seguito di guida pericolosa si basano sulla prova che la condotta è così rischiosa che *an ordinary prudent individual* potrebbe prevedere il conseguente evento dannoso); cfr. **ALLEN, ELLIOT AND WOOD'S**, *Cases and materials on criminal law*, London, 2001, pag. 128; **HALPIN**, *Definitions and directions: recklessness unheeded*, in 18 J. Legal Studies, 1998, pag. 294; **NORRIE**, *The limits of justice: finding fault in the criminal law*, in 59 Modern L. R., 1996, pag. 540; **FIELD AND LYNN**, *Capacity, Recklessness and the House of Lords*, in Crim. L. Rev., 1993, pag. 127; **GARDNER**, *Recklessness redefined*, in 109 L. Quar. Rev., 1993, pag. 21; **LEIGH**, *Recklessness after Reid*, in 56 Modern L. R., 1993, pag. 208; **WILLIAMS**, *The unresolved problem of recklessness*, in 8 J. Legal Studies, 1988, pag. 74.

avesse creato con la sua condotta *an obvious and serious risk*¹⁶⁹ (cioè, un rischio, di cagionare l'evento morte, prevedibile da qualsiasi persona ragionevole).

La sostituzione della tipologia *recklessness*, frutto degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, non è avvenuta solo riguardo al reato di *manslaughter*, che vede coinvolta anche la persona giuridica, ma riguardo a tutte le fattispecie di *manslaughter*¹⁷⁰. Nella specie, il caso guida *R. v. Adomako*¹⁷¹ del 1995, concerne l'errore di un'anestesista che non si accorge della disconnessione della macchina che rifornisce l'ossigeno ad un paziente.

*The House of Lords*¹⁷² individua cinque elementi che costituiscono la prova della *gross negligence*:

“a duty of care to the victim, a breach of that duty, that the defendant's actions created a risk of death, that the defendant behaved so badly that his conduct could be said to amount to gross negligence, that the defendant's breach of duty caused the death of the victim”. Di conseguenza è necessaria la prova dell'esistenza di un dovere di tutela nei confronti della vittima in capo all'imputato (tale dovere consiste in quello che deriva da qualsiasi azione che potrebbe cagionare danno ad altrui persona), che esso ha violato tale obbligo tramite una condotta negligente (che si allontana dagli standard di comportamento di una *reasonable person*), ed infine, che tale violazione è stata la causa determinante dell'evento morte.

Un problema, che viene risolto dagli ultimi orientamenti giurisprudenziali, consiste nella valutazione della *gross negligence*, quale criterio oggettivo o soggettivo. Un primo

¹⁶⁹ “Defendants are *Caldwell* reckless if: they are aware of a risk or there was an obvious and serious risk and they failed to consider whether or not there was a risk”, si confronti, **HERRING**, *Criminal law, text, cases and materials*, Oxford, 2004, pag. 153.

¹⁷⁰ Al fine di un'analisi di tale istituto si rinvia alla nota 166.

¹⁷¹ Ai fini dello studio della sentenza, si confronti **PHILLIPS**, *R v Adomako: Is this the Last Word on Negligent Manslaughter?*, in *Law Teacher*, 1995, pag. 338.

¹⁷² Il suddetto organo, nell'ordinamento giudiziario anglosassone, si colloca al primo grado di giudizio.

esempio di una posizione interpretativa della giurisprudenza verso la soggettività, è costituito dal caso *R. v. G.*¹⁷³ del 2003 in cui, anche se i giudici applicarono il criterio del *reckless*, si indirizzarono verso un'interpretazione soggettiva, abbandonando definitivamente il *Caldwell recklessness test*. Il processo si concluse con l'assoluzione dall'imputazione del reato di incendio doloso di due ragazzi rispettivamente di undici e dodici anni, in quanto, tenendo conto della loro età, l'assunzione del rischio di provocare un incendio tramite la loro condotta, nel caso di specie, non poteva essere evidente e prevedibile. I suddetti ragazzi si erano introdotti di nascosto in un'edicola e, mentre stavano leggendo dei giornali, la plastica che ne avvolgeva alcuni di essi prese fuoco tramite il contatto con una lanterna dai giovani utilizzata per la lettura.

In dottrina¹⁷⁴ l'epiteto *gross* indica che il grado di negligenza richiesto, per legittimare la responsabilità penale, non è equiparabile a quello richiesto dal diritto civile. Un test che misuri il livello di negligenza è richiesto sia nel settore penale che civile, ma presenta dei distinguo, ad esempio, lo *standard of proof* nell'uno richiede la prova "oltre ogni ragionevole dubbio", nell'altro lo *standard of a balance of probabilities*. Il reato di *manslaughter* è l'unico che richiede che il grado di *negligence* sia *gross*; infatti, deriva dalla forma di *mens rea* riconosciuta in dottrina quale *negligence*, di natura oggettiva, in quanto utilizza lo standard della persona ragionevole ("if the defendant has behaved in the way in which a reasonable person would not then he or she is negligent")¹⁷⁵. La definizione di *gross negligence*, quale criterio d'imputazione della società per il reato di *manslaughter*, è data dall'*Attorney-General's*

¹⁷³ Il caso è consultabile sul sito: www.publications.parliament.uk .

¹⁷⁴ Cfr. **REED AND SEAGO**, *Criminal law*, London, 2002, pag.72.

¹⁷⁵ Si confronti, **HERRING**, *Criminal law. Text, cases and materials*, Oxford, 2004, pag. 164. Inoltre l'autore sottolinea come la differenza tra la forma di *negligence* e quella di *recklessness* consista nella non necessaria presenza, nella prima categoria, del requisito della sussistenza di un *obvious and serious risk*.

Reference (No. 2 of 1999)¹⁷⁶ che interviene su alcune motivazioni della sentenza del caso *R. v. Great Western Train*.

L'*Attorney-General*¹⁷⁷, sul presupposto di una critica alla mancata condanna per *manslaughter* della società *Great Western Train*, sottolinea come talvolta l'*identification principle* non sia applicabile in modo automatico cioè, anche se non è possibile identificare un *controlling officer* colpevole nelle società di grandi dimensioni, la responsabilità risulta in base all'esistenza di una colpa d'organizzazione.

In seguito ai suddetti rilievi *The Law Commission* ha presentato la proposta di un nuovo reato¹⁷⁸, che può essere commesso solo dalla società (indipendentemente dalla commissione di un reato della persona fisica, cioè una forma di responsabilità diretta della società), chiamato *corporate killing* e che concerne gli infortuni sul lavoro¹⁷⁹ da cui consegue il decesso della vittima.

¹⁷⁶ Sono due i quesiti a cui viene data risposta: "(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?"; cfr. **DINE AND GOBERT**, *Criminal law*, Oxford, 2003, pag. 259.

¹⁷⁷ Tale organo svolge una funzione consultiva per il governo.

¹⁷⁸ Si consulti, Report No. 237, *Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter*, 1996, in www.homeoffice.gov.uk; tale proposta di riforma include anche l'abolizione dei reati di *constructive manslaughter* e di *manslaughter by gross negligence* sostituendoli con quelli di *reckless killing* e *killing by gross carelessness*. Il reato di *reckless killing* si configura se una persona cagiona la morte di un'altra e se: "he is aware of a risk that his conduct will cause death or serious injury; and it is unreasonable for him to take that risk having regard to the circumstances as he knows or believes them to be". Il reato di *killing by gross carelessness*, invece, ha quali requisiti essenziali: "that the defendant's conduct caused the death, that the risk of death or serious injury would have been obvious to a reasonable person in her position, and that she was capable of appreciating that risk, and that her conduct fell far below what could reasonably be expected of her in the circumstances"; cfr. **ALLEN, ELLIOT & WOOD'S**, *Cases and materials on criminal law*, London, 2001, pag. 440; **KEATING**, *The Law Commission Report on involuntary manslaughter: the restoration of a serious crime*, in *Crim. L. Rev.*, 1996, pag. 535.

¹⁷⁹ Il "Tuc", organo che rappresenta i sindacati dei lavoratori della Gran Bretagna e che elabora politiche comuni, ha sottolineato, durante il *briefing* annuale tenutosi nel mese di marzo del 2005, l'utilità del reato di *corporate killing*, in quanto il principio di identificazione risulta non sufficiente; cfr. www.tuc.org.uk.

La disposizione n. 1 è così redatta¹⁸⁰: “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 death, and

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

L’innovazione principale, che conferma l’esigenza di un’applicazione più flessibile dell’*identification principle*, consiste nell’elaborazione di un nuovo criterio d’imputazione: il *management failure*. Tale termine può essere tradotto come “colpa d’organizzazione” poiché si richiedono, a fondamento della responsabilità della società, difetti nell’organigramma aziendale che cagionano la lesione della sicurezza degli impiegati nel corso della loro occupazione¹⁸¹. La s. 2 della *Government’s proposal*¹⁸² recita così: “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 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”.

Inoltre, affinché si legittimi la responsabilità penale della società, è necessario che il *default* all’interno dell’organizzazione sia così rilevante da discostarsi da ciò che erano le aspettative in quelle determinate circostanze¹⁸³; (“if a management failure by the

¹⁸⁰ Cfr. Report No. 237, citato sopra.

¹⁸¹ Cfr. GOBERT, *Corporate killings at home and abroad-Reflections on the Government’s proposal*, in 118 L. Quar. Rev, 2002, pag. 72.

¹⁸² *The Government*, nel 2000, ha accettato la proposta della *Law Commission*, ma l’unica differenza consiste nella volontà di estendere il reato in questione anche agli *unincorporated bodies*; cfr. PINTO AND EVANS, *Corporate criminal liability*, London, 2003, pag. 231.

¹⁸³ Si confronti, STALLWORTHY, *Rationalising the law of manslaughter and dabbling in corporate crime*, in 61 J. Crim. L., 1997, pag. 334.

corporation is the cause or one of the causes of a person's death and its conduct fell far below what could reasonably be expected of it in the circumstances")¹⁸⁴.

La sanzione prevista per tale reato è quella pecuniaria con la possibilità che venga irrogato insieme anche un *remedial order*¹⁸⁵.

2 La difficoltà nell'abbandonare il dogma *societas delinquere non potest*

Il riconoscimento di una responsabilità diretta della società non è stato immediato (e non è un episodio isolato), ma ha attraversato un percorso graduale¹⁸⁶. Il legislatore, infatti, incontra diversi limiti per la conferma di tale legittimazione¹⁸⁷ (anche se

¹⁸⁴ Cfr. **FRANKLIN**, *Prosecution of corporations for manslaughter: towards a new offense of "corporate killing" in the United Kingdom*, in 7 *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, 1999, pag. 62.

¹⁸⁵ In tal senso, **JEFFERSON**, *Corporate criminal liability in the 1990's*, in 64 *J. Crim. L.*, 2000, pag. 120.

¹⁸⁶ I paesi di "common law" (Inghilterra e Stati Uniti) hanno riconosciuto per primi la responsabilità della società intorno alla metà dell'800', ma non è stato un processo automatico.

¹⁸⁷ L'incertezza del legislatore si evince anche da alcune norme a tutela della concorrenza del mercato (legge 10 ottobre 1990, n. 287). In tale ambito, infatti, anche se non si parla espressamente di responsabilità dell'ente, si configura un modello di responsabilità punitiva. L'AGCM prescrive, infatti, alle imprese dei comportamenti, reprimendo gli abusi sul mercato attraverso l'imposizione di obblighi generali negativi, quali il divieto di intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni restrittive della concorrenza. In particolare, ai sensi dell'art. 15, l. 287/90, nel caso che l'Autorità Antitrust, a seguito dell'istruttoria ex art. 14 (di cui è necessaria la notifica della sua apertura "alle imprese e agli enti interessati"), accerti infrazioni ex art. 2 ("intese restrittive della libertà di concorrenza") e ex art. 3 ("abuso di posizione dominante"), oltre a diffidare le imprese alla loro eliminazione, nei casi maggiormente lesivi di interessi rilevanti, tenuto conto della gravità e della durata, applica una sanzione amministrativa pecuniaria (I comma). Nei casi "non gravi", invece, la sanzione pecuniaria non si applica in via immediata, ma solo qualora l'impresa non ottemperi, nel termine prescritto, ad eliminare l'infrazione (II comma). In caso, poi, di reiterata inottemperanza, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività dell'impresa fino a trenta giorni (II comma). La base di calcolo della suddetta sanzione pecuniaria è costituita dal fatturato (in una percentuale tra l'1% e il 10%) realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, chiuso anteriormente alla notificazione della suddetta diffida, relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante. Tale profilo rappresenta l'esigenza di sanzionare l'impresa in quanto il peso della suddetta sanzione è difficilmente affrontabile dai privati. Si rileva così la necessità di graduare la sanzione in relazione alle capacità patrimoniali della persona giuridica ai fini di ottenere la sua desistenza dal comportamento vietato e conformare, quindi, i comportamenti allo scopo di una leale concorrenza.

Un altro indice che dimostra come il legislatore avesse in mente una forma di responsabilità diretta dell'ente è il silenzio in ordine alle forme di imputabilità degli autori (nella specie gli amministratori) per la suddetta violazione; si confronti, **LICCIARDELLO**, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pag. 349.

Inoltre, anche nell'ambito della normativa che regola il servizio radiotelevisivo, si osserva la società quale destinataria di sanzioni interdittive e pecuniarie (ex art. 31 l. 6 agosto 1990, n. 223). Una recente legge (l. 3 maggio 2004, n. 112), altresì, ai sensi dell'art. 14.3, titolato "Accertamento della sussistenza di

dall'indagine sopra esposta si rilevano le forti idiosincrasie tra la realtà della società odierna e quella a cui fa riferimento il brocardo "societas delinquere non potest"¹⁸⁸.

In dottrina¹⁸⁹ la scuola storica sostiene che la persona giuridica non può essere punita penalmente perché è una finzione¹⁹⁰. Nell'ambito della diatriba sulla soggettività giuridica della società tale tesi esclude un'autonomia concettuale giuridica effettiva dell'ente. La persona giuridica, infatti, viene considerata una creazione normativa, cioè una rete di rapporti creati dalla legge e, in particolare, nella sua struttura, viene recepita come un insieme di soggetti individuali (i soci) che, per "fictio iuris", si configura come un'entità distinta dai singoli soggetti che la costituiscono (ovvero come un'artificiale capacità creata per meri scopi patrimoniali).

posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni", prevede che l'impresa, o un gruppo d'impresе, sia ricevente di un atto di pubblico richiamo, da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che segnali eventuali situazioni di rischio di violazione dei limiti disposti a tutela della concorrenza e del mercato.

¹⁸⁸Negli anni 70' l'insigne giurista Bricola aveva già dimostrato, attraverso il ricorso alla teoria organica, la compatibilità tra responsabilità penale degli enti e divieto di responsabilità per fatto altrui, ma aveva ritenuto insuperabile la barriera del brocardo "nulla poena sine culpa", proponendo in un primo momento l'adozione di apposite misure di sicurezza, poi delle sanzioni amministrative; cfr. **BRICOLA**, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1970, pag. 951.

¹⁸⁹Il brocardo "societas delinquere non potest" ha origine dalla tradizione del diritto romano. Sin dalla costituzione dei "municipia" si esclude un'azione di responsabilità penale: "quid enim municipes dolo facere possunt?" (D. 4.3.15.1; Ulpiano, "De dolo malo"). Per una compiuta analisi della teoria della finzione che ha origini dalla dottrina civilistica, si confronti **RUFFINI**, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in Scritti giuridici minori, Milano, 1936; in sede di diritto penale, si confronti, **GROSSO**, voce *Responsabilità penale*, in Noviss. Dig. It., vol. XV, Torino, 1968, pag. 710.

¹⁹⁰Tale tesi trova conferma in Inghilterra ove è recente il riconoscimento della "corporate criminal liability", ma non accettato da chi aderisce alla "strict individualistic position" (o alle "nominalist theories" che si fondano sull'aforisma "corporations don't commit crimes, people do"). Tale orientamento sostiene alcuni argomenti a favore dell'abolizione della responsabilità penale delle persone giuridiche. La persona giuridica è considerata incapace di commettere un reato in quanto la sua entità è costituita da un insieme di persone fisiche; inoltre alla società, quale entità fittizia, sono inapplicabili i principi di "criminal law" che richiedono, perché sussista reato, una condotta intenzionale. Tale tesi, come verrà illustrato nei successivi paragrafi, è stata superata attraverso l'elaborazione dei criteri d'imputazione della responsabilità penale delle persone giuridiche; cfr. **CLOUGH, MULHERN**, *The prosecution of corporation*, Oxford, 2002, pag. 4.

In Italia, in ordine alla suddetta tesi, si confronti **ORESTANO**, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978.

Tra le disposizioni della Carta Costituzionale, altresì, alcuni giuristi¹⁹¹ individuano degli ostacoli. Una norma di sbarramento al riconoscimento della responsabilità delle persone giuridiche è l'art. 27 Cost., in particolare il primo ed il terzo comma.

In primo luogo è complicato immaginare un fatto proprio in capo alla persona giuridica; infatti, se la responsabilità è personale, può riguardare solo la persona fisica (naturalisticamente la società è incapace d'azione).

La sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale¹⁹², altresì, adotta un'interpretazione estensiva della suddetta norma affermando il principio di colpevolezza come atteggiamento interiore dell'individuo¹⁹³. Di conseguenza sussiste un altro ostacolo ai fini dell'ascrizione del reato all'ente, poiché si richiede l'elemento soggettivo della colpa¹⁹⁴ affinché il soggetto sia penalmente responsabile (in capo all'ente vige anche l'incapacità di colpevolezza).

In sintesi, in conformità a tali accezioni, se una società fosse punita per un comportamento illecito realizzato dalla persona fisica che la rappresenta, sarebbe, di

¹⁹¹ Uno dei primi giuristi ad evidenziare il pericolo di configurare presunzioni di responsabilità a carico della "collettività che forma l'ente" è **STORTONI**, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1972, pag. 1163. Un'ulteriore eccezione è avanzata, in seguito, da Romano: legittimare una responsabilità della società implicherebbe la "deresponsabilizzazione" dei singoli autori, cioè coloro che in concreto l'illecito l'hanno voluto o negligenzatamente commesso; in tal senso, **ROMANO**, *Societas delinquere non potest*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 161.

¹⁹² Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, pag. 686; i principi di tale pronuncia vengono successivamente ribaditi nella sentenza n. 1085/1988, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, pag. 289.

¹⁹³ Tale sentenza, relativa all'art. 5 c.p., dichiara la parziale illegittimità della suddetta norma nella parte in cui la stessa non esclude l'ignoranza inevitabile dalla generale inescusabilità dell' "ignorantia iuris". In tale contesto si riconosce il principio di colpevolezza nella sua concezione psicologica che identifica la stessa nel nesso psichico che unisce il fatto al suo autore nelle forme del dolo o della colpa: il fatto è colpevole nel momento in cui l'agente lo ha voluto, o, non avendolo voluto, avrebbe potuto prevederne la realizzazione se avesse usato la diligenza richiesta; cfr. **CARRARA**, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1885.

¹⁹⁴ La colpevolezza è un elemento essenziale del reato secondo ogni teoria sulla struttura del reato: in quella bipartita che distingue elemento oggettivo e soggettivo (cfr. **ANTOLISEI**, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2003), in quella tripartita che definisce il reato quale fatto umano, antigiuridico e colpevole (cfr. **FIANDACA**, **MUSCO**, *Diritto penale*, Bologna, 2007) ed infine, in quella quadripartita che ritiene rilevante anche la punibilità del fatto antigiuridico e colpevole (cfr. **MARINUCCI**, **DOLCINI**, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006).

fatto, chiamata a rispondere di un fatto altrui¹⁹⁵. Il principio di colpevolezza (la responsabilità penale è solo per fatto proprio e colpevole), sancito dalla suddetta pronuncia, infatti, non consente sostituzioni tra il soggetto che ha realizzato il reato e quello che ne subisce le conseguenze penali.

Il succitato assunto è, però, superabile aderendo alla concezione giuridica¹⁹⁶ della colpevolezza secondo la quale il suo baricentro si risolve in un giudizio normativo di rimproverabilità personale.

L'ente è così responsabile nel momento in cui volontariamente si pone in contrasto con il dettato normativo in ordine alla norma d'obbligo.

Un'altra difficoltà nell'ascrizione della responsabilità in capo all'ente, però, si incontra nell'attuare un'effettiva rieducazione delle persone giuridiche¹⁹⁷.

Un'ulteriore obiezione consiste nel sostenere che la sanzione inflitta ad un ente collettivo colpisce terzi innocenti, ma tale assunto è superabile. Per gli associati, infatti, l'irrogazione della sanzione ad un ente rappresenta solo una perdita patrimoniale in ragione del decremento di valore dell'ente (non diversamente da quanto avviene nel caso di assoggettamento dell'ente a conseguenze civili pregiudizievoli).

¹⁹⁵ Contrario a tale tesi è un autorevole giurista che sostiene che il brocardo "societas puniri non potest" non trovi fondamento nell'art. 27, I c., Cost., esplicitando: "una disciplina legislativa che dall'operato dell'amministratore di una società faccia conseguire sanzioni penali non solo nei confronti della persona fisica, ma anche nei confronti della società non rende nessun uomo responsabile per il fatto di altri, né lo rende responsabile oltre i limiti segnati dalla colpevolezza"; in tal senso, **DOLCINI**, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pag. 10.

¹⁹⁶ Tale concezione origina dal rilievo dei limiti dell'accezione psicologica, (cioè la mancanza di un concetto unitario, di genere, che includa la colpa ed il dolo e l'assenza di una graduabilità della colpevolezza essendo irrilevanti, ad esempio, il contesto e le circostanze dell'azione stessa) e dell'accezione normativa (che subordina la prevenzione alla soggettività); cfr. **DONINI**, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Milano, 2006. In ordine ad un approfondito esame del problema si rinvia all'ultimo capitolo della ricerca.

¹⁹⁷ Si confronti, **FIANDACA**, *Commento all'articolo 27, comma 3 Cost.*, in Commentario alla Costituzione, Bologna, 1991; **PAGLIARO**, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998.

I suddetti ostacoli sono superati dal rilievo (già illustrato) della capacità di agire della società che si esplica nella sua condotta di stipula dei contratti e nella sua titolarità degli obblighi che nascono dagli stessi.

Inoltre, anche da quanto in precedenza esposto, è necessario un modello sanzionatorio dell'attività d'impresa volto a controllare realtà economiche complesse, cioè un insieme di attività e non i singoli comportamenti, privilegiando i requisiti dell'effettività sulle istanze di garanzia e l'elasticità del sistema sanzionatorio rispetto a situazioni in continua trasformazione.

La decisiva argomentazione, che contribuisce all'abbandono del suddetto brocardo romano, è l'applicazione della c.d. teoria organica¹⁹⁸ (o teoria della realtà) secondo la quale, così come l'attività dell'organo di un ente è considerata attività direttamente compiuta dallo stesso e ad esso immediatamente riferibile, in forza dell'immedesimazione tra organo ed ente, allo stesso modo dovrebbe imputarsi anche l'illecito penale compiuto nell'esercizio di una funzione propria dell'ente o rivolto a vantaggio esclusivo dell'ente (indipendentemente dalle diverse interpretazioni dell'art. 27 Cost. e rispettivamente nel senso dell'esistenza di una responsabilità penale necessariamente colpevole oppure semplicemente che non possa riferirsi al fatto altrui).

La persona giuridica non solo è titolare di interessi¹⁹⁹, ma è anche in grado di esprimere la propria volontà che si identifica nei suoi rappresentanti, i soggetti apicali²⁰⁰.

¹⁹⁸ Tale teoria verrà illustrata in seguito in ordine all' "identification principle".

¹⁹⁹ Ed invero l'ente già da tempo svolge un ruolo attivo nella vicenda processuale come, ad esempio, responsabile civile o parte civile.

²⁰⁰ In tale ottica negli anni settanta si affermava "societas delinquere potest"; cfr. **PECORELLA**, *Societas delinquere potest*, in Riv. giur. lav., 1977, pag. 357.

L'ente viene così riconosciuto responsabile in quanto la sua struttura non ha fatto tutto quanto possibile al fine di neutralizzare il rischio della realizzazione dei reati²⁰¹.

La “vexata quaestio” di traslare la responsabilità dalla persona fisica alla persona giuridica implica in via principale, nel rispetto del principio di legalità, la ricostruzione del criterio d'imputazione e la creazione di sanzioni “ad hoc” che riguardino solo la società (senza limitarsi a forme sussidiarie quali gli articoli 196 e 197 c.p.)²⁰². Inoltre tutte le modalità di tale schema devono passare attraverso il processo penale.

In conclusione, anche dinanzi alle suddette difficoltà, sostenere l'assunto “societas delinquere non potest”, “più che irreale sembra surreale”²⁰³.

3 La genesi del decreto legislativo, 8 giugno 2001, n. 231 e il contributo delle Convenzioni internazionali di riferimento

L'origine della responsabilità degli enti dipendente da reato deriva da esigenze internazionali²⁰⁴.

²⁰¹ Così **ALESSANDRI**, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002, pag. 33.

²⁰² Cfr. **PALIERO**, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, pag. 1173.

²⁰³ In tal senso, **PALIERO**, cit., *passim*.

²⁰⁴ Tra tali esigenze si rileva la volontà di adeguarsi alle scelte di molti paesi che gradualmente riconoscono la responsabilità della società. Nella specie, in Inghilterra (come si illustrerà anche in seguito) la stessa ha origine attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della “responsabilità vicaria”, mentre, negli Stati Uniti, nel 1882 con il codice penale di New York.

Il codice penale francese *Nouveau Code Pénal*, entrato in vigore il 1 marzo 1994, altresì, statuisce all'art. 121-2 che le persone giuridiche, ad esclusione dello Stato, sono penalmente responsabili, nei casi previsti dalla legge o dal regolamento, per le infrazioni commesse per il loro conto, dai loro organi e rappresentanti. Inoltre si precisa che la responsabilità delle persone giuridiche non esclude quella delle persone fisiche, autrici o complici, degli stessi fatti. Si istituisce così una responsabilità penale generale per quanto riguarda i soggetti considerati, ma di natura speciale sotto l'aspetto delle infrazioni per le quali essi sono suscettibili di essere imputati; cfr. **PRADEL**, *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla parte generale*, in *Indice pen.*, 1994, pag. 13; **DE SIMONE**, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 211.

Nel 1995 anche in Spagna è stata introdotta la responsabilità della persona giuridica, ma solo nei casi previsti dalla parte speciale del codice (in prevalenza in ordine alle fattispecie di criminalità organizzata) e in base ad un sistema di *consecuencias accesorias* (art. 129); si confronti, **ZUGALDIA ESPINAR**, *Comentario al artículo 129*, in *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2000.

Il primo invito ad introdurre tale responsabilità è rappresentato dalla Raccomandazione n. 18 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, datata 20 ottobre 1988, al fine di perseguire “l’opportunità di attribuire la responsabilità là dove si ottiene un beneficio”²⁰⁵.

Un successivo fattore rilevante consiste nella necessità di adempiere ad un catalogo di convenzioni tra cui la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione europea, definita a Bruxelles il 26 maggio 1997 ed in particolare, la Convenzione OCSE, stipulata a Parigi il 17 dicembre 1997, sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali²⁰⁶. Tale concordato ribadisce anche alcuni principi già espressi nella Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità Europee del 26 luglio 1995 (Convenzione PIF) che impegna tutti gli Stati firmatari, tra cui l'Italia, ad introdurre nella loro legislazione fattispecie

Inoltre è necessario sottolineare come la responsabilità degli enti sia prevista anche all'interno del *Corpus Juris*, contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea ed esempio degli sforzi delle ricerche europee che sono indirizzati “verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace” basata sulla assimilazione, cooperazione e armonizzazione. Il primo concreto progetto del *Corpus Juris* è il frutto del lavoro di un gruppo di esperti sotto la direzione di Mireille Delmas-Marty, fondato sull'idea dello “spazio giudiziario europeo”. Il *Corpus juris* del 1996 prevede alcune regole generali in materia di diritto penale sostanziale, un catalogo delle incriminazioni, le relative sanzioni, le norme sul processo penale, la creazione di un pubblico ministero europeo, e infine l'applicazione sussidiaria del diritto nazionale. Il testo del *Corpus juris* è stato novato alla fine del 1999 (*la version de Florence*). In particolare il quadro della tutela penale avverso la criminalità d'impresa si basa su tre diversi livelli di incriminazione in ordine allo stesso accadimento criminoso: persona fisica (art. 11), dirigente (art. 12) e persona giuridica (art. 13). Nella specie, l'art. 13 recita in tal senso: “sono responsabili dei reati sopra definiti (artt. 1-8) anche gli enti che possiedono la personalità giuridica, così come quelli che possiedono la qualità di soggetti di diritto e che sono titolari di un patrimonio autonomo quando il reato è stato realizzato per conto dell'ente da un organo, un rappresentante o da una qualunque persona che abbia agito in nome dell'ente o che abbia un potere di decisione, di diritto o di fatto. La responsabilità penale degli enti non esclude quella delle persone fisiche, autori, istigatori o complici degli stessi fatti”; cfr. **PICOTTI** (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004; **DELMAS MARTY – VERVAELE**, *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Paris, Intersentia, 2000 (con il testo del C.J. dopo le modifiche); **GRASSO – SICURELLA**, *Il Corpus Iuris 2000*, Milano, 2002 (con il testo del C.J. dopo le modifiche); **ROSSI VANNINI**, *La collaborazione giudiziaria ed il Corpus Iuris elaborato dalla Commissione europea: off-shore extra-UE e strumenti per la tutela delle risorse comunitarie*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1997, 1285 (e ivi, pag. 1299, è pubblicato il testo del C.J. nella versione originaria).

²⁰⁵ Il testo integrale si confronti in Riv. trim. dir. pen. ec., 1991, pag. 656.

²⁰⁶ Cfr. **DRAETTA**, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in Dir. scambi e comm. int., 1998, pag. 969.

penali idonee a perseguire le frodi lesive degli interessi finanziari delle Comunità Europee in materia sia di spese che di entrate. Nel secondo Protocollo di tale Convenzione, adottato e firmato a Lussemburgo il 19 giugno 1997, si disciplina il principio secondo il quale, in relazione ai delitti di frode, riciclaggio, corruzione attiva ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee, corruzione nel settore privato, l'ente può essere perseguito, in presenza di un comportamento quantomeno colposo dei soggetti che agiscono per suo conto e le sanzioni applicabili a suo carico possono essere di natura penale o amministrativa, a seconda della discrezionale scelta degli Stati firmatari, purché effettive, proporzionate e dissuasive²⁰⁷.

Un autorevole giurista²⁰⁸ interpreta l'attribuzione di tale discrezionalità sottolineando che “i tratti di tale responsabilità, con tutta evidenza, sono quelli caratteristici di una responsabilità penale” e che “se le convenzioni si astengono dall'attribuirle espressamente tale qualifica, lo fanno soltanto in ossequio formale alle scelte di quei legislatori nazionali che ancora non prevedono la responsabilità penale delle persone giuridiche”.

La Convenzione OCSE, altresì, all'art. 2 prevede l'impegno per gli aderenti di “adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione del pubblico ufficiale straniero”.

La ratifica e l'esecuzione dei suddetti atti internazionali sono divenute oggetto di un unico disegno di legge presentato in Parlamento dal Governo il 4 dicembre 1998 e sottoposto a diverse critiche in virtù del sopra esposto dibattito a proposito

²⁰⁷ In tal senso, FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2000, pag. 943.

²⁰⁸ Si confronti, DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 20.

dell'ammissibilità di una responsabilità diretta dell'ente. Tale "iter" parlamentare si conclude con l'emanazione della legge del 29 settembre 2000, n. 300, recante la "disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica", che all'art. 11 prevede un'articolata delega²⁰⁹ al Governo per emanare entro otto mesi un decreto legislativo avente ad oggetto una forma di responsabilità diretta delle persone giuridiche in relazione alla commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione, reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica, nonché in materia di tutela dell'ambiente e del territorio e di prevenzione degli infortuni sul lavoro²¹⁰.

Tra i principi ispiratori della delega rilevano la configurazione di una responsabilità diretta dell'ente, la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti delle persone giuridiche, qualora i soggetti attivi abbiano commesso il reato a vantaggio o nell'interesse delle stesse e, in ipotesi connotate da maggiore gravità del fatto materiale, l'irrogazione di sanzioni diverse, tra cui la confisca (art. 11, lett. i), la chiusura o la sospensione dell'attività dell'ente (art. 11, lett. l, n. 1). In particolare l'articolo 11, lett. q, precisa che "le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del

²⁰⁹ In ordine al tormentato percorso di attuazione della legge delega si confronti **PIERGALLINI**, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in Dir. pen. proc., 2001, pag. 1353.

²¹⁰ I principi e i criteri direttivi fissati dal legislatore disegnano un sistema in cui, ferma la responsabilità penale in capo alle persone fisiche, le persone giuridiche (ed anche associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale) rispondono direttamente, subendo l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, interdittive e di confisca del profitto o del prodotto del reato anche in equivalente, per i reati commessi da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione o di direzione, ovvero da chi esercita, anche di fatto, poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle suddette persone fisiche, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi alle funzioni direttive (art. 11, lett. e).

codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale”.

- Gli enti destinatari della normativa

Riguardo all'ambito di applicazione del d.lgs. 231/200, l'art. 1 della stessa normativa delinea i confini soggettivi di applicazione della normativa in esso prevista, prevedendo che essa riguarda «gli enti forniti di personalità giuridica» e «le società e associazioni anche prive di personalità giuridica» (2° comma); (sviluppando e chiarendo, così, le disposizioni fissate all'art. 11 della legge delega).

Pertanto, oltre alle persone giuridiche private ex art. 12 c.c., ossia a quegli enti, come associazioni e fondazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento giuridico, nonché le società per le quali è previsto l'acquisto della personalità giuridica come effetto dell'iscrizione al registro delle imprese, sono considerati anche le associazioni non riconosciute, comitati e società personali, in quanto, pur privi di tale riconoscimento, sono potenzialmente idonei ad ottenerlo.

E' evidente l'impossibilità di individuare un'elencazione di dettaglio dei vari potenziali soggetti destinatari, tra i quali si annoverano anche gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

La scelta operata dal legislatore, nell'adottare la richiamata formula elastica, è illustrata nella Relazione al decreto in oggetto, ove si sostiene che i suddetti soggetti “potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a maggior rischio di attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità”.

Il novero dei soggetti coinvolti, quindi, risulta molto ampio ed il legislatore ha espressamente previsto gli enti esclusi dall'applicazione del suo dettato.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 1, infatti, sono estromessi: lo Stato, gli enti pubblici territoriali (Regioni, Province e Comuni), gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, quali i partiti politici e i sindacati, privi di personalità giuridica, vista la mancata attuazione dell'art. 39 Cost..

In giurisprudenza²¹¹, altresì, è offerto un contributo al fine di completare la suddetta “zona franca”: “in particolare, richiamando testualmente un passo della relazione della commissione Grosso sul progetto preliminare di riforma del codice penale la relazione al d.lgs. n. 231 prende in considerazione l'ente collettivo «quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente». Ed invero, la responsabilità dell'ente è chiaramente aggiuntiva, e non sostitutiva, di quella di persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune (...). Per le argomentazioni svolte, così, deve concludersi che l'ambito soggettivo di applicazione della recente normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica non può essere esteso alle «imprese individuali». Il divieto di analogia «in malam partem» impedisce la suddetta applicazione, si tratterebbe, infatti, di interpretazione chiaramente contraria all'art. 25 comma 2 Cost”.

D'altronde l'esclusione delle imprese individuali dall'ambito applicativo del decreto è motivato anche dal fatto che le violazioni sono direttamente imputabili in capo all'imprenditore persona fisica, nel quale si identifica l'impresa, contrastando, quindi,

²¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 03 marzo 2004, n. 18941, in *Foro it.*, 2005, pag. 22.

con il principio del “ne bis in idem” l’irrogazione della sanzione in capo all’imprenditore individuale, per il medesimo fatto storico, sia quale soggetto autore materiale in posizione apicale sia in quanto titolare d’impresa.

- Il novero dei reati presupposto

I reati presupposto, cui il decreto si riferisce, sono previsti dalla Sez. III del Capo I, delimitando, così, l’ambito di applicazione oggettivo.

In particolare, in attuazione della Convenzione di Bruxelles, datata 26 maggio 1997, relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, e della convenzione OCSE, 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, sono stati introdotti i primi delitti: indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24), concussione e corruzione (art. 25).

Successive normazioni internazionali, sotto il segno della lotta alla criminalità organizzata, hanno determinato l’ampliamento dei reati ascrivibili agli enti.

Il legislatore, pertanto, ai fini di assicurare una tutela rafforzata dell’euro, ha introdotto il reato di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art. 25 bis). In seguito, sono stati previsti: i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico (art. 25 quater), i reati connessi alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25 quater 1), i delitti contro la personalità individuale (art. 25 quinquies).

Un ulteriore impulso è dato dalla riforma dei reati societari del 2002 che, confermando l'esigenza di un intervento contrastante la criminalità economica, ha portato all'inserimento dei reati societari (art. 25 ter) e dei reati di abuso di mercato (art. 25 sexies).

Inoltre, con l'introduzione della Legge 16 marzo 2006, n. 146 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001), è stata prevista, con l'art. 10 della stessa, la responsabilità amministrativa degli enti anche per ulteriori reati, ove sussista il carattere di transnazionalità della condotta criminosa. In particolare, ai sensi dell'art. 3 l. 146/2006, si intende per reato transnazionale "il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato".

Le fattispecie di reato indicate all'art. 10 della stessa legge sono le seguenti: associazione a delinquere, riciclaggio, traffico di migranti, intralcio alla giustizia. Infine, nel suddetto catalogo, di recente introduzione sono i reati in materia di infortuni sul lavoro (in seguito, trattati nel dettaglio, ai sensi dell'art. 25 septies d.lgs. 231/2001) e i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

(previsti ex art. 25 octies d.lgs. 231) attraverso l'intervento del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

In dottrina²¹² la suddetta cernita dei reati presupposto non è esente da critiche in quanto, ad esempio, l'art. 25 ter, I c., lett. r), d.lgs. 231/2001, prevede l'omessa comunicazione del conflitto d'interessi ex art. 2629-bis c.c. ove la società è il soggetto passivo del delitto stesso. Tale dato, infatti, ha influito sull'estromissione delle altre ipotesi di infedeltà, ex artt. 2634 e 2635 c.c., dal succitato novero dei reati.

Le ultime novità, invece, concernono il settore degli infortuni sul lavoro e la tutela dell'ambiente. Ai sensi dell'art. 25 septies d.lgs. 231/2001, infatti, si disciplinano i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche (di cui si tratterà in seguito, a proposito delle problematiche applicative, soprattutto per quanto concerne l'accertamento del criterio di imputazione oggettivo).

Inoltre, recentemente, è avvertita, a livello comunitario (si veda, ad esempio, la Direttiva 2005/35/CE), l'esigenza di introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche in relazione ai reati ambientali.

L' "excursus" normativo, che determina la suddetta necessità, origina dalla decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea n. 80/2003²¹³ che prevedeva l'attribuzione della responsabilità per i delitti ambientali anche in capo alle persone giuridiche. I reati presupposto erano previsti agli artt. 2 e 3 della decisione stessa, rispettivamente rubricati "reati intenzionali" e "reati di negligenza". Nella specie, l'art. 2 disciplinava sette ipotesi di delitti, di cui il primo, ai sensi della lett. a), presentava una

²¹² In tal senso, **FOFFANI**, *Le infedeltà*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Milano, 2002.

²¹³ Il testo integrale è pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, 5 febbraio 2003, n. L29.

struttura composta dalla condotta consistente nello scarico, emissione o immissione, nell'aria, nel suolo o nelle acque, di sostanze o radiazioni ionizzanti, e dall'evento rappresentato dalla morte o dalle lesioni gravi alle persone. L'art. 6 della decisione quadro accollava, poi, la responsabilità ("prima facie" di natura penale) in capo alle persone giuridiche, definite, ai sensi dell'art. 1, come "qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche". Il seguente modello di ascrizione della responsabilità è simile a quello del d.lgs. 231/2001, il quale, però, è caratterizzato da un'evidente differenza sintomatica rilevante in termini di un valore aggiunto positivo.

Secondo la Decisione Quadro, infatti, non è possibile che si possa prescindere, per l'attribuzione della responsabilità alla persona giuridica, dall'individuazione della persona fisica autrice materiale dei reati presupposto; cioè non esiste una norma speculare all'art. 8 d.lgs. 231/01 che sancisce l'autonomia della responsabilità della società (per la cui approfondita analisi si rinvia al terzo capitolo).

La normativa europea in esame, in particolare, si distingue per una struttura bipartita che si dirama in una forma di responsabilità diretta e indiretta per i fatti costitutivi dei reati di cui agli artt. 2 e 3 della decisione quadro. Nella specie, il primo addebito si fonda sulla condotta penalmente rilevante dei soggetti che detengono una posizione dominante in seno alle società, in quanto dotati di poteri di rappresentanza, decisione o controllo, mentre il secondo si innesta nell'ambito delle fattispecie in cui la carenza di sorveglianza o di controllo da parte di uno dei succitati soggetti dominanti abbia agevolato la commissione, sempre a vantaggio dell'ente, dei menzionati reati, da parte di una persona soggetta all'eterodirezione degli stessi. Un altro distinguo, altresì, è

la mancanza di una scusante (legata all'adempimento di tassative condizioni) quale quella ex art. 6 d.lgs. 231/01.

L'esaminata decisione, però, ha avuto breve vita in quanto è stata annullata dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, datata 13 settembre 2005, n. 176/03²¹⁴ per eccesso di potere, non rientrando nella competenza del Consiglio la tutela penale dell'ambiente e, di conseguenza, l'attribuzione della responsabilità penale alla società. La motivazione, quindi, si regge sulla conosciuta delimitazione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri. L'armonizzazione del diritto penale, infatti, ammette una sfera di discrezionalità in capo agli Stati membri, ma la tutela dell'ambiente attiene alla competenza del primo pilastro che statuisce un'assoluta cognizione della Comunità Europea; così un estratto della sentenza: “la decisione quadro del Consiglio 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, sconfinando nelle competenze che l'art. 175 CE attribuisce alla Comunità, viola nel suo insieme, data la sua indivisibilità, l'art. 47 UE. Essa, pertanto, è annullata”.

L'intento di introdurre una responsabilità diretta delle società a tutela dell'ambiente non è stato, però, abbandonato.

Il 17 gennaio 2007, infatti, è stato approvato definitivamente il disegno di legge “Comunitaria 2006”²¹⁵ che contiene la delega per il recepimento della direttiva 2005/35/CE che legittima l'irrogazione di sanzioni pecuniarie (per un ammontare che oscilla tra un limite minimo di 150 mila euro ed un tetto massimo di 1.500.00 euri) ed

²¹⁴ Si consulti il testo integrale della sentenza sul sito www.ambientediritto.it.

²¹⁵ Il disegno di legge approvato e titolato “disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2006” si compone di ventotto articoli e di tre allegati, con i quali si recepiscono ventisette direttive, interessanti diversi settori quali l'immigrazione, la giustizia, la sanità, l'agricoltura, e la tutela dell'ambiente; ai fini della consultazione, si veda il sito www.governo.it.

interdittive (quali il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale) in capo alle società per gli illeciti di inquinamento del mare da parte di navi dalle stesse gestite.

Un'altra anticipazione, finalizzata al coinvolgimento della società nella tutela dell'ambiente, (anche se parziale, in quanto non si riconosce, di nuovo, una forma diretta di ascrizione della responsabilità degli enti in materia ambientale) è rappresentata dal quarto comma dell'art. 192 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (il c.d. Nuovo Codice dell'ambiente), recante "Norme in materia ambientale"²¹⁶. Tale norma sancisce il principio di solidarietà in capo agli enti per l'abbandono dei rifiuti ad opera dei soggetti apicali, secondo le previsioni del d.lgs. 231/2001. Il rinvio risulta, però, anomalo in quanto la responsabilità solidale dell'ente concerne un'obbligazione di "facere" che non nasce da un reato e non è, appunto, autonoma (contrariamente al disposto ex art. 8 d.lgs. 231/01).

²¹⁶ L'art. 192 d.lgs. 152/06, titolato "Divieto di abbandono" recita così: "L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati (I c.). E' altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee (II c.). Fatta salva l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate (III c.). Qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo le previsioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni (IV c.);" il testo integrale del decreto in esame è pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* del 14 aprile 2006.

4 La capacità di colpevolezza della persona giuridica: i criteri di imputazione oggettivo e soggettivo (rinvio)

4.1 La tesi dell'immedesimazione organica: le origini pubblicistiche

Iniziando, quindi, a tracciare un percorso di analisi della normativa, necessita una premessa in merito alla struttura del d.lgs. 231/01.

In particolare, si individuano quattro capi, di cui il primo è articolato in tre sottotitoli. “In primis” si delineano i principi generali di garanzia e si definiscono i criteri di imputazione del fatto di reato all’ente, si descrive il quadro sanzionatorio con i relativi criteri di commisurazione e si elencano i reati che costituiscono il presupposto della responsabilità.

Il secondo capo, invece, è dedicato alle vicende modificative dell’ente, mentre il successivo alle disposizioni processuali. Infine, nell’ultimo trovano collocazione le disposizioni di attuazione e coordinamento.

In tale ambito si intende sottolineare come, al di là dell’ “etichetta” attribuibile alla natura della responsabilità dell’ente (anche se è evidente, dall’indagine sopra esposta che l’origine della stessa è penalistica), il d.lgs. 231/2001 sia manifestazione di uno sforzo del legislatore di creare un illecito per fatto proprio colpevole, commesso dalla persona giuridica²¹⁷.

L’analisi, sopra effettuata, traccia una panoramica degli strumenti che permettono di superare l’obiezione che si riferisce all’incapacità di azione dell’ente (concezione che risulta arcaica e problematica nell’odierna realtà socio-economica ove far riferimento

²¹⁷ Un autorevole giurista, Tiedemann, è uno dei primi a riconoscere che le organizzazioni complesse possono essere destinatarie di una responsabilità per colpa nell’ipotesi in cui le stesse si siano “male organizzate” (*Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*); così **TIEDEMANN**, *Strafbarkeit juristischen personen?*, Heilderberg, 1996.

all'imprenditore persona fisica costituisce una mera convenzione)²¹⁸ tra i quali, in via principale, rileva la teoria organica; allo stesso tempo si critica la tesi relativa all'incapacità di colpevolezza della persona giuridica (anche se, ancora oggi, da alcuni sostenuta)²¹⁹.

In particolare è necessario riproporre alcune premesse dogmatiche.

La teoria organica²²⁰ nasce come mezzo per contrastare la tesi della finzione²²¹ e attribuisce alla società piena capacità giuridica elaborando una concezione che muove dal presupposto che nella realtà sociale esistono, accanto alla persona fisica, altri enti dotati di una propria volontà²²² e portatori di un proprio interesse distinto da quello dei singoli membri²²³.

²¹⁸ “Il modello ottimale di responsabilità deve coinvolgere sia gli enti sia le persone fisiche di chi o ha delineato la politica d'impresa delittuosa, o ha omesso di far predisporre un efficace sistema organizzativo per la prevenzione degli strutturali reati di impresa. Esonerare gli uni o gli altri, con le più diverse tecniche (normative o prasseologiche), avrebbe l'effetto di un boomerang: l'introduzione della responsabilità diretta delle imprese verrebbe percepita dalla collettività come un artificio, ideato dalle stesse imprese”; in tal senso, **MARINUCCI**, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 1213. Nello stesso senso, ma in termini diversi, si esprime **PULITANÒ**, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 425, per il quale “La capacità di colpevolezza della persona giuridica, ideologicamente negata da un filone della dottrina, è implicita nella configurazione fattuale e giuridica di un soggetto capace di agire e la tesi che nega in radice la capacità di colpevolezza delle persone giuridiche è supporto ideologico di pretese di ingiustificato privilegio”.

²¹⁹ Cfr. **CRESPI**, *I cinquant'anni della Rivista*, in Riv. soc., 2006, pag. 877.

²²⁰ Tale orientamento origina dalle ricerche di O.V. Gierke; in tal senso, **GIERKE**, **MAITLAND**, *Political theories of the middle age*, The Lawbook Exchange, 2002. Tale tesi, altresì, è utile per legittimare la capacità a donare, superando così l'eccezione della natura personale della donazione, in capo alle associazioni, sempre che l'atto costitutivo e lo statuto lo consentano. In ordine alla capacità a donare delle società il discorso è diverso in quanto una parte della dottrina eccepisce la mancanza, nella donazione stessa, dello scopo di lucro che rappresenta la caratteristica essenziale di ogni società. Altri, però, rilevano che non sussista un'incompatibilità ontologica tra atti di donazione e fini societari, essendo necessaria, invece, un'indagine in concreto in merito all'adesione del negozio di donazione ai fini della società; cfr. **TORRENTE**, *La donazione*, Milano, 1956.

²²¹ Nell'ambito della teoria del diritto, da qualche tempo, si denunciava “la falsa suggestione contenuta nella nozione di finzione”, osservando come: “il suo peculiare difetto consiste nell'occultare il fatto, che quando parole riferite normalmente a degli individui vengono adoperate per le società, come pure l'uso dell'analogia che esse comportano, vi è allora una radicale differenza da tener presente nella maniera in cui quelle parole vengono così ad essere adoperate, con un relativo spostamento di significato”; in tal senso, **HART**, *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, in Contributi all'analisi del diritto, Milano, 1964.

²²² In Italia i primi giuristi che riconoscono l'esistenza di una “volontà sociale”, parallela e distinta all'elemento psicologico delle persone fisiche, sono Palazzo e Pecorella; in tal senso, **PALAZZO**, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, pag. 440. “Il principio nulla poena sine culpa non contiene una tendenza ad eticizzare il diritto penale, bensì si oppone soltanto a quei criteri di imputazione dell'illecito che si basano esclusivamente sul nesso di causalità materiale.

In concreto la teoria dell'immedesimazione organica viene applicata per la prima volta in relazione al rapporto tra ente pubblico e funzionario. Le norme disciplinanti l'istituto della rappresentanza (artt. 1387 e ss. c.c.), infatti, risultano insufficienti ai fini della tutela degli interessi del cittadino, in quanto l'ente pubblico, in caso di esiti negativi dell'attività compiuta dal rappresentante, può disconoscere l'atto o gli atti medesimi.

Configurando, invece, l'organo²²⁴ come immedesimato nell'ente, scompare la separazione tra l'imputazione degli atti giuridici al rappresentante e l'imputazione degli effetti al rappresentato. La pubblica amministrazione, così, si configura come l'insieme dei suoi funzionari e tale rapporto di identità comporta che l'attività della stessa coincida con quella dei dipendenti che compiono, singolarmente o in gruppo, le singole attività e prestazioni.

Tali sono le premesse alla base dell'elaborazione dell'art. 28 Cost.²²⁵; infatti, in forza della immedesimazione organica, il fatto del pubblico agente è attribuito

Anche la condotta della società può, in questo senso essere colpevole o incolpevole, essendo riconosciuta alla società una sua "volontà (..)"; posizione interpretativa conforme è avallata da **PECORELLA**, *Societas delinquere potest*, in Riv. lav., 1977, pag. 357.

²²³ In ambito di diritto civile, tale assunto rappresenta il fondamento della teoria normativa che considera le persone giuridiche come soggetti di diritto; cfr. **GALGANO**, *Persone giuridiche*, in Comm. del codice civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 1969. Tale impostazione non sfugge anch'essa, però, ad alcune critiche che costituiscono il punto di partenza di nuove elaborazioni. Una compiuta affermazione dell'idea che i diritti possono riguardare solo gli uomini si ritrova nel pensiero di Kelsen e, di conseguenza, la persona giuridica viene intesa come espressione unitaria di un complesso di norme ed il suo riconoscimento da parte dell'ordinamento rappresenta così una modalità di disciplina di certi fenomeni di associazione o di organizzazione (la persona giuridica partecipa, così, alla realtà normativa); si confronti, **KELSEN**, *Teoria generale del diritto dello Stato*, Milano, 1975. Per una rassegna delle suddette teorie si confronti, **BIANCA**, *Diritto civile*, Milano, 1990.

²²⁴ Secondo la dottrina pubblicistica l'organo rappresenta un ufficio particolarmente qualificato da una norma come idoneo ad esprimere la volontà della persona giuridica e ad imputarle l'atto e i relativi effetti. Ne deriva così che rispetto all'ente l'organo non rappresenta un'entità distinta, ma semplicemente una parte costitutiva; cfr. **SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

²²⁵ Tale norma recita in tal senso: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici". Si sancisce così un sistema di due responsabilità dirette e parallele che contempera due esigenze, da un lato vi è il bisogno di un sistema di responsabilità che assicuri il funzionamento della pubblica amministrazione in modo parziale ed efficiente, dall'altro sussiste la necessità di responsabilità mirate per evitare il rischio di inerzia da parte dei dipendenti pubblici; cfr. **SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

all'amministrazione e importa la responsabilità della stessa²²⁶. Inoltre, ai sensi dell'art. 28 Cost., lo stesso accadimento comporta la responsabilità anche del dipendente. Nella specie il suddetto rapporto organico si giustifica tramite l'applicazione di un criterio teleologico: è imputabile all'ente quell'azione meramente materiale che investe la funzione, cioè la tutela dell'interesse pubblico.

Al contrario tale rapporto si spezza nel momento in cui la condotta non è riconducibile alla suddetta finalità, (ma a scopi egoistici). Nelle ipotesi di comportamenti dolosi dell'agente, legati né da nesso eziologico né da nesso di "occasionalità necessaria" con l'attività amministrativa, infatti, la responsabilità della pubblica amministrazione è esclusa. In particolare, quindi, la suddetta esclusione si legittima nel caso in cui ricorrano le seguenti condizioni: non sussiste nessuna correlazione tra la condotta dell'agente e l'attività amministrativa, dal momento che tale condotta non solo non viene in essere "a causa" dell'esercizio delle funzioni amministrative, ma non è stata eseguita nemmeno "in occasione" dell'esercizio delle stesse oppure l'agente è mosso da un fine strettamente personale ed estraneo alla pubblica amministrazione²²⁷.

²²⁶ Anche la giurisprudenza recente accoglie tale teoria organica ed, in particolare, interessante è una sentenza in cui la Cassazione Civile chiarisce che la fattispecie di responsabilità della p.a. verso terzi per condotta di propri dipendenti è disciplinata dall'art. 2043 (responsabilità soggettiva diretta) c.c. e non dall'art. 2049 c.c. (responsabilità obbiettiva indiretta), in quanto "lo Stato e gli altri enti pubblici non possono agire che a mezzo dei propri organi, il cui operato non è di soggetti distinti, ma degli enti stessi in cui essi s'immedesimano: ed è in virtù di tale rapporto organico che la responsabilità derivante dalla loro attività risale appunto alle persone giuridiche pubbliche delle quali sono espressione. La pubblica amministrazione risponde quindi immediatamente e direttamente (e non indirettamente, per rapporto institorio) per i fatti illeciti dei suoi funzionari e dipendenti - secondo un'accezione onnicomprensiva - quali che siano le mansioni espletate (di concetto o d'ordine, intellettuali o materiali). L'art. 28 della Costituzione, invero, non ha inteso immutare la natura della responsabilità diretta dell'amministrazione e sanzionare il principio della responsabilità indiretta, non riferibile istituzionalmente alla p.a., ma ha solo voluto sancire accanto ad essa quella propria degli autori dei fatti lesivi delle situazioni giuridiche altrui. Perché ricorra tale responsabilità della p.a. non basta, ovviamente, il semplice comportamento lesivo del dipendente; deve sussistere, infatti, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso"; cfr. Cass. Civ., Sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, pag. 3289.

²²⁷ In tal senso, CACACE, *Condotta del funzionario infedele e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Danno e resp.*, 1999, pag. 435.

4.1.1 Un'anticipazione del paradigma della colpa d'organizzazione: la colpa dell'apparato.

Proseguendo l'indagine, sempre nell'ambito del settore pubblicistico, è possibile individuare un precedente analogo al paradigma della colpa di organizzazione nella elaborazione del concetto di "colpa dell'apparato", esplicitato nella famosa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, datata 22 luglio 1999, n. 500²²⁸.

La Suprema Corte, grazie ad una posizione interpretativa estensiva della portata dell'art. 2043 c.c., affermava la risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e ne stabiliva i presupposti: il verificarsi di un evento dannoso, la sussistenza di un danno ingiusto (non previsto né giustificato dalla legge), la presenza di un nesso di causalità tra la condotta (attiva od omissiva) della pubblica amministrazione e l'evento dannoso, l'imputabilità dell'evento dannoso al dolo o alla colpa della pubblica amministrazione. In merito all'elemento soggettivo i giudici si discostavano dal precedente orientamento, secondo cui si riconosceva, in capo alla pubblica amministrazione, la colpa "in re ipsa" per il solo fatto dell'esecuzione volontaria di un atto amministrativo illegittimo. Essi davano così significativa rilevanza al principio del legittimo affidamento (di cui si tratterà, in seguito, dettagliatamente in merito alla sua utilità nell'ambito delle organizzazioni complesse) e sostenevano che l'eventuale colpa della pubblica amministrazione andasse accertata, non solo in base alla misura della difformità dai parametri normativi che governano l'esercizio del potere amministrativo, ma anche con riguardo alla sua attitudine a pregiudicare gli affidamenti dei privati²²⁹.

²²⁸ Per la consultazione del testo integrale si consulti il *Foro it.*, 1999, pag. 2487.

²²⁹ "L'imputazione non potrà quindi più avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il Giudice dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma della P.A. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, alle quali l'esercizio della funzione

Si può riconoscere, quindi, un comportamento colposo in capo alla pubblica amministrazione nell'ipotesi in cui tale agire sia caratterizzato dal coattivo o dall'omesso apprezzamento dei fatti e degli atti, dall'erronea verifica delle normative applicabili al caso di specie, dalla carenza di ogni valutazione degli interessi privati coinvolti nella vicenda, contribuendo così alla formazione di una volontà provvedimento risultata viziata, in quanto non conforme ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Si chiarisce, pertanto, che l'indagine riservata al giudice deve riferirsi alla pubblica amministrazione intesa come apparato e non al funzionario che ha adottato l'atto illegittimo²³⁰. Il principio di correttezza, infatti, deve coinvolgere il comportamento degli apparati delle pubbliche amministrazioni nei loro rapporti con i privati e, di conseguenza, la colpa si configura nei casi di violazione delle regole di imparzialità e di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.²³¹, che costituiscono il limite esterno dell'agire delle stesse istituzioni.

La colpevolezza delle organizzazioni pubbliche viene, così, ricostruita in termini obiettivi, ma non in modo assoluto.

Esemplificativa è una sentenza recente²³² che esclude la responsabilità di un Comune per aver reiterato l'adozione di una variante al piano regolatore, ostacolando così l'insediamento di un giacimento di smaltimento rifiuti. Il difetto dell'elemento soggettivo della colpa era motivato in base alla prova dell'agire dell'organizzazione ai

amministrativa deve ispirarsi e che il Giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità"; Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, pag. 2487.

²³⁰ Cfr. **GAVERINI**, *L'accertamento della colpa amministrativa, tra responsabilità oggettiva e valutazioni soggettive*, in *For. Amm.*, 2006, pag. 1974.

²³¹ Indicativa una recente sentenza emessa dal Consiglio di Stato: "nell'accertamento del requisito della colpevolezza dell'apparato amministrativo ai fini della responsabilità della P.A., il giudice deve tener conto in particolare della complessità delle questioni coinvolte, della chiarezza del quadro normativo, dello stato della giurisprudenza e delle condizioni caratterizzanti l'organizzazione e l'attività amministrativa"; Cons. Stato, 21 giugno 2005, n. 3242, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 1805.

²³² Si confronti Cass. Civ., Sez. I, 4 settembre 2001, n. 11396, in *Corr. Giur.*, 2002, pag. 343.

fini della tutela del primario interesse pubblico evitando il pericolo di inquinamento ambientale derivante dalla localizzazione del giacimento nel territorio comunale.

Un ulteriore temperamento al profilo obiettivo della responsabilità in oggetto è rappresentato dalla necessaria valutazione in merito all'eventuale riconoscimento di una "scusabilità dell'illegittimità" commessa dalla pubblica amministrazione.

Nel caso, infatti, l'illegittimità sia correlata ad una norma oggetto di interpretazioni difformi è indispensabile una indagine in concreto (di competenza del giudice e da effettuarsi "ex ante") in merito alla commissione di un errore scusabile. Nella specie, i giudici di merito confermavano la sentenza che rigettava la domanda di risarcimento dei danni avanzata nei confronti di una Regione da un ente, avente quale oggetto sociale la lavorazione di mobili in legno. La suddetta istanza si fondava sulla negligente condotta del funzionario dell'amministrazione stessa, il quale forniva una errata informazione alla società attrice, escludendo la necessità di un'autorizzazione per intraprendere una specifica attività nel settore produttivo della stessa. Il ricorrente, di conseguenza, sosteneva di aver subito un ingente danno, in quanto, facendo affidamento sulla suddetta notizia, aveva effettuato numerosi investimenti, vanificati dal successivo diniego di autorizzazione.

I giudici di merito, invece, non accoglievano il ricorso giacché consideravano l'errata informazione conseguenza di un errore scusabile in quanto, all'epoca dei fatti, prevaleva un orientamento in giurisprudenza secondo il quale l'autorizzazione in ordine al settore produttivo in oggetto non era necessaria²³³.

²³³ Si confronti Cass. Civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Giur. It.*, 2004, pag. 1729.

4.1.2 Le fonti normative del rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto attivo del reato e l'ente: gli artt. 5 e 8 del d.lgs. n. 231/2001.

Tornando all'ambito oggetto d'indagine, la teoria organica, pertanto, permette di attribuire soggettività reale all'ente collettivo; infatti, le azioni dei soggetti che agiscono in qualità di organi dell'ente sono da ritenere azioni dell'ente; (avversa a tale ricostruzione vi è una posizione in dottrina²³⁴ secondo la quale la responsabilità dell'ente si configura in forma di un "concorso anomalo" al reato della persona fisica mediante la colpevolezza d'organizzazione).

Nella specie, l'art. 8, ex d.lgs. 231/2001 sancisce l'autonomia della responsabilità della persona giuridica. Tale norma prevede, al primo comma, che la responsabilità dell'ente continui a sussistere sia quando l'autore non sia stato identificato che nel caso in cui vi sia estinzione del reato per una causa diversa dall'amnistia. La logica rinuncia della punibilità, infatti, si estende anche alle persone giuridiche, mentre lo stesso fenomeno non avviene nel caso di morte del reo (persona fisica) o per prescrizione (l'art. 22, d.lgs. 231/01 prevede un distinto termine di prescrizione per l'ente) e ciò si giustifica grazie al riconoscimento dell'autonomia del reato della persona giuridica.

Alla luce di tale impostazione, in giurisprudenza²³⁵, altresì, si esclude che il sequestro finalizzato alla confisca disposto nei confronti della persona fisica, legata ad

²³⁴ La colpa di organizzazione si intende quale elemento che consente di individuare una forma inedita di partecipazione dell'ente nel reato altrui in virtù della necessità di un legame tra la violazione organizzativa e il concreto fatto criminoso commesso dal singolo; si confronti, **ROMANO**, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in Riv. soc., 2002, pag. 396.

²³⁵ Le motivazioni a fondamento del suddetto assunto sono le seguenti: "La normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001 configura la responsabilità degli enti come autonoma, anche se alla base di essa si colloca il rapporto di carattere organico sussistente con la persona fisica autore del reato, che porta quest'ultima a tenere una condotta illecita «nell'interesse o a vantaggio dell'ente» (art. 5 del decreto): si tratta, peraltro, di un collegamento tra individuo e persona giuridica che, in alcuni casi, sfuma quasi del tutto (come nel caso di cui all'art. 8, quando l'autore del fatto non è stato identificato o non è imputabile) e che ha principalmente lo scopo di salvaguardare il nuovo modello di responsabilità da censure di incostituzionalità rispetto al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 cost."; in tal senso, Cass. Pen., sez. II, 14 giugno 2006 in Riv. giur. trib., 2007, pag. 40.

una persona giuridica da un rapporto organico, sia in rapporto di sussidiarietà rispetto al sequestro nei confronti della persona giuridica.

Uno spunto di riflessione sorge così spontaneo: l'art. 8 d.lgs. 231/01, ai sensi del quale non è indispensabile l'identificazione del soggetto fisico, dimostra che in realtà non è interesse prevalente l'individuazione della responsabilità dello stesso, quanto, invece, l'elaborazione di un legame utile a legittimare la responsabilità diretta della società (riguardo alla natura di tale collegamento si rinvia al seguente capitolo).

Riguardo alla suddetta norma, però, non si escludono problematiche applicative.

Riproponendo, infatti, il dettato che prevede il sopravvivere della responsabilità dell'ente in presenza di una causa estintiva del reato diversa dall'amnistia, sorge il quesito di come conciliare tale assunto con l'istituto della remissione della querela (ex art. 152 c.p.). Tale causa di estinzione del reato sancisce, infatti, l'improcedibilità del reato presupposto anche nei confronti dell'ente. L'art. 8, altresì, va letto unitamente all'art. 37 d.lgs. 231/01 che disciplina i "casi di improcedibilità". La mancanza di una condizione di procedibilità impedisce, così, che si proceda all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente (ad esempio, la mancanza della querela riguardo a talune fattispecie di reato societario disciplinate dall'art. 25 ter d.lgs. 231/01).

Stante il tenore letterale dell'art. 37 (che si riferisce all' "azione penale"), la procedura per l'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente può iniziare anche in assenza di una condizione di procedibilità che possa ancora sopravvenire, ma non può né iniziare né protrarsi dopo l'inutile decorso del termine per proporre querela.

Una seconda fonte normativa, esempio dell'autonoma responsabilità dell'ente, è l'art. 5, ex d.lgs. 231/2001, che rappresenta l'espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto attivo del reato e l'ente. Si richiede, infatti,

che determinate categorie di individui (legate da un rapporto funzionale alla società)²³⁶ commettano il reato nell'interesse o vantaggio della stessa.

Il secondo comma dell'art. 5 d.lgs. 231/2001, invece, introduce una circostanza interruttiva del nesso di ascrizione oggettivo (nonché del rapporto di immedesimazione organica) prevedendo che "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi"²³⁷. La necessità della suddetta distinzione in merito alla natura degli scopi perseguiti dai soggetti apicali, oggi codificata, è stata anticipata dalla giurisprudenza, anche se in relazione ad una diversa fattispecie, nella motivazione della ormai nota sentenza Cusani²³⁸. In particolare, si escludeva la configurabilità del reato di appropriazione indebita per distrazione, in quanto lo stesso Cusani aveva agito, non per interessi personali ("uti dominus"), ma al fine della cura dello scopo sociale. Il soggetto apicale, così, aveva operato quale *mens rea* dell'ente. Si concludeva, pertanto, che il versamento su un conto ufficialmente non riconducibile alla società, operato da una parte soltanto del consiglio di amministrazione, di una somma di denaro facente parte di una riserva finanziaria occulta della società stessa, non poteva essere di per sé considerato idoneo atto di interversione del titolo del possesso, ove venisse rigorosamente provato che la gestione dei fondi fosse stata comunque finalizzata al perseguimento degli scopi sociali.

²³⁶ In ordine ai criteri di imputazione soggettivi ed ad un'analisi compiuta del criterio di imputazione oggettivo della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti si rinvia al capitolo successivo.

²³⁷ Nello stesso senso in giurisprudenza: "La disposizione citata prevede che l'ente non risponde dell'illecito qualora gli autori del reato hanno agito "nell'interesse esclusivo proprio o di terzi": si tratta di una norma che si riferisce 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 perchè 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 il d.lgs. n. 231 del 2001 cit., art. 5, comma 2 si riferisce soltanto alla nozione di interesse: in ogni caso, si tratterebbe di un vantaggio "fortuito", in quanto non attribuibile alla "volontà dell'ente"; cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32627, in *Dir. giust.*, 2006, pag. 54.

²³⁸ Cass. Pen., sez. V, 21 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, pag. 517.

Ritornando, di conseguenza, al dettato del secondo comma dell'art. 5 d.lgs 231/01 si evince che si è in presenza di un'unica fattispecie di reato da cui possono derivare una duplicità di effetti, che autonomamente e direttamente si imputano sia alla persona fisica che alla persona giuridica²³⁹.

²³⁹ Si ritiene utile indicare un profilo di carattere processuale da cui, indirettamente, si individua l'autonoma posizione rivestita in tale contesto dalla persona giuridica rispetto alla persona fisica. La questione controversa sia in dottrina che in giurisprudenza riguarda l'ammissibilità della diretta costituzione di parte civile nei confronti della società responsabile ai sensi del d.lgs. 231/2001. Gli argomenti, che escludono tale esercizio diretto dell'azione civile nel processo penale, sono di diversa specie. In primo luogo, in base ad una interpretazione letterale delle norme del decreto in esame, si rileva che sussistono diversi dati normativi che non fanno alcun riferimento alla posizione della parte civile. Un esempio è rappresentato dall'art. 54 d.lgs. 231/2001, che, nel prevedere e nel disciplinare il sequestro conservativo di beni facenti capo all'ente, ne limita l'operatività alle garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, ponendo conseguentemente il p.m. quale unico titolare della relativa richiesta, e ciò in evidente deroga al disposto di cui all'art. 316, II c., c.p.p. che, appunto, estende alla parte civile la richiesta in questione a garanzia delle obbligazioni civili derivanti dal reato. Ancora, si richiama, nello stesso senso, la disciplina contenuta nell'art. 69 d.lgs. 231/2001, concernente la sentenza di condanna pronunciata a carico dell'ente, che non opera alcun riferimento alle questioni civili. Conforme alla sopra esposta tesi è, in giurisprudenza, l'ordinanza del G.u.p. del Tribunale di Milano, datata 25 gennaio 2005; nello stesso senso, in dottrina, anche a commento della ordinanza indicata, **GIARDA**, *Azione civile di risarcimento e responsabilità punitiva degli enti*, in Corr. Mer., 2005, pag. 576.

Al contrario, un recente orientamento giurisprudenziale, confermando l'autonomo ruolo svolto dall'ente, quale parte processuale, ammette la diretta costituzione di parte civile nei confronti dell'ente. Le argomentazioni a sostegno della seguente tesi confutano anche le contrarie motivazioni sopra esposte. "In primis" si evidenzia che il legislatore nel d.lgs. 231/01, al fine di non appesantire la legislazione speciale, ha espressamente formulato un generale rinvio alle norme del codice di procedura penale alla disciplina applicabile all'imputato mediante l'art. 34 e l'art. 35. In particolare, necessita precisare che non si tratta di un'analogia *in malam partem*, ma di un'assimilazione in base alla quale l'ente, dal punto di vista della sua situazione soggettiva processuale, è equiparato all'imputato. Altresì, in riferimento all'art. 54 d.lgs. 231/01, il legislatore ha solo voluto prevedere una specifica deroga alla disciplina generale del sequestro (giustificata dalla particolare attenzione alle esigenze pubbliche e alle ripercussioni sull'occupazione). Se, infatti, si leggesse tale norma quale clausola di esclusione della possibilità di costituirsi parte civile nei confronti dell'ente, allo stesso tempo, sarebbe impossibile citarlo quale responsabile civile. Al contrario, le "lacune", oggetto di contestazione, hanno una logica spiegazione. Il legislatore ritiene opportuno attuare una tutela, in via generale, attraverso la norma che prevede di ottenere da parte dell'ente la riduzione o l'esclusione delle sanzioni interdittive attraverso il risarcimento ai danneggiati ai sensi degli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/01. Tale scelta è giustificata dal fatto che l'evento delle fattispecie in esame si concretizza in un danno diffuso, coinvolgente un numero indefinito di soggetti, in capo ai quali non è possibile concedere situazioni soggettive, il cui utilizzo, altrimenti, renderebbe estremamente difficoltoso lo svolgimento del processo (contrastando con il principio di economia processuale). Un altro rilievo, a sostegno dell'ammissibilità di una diretta costituzione di parte civile nei confronti della persona giuridica, si legittima sottolineando che l'ente è parte processuale indipendentemente dalla citazione della parte civile ed, infatti, viene chiamato in causa direttamente dal p.m., come responsabile per fatto proprio (non ha senso, così, in termini logici che debba essere citato quale responsabile civile, per assumere la qualità di parte processuale). In tal senso si consulti il testo integrale dell'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Roma, datata 21 aprile 2005 e, in conformità, l'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Torino, datata 12 gennaio 2006, consultabili sul sito www.reatisocietari.it.

- *Gli indici di un autonomo dovere di auto-organizzazione in capo all'ente*

Le riflessioni, sopra esposte, divengono utili strumenti al fine di aprire una digressione che agevola una lineare esposizione dell'ultimo corpo della ricerca.

Dimostrata la capacità di agire dell'ente, riguardo alla capacità di colpevolezza, si è detto che si superano i profili soggettivi della concezione normativa²⁴⁰, cioè non si limita a descrivere il presupposto della rimproverabilità del fatto²⁴¹, ma si evidenzia la formulazione di un giudizio di disvalore davanti alla violazione di determinati doveri a cui è tenuto il soggetto collettivo nei confronti della società²⁴². Tra gli obblighi in capo alla persona giuridica, infatti, rileva la sussistenza di un dovere di organizzazione. In particolare il Progetto "Grosso" di riforma della parte generale del codice penale (ex art. 22, I c.) sancisce espressamente: "Le persone giuridiche (...) devono adottare e attuare modelli organizzativi idonei ad evitare che vengano commessi reati con inosservanza di disposizioni pertinenti all'attività dell'organizzazione, o comunque nell'interesse dell'organizzazione, da persone agenti per essa".

Sul piano definitorio, si delinea una colpevolezza preventiva speculare alla *preventive fault*²⁴³ coniata dai giuristi nordamericani²⁴⁴ (di cui si è approfondito nella prima parte della ricerca).

²⁴⁰ La teoria normativa, nella sua prima elaborazione, definisce la colpevolezza come un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà rispetto alla norma d'obbligo; si confronti, **A. HANS**, *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, pag. 838; **BETTIOL**, *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, pag. 1007.

²⁴¹ Cfr. **VALLINI**, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

²⁴² In tal senso, **BARTOLI**, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

²⁴³ In casi recenti, negli Stati Uniti, la responsabilità penale della società si legittima in base al criterio di "vicarious liability"; un esempio ne è il caso *United States v. MacDonald & Watson Waste Oil Co.*, 1991, che si concluse con la condanna della società per trasporto illegale di merce sulla base della presunzione che il presidente di tale "corporate", per il ruolo che ricopriva, era a conoscenza di tale illecito. Tale presunzione si fondava su tali presupposti: "the manager had a responsibility relationship to the violation, had the power or capacity to prevent the violation and acted knowingly in failing to prevent, detect, or correct the violation (in tal senso si concluse anche il caso del *United States v. Dee*, 1990, cit. *passim*); si confronti, **AMOROSO**, *Organizational ethos and corporate criminal liability*, in 17 Campbell L. Rev., 1995, pag. 53.

Il d.lgs. 231/2001 introduce, infatti, la responsabilità diretta delle persone giuridiche al fine di scoraggiare comportamenti illeciti stimolando un'azione di *governance* funzionale alla prevenzione dei reati. Tale decreto legislativo rappresenta una novità in quanto, per la prima volta, statuisce alcune direttive inerenti all'organizzazione.

Un percorso analogo è riscontrabile, intorno agli anni 90', nel settore pubblico ove si è avvertita l'esigenza di creare una distinzione tra responsabilità politica e gestione attraverso l'emanazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ai fini della privatizzazione del pubblico impiego. In particolare l'art. 4 del d.lgs. n. 29/1993 (oggi sostituito dall'art. 5 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) detta criteri di organizzazione diretti alla creazione di un ordinata struttura delle amministrazioni pubbliche. In conformità a tali criteri, si profila un modello di organizzazione, in cui gli uffici, articolati per funzioni omogenee, sono collegati tra di loro in modo da realizzare proficue sinergie, aprendosi, nello stesso tempo, alle esigenze dell'utenza in ossequio al principio di trasparenza. Si afferma, altresì, il principio della responsabilità e della collaborazione di tutto il personale per il risultato dell'attività lavorativa. Nella specie, l'art. 20 d.lgs. 29/1993 (oggi sostituito dall'art. 20 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) introduce il ruolo di una dirigenza attribuita a soggetti che svolgono attività di gestione in prima persona e riconosce in capo agli stessi un obbligo di dimostrare i risultati raggiunti²⁴⁵.

²⁴⁴ Si consulti, **GRUNER**, *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal Press, 2004; **PONTELL, HENRY, GILBERT, GEIS**, *International handbook of white-collar and corporate crime*, Springer Verlag, 2007.

²⁴⁵ Tali argomenti sono stati oggetto del Convegno tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, in data 31 maggio 2005, sul tema *I possibili scenari giurisprudenziali ed organizzativi derivanti dall'applicazione del d.lgs. 231/01. Opinioni a confronto*.

Evidente è così la diversità con l'istituto tradizionale della colpa (profilo che si accentuerà nell'ultimo capitolo, soprattutto a proposito del riconosciuto dissolversi dell'"agente modello individuale") in quanto estesa alle organizzazioni complesse.

E' opportuno sottolineare, attraverso brevi cenni comparatistici, come anche la dottrina spagnola sia a favore di un paradigma di colpevolezza specifico dell'ente, distinto da quello previsto per le persone fisiche. Anche se il Codice penale spagnolo prevede, ai sensi dell'art. 129, solo delle conseguenze sanzionatorie di carattere amministrativo per l'ente nel caso di reato commesso dalla persona fisica, si statuisce che ai fini dell'applicazione di tale norma è necessaria la colpevolezza dell'ente. Sono necessari così i *criterios objetivos de imputacion* (anch'essi espressione del rapporto di immedesimazione organica tra persona fisica e società): "la persona fisica debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario, la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica, la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica". Al contrario, la suddetta norma diviene inapplicabile nel caso in cui la persona giuridica non abbia omissso l'adozione delle misure di prevenzione al fine di garantire una legale attività d'impresa, l'organo agente non sia stato eletto dall'ente, ma da un terzo e non sia configurabile dolo o colpa in capo alla società²⁴⁶.

Un'altra caratteristica del nuovo paradigma è rappresentata dalla stretta correlazione con la finalità della sanzione. In particolare, infatti, si aderisce alla tesi in dottrina²⁴⁷ (nell'ambito delle teorie della pena) che colloca il concetto di colpevolezza,

²⁴⁶ Si confronti, **MIR PUIG, LUZON PENA**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996; **ESTRELLA**, *Un problema de la parte general del derecho penal económico*, Granada, 2002.

²⁴⁷ Precursore di tale teoria è Gunter Jakobs che si allontana totalmente dall'impostazione di Roxin orientata intorno alla persona fisica e verso la prevenzione speciale; cfr. **DONINI**, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.

quale fondamento per l'irrogazione della sanzione, in una prospettiva ispirata ai criteri di prevenzione generale. Il fine del diritto penale è il mantenimento della vigenza della norma come modello di orientamento del contesto sociale e lo scopo preventivo di natura "positiva" (cioè distante da un effetto intimidatorio) si esplica nella fiducia che si trasmette alla società riaffermando la suddetta efficacia della disposizione mediante la previsione della sanzione.

Le costanti criminologiche contribuiscono, così, ad individuare quattro forme di "colpevolezza" espressione delle diverse manifestazioni soggettive di patologia nella gestione della società²⁴⁸: la colpevolezza che deriva dalle scelte di politica di impresa (propria della criminalità organizzata), la colpevolezza che scaturisce dalla cultura di impresa, la colpa di organizzazione (che si identifica, in via principale, nella mancata adozione o inadeguata, dei *compliance programs*), ed infine, la colpevolezza di reazione che origina dall'insieme di quei comportamenti che, considerati singolarmente, non rientrano nell'ambito del "penalmente rilevante".

²⁴⁸ In tal senso, **DE MAGLIE**, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002; **GROSSO**, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, pag. 950.

CAPITOLO III

I DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE ORIENTATI SUL FATTO DEL SOGGETTO APICALE E DEL SUBORDINATO

1 Il rapporto funzionale tra autore del reato e la persona giuridica quale strumento per individuare il criterio d'ascrizione della responsabilità in capo all'ente. 1.1 Il criterio di imputazione oggettivo quale espressione della *connessione* tra persona fisica ed ente: il reato commesso nel *suo interesse o a suo vantaggio*. 1.1.1 La valorizzazione del legame funzionale. 2 La costruzione in negativo della colpa d'organizzazione: la distinzione tra il paradigma dell'art. 6 e quello dell'art. 7 del d.lgs. 231/2001. 3 Le differenze rispetto alle soluzioni antecedenti: l'art. 2049 c.c., gli art. 196- 197 c.p. e l'art. 6 della l. 689/1981.

1 Il rapporto funzionale tra autore del reato e la persona giuridica quale strumento per individuare il criterio d'ascrizione della responsabilità in capo all'ente

1.1 Il criterio di imputazione oggettivo quale espressione della *connessione* tra persona fisica ed ente: il reato commesso nel *suo interesse o a suo vantaggio*

La presente trattazione procede valorizzando la natura del criterio oggettivo e soggettivo di imputazione, la cui prova è essenziale ai fini dell'ascrizione della responsabilità in capo all'ente, quale istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita.

Passando, pertanto, ad esaminare i criteri di imputazione, secondo la natura del rapporto tra persona fisica autrice del reato e l'ente, nella specie definito "di rappresentanza" o "di subordinazione", si distingue tra soggetti in posizione apicale (ex art. 5, I c., lett. a), d.lgs. 231/2001) e in posizione subordinata (ex art. 5, I c., lett. b),

d.lgs. 231/2001)²⁴⁹. La responsabilità dell'ente, infatti, sorge per connessione con la realizzazione di un reato da parte di una persona fisica legata da un rapporto funzionale con l'ente stesso²⁵⁰. Si è illustrato, in precedenza, come il collegamento tra fatto-reato e persona giuridica sia di natura oggettiva, adottando un modello chiuso²⁵¹ fondato su un elenco tassativo di reati presupposto²⁵². In particolare, il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità dell'ente richiede che il reato presupposto sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Alcuni giuristi²⁵³, interpretando la suddetta locuzione, la valutano in forma disgiunta sul presupposto di una diversa caratterizzazione dei criteri in esame. Nella specie, si sostiene che il richiamo all'interesse dell'ente tipizza in senso soggettivo la condotta della persona fisica che è autore materiale del fatto: è sufficiente, cioè, che il fatto sia stato commesso per favorire l'ente, affinché questo ne risponda, indipendentemente dalla circostanza che quell'obiettivo sia stato conseguito. Il criterio del vantaggio guarda, al contrario, al risultato che l'ente ha obiettivamente tratto dalla commissione dell'illecito, a prescindere dalla soggettiva intenzione di chi l'ha commesso.

²⁴⁹ Cfr. **PALIERO**, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pag. 845.

²⁵⁰ Si confronti, **PALIERO**, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002; nello stesso senso, **DA RIVA GRECHI**, *L'illecito funzionale degli enti collettivi*, in *Giust. pen.*, 2003, pag. 437.

²⁵¹ Riguardo all'elenco dettagliato degli enti destinatari dell'applicazione del d.lgs. 231/2001, si rinvia al secondo capitolo.

²⁵² I reati presupposto, cui il decreto si riferisce, sono previsti dalla Sez. III del Capo I e, ai fini di un'approfondita disamina, si rinvia al secondo capitolo.

²⁵³ Cfr. **ASTROLOGO**, *Interesse e vantaggio quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. Pen.*, 2003, pag. 650.

Altri autori, sempre al fine di fornire un'adeguata lettura dei suddetti sostantivi, li considerano un'endiadi²⁵⁴, suggerendo il criterio unificatore “dell'interesse obiettivamente inteso”, da intendersi quale “interesse riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato”. Con tale definizione si fonda il collegamento tra ente e fatto illecito su dati obiettivi, senza che sia rimesso alle intenzioni dell'agente.

La dottrina prevalente²⁵⁵, in senso parzialmente conforme, anche se con rilevanti differenti sfumature, ritiene che tale formula vada interpretata come criterio unitario, ma che ai fini dell'accertamento, vada valutato in modo diverso (“ossia con accertamento in forma disgiunta”). Il termine interesse, infatti, va a significare un agire finalistico, da vagliare in una prospettiva “ex ante”, che si realizza anche quando la società non abbia ottenuto alcun risultato utile dalla condotta, mentre il significato di vantaggio si sostanzia nel generico profitto (anche non patrimoniale) che la società ricava dal reato, e che nel giudizio si individua “ex post”.

Un ulteriore aspetto, a conferma dell'unitarietà di tale concetto, è il disposto ex art. 12, lett. a), I comma, d.lgs. 231/2001 che prevede la riduzione della sanzione pecuniaria della metà nel caso in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo. Inoltre l'art. 19 d.lgs. 231/2001 prevede la confisca quale sanzione amministrativa obbligatoria (non come misura di sicurezza), anche per equivalente, dando importanza al risultato patrimoniale finale (ovvero all'extra profitto da reato).

²⁵⁴ Cfr. **PULITANÒ**, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 415; **GUERNELLI**, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, in Studium Juris, 2002, pag. 290.

²⁵⁵ Così **PALIERO**, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.

Altresì l'alternatività della suddetta formula è derogata in materia di reati societari ex art. 25 ter d.lgs. 231/2001 dove si richiama esclusivamente l'interesse della società.

Analoga conferma è determinata dal dettato dell'art. 5, II c., c.p., che prevede l'esimente della responsabilità dell'ente, nel caso di azioni illecite commesse dal soggetto apicale o subordinato nel loro esclusivo interesse o di terzi; (si pensi, ad esempio, al reato di falso in bilancio commesso da un amministratore al solo fine di occultare una appropriazione già avvenuta).

La esaminanda caratteristica "orientata all'unitarietà", che si desume dal dato normativo, è sottolineata in una recente sentenza della Suprema Corte²⁵⁶.

La pronuncia fa parte della scarsa giurisprudenza in materia, ove, peraltro, le statuizioni si fermano allo stadio del giudizio cautelare²⁵⁷, con la quale si rileva un problema di coordinamento, "laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, ma facciano riferimento al solo interesse".

Di conseguenza, esemplificando, anche l'incremento del valore di un terreno di proprietà della persona giuridica, verificatosi a seguito della sua dichiarata edificabilità ottenuta tramite il pagamento di una tangente, può rappresentare un vantaggio per la stessa società²⁵⁸.

Di nuovo, esemplificando, una sentenza della Suprema Corte²⁵⁹, affrontando un'ipotesi di responsabilità amministrativa dipendente dalla commissione del reato di

²⁵⁶ Il caso riguardava l'indebito percepimento, da parte dell'amministratore di una società, in vista della realizzazione di un impianto industriale per la produzione di frigoriferi, di un finanziamento pubblico attraverso artifici e raggiri che consistevano in: esposizione di costi mai sostenuti, negoziazione di titoli senza causa con le imprese appaltatrici, fatturazione di operazioni inesistenti. Alla società si ascriveva l'illecito ex art. 25 d.lgs. 231/01: truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; cfr. Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615 consultabile sul sito www.rivista231.it.

²⁵⁷ Le difficoltà riguardanti l'avvertita esigenza di attuare un'efficiente criminalizzazione secondaria si sono illustrate ampiamente nell'introduzione.

²⁵⁸ Per un caso analogo si veda, Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2006, pag. 329.

²⁵⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, in **ARMONE**, *Responsabilità amministrativa per i reati di corruzione e truffa aggravata*, in *For. It.*, 2006, pag. 329.

truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, ha affermato che il vantaggio per l'ente si realizza dal momento dell'accredito delle somme indebitamente erogate, che genera un oggettivo e contabilmente verificabile introito nelle casse della società.

Così recita la sentenza: “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”.

L'eventuale storno delle somme sui conti personali dell'agente, secondo il parere dei giudici di merito, invece, costituisce una condotta successiva suscettibile solo di integrare un'ipotesi di appropriazione indebita da parte del soggetto attivo stesso (“ciò che avviene dopo resta perciò condotta post factum ...senza elidere il dato storico del profitto già conseguito dall'ente”).

Entrambi i parametri valutati, in concreto, inoltre, possono risultare privi del carattere meramente patrimoniale; ad esempio, nell'ipotesi di corruzione di pubblici ufficiali da parte di un amministratore delegato ai fini dell'aggiudicazione di una gara di appalto, non rileva solo l'interesse dell'utile della stessa vincita, ma soprattutto la posizione nel mercato che si potrebbe ottenere.

Anche la suddetta prova, però, non è esente da difficoltà. In particolare, infatti, nel caso si verta in ipotesi di tentativo (ex art. 26 d.lgs. 231/2001) diviene ardua la verifica della sussistenza dell'elemento dell'interesse o vantaggio. Si pensi all'eventuale accertamento della condotta del reato presupposto di truffa (ex art. 24 d.lgs. 231/2001), antecedente alla consumazione, che può determinare un dubbio in ordine alla concreta destinazione della somma di denaro o dell'altra utilità economica al cui conseguimento

tendeva il reo, pur quando lo stesso abbia agito in nome dell'ente. Si ricordi, infatti, che la responsabilità per delitto tentato può configurarsi anche laddove i soggetti apicali o quelli in posizione subordinata compiano atti idonei, diretti in modo non equivoco, a commettere un reato, ma lo stesso non si perfezioni in quanto "l'azione non si compie o l'evento non si verifica". Riguardo alla fattispecie tentata si pone l'accento, altresì, sul secondo comma dell'art. 26 d.lgs. 231/2001 ove espressamente il legislatore prevede la società quale soggetto agente nelle ipotesi sia di desistenza volontaria che di recesso attivo.

In conclusione è possibile ipotizzare diverse fattispecie in relazione alle quali il criterio di imputazione oggettivo non è di agevole individuazione, in quanto "sconfina" nell'interesse del singolo soggetto apicale; si pensi all'amministratore che agisca effettivamente per un interesse personale di tipo distrattivo e che, tuttavia, deliberatamente decida, in un momento successivo, di destinare parte della somma, illecitamente conseguita presso enti pubblici, ad investimenti aziendali.

Determinante, quindi, diviene l'accertamento in concreto da parte degli organi di controllo, nonché la ripartizione dell'onere della prova tra la pubblica accusa, tenuta alla dimostrazione dell'esistenza del criterio di imputazione oggettivo e la difesa, a cui spetta il rilievo della sussistenza dell'interesse esclusivo dell'agente o di terzi.

- La natura del legame tra l'illecito posto in essere dalla persona fisica e l'interesse dell'ente

Proseguendo nell'indagine, appare opportuno soffermarsi sul dettato costituente il criterio di imputazione oggettivo.

In giurisprudenza²⁶⁰ alcune ordinanze hanno preso posizione sul punto evidenziando come l'incertezza del vantaggio ricavabile dalla commissione dell'illecito e, perfino il mancato conseguimento di un vantaggio, non siano circostanze sufficienti ad escludere l'interesse dell'ente alla commissione del reato. Due sono i provvedimenti in esame adottati nell'ambito del medesimo procedimento cautelare riguardo allo stesso oggetto processuale.

Il caso riguardava l'amministratore di una società di capitali accusato di concorrere con gli amministratori di altre società, controllate dalla prima, nella corruzione dei funzionari che dovevano assegnare alcuni pubblici appalti di servizi alle cui gare quest'ultime avevano partecipato. Sia il G.i.p che il Tribunale di Milano riconoscevano come la responsabilità della controllante era legata al perseguimento dell'interesse del "gruppo" che alla stessa faceva capo e dal quale la consumazione dei reati presupposto era ispirata.

La motivazione si fondava sull'assunto che, laddove l'intreccio di partecipazioni societarie consente di ritenere l'effettiva esistenza di un gruppo, un reato i cui effetti favorevoli sono destinati a riverberarsi immediatamente nella sfera giuridica di una controllata, non necessariamente può ritenersi consumato nel suo esclusivo interesse, atteso che il risultato della sua gestione si riflette inevitabilmente in quello del gruppo cui appartiene. Nel caso di specie, infatti, l'interesse, sussistente anche per la controllante, era ben rappresentato dalle modalità del coinvolgimento dell'amministratore della stessa controllante nella consumazione del reato e della configurazione dei rapporti tra questa e le controllate.

²⁶⁰ Si consulti il testo integrale dell'ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004 e dell'ordinanza del Tribunale di Milano in funzione di giudice del riesame, 14 dicembre 2004, in *Foro Ambr.*, 2004, pag. 520.

La norma in esame non si riferisce esplicitamente ai gruppi di società, perciò la responsabilità sembrerebbe riconducibile solo al singolo ente. Tuttavia, come testimoniano le pronunce sopra riportate, alcuni giudici ritengono che l'illecito commesso dalla controllata possa essere addebitato anche alla controllante, in presenza di un interesse comune. Come sopra illustrato, infatti, i giudici ritengono che l'interesse comune possa essere ricondotto anche alla semplice prospettiva di partecipazione agli utili, anche nel caso in cui non vi sia un'effettiva ripartizione degli stessi.

Occorre, però, ridurre il rischio che la responsabilità di una controllata sia estesa in maniera arbitraria alla controllante. A tal fine si susseguono diversi orientamenti in dottrina che considerano legittima la responsabilità della controllante quando risulti effettivamente coinvolto nel reato consumato un suo soggetto apicale o quando un amministratore della capogruppo può essere qualificato come amministratore di fatto della controllata (considerazioni comunque non esaustive, in quanto soggette ad evoluzione, data la natura recente degli orientamenti)²⁶¹.

Tornando ad esaminare la natura del legame tra l'illecito posto in essere dalla persona fisica e l'interesse dell'ente, lo stesso può essere immediato o mediato. In particolare, l'illecito potrà essere commesso o, immediatamente, nell'interesse dell'ente, ovvero in occasione dello svolgimento di un'attività in contesto lecito, a sua volta finalizzata a perseguire quell'interesse. Un rapporto immediato con l'interesse si individua nei reati dolosi, si pensi, ad esempio, alla truffa commessa attraverso la conclusione di un contratto di compravendita, nei reati colposi di impresa, invece,

²⁶¹ In dottrina, infatti, si critica la suddetta posizione interpretativa della nozione di "interesse di gruppo", desunta dalla giurisprudenza, in quanto ritenuta eccessivamente dilatata e si elaborano tesi alternative. In particolare un primo filone individua la responsabilità della capogruppo attraverso la tematica dell'amministratore di fatto, mentre un altro orientamento ricorre alla disciplina di cui all'art. 40, II c., c.p.; cfr. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.

presentano solo un rapporto mediato (come, ad esempio, nel caso di violazione delle norme poste a tutela della sicurezza del lavoro).

Stante il tenore della norma, è possibile ipotizzare il sorgere di nuove problematiche in merito all'accertamento del criterio d'imputazione oggettivo in esame, conseguentemente all'intervento della legge n. 123, datata 3 agosto 2007²⁶², che all'art. 9, ha novellato il d.lgs. 231/01, introducendo un nuovo reato presupposto, nella previsione dell'art. 25 septies, titolato "omicidio colposo, lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro"²⁶³.

In tale contesto diviene necessario interpretare i termini "vantaggio" o "interesse" che, nella maggior parte delle ipotesi, si concretizzano nel ricorso dell'ente al risparmio delle risorse ovvero nella strategia aziendale di assicurare una maggior celerità dei processi produttivi, a discapito del rispetto delle misure di prevenzione della salute dei lavoratori. L'accertamento della sussistenza dell'interesse o vantaggio economico si desumerà, soprattutto, in via mediata; si pensi alla società che scelga di evitare la revisione dei macchinari al fine di diminuire le spese.

In astratto, altresì, il suddetto criterio di imputazione oggettivo sembra essere proprio di un modello doloso, caratterizzato da un momento volitivo accompagnato da

²⁶² La suddetta legge fornisce degli importanti indirizzi in ordine alle modalità di organizzazione aziendale orientate alla tutela della sicurezza sul lavoro. Rilevante è la contenuta delega al Governo ad emanare entro il 25 maggio 2008 un nuovo testo unico sulla sicurezza sul lavoro.

²⁶³ Nell'introduzione della ricerca si era rilevata una lacuna nella criminalizzazione secondaria delle persone giuridiche consistente nel ristretto novero dei reati presupposto. Nel corso della stesura sono state introdotte dal legislatore delle modifiche di ampliamento tra cui il sopra citato articolo che recita così: "in relazione ai delitti di cui agli articoli 589 e 590, III c., del codice penale, 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. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma I, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma II, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno"; il testo integrale della legge 123/2007 è pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 10 agosto 2007, n. 185.

un “movente”, mentre la previsione di un reato presupposto colposo rende difficile la prova dello stesso “interesse o vantaggio” in capo all’ente.

Inoltre non si escludono difficoltà nemmeno in ordine all’individuazione della responsabilità in capo alla persona fisica autore materiale del reato presupposto in esame, data la molteplicità dei soggetti che operano all’interno e all’esterno della società. Esemplificando, in presenza di un contratto di appalto, l’evento morte o delle lesioni non è automaticamente riconducibile alla condotta dell’appaltatore, in quanto, in concreto, necessita l’indagine in merito all’eventuale ingerenza di un terzo *extraneus* che abbia apportato un contributo causale rilevante.

Intervengono, altresì, le riflessioni in merito ai rapporti tra appaltante ed appaltatore²⁶⁴, riguardo alle quali si riconosce una residua responsabilità penale, in caso di infortuni sul lavoro, in capo al primo nel momento in cui, in concreto, si prova un parziale trasferimento del rischio in capo al garante secondario. D’altronde l’ingerenza rappresenta una situazione di fatto e non di diritto; si pensi, ad esempio, al direttore dei lavori che, per conto della società committente, di sua iniziativa, faccia svolgere, in spregio alle norme di sicurezza, al dipendente dell’ente appaltatore un compito pericoloso provocandone l’infortunio.

Anche in tale contesto lo stadio di un’efficiente criminalizzazione secondaria sarà di complessa realizzazione.

²⁶⁴ In conseguenza della delega di cui alla legge n. 123/07, è necessaria una modifica alla normativa in materia di appalti, in particolare, in considerazione dell’avvertita esigenza di migliorare l’efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi. I principali cambiamenti, infatti, riguardano: l’imposizione, nei confronti del datore di lavoro committente, di un obbligo di redigere un unico documento, che sia comprensivo della valutazione dei rischi riguardanti le attività (solo in quanto svolte in comune con il committente) delle eventuali imprese appaltatrici e dei lavoratori autonomi. Tale documento deve essere allegato al contratto d’appalto. Si indica, altresì, la necessità di descrivere, nei contratti di somministrazione, appalto e subappalto, i costi relativi alla sicurezza del lavoro.

1.1.1 La valorizzazione del legame funzionale.

Passando ad esaminare il criterio di imputazione soggettivo, invece, è determinante, in tale ambito, la tipologia del rapporto funzionale che lega l'autore del reato alla persona giuridica. Nell'individuare i soggetti apicali, infatti, il legislatore ha adottato un criterio funzionale, di tipo pragmatico, incentrato non sulla qualifica formale, ma sulla funzione svolta in concreto dalla persona fisica²⁶⁵.

In particolare coloro che rivestono una posizione apicale sono titolari nella società di "funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione anche solo di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo della stessa" (art. 5, lett. a), I c., d.lgs. 231/2001). Specifico risulta essere il requisito (della "gestione e del controllo"), quindi, indicato dal legislatore, che tende a circoscrivere la categoria, poiché comporta l'esistenza di una posizione di "dominio" della persona fisica sull'ente. Diventa, di conseguenza, imprescindibile l'accertamento in concreto delle funzioni svolte dal singolo, a prescindere dalle mere qualifiche formali. Si ritiene opportuno riportare uno stralcio di una inedita sentenza²⁶⁶, emanata dal Tribunale di Torino, che statuisce l'assoluzione di una persona giuridica dal reato di corruzione commesso da un soggetto, definito dall'accusa "gestore di fatto", al fine dell'aggiudicazione di alcuni appalti. La motivazione si fondava sull'assenza di elementi di prova in ordine alla configurabilità della suddetta qualifica: "nel nostro caso, nel senso che, nel momento in cui il soggetto decide di corrompere il p.u. al fine di vedere aggiudicato un appalto ad una certa impresa, deve essere in capo allo stesso soggetto il potere, anche di fatto, di decidere che

²⁶⁵ "L'utilizzazione di una formula elastica è stata preferita ad una elencazione tassativa di soggetti, difficilmente praticabile, vista l'eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento (quanto a dimensioni e a natura giuridica), e data la disciplina di una connotazione oggettivo - funzionale"; si consulti la *Relazione Governativa al d.lgs. n. 231/2001*, in Guida al diritto, 2001, pag. 31.

²⁶⁶ Trib. Torino, 7 luglio 2005, (inedita).

l'impresa debba partecipare a quell'appalto (decisione che implica la corretta valutazione sull'interesse ed il vantaggio dell'impresa a partecipare); salvo, ovviamente, l'eventuale concorso di persone (con i gestori e gli amministratori), qui neppure adombrato".

Se si tenta, così, di elencare i possibili soggetti che rientrano nella citata tipologia, si annoverano, ad esempio, i direttori di stabilimento che trovano riconoscimento anche nell'ambito del d.lgs. 626/94²⁶⁷.

Inoltre, tra le persone fisiche che si richiede abbiano un dominio sull'ente, rileva la figura dell'amministratore di fatto²⁶⁸ e del socio sovrano o tiranno²⁶⁹, che essendo in

²⁶⁷ Secondo la vigente definizione, frutto dell'intervento modificativo operato dal d.lgs. n. 242/1996, il datore di lavoro coincide con "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa" (ex art. 2, I c., lett. b). Il concetto di "unità produttiva" è esplicitato nel medesimo articolo (sub lett. i), come "stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni o servizi, dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale".

In giurisprudenza, altresì, si riconosce la responsabilità penale in capo al direttore di stabilimento per lesioni riportate da un dipendente a causa dell'omissione dell'effettuazione dei controlli sulla rispondenza dei macchinari alle norme antinfortunistiche; cfr. Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 1993, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, pag. 691. Nello stesso senso una recente sentenza riconosce il direttore di stabilimento quale datore di lavoro a tutti gli effetti, anche se non ha ricevuto dal legale rappresentante della società la delega ad occuparsi della sicurezza ed è, altresì, responsabile degli infortuni dei dipendenti qualora non abbia correttamente applicato le norme di prevenzione; cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2006, in www.cortedicassazione.it.

²⁶⁸ Con la riforma dei reati societari ex d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 è stata riconosciuta la figura dell'amministratore di fatto quale garante degli interessi tutelati in tali norme. La fonte normativa da cui è possibile desumere una definizione del suddetto soggetto attivo è l'art. 2639 c.c. che richiede l'esercizio in modo continuativo (cioè per un periodo di tempo apprezzabile) e significativo (cioè esteriormente riportabile al soggetto qualificato) dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. La responsabilità penale dell'amministratore di fatto è di recente riconoscimento, soprattutto nell'ambito dei reati fallimentari, ove la suddetta disciplina sostanziale, determinata con riferimento alle disposizioni civilistiche, si traduce, sul piano processuale, nell'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto nella struttura societaria, prescindendo da mere qualifiche formali. Nella specie, i giudici di merito riconoscevano la qualifica di amministratore di fatto in capo al preposto al settore commerciale di un piccolo organismo operante nel mercato del settore della distribuzione, in considerazione del peso decisivo rivestito dallo stesso nella conduzione della società; cfr. Cass. Pen., sez. V, 13 aprile 2006, in *Riv. Pen.*, 2007, pag. 176, nello stesso senso si confronti anche Cass. Pen., sez. I, 12 giugno 2006, in *Giust. Pen.*, 2007, pag. 337. Profilo interessante, anche se esula dalla presente ricerca, è, sempre attuale, il riconoscimento della responsabilità concorrente dell'amministratore di diritto (o prestanome) in forma omissiva in quanto "la semplice accettazione della carica attribuisce allo stesso doveri di vigilanza e controllo, il cui mancato rispetto comporta responsabilità penale o a titolo di dolo generico, per la consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato, o a titolo di dolo eventuale per la semplice accettazione del rischio che questi si verificino"; in tal senso, Cass. Pen., Sez. V, 8 marzo 2007, in *Giust.*

possesso della grande maggioranza delle azioni, riesce a gestire dall'esterno la politica dell'ente e ad imporre il compimento di determinate operazioni. I suddetti esempi dimostrano l'operare di un'interpretazione estensiva della teoria dell'immedesimazione organica; infatti, il legislatore, annoverando tra i soggetti apicali, accanto agli amministratori e i legali rappresentanti, anche i direttori generali, non si ferma ad una lettura tecnico – giuridica del rapporto di lavoro (in tal caso di natura subordinato), ma presta attenzione alla realtà aziendale in cui gli stessi godono di ampi poteri.

È opportuno sottolineare anche l'influenza delle novità introdotte dal d.lgs. n. 6/2003 in ordine ai sistemi alternativi di amministrazione e controllo²⁷⁰. In particolare, nel sistema dualistico, la gestione dell'impresa è detenuta in esclusiva dal consiglio di gestione, mentre il consiglio di sorveglianza esercita le funzioni di controllo (assorbendo quelle tradizionalmente spettanti al collegio sindacale insieme ad alcuni poteri appartenenti all'assemblea). Di conseguenza, i membri di tale collegio sono esclusi dal novero dei soggetti in posizione apicale. Si discute, altresì, in ordine alla suddetta previsione “cumulativa” (e non alternativa) ex art. 5, lett. a), I c., d.lgs. 231/2001, sull'ammissibilità dei sindaci al novero dei soggetti attivi. In generale tali soggetti si

Pen., 2007, pag. 489, in senso conforme, Cass. Pen., Sez. III, 6 aprile 2006, in *Riv. Pen.*, 2007, pag. 172. In dottrina, una rassegna di giurisprudenza, che pone in rilievo le suddette problematiche, è quella elaborata da IACOVIELLO, *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 638.

²⁶⁹ Una efficace definizione di tale figura si desume da un orientamento giurisprudenziale che, affrontando una problematica che attiene alla disciplina del diritto del lavoro, esclude la possibilità di configurare un rapporto di lavoro subordinato tra un socio “sovrano”, che partecipi al capitale sociale in una misura capace di assicurargli, da sola, la maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni assembleari e la società di cui si presenta come l'effettivo e solo titolare del potere gestionale. Evidente è l'analogia tra la suddetta posizione e quella dell'imprenditore occulto, titolare del potere di direzione e di controllo, incompatibile con il dettato ex art. 2094 c.c. che qualifica la natura del rapporto di lavoro subordinato, configurando il lavoratore quale soggetto eterodiretto. Con il termine “socio sovrano”, pertanto, si intende “quel soggetto che abbia ridotto a suo strumento la società, usandone come di cosa propria senza peraltro spendere il proprio nome”; si confronti, Cass. Civ., 28 ottobre 1983, n. 6413, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, pag. 4; in senso conforme, Cass. Civ., 19 agosto 1987, n. 6953, in *Impresa*, 1988, pag. 828, Cass. Civ. Sez. Lav., 5 maggio 1998, n. 4532, in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, pag. 594, Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2000, n. 804, in *Giur. It.*, 2000, pag. 1663.

²⁷⁰ Ai fini di un'analisi dettagliata del suddetto intervento di riforma si rinvia al primo capitolo, nella specie al paragrafo che verte intorno al tema della responsabilità degli amministratori e dei connessi profili problematici nonché si rinvia alla nota 136.

ritengono esclusi in quanto privi di un potere di dominio sull'ente²⁷¹, ma una notazione è necessaria in ordine ai reati propri commessi dai sindaci. In base alle disposizioni generali del d.lgs. 231/2001, infatti, tali reati dovrebbero essere ascritti alla persona giuridica in quanto nel compimento di una specifica condotta giudicata nel contempo meritevole di pena dal legislatore e in contrasto con gli specifici doveri inerenti alla qualifica funzionale, il soggetto agisce come rappresentante dell'ente. In seguito, però, all'intervento in deroga dell'art. 25 ter, d.lgs. 231/2001 la suddetta attribuzione non è ammessa, poiché si determina l'esclusione del criterio di imputazione a carico dell'ente per il fatto del sindaco²⁷².

La seconda categoria di soggetti attivi sono coloro sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti sopra menzionati (art. 5, lett. b), I c., d.lgs. 231/2001), anche se non legati da un rapporto di lavoro dipendente con la società. La tesi prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza accoglie un'interpretazione estensiva della suddetta tipologia comprendendovi, oltre ai lavoratori subordinati ai sensi dell'art. 2095 c.c., tutti i prestatori di lavoro che abbiano con la società un rapporto tale da far ritenere sussistente un obbligo di vigilanza da parte dei vertici dell'ente medesimo (ad esempio, i consulenti esterni ed i collaboratori). Un esempio dell'indicata prospettiva è dato dall'ordinanza "Siemens"²⁷³ che ha applicato alla società Siemens AG (con sede a Monaco che agiva in Italia con un'associazione temporanea di imprese)²⁷⁴, sottoposta a

²⁷¹ In senso contrario un giurista sostiene che "la prassi (...) insegna che una politica criminale d'impresa può essere portata avanti anche con l'avallo del collegio sindacale, per cui i sindaci possono rispondere in concorso con gli amministratori per i reati commessi nell'esercizio della loro funzione, da cui può, senza dubbio, scaturire una responsabilità anche in capo all'ente"; così **MANNA**, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in Cass. pen., 2003, pag. 1101.

²⁷² Ai fini di una dettagliata argomentazione in ordine all'esclusione dei sindaci dal novero dei soggetti apicali nel contesto in esame si rinvia al capitolo seguente.

²⁷³ Cfr. Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Guida al dir.*, 2004, pag. 72.

²⁷⁴ La ordinanza *de qua* è da segnalare anche quale contributo a colmare una lacuna legislativa del decreto in oggetto. La normativa, infatti, non prescrive nulla in merito ai reati commessi in Italia da società con sede principale all'estero. Il Tribunale del riesame statuiva, così, l'esistenza di un obbligo, anche in capo

procedimento per responsabilità amministrativa dipendente da reato di corruzione commesso da alcuni suoi alti dirigenti nei confronti dei funzionari Enel al fine di aggiudicarsi alcuni appalti per la fornitura di turbine a gas, la misura cautelare del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per un anno. In tale caso il G.i.p. valuta la sussistenza dei gravi indizi di illiceità in merito alla condotta di due dipendenti e di un consulente (ex dipendente) della Siemens, senza che l'estraneità all'organigramma aziendale di quest'ultimo sia valorizzata in alcun modo.

Inoltre, in conformità della suddetta interpretazione, si annoverano anche i lavoratori parasubordinati, i quali, anche se autonomi, sono legati all'organizzazione del committente in modo continuativo e coordinato²⁷⁵.

2 La costruzione in negativo della colpa d'organizzazione: la distinzione tra il paradigma dell'art. 6 e quello dell'art. 7 del d.lgs. 231/2001

Da un punto di vista descrittivo, i criteri d'imputazione soggettivi della responsabilità dell'ente sono stati elaborati dal legislatore in modo diverso²⁷⁶, data anche la diversità delle cautele da rispettare.

ad una società straniera, di osservanza della legge italiana, nel caso in cui operi in Italia (come nel caso di chi stipuli un contratto in Italia). La motivazione principale era la sussistenza di una connessione stretta tra l'illecito amministrativo contestato e la commissione del reato in Italia. Nella specie, ciò che rileva è il *locus commissi delicti* (del reato presupposto nell'interesse dell'ente) e non dove andava adottato il modello. Si prevedeva, infatti, che, anche se la previsione dei modelli non è presente nella legislazione del paese straniero (nella specie, la legislazione tedesca non prevedeva un onere di adozione in capo alla società), non è la mancata adozione del modello che costituisce in sé l'illecito, essendo l'adozione dello stesso solo una causa di esclusione della responsabilità per colpa della società.

Tale pronuncia sicuramente non è esente da critiche in quanto sussiste il rischio di interpretazioni analogiche di sfavore (considerato anche che il d.lgs 231/01 allude a fenomeni organizzativi italiani) e il rischio di *ne bis in idem* nel caso proceda anche il paese estero.

²⁷⁵ Ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c., il lavoro parasubordinato si caratterizza per la continuità della prestazione (la quale perdura nel tempo attraverso un legame funzionale fra collaborato e collaboratore), la coordinazione (inserimento del collaboratore nell'organizzazione del committente) e prevalenza del lavoro del collaboratore.

²⁷⁶ "Il legislatore ha introdotto un paradigma di colpevolezza di organizzazione, per il vertice societario, costruito negativamente, alla stregua cioè di una scusante con inversione dell'onere della prova a carico

L'art. 6, infatti, basato su un meccanismo di inversione dell'onere della prova in capo all'ente (giustificato dal fatto che il soggetto apicale esprime direttamente la volontà della persona giuridica), prevede l'esonero dalla responsabilità dello stesso nel caso in cui accerti il verificarsi, in cumulo, di una serie di condizioni (ex art. 6, I c., lett. a), b), c), d), d.lgs. 231/2001)²⁷⁷. Si prevede il necessario adempimento di una serie di circostanze quali: a) il proprio organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, antecedentemente alla commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei alla funzione di prevenzione di reati della specie di quello verificatosi; b) sia stato attivato al proprio interno un autonomo ed apposito organismo di vigilanza dell'ente deputato alla vigilanza, al monitoraggio costante del funzionamento, dell'applicazione, dell'adeguatezza e dell'aggiornamento dei modelli assunti, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; c) gli autori abbiano compiuto il reato eludendo fraudolentemente i modelli adottati; d) non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV.

Al secondo comma dell'art. 6 il legislatore prevede la necessità di organizzare un modello che rappresenti una mappatura delle aree di rischio di commissione dei reati; (in ordine a tale funzione preventiva del modello organizzativo si tratterà ampiamente il tentativo di individuare se la predisposizione di modelli preventivi per l'ente sia un obbligo od un onere). D'altronde le condizioni dell'esonero dell'ente da responsabilità non si esauriscono nella predisposizione ed efficace attuazione d'idonei modelli organizzativi; infatti, l'esenzione si ha solo se il soggetto apicale ha commesso il reato "eludendo fraudolentemente" il modello (frustando il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente nel suo complesso).

dell'ente"; cfr. **PALIERO**, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Milano, 2002.

²⁷⁷ Si confronti, **FIGIELLA**, **LANCELLOTTI**, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004.

Diversa è la struttura dell'imputazione per i soggetti sottoposti; infatti, l'art. 7 richiede al fine di legittimare la responsabilità dell'ente, gravando l'onere della prova sull'accusa, un fatto espressione di una "agevolazione colposa" propria dell'ente, che avrebbe dovuto correttamente adempiere a precisi obblighi di direzione e vigilanza. La responsabilità della persona giuridica sussiste solo nel caso di inosservanza dei suddetti obblighi (evidente è il riferimento alla colpa intesa come "deficit" di organizzazione).

In particolare si esige la prova di una generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda da uno specifico rischio²⁷⁸. In tale carenza organizzativa si individua un' "agevolazione colposa" da parte dell'ente, ma non per un negligente controllo svolto dal dirigente sull'operato del sottoposto, ma sulla prova di una colpa di organizzazione²⁷⁹. Tale soluzione risulta "semplificata" rispetto all'art. 6 d.lgs. 231/2001 in quanto contempla una fattispecie colposa (ovvero una responsabilità da reato doloso per fatto colposo) che si traduce in una carenza strutturale dell'ente che non ha saputo prevenire e proteggere l'azienda dal rischio della commissione del reato. Al contrario, l'art. 6 si presta ad una duplice interpretazione: sancisce una presunzione di non colpevolezza (implicante, quindi, un palese contrasto con l'art. 27, II c., Cost.) oppure rappresenta per l'ente una "probatio diabolica" (i modelli organizzativi rischiano di risultare inadeguati solo per il fatto che il reato è stato commesso). La conseguenza, in entrambe le ipotesi, è il rischio di un'efficacia solo dichiarata dei modelli organizzativi, anche perché la materiale fruibilità di essa viene rinviata ad un momento futuro, quello

²⁷⁸ Così **PALIERO**, *La disciplina dei modelli organizzativi: fonti, contenuto e finalità preventive dei modelli organizzativi*, relazione tenuta al Convegno Paradigma, Milano, 26 giugno 2001.

²⁷⁹ Un illustre giurista, Alessandri, intravede in tale ambito "una sorta di agevolazione colposa...di natura sostanzialmente oggettiva in quanto riferita impersonalmente alla struttura e comunque di impostazione normativa"; cfr. **ALESSANDRI**, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.

della valutazione della congruità compiuta dal giudice penale, dopo la realizzazione di un reato presupposto.

La prima ipotesi è legittimata dal problema di stabilire entro quale misura il giudice si sentirà libero di sindacare l'idoneità del modello, in presenza anche di una valutazione positiva già espressa (almeno per implicito) in via generale dall'autorità governativa cui il codice di comportamento prefigurante il modello sia stato preventivamente comunicato²⁸⁰. Si rischia così di creare un sistema di facile elusione della responsabilità dell'ente solo perché il modello organizzativo esiste e perché tale esistenza legittima l'affermazione secondo la quale gli atteggiamenti disonesti ed elusivi dei singoli autori (o concorrenti) nell'illecito non sarebbero stati comunque impediti. Tale disciplina incide negativamente sulla percezione del forte messaggio di persuasione dell'impresa ad un comportamento conforme e di dissuasione dall'assumere comportamenti delittuosi.

La seconda ipotesi, oltre ad essere legittimata dal pericolo che la mera consumazione del reato confermi l'inadeguatezza dei modelli organizzativi, è giustificata dalla difficoltà per l'ente di dimostrare che non vi è stato insufficiente controllo. Tale assunto è avallato dalle molteplicità di situazioni, in cui la società può essere implicata, che non è possibile prevedere "a priori". Un esempio ne è l'ipotesi in cui il reato presupposto ha quale soggetto attivo, che agisce in nome e per conto della persona giuridica, colui che "esercita, anche di fatto, la gestione e il controllo", utilizzando disponibilità proprie diverse da quelle societarie. La sopra esposta problematica manifesta un evidente contrasto con i principi del processo penale, in

²⁸⁰ Il terzo comma dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 prevede: "I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati".

particolare, con la presunzione di innocenza che si esplica nella regola *in dubio pro reo* e nell'esigenza che il procedimento probatorio assicuri l'effettivo superamento di ogni ragionevole dubbio.

Ammettendo entrambi i casi, sopra illustrati, sul piano probatorio, la prova documentale servirà a fornire il modello di organizzazione dell'ente, ma non dimostrerà se questo modello ha funzionato nel caso di specie; per tale verifica il giudice ricorrerà all'ausilio di consulenti esterni, con il rischio di un'ipertrofia di ruoli all'interno del processo penale e di un rallentamento dei tempi processuali²⁸¹. Inoltre, l'intervento di un perito, chiamato a valutare l'efficacia o meno di un modello organizzativo, rischia di far fallire il modello di accertamento proprio della colpa; infatti, difficilmente il consulente esterno si colloca in una prospettiva *ex ante*, presumendo, invece, in ogni caso, l'esistenza di una regola cautelare doverosa sulla base della conoscenza anticipata della causa dell'evento.

Passando ad una riflessione di ordine processuale, al di là delle problematiche applicative, il decreto in commento, per la prima volta, ripartisce l'onere probatorio sulla base della posizione occupata nella gerarchia aziendale dalla persona alla quale il reato presupposto è addebitato. In particolare, al fine di dimostrare la responsabilità dell'ente, il pubblico ministero, nel caso di reato commesso dai soggetti apicali, è tenuto a provare un triplice ordine di elementi: la consumazione di uno dei reati presupposto, l'effettiva posizione di vertice ricoperta dal soggetto agente ed, infine, la sussistenza del criterio di

²⁸¹ Tali timori si desumono anche dall'ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Roma, datata 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, pag. 318. Durante tale procedimento il pubblico ministero aveva richiesto nei confronti della società indagata l'applicazione della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, sul presupposto del coinvolgimento degli organi sociali in vicende corruttive per l'aggiudicazione di appalti pubblici. L'ente, oltre a difendersi nel merito, aveva chiesto di non irrogare la misura cautelare, rilevando di aver adottato accorgimenti riparatori degli illeciti commessi, nonché un modello organizzativo idoneo a scongiurare il pericolo di reiterazione dei reati. Con tale ordinanza il G.i.p ha rilevato la sussistenza dei gravi indizi di reato, ma ha sospeso la decisione sull'applicazione della misura, nominando un perito per la valutazione dell'idoneità del modello organizzativo.

imputazione oggettivo. Al contrario, il difetto di uno solo dei suddetti elementi di prova porterà all'assoluzione della persona giuridica.

Per ragioni di completezza ritengo opportuno illustrare una nuova forma di responsabilità diretta degli enti introdotta dall'art. 9, II c., lett. a), l. 18 aprile 2005 n. 62, che ha innestato nel testo unico di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il Titolo I bis (artt. 180-187 quaterdecies) ed in particolare, ha introdotto l'art. 187 quinquies, disciplinante la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da illeciti amministrativi. Tale norma mantiene fermi i criteri oggettivi e soggettivi di imputazione ex art. 5, 6, 7, d.lgs. 231/2001, lasciando inalterata la funzione esimente dei modelli organizzativi. Le varianti, invece, che si registrano sono dovute alla diversa identità del titolare della pretesa punitiva, la Consob in luogo del p.m., ed alla tipologia dei reati presupposto, previsti agli artt. 187 bis e 187 ter d.lgs. 58/1998 (determinando un allargamento dello schema del d.lgs. 231/2001).

Riguardo al sistema sanzionatorio, si evince la volontà del legislatore di mantenere lo schema del doppio binario.

Competente ad irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria è la Consob (titolare sempre di più ampi poteri) e destinatari ne sono sia la persona fisica che la persona giuridica "responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti di cui al presente capo commessi nel suo interesse o a suo vantaggio"²⁸².

²⁸² Cfr. art. 187 quinquies, I c., d.lgs. n. 58/1998.

3 Le differenze rispetto alle soluzioni antecedenti: l'art. 2049 c.c., gli art. 196- 197 c.p. e l'art. 6 della l. 689/1981

Analizzando il panorama normativo antecedente, si rileva che la persona giuridica era già, in epoca anteriore all'emanazione del d.lgs. 231/2001, soggetto attivo della vicenda processuale, ma attraverso istituti che non erano in grado di legittimare una forma di responsabilità diretta dell'ente e che, ai fini della presente ricerca, ritengo utile esaminare.

Un primo esempio ne è la fattispecie prevista dall'art. 2049 c.c., ipotesi di responsabilità oggettiva che si configura in capo ai padroni e ai committenti per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono stati adibiti. In particolare, tale precetto è stato utilizzato quale dato normativo su cui basare il principio di responsabilità per rischio d'impresa (cioè relativo ai problemi che derivano da ogni attività economica avente caratteristica d'impresa)²⁸³.

In giurisprudenza²⁸⁴ tale responsabilità per fatto altrui si legittima in quanto connessa al rischio oggettivamente assunto con l'inserimento dei lavoratori nell'organizzazione. Nella specie il criterio d'imputazione è rigorosamente oggettivo e i presupposti della suddetta responsabilità sono i seguenti: la commissione di un fatto colposo da parte del domestico o del commesso, la sussistenza di un rapporto di

²⁸³ In tal senso, **CASTRONOVO**, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006. Il primo sostenitore di tale tesi è Trimarchi che sostiene l'utilità di tale responsabilità civile speciale ai fini di evitare che gli imprenditori possano, servendosi di espedienti giuridici, agire a proprio profitto e a rischio altrui. Pertanto qualsiasi impresa, che nell'ambito della sua organizzazione cagiona danni con una certa regolarità, deve sopportare il rischio relativo e tradurlo in costo; così, **TRIMARCHI**, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Tale teoria viene criticata da una parte della dottrina che riconosce l'elemento del rischio d'impresa estraneo al contesto normativo e ritiene impossibile l'identificazione delle figure dei padroni e dei committenti con quella dell'imprenditore; cfr. **SCOGNAMIGLIO**, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in Scritti giuridici, Padova, 1996.

²⁸⁴ Indicativa una sentenza della Corte di Cassazione che condanna al risarcimento del danno, anche di natura morale, l'impresa produttrice di una batteria, la cui esplosione cagionava lesioni ad un elettrauto impegnato nel controllo di un'auto. Si riconosce, infatti, una responsabilità penale di natura colposa in capo alla società per l'omesso controllo della sicurezza dell'accumulatore prima della sua commercializzazione; cfr. Cass. Civ., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, pag. 372.

preposizione²⁸⁵ e di un nesso di occasionalità necessaria²⁸⁶. In ordine alla responsabilità civile in capo alle società, sussistono alcuni casi in cui il rapporto tra le stesse ed i propri amministratori o rappresentanti si riconduce ad un rapporto di preposizione. E' evidente, però, che si tratta di una responsabilità ascritta in capo agli enti in via indiretta, cioè derivante da un comportamento colposo dei rappresentanti degli stessi²⁸⁷. D'altra parte, in tale ambito, l'imputazione della responsabilità prescinde da qualsiasi nesso funzionale tra la condotta lesiva e l'interesse curato (rileva, invece, il mero rapporto di preposizione), presupponendo che il soggetto chiamato a risarcire il danno sia nella posizione migliore per sopportare tale costo. In particolare, il preponente risponde perché assume il rischio di un'iniziativa economica, escludendo qualsiasi rimprovero per *culpa in vigilando* o *in eligendo* e rilevando così una responsabilità "per posizione" (argomento oggetto di critiche, nel primo capitolo, riguardo all'istituto della delega di funzioni).

Sulla base della sopra illustrata forma di responsabilità civile, si può, invece, riconoscere un'implicita anticipazione dell'esistenza di un dovere di auto-organizzazione in capo alla persona giuridica. Attraverso una lettura di ampia portata, infatti, a proposito della natura dell'obbligo, sussistente in capo a chi intraprende un'iniziativa imprenditoriale, di effettuare un preventivo calcolo dei ricavi e, soprattutto, dei costi si

²⁸⁵ Ai fini della configurazione di tale rapporto è sufficiente che il lavoratore sia inserito anche occasionalmente o temporaneamente nell'organizzazione aziendale ed abbia agito, in tale contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore; si confronti, Cass. Civ., 9 novembre 2005, n. 21685, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 647.

²⁸⁶ Tale concetto ha quale valenza semantica la circostanza che, affinché sia riconosciuta la responsabilità del committente, è sufficiente che le mansioni o le incombenze affidate all'ausiliario abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento generatore del danno, senza che possa rilevare il fatto che il comportamento dannoso abbia ecceduto i limiti delle mansioni medesime; si consulti, Cass. Civ., 10 maggio 2005, n. 9764, in *Foro it.*, 2006, pag. 186.

²⁸⁷ Un esempio ne è la recente sentenza del Tribunale di Milano, in ordine ad una fattispecie di abuso di informazioni privilegiate, che riconosce la responsabilità indiretta di un gruppo di istituti di credito per omessa vigilanza sulla condotta dei propri funzionari; cfr. Trib. Milano, 14 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, pag. 1581.

manifesta l'esigenza di un'organizzazione efficiente non solo al suo interno, ma anche nei suoi rapporti con l'esterno (ad esempio, con i consumatori). All'interno di tali costi, nella specie, si annoverano, non solo quelli materiali, ma anche quelli sociali, individuati, ad esempio, nell'eventuale risarcimento dovuto a seguito di inquinamento ambientale cagionato da un insediamento industriale ovvero a seguito degli infortuni sul lavoro.

Una recente posizione interpretativa in giurisprudenza, con riferimento ad infortuni avvenuti durante la pratica professionale sportiva, motiva il riconoscimento della responsabilità in capo ad alcune società sportive ai sensi dell'art. 2049 c.c., sulla base dell'esistenza di un obbligo di *risk management*. La società sportiva, infatti, in qualità di datore di lavoro dell'atleta, è tenuta ad adottare tutte le cautele necessarie a tutelare la salute dello stesso, sulla base di alcuni parametri, in particolare, la specifica attività svolta e la particolare esposizione al rischio di infortuni²⁸⁸.

Da un'analogia prospettiva interpretativa, anche se in ordine ad una fattispecie diversa, si sono pronunciati i giudici di merito ai fini del rilievo della sussistenza della responsabilità di una società di intermediazione mobiliare per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari durante lo svolgimento delle incombenze loro affidate. La motivazione si fonda sulla rilevanza del comportamento del promotore che ingenerava nel cliente l'affidamento incolpevole che il suo investimento avrebbe avuto quale destinatario finale la Sim²⁸⁹.

Un analogo caso di un'imputazione senza colpa nonché di un tentativo di superare il brocardo "societas delinquere non potest" è rappresentato rispettivamente dagli art. 196 e 197 c.p..

²⁸⁸ In tal senso, Cass. Civ., Sez. Lav., 8 gennaio 2003, in *Arch. civ.*, 2003, pag. 494.

²⁸⁹ Si consulti Cass. Civ., Sez. III, 22 ottobre 2004, in *Banca, bors.*, 2006, pag. 138.

In primo luogo, l'art. 196 c.p. (novellato dall'art. 116 della legge 24 novembre 1981, n. 689) riconosce civilmente obbligato per la pena pecuniaria, inflitta nei reati commessi da chi è soggetto all'altrui autorità, direzione o vigilanza, colui che riveste tali ruoli, nell'ipotesi in cui si tratti di violazioni di disposizioni che lo stesso è tenuto a far osservare e delle quali non debba rispondere penalmente. L'obbligazione civile ai sensi della norma in esame, infatti, sorge esclusivamente per il fatto della violazione di disposizioni che la persona preposta era tenuta a fare osservare; nel momento in cui, però, il soggetto agente stesso apporta un contributo rilevante penalmente, è responsabile a titolo di concorso²⁹⁰.

In particolare, la responsabilità di tale soggetto "in posizione apicale" è di natura civile, sussidiaria ed eventualmente sottoposta a condizione sospensiva (l'impossibilità dell'imputato di pagare l'ammenda per la sua insolubilità). Il limite di tale norma nell'ammettere una responsabilità diretta del soggetto dirigente ne è, però, la "ratio" della stessa che è costituita dal fine di garantire all'erario il pagamento dell'ammenda inflitta²⁹¹.

In secondo luogo, l'art. 197 c.p.²⁹² individua la società quale responsabile civile per la sanzione comminata all'organo societario. L'art. 197 c.p.²⁹³ prevede

²⁹⁰ In tal senso Cass. Pen., 28 aprile 1941, in *Giust. Pen.*, 1942, pag. 213.

²⁹¹ Cfr. **MARINUCCI, DOLCINI**, *Codice penale commentato*, Assago, 2006.

²⁹² Tale norma (novellata dall'art. 116 l. 689/81) recita così al primo comma: "Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta".

²⁹³ Le origini storiche di tale norma si rinvengono nell'art. 10 della legge, datata 7 gennaio 1929 n. 4, che così statuisce: "Per le contravvenzioni relative ai tributi dovuti da enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le province, i comuni e gli altri enti pubblici, qualora sia pronunciata condanna contro chi ne abbia la rappresentanza o sia con essi in rapporto di dipendenza, gli enti predetti sono obbligati, in caso di insolubilità del condannato, al pagamento di una somma pari all'ammontare dell'ammenda inflitta"; cfr. *Gazzetta Ufficiale n. 11 del 14 gennaio 1929*.

un'obbligazione civile²⁹⁴, accessoria (dipende da un reato per cui vi sia condanna) e sussidiaria (condizionata all'eventuale insolvibilità del condannato penalmente). Un profilo di rilievo è rappresentato dal fatto che la condanna deve riguardare un reato commesso da un rappresentante o amministratore o dipendente della persona giuridica, espressione di un rapporto di immedesimazione organica tra persona fisica ed ente²⁹⁵.

I limiti di tale norma, però, sono rappresentati dall'applicabilità della stessa solo all'ambito dei reati sanzionati con pena pecuniaria (pertanto spesso meno gravi); inoltre, l'efficacia deterrente della sanzione nei confronti dell'ente risulta trascurabile in quanto il giudice commisura la pena, in riferimento alla persona fisica, alla quale è ascritta la responsabilità penale, tenendo conto delle condizioni economiche della stessa (ex art. 133 bis c.p.) evidentemente sempre inferiori rispetto a quelle della società per cui opera²⁹⁶.

Ne deriva, così, una responsabilità eventuale, riferita all'autore materiale dell'illecito, e, pertanto, nella maggior parte delle ipotesi, economicamente irrilevante per la società.

Inoltre, ai fini dell'ascrizione di tale responsabilità civile all'ente, può anche essere sufficiente che il reato sia stato commesso "nel suo interesse", senza alcuna valutazione in merito all'elemento soggettivo ed in coerenza solo ad una natura sussidiaria di tale responsabilità²⁹⁷.

²⁹⁴ Il carattere "civilistico" di tale istituto è confermato altresì dalla Corte costituzionale nella sentenza datata 14 maggio 1966, n. 40; cfr. *Giur. cost.*, 1966, pag. 707.

²⁹⁵ Così **ROMANO**, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.

²⁹⁶ In tal senso **ALESSANDRI**, *Commento sub art. 27 comma 1 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, Artt. 27-28, Rapporti civili, Bologna, 1991, pag. 153.

²⁹⁷ Si sottolinea, infatti, che all'obbligazione di cui all'art. 197 c.p. non può neanche assegnarsi carattere di obbligazione solidale, perché la solidarietà presuppone unicità di fatti e pluralità di autori, ciò che non ricorre nell'ipotesi presente. Tale istituto comunque è di scarsa applicazione nella prassi ed anche di recente si avverte l'esigenza di una sua modifica. La "ratio" di tale sentita innovazione è espressa nella Relazione che accompagna il Progetto di riforma del Codice Rocco: "non si tratta semplicemente di introdurre istituti nuovi. Si tratta anche di raddrizzare istituti esistenti, che la mancata previsione di una

La suddetta responsabilità sussidiaria si è tentato di superarla attraverso l'elaborazione dell'art. 6²⁹⁸ l. 24 novembre 1981, n. 689²⁹⁹ che introduce l'obbligo solidale dell'impresa o della società, di pagamento della sanzione pecuniaria, per la violazione commessa da un suo rappresentante o da un suo dipendente, con diritto di regresso, per l'intero, nei confronti dell'autore dell'illecito. La sanzione amministrativa pecuniaria si irroga così direttamente all'ente. Tuttavia la necessaria funzione general-preventiva non si adempie in quanto la sanzione è commisurata sempre alle condizioni economiche e personali della persona fisica autrice della violazione (ai sensi dell'art. 11 l. 689/81) ed, inoltre, si riproduce lo schema precedente stabilendo un'obbligazione di garanzia dell'ente per il pagamento della sanzione pecuniaria da parte dell'autore dell'illecito³⁰⁰. Tale norma si limita a legittimare un'applicazione del principio di solidarietà nel debito³⁰¹, finalizzata unicamente a garantire il pagamento della sanzione ed è impossibile ravvisare una responsabilità diretta dell'ente in quanto si prevede un diritto dello stesso di agire in regresso verso la persona fisica autrice dell'illecito (venendo così espressamente a mancare la funzione specialpreventiva che il diritto penale richiede alla sanzione). La responsabilità dell'illecito amministrativo pertanto grava sulla persona fisica, soggetto attivo, in qualità di legale rappresentante della

diretta responsabilità della persona giuridica espone a uno stress gravemente deformante, con costi (in termini di denaro e di sperequazioni di trattamento) che ricadono non solo sulle persone fisiche autori di reato, ma anche sulle persone giuridiche, la cui estraneità al sistema penale è già oggi, di fatto e di diritto, mera apparenza"; cfr. **PAGLIARO**, *I principi generali del Progetto Grosso e le tendenze del diritto penale*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, pag. 85.

²⁹⁸ In particolare, il terzo e quarto comma così sono formulati: "Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta.

Nei casi previsti dai commi precedenti chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione".

²⁹⁹ Tale legge di depenalizzazione ha introdotto, per la prima volta, in Italia, un'organica disciplina generale dell'illecito amministrativo, ove il prototipo di sanzione è quella pecuniaria.

³⁰⁰ Cfr. **PALIERO, PALAZZO**, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003.

³⁰¹ Cfr. **PALIERO, DOLCINI**, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, pag. 1154.

persona giuridica e non sulla stessa rappresentata³⁰². Per fondare la suddetta responsabilità è necessaria quantomeno la colpa ai sensi dell'art. 3 l. 689/1981; inoltre il secondo comma dell'art. 6 l. 689/81 (espressione dell'intenzione del legislatore di distinguere tra imprenditore individuale ed impresa societaria) consente di individuare una forma di responsabilità colposa del soggetto obbligato in solido per non aver impedito la commissione del fatto illecito tipico da parte del sottoposto³⁰³.

In ordine ai criteri d'imputazione, inoltre, il legislatore sembra accogliere la teoria formale identificando quali soggetti attivi solo coloro formalmente investiti dalla qualifica di rappresentanti dell'ente (escludendo così gli illeciti commessi dai "rappresentanti di fatto") ed anche il requisito dell' "esercizio delle funzioni o incombenze" appare limitato e riduttivo rispetto alla multiformi manifestazioni dell'attività di impresa.

Un'ulteriore riflessione, in ordine alle mancanze della suddetta disciplina, investe la compatibilità tra il regime di responsabilità diretta in concorso formale ex art. 5 l. 689/81 e quello di responsabilità solidale di cui all'art. 6 l. 689/81, che prevede ipotesi tipiche di responsabilità per "assunzione del rischio" con inversione dell'onere probatorio, avvalendosi del civilistico diritto di regresso per il recupero della somma dovuta da chi ha materialmente commesso il fatto.

Il problema sorge in quanto è possibile che i suddetti due modelli di corresponsabilizzazione si sovrappongano a tal punto da comportare l'inapplicabilità dell'art. 5 l. 689/81. Esemplificando, in ordine all'ipotesi disciplinata al primo comma dell'art. 6 l. 689/81, relativa all'individuazione della responsabilità in capo al

³⁰² Il modello dell'art. 6 l. 689/81 è stato successivamente ripreso dal legislatore nella disciplina speciale di altri settori, come in materia di sanzioni tributarie (art. 11, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472), di intermediazione finanziaria (art. 195, IX c., d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e di diritto bancario (art. 144, V c., d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, successivamente abrogato dall'art. 64, XXXIII c., d.lgs. 415/96).

³⁰³ In tal senso, **PALIERO, TRAVI**, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione, dal punto di vista dell'interesse probatorio, la pubblica amministrazione è orientata a ricorrere all'art. 6 l. 689/81, anche nei casi di compartecipazione a pieno titolo, al fine di evitare il gravame dell'onere della prova della sussistenza dell'elemento della colpa o del dolo riferito al proprietario del bene³⁰⁴.

Da una prospettiva processualpenalistica, altresì, i poteri istruttori riconosciuti alla pubblica amministrazione nonché l'eventuale intervento del giudice in sede di opposizione, previsti dalla legge 689/81, sono meno incisivi e penetranti rispetto ai poteri di accertamento propri del procedimento penale. Un'altra dimostrazione è offerta dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 24 l. 689/81. Il legislatore, infatti, nell'ambito delle ipotesi d'infrazioni amministrative connesse obiettivamente con un reato, dispone che, nel caso in cui il procedimento penale si chiuda per estinzione del reato e per difetto di una condizione di procedibilità, venga meno, di conseguenza, automaticamente la competenza del giudice penale in ordine alla violazione amministrativa (rivivendo, invece, i poteri della pubblica amministrazione). Tale schema normativo si presenta "invertito" rispetto a quello del d.lgs. 231/01, infatti, la cognizione del giudice penale si legittima solo quando dall'accertamento di un illecito amministrativo dipende l'esistenza di un reato.

In conclusione, in una analisi di ampia portata, la legge del 1981 anche se effettua un accostamento sul piano delle garanzie dell'illecito amministrativo a quello penale (esemplificando, il principio di legalità e il corollario del principio di irretroattività, la capacità di intendere e di volere nonché i criteri di imputazione soggettivi del dolo e della colpa), si basa su un apparato che ha quale destinatario la persona fisica.

³⁰⁴ Cfr. **PALIERO**, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in Pol. dir., 1983, pag. 117.

CAPITOLO IV

COLPEVOLEZZA “CLASSICA” E COLPA DI ORGANIZZAZIONE

1 Il paradigma della colpa come violazione di norme a contenuto precauzionale: la scelta tra colpa specifica e colpa generica. 1.1 L’elaborazione teleologica della norma cautelare. 1.1.1 Il dibattito sulla possibilità di tipizzare le regole cautelari. 2 Il modello organizzativo quale parametro per la commisurazione della colpa individuale e della colpa collettiva. 3 L’accertamento dell’elemento soggettivo nel concorso mediante omissione all’interno delle organizzazioni complesse: il labile confine tra dolo eventuale e agevolazione colposa. 3.1 Il ruolo dell’organismo di vigilanza

1 Il paradigma della colpa come violazione di norme a contenuto precauzionale: la scelta tra colpa specifica e colpa generica

Come si desume dalle riflessioni sopra sviluppate, riguardo alla responsabilità delle organizzazioni complesse ed in relazione al criterio di imputazione, oggetto d’indagine, il concetto di colpa, oggi, assume un carattere di dinamicità, cioè all’aumentare dei rischi conseguenti dall’attività umana e tecnologica, corrisponde una maggiore pretesa di ridurre gli effetti lesivi.

Tale profilo origina dalle funzioni del diritto penale quale sistema sociale³⁰⁵.

“In primis” lo stesso stabilizza le aspettative. In particolare le norme penali sono effettive, cioè associate ad un effetto di deterrenza e, quindi, sorgono aspettative di

³⁰⁵ Tra i sostenitori della visione del diritto penale quale sistema, particolare risulta essere il programma di “ottimizzazione” dei beni giuridici, promosso da Kratzsch: le norme sono considerate unità funzionali orientate allo scopo e ciò che si richiede a ciascun consociato (quale elemento del sistema) è l’ottimale realizzazione dei fini della norma attraverso il necessario adattamento ad essa (“Normoptimierung”); cfr. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985.

comportamento: i singoli consociati attendono il mantenimento del comportamento conforme. La sanzione penale stabilizza, così, nel presente, un comportamento conforme in quanto il reato è dimostrazione di un comportamento difforme. In secondo luogo l'effetto deterrente della norma penale adempie ad un'ulteriore funzione: orienta il comportamento dei consociati. Di conseguenza si sviluppa un diritto penale "moderno" distinto dal diritto penale "classico"³⁰⁶ giacché non si associa più una pena solo ad un'offesa di beni giuridici, ma al contrario solo al fine di "orientare" e quindi, in costanza di una condotta difforme. Inoltre il diritto penale moderno "trascura" l'aspetto di prevenzione speciale concentrandosi solo su quello generale e riconoscendo a priori una consapevolezza collettiva di insidiose fonti di "rischio sociale"³⁰⁷.

Il penalista del passato continua a considerare solo i rischi noti, invece oggi avanza l'impostazione moderna che prende in esame anche i rischi ignoti (da ricondursi, come anticipato da Franco Bricola³⁰⁸, all'organizzazione). L'elemento di distinguo tra tali due categorie è dato dal carattere di non prevedibilità del rischio. La priorità attribuita, quindi, alla valutazione dei rischi è coerente con la struttura dell'istituto della colpa (anche se in una nuova prospettiva). La necessità della previa valutazione dei rischi, infatti, è presupposto razionale dell'individuazione e adozione di misure cautelari atte a fronteggiare i rischi ("risk management")³⁰⁹.

³⁰⁶ Il diritto penale moderno può essere letto o in modo "diacronico", cioè totalmente diverso dal modello classico o "sincronico", cioè distinguendo all'interno del sistema nuclei classici e moderni (quale la criminalità d'impresa). Secondo il modello classico, infatti, la finalità del diritto penale riflette lo scopo che lo Stato persegue. In particolare l'intervento del diritto penale si legittima solo in presenza di determinate condizioni, le garanzie e solo in caso di gravi lesioni a fondamentali beni giuridici del singolo o della collettività; si confronti, **AA.VV.**, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.

³⁰⁷ In ordine alle teorie della pena, tali assunti sono sostenuti da Jakobs. Per una sintesi delle suddette tesi si confronti **DONINI**, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.

³⁰⁸ Così **BRICOLA**, *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984.

³⁰⁹ Cfr. **PULITANÒ**, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in Cass. Pen., 2006, pag. 778.

In tale contesto, quindi, è necessario descrivere i requisiti positivi della colpa³¹⁰ ed, in particolare, il significato dell'elemento della "violazione di un dovere obiettivo di diligenza"³¹¹ (la colpa coincide con la violazione della regola di diligenza, richiesta in senso oggettivo come necessaria per la salvaguardia dei beni giuridici).

Riguardo alla moderna concezione della struttura della colpa, essa si caratterizza per una duplice dimensione (che confluisce in un'essenza unitaria)³¹²: la prima, oggettiva, cioè la consumazione di una condotta che viola una regola cautelare di comportamento, orientata a salvaguardare i beni giuridici, mentre la seconda, soggettiva, che si concretizza nell'esigibilità dell'osservanza di tale regola da parte dell'agente. Di conseguenza, se si valutano analiticamente i singoli momenti costituenti l'elemento soggettivo della colpa, s'individuano: a) l'inosservanza della regola cautelare; b) l'evitabilità dell'evento mediante l'osservanza della stessa; c) l'esigibilità dell'osservanza da parte dell'agente³¹³.

Le regole precauzionali³¹⁴ (ovvero cautelari) originano dall'esperienza e hanno lo scopo, orientando il comportamento di ogni consociato, di prevenire ed evitare la lesione

³¹⁰ La struttura della colpa è composta da un requisito positivo, che la legge descrive come "negligenza o imprudenza o imperizia", ovvero come "inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline" ed uno negativo che coincide con l'assenza del dolo; cfr. **MARINUCCI, DOLCINI**, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006.

³¹¹ In tal senso, **CADOPPI, VENEZIANI**, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2004.

³¹² Si confronti, **MANTOVANI**, *Diritto penale*, Padova, 2007.

³¹³ Cfr. **PADOVANI**, *Diritto penale*, Milano, 2006.

³¹⁴ Tale aggettivo etimologicamente ha quale substrato il principio di precauzione che origina dalla previsione del Trattato CE, che lo descrive a fondamento della politica ambientale comunitaria.

Secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, inoltre, tale dettato si estende ad altre materie di interesse comunitario, quali la tutela della salute e dei consumatori.; cfr. Corte di Giustizia, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, 1991, pag. 6084.

Al fine della cura dei beni fondamentali, quali la salute o l'ambiente, è necessaria l'adozione o l'imposizione di determinate misure di cautela anche in situazioni di incertezza scientifica, nelle quali è ipotizzabile solo una situazione di rischio, e non è, invece, dimostrata, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, la sicura, o anche solo probabile, evoluzione del rischio in pericolo. Il principio di precauzione, infatti, disciplina le situazioni in cui il legislatore, in mancanza di evidenze scientifiche, atte ad eliminare totalmente l'ipotesi di un rischio potenziale, è chiamato a compiere delle scelte ed impone l'adozione di una linea di prudenza in attesa di ulteriori informazioni scientifiche.

La prima enunciazione del principio in esame è contenuta nell'art. 15 della Dichiarazione di Rio del 1999, limitatamente alle questioni ambientali: "in order to protect the environment, the precautionary approach

di interessi meritevoli di tutela, o, quantomeno, di minimizzare il rischio entro margini tali da renderlo accettabile in base a parametri sociali di riferimento. Tali regole possono essere “non scritte” e, quindi, in caso di violazione delle stesse si parla di colpa generica, oppure codificate, e, di conseguenza, si parla di colpa specifica.

La distinzione tra le suddette categorie di colpa ha quale fondamento la natura delle suddette regole.

Autorevole dottrina³¹⁵ discerne tra norme giuridiche a contenuto rigido, cioè che impongono al destinatario una regola di condotta fissata in modo preciso e a contenuto elastico, cioè che prevedono una regola di condotta dipendente dalle circostanze del caso concreto, ovvero sulla base di tali circostanze si individua il comportamento che avrebbe tenuto l'agente modello.

Riguardo alla colpa generica, infatti, si è in presenza solo di un'indicazione “di genere” ove il legislatore detta alcune ampie categorie predeterminate; infatti, ai sensi dell'art. 43, I c., c.p., il delitto è a titolo di colpa generica quando l'evento previsto, ma non voluto dall'agente, si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia.

shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”; in dottrina si consulti **MARCHISIO**, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in Riv. dir. int., 1992, pag. 589.

In seguito, l'art. 174 del Trattato CE ha stabilito che “la politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela tenendo conto della diversità delle situazioni nelle diverse regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione, dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria, alla fonte dei danni causati dall'ambiente nonché sul principio di chi sbaglia paga”. Ivi il legislatore europeo nomina espressamente il principio di precauzione, ma non specifica i contenuti, lasciando ai responsabili politici, ed in ultima analisi, alla prassi giurisprudenziale, il compito di definirne la portata. Il ricorso al principio di precauzione non può verificarsi se non in ipotesi di rischio potenziale; in tal caso necessita una preliminare valutazione dei dati scientifici relativi ai rischi in questione. Nell'ambito di applicazione di tale principio, la giurisprudenza comunitaria ha individuato alcuni principi generali a tutela di buona gestione dei rischi, quali quello di coerenza, nel senso che le misure dovrebbero essere coerenti con altre già adottate in situazioni simili o utilizzando identici approcci; quello di non discriminazione, nel senso che le situazioni comparabili non devono essere trattate in modo differente e che situazioni differenti non devono essere trattate in modo identico. Tra gli indicati enunciati rileva il principio di proporzionalità, nel senso che le misure basate sul principio di precauzione non devono essere sproporzionate al livello di protezione ricercato. Tali argomenti sono stati oggetto del Convegno di Studi, tenutosi a Roma, il 20 giugno 2002, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, intitolato “Verso una Costituzione Europea”.

³¹⁵ Così **MARINUCCI, DOLCINI**, *Diritto penale*, Milano, 2004.

Nella specie, si statuisce implicitamente il rispetto di regole di diligenza, che prescrivono di tenere una determinata condotta positiva, di prudenza, che vietano alcune azioni o modalità di esse, e di perizia, che dettano il possesso di particolari conoscenze per lo svolgimento di determinate attività³¹⁶.

In dottrina vige una diatriba riguardo alla natura del parametro sul quale basare il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento (nonché di esigibilità), quali criteri individuatori del carattere colposo dell'azione³¹⁷. Un modello, considerato però eccessivamente soggettivizzante, è quello dell' "agente concreto", mentre un altro canone, ritenuto però troppo oggettivizzante, è quello dell' "uomo più esperto".

Il parametro considerato più idoneo, invece, è quello che si basa sulla figura dell'"agente modello", (che origina dall' "homo eiusdem condicionis et professionis"), intesa nella accezione "relativistica", cioè che riguarda una necessaria verifica in ordine alla possibilità, in concreto, di muovere un rimprovero all'agente, tenendo conto di tutte le circostanze del caso. Da tale definizione conseguono i seguenti corollari: l'architettura dell'agente modello che, in relazione al tipo di attività e condizioni umane, si sviluppa identificandosi in una pluralità di agenti modello specifici in corrispondenza della diversità del contesto, la riconducibilità dello stesso soggetto a più agenti modello specifici ed, infine, la corrispondenza del soggetto agente con una delle suddette figure a seconda della concreta attività intrapresa³¹⁸.

Esemplificando, il soggetto apicale in un'organizzazione complessa è tenuto ad assicurare che l'organizzazione, per lo svolgimento della sua attività, disponga dei saperi specialistici occorrenti per il rispetto delle regole cautelari. In tale prospettiva un

³¹⁶ In tal senso, **MANTOVANI**, *Diritto penale*, Padova, 2007.

³¹⁷ Così, **GALLO**, *Colpa penale*, in Enc. Dir., VII, Milano, 1960.

³¹⁸ Cfr. **MANTOVANI**, *Diritto penale*, Padova, 2007; nello stesso senso, **BASILE**, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005.

esempio è dato dal d.lgs. 626/94 che, nel disciplinare l'adempimento fondamentale e non delegabile della valutazione dei rischi, rileva la necessaria complementarietà fra i doveri del datore di lavoro e il contributo di organi che hanno il compito di porre a disposizione le competenze tecniche necessarie³¹⁹. In particolare il sapere scientifico e tecnico richiesto, ai fini della valutazione dei rischi, è il sapere di un agente modello che svolge il tipo di attività cui la valutazione si riferisce. In mancanza delle condizioni per una valutazione adeguata, la regola cautelare sarà così l'astensione dall'attività.

A proposito dei rapporti tra colpa generica e specifica è importante rilevare che entrambe sono costituite dai criteri comuni dell'evitabilità e della prevedibilità, non essendo attendibile la tesi³²⁰ che ritiene, riguardo alla colpa specifica, che il giudizio di prevedibilità dell'evento sia già stato compiuto dal legislatore "a priori" nel momento in cui ha dettato la regola normativa determinata (versando così in una pericolosa colpa "in re ipsa"). Sia per legittimare la colpa generica che quella specifica, infatti, è necessaria la prova dell'efficienza causale³²¹ dell'inosservanza della regola cautelare nella produzione

³¹⁹ Si confronti l'art. 4, VI c., d.lgs. 626/94. Si rileva la necessità di un necessario contributo da parte di esperti in quanto la stessa informazione sui rischi è un problema di ordine tecnico che il datore di lavoro non può risolvere con un personale attivarsi.

Inoltre la suddetta norma è oggetto di una recente novella che offre sempre maggior rilievo al momento di valutazione dei rischi. Il d.lgs. 10 aprile 2006, n. 195, nell'ambito degli obblighi del datore di lavoro in ordine alla valutazione del rischio determinato dal rumore durante lo svolgimento del lavoro, introduce una specificazione dei criteri che devono indirizzare tale verifica. In particolare, alla lett. e), il legislatore indica che oggetto d'analisi devono essere "tutti gli effetti indiretti sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori risultanti da interazioni fra rumore e segnali di avvertimento o altri suoni che vanno osservati al fine di ridurre il rischio di infortuni"; il testo è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, 30 maggio 2006, n. 124.

³²⁰ In tal senso, CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2005.

³²¹ In ordine all'accertamento del nesso causale, in dottrina emergono numerosi spunti di discussione. I processi di produzione della società del rischio, infatti, rendono difficile l'applicazione del modello nomologico condizionalistico in quanto il meccanismo causale può rimanere ignoto sussistendo al massimo solo la conoscenza della sussistenza di una contiguità temporale tra antecedente e successivo; (cfr. VINEIS, *Modelli di rischio: epidemiologia e causalità*, Torino, 1990).

Interviene, quindi, il contributo del diritto penale moderno che, tenta di risolvere la problematica sopra illustrata in ordine all'insufficienza della teoria condizionalistica in ambiti ove è in gioco la tutela di interessi importanti quali la salute o l'ambiente. Si dilata così l'area del concorso e diventa punibile chiunque abbia compiuto un'azione idonea "ex ante" ad agevolare o facilitare la commissione del reato. La nozione di causalità viene sostituita dal concetto di "attitudine causale" che permette di punire le condotte che accrescono la possibilità di realizzazione del fatto criminoso. Tale criterio risulta utile

dell'evento³²². In particolare l'evento deve apparire come una concretizzazione del rischio che la norma di condotta violata tendeva a prevenire.

Di conseguenza, in tema di legittimazione della colpa specifica, l'inosservanza della regola cautelare imposta dalla legge, regolamento, ordine o disciplina è sufficiente, purché sia accertato il decorso causale tra condotta ed evento e “purché, beninteso, l'evento verificatosi sia riconducibile al tipo di evento che tale regola intende prevenire, essendo questa insita nello stesso precetto normativo violato, nel senso che è stato l'autore di questo a prefigurarsi, una volta per tutte, la pericolosità di una certa situazione, tanto da dettare precise regole precauzionali per ovviarvi”³²³.

Nel contesto aziendale, quindi, penalmente rilevante è, ad esempio, la deviazione dei comportamenti del datore di lavoro dagli standard di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive. L'accertamento del giudice, infatti, ha ad

soprattutto in ordine al problema della causalità dell'omissione che investe, oltre alle difficoltà già esaminate della causalità materiale, anche altri ostacoli quali l'accertamento degli antecedenti positivi dell'evento, in relazione ai quali si pone la questione dell'omesso impedimento e dell'eventuale obbligo di attivarsi. Non è possibile, infatti, concludere con certezza che un'eventuale omissione sia stata una condizione “sine qua non” dell'evento. Al contrario è possibile affermare che l'omissione ha aumentato il rischio del verificarsi dell'evento, in misura più o meno alta. Un orientamento in dottrina critica tale paradigma in quanto si tende a fondare l'imputabilità secondo una presunzione e non attraverso un accertamento in concreto. In particolare la verifica dell'esistenza del nesso causale attraversa due fasi.

In primo luogo si attua un controllo sulla certezza che l'evento si sarebbe verificato anche in alternativa del comportamento lecito, anche se vi è stata la violazione della regola cautelare; in secondo luogo, nel caso in cui l'accertamento della suddetta fase antecedente fallisca, è necessaria la prova che il rischio innescato sia lesivo secondo una regola probabilistica. Si rileva, quindi, che l'unica condizione per giustificare il nesso causale è rappresentata dalla condotta illecita in quanto ci si limita solo a presumere la concretizzazione in evento del rischio. Un autorevole giurista, Stella, critica così tale impostazione considerandola in contrasto con il dettato costituzionale dell'art. 27 che sancisce la responsabilità per fatto proprio. L'illustre studioso, che è uno dei promotori dei correttivi del paradigma classico di causalità, si oppone al modello dell' “aumento del rischio” elaborando il procedimento di sussunzione sotto leggi scientifiche che comincia a fare ingresso nella prassi applicativa a partire dai primi anni novanta; cfr. Cass. Pen., 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, pag. 36. Stella, altresì, nei suoi ultimi ammonimenti teorici, introduce la condizione “but for”, cioè “al di là di ogni ragionevole dubbio”; il nesso causale deve essere ricostruito con un livello di rigore corrispondente alla soglia di un coefficiente probabilistico vicinissimo a cento con riferimento sia alla probabilità statistica che alla probabilità logica; in tal senso, **STELLA**, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003. Tale percorso, anche se trova conferma in giurisprudenza, non è fondato in dottrina a causa delle eccessive difficoltà probatorie; cfr. **NOBILI**, *Storia di una recente formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent'anni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, pag. 78.

³²² Così **FORTI**, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

³²³ Cfr. Cass. Pen., 2 febbraio 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 440.

oggetto una verifica in ordine alle determinate misure di sicurezza: nel caso le stesse siano accolte negli standard di produzione industriale, il loro mancato recepimento viene considerato ai fini della colpa generica; nell'ipotesi, invece, in cui le suddette misure siano specificamente prescritte, allora la loro violazione comporta una colpa specifica.

1.1 L'elaborazione teleologica della norma cautelare.

Si spiega, così, il contenuto della regola cautelare e, in tale prospettiva, si distinguono le stesse quali "proprie" ed "improprie"³²⁴, a seconda della differente efficacia delle medesime che, a sua volta, influisce sui limiti di effettività del principio di affidamento³²⁵. Nella specie, per norme cautelari "proprie" si intendono quelle basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di evitabilità (con probabilità confinante con la certezza) del medesimo mediante il comportamento lecito. Si possono qualificare, invece, come "improprie" le regole cautelari che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento del rischio, ma solo una riduzione dello stesso.

Si individuano due piani d'indagine in ordine alla funzione preventiva della regola cautelare. In primo luogo, in relazione al grado della efficacia preventiva, le norme cautelari si distinguono a seconda che eliminino il rischio di verificazione dell'evento ovvero consentano soltanto di ridurlo.

In secondo luogo, le regole cautelari si caratterizzano a seconda che siano finalizzate a contenere la pericolosità della condotta del soggetto in capo al quale vige il dovere di diligenza o quella altrui. La prima categoria riguarda le regole prudenziali che intervengono direttamente a disciplinare l'altrui attività pericolosa, talché la loro

³²⁴ Cfr. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003.

³²⁵ In tal senso, MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

violazione dà luogo alla c.d. “culpa in vigilando”. Un esempio ne sono gli obblighi cautelari di tipo antinfortunistico di cui è titolare il datore di lavoro.

La seconda tipologia, invece, consiste in quelle norme prudenziali che operano in un momento precedente all’inizio dell’attività pericolosa. In tale ambito opera il principio di affidamento.

Secondo la prevalente dottrina³²⁶, quando la condotta del singolo agente interferisce con quella di altri soggetti, come accade in diversi settori, quali l’organizzazione societaria o l’attività medica di gruppo, la determinazione della concreta regola di diligenza da osservare nel caso concreto è condizionata dal c.d. principio di affidamento, in forza del quale ciascun soggetto non è tenuto a modulare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ben potendo fare affidamento sulla circostanza che gli altri agiscano lecitamente, ossia osservando gli obblighi di diligenza su di loro incumbenti.

Al contrario, infatti, se, ad esempio, nell’ambito dell’organizzazione dell’ente (sia multidisciplinare che gerarchica), si riconoscesse un dovere assoluto di diligenza su ogni soggetto, implicante una necessaria prevenzione dell’altrui negligenza, ciò ostacolerebbe l’utilità e l’efficienza della scelta di far ricorso al lavoro in “equipe”. In particolare la “ratio” del ricorso all’organigramma aziendale consiste proprio nell’attribuire la possibilità ad ogni singolo componente di concentrarsi sui compiti specifici di sua competenza e di adempierli al meglio. In tal senso la nozione più opportuna di principio di affidamento, elaborata dalla giurisprudenza, è la seguente: “principio secondo il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell’attività che di

³²⁶ Si confronti, MANTOVANI, *Il principio di affidamento della teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

volta in volta è in esame, ed ognuno deve evitare unicamente i pericoli scaturenti dalla propria condotta”³²⁷.

1.1.1 Il dibattito sulla possibilità di tipizzare le regole cautelari.

Si è in precedenza dimostrato come le regole cautelari siano norme comportamentali finalizzate a conciliare il diritto di libertà di svolgimento delle attività pericolose lecite con la tutela dei terzi. Tale funzione di garanzia del “favor libertatis” impone che siano rispettati i principi della riserva di legge e di determinatezza, opponendosi all’odierna tendenza alla creazione di regole cautelari per opera della giurisprudenza.

Le critiche³²⁸ mosse alla positivizzazione delle regole cautelari sono condivisibili, ma non si possono negare i vantaggi che, sul piano della certezza del diritto, possono derivare da una corretta formalizzazione del contenuto prescrittivo della diligenza doverosa.

In particolare, l’esigenza di una standardizzazione del dovere di diligenza si avverte nei casi in cui, per l’evidente pericolosità dell’attività intrapresa o per l’insufficiente bagaglio di esperienza maturata al riguardo, le regole di comune esperienza disponibili non risultano idonee a orientare, con adeguati margini di efficacia, il comportamento dell’agente nel modo richiesto. In concreto, in tale direzione si è evoluta la normativa prevenzionistica in materia di sicurezza del lavoro; infatti, da un generale dovere del datore di lavoro di assicurare la sicurezza dei lavoratori ex art. 2087

³²⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 584.

³²⁸ In tal senso, **MARINUCCI**, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

c.c., si è passati ad un sistema che persegue il medesimo fine imponendo al datore di lavoro il rispetto di determinate procedure di sicurezza³²⁹.

Di conseguenza, emerge il quesito se la prova del suddetto rispetto escluda una responsabilità per colpa oppure se residui, invece, un necessario accertamento dell'impiego di regole cautelari possibili, ma non doverose ai sensi della disciplina speciale, che avrebbero potuto ridurre la probabilità di verificazione dell'infortunio³³⁰.

In tale ambito si solleva l'esigenza che le misure di prevenzione e protezione siano individuate alla stregua di criteri normativi posti dall'ordinamento giuridico³³¹. Tale tipizzazione si suddivide in due momenti: uno di individuazione ed un altro di attuazione delle regole che devono, così, essere specificate in relazione alle situazioni concrete³³².

Le suddette premesse sono utili al fine di giustificare l'identificazione del "difetto di vigilanza e di controllo" con la violazione di standard di diligenza determinati e formalizzati nei modelli organizzativi. In tal senso scrive Paliero: "la struttura di siffatto modello organizzativo è essenzialmente fondata sull'adozione di protocolli di comportamento composti da regole cautelari 'autonormate' da parte delle singole aziende e orientate in primis ad individuare le specifiche attività includenti fattori di rischio tipici (ad es. ammissione della società alla quotazione nei mercati regolamentati),

³²⁹ Il datore di lavoro deve adoperarsi, infatti, nello svolgimento di quella che è una specifica attività professionale, con una diligenza particolare, in base alla quale deve adottare tutte le misure dettate: dalla particolarità del lavoro, in base alla quale devono essere individuati i rischi e nocività specifiche, dall'esperienza, in base alla quale devono essere previste le conseguenze dannose, sulla scorta di eventi già verificatisi e di pericoli già valutati in precedenza, dalla tecnica, in base alle nuove conoscenze in materia di sicurezza messe a disposizione dal progresso tecnico scientifico; così **PADOVANI**, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, pag. 1160.

³³⁰ Si confronti, Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 1996, in *Giust. Pen.*, 1997, pag. 515. Tale sentenza statuisce che l'art. 2087 c.c., pur non contenendo prescrizioni di dettaglio come quelle rinvenibili nelle leggi organiche per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, deve considerarsi inserito a pieno titolo nella legislazione antinfortunistica, di cui costituisce norma di chiusura, peraltro comportante, a carico del datore di lavoro, precisi obblighi di garanzia e protezione a fini individuali.

³³¹ Così, **PULITANÒ**, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 415.

³³² Cfr. **CASTALDO**, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 1096; **PIERGALLINI**, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 1684.

e, successivamente, all'interno di queste attività, sulle specifiche situazioni di 'rischio tipico' (commissione del reato) che possono concretizzarsi (ad. es.: comunicazioni alla Consob; presentazione del prospetto, etc.)”.

In tal senso la volontà del legislatore di tipizzare gli oneri organizzativi è possibile desumerla dalla nuova disciplina del “market abuse”.

Come sopra esposto, l'art. 187 quinquies T.U.F. introduce una responsabilità diretta dell'ente dipendente da un illecito amministrativo, mantenendo un sistema speculare a quello previsto dal d.lgs. 231/2001. In particolare l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire gli illeciti commessi dalle persone fisiche continua a rappresentare, per l'ente, un'esimente dalla responsabilità. Inoltre, i doveri organizzativi imposti dagli articoli 114 (comunicazioni al pubblico) e 187 nonies (operazioni sospette) del d.lgs. 58/1998 possono essere considerati parte integrante dei modelli idonei a prevenire gli abusi di mercato. Da un lato, infatti, la realizzazione, all'interno della struttura della società, di sistemi finalizzati alla gestione e comunicazione delle informazioni privilegiate, nonché alla individuazione delle operazioni sospette, presuppone di per sé un'analisi assimilabile a quella richiesta per l'individuazione delle attività “a rischio di illecito”. Dall'altro le procedure realizzate per assolvere i suddetti oneri organizzativi integrano meccanismi idonei a prevenire i sopra citati illeciti, implementando lo sviluppo di regole interne alla società³³³.

³³³ L'autoregolamentazione da parte della società quale efficace strumento preventivo viene in rilievo anche dalla Direttiva europea contro gli abusi di mercato, 2003/6/CE. In particolare, al punto n. 27, si prevede che “gli operatori del mercato dovrebbero contribuire alla prevenzione degli abusi di mercato e adottare disposizioni strutturali intese a prevenire e identificare pratiche di manipolazione del mercato. Tali disposizioni possono includere la trasparenza delle operazioni effettuate, la piena divulgazione degli accordi sulla regolamentazione dei prezzi, un sistema corretto di raggruppamento degli ordini, l'introduzione di un efficace sistema relativo all'individuazione di ordini atipici, sistemi sufficientemente solidi per la fissazione dei prezzi di riferimento degli strumenti finanziari e la trasparenza delle regole sulla sospensione delle operazioni”; il testo è pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, 12 aprile 2003.

2 Il modello organizzativo quale parametro per la commisurazione della colpa individuale e della colpa collettiva

Dall'indagine sin qui svolta si è configurato un nuovo paradigma, la colpa di organizzazione, intesa sia come dovere organizzativo gravante sull'ente, sia come successiva concretizzazione dello stesso obbligo. Tale obbligo si articola in due livelli: il dovere di auto-organizzazione dell'ente e l'elaborazione delle regole cautelari.

In concreto, infatti, l'adozione di un modello organizzativo (che rappresenta la mappa delle aree di rischio)³³⁴ contribuisce ad esonerare da responsabilità l'ente (ex art. 6 d.lgs. 231/2001) nonché è elemento determinante di tale non punibilità (ex art. 7 d.lgs. 231/2001). Tale modello rappresenta il contenuto dell'attività di prevenzione cui è tenuto l'ente; infatti, i modelli organizzativi condizionano l'"an" della responsabilità (se adottati ed efficacemente attuati in via preventiva), sia il "quantum" e il "quomodo" della sanzione (pecuniaria e interdittiva), se effettivi successivamente alla commissione del reato. Pertanto la regola cautelare si concretizza in uno specifico modello di organizzazione.

Nel contesto del d.lgs. 231/01, quindi, la gestione del rischio (ovvero "risk management") passa attraverso le seguenti fasi: mappatura delle aree di rischio, adozione del modello di organizzazione, adeguamento del sistema di controllo, attività di informazione e formazione. Essenziale, pertanto, è il primo momento, i cui obiettivi sono: ottenere una visione organica e sistematica delle aree operative dell'impresa, al fine di consentire l'individuazione di quelle soggette a rischio di commissione dei reati;

³³⁴ La definizione degli obiettivi del modello organizzativo attraversa tre momenti: l'accertamento della propensione al rischio di un'impresa ("risk appetite"), la verifica di soglie di tolleranza al rischio ("risk tolerance") e la strategia di risposta ai rischi ("risk responses"); cfr. **RORDORF**, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, pag. 1297; **AMODIO**, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrativi di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 320.

analizzare e verificare, in relazione alle specifiche aree di rischio, le possibili modalità di perpetrazione dei reati; valutare l'idoneità delle procedure aziendali esistenti a prevenire, con una ragionevole garanzia, la commissione dei reati in termini di effettività ed affidabilità. Di conseguenza, il modello organizzativo deve essere dinamico, cioè idoneo a conformarsi all'evoluzione della struttura societaria³³⁵.

L'elemento focale della responsabilità degli enti è rappresentato, quindi, dal modello organizzativo che deve essere idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e che deve essere altresì efficacemente attuato. Il carattere delle idoneità esprime un concetto probabilistico teso alla minimizzazione del rischio; infatti, il modello organizzativo sottende un'obbligazione di mezzi (e non di risultato)³³⁶. Nella specie, il modello deve rendere ragionevolmente impossibile la commissione di un reato presupposto. Non si può sicuramente pretendere che la società possa a priori individuare tutte le possibili situazioni di rischio nonché i comportamenti fraudolenti tenuti dal reo per aggirare il modello; tuttavia, si richiede all'ente di adottare le misure usando tutta la diligenza possibile, essendo, altrimenti, contestabile il reato consumatosi a causa del "management failure"³³⁷. Di conseguenza, la commissione di un reato non comporta di per sé l'inefficacia del modello organizzativo; al contrario, tal effetto si realizza nel caso in cui sia possibile confermare, attraverso una valutazione *ex ante*, secondo i criteri della prognosi postuma, che il reato non si sarebbe consumato se il modello fosse stato ben

³³⁵ In tal senso, Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Corr. Mer.*, 2005, pag. 92. Il G.i.p. in tale ordinanza censurava i modelli organizzativi in relazione ad una triplice natura di patologie. In tema di formazione, infatti, non si differenziava la formazione del personale in ordine alla struttura gerarchica. In relazione al sistema disciplinare, altresì, si rilevava la mancata previsione di sanzioni disciplinari ed, infine, riguardo ai rapporti con l'organo di controllo non sussisteva un'adeguata rete informativa.

³³⁶ Le suddette osservazioni sono state oggetto di discussione durante il Convegno, tenutosi in data 29 maggio 2007, presso l'Università Bocconi di Milano, titolato *Il d.lgs. 231/01 tra obiettivi di economicità e di conformità normativa*.

³³⁷ Ravvisa il suddetto parallelismo tra paradigmi, sul presupposto della persona giuridica quale entità autonoma rispetto ai soggetti che ne fanno parte, **MARINUCCI**, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2007, pag. 445.

consegnato (sussistono, infatti, alcune circostanze in cui il modello può fallire, ma non per colpa dell'ente)³³⁸. Il suddetto giudizio è di competenza del magistrato che è tenuto ad attuare una verifica sull'efficacia del modello attraverso modalità identiche in entrambe le fattispecie (sia che si commesso da soggetto apicale che da soggetto eterodiretto)³³⁹.

Al fine di una migliore comprensione del ruolo svolto dai modelli organizzativi, nell'ambito in esame, ritengo opportuno sottolineare il carattere innovativo degli stessi attraverso un'analisi differenziale con le misure di sicurezza previste dal d.lgs. 626/1994, anticipando alcuni profili che, in seguito, saranno oggetto di una dettagliata analisi.

In primo luogo, la normativa, che ha quale scopo la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute dei lavoratori, elenca molteplici misure preventive che si concretizzano in obblighi in capo al datore di lavoro, la cui violazione, infatti, rende operativo l'apparato contravvenzionale ai sensi degli artt. 89 segg. d.lgs. 626/94.

La presente struttura costituisce la testimonianza di un sistema ancora ancorato alla figura dell'agente modello individuale. Al contrario, l'adozione dei modelli organizzativi, ai sensi del d.lgs. 231/01, sono lasciati alla discrezionalità dell'ente, nell'ambito di una scelta di politica aziendale; ciò testimonia il riconoscimento dell'organizzazione quale motore della vicenda criminosa. Un'altra conferma di tale

³³⁸ Il legislatore, al fine di ovviare il rischio di una presunzione di colpevolezza in capo all'ente, prevede al terzo comma dell'art. 6, d.lgs. 231/01 una sorta di certificato di idoneità, invitando le associazioni rappresentative di categoria a predisporre dei codici di comportamento ispirandosi ai quali ciascun ente potrà adottare un proprio modello. Quest'ultimo deve, in seguito, essere vagliato dal Ministero della giustizia, competente ad esprimere osservazioni sull'idoneità del modello, entro trenta giorni dalla presentazione. Si ribadisce, però, (rinviano all'introduzione) che l'eventuale approvazione ministeriale non impedisce un'autonoma valutazione del giudice; si confronti, **GRAZIANO**, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, pag. 25.

³³⁹ In senso conforme, ordinanza del G.i.p., presso il Tribunale di Napoli, datata 26 giugno 2007, (inedita), nella quale si sottolinea che la valutazione del giudice "comporta una disamina del suo contenuto, sotto il profilo dell'idoneità e della sua attuazione, sotto il profilo dell'efficacia e sarà indubbiamente interesse dell'ente che, al riguardo risulta obiettivamente dotato di maggiori poteri conoscitivi, dimostrare, in ambedue i casi, l'adozione di idonei strumenti comportamentali, ma soprattutto dimostrarne l'efficacia attuazione attraverso l'effettiva e costante implementazione del modello".

affermazione è rappresentata dall'impossibilità di prevedere un esonero di responsabilità a favore dell'ente nel caso in cui un soggetto apicale abbia delegato la predisposizione dei modelli ad un organo esterno (si pensi, ad esempio, ad una società di consulenza aziendale). Il concreto recepimento dei modelli, infatti, implica necessariamente l'attuazione di una serie di complesse modifiche organizzative e strutturali non delegabili perché suscettibili di essere disposte unicamente dagli organi dello stesso ente al quale fa capo l'onere di adozione. Il seguente aspetto, quindi, prende le distanze dagli obblighi di tutela del lavoratore, al contrario, delegabili, sia pure a determinate condizioni, dal datore di lavoro. E' evidente, inoltre, dal dettato normativo del d.lgs. 626/1994 riconoscere un modello, in via principale, basato sulla responsabilità colposa del datore di lavoro per la violazione di norme comportamentali predeterminate, utili al fine di ridurre l'alea di discrezionalità del giudice. La suddetta tipizzazione, però, è possibile solo nel momento in cui si elencano le misure tecniche che devono ispirarsi al principio della massima sicurezza fattibile. Nel momento in cui, infatti, si disciplinano le misure organizzative e procedurali necessita prendere in considerazione solo quelle "concretamente attuabili"³⁴⁰. Allo stesso modo, il legislatore, nell'ambito del d.lgs. 231/2001, attraverso le locuzioni di "idoneità" ed "efficacia" esprime un simile dettato. In particolare, però, riguardo agli art. 6 e 7, ove si possono distinguere tre modelli di responsabilità, dei vertici, dei subordinati e della società, le stesse risultano essere espressioni generiche che richiedono, quindi, un intervento interpretativo al fine

³⁴⁰ La suddetta distinzione tra le misure tecniche e le misure organizzative è posta in relazione ad una specifica esigenza: l'applicazione del principio della riduzione al minimo del rischio da rumore all'interno dell'ambiente di lavoro. Nella specie, infatti, per quanto riguarda le prime misure, è possibile riferirsi al dettato della massima sicurezza tecnologicamente fattibile, in una chiave di lettura assoluta, mentre, in relazione alle seconde, in conformità dell'esigenza di adeguarsi all'evoluzione tecnologica, è importante l'effettiva operatività delle stesse; si confronti Corte Cost., 18 luglio 1996, n. 312, in *Dir. prat. lav.*, 1997, pag. 815.

dell'individuazione almeno di una traccia comportamentale che abbia quale destinatario l'ente.

- L'adozione del modello organizzativo quale onere per la società

Sulla base degli assunti, sopra illustrati, necessita rispondere a due quesiti rilevanti in ordine, da un lato, all'adozione del modello quale obbligo od onere e, dall'altro, alla natura del criterio da invocare al fine di individuare le regole di cui si compone il modello d'organizzazione.

La definizione maggiormente efficace dei modelli organizzativi è quella che li identifica quali regole a contenuto cautelare di natura procedimentale³⁴¹. In concreto, la funzione di orientamento nella strutturazione dell'organizzazione d'impresa è rappresentata soprattutto dalla presenza del Codice Etico³⁴², documento ufficiale dell'ente, che riporta analiticamente i principi deontologici cui s'ispira l'attività dell'ente. Tale apparato normativo interno, riproposto anche attraverso un sistema di deleghe di funzioni e di procure per la firma di atti aziendali, costituisce il profilo gestionale oggetto del modello di organizzazione che dovrà essere monitorato in base agli esiti dell'attività di analisi del rischio di reato³⁴³; ad esempio, in concreto, si deve

³⁴¹ In tal senso, GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1999, pag. 104.

³⁴² In particolare, il Codice Etico disciplina i seguenti aspetti: i rapporti tra gerarchici e colleghi all'interno dell'ente, i rapporti con i soggetti rappresentativi d'interessi collettivi, i rapporti con gli stakeholders, la creazione di un flusso di informazione chiaro e trasparente, la protezione del patrimonio della società. Sono evidenti, quindi, le differenze tra tale codice e i modelli organizzativi. L'adozione del codice etico, infatti, non è assistita dalla forza coercitiva dell'ordinamento giuridico, ma dal grado di adesione che ciascun stakeholder esprime verso la regola etica; invece, il modello organizzativo è legato alla forza deterrente che ha la sanzione nei confronti dell'ente. Ciò non esclude che le due realtà interagiscano: la necessità di adottare i modelli organizzativi, infatti, rappresenta uno stimolo per le imprese ad adottare codici etici di condotta; tale aspetto è stato argomento di discussione durante il convegno tenutosi a Varese, in data 15 giugno 2007, sul tema *L'adozione dei modelli organizzativi, di gestione e di controllo per la prevenzione dei reati degli enti ai sensi del d.lgs. 231/01*.

³⁴³ In ordine al rilievo di un intento teleologico del legislatore attraverso il d.lgs. 231/01 di indurre le imprese ad una maggiore eticità nei comportamenti, adottando un'opportuna azione penal-preventiva, si

prestare particolare attenzione alle modalità di redazione della contabilità, dei bilanci e ai meccanismi di creazione di fondi extracontabili.

Da tale aspetto si desume che esiste un dovere di organizzazione in capo alla stessa società che può essere descritto attraverso due procedimenti: da un lato, la creazione di una rete di garanti titolari di specifiche funzioni, al fine di assicurare la vicinanza alle fonti di rischio (in relazione a tale profilo si rinvia, per un'approfondita analisi, al primo capitolo) e dall'altro, l'adozione di una strategia di contenimento del rischio-reato attraverso strumenti di prevenzione. Tale struttura è riscontrabile anche in altri settori; ad esempio, nell'operare del datore di lavoro al fine di prevenire gli infortuni oppure nell'attività medica d'equipe (di cui si è trattato nei precedenti paragrafi).

Riguardo al suddetto dovere e all'ambito della normativa in esame, in dottrina, si discute se sia opportuno prevedere due distinte tipologie di modelli organizzativi³⁴⁴, a seconda che destinatari siano gli organi di gestione ovvero quelli di controllo, oppure adottare un unico modello valido per entrambi i soggetti³⁴⁵.

Trattando, invece, in merito al secondo quesito, vige una diatriba in dottrina in ordine al riconoscimento di un obbligo o, diversamente, un onere di adozione del modello organizzativo. In primo luogo, in senso unanime³⁴⁶, adottando una soluzione aderente alla lettera ex art. 6 lett. a) d.lgs. 231/01, l'organo deputato ad adottare tale strumento di prevenzione è il Consiglio di amministrazione o il singolo amministratore.

consulti, ZANALDA, BARCELLONA, *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, Milano, 2002.

³⁴⁴ Così SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004.

³⁴⁵ In tal senso, SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pag. 75.

³⁴⁶ Si confronti, in dottrina, in giurisprudenza, Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, pag. 66.

In base al suddetto assunto una tesi in dottrina³⁴⁷ riconosce in capo all'organo amministrativo dell'ente un obbligo di adozione del modello organizzativo, avente quale fonte normativa l'art. 2392 c.c., in combinato disposto con l'art. 40 c.p. (per la cui analisi si rinvia al primo capitolo).

In capo agli amministratori, quindi, sussisterebbe un dovere di diligente esercizio dell'attività organizzativa e di vigilanza dell'impresa che si manifesta nell'adozione del modello organizzativo (il dovere di amministrare con diligenza richiede, d'altronde, che le scelte degli amministratori siano basate sul rischio calcolato). Un implicito richiamo al decreto sembrerebbe derivare dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., il quale prevede l'esistenza di un efficace "circuito informativo e comunicazionale interorganico, sollecitando l'organo dirigente all'implementazione di un efficace sistema di controllo e di monitoring dell'attività gestoria".

Difficile, però, avallare tale tesi, in quanto, in conformità con il principio di legalità ed il suo corollario, il principio di tassatività, non è possibile individuare una norma che riconosca una posizione di garanzia in capo agli amministratori in merito all'adozione dei modelli di organizzazione.

In tal senso, il diverso orientamento, prevalente in dottrina³⁴⁸, a sostegno del riconoscimento di un onere di adozione del modello, si legittima attraverso una

³⁴⁷ Così, **AMODIO**, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrativi di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen., 2005, pag. 320; conforme, in giurisprudenza, Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, n. 7-8, 2004, pag. 434.

³⁴⁸ Cfr. **PULITANÒ**, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 432. In tal senso anche le Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/01, datate 28 giugno 2004. In giurisprudenza, in ordine all'adozione facoltativa dei modelli organizzativi, si è espresso il Tribunale di Milano in una delle prime condanne inflitte all'ente. La sentenza in esame statuisce la condanna di una società a responsabilità limitata in base al reato di corruzione propria commesso dai soggetti apicali, in relazione all'aggiudicazione di una gara indetta dall'INAIL per la fornitura di buoni pasto e all'esecuzione del contratto, sempre a vantaggio della società stessa. Si irroga così una sanzione amministrativa pecuniaria dell'ammontare di 75.000 euro, nonché la sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per un anno. Inoltre si dispone la confisca del profitto da reato per l'ammontare di un milione di euro e la pubblicazione della sentenza in oggetto, per una volta, sul quotidiano il sole24ore; si consulti il testo integrale della sentenza del Tribunale di Milano, 20 marzo 2007, sul sito www.reatisocietari.it.

interpretazione del d.lgs. 231/01 che esclude un'intromissione legislativa e giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa, ammettendo, invece, una necessaria verifica di compatibilità delle scelte stesse con i criteri del decreto legislativo in esame. Si possono, infatti, individuare due tipologie di valutazioni di idoneità riguardo ai modelli. In primo luogo, si opera un'identificazione dei contenuti essenziali del modello (ovvero la documentazione del piano di gestione del rischio) che si connota in termini di astrattezza. In secondo luogo, si verifica il funzionamento del modello, in concreto, nell'articolazione dei suoi contenuti.

L'adozione del modello diventa, di fatto, così, obbligatoria solo nel caso in cui si voglia beneficiare dell'esimente ex art. 6 d.lgs. 231/01 (tale norma è stata analizzata in dettaglio nel precedente capitolo) e, altresì, facilita l'applicazione della stessa, in termini probatori, la documentazione scritta del protocollo preventivo. L'efficace attuazione dei modelli organizzativi assume, quindi, rilevanza scusante a favore dell'ente, in quanto rappresenta l'elemento di prova dell'esclusione della colpevolezza dell'ente, per mancanza di rimproverabilità, rispetto, però, ad un fatto che oggettivamente rimane penalmente rilevante.

Oltre a garantire l'esonero della responsabilità della società, il modello organizzativo rappresenta un'opportunità di sviluppo per le imprese. Da un lato, infatti, si migliora l'immagine pubblica dell'ente, dall'altro si riducono i costi di transazione derivanti da eventuali azioni legali e dai processi di contrattazione.

Rinviando a quanto sopra esposto, quindi, l'adozione del modello organizzativo per la società rappresenta la volontà di minimizzazione del rischio (conferma dell'esistenza di un'area di "rischio consentito", comunque sempre residuale) della

commissione di reati che si colloca nell'ambito della facoltà di scelta discrezionale dell'ente.

In codesta fase di indagine, si interseca l'analisi in merito all'imprescindibile giudizio di prevedibilità ed evitabilità proprio del paradigma della colpa. Ribadendo, a priori, la struttura del modello di organizzazione quale insieme composito di regole cautelari, si rinvia alle medesime problematiche che investono l'individuazione delle c.d. regole cautelari sociali³⁴⁹. Dinanzi, infatti, alla scelta del parametro maggiormente adeguato ai fini del giudizio di prevedibilità, prevale la figura dell' "ente modello"³⁵⁰, rispetto alla c.d. "consuetudine precauzionale"³⁵¹ (nella specie, gli usi divengono strumenti di individuazione delle regole sociali di diligenza) alla quale gli enti dovrebbero adeguarsi. In particolare, l'architettura dell'ente modello, è descritta da un'organizzazione efficiente in ordine alla prevenzione del rischio – reato. In concreto, la prova di tale struttura si estrinseca in un'indagine in merito alla "storia" dell'ente (cioè, alle pregresse vicende giudiziarie) e alle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore³⁵² (i quali sono connotati da una relativa individualità, in quanto è il contesto dell'organizzazione che ne delimita la conformazione). Il suddetto agente, infatti, è dotato di capacità superiori rispetto all'agente modello individuale, in corrispondenza sia della maggiore competenza operativa del gruppo, che delle sue superiori risorse economiche.

³⁴⁹ Si rinvia al secondo paragrafo dello stesso capitolo.

³⁵⁰ Coniano tale definizione **PALIERO, PIERGALLINI**, *La colpa di organizzazione*, in Resp. amm. soc., 2006, pag. 167.

³⁵¹ In tal senso, **GIUNTA**, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.

³⁵² Così, in giurisprudenza, l'ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Corr. mer.*, n. 1, 2005. pag. 85.

L'ente modello, sopra citato, risulta nella struttura analogo al “modello del soggetto rispettoso della legge” elaborato dalla dottrina angloamericana³⁵³. Nella specie, il suddetto termine di riferimento risulta utile al fine della rimproverabilità in capo alla persona giuridica del mancato rispetto di oneri di comportamento cristallizzati nella norma. In ordine a quanto illustrato nel secondo capitolo, quindi, essendo stati riconosciuti dall'ordinamento effetti giuridici agli atti dell'ente, lo stesso assume un obbligo di tutela dei beni giuridici, a cui adempie attraverso l'osservanza di oneri di comportamento. Tali regole cautelari si richiedono necessariamente “codificate” in un modello organizzativo in quanto dinanzi ad una nuova figura, l'agente collettivo, non è ammissibile il ricorso a norme di esperienza e la sostituzione della valutazione prudenziale del singolo agente con quella prevista nella regola scritta. Al contrario, diviene imprescindibile la disciplina scritta di aree di rischio omogenee (scopo che caratterizza l'idealtipo della colpa specifica) con, però, il sorgere della conseguente difficoltà all'adeguamento nel tempo delle regole stesse rispetto alle innovazioni tecnologiche e al mutare della realtà aziendale³⁵⁴.

La conferma dell'utilità dell'adempimento del suddetto onere per l'ente è data anche dai trattamenti premiali che seguono all'adozione *ex post* (prima dell'apertura del dibattimento di primo grado) del modello organizzativo. Se il comportamento riparatorio è attuato in conformità delle modalità richieste ai sensi dell'art. 12, II c., d.lgs. 231/01, si prevede un'ipotesi di crescente riduzione della sanzione pecuniaria³⁵⁵. Inoltre, ai sensi dell'art. 17, si esclude l'irrogazione delle sanzioni interdittive al ricorrere di tassative

³⁵³ Cfr. **FLETCHER**, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

³⁵⁴ In dottrina per un'attenta analisi delle suddette problematiche si veda il contributo di **MARINUCCI**, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 29.

³⁵⁵ Per un'applicazione in concreto si rinvia all'introduzione ove si sviluppa un caso affrontato dal Tribunale di Pordenone nell'anno 2002.

condizioni³⁵⁶, nonché se le condotte riparative seguono la sentenza di condanna dell'ente, è possibile la richiesta di conversione delle sanzioni in pecuniarie *ex art. 78 d.lgs. 231/01*. La *ratio* dei suddetti benefici si fonda sull'incentivazione ad un'efficiente organizzazione che dia rilievo ai segnali d'allarme³⁵⁷. I protocolli, infatti, di tale modello *post delictum*³⁵⁸ devono valutare in concreto la situazione specifica che ha favorito la consumazione del reato, sì da eliminare, quanto più operativamente, le specifiche carenze organizzative, prevenendo, quindi, ogni potenzialità di recidiva³⁵⁹.

³⁵⁶ In particolare, l'ente deve aver risarcito integralmente il danno e aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si deve essere comunque efficacemente adoperato in tal senso. L'ente deve avere, altresì, eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Infine, l'ente deve aver messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

³⁵⁷ L'importanza di un'efficiente organizzazione si desume anche in ordine all'applicazione delle misure cautelari ai sensi dell'art. 45 d.lgs. 231/01. In giurisprudenza si sostiene che, ai fini di valutare la possibilità di reiterazione degli illeciti, deve tenersi conto di due parametri, uno soggettivo ed uno oggettivo. Il primo risulta costituito dagli elementi elaborati dalla stessa prassi per fondare il giudizio di pericolosità delle persone fisiche, il secondo si fonda sugli elementi inerenti la concreta organizzazione dell'ente, i cui contenuti devono desumersi dai criteri elaborati dalla scienza economica in materia di organizzazione aziendale; si consulti l'ordinanza del Tribunale del Riesame di Milano, 20 dicembre 2004, in Amato, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti*, Cass. pen., 2007, pag. 346.

³⁵⁸ In giurisprudenza, una recente ordinanza, offre interessanti spunti propositivi in ordine al riconoscimento di un modello, sia *ante factum* che *post factum*, quale idoneo. Con tale provvedimento il G.i.p di Napoli infliggeva, in via cautelare, ad alcune società di un gruppo operante nel settore dell'edilizia, la sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, per un anno, limitatamente alle attività relative allo smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti. Ai suddetti enti, aggiudicatari di una gara d'appalto per la gestione dello smaltimento dei rifiuti i magistrati, contestavano un illecito amministrativo *ex art. 24 d.lgs. 231/01 e art. 640, I e II c., n. 1, c.p.*, per la violazione degli obblighi contrattuali relativi alla gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti. Nella specie, i modelli organizzativi venivano valutati, non solo inidonei, ma anche intempestivi, in quanto adottati solo successivamente l'inizio della condotta criminosa. Le ragioni, altresì, dell'inidoneità erano la mancata analisi delle concrete situazioni di rischio messe in evidenza dalle indagini, la genericità dei protocolli in quanto privi della necessaria proceduralizzazione delle relative attività (nella specie, si trascuravano i profili legati alla gestione di tutte le fasi relative alla partecipazione a gare d'appalto, ivi compresa la fase seguente dell'esecuzione dei contratti). Inoltre, in riferimento all'organismo di vigilanza, si ravvisava il difetto dei requisiti essenziali di professionalità, indipendenza ed autonomia, in quanto un componente dell'OdV della holding ricopriva la carica di membro del consiglio di amministrazione nelle controllate. In merito all'apparato disciplinare, si rilevavano ulteriori carenze consistenti nel mancato dettaglio delle infrazioni e di sanzioni per la violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV; si consulti l'ordinanza del G.i.p. di Napoli, datata 26 giugno 2007, sul sito www.reatisocietari.it.

³⁵⁹ In un caso, in particolare, si è richiesto *ex post*, ad esempio, l'inserimento nel modello del divieto (esteso ad ogni società del gruppo) di partecipare a qualsiasi tipo di trattativa privata con la pubblica amministrazione, l'adozione di un codice di autoregolamentazione che preveda il divieto di subappalto all'interno delle società del gruppo e la previsione, in deroga all'art. 2388 c.c., di una maggioranza qualificata del consiglio di amministrazione nel caso di modifica del modulo organizzativo adottato; cfr. ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Roma, 14 aprile 2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, pag. 66.

3 L'accertamento dell'elemento soggettivo nel concorso mediante omissione all'interno delle organizzazioni complesse: il labile confine tra dolo eventuale e agevolazione colposa

Nella parte finale della ricerca si ritiene opportuno svolgere alcune riflessioni in merito all'organo di vigilanza, la cui adozione, come in precedenza indicato, costituisce una delle condizioni che permettono di esonerare l'ente dalla responsabilità.

Prima di trattare in merito al suddetto istituto necessitano alcune premesse concernenti il ruolo del collegio sindacale dopo la riforma del diritto societario delimitando, così, i confini di competenza rispetto a quelli spettanti all'organo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001.

Riprendendo l'argomento, quindi, in parte sviluppato in precedenza, in ordine alla responsabilità penale dei sindaci, si sottolinea come, a differenza dei reati propri direttamente ascrivibili agli stessi, complessa sia l'individuazione di una responsabilità per omesso controllo e per omesso impedimento di un evento di danno.

L'attività dei sindaci (che in termini descrittivi si articola in un momento ricognitivo, valutativo e reattivo) viene disciplinata dall'art. 2403 c.c.³⁶⁰ (novellato con il d.lgs. 6/2003)³⁶¹, dall'art. 2407 c.c.³⁶² e dall'art. 148 d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58 (in

³⁶⁰ Tale articolo recita così al primo comma: "Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento". Nella specie il controllo della corretta amministrazione si esplica in un dovere in capo ai sindaci di valutare che le decisioni degli amministratori siano assunte nell'interesse sociale; cfr. **D'AMBROSI**, *La responsabilità dei sindaci non è automatica proiezione di quella degli amministratori*, in Soc., 1995, pag. 1188.

³⁶¹ La riforma del 2003 lascia al collegio sindacale il controllo sulla gestione, mentre affida ad un altro soggetto, il revisore, il controllo contabile. Inoltre si introducono alcune novità in relazione al necessario requisito di indipendenza dei sindaci, richiedendo che gli stessi non siano in conflitto d'interessi con la natura della loro attività. La "ratio" di tale riforma è dettata dal fatto che i sindaci, con il loro operato, non solo tutelano gli interessi dei soci, ma anche di soggetti esterni, quali i dipendenti. Tra i legami, così, che possono dar luogo ad incompatibilità, si individuano i rapporti patrimoniali con la società (art. 2399, I c., lett. c, c.c.) estendendo il novero dei legami dai quali può originare il suddetto conflitto; in tal senso,

relazione ai componenti del collegio sindacale di società quotate). La definizione e delimitazione della rispettiva posizione di garanzia (finalizzata a riequilibrare la posizione asimmetrica, derivante dalla titolarità di poteri, attribuendo doveri) che può scaturire dal combinato disposto delle suddette norme con l'art. 40, II comma, c.p. rappresenta una delle problematiche più dibattute in tale ambito.

La giurisprudenza di merito, infatti, spesso, in relazione alla normativa “ante riforma”, riconosce un generale obbligo di esercizio dei poteri di vigilanza e controllo in capo ai sindaci, con il conseguente dovere in capo agli stessi di intervenire ogni volta che gli amministratori della società violino la legge penale, reputandosi oltretutto sufficiente a livello soggettivo il dolo eventuale³⁶³. In particolare, in tema di bancarotta fraudolenta tale orientamento riconosce quali requisiti essenziali per la configurabilità del concorso dei sindaci: a) l'omesso doloso esercizio dei doveri di controllo o comunque l'inerzia nell'adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità; b) il nesso di causalità tra le omissioni e ciascuna delle fattispecie nell'art. 216 l. fall.; c) il dolo riferito alla fattispecie realizzata dagli amministratori, che può essere sia diretto che eventuale³⁶⁴.

LOFFREDO, *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2005, pag. 630.

³⁶² Tale norma novellata sostituisce il criterio della diligenza del mandatario a quello della diligenza professionale in relazione alla natura dell'incarico. In ordine all'interpretazione di tale requisito utile è tale sentenza: “l'attività espletata dai componenti del collegio sindacale di una società di capitali ha carattere professionale e, pertanto, anche anteriormente alle modifiche introdotte dal d.leg. n. 6 del 2003, doveva essere svolta con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività (art. 1176, 2° comma, c.c.), da valutare in rapporto alle specifiche caratteristiche di quella esercitata dalla società e dell'oggetto sociale della medesima, sicché è configurabile, ex art. 2407 c.c., la responsabilità dei sindaci di una società di assicurazioni, i quali abbiano omesso di rilevare l'illegittima formazione ed iscrizione in bilancio di determinate poste del passivo (nella specie, della riserva premi e della riserva sinistri), essendo irrilevante che il relativo controllo possa richiedere la soluzione di questioni di speciale difficoltà; si consulti, Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, pag. 1637.

³⁶³ Cfr. **ARDIA**, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pag. 1251.

³⁶⁴ “In tema di bancarotta non può essere esclusa la configurabilità del dolo eventuale nell'ipotesi in cui un membro del collegio sindacale abbia consapevolmente omesso di esercitare i doveri impostigli dalla legge, con la previsione della conseguente tenuta caotica dei libri e delle scritture da parte degli

Al contrario, è necessario distinguere tra il generico potere di vigilanza, rilevante solo in sede di responsabilità civile (ex art. 2407, II comma, c.c.)³⁶⁵, dal rilevante obbligo giuridico di impedire un determinato evento penalmente illecito. Nell'ipotesi, infatti, che i sindaci vengano a conoscenza di un reato già consumatosi e commesso dagli amministratori, si esclude il perfezionarsi di un concorso tra organo di controllo e di gestione (al massimo residuando la verifica della sussistenza di un obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria in capo ai sindaci).

Il suddetto concorso ex art. 110 c.p. si legittima, invece, nel caso in cui il dovere di controllo in capo ai sindaci si specifichi in un dovere d'impedimento in relazione ad un'attività ("in itinere" o futura) penalmente illecita dei componenti dell'organo di amministrazione. La "ratio" del contenuto di tale posizione di garanzia è giustificata dal fatto che gli amministratori hanno la facoltà di disporre direttamente dei beni della società per il perseguimento dell'oggetto sociale potendo così talvolta ledere gli interessi dei soci e dei creditori (impossibilitati a percepire tempestivamente le condotte pregiudizievoli e a paralizzarne gli effetti). Di conseguenza, in capo ai sindaci, quali organi interni dell'organizzazione, si legittima il suddetto dovere di controllo³⁶⁶ che si esplica nell'impedimento dei sopra esposti effetti lesivi³⁶⁷.

amministratori, ed abbia accettato il rischio che, anche a causa della sua condotta omissiva, venisse posta in essere la bancarotta fraudolenta documentale, e ciò non solo quando tale risultato appariva certo, ma anche quando appariva probabile"; cfr. Cass. pen., sez. V, 21 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1537.

³⁶⁵ Si confronti, **IADECOLA**, *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. pen.*, 1995, pag. 236.

³⁶⁶ In ordine al contenuto della natura del dovere di controllo in capo ai sindaci un autorevole giurista, Crespi rinvia ad un estratto di una sentenza della Corte di Cassazione, datata 22 aprile 1998, che recita così: "il controllo sindacale se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali neppure si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi a un riscontro contabile nell'ambito della documentazione loro messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione"; in tal senso, **CRESPI**, *Rassegna di diritto societario (1997-1998)*, in *Riv. soc.*, 1999, pag. 190.

³⁶⁷ In dottrina uno dei primi giuristi a riconoscere il contenuto di tale obbligo è Pedrazzi che ne delimita l'ambito di applicazione in considerazione del rilievo che il controllo dei sindaci è spesso successivo al compimento degli atti degli amministratori, quindi inidoneo all'impedimento di condotte già consumate;

Il contenuto di tale dovere si articola così in due momenti: in primo luogo, il dovere di acquisizione di conoscenza, la cui inosservanza consiste nella mancata percezione o comprensione di dati, il cui apprendimento sarebbe stato esigibile alla stregua della diligenza dovuta da ciascun membro dell'organo di controllo e sulla base dei poteri spettanti agli stessi; in secondo luogo, in successione consequenziale, il dovere d'impedimento di eventi dannosi per la società o per i creditori sociali³⁶⁸.

Il limite della natura del suddetto dovere di controllo è chiaramente indicato in una recente sentenza della Suprema Corte: "i sindaci non possono imporre agli amministratori determinati comportamenti ovvero sostituirsi agli stessi in caso d'inadempienza"³⁶⁹. È rilevante altresì sottolineare che l'oggetto del suddetto controllo non investe l'intera attività societaria, ma il criterio selettivo consiste nella concreta attinenza del fatto di reato all'esercizio dell'agire istituzionale degli amministratori. Vi sono, infatti, alcuni reati che rappresentano, ad esempio, un abuso di posizione da parte degli amministratori e non rientrano nella sfera di vigilanza dei sindaci. Al contrario vi sono anche delle condotte illecite dell'organo di gestione che i sindaci devono impedire³⁷⁰, come, ad esempio, gli atti di distrazione del patrimonio sociale che possono essere espressione di una strategia di perseguimento dell'oggetto sociale in forme e con mezzi non consentiti dalla legge.

così **PEDRAZZI**, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in Riv. soc., 1962, pag. 220. Al contrario, parte della dottrina esclude l'esistenza di una siffatta posizione di garanzia sottolineando che il dovere dei sindaci consiste in un generale controllo e rilievo degli atti pregiudizievoli degli interessi dei soci con conseguente comunicazione all'assemblea. Il dovere di controllo viene degradato così a mero obbligo di sorveglianza rilevante penalmente solo laddove tassativamente previsto nelle fattispecie dei reati di natura propria; cfr. **VASSALLI**, voce *Sindaci* (*dir. comm.*), in Enc. Dir., XVIII, 1990, pag. 747.

³⁶⁸ In tal senso, in giurisprudenza, si confronti Cass. pen., 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 716.

³⁶⁹ Si confronti, Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, pag. 998.

³⁷⁰ Alcuni esempi ne sono una sentenza della Corte di Cassazione che ha riconosciuto la responsabilità dei sindaci per concorso in truffa continuata, nonché un'altra che afferma la stessa responsabilità in termini di reato omissivo improprio per il reato di costruzione abusiva di un capannone industriale; cfr. Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 1849; Cass. pen., 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 716.

In giurisprudenza, però, si evidenzia una lacuna: non si specifica quali debbano essere le concrete attività d'impedimento che i sindaci sono tenuti ad assumere. Le indicazioni si desumono solo attraverso un'analisi in concreto dei singoli casi, ove, però, si tratta di generiche azioni impeditive, quali mere segnalazioni³⁷¹.

In tale ambito rileva, altresì, una complessa questione a proposito della natura del concorso di persone nel reato che prevede l'equiparazione sanzionatoria per condotte che possono avere un grado di disvalore diverso. Nella specie la condotta omissiva del sindaco risulta comparativamente meno grave di quella commissiva degli amministratori. E' necessario, pertanto, riproporre alcune premesse dogmatiche in precedenza trattate ed analizzare l'istituto del concorso di persone nella sua concreta possibilità applicativa. In tale ambito, a proposito della prova della sussistenza del nesso causale, è necessario, accogliendo la teoria dell'equivalenza causale, che l'agente abbia posto in essere una delle condizioni necessarie e sufficienti a cagionare l'evento dannoso³⁷². Tale accertamento diviene ancora più complesso in presenza di una condotta omissiva. In particolare, riguardo alla condotta omissiva del sindaco, sia in giurisprudenza che in dottrina, si afferma che tale omissione non potrebbe essere qualificata propriamente come condizione necessaria dell'evento reato, ma andrebbe piuttosto considerata un contributo agevolatore del fatto altrui³⁷³.

³⁷¹ La Corte di Cassazione assolve un membro del collegio sindacale di una società per azioni dall'accusa di concorso omissivo nel reato di bancarotta ex art. 224, n. 2, l. fall. per non aver vigilato sul regolare adempimento degli obblighi fiscali e previdenziali e per non aver costretto gli amministratori al relativo adempimento. La motivazione di tale pronuncia si basa sull'assunto che il sindaco non deve sostituirsi all'amministratore inadempiente e, quindi, nel caso di specie, onorava i suoi doveri ex art. 2403 c.c. attraverso la segnalazione al consiglio di amministrazione dell'irregolarità della posizione fiscale; cfr. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, pag. 998.

³⁷² In ordine ad una disamina approfondita di tale argomento si rinvia al secondo capitolo.

³⁷³ In giurisprudenza si confronti Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, pag. 653. I giudici di merito, a fondamento della responsabilità dei sindaci, sostengono che la sussistenza di circostanze, rilevanti la probabile sussistenza di una "mala gestio", imponevano ai componenti del collegio sindacale l'effettuazione di un esame più approfondito delle operazioni realizzate dagli amministratori.

Una tesi³⁷⁴, avvertita in dottrina, suggerisce così di introdurre la fattispecie di agevolazione colposa³⁷⁵ omissiva dei reati degli amministratori ove la posizione di garanzia in capo ai sindaci rimane invariata, mentre differente risulta essere l'elemento soggettivo necessario nonché l'entità della sanzione penale. Riguardo all'elemento soggettivo, infatti, si evidenzia, da un lato, l'impossibilità in alcuni casi a far ricorso al paradigma del dolo eventuale e dall'altro, la difficile distinzione tra accettazione del rischio e sottovalutazione dello stesso. Ai fini, infatti, di un corretto accertamento della sussistenza del dolo eventuale³⁷⁶, bisognerebbe, in concreto e con certezza, provare che il sindaco sia rimasto inerte, nonostante la percezione effettiva di un fatto illecito da impedire, accettando così il rischio del verificarsi dell'evento di danno.

E' necessaria, pertanto, la prova che tale rischio sia avvertito e percepito. Spesso, però, il dolo eventuale si legittima su parametri presuntivi, cioè si desume in via implicita dalla negligenza dei controlli l'accettazione del rischio del verificarsi

³⁷⁴ In tal senso, **MARINUCCI, ROMANO**, *Tecniche normative nella responsabilità penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, pag. 70; **ALBEGGIANI**, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984. In ordine ad una definizione di tale fattispecie si confronti **STORTONI**, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, che la descrive così: "come partecipazione materiale atipica causalmente qualificata che incide su di una parte tipica dell'azione di per sé adeguata o su di una modalità rilevante dell'evento".

Un altro autorevole giurista, Fiorella, propone di elaborare una fattispecie di reato omissivo proprio di omessa sorveglianza, ma da interpretarsi in concreto come un'ipotesi di agevolazione omissiva colposa in quanto tale figura delittuosa comprende l'inciso "agevolando il compimento di violazioni"; cfr. **FIGIORELLA**, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.

In ordine ad una critica a tale tesi si confronti **CADOPPI**, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. Pen.*, 1986, pag. 496. Tale autore sottolinea alcuni limiti al ricorso della fattispecie di agevolazione colposa rispetto a quella del reato omissivo improprio sostenendo che la prima "non postula necessariamente una correlazione condizionale" fra condotta ed evento, rendendo così evanescente il nesso causale.

³⁷⁵ I reati di agevolazione colposa tipizzati nel codice penale corrispondono all'art. 350 c.p. che disciplina la violazione dei sigilli conseguente alla negligenza e trascuratezza del custode, nonché all'art. 350 c.p. che prevede l'agevolazione colposa del custode nella sottrazione di beni sottoposti al vincolo del pignoramento, del sequestro giudiziario o del sequestro conservativo, affidati alla custodia di persona diversa dal proprietario.

³⁷⁶ In ordine alla figura del dolo eventuale si confronti **EUSEBI**, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium I.*, 2000, pag. 1072; **ID.**, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1101.

dell'evento. Si corre il rischio, così, nelle ipotesi in cui i “segnali d'allarme”³⁷⁷ non siano evidenti ai fini di una effettiva percezione da parte dei sindaci, di assistere in sede giudiziale ad un'elusione della prova della rappresentazione da parte dei componenti dell'organo di controllo del fatto illecito da impedire. Inoltre nell'ipotesi in cui l'omesso controllo sia sorretto solo dalla fiducia che in realtà nessun reato si consumerà, ossia da un atteggiamento di sottovalutazione del rischio del verificarsi dell'evento, allora si rientra nell'ambito della colpa³⁷⁸ (dimostrando così come diviene più attinente configurare una forma di cosciente agevolazione per il mancato impedimento).

In particolare una corretta valutazione dell'elemento soggettivo, riguardo alla responsabilità omissiva impropria dei sindaci, è offerta dai giudici di merito che si sono pronunciati, intorno al caso del Banco Ambrosiano, in tal senso: “la linea di demarcazione tra il dolo eventuale e la colpa, pur quando questa sia carica della previsione dell'evento, è individuata nel diverso atteggiamento psicologico del soggetto che nel primo caso accetta il rischio che si realizzi un evento diverso non direttamente voluto, mentre, nella seconda ipotesi, nonostante l'identità della previsione, l'agente respinge il rischio, perché confida nelle sue concrete possibilità di controllare l'esecuzione dell'azione in modo che questa non produca effetti diversi. Ne consegue che, come più volte è stato affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Sez.

³⁷⁷ Tali segnali “assumono valore indiziante solo in quanto effettivamente ed adeguatamente percepiti, e intesi nella loro attitudine evocativa”; in tal senso, **PEDRAZZI**, *Il tramonto del dolo?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, pag. 1265.

³⁷⁸ La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente è un tema dibattuto in dottrina. L'elemento in comune tra tali elementi soggettivi è dato dalla previsione dell'evento, ma il dolo investe il ritenere seriamente possibile la realizzazione dell'evento, mentre la colpa riguarda la consapevolezza da parte dell'agente che lo stesso non si verificherà in quanto si sottovaluta la probabilità del suo concretizzarsi ovvero si sopravvalutano le proprie capacità di evitarlo; si confronti, **MARINUCCI, DOLCINI**, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004. In giurisprudenza, nello stesso senso recitano alcune sentenze: “il dato differenziale fra dolo eventuale e colpa cosciente, prima ancora che nell'elemento volitivo, sta nella previsione del fatto di reato che, nel caso di dolo eventuale, si propone come incerto, ma concretamente possibile e, per conseguenza, ne viene accettato il rischio; nel caso di colpa con previsione, invece, la verificabilità dell'evento rimane come ipotesi astratta che, nella coscienza dell'agente, non viene percepita come il concretamente realizzabile e perciò non può essere in qualsiasi modo voluta”; cfr. Cass. pen., sez. I, 24 febbraio 1994, n. 4583, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 1837.

Unite 14.2.1996 ric. Mele), comune al dolo eventuale ed alla colpa con previsione dell'evento, è proprio la previsione degli effetti della condotta che sono e restano diversi rispetto a quelli voluti; ma ciò che diverge il dolo dalla colpa è l'accettazione del rischio, accettazione che deve essere presente nel dolo ed assente, invece, nella colpa (...). Vero è che la prova del dolo eventuale può essere tratta soltanto da elementi sintomatici che devono essere precisi e significativi, giacché tutti gli atteggiamenti psicologici non possono che essere ricostruiti affidandosi alla sintomaticità delle modalità intrinseche od estrinseche della condotta (...). Non si è, pertanto confusa la conoscibilità potenziale degli effetti pregiudizievoli di quelle disinvolve operazioni con l'effettiva loro previsione, ma questa concreta previsione ha rappresentato nella ricostruzione dei giudici di merito la fondamentale premessa delle conclusioni alle quali sono pervenuti e quella previsione, accompagnata dall'accettazione del rischio ch'essa evocava, è stata dimostrata attraverso una corretta utilizzazione delle risultanze acquisite”³⁷⁹.

Ed ancora, in merito alla motivazione a sostegno della responsabilità dell'unico componente del collegio sindacale rimasto coinvolto in tale procedimento, la Corte di Cassazione si è pronunciata così (in relazione alla disciplina civilistica “ante riforma”): “non solo non ha esteso la sua doverosa attività di controllo alla gestione dell'azienda, ma neppure ha effettuato una mera ricognizione formale della documentazione disponibile, perché non ha formulato mai alcun rilievo in relazione alle pur numerose operazioni finanziarie che risultavano deliberate, benché nei fascicoli mancasse ogni informazione sulla solvibilità dei destinatari e benché alcune delle garanzie offerte

³⁷⁹ Tale procedimento trae origine dalla dichiarazione dello stato d'insolvenza del Banco Ambrosiano pronunciata il 25 agosto 1982 dal Tribunale di Milano, confermata poi, in appello, il 27 dicembre 1985, e resa definitiva dalla prima sezione della Corte di Cassazione il 7 luglio 1988. La suddetta sentenza afferma la responsabilità penale in capo a tutti i membri del consiglio di amministrazione per concorso nel reato di bancarotta fraudolenta in quanto gli stessi non avevano impedito la distrazione del patrimonio della banca a danno degli investitori. Lo stesso capo d'accusa si conferma in capo ad un componente del collegio sindacale in quanto aveva omesso di adempiere al proprio dovere di controllo accettando così il rischio dell'evento di danno; cfr. Cass. pen., sez. V, 22 aprile, 1998, n. 8327, in *Guid. Dir.*, 1999, pag. 127.

apparissero manifestamente incongrue rispetto alla consistenza dell'impegno assunto dalla banca".

In conclusione, in un'ottica di necessaria tutela anticipata, si legittima la punibilità allo stadio della "conoscibilità"³⁸⁰ e tale prospettiva, in sostanza, viene anche accolta dal "Progetto Grosso"³⁸¹ che al secondo comma dell'art. 46 prevede l'attenuazione facoltativa della pena per il partecipe mediante omissione al reato commissivo altrui, evidenziando esplicitamente l'opportunità di una valutazione differenziata delle diverse condotte nella fattispecie del concorso di persone nel reato.

3.1 Il ruolo dell'organismo di vigilanza

Le premesse sopra esposte sono utili per affrontare una recente problematica riguardo alla possibilità di configurare una responsabilità per omissione in capo all'organo di vigilanza di cui l'art. 6, I c., lett. b) d.lgs. 231/2001 ne prevede espressamente la nomina. Tra gli elementi richiesti al fine che il modello organizzativo sia considerato efficiente, infatti, si prevede che tale organismo dell'ente debba essere dotato di autonomi poteri d'iniziativa e controllo. Nella specie, l'esigenza di tale istituto

³⁸⁰ L'inerzia colpevole risulta di maggior facile accertamento nell'ambito degli infortuni sul lavoro. Una recente sentenza della Suprema Corte conferma la responsabilità penale in capo al direttore di un istituto penitenziario per non aver adempiuto al generale obbligo del datore di lavoro di adottare le misure necessarie per la sicurezza e la salute dei lavoratori, posto dall'art. 4, comma 5, del D.Lgs. n. 626/1994, omettendo sia di impartire le dovute prescrizioni di carattere organizzativo previste dalla legge sia di apprestare il doveroso sistema di controllo, di verifica e di intervento costante ed articolato nelle misure in materia di sicurezza e prevenzione. In tal senso i giudici di merito si sono pronunciati: "quanto ai profili della colpa, deve anzitutto evidenziarsi che l'inerzia colpevole - nei reati contravvenzionali omissivi - va commisurata con il criterio del consenso: all'inerzia rispetto al dovere di attivazione imposto dalla legge, deve affiancarsi non la conoscenza effettiva, bensì la mera conoscibilità, intesa quale potere-dovere di conoscere una situazione di cui si ha l'obbligo della conoscenza. A fronte di un dovere di conoscenza, l'ignoranza colpevole non è in alcun modo discriminata dalla legge e, in presenza di una condotta omissiva, tenuta di fronte ad una situazione conoscibile ed in contrasto con prescrizioni legislative, il consenso alla protrazione di tale situazione si deduce per conseguenza logica inevitabile. Nessun problema sorge, a maggior ragione, nei casi in cui la situazione di antinomia sia addirittura conosciuta e, ciò nonostante, nulla sia stato fatto per rimuoverla, ove la condotta omissiva dell'agente assume profili quanto meno di colpa cosciente"; cfr. Cass. pen., 12 ottobre 2005, n. 36981; in *Dir. pen. proc.*, 2006, pag. 47.

³⁸¹ In tal senso, MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. Pen.*, 2002, pag. 407.

è data dalla necessità di creare efficienti tecniche di controllo dell'organizzazione, in ordine, soprattutto, all'operato dei soggetti apicali che tendono a sfuggire agli ordinari sistemi di vigilanza all'interno dell'ente³⁸².

Tale organo di vigilanza è titolare esclusivamente di poteri di controllo e non ha il potere di modificare il modello organizzativo (come il collegio sindacale non può incidere sulle scelte di gestione, così, il suddetto istituto non può intervenire sull'organizzazione attiva della società). In capo allo stesso, però, vige il potere di segnalare all'organo di gestione eventuali "deficit" del modello organizzativo. Altresì, in assenza di un ruolo di intervento diretto dell'istituto di vigilanza, lo stesso ente di gestione sarà competente dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari a seguito di un'eventuale mancato rispetto delle misure indicate nel modello organizzativo (ex art. 6, II c., lett. e, d.lgs. 231/01). Di conseguenza, diviene indispensabile la creazione di una rete di flussi informativi tra ente di controllo ed esecutivo.

L'attività di *internal auditing* si sostanzia, quindi, in due momenti fondamentali; da un lato, si richiede un monitoraggio "in astratto" del modello organizzativo in relazione alla capacità dello stesso a prevenire i comportamenti illeciti, mentre dall'altro, si esige in concreto una indagine sull'effettiva adozione del modello stesso.

La posizione di garanzia degli organi di vigilanza si esaurisce, così, nei suoi poteri di vigilanza e controllo, che si concretano nel c.d. obbligo di sorveglianza irrilevante penalmente ai sensi dell'art. 40, II comma, c.p. (di cui si è trattato ampiamente nel primo capitolo in relazione all'istituto della delega di funzioni).

³⁸² Interessante il rilievo di Sfameni, il quale indica una lettura unitaria degli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/01; pertanto, l'istituzione dell'organismo di vigilanza espressamente prevista quale indicatore di un eventuale effetto esimente la responsabilità dell'ente ex art. 6, costituirebbe una specificazione del dovere di controllo che il legislatore esige ai sensi dell'art. 7, II c.; si confronti, **AA.VV.**, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pag. 70.

L'autonomia dei poteri costituisce un fattore indicativo della necessaria indipendenza³⁸³ che deve sussistere in capo all'organo di vigilanza, escludendo così che possa coincidere con un organo societario già esistente³⁸⁴. In astratto, ad esempio, il collegio sindacale avrebbe i requisiti dell'indipendenza e della professionalità, ma in concreto si rileva che lo stesso opera saltuariamente, mentre sarebbe necessario un controllo di natura continuativo.

Un'ulteriore distinzione tra collegio sindacale e organo di vigilanza concerne le loro funzioni. La funzione di vigilanza ex d.lgs. 231/2001, infatti, è maggiormente analitica, cioè l'area di controllo è circoscritta all'attuazione del modello organizzativo. Da tale profilo si sottolinea, sempre in termini di paragone, come la responsabilità dei membri del collegio sindacale sia più rischiosa in quanto maggiormente penetranti risultano essere i doveri; allo stesso tempo è meno scusabile un'eventuale omissione di impedire i reati.

³⁸³ Confindustria, nelle sue Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/01, detta i requisiti che i membri del "compliance officer" deve avere: indipendenza (in relazione alle aree che è tenuto a vigilare), professionalità (in termini di alta competenza tecnica), onorabilità (ad esempio, incensuratezza). Inoltre si elencano le attività che tale organismo di vigilanza deve assolvere: vigilare sull'effettività del modello; verificare l'adeguatezza del modello; analizzare il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello; curare l'aggiornamento, ove necessario, del modello, attraverso la presentazione di proposte di adeguamento dello stesso agli organi aziendali competenti (tipicamente, il consiglio di amministrazione); lo svolgimento di "follow up" per accertare l'attuazione e l'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte. Le attività che l'organismo di vigilanza intende svolgere in attuazione del D.Lgs. 231/01 devono, altresì, essere riportate in un documento, solitamente denominato "piano di azione o piano operativo dell'organismo di vigilanza"; per la consultazione dei suddetti documenti si veda il sito www.confindustria.it.

³⁸⁴ Un'unica eccezione è prevista dal legislatore al IV comma dell'art. 6, d.lgs. 231/01, il cui fondamento è motivato dalla diversa realtà aziendale dell'impresa di piccole dimensioni. In tale sede, infatti, si prevede che il compito di monitoraggio in ordine al modello organizzativo possa essere svolto direttamente dall'organo dirigente (anche se è auspicabile che si avvalga di consulenti esterni a cui delegare le attività di carattere tecnico). In particolare, la semplice struttura organizzativa, nonché le minori risorse a disposizione della stessa, permettono di ammettere tale isolata ipotesi.

CONCLUSIONI

In esito agli approfondimenti e ai commenti sviluppati consegue l'affermazione del superamento del dogma *societas delinquere non potest*.

Le considerazioni svolte sono supportate da contributi interdisciplinari di fronte ad uno scenario che è mutato completamente: la società civile e, di conseguenza, il crimine, hanno subito radicali trasformazioni. I protagonisti, infatti, sono soggetti un tempo definiti *privilegiati*.

Da una prospettiva normativa, il principio di colpevolezza, contenuto nell'art. 27, I c., Cost. viene interpretato, attraverso una chiave di lettura diversa, in modo tale che possa investire anche la forma di responsabilità collettiva. I medesimi rilievi si evidenziano al fine di creare un adeguato apparato sanzionatorio, lontano dai tradizionali strumenti repressivi e vicino alla funzione *generalpreventiva allargata*.

Tale ricerca si sofferma sulla struttura del d.lgs. 231/01, evidenziandone la portata innovatrice rispetto ai precedenti normativi che si avvicinano solamente al riconoscimento di una *responsabilità diretta* dell'ente. Al contrario, si tralascia intenzionalmente di argomentare in merito alla natura di tale responsabilità, considerandolo un problema di *mera etichetta*. Si desume, altresì, implicitamente la natura penale della suddetta responsabilità (che si colloca all'interno di un processo penale) giacché ci si allontana dal modello di natura "amministrativa" della l. 689/81 ed è impossibile ravvisare un *tertium genus*, in quanto il distacco dai tradizionali referenti normativi di natura penale è giustificato dall'esistenza di un nuovo soggetto agente,

l'organizzazione e di un corrispondente parametro normativo, *l'agente modello collettivo*.

In particolare, inoltre, un nuovo paradigma si impone, chiamato *colpa di organizzazione*, di origine eteroetona, in quanto speculare al paradigma anglosassone del *management failure*. D'altronde è evidente l'impossibile coordinamento con gli istituti tradizionali di estensione della responsabilità penale. Nella specie, non è possibile configurare nessuna forma di concorso di persone, nemmeno in "forma anomala", ai sensi dell'art. 116 c.p.; complicato, infatti, diverrebbe l'accertamento del nesso eziologico, essendo il contributo causale apportato dalla società, spesso, di natura primario ed autonomo, non secondario. A priori, invece, si esclude la cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 c.p., poiché i reati presupposto sono, quasi nella totalità, dolosi. Tornando all'ipotesi di una forma di concorso dolosa ma omissiva, anch'essa è da escludere. La motivazione si fonda sull'inesistente posizione di garanzia individuabile in capo all'ente data la natura di onere, e non di obbligo, in merito all'adozione del modello di organizzazione di matrice statunitense.

Nel nostro ordinamento, per la prima volta, viene così introdotta una forma di responsabilità diretta dell'ente che riveste il ruolo di parte tutelata dalle garanzie processuali proprie dell'imputato. L'organizzazione rappresenta, quindi, il motore della vicenda criminosa e molteplici sono le fonti di rischio di fronte ad una struttura complessa. Si tenta di creare un apparato normativo teso ad orientare il comportamento dei componenti della struttura stessa distinguendo tra chi rappresenta la *mens rea* della società e chi, invece, risulta essere eterodiretto. I rispettivi modelli di responsabilità, pertanto, sono differenti; infatti, mentre per i soggetti apicali si configura un paradigma

doloso, per i subordinati, invece, si prospetta uno schema colposo nella forma di un'agevolazione colposa.

La presente ricerca, altresì, sottolinea il carattere innovativo della normativa in esame sia rispetto alla legge nazionale che a quella sovranazionale.

Il d.lgs. 626/1994, infatti, anche se a prima vista sembrerebbe costituire la fonte ispiratrice, è un sistema inattuale ancorato al parametro dell'agente modello individuale.

Allo stesso modo, in un'ottica comparata, si oltrepassa sia il sistema normativo spagnolo, che si limita ad individuare delle *consecuencias accesorias* nel caso del riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche; sia quello francese che codifica un meccanismo di imputazione molto semplice. In particolare, la responsabilità della persona giuridica è definita *par reflex* o *par ricochet*, cioè si fonda sul presupposto che il reato commesso dagli organi o dai rappresentanti si rifletta sull'ente, escludendo la previsione sia di un criterio di imputazione oggettivo che soggettivo.

Si è, invece, avvertito l'imponente contributo delle Convenzioni internazionali nel delimitare i confini di applicazione della normativa in esame nonché nell'indicare i segnali di allarme quali, ad esempio, l'emersione del crimine transnazionale. In termini di coerenza con il sistema ex d.lgs. 231/2001 l'introduzione dei reati contro l'ordine pubblico, quali l'associazione per delinquere e quella di stampo mafioso, sempre a livello transnazionale, comporta, però, alcune contraddizioni in quanto l'agire nell'*interesse o a vantaggio* della società si ravvisa con difficoltà di fronte ad un'organizzazione complessa intrinsecamente illecita (che non si limita, quindi, ad esercitare *a latere* un'attività tesa all'ottenimento dell'extra profitto da reato).

Allo stesso modo, altri conflitti di coerenza si sviluppano in presenza di molteplici realtà aziendali, ove l'impresa di piccole dimensioni, soprattutto, per le minori risorse a disposizione richiede un trattamento premiale rafforzato.

In una prospettiva *de lege ferenda* la Commissione Greco, insediata nell'anno 2007 presso il Ministero della giustizia, suggerisce l'ampliamento del novero dei reati presupposto includendo, insieme ai reati tributari e al reato di riciclaggio, anche quelli di natura colposi. Tale proposta implica automatiche modifiche in relazione al modello di ascrizione della responsabilità.

In particolare, la clausola di esonero dalla responsabilità prevista a favore dell'ente ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 disciplina nuove tassative condizioni. *In primis* è necessaria la prova, già esaminata, dell'adozione da parte dell'organo dirigente, prima della commissione del fatto, di modelli organizzativi idonei a prevenire le condotte costituenti reati colposi della specie di quello verificatosi. In secondo luogo si deve dimostrare di aver istituito un organo di vigilanza competente all'aggiornamento dei *compliance programs*, nonché il diligente agire in concreto del medesimo. Infine, si deve fornire la prova che le condotte costituenti reato siano state realizzate in violazione delle specifiche regole dettate ai fini preventivi. Determinante, quindi, diviene l'individuazione del contenuto delle stesse regole nonché il tentativo di rendere compatibile uno schema che *ab origine* si presenta propriamente doloso.

Le indicate prospettive di ampliamento sono comunque ancora da verificare nell'ottica di un'efficiente criminalizzazione secondaria.

*Un sentito ringraziamento
Al mio Maestro*

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.
- AA. VV., *Economia*, Torino, 2004.
- AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pag. 70.
- ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- ALESSANDRI, *Parte generale*, in Pedrazzi-Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999.
- ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, pag. 201.
- ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.
- ALESSANDRI, *Commento sub art. 27 comma 1 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28, Rapporti civili*, Bologna, 1991, pag. 153.
- ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, pag. 33.
- ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.
- ALLEN, ELLIOT AND WOOD'S, *Cases and materials on criminal law*, London, 2001, pag. 128.
- AMATORI, *La grande impresa*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XV, L'industria, Torino, 1999, pag. 691.
- AMBROSINI, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, pag. 61.

- AMODIO**, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrativi di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen., 2005, pag. 320.
- AMOROSO**, *Organizational ethos and corporate criminal liability*, in 17 Campbell L. Rev., 1995, pag. 53.
- ANGELICI**, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.
- ANTOLISEI**, *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2001.
- ANTOLISEI**, *Manuale di diritto penale: leggi complementari*, Milano, 2002.
- ANTOLISEI**, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2003.
- ARDIA**, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in Dir. pen. proc., 2002, pag. 1251.
- ASHWORTH AND MITCHELL**, *Rethinking English Homicide Law*, Oxford University Press, 2000, pag. 7 ss..
- ASTROLOGO**, *Interesse e vantaggio quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in Ind. Pen., 2003, pag. 650
- BALSMEIER & KELLY**, *The ethics of sentencing white-collar criminals*, in 15 J. Business Ethics, 1996, pag. 143.
- BARTALINI**, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000.
- BARTOLI**, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BASILE**, *La colpa in attività illecite*, Milano, 2005.
- BASTIA**, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in "Societas puniri potest", Padova, 2003.

- BAYSINGER**, *Organization theory and the criminal liability of organizations*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 341.
- BECK**, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000
- BECKER**, *Crime and punishment: an economic approach*, in Journ. of Pol. Econ., 1968.
- BECKER, NOTE**, *Corporate successor criminal liability: the real crime*, in 19 Am. J. Crim. L., 1992, pag. 435.
- BERGMAN**, *Corporate sanctions and corporate probation*, in NLJ, 1992, pag. 1312.
- BETTIOL**, *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, pag. 1007.
- BIANCA**, *Diritto civile*, Milano, 1990.
- BINDER**, *Weisse-Kragen-Kriminalitat*, in 16 Kriminalistik, 1962, pag. 251.
- BLOCK**, *Optimal penalties, criminal law and the control of corporate behaviour*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 395.
- BONAZZI**, *Dire, fare, pensare. Decisioni e creazione di senso nelle organizzazioni*, Milano, 1999.
- BONELLI**, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in Giur. comm., 2004, pag. 620.
- BOSTICCO**, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2004.
- BOX**, *Power, crime and mystification*, London, 1983.
- BRAITHWAITE**, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, 1989.
- BRAITHWAITE AND GEIS**, *On theory and action for corporate crime control*, in Shover, Wright, *Crimes of privilege*, Oxford, 2001, pag. 362.
- BRICOLA**, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. it. proc. pen., 1970, pag. 956.

- BRICOLA**, *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984.
- BRIEF, TANIA, MCSWEENEY, TERREL**, *Corporate criminal liability*, in 40 Amer. Crim. L. Rev., 2003, pag. 337.
- BROWN, LOWELL**, *Vicarious criminal liability of corporations for the acts of their employees and agents*, in 41 Loy. L. Rev., 1995, pag. 279.
- BUCY**, *Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability*, in 75 Minn. L. Rev., 1991, pag. 1095.
- CACACE**, *Condotta del funzionario infedele e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in Danno e resp., 1999, pag. 435.
- CADOPPI**, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in Ind. Pen., 1986, pag. 496.
- CADOPPI, VENEZIANI**, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2004.
- CAMPOBASSO**, *Diritto commerciale*, Torino, 2006.
- CARACCIOLI**, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2005.
- CARBONE**, *Panorama di giurisprudenza di legittimità*, in Le Soc., 2006, pag. 579.
- CARD, CROSS AND JONES**, *Criminal law*, London, 2004, pag. 861.
- CARRARA**, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1885.
- CARRASCO, DUPEE**, *Corporate criminal liability*, in 36 Amer. Crim. L. Rev., 1999, pag. 445.
- CASTALDO**, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 1096.
- CASTRONOVO**, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CAVALLI**, *I principi di comportamento del collegio sindacale*, in Riv. Impresa, 1997, pag. 1803.

- CHEONG-ANN PNG**, *Corporate liability*, London, 2001, pag. 26.
- CLOUGH, MULHERN**, *The prosecution of corporation*, Oxford, 2002, pag. 4.
- COASE**, *The Problem of Social Cost*, in J. of Law and Economics, 1960, pag. 1.
- COFFEE**, *Corporate crime and punishment: a non-Chicago view of the economics of criminal sanctions*, in 17 Amer. Crim. L. Rev., 1980, pag. 419.
- COFFEE**, “No soul to damn: no body to kick”: *an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in 79 Mich. LR, 1981, pag. 412.
- COLE**, *Corporate criminal liability in the 21st century: a new era?*, in 45 S. Tex. L. Rev., 2004, pag. 160.
- COLEMAN**, *The criminal elite: the sociology of white-collar crime*, New York, 1994;
- COLVIN**, *Corporate personality and criminal liability*, in Criminal L. F., 1995, pag. 18.
- CRESPI**, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1957, pag. 528.
- CRESPI**, *I cinquant’anni della Rivista*, in Riv. soc., 2006, pag. 877.
- CRESPI**, *Rassegna di diritto societario (1997-1998)*, in Riv. soc., 1999, pag. 190.
- CROALL**, *Crime and society in Britain*, Longmann, 1998, pag. 271.
- CROALL**, *Understanding white collar crime*, Philadelphia, 2001, pag. 86.
- D’ALESSANDRO**, *Scritti di Floriano D’Alessandro*, Milano, 1997.
- D’AMBROSI**, *La responsabilità dei sindaci non è automatica proiezione di quella degli amministratori*, in Soc., 1995, pag. 1188.
- DA RIVA GRECHI**, *L’illecito funzionale degli enti collettivi*, in Giust. pen., 2003, pag. 437.
- DE LEONARDIS**, *L’impresa sociale*, Milano, 1994.
- DE MAGLIE, SEMINARA**, *Scienza e causalità*, Padova, 2006.

- DE MAGLIE**, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 88.
- DE MAGLIE**, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002.
- DE SIMONE**, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 211.
- DELITALA**, *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935.
- DELMAS MARTY – VERVAELE**, *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Paris, Intersentia, 2000.
- DI AMATO**, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006.
- DINE AND GOBERT**, *Criminal law*, Oxford, 2003, pag. 259.
- DOLCINI**, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pag. 20.
- DOLCINI**, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pag. 10.
- DONINI**, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Milano, 2006.
- DONINI**, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.
- DRAETTA**, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in Dir. scambi e comm. int., 1998, pag. 969.
- DURKHEIM**, *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999.
- ERMANN AND LUNDMAN**, *Corporate and governmental deviance*, New York, 2002, pag. 85.

- ESTRELLA**, *Un problema de la parte general del derecho penal economico*, Granada, 2002.
- EUSEBI**, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium I.*, 2000, pag. 1072.
- EUSEBI**, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1101.
- FERRUA**, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II). Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 1480.
- FIANDACA, MUSCO, PAGLIARO, RIZ**, *Lineamenti di diritto penale*, Padova, 2002.
- FIANDACA**, *Commento all'articolo 27, comma 3 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991.
- FIANDACA, MUSCO**, *Diritto penale*, Bologna, 2007
- FIELD AND LYNN**, *Capacity, Recklessness and the House of Lords*, in *Crim. L. Rev.*, 1993, pag. 127.
- FIGIELLA**, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Conti, Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, pag. 95.
- FIGIELLA, LANCELLOTTI**, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004.
- FIGIELLA**, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.
- FISHER, SPENCER**, *Corporate criminal liability*, in *41 Amer. Crim. L. Rev.*, 2004, pag. 380.
- FISSE AND BRAITHWAITE**, *The impact of publicity on corporate offenders*, 1983.
- FISSE AND BRAITHWAITE**, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge University Press, 1993, pag. 48.

- FLETCHER**, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.
- FOFFANI**, *Le infedeltà*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Milano, 2002.
- FONTANELLA**, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2000, pag. 943.
- FORTI**, *L'immane concretezza*, Milano, 2000.
- FORTI**, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FRANKLIN**, *Prosecution of corporations for manslaughter: towards a new offense of "corporate killing" in the United Kingdom*, in 7 *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, 1999, pag. 62.
- FRANZONI**, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002.
- FRENCH**, *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, 1984..
- GALGANO**, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto penale dell'economia*, Padova, 2003.
- GALGANO**, *Persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 1969.
- GALLO**, *Lineamenti di una teoria sul concorso*, Milano, 1957.
- GALLO**, *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.
- GARDNER**, *Recklessness redefined*, in 109 *L. Quar. Rev.*, 1993, pag. 21.
- GAVERINI**, *L'accertamento della colpa amministrativa, tra responsabilità oggettiva e valutazioni soggettive*, in *For. Amm.*, 2006, pag. 1974.
- GEIS, DI MENTO**, *Empirical evidence and the legal doctrine of corporate criminal liability*, in 29 *Amer. Crim. L. Rev.*, 2002, pag. 342.
- GEIS**, *White-collar crime-What is it?*, in 3 *Current Issues Crim. Just.*, 1992, pag. 9.

- GERAGHTY**, *Corporate criminal liability*, in 39 Amer. Crim. L. Rev., 2002, pag. 347.
- GIARDA**, *Azione civile di risarcimento e responsabilità punitiva degli enti*, in Corr. Mer., 2005, pag. 576.
- GIERKE, MAITLAND**, *Political theories of the middle age*, The Lawbook Exchange, 2002.
- GIUNTA**, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- GOBERT**, *Corporate criminality: four models of fault*, in J. Legal Studies, 1994, pag. 393.
- GOBERT**, *Controlling corporate culpability: penal sanctions and beyond*, in Web. J., 1998.
- GOBERT**, *Corporate killings at home and abroad-Reflections on the Government's proposal*, in 118 L. Quar. Rev, 2002, pag. 72.
- GOBERT AND PUNCH**, *Rethinking corporate crime*, London: Butterworths, 2003, pag. 57 ss..
- GRASSO**, *Pre-Art. 110*, in Romano, Grasso, Commentario sistematico del codice penale, Milano, 1990.
- GRASSO –SICURELLA**, *Il Corpus Iuris 2000*, Milano, 2002.
- GRAZIANO**, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in Dir. prat. soc., 2002, pag. 25.
- GREEN**, *Occupational crime*, Chicago, 1997, pag. 13.
- GREEN**, *The concept of white collar crime in law and legal theory*, in Buff. Crim. L. Rev., 2005, pag. 1;
- GRISPIGNI**, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952.
- GROSSO**, voce *Responsabilità penale*, in Noviss. Dig. It., vol. XV, Torino, 1968, pag. 710.

- GROSSO**, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, pag. 950.
- GRUNER**, *Towards an organizational jurisprudence: transforming corporate criminal law through federal sentencing reform*, in 36 Ariz. L. R., 1994, pag. 414.
- GRUNER**, *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal Press, 2004.
- GUERNELLI**, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, in Studium Juris, 2002, pag. 290.
- GUERRINI**, *Il contributo concorsuale di minima importanza (art. 114, I c., c.p)*, Siena, 1995.
- GUTIERREZ**, *Le deleghe di poteri*, Milano, 2004.
- HALPIN**, *Definitions and directions: recklessness unheeded*, in 18 J. Legal Studies, 1998, pag. 294.
- HANS**, *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, pag. 838.
- HART**, *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, in Contributi all'analisi del diritto, Milano, 1964.
- HASSEMER**, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in ZRP, 1992, pag. 379.
- HERRING**, *Criminal law. Text, cases and materials*, Oxford, 2004, pag. 171.
- HILL**, *Corporate responsibility in crime*, in Crim. Just. J., 1991, pag. 122.
- HUNGERFORD, WELCH, TAYLOR**, *Sourcebook on Criminal Law*, London, 1997, pag. 436.
- IACOVIELLO**, *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in Il Fall., 2005, pag. 638.

- IADECOLA**, *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. Pen.*, 1995, pag. 236.
- JEFFERSON**, *Corporate criminal liability in the 1990's*, in *64 J. Crim. L.*, 2000, pag. 120.
- JEFFERSON**, *Corporate criminal liability: the problem of sanctions*, in *J. Crim. L.*, 2001, pag. 245.
- KAISER**, *Kriminologie*, Heidelberg, 1997.
- KEATING**, *The Law Commission Report on involuntary manslaughter: the restoration of a serious crime*, in *Crim. L. Rev.*, 1996, pag. 535.
- KEY**, *Organizational ethical culture: real or imagined?*, in *20 J. Business Ethics*, 1999, pag. 217.
- KELSEN**, *Teoria generale del diritto dello Stato*, Milano, 1975.
- KYE**, *A strict approach to strict liability: National Rivers Authority v. Alfred McAlpine Homes (East) Limited*, in *J. Env. L.*, 1995, pag. 60.
- LA MONICA**, *Diritto penale commerciale*, Milano, 1990.
- LAUFER, STRUDLER**, *Corporate intentionality, desert, and variants of vicarious liability*, in *37 Amer. Crim. L. Rev.*, 2000, pag. 1285.
- LAUFER**, *Corporate bodies and guilty minds*, in *43 Emory L.J.*, 1994, pag. 647.
- LEDERMAN**, *Models for imposing corporate criminal liability: from adaptation and imitation toward aggregation and the search for self-identity*, in *Buff. Crim. L. Rev.*, 2000, pag. 641.
- LEIGH**, *Recklessness after Reid*, in *56 Modern L. R.*, 1993, pag. 208.
- LEONCINI**, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

- LICCIARDELLO**, *Le sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997, pag. 349.
- LOFFREDO**, *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in Giur. comm., 2005, pag. 630.
- LUHMANN**, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990.
- LUHMANN**, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.
- MACEY**, *Agency theory and the criminal liability of organizations*, in 71 Buff. Crim. L. Rev., 1991, pag. 315.
- MAIWALD**, *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999.
- MAIZZI**, *Prospettive di un nuovo codice penale. Analisi e valutazione dei contenuti del “Progetto” della Commissione Pagliaro*, in Dei delitti e delle pene, 1992, pag. 175.
- MANNOZZI**, Relazione al convegno di studi sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione e il ruolo di Olaf di fronte alla responsabilità penale delle persone giuridiche e dei dirigenti di società e la reciproca ammissibilità delle prove, 11-12 Marzo, Inverigo, *La responsabilità delle persone morali e dei capi d’impresa*.
- MANTOVANI**, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, pag. 997.
- MANTOVANI**, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001.
- MANTOVANI**, *Il principio di affidamento della teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MARCHETTI**, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in Giur. comm., 1995, pag. 108.
- MARCHISIO**, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in Riv. dir. int., 1992, pag. 589.

- MARINUCCI, DOLCINI**, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.
- MARINUCCI, DOLCINI**, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006.
- MARINUCCI, DOLCINI**, *Codice penale commentato*, Assago, 2006.
- MARINUCCI**, “*Societas puniri potest*”: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in Riv. it. proc. pen., 2002, pag. 1193.
- MARINUCCI**, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 29.
- MARINUCCI**, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Riv. it. proc. pen., 2007, pag. 445.
- MELCHIONDA**, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “progetto preliminare Grosso”*: *pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”*, in Ind. Pen., 2002, pag. 407.
- MIR PUIG, LUZON PENA**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996.
- MORI**, *Società anonima. Amministrazione*, Torino, 1897; in giurisprudenza, Trib. Genova, 26 maggio 1917, in *Temi gen.*, 1917, pag. 246.
- MRAZEK**, *Organizational sentencing*, in 33 Amer. Crim. L. Rev., 1996, pag. 1065.
- NELKEN**, *White collar crime*, in The Oxford handbook of criminology, edited by Morgan, Maguire, Reiner, Oxford, 2003, pag. 845.
- NOBILI**, *Storia di una recente formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent’anni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, pag. 78.
- NORMANDEAU**, *Les deviations en affaires et la “Crime en Col Blanc”*, in 19 Rev. Intl. Crim. & Police Tech., 1965, pag. 247.

- NORRIE**, *The limits of justice: finding fault in the criminal law*, in 59 Modern L. R., 1996, pag. 540.
- ORESTANO**, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978.
- PADOVANI**, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983.
- PADOVANI**, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, pag. 1160.
- PAGLIARO**, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998.
- PAGLIARO**, *I principi generali del Progetto Grosso e le tendenze del diritto penale*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, pag. 85.
- PAGLIARO**, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.
- PALAZZO**, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, pag. 440.
- PALIERO**, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in "Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi", Padova, 2003.
- PALIERO**, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.
- PALIERO**, *La disciplina dei modelli organizzativi: fonti, contenuto e finalità preventive dei modelli organizzativi*, relazione tenuta al Convegno Paradigma, Milano, 26 giugno 2001.
- PALIERO**, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in Corr. Giur., 2001, pag. 845.

- PALIERO**, *La legge 689 del 1981: prima “codificazione” del diritto penale amministrativo in Italia*, in Pol. dir., 1983, pag. 117.
- PALIERO**, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, pag. 493.
- PALIERO**, *Consenso sociale e diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, pag. 849.
- PALIERO**, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, pag. 519;
- PALIERO**, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1993, pag. 1021.
- PALIERO**, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, pag. 1225.
- PALIERO**, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, pag. 1173.
- PALIERO**, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, pag. 466.
- PALIERO**, *L'economia della pena (un work in progress)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 1336.
- PALIERO, DOLCINI**, *I “principi generali” dell'illecito amministrativo nel disegno di legge “Modifiche al sistema penale”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, pag. 1154.
- PALIERO, PALAZZO**, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003.
- PALIERO, PIERGALLINI**, *La colpa di organizzazione*, in Resp. amm. soc., 2006, pag. 167.

- PALIERO, TRAVI**, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.
- PECORELLA**, *Societas delinquere potest*, in Riv. giur. lav., 1977, pag. 357.
- PEDRAZZI**, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- PEDRAZZI**, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in Riv. soc., 1962, pag. 220.
- PEDRAZZI**, *Il tramonto del dolo?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, pag. 1265.
- PERRONE**, *Le strutture organizzative d'impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, pag. 482.
- PHILLIPS**, *R v Adomako: Is this the Last Word on Negligent Manslaughter?*, in Law Teacher, 1995, pag. 338.
- PICOTTI** (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004.
- PIERGALLINI**, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in Dir. pen. proc., 2001, pag. 1353.
- PIERGALLINI**, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.
- PIERGALLINI**, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, pag. 1684.
- PINTO AND EVANS**, *Corporate criminal liability*, London, 2003, pag. 63.
- PINTO AND EVANS**, *Corporate criminal liability*, London, 2003, pag. 231.
- POLING**, *Corporate criminal liability*, in 38 Amer. Crim. L. Rev., 2001, pag. 542.
- PONTELL, HENRY, GILBERT, GEIS**, *International handbook of white-collar and corporate crime*, Springer Verlag, 2007.
- POSNER**, *Optimal sentences for white-collar criminals*, in 17 Amer. Crim. L. Rev., 1980, pag. 409
- POSNER**, *Economic analysis of law*, New York, 2003.

- PRADEL**, *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla parte generale*, in *Indice pen.*, 1994, pag. 13.
- PULITANÒ**, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, pag. 3.
- PULITANÒ**, *Il problema dei soggetti nel diritto penale dell'impresa*, in *Soc. e dir.*, 1992, pag. 46.
- PULITANÒ**, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 425.
- PUNCH**, *Suite violence: why managers murder and corporations kill*, in *33 Law and Social Change*, 2000, pag. 243.
- QUAID**, *The assessment of corporate criminal liability on the basis of corporate identity: an analysis*, in *43 McGill L. J.*, 1998, pag. 105.
- RECINE**, *Examination of the white collar crime penalty enhancements in the Sarbanes-Oxley Act*, in *39 Amer. Crim. L. Rev.*, 2002, pag. 1538.
- REED AND SEAGO**, *Criminal law*, London, 2002, pag. 84.
- RENDE**, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, Bologna, 1948.
- RICCIUTI**, *Organizzazione aziendale. Aspetti e problemi di progettazione delle strutture*, Padova, 2003.
- RIDLEY AND DUNFORD**, *Corporate killing- Legislating for unlawful death?*, in *Industrial L. J.*, 1997, pag. 102.
- ROMANO**, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, pag. 396.
- ROMANO**, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 161.
- ROMANO**, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.

- RORDORF**, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, pag. 1297.
- ROSSI VANNINI**, *La collaborazione giudiziaria ed il Corpus Iuris elaborato dalla Commissione europea: off-shore extra-UE e strumenti per la tutela delle risorse comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1285.
- RUFFINI**, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, Milano, 1936.
- RUGGIERO**, *Economie sporche*, Torino, 1996.
- RUGGIERO**, *Delitti dei deboli e dei potenti*, Torino, 1999.
- SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANTI**, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004.
- SCAROINA**, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.
- SCHETTINI**, *Responsabilità omissiva e delega di funzioni*, in *Giust. Pen.*, 1991, pag. 328.
- SCHRAGER, SHORT**, *Toward a sociology of organizational crime*, in *25 Social Problems*, 1977, pag. 55.
- SCOGNAMIGLIO**, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996.
- SEMINARA**, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SFAMENI**, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, pag. 75.

- SHAVELL, S.**, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in Coleman, J. L. – Lange, J. (a cura di), *Law and Economics*, vol. I, Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney, 1992, pag. 463.
- SHAVELL**, *Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent*, in 85 Colum. L. Rev., 1985, pag. 1232.
- SILBERFAB**, *Justifying punishment for white-collar crime: a utilitarian and retributive analysis of the Sarbanes-Oxley Act*, in 95 B. U. Pub. Int. L. J., 2004, pag. 97.
- SLAPPER, TOMBS**, *Corporate crime*, Essex, pag. 225.
- SLAPPER**, *Corporate punishment*, in NJL, 1994, pag. 29.
- SLAPPER**, *A corporate killing*, in New Law Journal, 1994, pag. 1735.
- SMITH, HOGAN**, *Criminal law: cases and materials*, London, 2002, pag. 287.
- SPENCER, SIMS**, *Corporate misconduct*, London, 1995, pag. 60.
- STALLWORTHY**, *Rationalising the law of manslaughter and dabbling in corporate crime*, in 61 J. Crim. L., 1997, pag. 334.
- STELLA**, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. trim. pen. ec., 1998, pag. 459.
- STELLA**, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pag. 1254.
- STELLA**, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- STELLA, PULITANÒ**, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1990, pag. 563.
- STORTONI**, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1972, pag. 1163.

- SULLIVAN, *Expressing corporate guilt*, in Oxf. J. L. S., 1995, pag. 281.
- SULLIVAN, *The attribution of culpability to limited companies*, in Cambr. L. J., 1996, pag. 515.
- SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version* (1983), tr. It. e a cura di G. Forti, Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale, Milano, 1987.
- SUTHERLAND, *White collar crime*, New York, 1949.
- TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pag. 615.
- TIEDEMANN, *Strafbarkeit juristrischen personen?*, Heilderberg, 1996.
- TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956.
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- VALENZANO, *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, pag. 987.
- VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.
- VASSALLI, voce *Sindaci (dir. comm.)*, in Enc. Dir., XVIII, 1990, pag. 747.
- VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003.
- VINEIS, *Modelli di rischio: epidemiologia e causalità*, Torino, 1990.
- VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford University Press, 2001, pag. 47 ss..
- WILLIAMS, *The unresolved problem of recklessness*, in 8 J. Legal Studies, 1988, pag. 74.

WRAY, *Corporate probation under the new organizational sentencing guidelines*, in 101

Yale L. J., 1992, pag. 2017.

ZANALDA, BARCELLONA, *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, Milano, 2002.

ZUGALDIA ESPINAR, *Comentario al artículo 129*, in *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2000.

GIURISPRUDENZA

- Cass. Civ., 22 marzo 1947, n. 417, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 1950, pag. 32.
- Cass. Civ., 28 ottobre 1983, n. 6413, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, pag. 4.
- Cass. Civ., 1 marzo 1985, in *Ec. e Trib.*, 1985, pag. 103.
- Cass. Civ., 19 agosto 1987, n. 6953, in *Impresa*, 1988, pag. 828.
- Cass. Civ., 22 giugno 1990, n. 6278, in *Società*, 1991, pag. 29.
- Cass. Civ., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, pag. 372.
- Cass. Civ., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, pag. 1389.
- Cass. Civ. Sez. Lav., 5 maggio 1998, n. 4532, in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, pag. 594.
- Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2000, n. 804, in *Giur. It.*, 2000, pag. 1663.
- Cass. Civ., Sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, pag. 3289 .
- Cass. Civ., Sez. I, 4 settembre 2001, n. 11396, in *Corr. Giur.*, 2002, pag. 343.
- Cass. Civ., Sez. Lav., 8 gennaio 2003, in *Arch. civ.*, 2003, pag. 494.
- Cass. Civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Giur. It.*, 2004, pag. 1729.
- Cass. Civ., Sez. III, 22 ottobre 2004, in *Banca, bors.*, 2006, pag. 138.
- Cass. Civ., Sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, pag. 1637.
- Cass. Civ., 10 maggio 2005, n. 9764, in *Foro it.*, 2006, pag. 186.
- Cass. Civ., 9 novembre 2005, n. 21685, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 647.
- Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, pag. 2487.
- Cass. Pen., 28 aprile 1941, in *Giust. Pen.*, 1942, pag. 213.
- Cass. Pen., 23 maggio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, pag. 1250.
- Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1537.
- Cass. Pen., 2 febbraio 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 440.

Cass. Pen., 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 828.

Cass. Pen., 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, pag. 36.

Cass. Pen., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1406.

Cass. Pen., 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 716.

Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 1993, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, pag. 691.

Cass. Pen., Sez. I, 24 febbraio 1994, n. 4583, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 1837.

Cass. Pen., 8 marzo 1995, in *Mass. giur. lav.*, 1995, pag. 634.

Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 1996, in *Giust. Pen.*, 1997, pag. 515.

Cass. Pen., 27 maggio 1996, n. 5242, in *Dir. prat. lav.*, 1996, pag. 1851.

Cass. Pen., 24 novembre 1997, n. 19671, *ivi*, 1998, pag. 45.

Cass. Pen., Sez. V, 21 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, pag. 517.

Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 364.

Cass. Pen., 3 aprile 1998, n. 4162, in *ISL*, 1998, pag. 350.

Cass. Pen., Sez. V, 22 aprile, 1998, n. 8327, in *Guid. Dir.*, 1999, pag. 127.

Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 584.

Cass. Pen., 2 marzo 2000, in *Riv. pen.*, 2000, pag. 904.

Cass. Pen., Sez. IV, 26 aprile 2000, n. 7402, in *ISL*, 2003, pag. 650.

Cass. Pen., 3 agosto 2000 in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, pag. 417.

Cass. Pen., 3 agosto 2000, in *Foro it.*, 2001, pag. 357.

Cass. Pen., Sez. V, 12 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, pag. 998.

Cass. Pen., Sez. VI, 03 marzo 2004, n. 18941, in *Foro it.*, 2005, pag. 22.

Cass. Pen., Sez. III, 23 giugno 2004, n. 28126, in *ISL*, 2003, pag. 650.

Cass. Pen., Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 39268, in MORRONE, *Obblighi di sicurezza nella pubblica amministrazione e delega di funzioni*, in *Il Lavoro nella giur.*, 2005, pag. 37.

Cass. Pen., Sez. III, 1 aprile 2005, *ISL*, 2005, pag. 461.

Cass. Pen., Sez. III, 14 giugno 2005, in *Giust. Pen.*, 2006, pag. 587.

Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2005 n. 23729, in SOPRANI, *Obblighi del datore di lavoro e imprudenza del lavoratore*, in *ISL*, 2005, pag. 677.

Cass. Pen., 15 luglio 2005, n. 26122 in *Dir. pen. proc.*, 2005, pag. 1237.

Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2005, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pag. 720.

Cass. Pen., 12 ottobre 2005, n. 36981; in *Dir. pen. proc.*, 2006, pag. 47.

Cass. Pen., Sez. IV, 10 novembre 2005, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, in ARMONE, *Responsabilità amministrativa per i reati di corruzione e truffa aggravata*, in *For. It.*, 2006, pag. 329.

Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615 consultabile sul sito www.rivista231.it.

Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2006, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., Sez. III, 6 aprile 2006, in *Riv. Pen.*, 2007, pag. 172.

Cass. Pen., sez. V, 13 aprile 2006, in *Riv. Pen.*, 2007, pag. 176.

Cass. Pen., sez. I, 12 giugno 2006, in *Giust. Pen.*, 2007, pag. 337.

Cass. Pen., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32627, in *Dir. giust.*, 2006, pag. 54.

Cass. Pen., Sez. V, 8 marzo 2007, in *Giust. Pen.*, 2007, pag. 489.

Cass. Pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23898 (inedita).

Cons. Stato, 21 giugno 2005, n. 3242, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 1805.

Corte Cost., 14 maggio 1966, n. 40, in *Giur. cost.*, 1966, pag. 707.

Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pag. 686.

Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pag. 289.

Corte Cost., 18 luglio 1996, n. 312, in *Dir. prat. lav.*, 1997, pag. 815.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Foro Ambr.*, 2004, pag. 520.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Roma, datata 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, pag. 318.

Ordinanza G.i.p presso il Tribunale di Roma del 22 novembre 2002, in *For. It.*, 2004, pag. 326.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Roma, 14 aprile 2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, pag. 66.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Salerno, 28 marzo 2003, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 450.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 9 marzo 2004, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 448.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano del 27 aprile 2004, in *Foro it.*, n. 7-8, 2004, pag. 434.

Ordinanza del G.i.p presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Corr. mer.*, n. 1, 2005. pag. 85.

Ordinanza del Tribunale di Milano in funzione di giudice del riesame, 14 dicembre 2004, in *Foro Ambr.*, 2004, pag. 520.

Ordinanza del G.u.p del Tribunale di Milano, 25 gennaio 2005, in *Corr. mer.*, n. 5, 2005, pag. 577.

Ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Roma, datata 21 aprile 2005, consultabile sul sito www.reatisocietari.it.

Ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Torino, datata 12 gennaio 2006, consultabili sul sito www.reatisocietari.it.

Ordinanza del G.i.p., presso il Tribunale di Napoli, datata 26 giugno 2007, (inedita).

Sentenza del G.i.p del Tribunale di Pordenone, 4 novembre 2002, in *For. It.*, vol. 7-8, 2004, pag. 330.

Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pag. 1477.

Trib. Milano, 3 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, pag. 350.

Trib. Milano, 14 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, pag. 1581.

Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Guida al dir.*, 2004, pag. 72.

Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, consultabile sul sito www.reatisocietari.it.

Trib. Torino, 7 luglio 2005, (inedita).

CONVEGNI

Convegno di Studi, tenutosi a Roma, il 20 giugno 2002, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, titolato "*Verso una Costituzione Europea*".

Convegno di Studi "*Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*", tenutosi a Como il 13-14 maggio 2005.

Convegno tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, in data 31 maggio 2005, sul tema *I possibili scenari giurisprudenziali ed organizzativi derivanti dall'applicazione del d.lgs. 231/01. Opinioni a confronto.*

Convegno di Studi tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, in data 29 maggio 2007, sul tema *Il d.lgs. 231/01 tra obiettivi di economicità e di conformità normativa.*

Convegno di Studi sul tema *L'adozione dei modelli organizzativi, di gestione e di controllo per la prevenzione dei reati degli enti ai sensi del d.lgs. 231/01*, tenutosi a Varese, in data 15 giugno 2007.

SITI INTERNET

www.ambientediritto.it.

www.caselaw.lp.findlaw.com.

www.confindustria.it.

www.cortedicassazione.it.

www.governo.it.

www.homeoffice.gov.uk.

www.lrbconsulting.co.uk/manslaughter.htm.

www.outertemple.com .

www.publications.parliament.uk.

www.reatisocietari.it.

www.rivista231.it.

www.singerpubs.com/ethikos/html/guidelines10years.html.

www.tuc.org.uk.