

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il/la sottoscritto/a

COGNOME | SANSON

NOME | ANTONIO

Matricola di iscrizione al dottorato | 1369834

Titolo della Tesi:

| LA COLPEVOLEZZA NEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N.231

Dottorato di ricerca in | DIRITTO DELL'IMPRESA

Ciclo | XXIV

Tutor del dottrando | DOTT.SSA FRANCESCA CHIARA BEVILACQUA

Anno di discussione | 2013

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la

tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato (titolo *tesi*) LA COLPEVOLEZZA NEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231;
 - di (*cognome e nome del dottorando*) SANSON ANTONIO;
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi - Milano nell'anno 2013 (*anno di discussione*);
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
 - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di mesi (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) **scegliere l'ipotesi 7a o 7b indicate di seguito:**
- 7^a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Data __31 Gennaio 2013_____

COGNOME	SANSON	NOME	ANTONIO
---------	--------	------	---------

*a Nonna Elsa,
che sapeva sorridere*

*a Perla Sciretti,
che ha creduto in me*

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

*The future belongs to those
who believe in the beauty
of their dreams*

(E. Roosevelt)

INDICE

CAPITOLO I PROFILI GENERALI DELLA CRIMINALITÀ MODERNA 9

1. Dalle aggressioni ai beni classici alla criminalità moderna: la criminalità d'impresa 9
2. Societas delinquere non potest: un lungo immobilismo 22
- 2.1 Il costo sociale di una mancata responsabilità delle persone giuridiche 37
3. Il diritto penale moderno: societas puniri potest 43

CAPITOLO II IL D.LGS 8 GIUGNO 2001, N°231 PROFILI GENERALI 47

1. Dalle convenzioni internazionali al D.Lgs 231/01 47
2. Le sanzioni applicabili 61
- 2.1 La sanzione pecuniaria 65
- 2.2 Le sanzioni interdittive 69
- 2.3 Le altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca 79
3. Il meccanismo di imputazione della responsabilità. Soggetti apicali o sottoposti nell'interesse o a vantaggio dell'ente 87
4. I modelli organizzativi 97
5. L'estensione agli illeciti colposi: la rivoluzione (?) della legge 123/07 e il decreto legislativo 121/11 104
- 5.1 La difficile definizione dei concetti di interesse e vantaggio negli illeciti di natura colposa 109

CAPITOLO III UNO SGUARDO AI PAESI DI COMMON LAW: UN POSSIBILE AIUTO DAGLI "INVENTORI"? 117

1. Analisi comparatistica: premessa 118
2. Gli Stati Uniti d'America: considerazioni culturali e sistematiche 120
- 2.1 Da Blackstone al 1909 121
- 2.2 New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States 129
- 2.3 La ricostruzione della responsabilità nell'orientamento maggioritario della giurisprudenza 131
- 2.4 Il Model Penal Code del 1962 138
- 2.5 Un tentativo giurisprudenziale di dar forma alla colpevolezza: la *mens rea* della persona giuridica tra *ratification* e *collective knowledge* 144

2.6	L'opzione delle Federal Sentencing Guidelines del 1991	150
2.7	I recenti emendamenti	156
2.8	I prosecution agreement	160
2.9	Ulteriori considerazioni in tema di colpevolezza	170
3.	Il sistema inglese	179
3.1	La vicarious liability	181
3.2	La identification theory	185
3.3	Diversi sistemi di attribuzione della responsabilità: <i>hybrid offence</i> , <i>aggregated liability</i> ed il caso <i>Meridian</i>	192
3.4	Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 & Bribery Act 2010	197
4.	La responsabilità delle persone giuridiche in Australia	209
4.1	L'influenza inglese: l'impostazione tradizionale e i primi segnali di cambiamento	212
4.2	L'Accountability Model di Fisse e Braithwaite	220
4.3	Le previsioni del Criminal Code Act 1995 (Cht) e la "corporate culture"	227
4.4	Alcune considerazioni critiche	235
CAPITOLO IV ALLA RICERCA DELLA COLPEVOLEZZA NEL D.LGS. 231/2001. COERENZA DOGMATICA ED ESIGENZE PRATICHE.....		247
1.	La peculiare responsabilità introdotta dal D.Lgs 231/2001: quale la vera natura?	247
1.1	Implicazioni	259
2.	Profili critici nella trasposizione dell'elemento della colpevolezza dalla persona fisica alla persona giuridica	274
2.1	Esiste un dolo della persona giuridica?	281
2.2	La colpa di organizzazione: profili generali	288
3.	La colpevolezza ex D.Lgs. 231/01: il caso dell'ente privo di modelli organizzativi.	295
4.	La colpevolezza dell'ente dotato di modelli di organizzazione, gestione e controllo	306
4.1	Il particolare caso dell'art 6, comma V, e il vantaggio dell'ente	317
BIBLIOGRAFIA.....		325
GIURISPRUDENZA.....		346
RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS.....		352

CAPITOLO I

PROFILI GENERALI DELLA CRIMINALITÀ MODERNA

SOMMARIO: 1. DALLE AGGRESSIONI AI BENI CLASSICI ALLA CRIMINALITÀ MODERNA – 2. *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*: UN LUNGO IMMOBILISMO – 2.1 IL COSTO SOCIALE DI UNA MANCATA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE – 3. IL DIRITTO PENALE MODERNO: *SOCIETAS PUNIRI POTEST*

1. Dalle aggressioni ai beni classici alla criminalità moderna: la criminalità d'impresa.

Il fenomeno dell'evoluzione tecnologica da sempre si presta ad essere osservato secondo due angolazioni differenti. Difficile negare infatti come ogni scoperta di una certa qual rilevanza per l'umanità si presenti suscettibile di applicazioni ambivalenti: è la storia ad aver insegnato che le grandi scoperte possono portare ad invenzioni finalizzate al progresso ed al benessere comune, ma come allo stesso modo esse possano essere traghettate verso mete potenzialmente distruttive dell'umanità stessa. Un prospettiva di per sé preoccupante, aggravata dal fatto che le stesse applicazioni – che potremo definire “positive” – richiedono una costante attenzione, stante che ancora una volta sono gli

stessi fatti storici (più o meno recenti) a dar prova che l'uomo non può permettersi di abbandonare la tecnologia a sé stessa.

Un esempio su tutti (ve ne sono molti) è sufficiente per inquadrare i termini della questione: la scoperta dell'atomo. Una vera e propria rivoluzione che da un lato ha portato alla creazione di un nuovo modo di produzione dell'energia permettendo applicazioni fino a qualche decennio prima neppure immaginabili; dall'altro quella stessa tecnologia è stata alla base delle bombe atomiche sganciate su Hiroshima e Nagasaki, ed ancora il "malgoverno" della stessa ha portato alle tragedie di Chernobyl e di Fukushima.

È lecito domandarsi che senso possa avere evocare simili scenari nel contesto di una riflessione incentrata sulla criminalità d'impresa, concetto che nell'immaginario comune evoca situazioni ben differenti. Ebbene, la riflessione si legittima su un duplice fronte: da una parte non va dimenticato che l'impresa moderna, o meglio, il concetto moderno di fare impresa, in particolare quando assuma la forma societaria, costituisce di per sé un'innovazione, ed in quanto tale si presta ad essere analizzata alla luce della dicotomia sopra descritta.

Si permetta il riferimento a due citazioni "eccellenti" che ne descrivono appieno la duplice veste. L'aspetto

positivo dell'impresa viene magistralmente esaltato nell'elogio della società per azioni da parte di Alberto Pirelli nel corso di un'assemblea degli azionisti:

«essa concilia infatti la concentrazione del comando in poche mani con la partecipazione volontaria ed estesissima di larghe categorie alla formazione del capitale ed ai benefici dell'impresa: essa è aperta, più di qualsiasi altra forma, al controllo dell'opinione pubblica e, come tale portata naturalmente a conciliare gli interessi particolari con gli interessi collettivi; essa sta creando un tipo di dirigenti che concili lo spirito di iniziativa e la forza di comando con un vigile senso di responsabilità verso il Paese, verso i risparmiatori che loro affidano il denaro da amministrare e verso i propri collaboratori, siano impiegati, siano operai. Solo così si può sfruttare al meglio il valore individuale nell'interesse generale»¹.

A tale dichiarazione fa da contraltare il pensiero di Marx che,

¹ Cfr. L. VILLARI, *Il capitalismo italiano nel Novecento*, Bari (1993), p 83.

in altro contesto e secondo una prospettiva diametralmente opposta, mette a nudo il lato più crudo dell'evoluzione economica:

«L'accumulazione del capitale aumenta la divisione del lavoro, la divisione del lavoro aumenta il numero degli operai, e reciprocamente, il numero degli operai aumenta l'accumulazione dei capitali. Con questa divisione del lavoro da un lato e con l'accumulazione dei capitali dall'altro, l'operaio dipende in modo sempre più netto dal lavoro, e da un lavoro determinato, molto unilaterale e meccanico. E quindi, come egli viene abbassato spiritualmente e fisicamente al livello della macchina e trasformato da un uomo in una attività astratta e in un ventre, così si trova in condizioni di sempre maggior dipendenza da tutte le oscillazioni del prezzo del mercato, dell'impiego dei capitali e del capriccio dei ricchi. Questa situazione dell'operaio tocca il suo punto culminante

nell'industria»².

Istanze contrapposte e tuttavia entrambe riscontrabili anche in seno all'Assemblea Costituente, che all'art 41 della Carta costituzionale ha sancito sì in maniera espressa la libertà (e dunque la positività) dell'iniziativa economica, ma si è altrettanto preoccupata di esplicitarne gli invalicabili confini della sicurezza, della libertà e della dignità umana per il suo esercizio.

Il secondo fattore che legittima la riflessione è dato dalla trasformazione sostanziale cui il "diritto penale dell'economia" è andato incontro: se fino ai primi anni Settanta la locuzione valeva ad individuare un insieme ben definito di argomenti, che poggiava sui pilastri fondamentali dei reati fallimentari e di quelli societari, lo studioso oggi deve misurarsi con una realtà ben diversa.

Il moderno diritto penale dell'impresa presenta confini tutt'altro che precisi a causa di un proliferare disordinato e disomogeneo di interventi normativi che hanno introdotto "un coacervo di fattispecie poste a presidio di passaggi cruciali della nuova regolamentazione introdotta dalle numerose

² K. MARX, *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, trad. it. a cura di N. BOBBIO, Torino (2004), p. 12.

innovazioni sul versante civilistico”³; al suo interno sono presenti discipline assai eterogenee tra loro ed il cui tecnicismo implica che sempre più spesso l’interprete (e non da ultimo il Magistrato investito dell’arduo compito di prendere decisioni in punto di responsabilità) debba ricorrere all’aiuto di soggetti terzi dotati di specifiche conoscenze in materia.

Anche dare una definizione stessa della materia appare operazione non semplice, tanto che la stessa dottrina per definirne il contenuto ricorre a formule assai ampie, sostenendo che vi rientrino “tutti quei reati che attengono, oggettivamente e soggettivamente, a fatti ed interessi economici”⁴.

Trasformazione ed espansione che, lungi dall’essere giunte ad un punto di stasi, sono tutt’ora in essere e mal si prestano ad essere incanalate in procedimenti legislativi razionali da parte dei legislatori, con buona pace del principio di certezza del diritto.

Non è questa la sede per un’analisi di tale fenomeno che possa anche solo lontanamente avanzare pretese di

³ A. ALESSANDRI, *Parte Generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell’impresa – Parte generale e Reati fallimentari*, Bologna (2003), p. 4.

⁴ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, Milano (2008), p. 8. Lo stesso Autore afferma come la definizione data non possa essere intesa come indice di oggettività giuridica a causa dello scarso potere selettivo del concetto di economia.

completezza⁵, ci si limiterà semplicemente a constatare come negli ordinamenti moderni la linea di intervento si sia essenzialmente orientata secondo tre direttici.

Un primo tipo d'interventi, i cui effetti si possono apprezzare guardando all'espansione (divenuta in alcuni casi "elefantiasi") legislativa, è stato quello di aver allargato l'oggetto delle situazioni protette dal diritto penale includendovi dei beni giuridici nuovi, dando il via ad un particolare fenomeno per il quale autorevole dottrina ha proposto la fortunata locuzione di "oscuramento del bene giuridico"⁶.

La "novità" di tali beni giuridici (detti intermedi o funzionali) risiede nella profonda diversità che emerge dal confronto tra gli stessi con quelli tradizionalmente protetti dal diritto penale classico (identificati ora come beni giuridici "finali").

Numerosi contributi dottrinali si sono soffermati sul punto e hanno messo in luce questo profilo di criticità dal

⁵ Elemento di ulteriore complicazione per l'analisi del processo di trasformazione è dato dal fatto che i diversi settori che compongono il diritto penale dell'impresa si sviluppano secondo velocità diverse. Sul punto si veda G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988, p. 424 ss.

⁶ K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1980, p. 50 ss., per la dottrina italiana F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1992, p. 453 ss.

quale il “nuovo diritto penale” era (ed è tutt’ora) afflitto; rinunciando in questa sede a ricostruire all’interno di questo lavoro anche solo i passaggi fondamentali del problema della crisi del bene giuridico, ci si limiterà pertanto a ricordare che, secondo la teoria classica, il bene giuridico svolge il compito *in primis* di stabilire se un determinato illecito possa o meno assumere rilevanza penale, ed in secondo luogo come la tutela debba esprimersi. Perché tale operazione vada a buon fine, il primo passo da compiere è quello di individuare in maniera corretta “il bene che rappresenta l’oggetto giuridico della norma da sanzionare”⁷. Appaiono tuttavia evidenti le difficoltà di procedere in tal senso quando ci si cali nel mondo dell’economia, ove si ha a che fare non con “beni giuridici in senso tradizionale, ma [con] obiettivi di organizzazioni politiche, sociali ed economiche”⁸, cioè con tutela di funzioni, e non di vittime.

Il concetto che si intende esprimere è che a causa della complessità e dei pericoli sottostanti ai fenomeni che le diverse normative di settore hanno tentato e tentano di disciplinare, le fattispecie sanzionatorie man mano introdotte sono intervenute a censurare sempre più spesso condotte che in sé e per sé considerate non appaiono offensive

⁷ T. PADOVANI, *Tutela penale e tutela di funzioni*, in *Cassazione penale n°3/1987*, p. 672.

⁸ W. HASSAMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene n°1/1984*, p. 110.

secondo i tradizionali canoni penalistici per diverse ragioni.

Si può infatti notare come in alcuni casi, vengano sottoposte a sanzione penale condotte che possono occorrere all'interno di processi produttivi e che di per sé considerate difettano di una reale capacità offensiva, che invece emerge solo in seguito a una seriale ripetizione nel tempo della stessa⁹.

Valga su tutti l'esempio della legislazione in campo ambientale in materia di scarichi, ove è prevista una sanzione di tipo criminale a fronte della presenza di talune sostanze oltre una determinata quantità nelle acque reflue. Il singolo episodio di emissione, che è oggetto del divieto e della sanzione, difficilmente può dirsi in grado di offendere in maniera apprezzabile il bene giuridico finale ambiente, soprattutto nei casi in cui il superamento del valore previsto dai tabellari sia minimo. La lesione vera e propria del bene giuridico si ha infatti solo quale conseguenza finale di una sommatoria di condotte inoffensive, *rectius*, la cui dannosità non è apprezzabile nel caso singolo.

In altri casi, si guardi alle norme che proibiscono l'estrazione, l'importazione, l'esportazione, la

⁹ Per una trattazione completa sul punto si rimanda ad A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 22 ss. nonché a C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano (1979), p. 17 ss.

commercializzazione e la produzione di amianto¹⁰, l'intervento penalistico viene anticipato sanzionando situazioni che, ancora una volta, di per sé sono inoffensive (se considerate in relazione a certe patologie), ma preludono a serie lesioni di beni giuridici anche nell'ipotesi di una singola esposizione alla fonte di pericolo.

Con estrema semplificazione, si può sostenere che i legislatori moderni, dovendo far fronte al compito di regolamentare attività d'impresa estremamente complesse e pericolose – e tuttavia divenute di fondamentale importanza per l'intero tessuto economico – si siano dovuti arrendere alla constatazione che la tutela penalistica secondo l'impostazione "classica" non avrebbe portato a risultati soddisfacenti.

L'attivazione della sanzione nel momento di una apprezzabile lesione del bene giuridico finale, come una rigorosa interpretazione del principio di offensività vorrebbe¹¹, risulta del tutto inadeguata nel settore dell'economia poiché gli interessi in gioco sono troppo elevati; senza considerare

¹⁰ Si veda in particolare la legge 27 marzo 1992, n°257 – Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto. Per una trattazione della materia si rimanda a A. DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Milano (2003).

¹¹ Sulla rilevanza costituzionale del principio di offensività quale vincolo per il legislatore si vedano i riferimenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano (2009), p. 7.

che un intervento riparatorio *ex post* non sempre è possibile, e se lo è ha costi – non solamente economici – estremamente elevati.

È stato dunque proprio l'evolversi della criminalità d'impresa, intesa nella sua accezione ampia, e cioè come l'insieme dei comportamenti illeciti che gravitano attorno al mondo economico e di cui l'impresa è a vario titolo causa, a richiedere nuove tecniche di tutela, con la conseguenza, dal punto di vista del modello sanzionatorio, di una (pesante e tuttavia obbligata) rinuncia del modello "classico" a favore di un modello "ingiunzionale".

La seconda linea d'intervento in materia è data dal ricorso alla sanzione amministrativa in luogo di quella penale. Il vantaggio di tale opzione è ovviamente dato dalla tendenziale rapidità e duttilità della prima rispetto alla seconda. Il vantaggio è altresì dato dal fatto che l'irrogazione è (tendenzialmente) affidata ad agenzie indipendenti specificamente istituite per la regolamentazione del settore e dunque presumibilmente più qualificate rispetto al magistrato penale, al quale non può essere ragionevolmente richiesto di essere un esperto in qualsiasi campo del diritto.

Sull'altro piatto della bilancia, il prezzo da pagare a fronte di tale risparmio di tempo ai fini dell'applicazione di una sanzione è dato innanzitutto dal minore livello di garanzie

CAPITOLO I

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

offerte contro una sanzione amministrativa; in secondo luogo non può non tenersi in considerazione la rinuncia allo stigma proprio delle sanzioni criminali.

Nell'ordinamento italiano tale strumento, al quale si è fatto ricorso in maniera non sempre ossequiosa dei criteri previsti alla circolare del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 1983¹², è stato ampiamente utilizzato proprio per la rapidità che gli è propria, arrivando a fungere, come nel caso degli abusi di mercato, da mera anticipazione della stessa sanzione penale che in un secondo momento sarà applicata dal giudice penale¹³.

¹² Pubblicata nel *Supplemento Ordinario della Gazzetta Ufficiale* 23 gennaio 1984, n°22; disponibile anche in *Cassazione penale* n°3-4/1984, p. 640 e in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°1/1984, p. 344. Il provvedimento, non dotato di forza cogente essendo una mera circolare ministeriale, illustra i criteri ai quali il legislatore ancor oggi dovrebbe ispirarsi (essenzialmente rimandando ai principi di proporzionalità e sussidiarietà) nello scegliere quali fatti sottoporre a sanzione amministrativa e quali a sanzione penale.

¹³ Il riferimento è ovviamente all'art. 187-terdecies D.Lgs 58/98 che testualmente prevede che «Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa ». Il distacco dai criteri previsti dalla circolare ministeriale appare *ictu oculi*; il profilo non è sfuggito alla migliore dottrina, che, svolgendo una attenta riflessione sul quadro generale sul quale era andata ad intervenire la Legge comunitaria del 2004, appalesava un fermo disappunto, notando come l'insieme delle disposizioni sanzionatorie apparisse "improvvisato, nel nome di una reazione repressiva quanto più energica possibile, confidando che mettendo, in una sorta di competizione sanzione penale e amministrativa, almeno una delle due riesca a giungere al traguardo!". Così A.

La terza linea di intervento, infine, è stata quella di ampliare il novero dei soggetti destinatari dei precetti penalistici: gli enti, ed in particolare le società, cessano di essere considerati meri “strumenti” dei quali si servono le persone fisiche per assumere una personalità propria. E ciò non solo in campo civile, ma appunto anche in ambito penale. Una trasformazione dell’ente che, come meglio si vedrà nel paragrafo seguente, per affermarsi ha dovuto vincere molte resistenze, particolarmente nell’ordinamento italiano.

ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/2005, p. 555.

CAPITOLO I

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

2. Societas delinquere non potest: un lungo immobilismo

La previsione di una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche è un fenomeno che si è sviluppato in tempi e forme diverse nei vari ordinamenti giuridici del globo. Le considerazioni che ci si appresta a svolgere si concentreranno su una breve ricostruzione storica del principio per poi focalizzarsi su quanto accaduto all'interno dell'ordinamento italiano. Sarà necessario, per questo paragrafo come per i successivi, qualche cenno ad altri ordinamenti, per la trattazione più approfondita dei quali si rinvia da subito al capitolo III.

Vale innanzitutto la pena di considerare come l'interesse alla tematica della responsabilità penale delle persone giuridiche non si sia manifestato in un solo momento storico, bensì come la stessa sia emersa in diverse occasioni, tanto da potersi quasi parlare di "ritorni ciclici di interesse per la questione"¹⁴, che non a caso hanno coinciso con momenti

¹⁴ A. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano (1984), p. 12. Riservando per il prosieguo una più ampia trattazione del contributo di Bricola sulla riflessione in merito alla responsabilità penale delle società, basti per ora considerare come la "ciclicità" venga più volte sottolineata all'interno del fondamentale saggio F. BRICOLA, *Il costo del*

di particolare importanza per l'evoluzione economica.

In vero, il problema della responsabilità di entità diverse dalle persone fisiche non assume grande rilievo nell'antica Roma, difettandosi in tale ordinamento di terminologie tecniche valide ad esprimere i concetti di "soggetto" e "capacità giuridica". Difficile ricomprendere tali significati in termini quali *homo* o *caput*, nemmeno il ricorso al vocabolo *persona* appare utile a tale scopo. La parola è infatti dapprima utilizzata per indicare la maschera teatrale e solo in un momento successivo varrà ad indicare il concetto di essere umano in ogni sua condizione¹⁵.

Si intenda, ciò non è di ostacolo al riconoscimento di capacità di diritto privato ad un soggetto "non umano" – che per esempio si riscontra nella costituzione dei *municipia* – ma a questo non corrisponde alcun tipo di responsabilità di tipo stampo punitivo. Proprio perché il dolo è caratteristica propria delle sole persone fisiche, non è ipotizzabile che questo sussista in capo ad entità astratte "incapaci di volontà e di

principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1970, p. 952. Prima ancora il profilo fu considerato da W. SETLER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg (1967), p. 5 ss.

¹⁵ Cfr. R. ORESTANO, "Persona" e "Persone giuridiche" nell'età moderna, in ID, *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche: Scienza del diritto e storia*, Bologna (1978), p. 193 ss.

azione”:¹⁶ *quid enim municipales dolo facere possunt?*¹⁷ Più semplicemente: *societas delinquere non potest*.

Forme di responsabilità penale “collettiva” si riscontrano invece in epoca medioevale. Sarebbe tuttavia errato ricondurre al brocardo “*universitas delinquere potest*” il primo momento nel quale venne riconosciuta una responsabilità penale degli enti, e ciò perché “non si giunse mai a quel più avanzato traguardo, costituito dal riconoscimento dell’*universitas* come soggetto giuridico aggiuntivo rispetto ai soggetti giuridici che la compongono.”¹⁸ L’elaborazione dottrinale del tempo non aveva intaccato il dogma tale per cui solo le persone fisiche potessero delinquere, ma aveva invece affermato che poteva essere fonte di responsabilità penale l’appartenenza all’*universitas* senza necessità di partecipazione “personale” all’illecito da parte del singolo.

Nella stessa dottrina del periodo la posizione dei canonisti era orientata nel senso opposto, e cioè di escludere la possibilità di muovere un rimprovero nei confronti di soggetti collettivi. Oggetto della questione era l’applicazione

¹⁶ C. CORSONELLO, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Rivista Penale*, n°3/1927, p. 435.

¹⁷ L’espressione si rinviene in un frammento di Ulpiano riportato nel quarto libro del Digesto, terzo titolo del *De dolo malo*.

¹⁸ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano (1999), Vol. III, p. 79.

della scomunica agli enti collettivi e la relativa preoccupazione di coinvolgere nella punizione del fatto commesso dei singoli (fatto inteso come “peccato”) le corporazioni civili e mercantili. Papa Innocenzo IV per sostenere tale posizione pone l’accento sulla artificialità di tali enti: la corporazione è “*persona ficta*” che non può in alcun modo esprimere una volontà autonoma, e per ciò nemmeno peccare.

Diverso il punto di vista del grande giurista trecentesco Bartolo da Sassoferrato, secondo il quale la non esistenza sul piano naturalistico-materiale del soggetto collettivo, la sua natura puramente giuridica e la mancanza di materialità e “spiritualità” non sarebbero state preclusive, da un punto di vista astratto, alla possibilità di essere soggetto attivo di attività criminose¹⁹. Per far ciò occorre passare attraverso un’operazione analogica che prenda come termine di paragone la persona fisica, all’esito del quale “*universitas potest delinquere, et contra eam potest procedendi*”²⁰.

L’impostazione di Innocenzo IV appare dunque totalmente stravolta, al punto che si ammette che attraverso

¹⁹ Più approfonditamente sul punto si veda G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* n°4/2003, p. 941 ss.

²⁰ Si veda altresì A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criterio di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* n°1-2/2005, p. 1 ss.

una *fictio* dottrinale, la corporazione, non intesa come sommatoria dei soggetti ad essa aderenti, ma considerata proprio in quanto tale possa anche delinquere.

L'evoluzione che tocca l'apice nella Francia del 1670 con la *Ordonnance Criminelle* di Luigi XIV, provvedimento che dedica un'intera sezione (il titolo XXI) alle persone giuridiche, alle quali vanno applicate le pene previste secondo la specifica disciplina processuale ivi prevista.

L'occasione di affermare ancora una volta il principio per cui *societas delinquere non potest* è però molto vicina: il cammino della responsabilità penale degli enti registra una battuta d'arresto in concomitanza con la rivoluzione francese prima e con l'affermarsi del pensiero degli illuministi. Ciò sotto un duplice profilo: da un lato la rivoluzione determinò con il decreto del giugno 1791 "*anèantissement des corporations*", ovvero l'eliminazione delle persone giuridiche, considerate come foriere dei privilegi delle classi dominanti; dall'altro l'Illuminismo pose l'uomo al centro del mondo e della riflessione, comportando inevitabilmente un oscuramento della generalità dei problemi attinenti la dimensione delle persone giuridiche.

Mettendo per ora in disparte l'esperienza dei paesi di *Common law*, che, al contrario, si è dimostrata assolutamente più predisposta all'accoglimento del principio della

responsabilità penale delle persone giuridiche, non sorprende certo l'impostazione individualistica e antropomorfa alla base del diritto penale italiano, al cui centro, come sostenuto da un Maestro, vi è la persona umana²¹.

In Italia il coinvolgimento dell'ente nel fatto di reato è stato inizialmente pensato sul piano di una responsabilità indiretta di carattere essenzialmente civilistico, all'interno di un sistema – è bene ricordarlo – al cui interno l'illecito civile conosce unicamente una dimensione risarcitoria e non punitiva²². Secondo il dettato dell'art 185, comma II, del

²¹ Cfr. M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1956, p. 422 per il quale appunto "la persona umana è al centro del diritto penale". In tal senso si vedano anche C. E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°4/1996, p. 1173 ss; C. PIERGALLINI, *Societas deliquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°3/2002, p. 571 ss. che per descrivere la difficoltà del superamento di tale dogma non esita a definire tale ostacolo come una "Maginot ideologica". Più recentemente, sempre a favore di un'impostazione di tipo antropomorfo del diritto penale, si veda G. AMARELLI, *op. cit.*, p. 983 ss.

²² La dimensione punitiva è invece presente negli ordinamenti che prevedono i cd "punitive damages", in forza dei quali al danneggiato, qualora provi che il danneggiante ha agito con dolo o colpa grave (*malice / gross negligence*) oltre alla somma a titolo di risarcimento ne viene riconosciuta un'ulteriore la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice. L'istituto, nato in Inghilterra e sviluppatosi soprattutto negli Stati Uniti, è praticamente sconosciuto nei paesi di *Civil law* (costituiscono eccezioni in tal senso Polonia, Norvegia e Brasile). La Corte di Cassazione nel 2007, pronunciandosi su un ricorso che avverso la mancata deliberazione di una sentenza straniera da parte della Corte d'Appello di Venezia, ha fermamente negato che nell'ordinamento italiano non vi possa essere spazio per tale istituto che appare in contrasto con

Codice Rocco (disposizione che ad oggi non ha subito alcuna modifica dal momento della sua introduzione), “ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

È bene notare come tale disposizione, per individuare i soggetti tenuti a rispondere in via civilistica del fatto di reato sia utilizzato il termine “persone”, scelta lessicale quindi che permette di comprendere al suo interno sia le persone fisiche, sia le persone giuridiche. Di rilevante importanza appare dunque l’art 2049 c.c., che sancendo la responsabilità (appunto civile) di padroni e committenti per i danni arrecati dai fatti illeciti posti in essere da domestici e commessi nell’esercizio delle incombenze cui gli stessi sono adibiti.

Si colloca sul piano civilistico anche la previsione contenuta nell’art 197 c.p., che pone a carico degli enti forniti di personalità giuridica un’obbligazione di pagamento di una somma pari all’ammontare della multa o dell’ammenda inflitta al soggetto che di essi abbia la rappresentanza ovvero l’amministrazione o ancora che abbia con essi un rapporto di dipendenza, per aver posto in essere un reato che costituisca violazione degli obblighi riconnessi a tale qualità ovvero che

l’ordine pubblico italiano (*Cass. Civ., Sez. III, sent. 19 gennaio 2007, n°1183*).

lo abbia commesso nell'interesse della persona giuridica. La particolarità della disposizione (che peraltro non si applica allo Stato ed agli altri Enti territoriali) è la natura sussidiaria dell'obbligo che essa prevede: l'ente è cioè tenuto al pagamento se e solamente se il condannato risulti inadempiente.

Vale la pena di osservare come non vi siano stati tentativi di sostenere che tale disposizione potesse essere utilizzata quale "grimaldello" per il superamento dell'irresponsabilità penale degli enti collettivi: anche la dottrina dichiaratamente a favore dell'introduzione di una riforma in tal senso constatava al contempo la netta distanza tra quanto previsto dall'art 197 c.p. e "un modello di corresponsabilizzazione diretta nella persona giuridica che funga da pressione in termini intimidativi sulle scelte economiche o gestionali dell'impresa"²³. Il modello di responsabilità sposato nell'istituto in questione è stata attribuita natura "schiettamente oggettiva, fondata sul mero collegamento fra autore del fatto ed ente"²⁴.

La visione antropomorfica del diritto penale nel

²³ C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 1186; esclude che l'istituto possa configurare una responsabilità diretta della persona giuridica, seppur sostenendo che il meccanismo ivi previsto in qualche modo tenda ad aggirare il dogma del *societas delinquere non potest*, E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3-4/1972, p. 426.

²⁴ A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 108.

contesto italiano ha sempre trovato forti argomenti nella lettura in chiave costituzionale²⁵ dei concetti fondamentali del diritto penale: azione, colpevolezza e capacità di pena²⁶.

Innanzitutto viene negata la possibilità, sul piano fisico prima ancora che su quello giuridico, che persona giuridica possa compiere azioni. Se infatti con tale concetto si intende uno spostamento volontario nello spazio e nel tempo di un corpo umano o di una parte di esso, deve escludersi in maniera categorica la possibilità di annoverare tra i destinatari della sanzione penale “soggetti artificiali creati per semplice finzione”²⁷ quali gli enti: le cui sorti di questi sono sempre totalmente riconducibili alla volontà di una o più entità umane.

Alle persone giuridiche viene riconosciuta una soggettività “perennemente dimezzata”²⁸ che permette alle

²⁵ Occorre notare come le resistenze all'introduzione della responsabilità penale degli enti fossero particolarmente forti nell'ordinamento italiano poiché solo in questo, diversamente da altri nel contesto internazionale, ci si è dovuti misurare con problemi di compatibilità costituzionale. Cfr. F. BRICOLA, *op. cit.*, pp. 1000-1001.

²⁶ Si veda K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1995, p. 624.

²⁷ A. FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano (1981), p. 149.

²⁸ A. FALZEA, *ibidem*. L'impostazione presuppone chiaramente che l'esistenza della persona giuridica vada ricostruita così come previsto dalla Scuola storica tedesca ed in particolare dalla “teoria della finzione” riconducibile a von Savigny. Si tornerà sul tema nei capitoli III e IV, ai quali si rimanda.

stesse di essere centri di imputazione esclusivamente da un punto di vista passivo.

Facile dunque, per i sostenitori di questa impostazione, trovare appiglio nel dettato costituzionale dell'art 27, ove lo stesso sancisce il carattere "personale" della responsabilità penale, che per lungo tempo è stato considerato quale ostacolo principale ed "insormontabile" ai fini della responsabilità penale delle persone giuridiche²⁹.

È ben noto come la disposizione abbia quale contenuto minimo il divieto di responsabilità per il fatto commesso da un terzo: applicare alla persona giuridica una sanzione materialmente commessa da (diversa) una persona fisica, quand'anche rivestisse una posizione di rappresentanza all'interno della struttura organizzata, altro non significherebbe che violare il disposto del dettato costituzionale poiché l'ente subirebbe personalmente conseguenze pregiudizievoli (evidentemente in termini economici) di azioni negative compiute da altri.

Ma la violazione del divieto di responsabilità per il fatto altrui sarebbe apprezzabile sotto ulteriori prospettive. Una prima, di stampo più pratico, guarda agli effetti concreti della

²⁹ L'espressione è riportata da F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 955. Per una trattazione completa sul carattere di personalità della responsabilità penale si rimanda ad A. ALESSANDRI, *Sub Articolo 27, 1° comma Costituzione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna (1991), vol. Rapporti civili, p. 154 ss.

applicazione di una misura punitiva alla persona giuridica, in particolare quando la stessa si indirizzi nei confronti di una società: la ripercussione è ovviamente sulla collettività dei soci. Particolarmente odioso risulterebbe il pregiudizio dei soci incolpevoli, individuati essenzialmente negli azionisti di minoranza che si limitano a partecipare al capitale sociale senza poter intervenire nelle scelte prese dall'organo gestorio, diretta espressione dei soci di maggioranza.

Lineare pertanto la conclusione dell'Antolisei che senza mezzi termini respinge l'idea di una responsabilità punitiva delle società, evidenziandone la dannosità, "perché finisce con l'incidere su tutti i soci, sugli innocenti e sui rei ugualmente, sui capi e sui gregari, sui furbi e sugli ingenui"³⁰.

Un secondo e diverso punto di vista, contiguo a quello appena illustrato, guarda ai casi nei quali nei quali l'agente rivesta il ruolo di organo dell'ente e fa leva su un argomento di tipo processuale, ovvero il principio del *ne bis in idem*. Inevitabilmente estendere l'applicazione di sanzioni anche all'ente collettivo si tradurrebbe in una duplice punizione a carico della persona fisica: la prima è ovviamente quella inflittagli direttamente per la commissione del fatto di reato, la seconda deriverebbe proprio dalle ripercussioni derivanti

³⁰ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano (2000), p. 599.

“anche nei suoi confronti come membro della *societas*”³¹.

Ruota sempre attorno all’art 27, comma I, Cost. il secondo insieme di argomenti addotti dalla concezione antropomorfica per affermare l’impossibilità concettuale di muovere un rimprovero di colpevolezza all’ente.

Nello specifico, ci si riferisce allo stesso nella sua accezione ampia, ovvero nella sua funzione di appiglio costituzionale al principio di *nulla poena sine culpa*, esplicitato in due celebri sentenze della Corte costituzionale del 1988³².

³¹ C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 576.

³² *Corte cost.*, sent. 24 marzo 1988, n°364 (*Gazzetta Ufficiale*, 31 marzo 1988, n°13) e *Corte cost.*, sent. 13 dicembre 1988, n°1085 (*Gazzetta Ufficiale*, 21 dicembre 1988, n°51), sul contenuto e sul significato delle stesse si tornerà all’interno del capitolo IV. Per un commento alle pronuncia si vedano G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Il Foro italiano* 1988, V, c. 1385; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1988, p. 686 ss.; T. PADOVANI, *L’ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d’incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*, in *Legislazione Penale* n°3/1988, p. 449 ss. È bene ricordare che con la prima delle due sentenze, quella sull’art 5 c.p., non ha affermato che l’art 27 imponesse un divieto assoluto di responsabilità oggettiva, ma che il rispetto del parametro costituzionale richiedesse che “gli elementi più significativi della fattispecie” fossero coperti almeno dalla colpa dell’agente; solo con la successiva sentenza sul furto d’uso la Consulta ha esteso tale principio a “tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie”. Proprio sulla base di quest’ultima pronuncia si basa la recente *Corte cost.*, sent. 24 luglio 2007, n°322 (*Gazzetta Ufficiale* 1 agosto 2007, n°30) in tema errore sull’età della persona offesa nei delitti sessuali. Sul punto si rimanda a L. RISICATO, *L’errore sull’età tra error facti ed error iuris: una decisione “timida” o “storica” della Corte costituzionale?*, in *Diritto Penale e Processo* n°11/2007, p. 1461 ss.

Ma ancor prima della necessità che il rimprovero penale contempra “almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica”, viene sottolineata la pre-condizione dell’esistenza di “un insieme di fattori fisiopsichici”³³ di cui sono dotate esclusivamente le persone fisiche.

In altri termini, la figura del reo richiede la capacità grado di stabilire un legame psicologico tra sé ed il fatto di reato, perché solo così si raggiungerebbe il duplice obiettivo di preservare “l’impronta etica”³⁴ del diritto penale e di evitare “pericoli di annacquamento”³⁵ della disposizione costituzionale che meccanismi di trasferimento dell’elemento psicologico dalla persona fisica a quella giuridica porterebbero inevitabilmente con sé.

Ancora una volta, il diritto penale è fatto per l’uomo ed è bene che ne rimanga l’unico destinatario: la stessa repressione di condotte dotate di una particolare carica negativa dal punto di vista “etico-sociale” avrebbe “il pregio di esaltare lo specifico della persona umana e quella libertà del

³³ M. ROMANO, *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1995, p. 1036.

³⁴ M. ROMANO, *Ibidem*, che metteva peraltro in evidenza come l’estensione della responsabilità penale alle persone giuridiche avrebbe stravolto da un punto di vista culturale l’illecito criminale, imboccando quindi una strada diversa da quella sollecitata e condivisa da più posizioni.

³⁵ A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 160.

singolo che sta alla base della sua personalità”³⁶.

Infine le obiezioni sull’incapacità dell’ente di essere destinatario di una pena propriamente intesa. Anche in questo caso il rilievo si presta ad essere analizzato sia sul piano fisico-naturalistico sia su quello più prettamente giuridico.

La prima prospettiva riprende la concezione espressa nei *Commentaries* di Balckstone secondo la quale le entità fittizie non avessero *body to kick* né *soul to damn*. Se una società, un’associazione, una fondazione, come qualsiasi altro ente collettivo ha dimensione puramente astratta, risulta impossibile sottoporlo a pena proprio perché è “incapace di patire le conseguenze dell’illecito penale”³⁷: ha veramente senso parlare di limitazione della libertà personale di fronte ad un ente?

La riflessione più interessante per il giurista si gioca però sul piano della funzione rieducativa che il comma III dell’art 27 Cost. attribuisce alla pena, che costituisce invero l’argomento di maggior spessore portato della teoria antropomorfica.

³⁶ M. ROMANO, *op. cit.*, p. 1037.

³⁷ P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Padova (1969), vol. I, p. 54. Per la dottrina anglosassone si rimanda a J. C. COFFEE Jr, “*No Soul To Damn, No Body To Kick*”: *An Unscandalised Inquiry Into The Problem Of Corporate Punishment*, 79 *Michigan Law Review* 386 (1981).

Il distacco tra funzione rieducativa della pena e persona giuridica appare così profondo che non a caso ha portato la dottrina a descriverne il rapporto in termini di “incompatibilità” determinata da “una diversità di codice genetico”.³⁸

Quel che viene indefettibilmente a mancare qualora si abbia la pretesa di applicare una sanzione con finalità specialpreventiva nei confronti di un ente collettivo è infatti quella “personalità sulla quale incidere”³⁹.

Difettando tale elemento, non è possibile operare un giudizio di tipo valutativo per il passato del destinatario della sanzione e tantomeno uno di tipo prognostico per quanto riguarda il futuro, non essendo idoneo il riferimento a concetti (invero assai vaghi) quali “politica di impresa” per supplire a tale mancanza⁴⁰.

³⁸ A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa*, cit., p. 59; opinione ribadita dallo stesso Autore in *Articolo 27, 1° comma, Costituzione*, op. cit., pp. 160-161. A seguito dell'introduzione della disciplina di cui al D.Lgs. 231/01 ha espresso dubbi sulla possibilità di classificare come penale *tout court* il tipo di responsabilità inserito proprio sul versante della sanzione: “è sicuro che il terzo comma [dell'art 27 Cost.] rivolga la sua attenzione *esclusiva* alla finalità di rieducare persone in carne ed ossa e precluda quindi “rieducazioni”, comunque intese, indirizzate a soggetti privi del substrato psicologico minimo per una riappropriazione dei valori della legalità”, ID, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano (2002), p. 36.

³⁹ A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁴⁰ Sul punto ancora A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa*, op. cit., pp. 59-60.

2.1 Il costo sociale di una mancata responsabilità delle persone giuridiche

Il sistema così delineato – e così rimasto fino ai primi anni Duemila – ha mostrato i propri limiti sotto diversi aspetti. Gli strumenti di coinvolgimento dell'ente nel fatto di reato si sono infatti dimostrati armi spuntate nel contrasto alla criminalità d'impresa: a partire dal risarcimento del danno, che le logiche della criminalità d'impresa, in un ordinamento assolutamente privo – fino al 2007 – di strumenti in grado di offrire una tutela collettiva⁴¹, hanno potuto agevolmente trasformare in una sorta di costo di produzione da spalmare su qualche posta di bilancio. E ciò, a ben notare, a discapito del consumatore finale, soggetto che effettivamente si trova a

⁴¹ L'istituto della cd "*class action*" è stato introdotto ad opera dell'art 2, comma 446 della legge 24 dicembre 2007, n°244, che ha inserito l'art 140-*bis* nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n°206 (Codice del consumo). La peculiare disciplina ivi prevista, successivamente modificata dall'art 49 della legge 23 luglio 2009, n°99, non ha valenza sanzionatoria, essendo la sua efficacia limitata al risarcimento del danno (anche nella dimensione non patrimoniale) subito da parte dei soli consumatori che abbiano preso parte alla azione collettiva. Per una disamina della disciplina si rimanda all'ampia letteratura sul punto. Per tutti AA.VV., *Class Action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia: atti del convegno*, (a cura del) Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano (2011); per un commento circa la scelta di strutturare l'istituto secondo il sistema di *opt-in* si veda C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corriere Giuridico* n°1/2008, p. 5 ss.

pagare il costo del rischio reato.

Nessuna riflessione dogmatica ha poi espresso la totale inadeguatezza dell'istituto del civilmente obbligato per la pena pecuniaria meglio di quanto non possa averlo fatto l'osservazione della stessa prassi giudiziaria. Nei rari casi in cui lo stesso ha trovato applicazione, non si è può non notare come gli importi irrogati a titolo di sanzione pecuniaria si siano rivelati assolutamente risibili al cospetto delle persone giuridiche, la cui dimensione patrimoniale nella maggior parte dei casi ha dimensioni tali da non percepire nemmeno minimamente il pregiudizio di un simile esborso.

Una prognosi di assoluta inadeguatezza era stata comunque ben preventivata dalla dottrina a seguito delle modifiche apportate alla norma da parte della legge 689/81: oltre al profilo quantitativo del costo economico della sanzione della quale l'ente sarebbe stato chiamato a soffrire, veniva messa in luce la scarsa lungimiranza nel prevedere l'attivazione del meccanismo di responsabilità solidale (con correlato diritto di regresso confronti dell'obbligato principale) in uno schema di responsabilità sussidiaria. A completare il non edificante quadro interveniva l'incapacità della norma a ricomprendere nel campo di applicazione le violazioni poste

in essere dai soggetti di fatto⁴². L'istituto ha dunque pacificamente meritato di essere definito "angusto e fallimentare"⁴³.

L'affermarsi di una società industriale anche nel contesto italiano ha fatto sì che negli anni Settanta dello scorso secolo maturassero i tempi (o, come visto, ritornassero) perché si aprisse un dialogo sull'opportunità di un serio intervento sul regime della responsabilità da reato degli enti che potesse in qualche modo porsi nel medesimo solco di quanto previsto ormai da tempo nei paesi di *Common law*. Su tutti emerge la voce di Franco Bricola, che nel 1970 pubblicava un saggio destinato a diventare vera e propria pietra miliare nel dibattito sulla responsabilità penale degli enti⁴⁴ e che con estrema lucidità constatava: "il potere economico è guidato da leggi che coincidono solo in parte e fin dove ad esso conviene con il diritto. (...) Il principio *societas delinquere non potest* non ha un valore ontologico ma è espressione della forza delle leggi del potere economico: ove questa non viene in gioco, il potere si

⁴² Si veda E. DOLCINI, Sub. Art. 6, in AA.VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale. (Legge 24 novembre 1981 n.689)"*, Milano (1982), p. 49; nello stesso senso A. ALESSANDRI, *Ibidem* che peraltro, in chiave costruttiva individua la "fecondità" astratta dello strumento a rispondere ai problemi posti dalla criminalità di impresa.

⁴³ Così A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, op. cit., p. 27.

⁴⁴ F. BRICOLA, op. cit., p. 951 ss.

sfalda”⁴⁵.

La riflessione del Professore di Bologna, che con estrema precisione fa il punto sullo stato della repressione del fenomeno criminale all’interno del sistema italiano ed estero, si inseriva infatti nello stesso solco di coloro che, sulla scorta della “scoperta empirica” di Sutherland⁴⁶, avevano preso atto delle intrinseche capacità criminogene dell’impresa e del costo sociale che appunto la scelta di mantenere tale principio comporta.

Sebbene la soluzione proposta non arrivasse a configurare una responsabilità penale *tout court* a carico delle società nell’interesse delle quali i vertici aziendali avessero

⁴⁵ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 1031.

⁴⁶ E. H. SUTHERLAND, *White collar crimes: the uncut version*, New Heaven (1983); Per la versione italiana, *Il crimine dei colletti bianchi, la versione integrale*, (a cura di) G. FORTI, Milano (1984). È ben noto il lavoro di Sutherland che, attraverso l’analisi delle pronunce di condanna riportare da settanta società di primaria importanza negli Stati Uniti d’America, dimostrò come la “criminalità da colletto bianco” non fosse affatto un fenomeno sporadico o occasionale, ma anzi facesse parte della quotidianità e del *background* culturale di numerose realtà economiche. Secondo la teoria delle associazioni differenziali, il crimine (da colletto bianco e non) viene appreso dai soggetti in virtù della maggioranza delle definizioni positive date allo stesso da parte dei soggetti che lo circondano. Deve tenersi presente tuttavia che l’analisi di Sutherland ha preso in considerazione non solo le pronunce di condanna rese da tribunali penali, ma anche decisioni rese in sede civile ed amministrativa. Scelta, questa, imposta dal fatto che il “privilegio degli affari” di cui godono i *white collars* agisce anche a livello di scelte sanzionatorie da parte dei legislatori, che, in virtù dell’appartenenza alla medesima classe sociale, riservano alle attività economiche un trattamento di favore, limitando al minimo le sanzioni di tipo penalistico, optando molto più spesso per sanzioni di tipo civilistico o amministrative.

compiuto determinati delitti,⁴⁷ optando invece per un sistema fondato sulle misure di sicurezza reali, il messaggio che ne traspariva fu assolutamente chiaro: davanti al fatto di reato era necessario coinvolgere l'ente in maniera più significativa e soprattutto in via diretta.

A prescindere dal tipo di rimedio che si scelga, penale o amministrativo, la responsabilità punitiva delle persone giuridiche appare uno strumento fondamentale proprio per le peculiarità proprie dei *corporate crimes*: ancora con estrema puntualità il saggio di Bricola non mancò di sottolineare come all'interno del fenomeno societario gli amministratori e direttori generali (oggi diremmo i soggetti apicali) potessero commettere una molteplicità di illeciti, ma tutti riconducibili a tre macro-classi: a) reati che costituiscono violazione di doveri incombenti al ruolo ricoperto o con abuso di poteri o di beni sociali a proprio vantaggio e a danno della società; b) reati realizzati a danno di terzi e a vantaggio, anche solo parziale, della società scaturenti da una iniziativa personale; c) reati posti in essere quale nell'esclusivo interesse della società e a danno di terzi che siano frutto di una politica di impresa⁴⁸.

⁴⁷ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 1012 "il principio, costituzionale o meno, *nulla poena sine culpa*, porta a scartare l'utilizzabilità della sanzione penale *stricto sensu* nei confronti delle società; utilizzabile è, per contro, lo strumento delle misure di sicurezza".

⁴⁸ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 1016.

È proprio la genesi del fenomeno criminale in un contesto organizzato a richiedere un tipo di risposta che non vada a colpire (solo) un singolo individuo. La differenza rispetto al reato “classico” risiede proprio nell’influenza che le regole di comportamento prodotte dalla stessa struttura organizzata giocano nella sua realizzazione.

La rinuncia ad un sistema punitivo delle persone giuridiche fa salve sì alcune esigenze dogmatiche, evitando che una sanzione ripercuota i suoi effetti su soggetti diversi dall’autore del fatto materiale, ma qual è il costo che si deve pagare per il mantenimento del dogma? Da un lato, quello di lasciare altri soggetti, le vittime di del reato, di fronte, per dirla con Gabrio Forti, all’immane concretezza del crimine, per di più alimentando una criminalità, quella appunto dei colletti bianchi, che ancora stenta ad essere qualificata come tale.

Dall’altro lato, si conceda l’espressione, “quello del colpevole” rinunciando ad una vera “razionalità sanzionatoria”⁴⁹: si colpisce (quando vi si riesce) un “bersaglio parziale”⁵⁰ (se non talvolta errato), il quale peraltro si deve far carico di responsabilità non proprie.

⁴⁹ A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 28.

⁵⁰ A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 29.

3. Il diritto penale moderno: *societas puniri potest*

Rimandando la più completa descrizione dell'*excursus* storico attraverso il quale si è superato l'ostacolo dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche al capitolo III, si ritiene in questa sede necessario tornare ancora una volta sulle istanze che hanno portato all'abbattimento dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche.

Le prime pronunce che riconoscono la possibilità di un rimprovero penale all'ente sono strettamente collegate ad un particolare momento storico, quello della Rivoluzione Industriale, e all'ordinamento che per primo ha dovuto misurarsi con i problemi della modernità ai quali si è fatto riferimento nel § 1: l'ordinamento inglese. Il tipo di offese derivanti dalle organizzazioni complesse, ed in particolar modo quelle connesse allo sviluppo della rete ferroviaria, permisero a tale sistema di applicare lo strumento penalistico anche a soggetti diversi dalle persone fisiche; operazione resa possibile anche in considerazione del fatto che erano state plasmate "una serie di *offences* (di natura penale) cui era estraneo ogni problema di elemento soggettivo, essendo

a quei reati sufficiente la *strict liability*, simile alla nostra responsabilità oggettiva e ancora presente nel sistema inglese”.⁵¹

Come si vedrà in seguito, pur essendo giunto a differenti risultati, il percorso seguito dagli Stati Uniti d’America si sviluppò nell’ambito di un contesto simile a quello d’oltremontana. Ciò che è interessante notare e che emerge chiaramente dalla analisi storica, è che l’affermarsi del principio in questi due sistemi, che tutt’oggi costituiscono un punto di riferimento obbligato per intraprendere una riflessione sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, mette in luce come alla base di questo fenomeno la spinta fondamentale sia stata data da esigenze “pratiche” di politica criminale (alla realizzazione della quale i giudici nei sistemi di *Common law* possono contribuire in maniera significativa) alle quali la dogmatica più severa ha dovuto cedere il passo, in particolar modo nel sistema statunitense.

Alcuni passi della celebre sentenza *New York Central & Hudson River Railroad* permettono di apprezzare il netto pragmatismo di cui è permeato il ragionamento del giudice anglosassone: “è prassi consolidata in diritto civile che le imprese rispondano per gli atti illeciti commessi dai loro

⁵¹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna (2010), p. 202

rappresentanti che agiscono nell'ambito del mandato conferitogli. (...) È vero anche che vi sono dei reati che per la loro natura non possono essere realizzati da un'impresa (...) ma vi è un gran numero di fattispecie per cui non esistono buone ragioni che mandino le persone giuridiche impunito. (...) Garantire loro l'impunità in omaggio ad una vetusta e superata dottrina che nega agli enti collettivi la capacità di commettere reati, significa privarsi degli unici strumenti efficaci e in grado di controllare questo tipo di criminalità"⁵².

Ma non va dimenticato che esigenze innegabilmente di stampo pratico hanno influenzato altresì la fondamentale riflessione di Bricola, che replicando alle istanze dei più fermi oppositori alla responsabilità penale delle persone giuridiche esordisce mettendo in luce quanto possa apparire "ingiustificato" che il rapporto che lega gli amministratori all'ente vengano imputati al secondo solamente atti compiuti sul piano civilistico e non anche quelli sul piano penalistico⁵³. Nel farlo non esita a riportare quanto messo in evidenza "al di fuori del terreno strettamente giuridico"⁵⁴ dal De Marsico, per il quale il diritto penale "non è che uno degli innumerevoli mezzi cui l'uomo ricorre per il soddisfacimento dei suoi

⁵² *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 490(1909).

⁵³ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 953.

⁵⁴ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 960.

bisogni: se è necessario estenderne l'operatività, non ci si deve fermare avanti agli ostacoli posti da un "miope dottrinarismo"⁵⁵. "Senza dubbio le società sono incapaci di realizzare direttamente l'attività fisica che concretizza la loro volontà delittuosa. Di questa attività esse sono, però, la fonte istigatrice"⁵⁶.

La riflessione torna inevitabilmente al punto di partenza, ovvero alla inidoneità del diritto penale "classico" a fronteggiare i temi della modernità⁵⁷. Come visto una delle linee di intervento secondo le quali si sono mosse i legislatori è stata appunto quella di allargare il novero dei soggetti coinvolti nel fatto di reato, ma è ancora possibile parlare di diritto penale quando si sia costretti a rinunciare allo stigma della sanzione e soprattutto alla sua funzione rieducativa sulla personalità del condannato? Davanti ad una simile forzatura dei principi fondamentali, si deve parlare di diritto penale moderno o di un'altra "frode delle etichette"?

⁵⁵ A. DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, Napoli (1930), p. 87.

⁵⁶ F. BRICOLA, *ibidem*.

⁵⁷ Netta la posizione di A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, *op. cit.*, p. 29.

CAPITOLO II

IL D.LGS 8 GIUGNO 2001, N°231

PROFILI GENERALI

SOMMARIO: 1 DALLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI AL D.LGS 231/01 – 2 LE SANZIONI APPLICABILI – 2.1 LA SANZIONE PECUNIARIA – 2.2 LE SANZIONI INTERDITTIVE – 2.3 LE ALTRE SANZIONI: LA PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA E LA CONFISCA – 3. IL MECCANISMO DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ. SOGGETTI APICALI O SOTTOPOSTI NELL'INTERESSE O A VANTAGGIO DELL'ENTE – 4 I MODELLI ORGANIZZATIVI – 5 L'ESTENSIONE AGLI ILLECITI COLPOSI: LA RIVOLUZIONE (?) DELLA LEGGE 123/07 E IL DECRETO LEGISLATIVO 121/11 – 5.1 LA DIFFICILE DEFINIZIONE DEI CONCETTI DI INTERESSE E VANTAGGIO NEGLI ILLECITI DI NATURA COLPOSA

1. Dalle convenzioni internazionali al D.Lgs 231/01

Nel capitolo I ci si è soffermati sul rapporto tra evoluzione economico-tecnologica e legislazione constatando quanto lo stesso risulti particolarmente complesso a causa della differente velocità di crociera secondo la quale le due matrici si muovono. Si è rilevato inoltre che il ruolo di “inseguitrice” è assolutamente relegato alla seconda.

È ora il caso di porre l'accento su un ulteriore aspetto di questa difficile relazione aggiungendovi anche il fattore spaziale. Alla complessità dei nuovi processi produttivi si è

infatti affiancata altresì l'estensione territoriale nella quale si stagliano i fenomeni dell'impresa moderna.

Se una volta la possibilità di raggiungere con la propria attività luoghi lontani dal quartier generale era prerogativa di pochi soggetti economici, tendenzialmente di grandi dimensioni, oggi la possibilità di espandere il *business* al di fuori dei confini nazionali è divenuta pratica alla portata anche di piccoli operatori. Ciò fino a diventare – per alcuni settori – un passaggio obbligato, pena la scomparsa dal mercato.

Ebbene, dal punto di vista normativo va notato come un momento di accelerazione alla vocazione internazionalistica dell'attività di impresa si sia sicuramente avuto con il processo di "comunitarizzazione" (ora "europeizzazione") iniziato nel secondo dopoguerra. La cessione di sovranità da parte degli Stati in alcuni settori del diritto rifletteva e riflette tutt'oggi la presa di coscienza della necessità di abbandonare "quella filosofia retrograda che vuole soffocare la vitalità e le aspirazioni di un ordinamento giuridico moderno entro i confini dello Stato"⁵⁸; in altri termini la consapevolezza che per sfruttare i vantaggi positivi della espansione territoriale dell'impresa moderna (che il Trattato di

⁵⁸ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano (2002), p.228.

Roma del 1957 istitutivo della Comunità Economica Europea individuava ne “l’essenziale miglioramento costante delle condizioni di vita ed occupazione”) fosse necessario allargare la prospettiva di intervento.

È noto (e in questa sede non possono esserne ripercorsi i passaggi fondamentali) che la costruzione della struttura sovranazionale sia avvenuta secondo un processo per gradi, avendo gli Stati membri comunque dimostrato una certa qual diffidenza nell’attribuire all’Europa la competenza in determinate materie, specialmente in ambito penalistico⁵⁹.

⁵⁹ Per la ricostruzione delle tappe fondamentali della nascita e dello sviluppo europeo si rimanda alla manualistica di settore; si vedano G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova (2010); F. POCAR, *Diritto dell’Unione Europea*, Milano (2010).

Particolarmente interessante il dibattito circa l’attuale portata della competenza (definita come “accessoria”) dell’Unione Europea in materia penale. Nello specifico vale la pena di considerare il capo IV del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea “Cooperazione giudiziaria in materia penale” dia la possibilità all’art 83 al Parlamento Europeo ed al Consiglio di stabilire attraverso procedura legislativa ordinaria “norme minime per definire reati e sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”. La competenza dell’Unione dunque rimane indiretta, essendo comunque necessario l’intervento statale perché il contenuto minimo delle direttive prenda forma ed abbia efficacia vincolante; tuttavia il passaggio dallo strumento della decisione quadro alla direttiva ha l’effetto di sottoporre gli Stati membri a procedura di infrazione da parte della Commissione. Per una prospettiva di insieme si rimanda a A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 1/2012, p. 43 ss.

Contro tali resistenze giocavano ancora una volta le esigenze di tipo schiettamente pratico cui si è fatto cenno in chiusura del precedente capitolo. Emerse ben presto che ogni intervento di liberalizzazione della circolazione delle persone, delle merci e dei capitali potesse sì portare beneficio alla vita economica europea, ma allo stesso tempo andasse a facilitare traffici della criminalità organizzata, fenomeni corruttivi, riciclaggio ed altre distorsioni che, come si è visto nella trattazione precedente, appaiono particolarmente perniciose qualora vadano ad inserirsi in un contesto organizzato come quello delle persone giuridiche.

La responsabilità penale degli enti si poneva dunque come un importante tassello all'interno di una generale politica sanzionatoria "armonizzata"⁶⁰ necessaria per la protezione degli interessi, *in primis* finanziari, del sistema

⁶⁰ Quasi d'obbligo il riferimento alla celeberrima sentenza della Corte di Giustizia nella causa 68/88, meglio nota come sentenza "mais greco". La vicenda aveva ad oggetto l'esportazione di due carichi di granoturco dalla Grecia in Belgio. Tali carichi, ufficialmente dichiarati dalle autorità elleniche come granoturco di origine greca, erano costituiti, in realtà, da granoturco importato dalla Jugoslavia. Non era stato applicato, quindi, alcun prelievo agricolo, destinato al finanziamento delle risorse proprie della Comunità. La frode era stata messa in atto grazie ad un atto corruttivo con il quale la società che aveva proceduto all'esportazione si era assicurata la complicità di alcuni funzionari greci. A seguito della procedura di infrazione la Repubblica Greca fu riconosciuta inadempiente nei confronti degli obblighi comunitari tra i quali il ritardo nell'avvio nei confronti dei responsabili della frode di procedimenti disciplinari e penali. Con tale sentenza la Corte affermò che l'allora art 5 del Trattato imponeva agli Stati membri di irrogare agli autori di violazioni del diritto comunitario le stesse sanzioni vigenti per le violazioni al diritto nazionale.

europeo. Un diverso regime di responsabilità (o appunto di irresponsabilità) nei vari Stati membri avrebbe avuto l'effetto distorsivo di compromettere il corretto funzionamento proprio di quel mercato comune che si cercava di realizzare. Il pericolo sottostante era quello che le imprese indirizzassero verso alcuni siti piuttosto che in altri le proprie attività economiche in ragione esclusivamente di un trattamento sanzionatorio di favore.

Ampliando ancora la visuale sul panorama internazionale, non va dimenticato come già nel 1988 fosse intervenuta una Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la quale si invitavano gli Stati aderenti a dotarsi di meccanismi di responsabilità diretta delle persone giuridiche – indipendentemente da quelli civili già in essere – al fine di evitare che i veri responsabili dell'illecito potessero beneficiare dei profitti dell'attività criminosa; doveroso inoltre un cenno all'attività delle Nazioni Unite ed in particolare alla Convenzione di New York del 12 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento al terrorismo, nonché alla Convenzione ed ai successivi protocolli adottati dall'Assemblea Generale contro la criminalità organizzata transnazionale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

Il passo fondamentale per l'ordinamento italiano avvenne con la legge 29 settembre 2000, n°300, con la quale

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

si ratificavano: la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995; il Primo protocollo alla predetta convenzione, fatto a Dublino il 27 settembre 1996; il Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

Con tale provvedimento legislativo, sulla cui genesi hanno fortemente influito gli avvenimenti passati alla storia con il nome di *tangentopoli*, si apportavano diverse modifiche legislative di fondamentale importanza per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione (*in primis* quelli di corruzione); proprio in questo ambito si riconobbe dunque la necessità di sganciarsi, dopo un lungo immobilismo, dal dogma per cui *societas delinquere non potest*. In particolare l'art 11, comma I, di detta legge conteneva una delega al Governo ad emanare entro il termine di otto mesi un decreto legislativo che disciplinasse "la responsabilità amministrativa

delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di responsabilità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale” secondo alcuni principi che nel prosieguo venivano elencati.

La lett. e) della disposizione richiedeva l’adozione di un modello strutturato secondo una responsabilità concorrente e cumulativa della persona giuridica rispetto agli autori materiali del reato, sia nel caso in cui costoro svolgessero funzioni di rappresentanza o di amministrazione, ovvero esercitassero anche in mera via fattuale poteri di gestione e controllo, sia nell’ipotesi in cui l’illecito fosse stato posto in essere da persone sottoposte alla vigilanza delle persone fisiche sopra menzionate. In ogni caso, la delega prevedeva l’esclusione della responsabilità dell’ente nei casi in cui l’autore avesse agito nell’esclusivo interesse proprio o di terzi.

Il meccanismo al quale il legislatore delegato avrebbe dovuto dare vita non si sarebbe attivato in occasione di tutti i reati commessi nell’interesse della società, essendosi scelto di limitare tale responsabilità punitiva esclusivamente a talune ipotesi criminose. Tra queste, la delega contemplava innanzitutto i reati contro la pubblica amministrazione, ivi compresi quelli di nuovo conio ad opera della stessa legge n°300/2000 (lett. a). Seguivano dunque quelli “relativi alla tutela dell’incolumità pubblica previsti dal titolo sesto del libro

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

secondo del codice penale” (lett. b), i reati di omicidio colposo e lesioni colpose “commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell’igiene e della salute sul lavoro” ed infine un consistente numero di illeciti di tipo ambientale puniti con pena detentiva non inferiore nel massimo ad un anno anche se alternativa alla pena pecuniaria (lett. d).

Oltre a stabilire alcuni meccanismi di compensazione a tutela delle posizioni di azionisti, soci, associati estranei alla realizzazione del reato (lettere da t a z), la delega faceva confluire espressamente sul giudice penale competente a conoscere dell’illecito commesso dalla persona fisica anche il compito di applicare le diverse sanzioni di cui l’ente sarebbe stato passibile (lett. q).

Vale dunque la pena di spendere qualche breve considerazione in merito alla attuazione di suddetta delega avvenuta ad opera del D.Lgs 8 giugno 2001, n°231. Il provvedimento, nella versione “originale”, si componeva di 85 articoli suddivisi in tre capi, rispettivamente denominati: “responsabilità amministrativa dell’ente”, “responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell’ente” e “procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative”.

Le osservazioni “a caldo” del nuovo provvedimento da parte della dottrina misero in luce essenzialmente due aspetti: l’uno, come si vedrà *infra* nei § 3 e 4, in merito alla particolare struttura dei criteri di attribuzione della responsabilità all’ente; l’altro relativo alla mancata attuazione della delega da parte del legislatore del 2001, che, con una scelta che la stessa Relazione governativa definì “minimalista”, limitò la responsabilità dell’ente ai reati previsti dalla lett. a) della legge delega.

Stando a quanto riportato nella Relazione, tale opzione si giustificava in considerazione dei due diversi orientamenti in seno alle Camere del Parlamento “sul versante dell’ampiezza del catalogo dei reati a cui legare la responsabilità amministrativa degli enti”: l’ordine del giorno votato dalla Camera dei Deputati il 27 luglio 2000 “impegnava il Governo a contenere l’esercizio della delega con riguardo ai soli reati indicati negli strumenti internazionali oggetto di ratifica”, mentre quello del Senato si estendeva anche agli illeciti previsti dalle lettere b), c) e d). In considerazione di tale “marcato contrasto” nonché dell’oggetto della legge delega (ossia la ratifica delle Convenzioni PIF ed OCSE), l’esecutivo preferì attestarsi sulla posizione della Camera, giudicata “più equilibrata”, pur consapevole che il diverso approccio avrebbe permesso di ricostruire più correttamente “la cornice

CAPITOLO II

Tesi di dottorato “La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231”

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

criminologica dell'attività di impresa"⁶¹. La questione dunque veniva rimessa all'attenzione delle Camere per trovare una soluzione sul punto.

I giudizi in proposito non furono affatto clementi nei confronti del Governo: se alcuni autori parlarono di "rivoluzione timida"⁶², altri non esitarono ad affermare di essere in presenza di una "crisalide (...) depauperata dei suoi petali più significativi"⁶³, o a ricorrere a colorite metafore quali quella della "montagna [che] ha partorito un topolino"⁶⁴ o del "cannone per sparare ad un passero"⁶⁵. Al di là della motivazione "ufficiale" contenuta nella Relazione, che invero riscontrò il gradimento solo di poche voci⁶⁶, si percepiva

⁶¹ Cfr. Relazione allo schema di decreto legislativo recante disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta dell'11 aprile 2001) (d'ora in avanti "Relazione"), § 12.

⁶² D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del convegno di Roma, 30 novembre – 1 dicembre 2001, in *Cassazione Penale, suppl. n°6/2003*, p. 8.

⁶³ C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in, AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano (2005), p.192.

⁶⁴ R. RODORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, op. cit., p. 5.

⁶⁵ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., p. 97.

⁶⁶ Per tutti si veda G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*

chiaramente la difficoltà del Governo che, in un periodo non lontano dalle elezioni, si vedeva obbligato ad adempiere agli obblighi internazionali con l'introduzione di un provvedimento che non trovava il favore del mondo imprenditoriale e verso il quale mostrava rimostranze lo stesso Ministro dell'Industria.

Tralasciando le non peregrine osservazioni di coloro che paventavano possibili censure di incostituzionalità dell'intera nuova disciplina a causa di un eccesso di delega⁶⁷, su un altro fronte – quello di coloro che vedevano nella responsabilità delle persone giuridiche più danni che benefici – le critiche al Governo guardavano al mancato esercizio della delega proprio con riferimento a quelle disposizioni che imponevano di prevedere meccanismi di compensazione per le persone fisiche legate all'ente ma che non avessero contribuito alla realizzazione dell'illecito: nessuna traccia infatti si riscontra, oggi come allora, dello speciale diritto di recesso di cui alla lettera t) della delega, né tantomeno delle azioni sociali di responsabilità *ad hoc* che avrebbero voluto le lettere u), v) e z).

n°4/2001, p. 1128 che vede la scelta governativa guidata dal principio di frammentarietà.

⁶⁷ Ampliamente sul punto M. A. PASCULLI, *Le questioni insolute e gli eccessi di delega nel D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. PALAZZO, Padova (2003), p. 209 ss.

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Indipendentemente dalle valutazioni sulle scelte in allora compiute, le si vogliono vedere più o meno coraggiose, la “rivoluzione copernicana”⁶⁸ era cominciata. Dalla struttura del provvedimento era facile aspettarsi che il novero dei reati per i quali le persone giuridiche avrebbero potuto essere chiamate a rispondere si sarebbe presto arricchito; nonostante le limitate ipotesi delittuose in grado di attivare la responsabilità della persona giuridica originariamente previste dalla disciplina del 2001, nulla avrebbe ostato a successivi interventi normativi – ad onor del vero nell’esperienza concreta non sempre rivelatisi sorretti da una vera e propria necessità di intervento con tale nuovo paradigma punitivo – di continuare il processo di coinvolgimento della persona giuridica nella vicenda criminale⁶⁹.

⁶⁸ L’espressione è utilizzata da A. MANNA, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale n°3/2003*, p. 1105 e ripresa, tra l’altro a G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia n°3-4/2004*, p. 657.

⁶⁹ Eventualità che lo stesso legislatore delegato considerava tutt’altro che remota, visto che tale ipotesi veniva ventilata nella stessa Relazione di accompagnamento. Cfr. Relazione, § 3 “(...) Queste considerazioni hanno suggerito di costruire un sotto-sistema normativo che, nell’intenzione del delegato, dovrebbe valere a disciplinare l’intera materia anche per il futuro per l’eventualità, cioè, che il legislatore intenda rimpinguare l’ambito della responsabilità amministrativa dell’ente, ricollegandola alla commissione di reati diversi da quelli rispetto ai quali è stata oggi contemplata dal decreto legislativo”.

Le sezioni I e II del Capo Primo (rispettivamente “Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa” e “Sanzioni in generale”) venivano descritte dallo stesso legislatore delegato come “parte generale” del “nuovo sistema”⁷⁰. Gli articoli da 1 a 23 infatti replicano, pur “plasmandone la formulazione sulla peculiarità della materia”⁷¹, le colonne portanti alla base della responsabilità penale ed amministrativa: il principio di legalità (art 2), quello di successione di leggi (art 3) e la disciplina dei reati commessi all'estero (art 4)⁷².

Le stesse previsioni che si analizzeranno *infra* in merito ai criteri oggettivi e soggettivi di attribuzione della responsabilità, la disciplina delle sanzioni, le specifiche previsioni da applicarsi nelle eventualità di vicende modificative o estintive dell'ente (artt 28-33) e la disciplina

⁷⁰ Cfr. Relazione, § 3.2.

⁷¹ Cfr. Relazione, § 3.1.

⁷² L'ipotesi è riferita al caso in cui l'ente abbia la propria sede principale in Italia ma commetta reati in nel territorio di un altro Stato, fenomeno ritenuto dal legislatore assai diffuso dal punto di vista criminologico e meritevole di essere perseguito anche superando i limiti del principio di territorialità. Ciò secondo lo spirito della “sempre maggiore affermazione del principio di universalità” secondo il quale la stessa legge 300/2000 appare plasmata. A ben vedere l'esperienza italiana ha dovuto misurarsi, nel celebre caso *Siemens* con il problema opposto, cioè quello dell'applicabilità della disciplina del D.Lgs 231/01 ad un ente di diritto straniero. Sul punto si veda *Ufficio GIP Milano, ord. 27 aprile 2004*, edita in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia n°3-4/2004*, p. 989 ss. con nota di G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*.

processuale (Capo Terzo) sono a loro volta da leggersi nel senso di una volontà di superare il dogma dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche attraverso la previsione di un modello di responsabilità nuovo e con pretese di completezza: una sorta di "codice delle persone giuridiche"⁷³ contenente "un messaggio forte, perché (...) ven[ivan]o gettate le premesse per la costruzione di un "diritto penale dell'impresa" autonomo e staccato dal codice penale"⁷⁴.

⁷³ C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (I). Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Diritto penale e processo* n°11/2001, p. 1356.

⁷⁴ C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 327 che richiama C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o transmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1994, p. 1247.

2. Le sanzioni applicabili

Anche dal punto di vista delle sanzioni applicabili⁷⁵ alle entità destinatarie il D.Lgs 231/01 riflette le improcrastinabili necessità d'intervento che hanno portato all'affermazione della responsabilità penale delle persone giuridiche.

L'importanza dell'argomento d'altronde non era certo ignorata nemmeno nella delega al Governo, prova ne siano il numero di disposizioni (lettere da f) ad s) ed il livello di dettaglio che l'art 11 della legge 300/2000 vi dedicava.

Quasi ovvia, se non addirittura pleonastica, la richiesta di introdurre misure "effettive, proporzionate e dissuasive", di

⁷⁵ Per una completa trattazione del sistema sanzionatorio apprestato dal D.Lgs 231/01 si vedano, C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 1353 ss.; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova (2002), p. 127 ss.; L.D. CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. MONESI, Milano (2005), p. 209 ss.; N. FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, *op. cit.*, p. 93 ss.; S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, *op. cit.*, p. 119 ss.; A. FIORELLA, *Le sanzioni pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, *op. cit.*, p. 73 ss.; G. DE MARZO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2006*, p.173 ss.; A. CERRETI, *Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001: proporzionalità, adeguatezza e flessibilità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2007*, p. 51 ss.

cui alcune avrebbero dovuto applicarsi nei soli casi di maggiore gravità.

Per qualsiasi ipotesi di illecito da ricollegare all'ente la delega richiedeva di prevedere un sistema che contemplasse l'applicazione:

- di una sanzione pecuniaria (escludendone il pagamento in misura ridotta) del pagamento della quale l'ente avrebbe risposto "entro i limiti del fondo comune o del patrimonio sociale";
- della confisca del profitto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente.

Per i casi di "particolare gravità", in aggiunta alle prime, l'introducendo sistema avrebbe dovuto prevedere, anche in via cumulativa tra loro:

- la chiusura temporanea dello stabilimento o della sede commerciale;
- la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla perpetrazione dell'illecito;
- il divieto (anche in forma temporanea) di contrattare con la pubblica amministrazione;

- l'esclusione (in questo caso solo in via temporanea) da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi ovvero revoca di quelli dei quali l'ente stesse già beneficiando;
- il divieto di pubblicizzare beni o servizi;
- la pubblicazione della sentenza.

In tale sede si indicava altresì la necessità di prevedere, “con adeguata tipizzazione” all'applicazione di quest'ultima tipologia di sanzioni in via cautelare e l'esclusione delle stesse, così come la riduzione della pena pecuniaria, nell'eventualità in cui l'ente, a seguito della contestazione, avesse posto in essere comportamenti idonei ad assicurare “un'efficace riparazione o reintegrazione rispetto all'offesa generata”.

Come *supra* accennato, il legislatore delegato ha tradotto tali indicazioni nelle disposizioni del Capo I, Sezione II (artt 9-23) attenendosi solo parzialmente alle indicazioni contenute nella legge di delega.

Nulla quaestio per quanto riguarda la realizzazione di quel “sistema essenzialmente binario”⁷⁶ basato da un lato su sanzioni pecuniarie ed interdittive alle quali affiancare

⁷⁶ Cfr. Relazione, § 5.

confisca e pubblicazione della sentenza di condanna, che hanno appunto trovato precisa attuazione; in tema di sanzioni, il punto di maggior distacco è piuttosto da rinvenirsi nella omessa previsione di quella della chiusura temporanea dello stabilimento o della sede commerciale.

Lungi dall'essere una svista, l'opzione fu frutto di una scelta consapevole ed ampiamente motivata dallo stesso legislatore delegato nella Relazione: tale strumento appariva sì utile a fronteggiare i pericoli e gli effetti negativi cagionati da alcune condotte illecite previste dalla legge delega (come i reati ambientali e quelli derivanti dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro), ma "stante la scelta del Governo (...) di attuare la delega solo con riguardo ai reati che formano oggetto delle Convenzioni PIF e OCSE"⁷⁷, "l'arsenale sanzionatorio"⁷⁸ necessario a fronteggiare la criminalità da profitto appariva già sufficientemente ricco. Giusta o meno la scelta del 2001, l'ulteriore misura interdittiva avrebbe potuto a sua volta essere inserita nell'elenco di cui all'art 9, comma II, in sede appunto di quell'ampliamento del catalogo dei reati presupposto sul quale le Camere erano invitate a riflettere.

⁷⁷ Cfr. Relazione, § 6.

⁷⁸ Cfr. Relazione, § 5.

Ancora, scostamenti dalle indicazioni contenute nella delega e su questioni intimamente connesse al profilo delle sanzioni, si rinvencono nella scelta (frutto di un'iniziativa del tutto autonoma del legislatore delegato) di prevedere l'attivazione della responsabilità dell'ente anche per le ipotesi di commissione di un delitto tentato (art 26)⁷⁹, nonché quella di escludere, come si vedrà nel § 3, la responsabilità dell'ente collettivo in presenza di determinate condizioni anche qualora il fatto venga commesso da soggetti in posizione apicale.

2.1 La sanzione pecuniaria

Nelle intenzioni del legislatore, il centro di gravità del sistema sanzionatorio introdotto dal D.Lgs 231/01 è sicuramente da individuarsi nella sanzione pecuniaria, che non a caso la Relazione governativa definisce come

⁷⁹ Per una applicazione giudiziale dell'art 26 D.Lgs 231/01 si veda *Cass. Pen., Sez. V, sent. 13 gennaio 2009, n°7718*. Per un commento S. BELTRANI, *Responsabilità degli enti anche da delitto tentato? (Commento a Cass. Pen., Sez. V. n. 7718/2009)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2009*, p. 125 ss. L'istituto appare problematico sotto diversi profili: a prescindere dal fatto che l'ente viene trattato in maniera più severa rispetto alla persona fisica (lo sconto della sanzione pecuniaria e di quelle interdittive è minore rispetto al beneficio derivante dall'applicazione di una pena calcolata ex art 56 cp per la persona fisica), il profilo più delicato concerne appunto la legittimità costituzionale dell'istituto, che appunto non previsto dalla legge 300/2000. Ciò non è sfuggito alla dottrina in sede di commento alla nuova disciplina. Cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 663; A. M. PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari (2005), p. 263.

“fondamentale e indefettibile”⁸⁰; l’applicazione della stessa si estende a tutte le ipotesi in cui l’ente sia chiamato a rispondere ed avviene secondo la disciplina apportata dagli artt 10-12.

In tali disposizioni si colloca uno dei tratti distintivi fondamentali del regime di responsabilità degli enti, ovvero il meccanismo di quantificazione: la apprezzabile soluzione prescelta dal legislatore delegato non trova infatti precedenti nell’esperienza italiana, né nella disciplina sanzionatoria di cui sono destinatarie le persone fisiche, né negli altri casi di applicazione diretta della sanzione alle persone giuridiche.

Considerati gli scarsi risultati ottenuti dai “sistemi a somma complessiva”, cioè quelli nei quali l’ammontare concreto della sanzione pecuniaria viene individuato all’interno di un minimo ed un massimo che invero la delega sembrava suggerire, le previsioni di un sistema di sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive” che tenesse “conto anche dei proventi del reato e delle condizioni economiche e patrimoniali dell’ente” sono state invece tradotte secondo un modello “per quote”.

Lineare la descrizione del nuovo sistema sanzionatorio data dall’art 10: dopo aver sancito nel primo comma che la sanzione pecuniaria trova luogo ogni volta che debba essere

⁸⁰ Cfr. Relazione, § 5.1.

affermata la responsabilità dell'ente, la norma stabilisce che questa si applichi "per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille".

Il successivo art 11, comma I, stabilisce dunque che il giudice, nel determinare il numero delle quote deve prendere in considerazione i parametri "della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti". Con riferimento a queste ultime è necessario interpretare il disposto normativo nel senso che tali attività debbano essere differenti da quelle indicate nell'art 12 che, come si vedrà *infra*, individua le ipotesi in cui la sanzione debba essere ridotta.

Terminata questa prima fase, di stampo oggettivo, il giudicante è quindi chiamato a "modellare" la sanzione ex art 10, comma III, sulla persona giuridica attraverso la determinazione dell'ammontare della singola quota. Per tale operazione, che consiste nella scelta di un valore tra un minimo di 258,23 € ad un massimo di 1.549,37 €⁸¹ e che salvaguarda "l'istanza adeguatrice presente nell'articolo 133-*bis* del codice penale"⁸², dovrà aversi riguardo, ex art 11, comma II, alle "condizioni economiche e patrimoniali dell'ente

⁸¹ Somma convertita dall'originaria previsione che stabiliva "un minimo di lire cinquecentomila" ed "un massimo di lire tre milioni".

⁸² Cfr. Relazione, § 5.1.

allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione". Si consideri inoltre che il comma III della disposizione, riferito all'ipotesi in cui ricorra uno dei casi previsti dall'art 12, comma I, blinda la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'importo della singola quota fissandone automaticamente il valore ad un livello inferiore al minimo previsto in via generale. L'importo finale della sanzione è ovviamente dato dal prodotto del valore della singola quota per il numero di quote che "cristallizzano il valore dell'illecito"⁸³.

Chiudono il cerchio della sanzione pecuniaria appunto le ipotesi di riduzione, che l'art 12 divide in due categorie. Nella prima, ove si riconosce all'ente uno "sconto" della metà dell'importo e comunque non oltre il limite massimo di 200 milioni di lire⁸⁴, sono ricomprese l'ipotesi in cui la persona fisica abbia "agito nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo" (lett. a) e quella di aver cagionato un danno di particolare tenuità (lett. b).

⁸³ Cfr. Relazione, § 5.1.

⁸⁴ La previsione del tetto massimo appare in realtà da un lato pleonastica, dall'altro poco coerente: essendo previsto ex art 11, comma III, che in tali ipotesi l'importo unitario della quota è sempre di lire 200.000 e il numero di quote massimo da applicare è di 1.000, in ogni caso sarebbe impossibile superare tale limite. La mancanza di coerenza emerge invece dal fatto che una sanzione di 1.000 quote dovrebbe essere applicata ai casi di particolare gravità, che difficilmente appare coniugabile con le situazioni previste nella disposizione stessa. In ogni caso, in virtù della riduzione della metà della pena che la disposizione accorda, sarebbe impossibile raggiungere tale somma.

La seconda categoria invece ha riguardo alle ipotesi che valorizzano le condotte *post factum* della persona giuridica, a condizione che le stesse avvengano prima dell'apertura del dibattimento di primo grado. Nello specifico si tratta: del risarcimento integrale del danno e dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero l'essersi l'ente comunque efficacemente adoperato in tal senso (lett. a) e l'aver adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (lett. b). In tali ipotesi la decurtazione della sanzione è da un terzo alla metà, che diviene da metà a due terzi qualora si verifichino contemporaneamente le ipotesi di cui al primo ed al secondo comma.

Gli sconti di pena, ex art 12, comma IV, non possono comunque portare ad una pena inferiore a lire 20 milioni.

2.2 Le sanzioni interdittive

Il secondo pilastro sul quale poggia il sistema delle sanzioni del D.Lgs 231/01, come detto, è costituito dalle

misure interdittive⁸⁵. Come giustamente riconosce la Relazione, la sanzione pecuniaria non può “rappresentare l’unica arma da utilizzare contro la criminalità di impresa, atteso che per quanto possa essere adeguata al patrimonio dell’ente, finirà comunque per essere annoverata tra i “rischi patrimoniali” inerenti alla gestione”⁸⁶.

Diversamente da quella pecuniaria, a norma dell’art 13 le sanzioni interdittive si applicano solamente per le fattispecie per le quali sono espressamente previste qualora ricorrano casi di particolare gravità (di qui l’esclusione della loro applicazione nelle ipotesi disciplinate dall’art 12, comma l).

La prima ipotesi presa in considerazione è quella del reato commesso “da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all’altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative” e per l’ente è conseguito un profitto di rilevante entità (lett. a); il secondo invece riguarda la reiterazione di illeciti (lett. b).

⁸⁵ Sulla specifica tematica delle sanzioni interdittive, oltre alle voci richiamate nelle precedenti note, si rinvia a F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano (2006), tomo III, p. 2502 ss.

⁸⁶ Cfr. Relazione, § 6.

La particolare invasività di tali misure, di cui era ben conscio il legislatore delegato⁸⁷, giustificava dunque la scelta di limitarne l'applicazione ai casi di maggior allarme in ossequio al principio di proporzionalità cui la delega imponeva espressamente di uniformare il sistema sanzionatorio.

Sulle scelte concretamente attuate nel D.Lgs 231/01 in tema di sanzioni interdittive, una prima questione è stata data dall'interpretazione delle parole della legge delega, in vero non precisissima sul punto. Chiari apparivano gli istituti cui il delegato avrebbe dovuto dar vita e che in effetti (salvo, come visto, la chiusura dello stabilimento o della sede commerciale) vengono elencati dall'art 9, comma II. Meno chiara invece appariva la questione circa la durata nel tempo di dette misure, stante l'uso della locuzione "anche temporanea" da parte del delegante: a fronte di tale previsione doveva intendersi sussistente l'obbligo di prevedere obbligatoriamente misure interdittive definitive ed *eventualmente* affiancarne di temporanee ovvero il legislatore avrebbe dovuto ritenersi libero di optare per un sistema che privilegiasse eventualmente anche solo sanzioni temporanee?

⁸⁷ Crf. Relazione, § 6, che si esprime in termini di "piena consapevolezza delle conseguenze (pesantemente) negative che queste sanzioni proiettano sulla vita e sulla attività dell'ente".

La via scelta dal Governo, come noto, è stata quella di dettare una disciplina generale di ogni singola misura stabilendo che le stesse *di default* siano applicabili in via temporanea e solo eccezionalmente in via definitiva.

In assenza di qualsiasi indicazione nella delega in merito alla durata temporanea di questo tipo di sanzioni, il Governo ha ritenuto “adeguata rispetto alla tipologia di illeciti della parte speciale” la previsione di una forbice che spaziasse da tre mesi a due anni (art 13, comma II).

L’applicazione in via definitiva delle sanzioni interdittive è stata dunque incorporata nell’art 16, che disciplina essenzialmente due ipotesi. I primi due commi prevedono la facoltà (non l’obbligo) per il giudice di disporre l’interdizione dall’attività (comma I), il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o di pubblicizzare beni o servizi in via definitiva (comma II), qualora l’ente si sia dimostrato “recidivo”.

È infatti presupposto indefettibile che la persona giuridica abbia riportato almeno tre volte negli ultimi sette anni la medesima sanzione e che, ai fini della sola interdizione, abbia tratto un profitto di rilevante entità.

Il caso preso in considerazione dal comma III ha invece ad oggetto l’ente o la sua unità organizzativa

“intrinsecamente illeciti”⁸⁸, cioè quelli finalizzati unicamente o prevalentemente per consentire o agevolare la commissione di reati previsti nella parte speciale. La gravità di tale ipotesi non sembrerebbe lasciare più alcuna discrezionalità in capo al giudice, il quale è tenuto ad applicare “sempre” ed esclusivamente l’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività escludendo, coerentemente, che trovi luogo il meccanismo premiale di cui all’art 17 sul quale ci si soffermerà *infra*.

Particolarmente rilevante per gli scopi di prevenzione speciale appare la disposizione di cui all’art 14 relativa ai criteri che devono guidare il magistrato nella scelta delle di questa tipologia di sanzioni. Guidata dai principi di economicità e proporzione, la disposizione in commento mira a “colpire il *ramo di attività*” in cui l’illecito prende forma con il preciso scopo di individuarne “la fonte, la causa (...) nel contesto delle attività che esso svolge”⁸⁹.

Per la “personalizzazione” della sanzione vengono richiamati anche in queste ipotesi i criteri già esplicitati nell’art 11 in tema di sanzioni pecuniarie, ai quali si deve affiancare altresì una valutazione “dell’idoneità delle singole sanzioni a

⁸⁸ Per un contributo sul punto si veda L. D. CERQUA, *L’ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°1/2012*, p. 9 ss.

⁸⁹ Cfr. Relazione, § 6.

prevenire il tipo di illeciti commesso” (comma I); in linea con tali propositi, la disposizione specifica che nel caso di divieto di contrattare con la pubblica amministrazione tale restrizione potrà – se del caso – essere limitata a taluni tipi di contratto ovvero a determinate amministrazioni soltanto (comma II).

Completa la norma la previsione in forza della quale è stabilito, in ossequio al principio di proporzionalità e sussidiarietà della sanzione, che l’interdizione vada applicata nei soli casi in cui qualsiasi altra sanzione risulti inadeguata (comma IV).

Alla stregua di quanto previsto per le sanzioni pecuniarie, ed in attuazione dell’art 11, lett. n) della legge delega, il legislatore ha introdotto con l’art 17 un incentivo al comportamento operoso *post factum* dell’ente, seppur impostandolo su regole di funzionamento diverse e tipizzando le condotte in grado di attivare il meccanismo premiale. Tali condizioni, che secondo l’interpretazione prevalente devono ricorrere cumulativamente, sono individuate nel risarcimento integrale del danno e nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero nell’essersi l’ente efficacemente adoperato in tal senso (lett. a); nell’adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (lett. b); nella messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c).

Il secondo momento di differenza rispetto a quanto parallelamente previsto per le sanzioni pecuniarie è dato dal fatto che tali condotte non comportano una riduzione in termini di durata della sanzione, bensì l'applicabilità *tout court* della stessa, il ciò esclusivamente a condizione che, ed ecco il terzo momento di distacco, la condotta virtuosa intervenga prima dell'apertura del dibattimento di primo grado⁹⁰.

Al di fuori dei meccanismi premiali, ma strettamente connesso alla tematica delle sanzioni interdittive, va collocato l'istituto del commissario giudiziale previsto all'art 15⁹¹: la sua applicazione, vista come "una forma di *probation* con valenza marcatamente specialpreventiva"⁹², è modellata sullo stampo dell'istituto previsto dall'art 2409 c.c. ed è riservata esclusivamente alle persone giuridiche svolgenti un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità. Ciò nell'ipotesi in cui le sanzioni interdittive astrattamente applicabili si risolverebbero alternativamente in un grave pregiudizio per la collettività (comma I, lett. a), ovvero in ripercussioni rilevanti

⁹⁰ Correttamente si è evidenziato come la condotta virtuosa (tipizzata) che abbia luogo oltre tale limite temporale potrà essere presa in considerazione da parte del giudice in sede di quantificazione della misura

⁹¹ L'analisi dell'istituto non può essere affrontata in tale sede, si rinvia pertanto ai contributi già indicati cui *adde* G. CHIAMETTI, A. GIORGI, *Poteri del commissario giudiziale. Attività di ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°1/2012*, p. 17 ss.

⁹² C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 336.

sull'occupazione avuto riguardo alle dimensioni dell'impresa e alle condizioni economiche del territorio in cui la stessa è ubicata (comma I, lett. b).

I poteri del commissario, che li esercita per un tempo pari alla sanzione sostituita, non sono definiti in maniera precisa⁹³: la norma si limita infatti a prevedere che questi siano stabiliti dal giudice con la sentenza di condanna e che la loro ampiezza deve essere adeguata al compito allo stesso affidato e "tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente" (comma II)⁹⁴. È in ogni caso ricompresa nel novero delle attività allo stesso

⁹³ La disposizione in effetti non esplicita nemmeno quali funzioni possano essere sostituite dal commissario giudiziale né quali soggetti siano idonei per svolgere il compito, cfr. G. DE MARZO, *op. cit.*, 1320, che sottolinea come si sarebbe dovuto esplicitare nella disposizione tra quali categorie di esperti selezionare il commissario, cause di incompatibilità, strumenti di controllo del suo operato e possibilità di rimozione dello stesso da parte del giudice. Suggestisce di risolvere parzialmente tali problematiche con l'applicazione della disciplina prevista per il perito P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cassazione penale n°1/2004*, p. 265 (nota 29), valorizzando la qualifica del commissario quale ausiliario del giudice. L'Autore accoglie la visione maggioritaria secondo la quale al commissario possano essere demandate le funzioni proprie degli organi amministrativi, ma altresì riconosce la possibilità di demandare allo stesso i compiti propri dell'assemblea.

⁹⁴ Seppur con provvedimenti riferiti all'istituto del commissario giudiziale interveniente in fase cautelare ex art 45 D.Lgs 231/01, la Cassazione ha in due occasioni ribadito la necessità che i poteri dello stesso vengano esplicitati nel provvedimento con il quale questi viene nominato. Cfr. *Cass. Pen., Sez. VI, sent. 25 gennaio 2010, n°20560* e *Cass. Pen., Sez. VI, sent. 28 settembre 2011, n°43108*.

affidate quella di curare l'attuazione dei modelli organizzativi per prevenire ulteriori illeciti della specie di quello verificatosi (comma III).

L'unico limite espresso ai poteri di tale figura appare quello riferito agli atti di straordinaria amministrazione, per il compimento dei quali è richiesta la preventiva autorizzazione da parte del giudice. Limiti impliciti invece sono ricavabili dalla previsione di cui al comma IV della destinazione alla confisca di tutti i profitti derivanti dalla prosecuzione della attività: il commissario non potrà destinare tali somme ad attività diverse, pur se direttamente connesse all'interesse sociale (es. l'acquisto di partecipazioni strategiche in una società di interesse)⁹⁵.

⁹⁵ La disposizione non si rivela particolarmente felice e denota un certo distacco del legislatore dalla realtà societaria e contabile. Posto che l'interpretazione più coerente appare quella che individua nel profitto cui lo stesso fa riferimento l'utile conseguito dalla società, è ben noto che quest'ultimo viene calcolato annualmente con il bilancio di esercizio. Il valore riflesso dalle scritture contabili fotografa con delle stime la situazione della società in un determinato momento confrontandola con la situazione rilevata l'anno precedente; durante l'esercizio dell'attività agiscono numerosi fattori che non sempre, *rectius*, quasi mai si esauriscono in un solo esercizio, estendendo i loro effetti in periodi temporalmente più o meno ampi. Interpretando letteralmente la norma, un utile realizzato nell'anno 2012 – che ben potrebbe essere frutto di scelte di gestione del tutto lecite effettuate in annualità precedenti – lo sottopone automaticamente alla confisca per il solo fatto che la sua corretta contabilizzazione debba avvenire nel periodo del commissariamento. In altri termini: per calcolare l'utile realizzato in un determinato periodo, non è corretto dividere l'utile d'esercizio per una frazione dell'anno. Essendo difficile ipotizzare che la volontà del legislatore fosse quella di addivenire a certi risultati "paradossali", in

Il sistema così delineato non ha incontrato il favore unanime della dottrina: se alcune voci hanno espresso apprezzamento per l'operato del legislatore, osservando che quello attuato fosse un "modello commisurativo che, (...), risulta il più idoneo a perseguire gli obiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale"⁹⁶, altre hanno sentito il dovere di muovere alcune critiche. Oltre al mancato esercizio della delega relativo alla chiusura temporanea dello stabilimento, la più significativa è apparsa quella in merito a "l'opinabile scelta, operata dalle disposizioni "di parte speciale" (...), di individuare specie e quantità edittali *unitarie* di sanzioni punitive in rapporto alle singole tipologie delittuose"⁹⁷: perché pur davanti a fenomeni criminali diversi, ovvero reati commessi da tipologie di soggetti diversi (apicali e sottoposti), che esprimono diversi livelli di "meritevolezza di pena" per l'ente, prevedere identici sistemi sanzionatori rimettendo di fatto la questione alla discrezionalità del giudice?

assenza di qualsiasi indicazione nella Relazione governativa, la norma andrebbe auspicabilmente rivisitata.

⁹⁶ C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 335.

⁹⁷ G. DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2006*, p. 173. L'Autore già in precedenza aveva messo in luce il profilo, cfr. ID, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, *op. cit.*, p. 1134 ss.

Ancora, l'unanimente criticata mancanza di sanzioni interdittive per le ipotesi dei reati societari (inseriti all'art 25-ter del novero dei reati presupposto ad opera del D.Lgs 61/2002)⁹⁸ è stata a buon titolo ricondotta all'originaria preferenza per "affidare a contingenti opzioni politico-legislative la scelta di dotare le varie specie di responsabilità *ex crimine* della persona giuridica (non tanto di questa o quella, ma dell'insieme) delle sanzioni interdittive"⁹⁹.

2.3 Le altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca

Il legislatore delegato non ha dedicato ampio spazio alla disciplina delle ulteriori sanzioni della pubblicazione della sentenza di condanna e della confisca.

La prima, la cui disciplina è interamente contenuta nell'art 18, è riservata ai casi di maggiore gravità. Detta disposizione infatti ne limita l'adozione ai soli casi in cui

⁹⁸ *Ex multis* C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società (d.lgs. 11 aprile 2002, n.61)*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano (2002), p. 60 ss; G. DE VERO, *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in *Legislazione Penale n°2/2003*, p. 356 ss.; R. GUERRINI, *Articolo 3. Responsabilità amministrativa della società*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino; (2002); C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 337.

⁹⁹ G. DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, *op. cit.*, p. 180.

venga applicata all'ente una sanzione interdittiva (comma I). Si ritiene che l'applicazione della sanzione interdittiva debba avvenire in concreto, non essendo possibile estendere l'operatività dell'istituto anche ai casi di applicabilità in astratto di sanzioni di questa tipologia poi non effettivamente disposte.

Ritenendola assolutamente scevra da problemi, anche la Relazione governativa non si dilunga sul punto: ne ricorda la derivazione penalistica e la limitazione ai casi di maggior gravità.

Il dettato normativo stabilisce dunque che l'esecuzione della stessa debba avvenire a cura della cancelleria del giudice a spese dell'ente (comma III), che provvede a farla pubblicare una sola volta, per estratto o per intero in uno o più giornali indicati nel provvedimento, nonché mediante affissione nel comune ove l'ente ha la sede principale (comma III). È forse il caso di notare che, non essendovi stato alcun tipo di vincolo sul punto da parte del delegante, in luogo di rimettere ogni scelta al giudicante, si sarebbe potuta prevedere l'indicazione del tipo di giornale sul quale ordinare la pubblicazione della sentenza (o per lo meno correlare il parametro della tiratura del giornale a quello delle dimensioni dell'ente) ed affiancare (o sostituire) all'affissione la più

moderna (ed efficace) pubblicazione del provvedimento sul sito internet del comune ove l'ente risiede.

Ugualmente (ma...più gravemente) il legislatore ha dedicato poco spazio alla disciplina della sanzione della confisca¹⁰⁰, alla quale tuttavia è tributato dalla Relazione un "particolare rilievo"¹⁰¹.

¹⁰⁰ L'istituto della confisca ha dato luogo a numerosi problemi con i quali la prassi giudiziaria ha dovuto misurarsi soprattutto in occasione della determinazione del profitto sulla base del quale calcolare la sanzione (ovvero sul quale applicare il sequestro in fase cautelare). L'importanza e la complessità dell'argomento, che nemmeno una pronuncia delle Sezioni Unite ha chiarito in maniera soddisfacente, impongono il rinvio alla letteratura sul punto: T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova (2011), p. 395 ss.; ID, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2006*, p. 73 ss.; ID, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo n°10/2008*, p. 1267; G. AMATO, *La confisca "per equivalente" del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2009*, p. 147 ss.; ID, *Per l'applicazione della responsabilità degli enti va valutato il vantaggio ottenuto dalla controparte. Il riferimento ai principi delle Sezioni Unite aiuta a ricercare una soluzione alternativa*, in *Guida al diritto n°14/2012*, p. 87 ss.; V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°4/2008*, p. 1758 ss.; ID, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cassazione penale n°6/2011*, p. 2332 ss.; A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2011*, p. 205 ss.; R. BRICCHETTI, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2006*, p. 7 ss.; E. FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°1/2007*, p. 61 ss.; L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e*

La disciplina dell'istituto all'interno del D.Lgs 231/01 si differenzia sotto una pluralità di aspetti rispetto a quella datane dal codice penale, il cui apporto al contrasto alla criminalità d'impresa, come accennato nel capitolo I (v. *supra* capitolo I, § 2.1), appareva forti limiti¹⁰².

Vale la pena innanzitutto di notare come la stessa non venga più classificata come misura di sicurezza, bensì come vera e propria sanzione da applicare all'ente¹⁰³.

Le differenti (o perlomeno le non del tutto sovrapponibili) finalità cui le due diverse tipologie di confisca

responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite, in *Cassazione penale n°12/2008*, p. 4562 ss.

¹⁰¹ Cfr. Relazione, § 7.

¹⁰² Non è possibile in questa sede prendere in considerazione tutti i tipi di confisca che sono previsti all'interno dell'ordinamento italiano. Il legislatore ha fatto largo uso strumento adattandolo di volta in volta alle necessità del settore sul quale andava ad intervenire; le divergenze sono tali che difficilmente può esserne data una definizione generale diversa dall'ablazione di beni riferibili ad un illecito ed attuata coattivamente dallo Stato. Si rinvia a A. ALESSANDRI, *La confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino (1989); ID, *Criminalità economica e confisca del profitto* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, op. cit., tomo III, p. 2103; G. GATTA, *Sub art. 240*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano (1999); L. FORNARI, *Sub art. 240*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCALÀ, Padova (1999).

¹⁰³ È ben noto il dibattito in merito alla vera natura della confisca e dell'insufficienza del ricorso al solo parametro del *nomen juris* che la stessa riceve all'interno dei diversi ordinamenti; la questione verrà affrontata nel Capitolo IV, §1, relativo alla natura della responsabilità introdotta con il D.Lgs. 231/01, al quale si rimanda. Per un contributo focalizzato sull'evoluzione dell'istituto si veda G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Diritto penale e processo n°11/2003*, p. 1398.

tendono si riverberano sull'oggetto dell'ablazione statale: l'art 240 c.p., come noto, distingue tra ipotesi di confisca facoltativa, che colpisce "(...)le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e (...) le cose, che ne sono il prodotto o il profitto", ed ipotesi di confisca obbligatoria, individuate nelle "cose che costituiscono il prezzo del reato" (comma I, n°1), in quelle intrinsecamente delittuose (comma I, n°2), cui recentemente sono stati aggiunti i beni e gli strumenti informatici o telematici utilizzati per compiere una determinata serie di reati¹⁰⁴.

Nella disciplina codicistica la pertinenza al reato non è tuttavia sufficiente per l'ablazione compresa nell'oggetto della confisca qualora i beni appartengano a persona estranea all'illecito (e per le ipotesi di cui al n°2) qualora esista altresì un provvedimento amministrativo che di tali cose legittimi la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione.

La disciplina dell'art 19 del D.Lgs 231/01, dal canto suo, contempla unicamente ipotesi di confisca obbligatoria indirizzate esclusivamente al "prezzo" o al "profitto" dell'illecito che devono "sempre" trovare luogo in caso di condanna

¹⁰⁴ L'inserimento è avvenuto ad opera della Legge 15 febbraio 2012, n°12, che ha aggiunto al comma I il numero 1-*bis*), prevedendone l'applicazione alle sole ipotesi di commissione dei reati di cui agli articoli 615-*ter*, 615-*quater*, 615-*quinqies*, 617-*bis*, 617-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinqies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinqies*, 640-*ter* e 640-*quinqies*.

dell'ente¹⁰⁵, facendo comunque salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Accanto alla forma di confisca "tradizionale", il secondo comma prevede altresì quella "moderna"¹⁰⁶, ossia nella sua forma "per equivalente": ad essa si ricorre in via sussidiaria, ossia nelle ipotesi nelle quali non sia possibile procedere alla confisca prevista dal comma I, e ricade su "somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato" di proprietà dell'ente.

Per quanto riguarda quest'ultimo, dunque, la scelta è stata di modificare l'impostazione codicistica, ove appunto ricorre un'ipotesi di applicazione facoltativa della misura di sicurezza, sostituendovi l'obbligo di procedere all'ablazione del vantaggio indebitamente ottenuto con il reato da parte del giudice. La diversa natura, come visto dichiaratamente sanzionatoria, della confisca a carico dell'ente è stata pertanto coerentemente tradotta nell'opzione di procedere "per equivalente"¹⁰⁷ non solo in specifici casi, bensì ogni qualvolta non sia possibile operare l'ablazione.

¹⁰⁵ La mancata previsione da parte del decreto ovviamente non osta all'applicazione dell'art 240 c.p. al prodotto del reato qualora ricorra una delle ipotesi contemplate dagli artt 24 ss. del decreto.

¹⁰⁶ Le espressioni sono utilizzate dallo stesso legislatore nella Relazione di accompagnamento. Cfr. Relazione, § 7.

¹⁰⁷ Con riferimento alla disciplina codicistica, la valenza sanzionatoria della confisca per equivalente è espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità che pertanto ne esclude l'applicabilità a persone (anche giuridiche) diverse dall'autore del reato. Si vedano *Cass. Pen., Sez. V, sent. 3 luglio 2002, n°32797*; *Cass. Pen., Sez. V, sent. 16*

In sintonia con la disciplina dettata dal Codice Penale, a norma dell'art 63 D.Lgs 231/01, anche la confisca prevista ex art 19 trova applicazione – se del caso nella forma per equivalente – nell'ipotesi di sentenza di patteggiamento. Peraltro, la recente giurisprudenza della Suprema Corte, coerentemente con quanto stabilito in una precedente pronuncia a Sezioni Unite¹⁰⁸ nella quale si è evidenziata la natura di sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste dallo stesso decreto, ha ribadito la perentorietà della previsione nella nuova disciplina, puntualizzando che a nulla rileva la circostanza che la stessa non abbia formato oggetto di accordo con il Pubblico Ministero¹⁰⁹.

Sul punto, tuttavia, la disposizione che più si presenta problematica ai fini di questo lavoro è contenuta nell'ultimo comma dell'art 6. La questione sarà meglio si approfondita nel

gennaio 2004, n°15445 e più recentemente Cass. Pen., Sez. III, sent. 4 luglio 2012, n°33371.

¹⁰⁸ Il riferimento è alla nota *Cass. Pen., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008, n°26654*. Occorre notare che mentre la dottrina era pressoché unanimemente orientata nel senso di ritenere la confisca applicabile con la sentenza di patteggiamento, la giurisprudenza di merito non aveva espresso un orientamento unitario, dando luogo a due correnti contrapposte.

¹⁰⁹ Così *Cass. Pen., Sez. II, 4 febbraio 2011, n°20046*. Per un'analisi della pronuncia si veda S. BELTRANI, *Confisca del profitto del reato e patteggiamento (Commento a Cass. Pen., Sez. II, 4.2-20.5.2011, n. 20046)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2012*, p. 165 ss.

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

prosieguo della trattazione, avendo la disposizione significative ripercussioni in merito alla colpevolezza dell'ente; ad ora basti considerare come con la stessa si preveda che si debba procedere con l'applicazione della confisca del vantaggio conseguito dall'ente anche nel caso in cui questo debba andare prosciolto. In tale eventualità infatti, la confisca sembra mutare veste ancora una volta: spogliatasi di quella sanzionatoria, lascia spazio e fa rivivere "lo spettro della pericolosità presunta della *res*, con l'aggravante che l'estraneo al reato non vanta diritto alla restituzione"¹¹⁰.

¹¹⁰ R. BRICCHETTI, *op. cit.*, p. 10.

3. Il meccanismo di imputazione della responsabilità. Soggetti apicali o sottoposti nell'interesse o a vantaggio dell'ente

Ogni ordinamento che riconosca la capacità di delinquere delle persone giuridiche si trova dunque davanti alla scelta di politica criminale concernente la selezione del novero dei reati che possano essere commessi da dette entità artificiali.

L'indagine empirica ha accertato che effettivamente le persone giuridiche portano con sé una carica criminogena, ma è altrettanto vero, come già la riflessione di Bricola aveva evidenziato, che all'interno della *societas* il reato può connotarsi in maniera diversa: alcuni illeciti costituirebbero estrinsecazione di precise politiche dell'ente, altri sarebbero solo occasionalmente compiuti nonostante l'inesistenza di una cultura sociale in tal senso, altri infine sarebbero reati di cui la persona giuridica è persona offesa.

Se l'opportunità di addivenire ad una punizione della persona giuridica per l'ultima classe di reati appare

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

difficilmente sostenibile¹¹¹, la scelta in merito alla sanzionabilità delle altre due classi di reati deve misurarsi con alcuni problemi.

Con riferimento alla prima classe di reati, la questione verte non tanto sull'opportunità di far scattare una punizione, bensì in merito all'individuazione di quali comportamenti illeciti effettivamente possano essere ricollegati al normale modo di operare dell'ente; diversamente, per l'ultima categoria, ancor prima del *quomodo*, occorre risolvere il problema dell'*an puniri*.

Se il diritto penale delle persone fisiche richiede alla base del fatto di reato vi sia una condotta, commissiva o omissiva, nel caso delle entità fittizie la questione è quella di imputare alle stesse le azioni o omissioni che sono poste in essere da soggetti in carne ed ossa. Il fatto di reato si atteggia in maniera diversa a seconda che lo si guardi dalla prospettiva dell'uomo o da quella dell'ente: mentre per la prima "il "fatto", in tutte le sue componenti oggettive e soggettive, risolve e *conclude* l'attribuzione penalistica, per

¹¹¹ Per quanto possa sembrare paradossale, si vedrà che nel mondo anglosassone la circostanza di essere persone danneggiate dal reato non ha impedito alle *corporation* di trovarsi comunque sul banco degli imputati.

l'ente è solo il *materiale di partenza* per una successiva qualificazione”¹¹².

È evidente dunque che la scelta dei criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità agli enti costituisca un momento fondamentale di traduzione in atto delle scelte di politica criminale: al variare degli stessi corrisponde un mutamento delle condotte materiali che l'interprete può attribuire al soggetto collettivo.

Occorre tenere in mente innanzitutto che la scelta del legislatore del 2001 doveva muoversi entro i confini della delega: questa comprendeva sì un numero di reati presupposto per i quali chiedeva intervenisse il coinvolgimento diretto dell'ente, ma presupponeva comunque la scelta di non addivenire ad una equiparazione totale tra persona fisica e persona giuridica. Quest'ultima appunto poteva essere chiamata a rispondere solo di determinate figure di reato.

Analogamente vincolata la scelta di prevedere che a far scattare il meccanismo di responsabilità potessero essere sia persone poste al vertice della gerarchia organizzativa sia soggetti collocati in posizioni inferiori. Il primo comma dell'art 5 ha tradotto simili direttive ricorrendo ad una formula ampia

¹¹² A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 40.

ed elastica: la prima categoria è composta da coloro che, anche in via fattuale, “rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale”¹¹³; la seconda si riferisce invece alle persone sottoposte alla direzione e alla vigilanza dei soggetti rientranti nella prima categoria. Si vedrà successivamente che la distinzione tra le due categorie rileva particolarmente dal punto di vista dei criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità; in questa sede occorre invece apprezzare l'approccio realista del legislatore, il quale ha inteso qualificare come “soggetti apicali” anche coloro che sono posti al vertice di una unità dell'ente, purché dotata di autonomia. Una previsione diversa sarebbe equivalsa ad “ignorare la crescente complessità delle realtà economiche disciplinate e la conseguente frammentazione delle relative fondamentali operative”¹¹⁴.

Non vi sono stati interventi “creativi” da parte del delegato nemmeno per quanto riguarda il livello successivo, ovvero la effettiva enunciazione dei criteri oggettivi di imputazione della responsabilità: anche in questo caso è stata testualmente riprodotta la previsione di cui all'art 11,

¹¹³ La Relazione esclude espressamente che nella categoria rientrino i sindaci, poiché il testo della norma, così come la delega, prevede che tale classe di soggetti debba svolgere entrambe le funzioni di gestione e di controllo. Cfr. Relazione, § 3.2.

¹¹⁴ Cfr. Relazione, § 3.2.

comma I, lett. e) della legge delega, che appunto richiedeva l'introduzione di una responsabilità per i reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Allo stesso modo, questa è stata esclusa nel caso di reato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente o di terzi.

La Relazione di accompagnamento al decreto non dedica particolare spazio alla descrizione dei criteri di imputazione oggettiva: richiamando appunto che gli stessi erano già previsti dalla legge di delega, si limita a spiegare che “[..]l'*interesse* dell'ente (...) “si accontenta” di una verifica *ex ante*; viceversa il *vantaggio*, che può essere tratto anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*”¹¹⁵.

Quanto al contenuto proprio di ognuna delle due nozioni, nessuna disposizione di legge impone che esso si sostanzi in un *quid* economicamente valutabile, anche se ciò, con ogni evidenza, è destinato a costituire la normalità.

Proprio in relazione ai concetti di interesse e vantaggio la dottrina si è a lungo interrogata, apparendo la spiegazione proposta dal legislatore nella Relazione troppo gravosa oltre che contraddittoria. Come conciliare infatti la previsione per cui l'ente risponde per il vantaggio conseguito da un fatto sorretto da un interesse diverso da quello della persona

¹¹⁵ Cfr. Relazione, § 3.2.

giuridica, se poi il comma successivo statuisce che l'ente non risponda se le persone fisiche abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi?

Il mancato riferimento al concetto di vantaggio nella previsione dell'esclusione della responsabilità dell'ente costituisce uno dei passaggi chiave del dibattito. Alcune posizioni, invero minoritarie ma assai autorevoli, sono giunte alla conclusione per cui la locuzione "interesse o vantaggio" debba essere intesa "come un'endiadi"¹¹⁶.

Altre, con una diversa sfumatura, hanno sostenuto che l'unico requisito del quale occorra tener conto sia quello dell'interesse. Ad avvalorare questa teoria vi sarebbe altresì una successiva scelta legislativa: quando si trattò di inserire con il D.Lgs 61/02 i reati societari previsti dal codice civile nel novero degli illeciti presupposto, il legislatore ha ribadito nel corpo dell'art 25-ter il criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità all'ente limitandolo al solo interesse. In altri termini, non vi sarebbe un mutamento di paradigma, "per la

¹¹⁶ Così D. PULITANÒ, *La responsabilità da "reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/2002, p. 425; ID, *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano (2002), pp. 962 ss. Allo stesso modo F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano (2003), p. 1329 che considera i concetti come "due sinonimi"; conformemente C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Diritto penale e processo* n°11/2001, p. 1352; ancora G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n1/2004, p. 95.

semplice ragione che il criterio di imputazione [sarebbe] il medesimo”¹¹⁷.

Non è mancato d’altro canto chi ha ribattuto che la formulazione dell’art 25-ter altro non è se non il risultato di una “svista”¹¹⁸.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie sposano l’interpretazione data dalla Relazione governativa, che, come visto, attribuisce un’autonoma sfera di operatività al vantaggio¹¹⁹. Questo secondo criterio sarebbe appunto chiamato ad intervenire non in maniera soggettiva, come accadrebbe nei casi di “interesse dell’ente”, bensì secondo una connotazione più oggettiva, individuata in quegli episodi

¹¹⁷ G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 672. In tal modo interpreta altresì L. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., *Societas puniri potest*, *op. cit.*, p. 672; M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, Parte I, in *Studium Iuris* n°3/2002, p. 290.

¹¹⁸ In questo senso A. ASTROLOGO, “Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità all’ente nel D. Lgs. 231/2001, in *L’Indice Penale* n°2/2003, p. 662, che arriva a tale conclusione facendo leva sull’equivalenza del concetto di vantaggio e di profitto all’interno del decreto: proprio la previsione dell’ultimo comma dell’art 25-ter, che ricollega un aumento di un terzo della sanzione pecuniaria in caso di conseguimento di profitto di rilevante entità, sarebbe la dimostrazione che anche in questo caso il vantaggio è chiamato in causa quale valido criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità all’ente.

¹¹⁹ Ancora A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 656; F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di una autonoma responsabilità dell’ente collettivo*, in *Diritto penale e processo* n°7/2004, p. 909; L. D. CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Diritto e pratica delle società* n°6/2005, p. 77. Per la giurisprudenza si veda *Ufficio GIP Milano, ord. 20 settembre 2004*, la si legge in *Guida al diritto* n°47/2004, p. 69.

in cui il soggetto, pur non agendo nell'interesse dell'ente, apporti a questo una qualche utilità oggettivamente apprezzabile.

Al di là dell'argomento "semantico", la diversità di tali categorie sarebbe apprezzabile anche attraverso un'analisi della disciplina prevista dallo stesso D.Lgs 231/01. Si è visto in precedenza che agli artt 12 e 13 riducono la sanzione pecuniaria ed evitano l'applicazione delle sanzioni interdittive proprio nell'ipotesi in cui l'agente abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio ovvero ne abbia ricavato un vantaggio minimo¹²⁰: sarebbe quindi confermata la possibilità di un interesse della persona giuridica senza che per forza allo stesso consegua un vantaggio.

Nonostante tali osservazioni, non si può fare a meno di notare come tuttavia appaia esservi una sorta di "cortocircuito" tra il primo ed il secondo comma dell'art 5, che, per conservare una qualche coerenza, necessita di tributare prevalenza al concetto dell'interesse.

Proprio la semplice assenza dello stesso in capo all'ente, per espressa disposizione di legge, è sufficiente a far sì che questo non debba rispondere; si aggiunga che la

¹²⁰ Questa l'argomentazione alla base di *Trib. Pen. Milano, Sez. XI (Riesame), ord. 14 dicembre 2004*, in *Il Foro italiano 2005*, II, c. 527.

stessa Relazione individua in una simile situazione una rottura del collegamento della persona giuridica all'illecito che ne fa derivare l'impossibilità per il giudicante dall'indagare in merito ad un eventuale vantaggio conseguito dall'ente¹²¹. Inoltre anche le disposizioni di cui agli artt 12 e 13, non sono suscettibili di essere interpretate esclusivamente nel senso proposto da quella parte della dottrina che propugna la netta distinzione tra i due concetti: a ben vedere tali disposizioni confermano che per anche le sanzioni meno gravose per l'ente sia richiesto sempre l'accertamento di un interesse, seppur in forma ridotta.

Una sfera di operatività autonoma al vantaggio quale criterio di ascrizione della responsabilità all'ente sembrerebbe invero costituire una previsione troppo gravosa per la persona giuridica, chiamata a rispondere anche nei casi in cui non le si riconosca il ruolo di "istigatore" del reato commesso.

Un qualche spiraglio di applicazione autonoma del vantaggio quale autonomo criterio oggettivo può forse individuarsi in quella previsione in forza della quale l'ente, pur avendo dato la "*probatio diabolica*"¹²² dell'art 6, subisce comunque la sanzione della confisca. Anche tale operazione tuttavia non appare immune da "acrobazie" interpretative,

¹²¹ Cfr. Relazione, § 3.2.

¹²² P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Diritto e giustizia* n°29/2001, p. 80.

vista la complessità di conciliare le diverse disposizioni in gioco: da un lato l'applicazione del vantaggio, come testualmente previsto dall'art 5, implica che l'ente sia chiamato a "rispondere", dall'altro la circostanza che l'ente abbia dato la prova prevista dall'art 6 porta alla affermazione che quest'ultimo "non risponda".

Comunque interpretati, non poche sono state le critiche mosse alla scelta dei criteri in esame. Essenzialmente le obiezioni si sono incentrate sulla incapacità degli stessi di essere in grado di ricollegare il fatto di reato alla persona giuridica nel rispetto del principio di colpevolezza; ciò in particolar modo nell'ipotesi in cui non sia stato identificato l'autore del reato. Sono stati addirittura definiti come parametri "così sterili da risultare del tutto esterni alla sfera di signoria di azione del soggetto imputato e tali che, se il raffronto dovesse essere operato con l'ipotesi di un autore persona fisica, dovrebbe dirsi che egli risponderebbe di un fatto altrui".¹²³ La situazione, come si vedrà nel § 5 è stata altresì aggravata dall'estensione della responsabilità agli illeciti di natura colposa.

¹²³ L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in *L'Indice penale n°1/2006*, p. 19.

4. I modelli organizzativi

Il tratto distintivo della disciplina italiana risiede nei modelli di organizzazione, gestione e controllo, che trovano la loro disciplina all'interno degli artt 6 e 7 del decreto. Essi sono frutto di un'interpretazione ampia dei poteri che venivano attribuiti al legislatore delegato con la legge 300/2000.

Questi, infatti, in luogo di "sancire un generico dovere di vigilanza e controllo dell'ente"¹²⁴ ha preferito optare per un approccio che valorizzasse un comportamento attivo dell'ente, che dal punto di vista della politica criminale dovrebbe costituire il vero strumento di contrasto alla criminalità delle persone giuridiche.

Il pericolo di cui lo stesso delegato è apparso essere consapevole è quello che l'introduzione di un criterio puramente oggettivo di ascrizione di un reato all'ente avrebbe comportato: a tal fine la Relazione osserva peraltro che ove una simile scelta sia stata percorsa – specificamente nell'ordinamento francese – la giurisprudenza si sia orientata nel senso di richiedere un collegamento "più pregnante tra il reato e la *voluntas societatis*"¹²⁵. D'altra parte, ove invece si

¹²⁴ Cfr. Relazione, § 3.3.

¹²⁵ Cfr. Relazione, § 3.3.

prevedesse la necessità di un collegamento ma non se ne specificasse il contenuto, la distorsione avverrebbe a livello pratico: la prassi giudiziaria, infatti, potrebbe dimostrarsi incline ad appiattirsi su criteri pericolosamente simili al *versari in re illicita*¹²⁶.

Per plasmare il contenuto della “condotta” (intesa in senso lato) riferita all’ente e dalla quale far dipendere la possibilità di un rimprovero, la scelta si è orientata nel senso di far tesoro dell’esperienza d’oltreoceano, in particolare guardando ai *compliance program* degli Stati Uniti d’America¹²⁷. A tale strumento, tuttavia, il delegato ha deciso di riconnettere una funzione solo marginalmente sovrapponibile a quella svolta “in patria”: se nell’ordinamento statunitense l’adozione di un *compliance program* dispiega i suoi effetti esclusivamente dal punto di vista della commisurazione della pena che all’ente dovrà comunque essere applicata, il modello di organizzazione, gestione e controllo è chiamato ad un compito più ampio.

¹²⁶ In tema si ricorderà come attenta dottrina, favorevole all’introduzione di un sistema di responsabilizzazione diretta degli enti, avesse richiamato all’attenzione la necessità di adottare tale disciplina perché proprio nel campo del diritto penale dell’economia si fosse arrivati al poco edificante risultato di una normativizzazione del dolo, soventemente mediante il ricorso alla formula del *non poteva non sapere*. Cfr. A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 29, che a sua volta ricorda C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/2000, p. 1265 ss.

¹²⁷ Sul tema si ritonerà più approfonditamente all’interno del capitolo III, § 2.6 dedicato alle *Federal Sentencing Guidelines* del 1991.

Come visto nei §§ 2.1 e 2.2 di questo capitolo, l'adozione ed efficace attuazione del modello, pur conservando una valenza dal punto di vista della commisurazione della sanzione pecuniaria ovvero dell'applicabilità della sanzione interdittiva, viene altresì in considerazione dal punto di vista dell'esclusione della colpevolezza dell'ente.

Un impiego dunque alternativo ed aggiuntivo dello strumento che comunque non intacca la logica *stick and carrot* della quale esso è permeato. Anzi, nella logica del legislatore delegato ciò avrebbe contribuito a disegnare quella colpa di organizzazione secondo il principio di autonomia della responsabilità dell'ente sancito nell'articolo 8. Occorre in ogni caso tenere a mente che la persona giuridica non si trova davanti ad un obbligo di dotarsi di modelli organizzativi, bensì di un onere, non essendo in alcuna disposizione normativa (né interna né esterna al decreto stesso) stabilita una sanzione per la pura e semplice assenza degli stessi¹²⁸.

¹²⁸ Si noti che all'interno dell'ordinamento sono comunque presenti alcune disposizioni che impongono agli enti un obbligo di modelli organizzativi. In particolare si tratta della previsione del Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana che ha inserito tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti) l'adozione su base obbligatoria di un modello nonché dell'identica previsione da parte di alcuni enti pubblici (es. Regione Calabria, Regione Lombardia) al fine di poter

Questa seconda (e nelle intenzioni del legislatore principale) funzione che il modello organizzativo è chiamato a svolgere si declina in maniera diversa a seconda della genesi del reato all'interno dell'ente. Proprio in questo ambito assume rilevanza la distinzione tra soggetti apicali e sottoposti fatta dal primo comma dell'art 5.

Il primo caso a venire in considerazione è quello del reato posto in essere da un soggetto avente la qualifica di soggetto "apicale". I modelli organizzativi in grado di escludere la responsabilità dell'ente, da adottarsi a cura dell'organo dirigente, devono presentare le caratteristiche elencate all'art 6, comma 1: ne è anzitutto richiesta un'attuazione ed efficace attuazione antecedente rispetto al fatto di reato e che gli stessi abbiano ad oggetto la prevenzione degli illeciti della specie di quello verificatosi (lett. a); deve essere previsto che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli nonché sul loro aggiornamento sia affidato ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (lett. b). La responsabilità dell'ente deve essere dunque esclusa se la commissione dell'illecito è stata possibile grazie ad una elusione fraudolenta del modello (lett. c) alla quale non deve

partecipare a gare di appalto ovvero per ottenere accreditamenti e convenzioni.

essere affiancata una insufficiente o omessa vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lett. b).

La disciplina del comma II del medesimo articolo descrive quindi il contenuto minimo del modello: si richiede che l'ente stesso proceda ad una mappatura delle attività all'interno delle quali valutare il rischio di commissione di reati (lett. a); che lo stesso prosegua dunque con la formazione di protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni della struttura in relazione agli illeciti da prevenire (lett. b); che vengano stabilite regole di gestione delle risorse finanziarie, ovviamente anche in questo caso finalizzate a prevenire i reati che potenzialmente possono essere commessi (lett. c); che sia istituito un flusso informativo verso l'organismo di vigilanza (lett. d) e che infine venga costruito un sistema disciplinare attraverso il quale sanzionare le violazioni accertate alle procedure previste dal modello (lett. e).

La peculiarità della previsione risiede nel fatto che è onere dell'ente fornire la (ardua) prova di aver adempiuto a siffatti dettami, dovendosi altrimenti presumere una responsabilità dello stesso per l'illecito contestato. Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui tale prova sia raggiunta, come anticipato, non avrà luogo alcuna sanzione, salvo quella della confisca dell'eventuale profitto.

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

La prospettiva si capovolge (e per ammissione della stessa Relazione governativa, si contorce)¹²⁹ nel caso in cui il reato sia riferibile all'altra categoria di soggetti, ovvero alla cerchia dei "sottoposti", ipotesi disciplinata all'art. 7. In tal caso l'affermazione della responsabilità dell'ente passa attraverso la verifica dell'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (comma I). L'assolvimento di tali obblighi però è assolto ancora una volta dall'adozione ed efficace adozione dei modelli organizzativi (comma II).

In altri termini, i modelli organizzativi, diversamente da quanto accade per il caso dei soggetti di cui all'art 5 lett. a), non negano direttamente la responsabilità dell'ente, ma giungerebbero allo stesso risultato in via indiretta. La loro presenza ed il loro funzionamento neutralizzano la possibilità di ritenere integrato il (diverso) paradigma della violazione degli obblighi di vigilanza e controllo.

Nonostante la Relazione governativa sul punto sembri ricostruire diversamente, parte della dottrina ha sostenuto che in questo caso la mancata adozione del modello organizzativo non sarebbe di per sé sufficiente ad affermare una colpevolezza dell'ente: in tal caso, il Pubblico Ministero sarebbe onerato della prova della commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente ma non si attiverebbe

¹²⁹ Cfr. Relazione, § 3.4.

più la presunzione di colpevolezza del soggetto collettivo. Lo scenario si ricondurrebbe invece verso logiche più congeniali al processo penale con onere dell'Accusa di dimostrare appunto l'inosservanza di quegli obblighi di direzione e controllo. Solo allora entrerebbero in gioco i modelli organizzativi, la prova della cui mancata adozione graverebbe sulla difesa dell'ente.

La diversa valenza del modello organizzativo, a seconda che l'illecito dal quale dipende la responsabilità dell'ente sia stato generato dalla condotta di un soggetto in posizione apicale ovvero in posizione subordinata, ha dunque sicuramente importanti riflessi per quanto riguarda il concetto di colpevolezza che si intende attribuire all'ente. Lo sforzo di chiarire se effettivamente si assista ad un diverso paradigma nei due diversi scenari non ha tuttavia potuto giovare finora del contributo della giurisprudenza, non essendo allo stato note pronunce di responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi dai soggetti individuati dall'art 5 lett. b).

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

5. L'estensione agli illeciti colposi: la rivoluzione (?) della legge 123/07 e il decreto legislativo 121/11

Si è visto nel § 1 che, nonostante già la legge 29 settembre 2000, n°300 avesse delegato al Governo l'adozione di un decreto legislativo che introducesse un sistema di responsabilità diretta degli enti anche per "i reati previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. commessi con violazione delle norme degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro" e per una serie di reati "in materia di tutela dell'ambiente e del territorio", l'iniziale versione del D.Lgs 231/01 si fosse orientata verso una consapevole "scelta minimalista".

L'attuazione di quelle previsioni giunse solamente a sei e dieci anni di distanza dalla legge di delega, rispettivamente attraverso la legge 3 agosto 2007, n°123¹³⁰ ed il D.Lgs 7

¹³⁰ Interessante notare come il disegno di legge governativo prodromico all'adozione della legge 123/2007 prevedesse inizialmente che nell'oggetto della delega dovesse essere ricompresa anche la disciplina della responsabilità da reato degli enti, nell'ottica di un (forse) più sistematico riordino della disciplina sanzionatoria della materia globalmente considerata. Tuttavia, una modifica apportata dal Senato introdusse un'autonoma disposizione – concretizzatasi nell'art 9 della legge delega – che portò all'immediata estensione della responsabilità dell'ente per i delitti previsti dagli artt 589 e 590, comma III c.p. commessi

luglio 2011, n°121.

Pur essendoci piena consapevolezza da parte del mondo giuridico che l'avvento di tali discipline fosse solo una questione di tempo, l'estensione della disciplina ai reati in materia di sicurezza sul lavoro provocò una serie di reazioni più simili a quelle che susseguono ad una "doccia fredda" piuttosto che ad un provvedimento preannunciato. Minore scalpore (se non quasi disinteresse) destò invece il secondo provvedimento, nonostante le questioni connesse agli illeciti in materia ambientale fossero per alcuni versi sovrapponibili a quelle relative agli illeciti in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e per altri ancor più complesse.

Da un angolo visuale squisitamente pratico le critiche del mondo degli imprenditori interpretavano il provvedimento del 2007 come un atto punitivo nei confronti della categoria; ma il nuovo testo veniva accolto con una certa freddezza anche da parte di alcuni esponenti della dottrina. Alla base di un simile atteggiamento probabilmente vi era la consapevolezza che quell'art 9 della legge 123/07 – che appunto introduceva la prima versione dell'art 25-*septies* del D.Lgs 231/01 – avrebbe complicato ulteriormente il tentativo

con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro. Sul punto v. L. VITALI, C. BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2007*, p. 125.

CAPITOLO II

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

di ricostruire in chiave unitaria del concetto di colpevolezza dell'ente¹³¹. Il problema si aggravò appunto nel 2011 in relazione ai reati ambientali.

Infatti, se da un lato proprio nel 2001 parte della dottrina non aveva “mancato di sottolineare come lo sforzo di dare dimensione soggettiva alla responsabilità da reato avrebbe trovato concretezza solo nel momento in cui anche le fattispecie colpose fossero entrate nell'orbita dei cataloghi previsti dagli articoli 24 e seguenti del decreto”¹³², a distanza di sei anni toccava con mano la situazione di inadeguatezza dei paradigmi di iscrizione della responsabilità all'ente¹³³.

In ogni caso, la scelta segnava un momento decisivo nel fondamentale processo di coinvolgimento delle persone giuridiche nella repressione dei reati; una decisione che sicuramente si andava ad inserire in un “*trend* normativo (...) finalizzato a responsabilizzare gli enti rispetto a violazioni (...) che danno luogo a grave allarme sociale”¹³⁴, ma che sarebbe

¹³¹ Molto lucidamente sul punto F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, Relazione al CSM nel corso di formazione del 12 dicembre 2007, par. 3 in www.csm.it che mette in luce come l'opzione ermeneutica oggi adottata scomponga l'unitarietà della nozione alla natura dolosa o colposa del reato senza alcun appiglio normativo.

¹³² R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al Diritto* n°35/2007, p. 40.

¹³³ Cfr. R. BORASIO, *Responsabilità amministrativa degli enti nei casi di infortunio e malattia del lavoro: prime considerazioni*, in www.rivista231.it, *Interventi* 9/2007.

¹³⁴ In questi termini L. VITALI, C. BURDESE, *op. cit.*, p. 126

erroneo leggere all'interno dei soli confini nazionali, se è vero che pochi giorni prima, segnatamente il 27 luglio 2007, la Gran Bretagna, vedeva la promulgazione del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*¹³⁵.

Nonostante l'impatto sociale che l'introduzione di queste ipotesi di illecito ha significato, non appare corretto affermare che con la legge n°123/2007 sia iniziata una rivoluzione. Ciò sotto una duplice prospettiva: dal punto di vista del sistema italiano, l'estensione ai reati in materia di sicurezza sul lavoro ed agli illeciti ambientali appare invero il completamento di quel progetto iniziale che l'attuazione della legge delega n°300/2000 aveva realizzato solo parzialmente. Attraverso una analisi di più ampio respiro, invece, se di rivoluzione si vuole a tutti i costi parlare, il termine andrebbe allora riservato alla impostazione di fondo di tutto il sistema italiano: lungi dal percorrere la strada "tradizionalmente" battuta dai sistemi di *Common law*, ove le persone giuridiche, in virtù di particolari criteri di ascrizione della colpevolezza furono chiamate a rispondere prima di reati colposi e solo in seguito di illeciti dolosi, il coinvolgimento dell'ente nel fatto di reato in Italia ha avuto come punto di inizio quello che per altri ordinamenti è stato un punto di arrivo.

¹³⁵ Come si vedrà, la disciplina contenuta in tale corpo normativo appare particolarmente interessante per la riflessione in merito alla colpevolezza dell'ente.

Al di là di questi spunti, tornando all'analisi positiva della disciplina, una semplice lettura dell'originaria versione dell'art 25-*septies* era sufficiente per accorgersi che dietro l'apparente linearità del dato normativo si celava una pluralità di problemi¹³⁶. In particolare, quelli che richiedevano un maggiore sforzo interpretativo si riferivano *in primis* alla “declinazione concettuale dei criteri dell'interesse o del vantaggio previsti dall'art. 5 D.Lgs. 231/2001 rispetto alla

¹³⁶ Diversi autori, sebbene concordi sulla scelta di chiamare in causa l'ente nel momento sanzionatorio relativamente ai reati di lesioni colpose ed omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche, hanno comunque portato l'attenzione sull'omessa inclusione nel nuovo art 25-*septies* delle fattispecie di cui agli artt 437 e 451 c.p., ovvero sull'opportunità di estendere l'operatività della norma alle contravvenzioni prevenzionistiche allora contenute nel D.Lgs 626/94, sulla scorta che le stesse rappresentassero “non solo il possibile contenuto normativo della colpa dei delitti di evento morte o lesioni (...), ma anche un elemento significativo della c.d. “colpa di organizzazione” dell'ente collettivo”; così D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008*, in AA.VV., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, a cura di F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI Milano (2008) p. 163. Contestatissima fu anche la scelta del trattamento sanzionatorio che, prima dell'avvento del D.Lgs. 9 aprile 2008, n°81, prevedeva una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote” in maniera indiscriminata per ogni ipotesi di responsabilità dell'ente. Un'opzione assolutamente infelice sotto diversi profili: in primo luogo per la severità della sanzione pecuniaria, alla quale si accompagnava oltretutto una sanzione interdittiva non inferiore a 3 mesi e non superiore ad un anno; secondariamente per la scelta lessicale, se sol si considera che l'espressione “non inferiore a mille quote” coincide con il limite massimo della sanzione applicabile ex art 10, comma II, D.Lgs 231/01; da ultimo perché, di fatto, un sistema così costruito finiva per punire con la medesima sanzione il caso di una malattia, magari di soli 41 giorni, e quello di un omicidio colposo. Nella più “rosea” delle ipotesi, cioè quella di una persona giuridica le cui condizioni economiche e patrimoniali si attestassero al livello più basso, l'ente sarebbe andato incontro ad una sanzione, comunque draconiana, di 258.000 euro.

natura colposa dei reati-presupposto”¹³⁷; in secondo luogo occorre guardare all’adeguamento delle disposizioni relative ai modelli organizzativi e dell’organismo di vigilanza.

5.1 La difficile definizione dei concetti di interesse e vantaggio negli illeciti di natura colposa

In ogni caso, nonostante già prima dell’entrata in vigore della legge 123/2007 sia stata autorevolmente sostenuta la compatibilità del sistema di responsabilità delle persone giuridiche con illeciti di tipo non doloso¹³⁸, l’effettiva declinazione di tali categorie al sottosistema di quei reati colposi ha imposto per lo meno qualche “intervento di manipolazione” da parte dell’interprete, poiché è innegabile che i due concetti presentino una “più marcata sintonia”¹³⁹ con l’idea stessa di dolo.

Non potendosi accettare, nelle more di un comunque auspicabile intervento del legislatore, l’opzione fondata sulla rinuncia totale dell’operatività degli artt. 25-septies ed 25-

¹³⁷ C. PADOVANI, *Le lesioni colpose*, Rimini (2009), pp. 206-207.

¹³⁸ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 36; lo stesso autore ribadisce la posizione anche in *Attività d’impresa e responsabilità penali*, op. cit., p. 557. Di diverso avviso P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2008*, p. 58.

¹³⁹ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, op. cit., p. 41.

undecies, è utile guardare a quelli che sono stati i tentativi della dottrina per superare la tesi dell'incompatibilità dei reati colposi con il "sistema 231".

Una prima soluzione al problema ritiene che il concetto di vantaggio possa costituire il criterio effettivamente idoneo per selezionare le ipotesi in cui l'ente deve rispondere di reati colposi. Il mancato rispetto di condotte previste da norme cautelari in taluni casi "potrebbe tradursi in un contenimento dei costi aziendali, suscettibile di essere qualificato *ex post* come vantaggio ai fini dell'applicazione dell'articolo 5 del D.Lgs 231/2001"¹⁴⁰. Si pensi per esempio all'impresa che ometta di controllare lo stato di usura dei dispositivi di protezione individuale dei lavoratori: il mancato controllo si tradurrà in un non-ricambio dei dispositivi esistenti con un conseguente risparmio di costi "vantaggioso" da un punto di vista contabile per l'ente.

Da un lato tale ricostruzione appare apprezzabile perché riesce a conferire una certa autonomia al criterio del vantaggio: esso interverrebbe proprio perché nelle fattispecie caratterizzate dalla colpa sarebbe contraddittorio parlare di interesse; ma dall'altro non si può tacere il fatto che essa mostri comunque diversi aspetti critici. Nello specifico quello di lasciare ampie aree di impunità senza una giustificazione

¹⁴⁰ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 41.

sottostante: basti considerare che non sarebbe punibile l'ente che non si adegui alle norme dettate dalla disciplina antinfortunistica per "mera trascuratezza senza che ciò si risolva in un effettivo risparmio di spesa"¹⁴¹, né nel caso in cui l'evento si realizzi per mera disfunzione organizzativa interna.

Altre tesi invece hanno percorso una via che salvaguardasse il concetto di interesse, riconducendolo ad una nozione oggettiva: ritenendo non corretto che il mezzo per imputare il reato all'ente si ricavasse dalle rappresentazioni ed intenzioni della persona fisica agente, è stato sostenuto che dovesse radicarsi su dati obiettivi. Sebbene questa alternativa sia riferibile ad autorevolissima dottrina¹⁴² ed appaia, da un punto di vista teorico, più rispettosa del principio di colpevolezza, rimane comunque sullo sfondo la contraddittorietà di riferire alla nozione (pur oggettivizzata) di interesse un comportamento colposo.

I profili di complessità non si esauriscono nelle considerazioni precedenti: quand'anche si riuscisse ad intendere la nozione di interesse oggettivo come astrattamente distinguibile da quella di vantaggio, "l'interesse oggettivo sarebbe comunque configurabile "in prospettiva"

¹⁴¹ T. E. EPIDENDIO, G. PIFFER, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2008*, p. 16.

¹⁴² Si veda D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, *op. cit.*, p. 425.

rispetto a un risultato positivo collegato alla sola condotta e non, come richiesto dallo stesso art. 5, comma 1, D.Lgs. 231/2001, al reato (che comprende anche l'evento, cioè nella specie la morte o le lesioni rispetto ai quali sarebbe assurdo parlare di un risultato positivo per l'ente)¹⁴³. In altri termini, la considerazione che l'interesse o vantaggio dell'ente nell'ambito dei reati colposi dovrebbe essere riferita alla condotta dell'agente "al netto" dell'evento¹⁴⁴.

In buona sostanza è ben possibile affermare che l'introduzione dell'art. 25-septies abbia aperto un ulteriore capitolo del problema relativo alla distinzione intercorrente tra i concetti di interesse e vantaggio che dottrina e giurisprudenza hanno dovuto affrontare nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della prima disciplina nel 2001. Non si può comunque non constatare come le teorie fino a questo momento elaborate, nonostante gli apprezzabilissimi sforzi profusi e la finezza degli argomenti cui si è ricorsi, non siano state in grado di risolvere completamente il problema. Il risultato probabilmente potrà

¹⁴³ T. E. EPIDENDIO, G. PIFFER, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁴ Questa è di fatto la concezione sposata dalla giurisprudenza (al momento non copiosa) sviluppatasi a seguito dell'introduzione dell'art 25-septies; cfr. *Trib. Pen. Trani, Sez. distaccata Molfetta, sent. 26 ottobre 2006*, in *Ambiente e sicurezza n°7/2010*, p. 22 ss.; *Trib. Pen. Pinerolo, sent. 23 settembre 2010*; *Ufficio GIP Novara, sent. 1 ottobre 2010*, reperibili su www.rivista231.it; *Corte d'Assise Torino, Sez. II, sent. 15 aprile 2011*, reperibile su www.lastampa.it.

ottenersi solo con un intervento legislativo; l'avvento del Testo Unico della sicurezza nei luoghi di lavoro nel 2008, così come del "Correttivo" nel 2009, sarebbero state buone occasioni per porre fine a questa incertezza e per eliminare altre incongruenze, ma così non è stato¹⁴⁵.

L'immobilismo da parte del legislatore è stato confermato anche a seguito dell'inserimento dei reati ambientali ad opera dell'art. 25-*undecies*. Il silenzio in questo caso appare aggravato perché, se in ambito di violazioni in campo infortunistico per lo meno si cercò di favorire l'arduo compito di adeguare i modelli organizzativi sancendo una presunzione di conformità per quelli che avessero presentato determinate caratteristiche, l'opzione non fu ribadita per la prevenzione degli illeciti ambientali.

La crisi dei concetti dell'interesse e del vantaggio, già appalesatasi nel 2007, si è resa ancor più evidente con l'estensione del decreto ai reati ambientali, ripercuotendo notevoli impatti in tema proprio di colpevolezza; nell'attesa della formazione di una giurisprudenza sul punto, il pericolo

¹⁴⁵ Sottolinea la mancata occasione G. DE SANTIS, *Regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo" (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2010*, p 130; con specifico riferimento alla costituzione di parte civile invece si veda S. DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'art 25-septies*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2008*.

all'orizzonte sembra essere il ricorso da parte di quest'ultima a schemi che si avvicinino al modello di responsabilità *par ricochet* di stampo francese.

Non appare del tutto agevole individuare la logica che ha guidato il legislatore italiano chiamato ad estendere il sistema 231 ai reati ambientali, soprattutto se si guarda alla genesi del D.Lgs 121/11. Si consideri la previsione dell'art 7 della direttiva 2008/99/CE: questa imponeva agli Stati membri l'adozione di "misure necessarie affinché le persone giuridiche dichiarate responsabili di un reato ai sensi dell'articolo 6 siano passibili di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive". Facile notare come la norma facesse riferimento ad una gamma di fattispecie di pericolo concreto e di danno, verso le matrici ambientali, ovvero verso la salute e l'integrità fisica delle persone.

Il legislatore della legge comunitaria 2009, "non è chiaro se per ignavia o per scelta"¹⁴⁶, ha pensato di non inserire nuovi reati, appunto modellati sullo schema del pericolo concreto o del danno come quelli ai quali faceva riferimento la direttiva europea, ma si è orientato a delegare al Governo l'adozione di un decreto legislativo che

¹⁴⁶ C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, p. 9 disponibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it

introducesse nel “sistema 231” le ipotesi alle quali facevano riferimento le direttive menzionate nel comma precedente¹⁴⁷. Tali ipotesi erano sì presenti nel nostro ordinamento, ma strutturate secondo fattispecie contravvenzionali di pericolo astratto. Poco spazio operativo è rimasto disponibile al legislatore delegato che “ha parzialmente corretto il tiro, espungendo dal catalogo dei reati presupposto gli illeciti penali di natura più schiettamente formale”¹⁴⁸.

Chi si aspettava dall'estensione ai reati colposi del sistema della responsabilità da reato degli enti un completamento e una razionalizzazione di quel processo iniziato nel 2001 non può certo dirsi soddisfatto. Come visto la strada scelta, invece di orientarsi verso criteri che esprimessero un effettivo collegamento del fatto di reato alla struttura organizzata, ha preferito mantenersi agganciata ai binari di quei parametri inizialmente previsti per i soli reati di stampo doloso che peraltro avevano già appalesato diversi limiti.

¹⁴⁷ Nello specifico, oltre alla già menzionata direttiva 2008/99/CE il riferimento era alla direttiva 2009/123/CE, che apportava modifiche alla precedente direttiva 2005/35/CE in tema di inquinamento provocato da navi.

¹⁴⁸ C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 10.

CAPITOLO III

UNO SGUARDO AI PAESI DI COMMON LAW: UN POSSIBILE AIUTO DAGLI “INVENTORI”?

SOMMARIO: 1 ANALISI COMPARATISTICA: PREMESSA – 2 GLI STATI UNITI D'AMERICA: CONSIDERAZIONI CULTURALI E SISTEMATICHE – 2.1 DA BLACKSTONE AL 1909 – 2.2 *NEW YORK CENTRAL & HUDSON RIVER RAILROAD Co. v. UNITED STATES* – 2.3 LA RICOSTRUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORIENTAMENTO MAGGIORITARIO DELLA GIURISPRUDENZA – 2.4 IL *MODEL PENAL CODE* DEL 1962 – 2.5 UN TENTATIVO GIURISPRUDENZIALE DI DAR FORMA ALLA COLPEVOLEZZA: LA *MENS REA* DELLA PERSONA GIURIDICA TRA *RATIFICATION* E *COLLECTIVE KNOWLEDGE* – 2.6 L'OPZIONE DELLE *FEDERAL SENTENCING GUIDELINES* DEL 1991 2.7 I RECENTI EMENDAMENTI – 2.8 I *PROSECUTION AGREEMENT* 2.9 – ULTERIORI CONSIDERAZIONI IN TEMA DI COLPEVOLEZZA – 3. IL SISTEMA INGLESE – 3.1 LA *VICARIOUS LIABILITY* – 3.2 LA *IDENTIFICATION THEORY* – 3.3 DIVERSI SISTEMI DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ: *HYBRID OFFENCE*, *AGGREGATED LIABILITY* ED IL CASO *MERIDIAN* – 3.4 *CORPORATE MANSLAUGHTER AND CORPORATE HOMICIDE ACT 2007 & BRIBERY ACT 2010* – 4 LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE IN AUSTRALIA – 4.1 L'INFLUENZA INGLESE: L'IMPOSTAZIONE TRADIZIONALE E I PRIMI SEGNALI DI CAMBIAMENTO – 4.2 L'*ACCOUNTABILITY MODEL* DI FISSE E BRAITHWAITE – 4.3 LE PREVISIONI DEL *CRIMINAL CODE ACT 1995* (CHT) E LA “*CORPORATE CULTURE*” – 4.4 ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

1. Analisi comparatistica: premessa¹⁴⁹

Nei precedenti capitoli si è più volte fatto cenno al fatto che la culla della responsabilità penale degli enti risiede nella cultura anglosassone. L'analisi comparatistica dei principali sistemi di *Common law* alla quale è dedicato il presente capitolo appare utile sotto un duplice profilo: *in primis* per verificare se effettivamente in tali sistemi, più avvezzi di quello italiano a trattare la materia, si sia dato spazio ad una riflessione specifica in punto di colpevolezza; in secondo luogo per saggiare la compatibilità delle soluzioni alle quali essi sono pervenuti con il sistema del D.Lgs 231/01 ed i principi fondamentali del sistema italiano, argomento che sarà trattato all'interno del capitolo V.

Sebbene interessanti spunti di comparazione siano rinvenibili anche in altri sistemi (quali per esempio quello francese, quello olandese o quello svizzero), si è tuttavia optato di limitare l'analisi ai tre principali sistemi di *Common law* (Stati Uniti d'America, Inghilterra ed Australia) perché gli stessi costituiscono il punto di riferimento più significativo in

¹⁴⁹ All'interno di questo capitolo si ricorrerà a diversi termini della lingua inglese. Pur trattandosi sostanzialmente del medesimo idioma, alcune differenze ricorrono nella pronuncia e nella scrittura di alcuni vocaboli. In particolare, per la traduzione della parola "reato", normalmente si ricorre al termine *offence* o *criminal offence* nell'ordinamento inglese ed in quello australiano; nell'ordinamento americano tale vocabolo appare invece come *offense*.

materia, un faro al quale anche quei sistemi hanno in qualche modo guardato.¹⁵⁰ Si rinvia pertanto alla letteratura di settore per contributi in merito.

¹⁵⁰ Per la ricostruzione storica più completa dell'affermazione del principio di responsabilità penale delle persone giuridiche nei sistemi di *Common law* si rimanda a J. C. COFFEE Jr, voce *Corporate Criminal Responsibility*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York (2002), vol. I.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

2. Gli Stati Uniti d'America: considerazioni culturali e sistematiche

La scelta di dare la precedenza all'interno di questa trattazione agli Stati Uniti d'America si giustifica non solo per la particolare attenzione che tale ordinamento ha riservato alla materia, ma altresì perché, come accennato nel capitolo III, il legislatore italiano del D.Lgs. 231/01, pur disegnando un'architettura del tutto peculiare, ha riconosciuto di esser stato significativamente influenzato dagli istituti d'oltreoceano nella redazione del proprio progetto.

L'importanza dell'ordinamento nordamericano è dovuta altresì al ruolo che ha dovuto giocare il sistema di responsabilità penale delle *corporation* per rispondere agli scandali societari che hanno investito il Paese nei recenti anni. La consapevolezza della necessità di un'efficace risposta sanzionatoria nei confronti delle entità collettive da parte della comunità si è tradotta non solo nella promulgazione nel 2002 del celebre *Sarbanes-Oxley Act*, ma anche nell'istituzione da parte dell'allora Presidente George W. Bush di una specifica *Corporate Fraud Task Force*.

Nell'affrontare l'analisi di tale ordinamento occorre

tenere presente che al suo interno la competenza in materia penale è ripartita tra giurisdizione federale e quelle dei singoli stati; una suddivisione che crea non di rado problemi di sovrapposizione dovuti ad una sempre maggiore tendenza espansiva da parte della seconda a detrimento delle giurisdizioni statali¹⁵¹. L'esposizione (quando non diversamente segnalato) si concentrerà sulla disciplina federale; il riferimento alle norme vigenti nei sistemi statali costituirà l'eccezione.

2.1 Da Blackstone al 1909

Nonostante oggi l'istituto della responsabilità penale sia assolutamente ben radicato e ne sia divenuto un elemento fondamentale, il riconoscimento dello stesso non è sempre stato scontato all'interno dell'ordinamento statunitense.

Non deve infatti dimenticarsi come il principio di

¹⁵¹ Si stima che a livello federale il numero di ipotesi criminose per le quali una *corporation* possa essere chiamata a rispondere siano all'incirca 4.000. Con specifico riferimento all'interferenza tra le giurisdizioni, si veda S. S. BEALE, *Too Many and Yet Too Few: New Principles to Define the Proper Limits for Federal Criminal Jurisdiction*, 46 *Hasting Law Journal* 979, 997 (1995) che già più di vent'anni fa evidenziava che "*Dual federal-state criminal jurisdiction is now the rule rather than the exception. (...) In many instances, federal law overlaps almost completely with state law*". Sovrapposizioni in particolare venivano riscontrate in tema di furto, frode, estorsione, corruzione, reati contro la persona, rapina, reati concernenti la disciplina delle armi e quella degli stupefacenti.

irresponsabilità penale delle persone giuridiche affermato nelle corti inglesi nel XVIII e riportato nei *Commentaries* di Blackstone fosse stato importato anche nelle colonie nordamericane.

In un primo periodo, dunque, in nessuno dei due sistemi le *corporation* rientravano nella sfera di applicazione del diritto penale quali soggetti destinatari dei precetti. Eppure su entrambe le sponde dell'Atlantico il passare del tempo portò ad erodere il dogma. Pur percorrendo strade che per un certo lasso temporale ebbero dei punti di contatto, per gli Stati Uniti la svolta avvenne in maniera autonoma, a conferma che davvero nulla era più dovuto a Londra.

Per comprendere appieno il processo evolutivo di tale sistema occorre prestare attenzione al contesto nel quale esso ebbe luogo¹⁵²: inizialmente il potere di creare una *corporation* nelle colonie americane era prerogativa dei governatori locali, che lo esercitavano per il conto della Corona. Quando le colonie conquistarono l'indipendenza, tale potere passò nelle mani del potere legislativo dei nuovi stati. Lo strumento tuttavia – tanto nel periodo coloniale quanto in quello successivo – trovò più frequente applicazione non tanto per scopi di *business*, quanto piuttosto per dar forma ad

¹⁵² Una esaustiva ricostruzione sul punto è fornita da S. E. BALDWIN, *Private Corporations 1701-1901*, in AA.VV. *Two Centuries' Growth of American Law 1701-1901*, New York (1901), p. 261 ss.

organizzazioni di tipo politico, le cd *municipal corporation*¹⁵³. Oltre alle entità private, infatti, potevano essere oggetto di incorporazione anche città, distretti e villaggi a patto che presentassero determinati requisiti (essenzialmente di tipo dimensionale).

L'utilizzo ai fini dello svolgimento di attività d'impresa stentò ad affermarsi per un duplice ordine di ragioni nel periodo coloniale: innanzitutto una certa diffidenza con la quale i governanti vi guardavano; in secondo luogo a causa dell'estensione da parte del Parlamento inglese del *Bubble Act* ai territori d'oltreoceano, con il quale si faceva divieto di concedere ulteriori *grant* per lo svolgimento di attività di impresa.

La tipica *corporation* con la quale dunque si dovette misurare l'ordinamento americano del XIX secolo aveva quindi un carattere semipubblico e tendenzialmente svolgeva attività finalizzate allo sviluppo dei trasporti, sia marittimi che terrestri: nella maggior parte delle ipotesi era dedicata alla costruzione di strade e ponti o al miglioramento delle vie di navigazione¹⁵⁴.

La combinazione di questo tipo di entità con la *law of nuisance*, la quale prevedeva una serie di *offense* che ben si

¹⁵³ La prima *municipal corporation* alla quale venne concesso il relativo *grant* fu un distretto del Maine che lo ottenne nel 1624.

¹⁵⁴ S. E. BALDWIN, *op. cit.*, p. 312.

adattavano allo svolgimento delle attività alle quali erano dedite le *corporation* a carattere semi pubblico, diede la spinta iniziale all'erosione del dogma.

La dottrina¹⁵⁵ individua quale passaggio fondamentale una pronuncia della Corte Suprema dello Stato di New York del 1834¹⁵⁶ avente ad oggetto la condanna della città di Albany per aver omesso di procedere alla depurazione del bacino del fiume Hudson. Questo era divenuto putrido a causa della presenza di fango, rifiuti e carcasse di animali morti; il permanere di detta situazione aveva reso l'acqua non potabile oltre ad aver cagionato fumi tossici pericolosi per la salute umana. La condotta dunque ricadeva astrattamente nell'*offense* di *nuisance*, che secondo la *Common law* poteva essere commessa “*by neglecting to do a thing which the common good requires*”¹⁵⁷.

La difesa della *corporation* contestò innanzitutto l'esistenza di un obbligo di svolgere tali attività, ma quand'anche vi fosse stato – si disse – il rimprovero avrebbe dovuto essere indirizzato nei confronti delle persone fisiche che avrebbero potuto prevenire la situazione, non verso

¹⁵⁵ Cfr. K. F. BRICKEY, *Corporate criminal accountability: a brief history and an observation*, 60 *Washington University Law Quarterly* 393, 406 (1982-1983).

¹⁵⁶ *People v. Corporation of Albany*, 11 Wend. 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834).

¹⁵⁷ *People v. Corporation of Albany*, 11 Wend. 539, 543 (N.Y. Sup. Ct. 1834).

l'entità fittizia.

Diversa la conclusione cui invece giunse la Corte, che focalizzò il ragionamento su “l'imputazione a titolo *omissivo* ed il carattere *pubblico* del *pericolo*”¹⁵⁸. Poiché, si legge, la *corporation* ha il potere *by statute* di prevenire tali situazioni non c'è dubbio che lo debba esercitare: esso fa parte di quell'insieme di poteri che le sono conferiti per il raggiungimento del bene comune, il suo esercizio dunque non può essere discrezionale.

Ma ciò che appare di particolare interesse nelle motivazioni della sentenza è l'affermazione da parte della Corte secondo la quale già precedentemente a quella data sarebbe stata ben radicata nell'ordinamento la possibilità di affermare la responsabilità penale delle persone giuridiche per ipotesi di *nonfeasance*, ovvero di *nuisance* di tipo omissivo¹⁵⁹. In realtà non si sono rinvenute precedenti decisioni in tal senso: questa era davvero la prima occasione che ciò veniva tradotto *expressis verbis* in una pronuncia da parte di una corte.

Nuovi sviluppi non tardarono: se con la pronuncia del

¹⁵⁸ C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁹ “*It is well settled that when ... [corporations or individuals] are bound to repair a public highway or a navigable river, they are liable to indictment for the neglect of their duty. An indictment and an informotion [sic] are the only remedies to which the public can resort for a redress of their grievances in this respect.*” *People v. Corporation of Albany*, 11 Wend. 539, 543 (N.Y. Sup. Ct. 1834).

1834 si era affermata la possibilità di un rimprovero penale per le ipotesi *nonfeasance*, il passo successivo fu quello di guardare alle ipotesi di *nuisance* di tipo commissivo, che nei sistemi di *Common law* vengono indicate con il nome di *misfeasance*.

Un'estensione peraltro favorita dal fatto che, come ricorda Brickey¹⁶⁰, la dicotomia *nonfeasance / misfeasance*, ben radicata nel *Common law* inglese¹⁶¹, non ebbe lunga vita nei territori delle ex colonie: una questione più di forma che di sostanza, insomma.

Due pronunce in particolare vengono ricordate come particolarmente significative per descrivere questo nuovo passo in avanti: *State v. Morris & Essex Railroad*¹⁶² e *Commonwealth v. Proprietors od New Bedford Bridge*¹⁶³.

Nella prima, l'oggetto della contestazione nei confronti della *corporation* era quello di aver costruito un edificio in una strada pubblica ed inoltre di aver ostruito la libera circolazione parcheggiando nelle vicinanze dei vagoni ferroviari. La *Supreme Court* del New Jersey, nel motivare la sentenza di condanna, prese le mosse dalla constatazione che se si era riconosciuta la possibilità di chiamare a rispondere la

¹⁶⁰ K. F. BRICKEY, *op. cit.*, p. 407.

¹⁶¹ Cfr. § 3.

¹⁶² *State v. Morris & Essex Railroad*, 135 F.2d 711 (2nd Cir.1852).

¹⁶³ *Commonwealth v. Proprietors od New Bedford Bridge*, 68 Mass. 339 (1854).

corporation per ipotesi di *nuisance* di tipo omissivo, allora tutte le obiezioni preliminari ad una responsabilità penale del soggetto collettivo non avevano più senso nemmeno per le ipotesi di tipo commissivo.

Anche in questa evenienza la soluzione giurisprudenziale apparve impregnata di una notevole dose di pragmatismo: non si esitò a giungere alla conclusione che, nonostante la regola precedentemente affermata si riferisse alle sole ipotesi di tipo omissivo, il fatto di poterla applicare anche ad ipotesi di tipo commissivo fosse ormai un dato acquisito. Se la *corporation* non ha mezzi per agire (e quindi compiere) un'azione – sostenne la Corte – ben può usare mani di altri soggetti; d'altronde la *law of torts* aveva già riconosciuto la possibilità di condannare a livello civilistico tali entità per ipotesi di *assault*, *trespass* e *false imprisonment* commessi dai suoi *agent*.

La difesa della *corporation* portò altresì l'argomento in base al quale non sarebbe stato possibile riferire all'ente l'operato degli *agent*: tra i poteri delegati agli stessi non sarebbe certo stato quello di commettere dei reati. Nemmeno questo convinse la Corte del New Jersey, che mise in luce che l'accoglimento di un simile argomento, cioè quello che gli *agent* avessero agito *ultra vires*, avrebbe altresì implicato l'impossibilità di far rispondere la *corporation* da un punto di

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

vista civilistico.

La seconda sentenza che la dottrina nordamericana ricorda sul punto invece porta data 1854, ed ebbe ad oggetto una contestazione alla proprietà del New Bedford Bridge per aver costruito il ponte in una maniera tale da arrecare pregiudizio al traffico navale. In questo caso fu la Corte del Massachusetts a pronunciarsi e lo fece con termini ancor più decisi: statui infatti che nessun peso dovesse essere più dato alla distinzione tra *nonfeasance* e *misfeasance*. Se mai tale dicotomia ebbe un senso, dice la Corte, nacque in un periodo nel quale le *corporation* erano un numero ridotto, come ridotti erano gli scopi e i poteri riferibili alle stesse in quel periodo, l'esperienza della modernità richiedeva dunque di accantonarla¹⁶⁴.

Sempre più dunque i casi nei quali le *corporation* vennero dichiarate penalmente responsabili per diverse tipologie di reati come l'esercizio abusivo della professione medica, vendita di alcolici ai minori o violazione del riposo domenicale¹⁶⁵.

Occorre ricordare che la riferibilità di tutte queste ipotesi di *offense* alla *corporation* fu (e come vedremo è tutt'oggi) possibile grazie alla circostanza che negli

¹⁶⁴ *Commonwealth v. Proprietors od New Bedford Bridge*, 68 Mass 339, 345 (1854).

¹⁶⁵ K. F. BRICKEY, *op. cit.*, p. 410

ordinamenti di *Common law* diverse ipotesi di reato non richiedono alcun elemento soggettivo (ipotesi di *strict* ed *absolute liability*)¹⁶⁶.

Infatti, se le pronunce delle corti statunitensi del XIX secolo riuscirono a squarciare il velo dell'irresponsabilità penale per le ipotesi di *nuisance*, si dovettero arrestare davanti agli altri reati, quelli per la cui integrazione era appunto richiesta una specifica *mens rea* (e.g. *intent*, *knowledge*, *recklessness*, *negligence*). Come dire: *societas deliquere potest...* ma se lo fa non ci pensa.

2.2 New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States¹⁶⁷

Una nuova accelerata per il sistema arrivò ancora una volta attraverso le acque del fiume Hudson, teatro questa volta di violazioni del diritto antitrust: alla società imputata si contestava di aver applicato dei prezzi eccessivamente bassi per le spedizioni di zucchero da New York a Detroit con lo specifico fine di accaparrarsi il monopolio del mercato.

In particolare, l'accusa nei confronti della *corporation*

¹⁶⁶ Cfr. A. WEISSMANN, R. ZEIGLER, L. Mc LOUGHLIN, J. Mc FADDEN, *Reforming Corporate Criminal Liability to Promote Responsible Corporate Behavior*, US Chamber Institute for Legal Reform, (2008), p. 14 disponibile su www.instituteforlegalreform.org.

¹⁶⁷ *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

nasceva poiché le norme che si assumevano violate (contenute nell'*Elkins Act*) prevedevano che per gli sconti illegali accordati da un rappresentante che agisse per conto della *corporation*, dovessero essere chiamati a rispondere, che si sarebbe dunque fatta carico delle conseguenze penali di tale operato.

La soluzione alla quale giunse la Corte è alla base del ragionamento al quale ancor oggi la giurisprudenza americana si rifà per applicare la responsabilità penale alle persone giuridiche. Il processo logico che sostiene l'architettura della decisione venne strutturato secondo la regola civilistica del *respondeat superior*, meglio conosciuta come *vicarious liability* negli ordinamenti di matrice anglosassone.

Alcuni passi della pronuncia lasciano trasparire in maniera netta il pragmatismo di cui ancora una volta si permea il *modus decidendi* delle corti nordamericane: “è *prassi consolidata in diritto civile che le imprese rispondano per gli atti illeciti commessi dai loro rappresentanti che agiscono nell'ambito del mandato conferitogli. (...) È vero anche che vi sono dei reati che per la loro natura non possono essere realizzati da un'impresa (...) ma vi è un gran numero di fattispecie per cui non esistono buone ragioni che mandino le persone giuridiche impunte. (...) Garantire loro*

*l'impunità in omaggio ad una vetusta e superata dottrina che nega agli enti collettivi la capacità di commettere reati, significa privarsi degli unici strumenti efficaci e in grado di controllare questo tipo di criminalità*¹⁶⁸.

In breve, dato che la *corporation* è una entità fittizia, le sue azioni sono quelle che vengono poste in essere dai suoi rappresentanti, la volontà di costoro – e dunque il loro *intent* – sarà quello della persona giuridica. Rimangono pur sempre dei reati incompatibili con l'ente, ma d'ora in poi il solo fatto che una *offense* sia caratterizzata da uno specifico elemento soggettivo non è di per sé un ostacolo all'affermazione della responsabilità.

2.3 La ricostruzione della responsabilità nell'orientamento maggioritario della giurisprudenza

Abbattuto il dogma *societas delinquere non potest*, la tendenza dell'ordinamento americano col passare degli anni è stata quella di chiamare a rispondere l'ente per sempre più fattispecie di reato, anche per quelle caratterizzate da elementi psicologici particolarmente pregnanti (ovvero le fattispecie la cui integrazione richiede uno *specific intent*).

¹⁶⁸ *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 490 (1909).

Prima di analizzare quali siano i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per poter affermare la responsabilità della persona giuridica, occorre notare come il progressivo allargamento delle ipotesi nelle quali la persona giuridica è stata chiamata a rispondere sia stato reso possibile dall'interpretazione del termine "*person*", che come si legge all'interno dello US Code riceve una accezione assai ampia all'interno della quale vengono fatte ricadere "*corporations, companies, associations, firms, partnerships, societis, and joint stock companies as well as individuals*"¹⁶⁹.

Passando dunque agli elementi fondamentali, il vaglio giudiziale deve accertare le tre seguenti circostanze:

- a) il soggetto autore dell'illecito deve essere un *agent della corporation*;
- b) deve agire con *scope of employment* (cioè nell'ambito delle mansioni che gli sono state attribuite);
- c) allo scopo di procacciare un vantaggio alla *corporation (intent to benefit)*.

Il primo requisito delinea la cerchia dei soggetti in grado far nascere il meccanismo sanzionatorio nei confronti della persona giuridica. Si vedrà *infra* che mentre per l'ordinamento inglese la questione ha avuto (e tutt'ora ha)

¹⁶⁹ 1 U.S.C. § 1.

una importanza cruciale, non vi è stato un simile dibattito nelle corti nordamericane: l'impostazione seguita è stata quella di interpretare con la massima estensione tale concetto. La necessità di reprimere i reati che nascono nel contesto della persona giuridica ha decisamente la meglio sulle esigenze dogmatiche (nonché sul garantismo): in rare occasioni (peraltro più risalenti) la giurisprudenza si è orientata verso una nozione più ristretta di tale concetto affermando che il soggetto deve essere individuato tra coloro che rivestono posizioni di particolare importanza all'interno dell'ente¹⁷⁰, nella assoluta maggioranza dei casi invece, l'impostazione è stata quella per cui qualunque soggetto interno alla persona giuridica è idoneo ad attivarne la responsabilità.

Emblematica a tal fine una decisione del 1958: la Corte Suprema, nel condannare una società di trasporti affermò che non era in alcun modo necessario provare il coinvolgimento del vertice aziendale: la mancata partecipazione delle alte cariche al fatto di reato non poteva significare in alcun modo che la corporation potesse essere

¹⁷⁰ Simile impostazione è stata seguita in *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Cir. 1949). Pur trattandosi di una pronuncia di condanna, le motivazioni mettono bene in luce che il reato commesso dalla persona giuridica (falsificazione di scritture contabili ai fini di ottenere sovvenzioni federali) fu stato possibile solo grazie al ruolo attivo del vertice societario, la cui colpevolezza era appunto idonea a rappresentare la colpevolezza dell'ente.

libera di perpetrare comportamenti illeciti¹⁷¹.

“La *ratio* di questa impostazione che dilata al massimo il concesso agli *Agent* va cercata e rinvenuta nella nozione di *delega (delegation)*”¹⁷²: l’attivazione del meccanismo sanzionatorio a cagione di un comportamento illecito perpetrato da qualsiasi soggetto dipendente della società è possibile proprio perché la società agisce attraverso i suoi dipendenti.

Ancor oggi dunque le corti normalmente si uniformano al precedente della sentenza *New York Central* e l’indicazione che viene data alle giurie è quella che esse possano essere ritenute responsabili anche per fatti posti in essere da impiegati posti ai livelli più bassi della gerarchia aziendale¹⁷³.

Le corti penali danno un’interpretazione assai elastica anche del concetto di *scope of employment*, che in buona sostanza vale ad indicare che la persona fisica ha posto in

¹⁷¹ *United States v. A&P Trucking Co.*, 358 US 121, 126 (1958). Conformemente si vedano *Riss & Co. v. United States*, 262 F.2d 245 (8th Cir. 1958); *Standard Oil of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962); *Steere Tank Lines v. United States*, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963); *United States v. Dye Construction Co.*, 510 F.2d 78 (10th Cir. 1975); *United States v. Koppers Co.*, 652 F.2d 290, 297 (2nd Cir. 1981).

¹⁷² C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷³ Cfr. V. P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence, and Risk*, New York (2011), p. 71.

essere una condotta alla quale era autorizzato¹⁷⁴. Si badi però che ciò, come sopra accennato, non significa affatto che l'organo dirigente abbia approvato la condotta, quanto piuttosto che la persona fisica ha agito in tale maniera perché inserito nella struttura organizzata.

In altri termini, per usare le parole della stessa giurisprudenza in una delle sentenze che più spesso viene richiamata, tale requisito va interpretato "in modo che esso includa le condotte realizzate per conto della persona giuridica ed *espressive della linea generale di lavoro svolto dai suoi rappresentanti*"¹⁷⁵.

È quasi sorprendente tuttavia constatare che la presenza di regole di condotta interne che si pongano in contrasto con l'operato illecito posto in essere da parte delle persone fisiche non valga ad escludere tale requisito¹⁷⁶: in una recente pronuncia del 2009 in tema di violazioni di

¹⁷⁴ Cfr. *United States v. Cincotta*, 658 F.2d 238 (1st Cir. 1982) dove il requisito viene definito individuato sussistente se "*the agent is performing acts of the kind he is authorized to perform*"; ugualmente *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (5th Cir. 1983) e *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656 (2nd Cir. 1989).

¹⁷⁵ Così *United States v. Automated Medical Laboratories*, 770 F.2d 399, 400 (4th Cir. 1985) nella traduzione italiana riportata da C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁶ In proposito si veda *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1972) secondo la quale "*a corporation may be liable for acts of its employees done contrary to express instruction and policies*". Impostazione questa, che come si vedrà nel § 2.7 è stata mantenuta anche in sede di emendamento delle *Federal Sentencing Guidelines*.

carattere ambientale, la giurisprudenza nordamericana ha ribadito l'irrelevanza, ai fini dell'imposizione della responsabilità vicaria in capo alla società, anche della presenza di uno specifico *training* ai propri dipendenti per il rispetto delle norme in materia¹⁷⁷.

L'ultimo elemento necessario per attivare la responsabilità dell'ente guarda alla finalità dell'azione posta in essere dalla persona fisica e, come visto, viene individuato nell'*intent to benefit*.

Se gli altri due elementi del sistema sul quale è costruita la responsabilità dell'ente sono stati interpretati in maniera elastica, per quanto riguarda quest'ultimo, le "maglie di tolleranza" da parte della giurisprudenza sono state ancor più larghe: "[l]a dottrina sottolinea come anche la dimostrazione di questo elemento sia stata trascurata, se non addirittura ignorata da alcune corti"¹⁷⁸.

Anche un semplice interesse concorrente tra persona giuridica e persona fisica che ha materialmente posto in essere la condotta è sufficiente per affermare la responsabilità della prima¹⁷⁹. Per contro, solo la condotta

¹⁷⁷ Si veda *United States v. Ionia Mgmt. SA*, 55 F.3d 303 (2nd Cir. 2009).

¹⁷⁸ C, DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 21, che rimanda a A. GROSFKAUFMANIS, *Principles of Criminal Liability*, in BNA/ACCA, *Compliance Manual: Prevention of Corporate Liability*, Arlington (1994).

¹⁷⁹ Sul punto si veda *United States v. Potter*, 463 F.3d 9, 25 (1st Cir. 2006) ove si richiede che gli atti siano "*motivated, at least in part, by an intent to benefit the corporation*".

illecita finalizzata al perseguimento di un'utilità della persona fisica della quale la persona giuridica non potrà giovare nemmeno indirettamente vale ad escludere il coinvolgimento di quest'ultima¹⁸⁰.

Coerentemente con questa impostazione, non è richiesto che l'ente poi effettivamente consegua un qualche vantaggio economicamente valutabile¹⁸¹. Qualora ciò avvenga, esso viene avvalorato più sul piano probatorio che su quello fattuale: torna utile soffermarsi su alcuni passi della sentenza *United States v. Automated Medical Laboratories*. Nella stessa, che a sua volta si richiama ad una precedente pronuncia del 1945¹⁸², si legge infatti che "*benefit is not a touchstone of criminal corporate liability*"¹⁸³; il fatto che le azioni della persona abbiano di riflesso portato beneficio all'ente è meno significativo rispetto al fatto che l'azione sia stata a tal fine indirizzata.

Il significato principale di inserire questo requisito nell'architettura generale è quello di far sì che la *corporation* non venga chiamata a rispondere nei casi in cui i suoi *agent*,

¹⁸⁰ Sul punto ancora *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238, 242 (1st Cir. 1982).

¹⁸¹ Cfr. *Standard Oil of Texas v. United States*, 307 F.2d 120, 128 (5th Cir. 1962).

¹⁸² Il richiamo è a *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905, 908 (4th Cir. 1945).

¹⁸³ *United States v. Automated Medical Laboratories*, 770 F.2d (4th Cir. 1985) 407.

pur agendo nello *scope of employment*, commettano reati esplicitamente finalizzati ad arrecare un danno a quest'ultima, cioè i casi di dipendenti infedeli.

La dottrina riporta quale esempio il caso della corruzione privata, in cui un soggetto interno all'ente accetti un compenso economico per compiere un atto contrario ai propri doveri d'ufficio, circostanza questa che in nessun modo potrà portare beneficio agli azionisti della società¹⁸⁴.

Con riferimento a quest'ultimo requisito è interessante considerare ancora una volta la circostanza della presenza di regole di condotta interne: il codice etico, in maniera paradossale visto che per definizione esso non può incoraggiare comportamenti illeciti, è stato utilizzato in alcune pronunce quale elemento a carico della persona giuridica per sostenerne la responsabilità: se questo esiste, dice la giurisprudenza, significa che le condotte della persona giuridica – anche quelle illecite in violazione dello stesso – sono riconducibili ad una programmazione di livello superiore¹⁸⁵.

2.4 Il Model Penal Code del 1962

L'impostazione sopra descritta, fatta propria dalla

¹⁸⁴ V. P. NANDA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁵ *United States v. Beush*, 569 F.2.d 871 (9th Cir. 1979).

quasi totalità della giurisprudenza, non ha incontrato il favore della maggior parte della dottrina, la quale ha proposto soluzioni diverse a quella di un'attribuzione della responsabilità che, di fatto, avviene attraverso un concetto di colpevolezza della persona giuridica attivata in maniera automatica e su base esclusivamente oggettiva.

La proposta più interessante e completa appare quella formulata all'interno del *Model Penal Code* da parte dell'*American Law Institute*¹⁸⁶. La nascita di questo testo parte dalla constatazione che il sistema nordamericano conta cinquantadue codici penali: cinquanta degli Stati, uno del *District of Columbia* ed uno federale.

La Costituzione federale riserva la generale potestà legislativa in materia penale agli Stati, potendo lo Stato federale – come sopra accennato – intervenire con sanzioni criminali solamente nelle materie che la stessa Costituzione fa ricadere sotto la sua giurisdizione. Il fine ultimo cui il

¹⁸⁶ L'*American Law Institute* è un'organizzazione non governativa composta da giuristi statunitensi di diversa estrazione (giudici, avvocati e professori universitari). Tra le varie attività svolte, in particolare esso si dedica alla redazione di *restatement* (che potremmo definire come redazione di testi unici in via informale) di determinati settori del diritto nelle diverse giurisdizioni americane. Quando viene pubblicato un *restatement* relativo ad un particolare settore del diritto, esso non è ovviamente dotato di forza cogente, ma costituisce assai spesso il punto di riferimento per le decisioni dei giudici e per i diversi legislatori del sistema statunitense. Per una prima analisi di tale testo si veda P. H. ROBINSON, M. DIRK DUBBER, *An Introduction to the Model Penal Code*, (1999) disponibile su <https://www.law.upenn.edu>.

progetto mirava era quello di convergere i processi di riforma legislativi dei vari stati per giungere ad un diritto penale americano uniforme.

Tale progetto ovviamente prese in considerazione anche la responsabilità penale delle *corporation* alle quali è dedicata la *Section 2.07*.

L'approccio fornito dal testo dall'*American Law Institute* alla materia appare più stringente rispetto all'impostazione generale della giurisprudenza sopra descritta ed essenzialmente suddivisa secondo tre scenari.

Nel primo, descritto dalla *subsection (1)(a)*, si prevede che la persona giuridica possa essere chiamata innanzitutto a rispondere per quelle *offense* che lo stesso definisce *violation*: illeciti di minore importanza – che non sono classificati come *crimes* – e che vengono sanzionati con una pena pecuniaria ovvero con la confisca. L'ente risponde inoltre per quegli illeciti previsti dagli *statutes* dai quali emerga un chiaro intento legislativo di far sì che l'ente sia chiamato a rispondere per gli illeciti commessi dai suoi *agent* in qualsiasi posizione della gerarchia aziendale collocati nello svolgimento delle proprie mansioni. Ove non specificato altrimenti, il *Model Penal Code* presume che lo schema di colpevolezza cui fare riferimento sia quello della *strict liability*.

Tuttavia, pur trattandosi di una applicazione del

classico schema di *vicarious liability*, la persona giuridica, diversamente da quanto avviene nella prassi giudiziaria, può avvalersi della *due diligence defense* prevista dalla *section 2.07 (5)*: la responsabilità dell'ente non nasce se si prova che l'alto dirigente con poteri di supervisione sullo specifico settore nel quale il reato si è manifestato ha utilizzato il potere di diligenza per prevenirne la commissione (poi comunque avvenuta)¹⁸⁷.

Nel secondo caso (*subsection (1)(b)*) si ha invece riguardo ai consolidati casi di *nonfeasance*: l'ente è chiamato a rispondere per i casi nei quali fallisca nel adottare la specifica condotta positiva che la legge lo obbliga a porre in essere. L'ipotesi, riferendosi all'inadempimento di precise condotte, non dovrebbe dunque coprire i casi in cui venga richiesto un generico dovere di diligenza. Si tratta ancora di una ipotesi di responsabilità oggettiva, ma in questo caso non è possibile invocare la *defense* prevista nel primo scenario¹⁸⁸.

Infine, a norma della *subsection (1) (c)*, l'ente è chiamato a rispondere ogni volta che il reato sia stato posto

¹⁸⁷ Più approfonditamente sul punto si veda R. HEFENDEHL, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Deveolpment in Western Legal Countries*, 292 *Buffalo Criminal Law Review* 283, 290 (2000) e K. F. BRICKEY, *Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents*, vol. I, Wilmett (1984), p. 46 ss.

¹⁸⁸ R. HEFENDEHL, *op. cit.*, p. 292. Simili *offence* sono normalmente dette di *absolute liability*.

in essere, autorizzato, ovvero tollerato con consapevole indifferenza per le conseguenze pregiudizievoli da parte dell'organo gestorio o da un "*high material agent*" che abbia agito per conto della persona giuridica nell'esercizio delle sue funzioni. Essi sono definiti dalla *section 2.07 (4) (c)* come coloro che all'interno della struttura sono investiti da una responsabilità tale da potersi ragionevolmente assumere che la loro condotta rappresenti la *policy* della struttura organizzata.

Ricadono in questa particolare categoria gli illeciti per i quali tradizionalmente i sistemi di *Common law* richiedono uno specifico elemento psicologico e per i quali lo stesso *Model Penal Code* indirettamente riconosce non apparire uno specifico intento legislativo di imporre automaticamente la responsabilità (invece presente nel primo scenario).

Da un punto di vista squisitamente pratico occorre notare che sul tema della responsabilità penale delle *corporation* l'influenza di questo contributo è stata assai scarsa: come sopra accennato, le corti penali continuano nella stragrande maggioranza dei casi ad uniformarsi al precedente del 1909 ed i legislatori non sembrano aver mostrato interesse per la particolare costruzione, essendo pochi gli stati che hanno seguito il suggerimento dell'*American Law Institute*.

Se poi si guarda allo specifico tema della colpevolezza, gli schemi proposti limitano sì l'area di applicazione della responsabilità della struttura collettiva ma sono pur sempre quelli di *strict* e *vicarious liability* ai quali ricorre la giurisprudenza maggioritaria. Si tratta di una alternativa "quantitativa" e non "qualitativa" nell'interpretazione dei criteri di attribuzione dell'illecito alla struttura organizzata.

Appare significativo notare come l'affermarsi ed il permanere di una responsabilità penale delle *corporation* informata su schemi schiettamente oggettivi nel mondo statunitense si sia accompagnata alla proliferazione – messa in luce da Brickey – di una serie di *public welfare offense*¹⁸⁹. Questo tipo di illeciti sono stati a loro volta costruiti secondo lo schema della *strict liability*: il *superior* viene chiamato a rispondere per l'illecito del proprio sottoposto senza che sia richiesto alcun elemento psicologico in capo al primo. La colpevolezza viene affermata perché la violazione della norma espone la collettività ad un inaccettabile rischio: nessuno (o quasi) lo spazio di difesa. Tendenza peraltro assolutamente sovrapponibile con quella registrata nell'esperienza italiana, ove sia per persone fisiche che per quelle giuridiche, pur formalmente prevedendosi un elemento

¹⁸⁹ K. F. BRICKEY, *Corporate criminal accountability*, *op. cit.*, nota 160, p. 420.

soggettivo, sono state chiamate a rispondere in maniera essenzialmente automatica. In un caso attraverso la normativizzazione del dolo, nell'altro con una applicazione della previsione dell'art 6 del D.Lgs 231/01 particolarmente severa.

Si aggiunga la scarsa simpatia che ancora una volta Brickey rileva da parte delle corti nei confronti di questi soggetti: il dubbio che si tratti di una colpa d'agente è sullo sfondo.

2.5 Un tentativo giurisprudenziale di dar forma alla colpevolezza: la *mens rea* della persona giuridica tra *ratification* e *collective knowledge*

Se l'impostazione di *default* delle corti statunitensi è dunque quella descritta nel precedente paragrafo, occorre tuttavia menzionare l'esistenza di un certo numero (in vero abbastanza esiguo) di pronunce nelle quali si è cercato di dare un maggior peso alla colpevolezza dell'ente.

Si tratta ovviamente di decisioni relative ad ipotesi nelle quali delle persone giuridiche erano state chiamate a rispondere di reati per la cui integrazione era (ed è) richiesta la presenza di un elemento soggettivo, non ponendosi questo tipo di problema per le ipotesi di *strict liability*.

Due essenzialmente i modelli alternativi secondo i

quali poter affermare la colpevolezza dell'ente: la teoria dell'assenso (indicata anche come *corporate assent theory* o *ratification theory*) e quella del *collective intent*.

Il ragionamento alla base della prima ancora una volta si muove sui binari concettuali del *respondeat superior*, ma con un certo grado di flessibilità: la persona giuridica è sì responsabile per le condotte illecite poste in essere dai soggetti che agiscono con *scope of employment*, ma il singolo reato commesso dall'*agent* – pur con *intent to benefit* – non sarebbe di per sé sufficiente a farne scattare la responsabilità. Perché ciò avvenga è invece necessario che il comportamento illecito sia ripetuto nel tempo per un numero apprezzabile di volte, senza che vi sia alcuna reazione da parte dell'ente collettivo.

Astrattamente quest'ultimo potrebbe infatti allontanare il proprio *agent* tramite il licenziamento o quantomeno prendere provvedimenti dal punto di vista disciplinare. Davanti ad uno scenario dove invece la *corporation* rimanga inerme, l'unica spiegazione sarebbe quella per cui l'agire illecito è caratteristica del modo in cui viene gestita l'attività cui la struttura è dedita.

Tale illiceità che permea la *corporation* può declinarsi

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

alternativamente secondo schemi più vicini al dolo¹⁹⁰ ovvero secondo paradigmi più vicini alla responsabilità colposa; quest'ultimo sarebbe il caso della persona giuridica che non reagisca in alcun modo alle condotte illecite dei propri agenti. E ciò vuoi perché precedentemente postasi in uno stato di *wilful blindness*, vuoi perché le posizioni apicali abbiano tenuto un comportamento negligente¹⁹¹.

Diversamente, lo schema concettuale cui si rifà la *collective intent theory* guarda alla *corporation* come un'entità risultante dalla sommatoria di tutti gli individui che la compongono. Sebbene non fossero mancate anche in precedenza pronunce giurisprudenziali che avessero fatto ricorso a tale teoria¹⁹² per attribuire il reato alla persona giuridica, furono gli anni Ottanta a vedere una particolare affermazione di questo ragionamento. Celebre e paradigmatica in tal senso la sentenza *United States v. Bank of New England*¹⁹³.

L'istituto bancario venne chiamato a rispondere di

¹⁹⁰ Questa l'impostazione si rinviene in *United States v. Milton Marks Corp.*, 240 F.2d 838 (3rd Cir. 1957) e in *Continental Baking Company v. United States*, 281 F.2d 137 (6th Cir. 1960).

¹⁹¹ Questo il caso di *Steere Tank Lines Inc. v. United States*, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963).

¹⁹² Opportuno il rimando a *United States v. T.I.M.E. – D.C.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va.1974) e a *Sarna v. American Bosch Magneto Corp.*, 290 Mass. 340 (1935), per cui l'ente "*is chargeable with the combined knowledge which all its agent acquired with the scope of their authority*".

¹⁹³ *United States v. Bank of New England*, 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987).

illeciti in tema di circolazione monetaria pur non essendo provato che alcuno dei suoi dipendenti avesse quella consapevolezza al momento della commissione del fatto.

La soluzione fornita fece leva appunto sulla sommatoria delle conoscenze di tutti i soggetti interni alla *corporation*: una concezione del genere, affermò la corte, appariva opportuna e necessaria soprattutto davanti a strutture di dimensioni ragguardevoli che abbiano una divisione dei diversi compiti in settori dove è richiesta una certa specializzazione. Se la riuscita positiva del *business* richiede un concerto di conoscenze collettive che, singolarmente considerate, non sempre sono consce di quanto sta accadendo in un settore diverso da quello di competenza, non si vede per quale motivo tale meccanismo debba smettere di operare quando invece si incorra in una attività illecita.

Appare significativo notare che non si sono praticamente rinvenute tra queste pronunce decisioni che hanno affermato la non colpevolezza dell'ente sulla base del difetto di colpevolezza, ma quasi esclusivamente decisioni di condanna¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Una delle rarissime pronunce in senso favorevole ad una *corporation* è costituita da *People v. Canadian Fur Trappers' Corp.*, 161 N.E. 455 N.Y. Sup. Ct. (1928). I fatti oggetto di giudizio si riferivano ad una accusa di *larceny* nei confronti di una società produttrice di pellicce: una cliente aveva anticipato una somma di denaro ottenendo la promessa di ottenere

Sembra, infatti, che negli Stati Uniti le *corporation* abbiano davvero poche *chance* di essere riconosciute non colpevoli una volta che sia stata formalizzata nei loro confronti l'accusa, salvo dimostrare di essere persone offese del reato. Non è poi inutile osservare come se lo sforzo concettuale sottostante alla teoria del *collective intent* più che trovare una soluzione alternativa all'automatismo che permea le decisioni della giurisprudenza maggioritaria si indirizzi piuttosto ad avvalorarne e ad ampliarne i risultati grazie ad una più fine ricerca dogmatica.

Astrattamente, invece, la teoria del *corporate assent*, invece, potrebbe portare anche a diversi risultati da un punto di vista pratico, ma i contorni della stessa rinvenibili dalle decisioni della giurisprudenza appaiono assai sfocati: quali atti sono in concreto idonei ad esprimere un assenso? Quante reiterazioni occorrono per affermare che l'ente approva comportamenti illeciti?

In ogni caso, come detto, a questa teoria si è fatto ricorso quasi esclusivamente in chiave *contra reum* e solo eccezionalmente per sostenere che la condotta criminale

un determinato capo al momento del saldo del prezzo. Tuttavia, una volta avvenuto il pagamento veniva recapitato un diverso capo, poiché quello voluto dalla cliente era stato venduto a terzi. Giudicata colpevole in primo grado, la Corte d'Appello di New York ordinava un nuovo processo per la società sulla base della mancata dimostrazione della presenza di un atto di autorizzazione della vendita del capo al secondo acquirente.

fosse un episodio isolato che l'entità fittizia non avesse ratificato. Si vorrà inoltre notare come simile ragionamento si focalizzi non tanto su una singola condotta avvenuta in un caso specifico, bensì su di un generico modo di essere della struttura collettiva nel tempo: l'ombra della colpa d'agente rimane anche sullo sfondo di queste impostazioni giurisprudenziali minoritarie.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, il punto fondamentale è che nell'ordinamento statunitense il ragionamento sulla responsabilità dell'ente non guarda *l'an* della colpevolezza, bensì il *quantum*.

A fronte delle conseguenze negative delle pesanti sanzioni che vengono minacciate, ciò che appare infatti fondamentale è il comportamento dell'ente nella fase successiva alla formulazione dell'accusa, ove viene dato uno specifico spazio alla valutazione di diversi elementi che contribuiscono a delineare la colpevolezza dell'ente. Ma pur a fronte di questa valutazione successiva, rimane valida la considerazione con la quale si è chiuso il precedente paragrafo: dal punto di vista concettuale il reato viene comunque sempre attribuito alla *corporation*.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

2.6 L'opzione delle Federal Sentencing Guidelines del 1991

Se dunque la colpevolezza dell'ente nel contesto del sistema statunitense prende forma quasi esclusivamente nella fase di commisurazione della pena, meglio nota come *sentencing*, è qui che occorre concentrare l'analisi.

Nel 1991 il *Department of Justice* ha aggiunto un nuovo capitolo – il *Chapter Eight* – alle *Federal Sentencing Guidelines*, denominato appunto “*Sentencing of Organizations*”¹⁹⁵. Prima di analizzarne i tratti fondamentali ai

¹⁹⁵ Molti i contributi dottrinali sul tema. Tra i vari si rimanda a: C. R. ALEXANDER, J. ARLEN, M. A. COHEN, *Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms*, 42 *Journal of Law & Economics* 393 (1999); P. H. BUCY, *Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horses*, 71 *Washington University Law Quarterly* 329 (1992); P. DESIO, *An Overview of the Organizational Guidelines*, reperibile sul sito internet www.ussc.gov; D. E. MURPHY, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, 87 *Iowa Law Review* 697 (2002); K. STITH, *Fear of Judging: sentencing guidelines in the federal courts*, Chicago, (1998). Per i contributi in lingua italiana si rimanda a N. BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le federal sentencing guidelines*, in *Il Foro Ambrosiano* n°3/2004, p. 527 ss.; G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines per organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Diritto del commercio internazionale* n°2/1998, p. 465 ss.; S. FORTUNATO, *Le Federal sentencing guidelines ed i Compliance and Ethics Program*, in *Rivista dei dottori commercialisti* n°4/2010, p. 765 ss.; E. FUSCO, *Riflessioni sulla compliance in U.S.A. e in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°2/2011, p. 123 ss.; G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "Modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Milano, (2008); A. GASPARINI, *Dall'"indeterminate sentence" alla "sentencing guidelines"*:

fini di questo lavoro occorre preliminarmente ricordarne la portata: sebbene le *Guidelines* siano state considerate dalla prassi per lungo tempo come dotate di forza cogente, un'importante pronuncia della *Supreme Court* del 2005¹⁹⁶ ne ha invece statuito la non obbligatorietà. Dunque, tanto per gli individui (specifico oggetto della sentenza della Suprema Corte), quanto per le persone giuridiche, il Giudice potrà ricorrere alle *Federal Sentencing Guidelines* per la commisurazione della pena, ma non gli sarà precluso un percorso alternativo, avendo queste solamente funzione di *advisory*.

La sezione specificamente dedicata alle *organization* (per la definizione delle quali le *Guidelines* fanno propria la definizione data dal Codice Federale)¹⁹⁷ utilizza in parte gli stessi parametri previsti per la valutazione della colpevolezza delle persone fisiche, in parte ne disegna di specifici sia per

una riforma rivoluzionaria negli USA, in *L'Indice penale n°1/1994*, p. 37 ss.; I. A. SAVINI, M. CALLERI, *Federal Sentencing Guidelines americane e giurisprudenza italiana: i recenti orientamenti a confronto*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2010*, p. 73 ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia n°2-3/1998*, p. 459 ss.; ID, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°4/1999*, p. 1254 ss.

¹⁹⁶ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

¹⁹⁷ A norma del 18 U.S.C. § 18 il termine si riferisce a “*a person other than an individual*” e sono tali “*corporations, partnership, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof and non-profit organizations*”.

determinare la sanzione principale, sia per le sanzioni secondarie (restituzioni, ordini di ripristino e *probation*)¹⁹⁸.

La disciplina intende, per espressa dichiarazione della *Sentencing Commission*, essere espressione di quattro principi fondamentali:

- quando possibile, deve essere imposto all'ente di riparare il danno cagionato. I costi sostenuti per tale obiettivo non sono da considerarsi come una punizione ma come una mezzo per il ristoro del danno causato alle vittime;
- se l'organizzazione essenzialmente sia di una impresa criminale, la sanzione da applicarsi deve essere calibrata in maniera tale da privarla di tutti i suoi *asset*;
- in tutti gli altri casi, la pena deve essere determinata facendo riferimento alla gravità del reato (*seriousness of the offense*) e alla colpevolezza (*culpability*) dell'ente. Normalmente quest'ultimo criterio prende in considerazione sei fattori, di cui quattro aumentano il grado di colpevolezza e due lo diminuiscono. I primi sono: (i) il livello di coinvolgimento o di tolleranza dell'attività illecita; (ii) la presenza di precedenti condanne; (iii) la violazione di un *order*; (iv) l'ostacolo

¹⁹⁸ Cfr. L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 45, 48 (2006).

alle autorità. Riducono la colpevolezza (i) la presenza di un effettivo *compliance and ethics program*; (ii) il *self-reporting*, la collaborazione e l'accettazione della propria responsabilità;

- la sospensione della pena è appropriata quando sia necessaria per assicurare che le prescrizioni di un'altra sanzione vengano adempiute o per far sì che l'ente adotti misure necessarie per ridurre la probabilità di una futura condotta illecita¹⁹⁹.

Da una rapida analisi del *Chapter Eight* emerge che il modello statunitense è chiaramente improntato sulla logica del *carrot-stick*: rifacendosi ai dettami propri dell'analisi economica del diritto, le *Federal Sentencing Guidelines* mirano ad assicurare una condotta collaborativa da parte della persona giuridica attraverso la previsione di sanzioni particolarmente elevate²⁰⁰ che si riducono tanto più quanto

¹⁹⁹ 2011 Federal Sentencing Guidelines Manual, Ch. 8, *Introductory Commentary*, p. 504. Disponibile sul sito internet www.ussc.gov.

²⁰⁰ Da notare come in questo ordinamento non solo le sanzioni a carico degli enti abbiano una particolare significatività in termini economici, ma anche la sola sottoposizione dell'ente al procedimento penale, a causa degli intrinseci danni reputazionali che ciò comporta, possa definitivamente segnare il destino della persona giuridica. Il caso più celebre è quello di Arthur Andersen: società di revisione di calibro internazionale coinvolta nella vicenda del *crack* Enron, condannata in prima istanza ma assolta dalla Corte Suprema. La scomparsa della società è stata causata non dalla sentenza di condanna in primo grado, ma dal danno all'immagine causato dal coinvolgimento nel procedimento

maggiore è la risposta positiva dell'ente in termini di collaborazione con le autorità e di riduzione dei danni (attuali e potenziali).

In particolare, le disposizioni che incentivano l'ente ad adottare un *compliance and ethics program* sono quelle che maggiormente hanno caratterizzato il sistema statunitense ed alle quali si è dichiaratamente ispirato il legislatore italiano, ricollegando tuttavia all'istituto una valenza diversa. Se infatti il modello di organizzazione, gestione e controllo pensato dal D.Lgs. 231/01, come visto nel § 4 del capitolo III, può escludere totalmente la responsabilità dell'ente, la presenza di un *compliance and ethics program* non può arrivare ad avere tale effetto per l'*organization*. Essa può solamente attenuare la responsabilità dell'*organization*, ma mai escluderla, operando sostanzialmente come una circostanza attenuante (valenza che il sistema italiano ha comunque ricollegato al modello organizzativo adottato *post factum*).

Per quanto concerne la determinazione della sanzione, essa avviene attraverso un vero e proprio calcolo matematico denominato *culpability score*. Maggiore la colpevolezza

penale. Sulle potenzialità delle sanzioni si considerino le parole di E. K. AINSLIE, *Indicting Corporations Revisited: Lesson of the Arthur Andersen Prosecution*, in *43 American Criminal Law Review* 107,109 (2006): "*the indictment, the conviction, and the consequent prohibition against appearing before the Securities and Exchange Commission were sufficient to kill the company*". La diversa capacità di incidere tra il sistema italiano e quello americano è messa in luce da E. FUSCO, *op. cit.*, p. 124.

dell'ente, maggiore il punteggio e dunque la sanzione.

Per apprezzare il funzionamento del sistema disegnato dalle *Guidelines* occorre prendere in considerazione come nel giugno 1999 l'*Office of the Deputy Attorney General* avesse pubblicato un *memorandum* destinato a tutti i *prosecutor* intitolato "*Bringing Criminal Charges Against Corporations*"²⁰¹, noto anche come *Holder Memo*, dal nome di Eric Holder in allora a capo dell'ufficio.

Sebbene non dotato di forza cogente, il provvedimento forniva otto criteri da prendere in considerazione nel decidere se iniziare un procedimento penale contro l'ente:

- la natura e la gravità del reato;
- la diffusione dello stesso all'interno dell'ente;
- la presenza di eventuali pronunce di condanna;
- la collaborazione e la *voluntary disclosure* da parte della persona giuridica;
- la presenza di un *compliance program*;
- l'aver proceduto a restituzioni e al risarcimento del danno;
- le ripercussioni dell'imputazione;
- la possibilità di percorrere soluzioni alternative al di fuori della giustizia penale.

²⁰¹ Il testo del provvedimento si legge sul sito internet http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/Thompson_Memo_1-20-03.pdf.

Il documento fece discutere in particolare per la previsione in forza della quale il *prosecutor* avrebbe dovuto prendere in considerazione ai fini della valutazione della sussistenza della collaborazione da parte dell'ente anche quello dell'aver rinunciato all'*attorney – client* e all'*attorney's work product privilege*²⁰². Sebbene non si trattasse di una norma rigida, il timore era quello ovviamente di incoraggiare tattiche investigative particolarmente aggressive. Ciò soprattutto in considerazione della previsione in forza della quale l'organo inquirente potesse prendere in considerazione tra i fattori idonei ad integrare una condotta collaborativa l'indicazione delle persone fisiche responsabili delle condotte illecite e la consegna dei risultati delle indagini interne.

2.71 recenti emendamenti

Le *Federal Sentencing Guidelines* sono oggetto di periodica revisione da parte della *Sentencing Commission*.

²⁰² La rinuncia a queste prerogative è stata punto focale anche dei successivi sviluppi. Sul punto si tornerà nel prosieguo del capitolo. Per una analisi critica a seguito dell'*Holder Memo* si veda D. M. ZORNO, K. D. KRAKAUR, *On the Brink of a Brave New World: The Death of Privilege in Corporate Criminal Investigations*, 37 *American Criminal Law Review* 147 (2000). Più recentemente, alla luce anche degli ulteriori sviluppi, si veda invece W. R. Mc LUCAS, H. M. SHAPIRO, J. J. SONG, *The Decline of The Attorney-Client Privilege in The Corporate Setting*, 96 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 621 (2006).

Per quanto specificamente riguarda le *organization*, negli ultimi anni sono intervenute diverse modifiche: alcune sono state di carattere puramente tecnico e finalizzate essenzialmente a coordinare le disposizioni del *Chapter Eight* con modifiche che hanno interessato disposizioni contenute in altri capitoli, altre invece ne hanno riscritto direttamente le disposizioni

Appartengono a questo secondo gruppo, e sono di maggiore interesse ai fini della presente analisi, gli interventi del 2004, che hanno inciso sul §8B2.1, paragrafo appunto dedicato all'*Effective Compliance and Ethics Program*.

La modifica è stata apportata in risposta alle critiche mosse dalla parte della dottrina che ha evidenziato come in realtà la valenza dei modelli organizzativi fosse alquanto limitata: un'evoluzione dei codici etici più utile dal punto di vista del *marketing* che da quello della prevenzione dei reati in un contesto aziendale. Più che *compliance program*, diversi autori li hanno indicati (e tutt'ora li indicano) come *make up programs*²⁰³: utili a dare un'immagine migliore della corporation verso la collettività ma non ad ostacolare la commissione di reati all'interno delle strutture organizzate.

La valutazione dell'adeguatezza del *compliance*

²⁰³ Si veda K. D. KRAWEIC, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Washington University Law Quarterly* 487 (2003).

program, e dunque quella del “peso” di uno degli elementi che compongono la colpevolezza dell’ente, è dettagliata da una serie di previsioni di vario genere che dovrebbero tendere a due fini: l’esercizio di una *due diligence* che miri a prevenire e a portare allo scoperto comportamenti aventi rilevanza penale ed in ogni caso la promozione di una cultura che incoraggi una condotta etica e l’impegno al rispetto delle disposizioni di legge.

Le *Guidelines* prevedono un contenuto minimo perché i *compliance program* possano dirsi idonei agli scopi preposti. Questo ricomprende innanzitutto il dovere in capo all’organo dirigente di essere padrone del contenuto e dell’operatività del *compliance and ethics program* sul quale è chiamato ad esercitare una ragionevole supervisione circa l’implementazione e l’effettività. A tal fine si raccomanda anche la designazione di uno o più soggetti interni all’organizzazione affinché essi, dotati di adeguate risorse e poteri (anche ispettivi) mantengano periodicamente informati i soggetti che ricoprono le posizioni di *high personnel* e l’organo gestorio in via diretta.

Appare interessante notare come il perseguimento dei sopraccitati fini nell’ottica statunitense debba avvenire anche attraverso l’isolamento di soggetti che possano instillare il germe della criminalità: infatti al §8B2.1.(3) si raccomanda

all'*organization* di non inserire nelle posizioni che abbiano una *substantial authority* soggetti che si sappiano (o che con la dovuta diligenza si sarebbe dovuto sapere) aver intrapreso condotte di rilevanza penale o comunque incompatibili con un effettivo *compliance and ethics program*.

Gli sforzi verso la creazione di una *simile corporate culture* devono altresì comprendere programmi di formazione per i dipendenti, un sistema disciplinare e meccanismi di continuo miglioramento dello stesso. Tra questi si annovera anche la possibilità da parte dei dipendenti di fare segnalazioni (nel caso in forma anonima o che assicurino la riservatezza della stessa) di accadimenti che possano costituire illecito senza che ciò abbia ripercussioni negative sul soggetto.

Nel caso *l'organization* venga a conoscenza di una condotta illecita, il modello contenuto nelle *Guidelines* si aspetta una reazione da parte della struttura nel senso di prendere adeguate misure affinché tale evenienza non si ripeta in futuro. Coerentemente, infatti, il *Commentary* specificamente dedicato al paragrafo ammonisce che il perdurare o il ricorrere di condotte illecite della medesima natura crea il dubbio in merito alla circostanza che la *corporation* abbia intrapreso i ragionevoli provvedimenti per adeguarsi alle linee guida.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

2.8I prosecution agreement

Da un punto di vista pratico, l'indagine circa la colpevolezza della persona giuridica, di per sé assai limitata nella fase di cognizione – vuoi appunto per la presenza di *offense plasmate* ancor oggi sulla *strict liability*, vuoi perché l'applicazione del precedente del 1909 di fatto opera a sua volta come una forma di responsabilità oggettiva – si inginocchia davanti al proposito di incoraggiare (o talvolta costringere) la *organization* ad una condotta collaborativa con l'organo inquirente.

La rivisitazione della colpevolezza in chiave di comportamento dell'ente successivo all'instaurazione del procedimento penale ha raggiunto il suo apice con i *prosecution agreement*: un istituto non nuovo per gli Stati Uniti²⁰⁴ ma particolarmente tornato in voga con il *Thompson Memorandum*²⁰⁵. Tale atto del 2003 rivisitava il precedente

²⁰⁴ La possibilità di addivenire ad una *deferred prosecution* o ad un *non prosecution agreement* è prevista al 18 U. S. C. § 3161 a seguito dello *Speedy Trial Act 1974*. Il primo *non prosecution agreement* per un ente fu quello stipulato con Salomon Brothers nel 1992 a seguito del *Treasury bond scandal*; in forza dello stesso la società pagò una *civil penalty* di 290 milioni di dollari; per quanto invece riguarda i *deferred prosecution agreement*, il primo caso di ente stipulante fu quello con Armour of America nel 1993 per ipotesi di violazioni della disciplina sulla esportazione di armi verso l'Indonesia.

²⁰⁵ Il testo del documento è consultabile sul sito internet http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm. Studi empirici - si veda in particolare WASHINGTON LEGAL FOUNDATION, *Federal Erosion of Business Civil Liberties*, (2008) disponibile sul sito internet

Holder Memo e focalizzava la propria attenzione proprio sulla necessità che la collaborazione alle indagini da parte della *organization* potesse dirsi effettiva e che i *compliance program* a loro volta non costituissero semplici “*paper program*”²⁰⁶ ma documenti atti ad indirizzare nel senso della legalità i comportamenti concreti dell’ente.

Lo scopo del *memorandum* era quello di dare delle linee guida (suddivise stavolta in nove punti vincolanti per tutti i *prosecutor* federali) sulla scelta di esercitare o meno l’azione penale nei confronti delle *organization* (ragionamento questo possibile solo in un paese ove l’azione penale non sia obbligatoria), ma si è nei fatti rivelato un’arma estremamente potente della quale i *prosecutor* hanno potuto beneficiare.

Memori dell’esperienza Arthur Andersen, che pur davanti ad un’assoluzione da parte della Corte Suprema è scomparsa dal mondo giuridico portando le enormi ripercussioni su migliaia di *stakeholders*²⁰⁷, per ovviare i

<http://www.wlf.org/upload/WLF%20timeline.pdf> - hanno rilevato come nel decennio 1992-2002 vi furono solamente 18 *corporate agreement* (di cui 7 *non prosecution* e 11 *deferred*, di cui uno stipulato nel 1996 con Arthur Andersen). Durante il periodo 2003-2007 si toccò il record di 85 *agreement* (30 *non prosecution* e 55 *deferred*).

²⁰⁶ L’espressione è testualmente usata all’interno del § VII del provvedimento.

²⁰⁷ Ampliamente sul punto K. E. AINSLIE, *op. cit.*, p. 109 che ricorda come “*On balance, the public benefits generated by prosecuting Andresen criminally were minimal or, if they existed at all, were exceedingly subtle*”. Sul punto anche P. BHARARA, *Corporations Cry Uncle And Their*

CAPITOLO III

Tesi di dottorato “La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231”

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

problemi di cui l'*indictment* della società è foriero ed allo stesso tempo assicurarsene una effettiva collaborazione, si decise di far ricorso alla possibilità per il *prosecutor* di stipulare con l'ente un accordo con il quale rinunciare ovvero sospendere per un determinato periodo di tempo le accuse a fronte di una sostanziale resa incondizionata del secondo alle condizioni unilateralmente imposte dal primo. Tra queste, come indicato nei nove punti del *memorandum*, la rinuncia ai privilegi di *corporate attorney-client* e *work product*.

Due appunto le secondo le quali declinare tali accordi con la pubblica accusa: *non-prosecution* o *deferred agreement*.

Se l'*Holder Memo* aveva suscitato critiche per l'aggressività dell'approccio, il *Thompson Memo* rincarò la dose e fu oggetto di aspre critiche da parte della dottrina e della classe forense: i primi evidenziando ancora una volta l'aggressività della quale era permeata l'impostazione delle indagini e l'abusività alla quale lo strumento si prestava ad essere utilizzato, i secondi lamentando altresì che il Governo stesse cercando di mettere zizzania tra avvocati ed i propri assistiti, poiché di fatto si chiedeva all'imputato di svolgere il

Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants, 44 *The American Law Review* 57 (2007).

ruolo investigativo proprio della pubblica accusa²⁰⁸.

Tre essenzialmente le differenze con il *memorandum* del 1999 dalle quali risultava chiaramente la linea dura del Governo:

- il carattere vincolante delle nuove linee guida, che imponeva dunque al *prosecutor* di tenere in considerazione la risposta dell'ente alla rinuncia al *client-attorney privilege* per valutare se lo stesso effettivamente stesse collaborando con la pubblica accusa;
- l'enfatizzazione della circostanza (desumibile comunque in via interpretativa nel già dal precedente *Holder Memorandum*) che la gravità dei fatti fosse da

²⁰⁸ Per le voci dottrinali si vedano tra i molti J. C. COFFEE Jr, *Deferred Prosecution: Has it gone too far?*, *The National Law Journal*, July 25, 2005 che in particolare mette in risalto la mancanza di limiti alla discrezionalità dei *prosecutor* nello stabilire le condizioni alle quali le vincolare l'accordo e L. COLE, *Corporate Criminal Liability in the 21st Century: A New Era?*, 45 *South Texas Law Review* 147 (2003) che vide nel *Thompson Memo* un vero e proprio stravolgimento delle regole del gioco nei casi in cui venisse chiamata in causa la responsabilità penale delle società; della stessa opinione R. A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, *The Wall Street Journal*, November 28, 2006 che non esita a sostenere che taluni *deferred prosecution agreement* particolarmente invadenti hanno trasformato i *prosecutor* in giurie e giudici, minando così il fondamentale principio di separazione dei poteri. Per il punto di vista della classe forense si rimanda invece a D. C. BALL, D. E. BOLIA, *Ending a Decade of Federal Prosecutorial Abuse in The Corporate Criminal Charging Decision*, 9 *Wyoming Law Review* 229 (2009) e J. GIBEAUT, *Junior G-Men*, 89 *American Bar Association Journal* 46 (June 2003).

sola circostanza sufficiente per far scattare l'*indictment*,

- l'indicazione di alcuni fatti in forza dei quali il *prosecutor* fosse legittimato a ritenere che, nonostante il dichiarato intento di collaborare da parte dell'ente, la *corporation* stesse ostacolando (con possibili ulteriori responsabilità penali per intralcio alla giustizia)²⁰⁹.

Le critiche non erano destituite di fondamento, viste soprattutto le disastrose conseguenze alle quali andò incontro chi decise di non collaborare (o coloro che come Arthur Andersen non furono ritenuti sufficientemente utili allo sviluppo delle indagini) paragonate invece ai benefici ottenuti dagli enti che da subito alzarono bandiera bianca (ad esempio KPMG).

Dopo il caso Arthur Andersen, nessuna società di grandi dimensioni ha avuto il coraggio di opporsi alle richieste dei *prosecutor*: la strada prediletta è stata quella di accettare *deferred prosecution agreement* anche particolarmente

²⁰⁹ Le circostanze, indicate al VI.B del *Thompson memo*, si riferiscono al fatto di fornire indicazioni ritenute troppo generiche sulla *corporation* o sui suoi dipendenti, al dare indicazioni ai dipendenti o ai loro legali di non cooperare in maniera totale con le investigazioni (come per esempio quella di non rispondere alle domande in sede di raccolta di informazioni da parte degli inquirenti), rendere indicazioni o produrre documentazione non sufficientemente complete e dettagliate, non fare pronta *disclosure* di condotte illegali delle quali l'ente è a conoscenza.

onerosi, sia dal punto di vista delle *penalty* da pagare, sia dal punto di vista delle riforme organizzative particolarmente penetranti che vennero di volta in volta richieste.

Lo stesso *Department of Justice* decise nel Dicembre del 2006 di ridimensionare la portata del *Thompson Memorandum* e l'allora *Deputy Attorney General* Paul J. McNulty pubblicò delle nuove linee guida (*Mc Nulty Memo*)²¹⁰. Il documento, pur dando atto dell'efficacia della "cura Thompson" nella lotta alla criminalità d'impresa, riconobbe che, pur non essendovi mai stata alcuna intenzione del *Department of Justice* in tal senso, le linee guida che si andavano a sostituire portavano con sé il rischio di una compressione del diritto difesa.

Quanto alla rinuncia ad *attorney-client* e *work product privilege*, il nuovo *memo* – riconoscendone peraltro la fondamentale importanza all'interno dell'ordinamento degli Stati Uniti²¹¹ – non la qualificava più come requisito fondamentale sul quale valutare la collaborazione della persona giuridica, limitandone la possibilità di una simile richiesta nei casi di *legitimate need*. Qualora tale circostanza

²¹⁰ Il testo è reperibile su sito internet

http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/McNulty_Memo12_12_06.pdf

²¹¹ § VII.B.2. "*The attorney-client and work product protections serve an extremely important function in the U.S. legal system. The attorney-client privilege is one of the oldest and most sacrosanct privileges under U.S. law*".

permanesse, il *memorandum* prevedeva una specifica procedimentalizzazione attraverso una autorizzazione scritta da parte dello *United States Attorney*: in caso di approvatazione, la richiesta sarebbe dovuta trasmettersi alla *corporation*; il *prosecutor* dunque deve viene adottato un approccio “*step by step*” secondo il quale si cominciando a richiedere le informazioni che implicino la minor lesione dell’*attorney-client privilege*, individuate come quelle “*purely factual*”²¹² (*Caterogy I information*)²¹³. Il rifiuto di fornire questa tipologia di informazioni avrebbe potuto essere considerato quale elemento per stabilire la non collaborazione dell’ente.

Se questa prima tipologia di informazioni non fosse risultata sufficiente al *prosecutor* per condurre una approfondita indagine, fu prevista la possibilità di richiedere la rinuncia ai summenzionati *privilege* attraverso la produzione di ulteriore informazioni, inclusi i consigli ricevuti dai propri legali prima, durante e dopo la condotta illecita oggetto di indagine (*Category II information*). Anche per questa, e più intrusiva, modalità di indagine veniva prevista particolare

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Il *memorandum* (*ibidem*) prevede che ricadano in tale tipologia di informazioni, “*copies of key documents, witness statements, or purely factual interview memoranda regarding the underlying misconduct, organization charts created by company counsel, factual chronologies, factual summaries, or reports (or portions thereof) containing investigative facts documented by counsel*”.

procedimentalizzazione attraverso l'autorizzazione dello *United States Attorney*. Diversamente dalle informazioni *Category I*, la mancata *disclosure* non avrebbe potuto in questo caso essere considerata come volontà di non collaborare.

Infine, solo in rari ed estremi casi, il *prosecutor* avrebbe potuto prendere in considerazione ai fini dell'esercizio della azione penale la circostanza che una *corporation* si facesse carico delle spese legali per l'assistenza dei propri dipendenti. Ciò veniva legittimato solo nel caso in cui da tutte le altre circostanze fosse emerso l'intento di ostacolare le indagini.

Il nuovo *memorandum* venne diversamente giudicato dalla realtà americana, la quale comunque continuava a mostrare preoccupazioni per il trattamento delle *corporation* nell'ambito dei procedimenti penali. Fu così che il 28 Agosto 2008 l'allora *Deputy Attorney General* Mark Filip presentò un ulteriore documento: il *Filip Memo*²¹⁴. Tale atto, che sostituiva quello di Mc Nulty, aveva contenuto vincolante e per la prima volta i *corporation prosecution principles* vennero inclusi nello *United States Attorney's Manual*²¹⁵.

²¹⁴ Il documento è disponibile sul sito internet http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/Filip.Memorandum.2008.pdf.

²¹⁵ Le modifiche del *Filip Memorandum* sono state inserite al Title 9, Chapter 9-28.000, si possono leggere all'indirizzo internet http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/Bus_Pros_DOJ_Guidelines_08.pdf.

Il *memo* ricorda la discrezionalità di cui godono i *prosecutor* nella decisione in merito all'esercizio dell'azione penale e sottolinea che la cooperazione della *corporation* con l'Autortità Giudiziaria è un fattore che può incidere su tale scelta.

In ogni caso la scelta di non collaborare non può essere considerata di per sé come indice del fatto che sussista una un illecito a carico dell'ente né implica che si debba in ogni caso procedere²¹⁶.

In una sorta di *mea culpa*, si riconosce che le tattiche investigative utilizzate in passato dal *Department of Justice* si fossero tradotte (volutamente o meno) in pressioni sulle *corporation* a rinunciare al *client-attorney* ed al *work product privilege* portando ad un atteggiamento che ha fortemente danneggiato tali prerogative (garantite dal sesto emendamento della Costituzione federale). I *prosecutor* vengono dunque scoraggiati dunque dall'avanzare richieste in tal senso; tuttavia la persona giuridica sotto indagini può spontaneamente rinunciare a tali protezioni ed ottenere benefici attraverso questa condotta.

Dunque, se una *corporation* non fornisce informazioni rilevanti, questo non può tradursi in un'automatica

Per quanto riguarda la forza *legis* di tale provvedimento, il *memorandum* stesso specifica che le *guidelines* in esso contenute "provide"²¹⁶ Cfr. *United States Attorney's Manual* § 9-28.700 A.

formulazione di accusa nei suoi confronti, l'unico risultato sarà quello di non poter beneficiare, dell'attenuante della collaborazione qualora ne debba essere affermata la responsabilità. Il riconoscimento di tale attenuante peraltro non passa necessariamente dalla *disclosure* delle informazioni che il *Mc Nulty Memo* definiva *Category II*²¹⁷.

D'altro canto la collaborazione di per sé può non essere sufficiente ad evitare *l'indictment* se all'esito della valutazione di tutti gli altri elementi descritti nelle *guidelines* ciò risulti rispondere all'interesse della giustizia²¹⁸.

Secondo la nuova impostazione è fatto divieto ai *prosecutor* di entrare nella strategia difensiva delle *coproration*, come per esempio esprimere considerazioni in merito alla scelta di entrare in un *joint defense agreement*. In particolare essi devono astenersi dal proibire loro di non farsi carico delle spese di assistenza legale per i propri dipendenti e dal prendere in considerazione tale circostanza ai fini dell'esercizio dell'azione penale.²¹⁹

Con specifico riferimento all'eccessiva discrezionalità nello stabilire le condizioni dei *prosecution agreement*, il *memorandum* prevede che essi non debbano includere richieste di pagare somme o istituire servizi a favore di

²¹⁷ Cfr. *United States Attorney's Manual* § 9-28.720 (b).

²¹⁸ Cfr. *United States Attorney's Manual* § 9-28.720 (a).

²¹⁹ Cfr. *United States Attorney's Manual* § 9-28.730.

organizzazioni (di qualunque tipo, anche *non profit*) o di individui che non siano stati danneggiati dal reato e che non servano appunto a ripararne gli effetti negativi²²⁰.

2.9 Ulteriori considerazioni in tema di colpevolezza

Alla luce della breve descrizione contenuta nei paragrafi precedenti, l'interprete che si interroghi sul concetto di colpevolezza della persona giuridica non può fare a meno di notare la fondamentale scissione e l'ambivalenza della stessa nel sistema statunitense. La sua rilevanza è infatti praticamente nulla nella fase di ascrizione del reato alla *corporation* che, salvo sporadici casi, viene chiamata a rispondere in maniera oggettiva sulla scorta della responsabilità vicaria; occorre tuttavia non dimenticare, come messo in luce da qualche autore, che nell'ordinamento di cui trattasi vige pur sempre la discrezionalità dell'azione penale,

²²⁰ Cfr. *United States Attorney's Manual* § 9-16.325. Si ricorderà come nel celebre caso *Bristol-Myers Squibb Co.* (2005) una delle clausole del *deferred prosecution agreement* (si veda il pt. 20) fosse quella di finanziare una cattedra di *Business Ethic* alla *Seton Hall University Law School*, dove il *prosecutor* di quel caso aveva studiato. Il testo dell'*agreement* si legge sul sito internet http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/pdf/bristol-meyers.pdf. Per un'analisi della vicenda dal punto di vista dello stesso *prosecutor* autore dell'*agreement* si veda C. J. CHRISTIE, R. M. HANNA, *A Push Down The Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement Between The U.S. Attorney for The District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, 43 *American Criminal Law Review* 1043 (2006).

dunque nel caso di un illecito commesso all'interno di una *corporation* dotata di procedure particolarmente penetranti, e che di fatto già possessa tutti i requisiti che vengono disegnati nelle *Guidelines*, potrebbe anche non essere perseguita per mancanza di pubblico interesse. Se è incontestabile che in questo caso non si darà luogo ad alcuna sanzione, è pur vero che ciò avverrà non a motivo di una esclusione di colpevolezza per via del mancato riscontro degli elementi che la fondano, ma semplicemente in base ad una scelta di politica criminale che tale ordinamento (diversamente da quello italiano) permette²²¹.

Nella fase di *sentencing* e nell'ambito dei *prosecution agreement*, invece, la *corporation* sembra trasformarsi, tanto da esserle riconosciuta una autonomia propria e distinta rispetto ai suoi *agent*: "un organismo a sé stante capace di pensare, di agire, di commettere reati"²²². Risulta tuttavia poco coerente che la persona giuridica nella fase successiva alla scoperta del reato venga giudicata capace di ostacolare volontariamente il corso della giustizia (si pensi all'ente che

²²¹ D. K. WEBB, F. MOLO, *Some practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of Sentencing Guidelines*, 71 *Washington University Law Quarterly* 376, 378 (1993). Peraltro C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 141 ricorda come nel 1991 il *Department of Justice* abbia stabilito che i *prosecutors* non debbano "dare inizio all'azione penale nei confronti di quelle aziende che dimostrino di aver adottato un codice di autoregolamentazione interna".

²²² C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 33.

non decida di collaborare e che non metta a disposizione del *prosecutor* le informazioni necessarie allo sviluppo delle indagini ovvero a quella che non è diligente nello strutturare il *compliance progam*), mentre nella fase antecedente si soprasseda assolutamente sul punto omettendo qualsiasi tipo di analisi sul particolare elemento psicologico dell'ente²²³. Ancor più inspiegabile appare l'irrilevanza ai fini della attribuzione di un reato alla *corporation* nel caso in cui questo sia stato posto in essere in contrasto con la *policy* aziendale quando questo poi costituisca lo specifico obiettivo cui dovrebbe tendere il modello organizzativo.

Il ragionamento sotteso alle *Guidelines* e ai *prosecution agreement* pare infatti quello per cui ogni struttura organizzata esprima un proprio comportamento verso l'esterno e l'obiettivo che esse si prefissano è quello di orientarlo attraverso la formazione di una *corporate culture* da perseguire e plasmare attraverso il *compliance and ethic program*.

Grande appare la fiducia riposta nella possibilità

²²³ Mette bene in luce la contraddittorietà di tale scelta S. W. LAUFER, *Corporate Bodies And Guilty Minds*, 43 *Emory Law Journal* 647, 726 (1994). Interessante notare come applicando gli strumenti dell'analisi economica del diritto V.S. KHANNA, *Corporate Liability Standards: When should Corporations be Held Criminally Liable?*, 37 *American Criminal Law Review* 1239,1248 (2000) sostenga che il riconoscimento di un elemento psicologico in capo alla *cororation* non porterebbe di per sé benefici alla collettività.

intrinseche del modello organizzativo²²⁴: in *primis* perché un assetto organizzato renderebbe più difficile la commissione di reati, ma soprattutto perché la formazione della *corporate culture* porterebbe i soggetti all'interno della struttura ad uniformarsi ai dettami della legalità. Sfugge tuttavia quale sia l'essenza di tale concetto: all'interno delle *Guidelines* sono infatti tratteggiati una serie di comportamenti che vengono richiesti alla *corporation* molto diversi tra loro che difficilmente si prestano ad essere ricondotti ad una matrice unitaria. Operazione ancor più difficile nell'ambito dei *prosecution agreement*, ove la discrezionalità del *prosecutor* nell'imporre condizioni alla *corporation* è particolarmente ampia.

Il ricorso al concetto di *corporate culture* non costituisce tuttavia una novità per il mondo nordamericano: da circa quarant'anni la dottrina statunitense ha iniziato ad interessarsene provando a fornirne diverse interpretazioni, che ad onor del vero appaiono allontanarsi significativamente dal ragionamento giuridico per sconfinare in campi quali la sociologia e, soprattutto, l'analisi economica del diritto²²⁵.

²²⁴ Fiducia accordata probabilmente in maniera eccessiva se si considera come società coinvolte in scandali di dimensioni internazionali fossero dotate di sofisticati *compliance program* strutturati secondo i dettami delle *Guidelines*.

²²⁵ Tra i molti contributi si veda ancora V.S. KHANNA, *Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis*, 82 *Washington University Law Quarterly* 95 (2004); ID, *Is the Notion of Corporate Fault A Faulty Notion? The Case of Corporate Mens Rea*, 79 *Boston University Law*

Quale la concezione che si scelga, il tratto comune dei vari contributi dottrinali si focalizza sul concetto di organizzazione, nel quale a ben vedere risiede nella natura stessa dell'impresa: cos'altro è la stessa se non appunto un complesso di attività organizzate per il conseguimento di uno scopo economico?

Ecco dunque che la dottrina statunitense imputa a difetti di organizzazione – peraltro intesi a loro volta con accezioni molto ampie – il comportamento criminale: vuoi perché, come indicato da Conklin²²⁶, sarebbe la stessa struttura a stampo gerarchico dell'impresa a costringere soggetti in posizioni subordinate a ritenere necessaria la commissione di determinati reati per il proseguimento del *business*, vuoi perché vi contribuirebbero anche, nella visione di Clinard e Yeager²²⁷, cause esterne come momenti di crisi finanziarie o la concorrenza di altre imprese²²⁸ o dal generale

Review 355 (1999) che ricorre appunto alle teorie di *law and economics*; in prospettiva diametralmente opposta J. C. COFFEE Jr, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, 17 *American Criminal Law Review* 419 (1980).

²²⁶ J. E. CONKLIN, *Illegal but Not Criminal: Business Crime in America*, Englewood Cliffs (1977), p. 65

²²⁷ M. B. CLINARD, P. C. YEAGER, *Corporate Crime*, New York (1980), p. 43 ss. Riflessione poi ripresa e rielaborata dallo stesso Clinard in M. B. CLINARD, *Corporate ethics and crime: the role of middle management*, Beverly Hills (1983), p. 13 ss.

²²⁸ Tale fattore era stato messo già in evidenza da K. TIEDEMANN, *Subventions: Kriminalität in der Bundesrepublik*, Reinbek bei Hamburg (1974) e ID, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Reinbek bei Hamburg (1976) cui gli autori si rifanno.

clima politico²²⁹.

Si deve poi a Bucy²³⁰ la proposta di una riformulazione della colpevolezza della *corporation* in termini di *corporate ethos*. L'Autrice volutamente evita di parlare di *corporate culture* o *corporate personality* ritenendo che gli stessi, dotati di una propria specificità nelle discipline di provenienza (specificamente l'antropologia e la psicologia), abbiano scarsa valenza euristica nel dibattito sulla colpevolezza dell'ente e per giunta risultino ormai coincidenti²³¹. L'*ethos* cui invece fa riferimento affonda le radici addirittura nella concezione della retorica di Aristotele, che li contrappone a *logos* e *pathos*; in particolare si tratta di quella tecnica retorica per la quale un oratore riesce a persuadere il pubblico e ad indirizzarne l'agire grazie alle sue particolari caratteristiche, sia intellettuali che morali. Proprio come gli individui, ogni *corporation* avrebbe il proprio *ethos*, che emergerebbe non solo dalle *policy* ufficiali della persona giuridica, ma anche da aspetti superficiali quali per esempio il *dress code*.²³² Essenzialmente quindi dovrebbero andare incontro a

²²⁹ Interessante notare come questo tipo di influenza negativa porti alla creazione di un circolo vizioso quando entrino in gioco le aziende di vaste dimensioni che sono sì influenzate dal clima politico che ne favorisce l'illegalità, ma a loro volta contribuiscono a crearne. M. B. CLINARD, P. C. YEAGER, *op. cit.*, p. 58 ss.

²³⁰ P. H. BUCY, *Corporate Ethos, A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 *Minnesota Law Review* 1095 (1991).

²³¹ P. H. BUCY, *op. cit.*, nota 98 p. 1121.

²³² P. H. BUCY, *op. cit.*, p. 1123.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

sanzione penale le *corporation* il cui *ethos* favorisca il comportamento criminale dei propri *agent*. L'interprete dovrà dunque prendere in considerazione una serie di fattori che rilevino tale condotta di "incoraggiamento": dalla struttura gerarchica agli obiettivi, dall'esistenza di un modello organizzativo ai provvedimenti presi in passato quale reazione a precedenti reati, dall'esistenza di procedure di controllo alla verifica di quelle risarcitorie.

Sebbene gli sforzi della dottrina siano di sicuro interesse scientifico, appare tuttavia complesso, a parere di chi scrive, calare tali modelli nel ragionamento giuridico a causa della difficoltà di comunicazione tra materie che "parlano" lingue molto diverse tra loro. L'impressione generale che si ricava dall'analisi dell'ordinamento degli Stati Uniti è che la *corporate criminal liability* sia uno strumento assolutamente utile, specialmente attraverso i *prosecution agreement*, per riparare in termini economici gli effetti negativi di determinati illeciti (talvolta addirittura cancellando dal mondo degli affari determinate strutture), ma che i tentativi di ricondurlo ad un lineare ragionamento giuridico non riescano a cogliere completamente nel segno.

È infatti significativo e quasi sorprendente considerare come accanto alle voci che tentano di dar corpo alla colpevolezza della *corporation* secondo nuovi modelli, ve ne

siano altrettante che sono tornate a riconsiderare l'opportunità e la validità di un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche. Nell'ordinamento al quale per primo si rivolge il pensiero quando si tratta di responsabilità penale delle persone giuridiche si fanno sempre più sentire le voci di coloro che ritengono che la sanzione criminale non sia quella più idonea a prevenire fenomeni socialmente dannosi.

Se alcuni autori sono propensi a sostenere che semplicemente si sia riposta troppa fiducia soprattutto nel sistema federale, altri ammettono di trovarsi di fronte ad un problema etico che, calato nel contesto del mondo degli affari, appare particolarmente complesso da gestire con gli strumenti messi a disposizione dal diritto²³³. Quasi cinica l'analisi di Laufer che nel 2006 torna ad occuparsi del tema e non esista a definire come "fallimento" lo sviluppo che l'istituto ha avuto nei cento anni precedenti non vedendo all'orizzonte prospettive di miglioramento²³⁴. In particolare, l'esigenza pratica di riparare le conseguenze negative del reato e ancor più la foga punitiva avrebbero vanificato tutti gli sforzi compiuti per trovare un appropriato concetto di colpevolezza dell'ente nei suoi due momenti fondamentali: da un punto di

²³³ In questo senso J. HASNAS, *Ethics and the Problem of White Collar Crime*, 54 *The American University Law Review* 579 (2005).

²³⁴ S. W. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago (2006), p. 42.

vista fenomenologico infatti la tendenza della prassi avrebbe rinunciato ad investigare quali fattori si celino dietro il reato, il cui collegamento con l'ente è dato per scontato; nella fase di *sentencing* poi la risposte punitive statuali – anche quelle più innovative basate sulla *restorative justice* – sono accusate di essere sempre più distante dalle offese poste in essere, delle quale peraltro si evita spesso di cercare i veri colpevoli, ossia le persone fisiche²³⁵.

L'interrogativo sulla colpevolezza rimane aperto, il quadro sullo sfondo ancora troppo evanescente.

²³⁵ Ampliamente sul tema W. S. LAUFER, A. STRUDLER, *Corporate Crime and Making Amends*, 44 *The American University Law Review* 1307 (2007).

3. Il sistema inglese

In relazione alla responsabilità penale degli enti, il sistema inglese merita di essere preso in considerazione sotto molteplici aspetti: vuoi dal punto di vista storico, vuoi per lo sforzo della giurisprudenza di elaborare una teoria dogmatica alla base della responsabilità dell'entità fittizia, vuoi infine per i recenti sviluppi del sistema che conferiscono a tale ordinamento una caratterizzazione assolutamente particolare.

La materia in Inghilterra non è dotata di una disciplina normativa generale ed astratta; in tale ordinamento infatti occorre fare riferimento al tipo di reato che di volta in volta viene imputato alla persona giuridica secondo i dettami della *Common law* e degli specifici *statute*. Dispongono di una disciplina del tutto peculiare le previsioni del *Corporate Manslaughter and Homicide Act 2007* e del *Bribery Act 2010*.

La distinzione tra *Common law* e *statute law* riveste inoltre una particolare importanza dal punto di vista dei soggetti passivi della disciplina: se per gli illeciti previsti dalla prima possono essere chiamate a rispondere solo le *incorporated legal persons (public e private company limited by shares, public e private limited by guarantee having a*

share capital, limited liability partnership e european economic interest grouping), per quelli previsti dalla *statute law* sono chiamate in causa altresì le *unicorporated legal persons* (essenzialmente *trust e partnership*). Una simile frammentarietà non deve sorprendere l'interprete, se solo si considera che l'ordinamento d'oltremarica non è nemmeno dotato di un codice penale.

Anche in questo caso un breve inquadramento storico dello sviluppo della disciplina appare utile ai fini di una migliore comprensione²³⁶.

Come si è avuto modo di accennare nella trattazione del sistema nordamericano, la possibilità di muovere un rimprovero penalistico in capo ad una persona giuridica non nasce con la nascita stessa del diritto penale inglese; essa è frutto di una lunga evoluzione che in occasione di vicende drammatiche ha trovato momenti di spinta in avanti.

²³⁶ Molto lucidamente C. WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford (2001), p. 84 ss., divide in quattro momenti fondamentali la storia della responsabilità penale degli enti in Inghilterra attraverso la metafora della crescita di una persona umana. Individua dunque il momento della *conception* (ove dunque l'istituto non è ancora venuto ad esistere); segue l'*infancy* (dalla Rivoluzione industriale al 1900); poi *childhood* (1900-1940) e infine l'*adolescence* (1940-1990). Volutamente l'autrice lascia la metafora aperta per indicare che il dibattito sul tema porterà ad una ulteriore crescita della *person*: il volume (la cui seconda ed ultima edizione è del 2001) potrebbe oggi essere integrato con una ulteriore fase della vita, riconducibile appunto alle riforme del 2007 e del 2010.

3.1 La vicarious liability

Il momento storico che per la prima volta permette di sorpassare il principio dell'irresponsabilità delle entità fittizie riportato nei *Commentaries* di Blackstone è dato proprio dalla Rivoluzione industriale.

Lo scenario non diverge negli elementi essenziali da quanto si è potuto osservare per il sistema statunitense: il tipo di offese derivanti dalle organizzazioni complesse (in particolar modo dallo sviluppo della rete ferroviaria) che si ricadevano su beni primari dell'individuo, permisero a tale sistema di applicare lo strumento penalistico anche a soggetti diversi dalle persone fisiche. L'operazione anche in questo caso fu possibile in virtù della presenza di *“una serie di offences (di natura penale) cui era estraneo ogni problema di elemento soggettivo, essendo a quei reati sufficiente la strict liability, simile alla nostra responsabilità oggettiva e ancora presente nel sistema inglese”*²³⁷.

Lungi dall'essere uno strascico del passato, le *offence* caratterizzate dalla *strict liability* sono tutt'oggi presenti tanto nella *Common law* quanto negli *statutes*. E a ben vedere, mentre per i reati previsti dal diritto consuetudinario la

²³⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche, op.cit.*, p. 202.

responsabilità oggettiva costituisce l'eccezione, essendo comunque valido il principio *actus non facit reum nisi mens sit rea*²³⁸, la maggior parte di tali ipotesi si riscontra negli *statute*. Non è sempre agevole stabilire se tuttavia una disposizione legislativa intenda configurare un simile reato, venendosi a creare un certo grado di incertezza nelle decisioni giurisprudenziali²³⁹.

In ogni caso, per questo tipo di reati l'ente è chiamato a rispondere indipendentemente dalla posizione ricoperta all'interno della gerarchia aziendale da parte del soggetto che materialmente ha posto in essere la condotta punibile. In via fattuale dunque l'ente dunque è responsabile in via derivata per la condotta umana di un terzo, tuttavia da un punto di vista formale gli enti commettono le *strict liability offence* in

²³⁸ La dottrina sottolinea comunque una reviviscenza delle *offence* di *strict liability* previste dalla *Common law*, cfr. J. DINE, J. GOBERT, W. WILSON, *Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford (2011), p. 155.

²³⁹ Se è certo che le Corti non possano abrogare l'elemento psicologico di una *offence* prevista da uno *statute* trasformandola in una ipotesi di *strict liability*, non è vero il contrario. La House of Lords nel caso *Swee v. Parsley* (1970) AC 132 nell'opinione di Lord Reid (divenuto il *leading case* in materia) sostenne che nelle ipotesi dubbie dovesse presumersi l'elemento (e dunque fosse necessaria la prova) della *mens rea*. Nonostante tale precedente, in casi successivi la stessa House of Lords ha trattato simili situazioni come ipotesi di *strict liability*. Una delle applicazioni più evidenti si ebbe in *R. v. G.* (2008) UKHL 37: in tale caso (relativo ad una ipotesi di violenza sessuale su un minore) la decisione della House of Lords, chiamata a pronunciarsi sulla sec. 5 del *Sexual Offence Act 2003* fu nel senso di ritenere tale norma come un'ipotesi di *strict liability*, dichiarando l'irrelevanza della consapevolezza dell'agente con riferimento all'età della persona offesa.

via diretta²⁴⁰.

La oggettività del criterio di attribuzione della responsabilità per questo tipo di *offence* è totale nell'ordinamento inglese: diversamente da quanto accade in altri ordinamenti di *Common law* (come per esempio in Australia) la persona – fisica o giuridica – non può fare affidamento nemmeno sulla scusante del *reasonable mistake of facts*²⁴¹.

La riferibilità alla *corporation* della responsabilità penale fu possibile attraverso il meccanismo della *vicarious liability*, istituto di matrice civilistica la cui applicazione in campo penale fu sicuramente favorita dalla circostanza che in tale epoca non esistesse ancora una netta distinzione tra le due tipologie di illecito²⁴².

Proprio come nel sistema nordamericano, il primo passo è quello di spingersi ad affermare la responsabilità della società per ipotesi di tipo omissivo – si veda il caso *R. v.*

²⁴⁰ A. P. SIMESTER, J. R. SPENCER, G. R. SULLIVAN, G. J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford (2010), p. 273.

²⁴¹ Cfr. R. HEATON, *Criminal Law Textbook*, Oxford (2006), p. 229 "(...) *Such offences are known as strict liability offences, to which not even a reasonable mistake will be a defence*".

²⁴² Cfr ancora A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p.202. Interessante notare poi come la stessa giurisprudenza inglese alle prese con la *nuisance* abbia tributato alla stessa una maggiore affinità con la *law of torts* piuttosto che con il diritto penale. In merito si veda *Stephens* (1866) LR 1 QB 702, ove si affermò che nella sostanza il procedimento aveva un contenuto civilistico.

*Birmingham and Gloucester Rly Co*²⁴³ – per poi rapidamente estendere il ragionamento anche ad ipotesi di tipo commissivo – passaggio avvenuto a distanza di quattro anni con il caso *R. v. Great North of England Rly Co*²⁴⁴.

Esattamente come accadde oltreoceano, il principio per cui *societas delinquere non potest* non viene abbattuto nella sua totalità dalle pronunce del XIX secolo: l'erosione dello stesso per i reati la cui commissione è necessario un particolare elemento psicologico richiede infatti un ulteriore sforzo²⁴⁵. Sforzo che il sistema inglese, diversamente da quello nordamericano, ha compiuto cercando di dar forma propria alla colpevolezza dell'ente.

²⁴³ *R. v. Birmingham and Gloucester Ryl Co* (1842) 3 QB 223 nel quale la *corporation* aveva omesso di obbedire ad un ordine da parte della Corte che imponeva di rimuovere un ponte eretto in precedenza dalla stessa che si rivelava essere pericoloso per la pubblica sicurezza.

²⁴⁴ *R. v. Great North of England Ryl Co* (1846) 9 QB 315 in questo caso l'ipotesi si riferiva all'ipotesi di ostruzione della viabilità occorsa in occasione di lavori di manutenzione di una linea ferroviaria. La Corte espressamente riferisce la necessità di intervenire con la sanzione pecuniaria sia quando alla *corporation* sia riferibile un'omissione, sia quando lo sia una azione.

²⁴⁵ L'impossibilità di ricollegare alle entità fittizie le *offence* caratterizzate da *mens rea* viene peraltro riaffermata nella stessa sentenza *Great North of England Rly*. Secondo Lord Denman infatti «*A corporation cannot be guilty of treason or felony.*» *It might be added* «*of perjury, or offence against the person*». *The Court of Common Pleas lately held that a corporation might be sued in trespass; but nobody has sought to fix them with acts of immorality. These plainly derive their character from the corrupted mind of the person committing them, and are violations of the social duties that belong to men and subjects. A corporation, which has no such duties, cannot be guilty in these cases*».

3.2 La identification theory

La dottrina più attenta individua primi segnali di estensione dell'istituto oltre i confini degli illeciti caratterizzati da semplice responsabilità oggettiva in una pronuncia del 1917²⁴⁶. Pur facendosi ricorso ancora una volta allo schema della *vicarious liability*, in tale occasione una società fu ritenuta responsabile di un reato per il quale era richiesto un elemento soggettivo in capo all'agente: si trattava infatti di una ipotesi nella quale un *manager* aveva presentato della documentazione contabile falsa al fine di evitare il pagamento di tributi previsti dal *Railway Clauses Consolidation Act 1985*.

Il ragionamento alla base della motivazione di Lord Atkin partiva dalla considerazione che, seppur in via generale il *superior* non dovesse essere ritenuto responsabile per certe tipologie di atti (appunto gli illeciti caratterizzati da *mens rea*) commessi dai sottoposti, sarebbe stata comunque facoltà della legge proibirli o imporre determinati doveri in maniera tale da renderli assoluti. Si trattava dunque di rileggere in maniera più attenta la relativa norma per verificare se vi si potesse intravedere una *vicarious liability*, avuto riguardo all'oggetto, al dato letterale, al dovere imposto e alla persona alla quale esso si rivolge.

²⁴⁶ Si tratta di *Moussell Brothers Ltd. v. London and North Western Rly* (1917) 2 KB 836 come indicato da C. WELLS, *op. cit.*, p. 90.

Oltre a questa decisione, appare però più interessante un precedente della House of Lords del 1915: *Lennard's Carring Co. v. Asian Petroleum Co.*²⁴⁷. La vicenda, pur avendo ad oggetto un'ipotesi di responsabilità civile, si conclude con la statuizione "che gli atti e stati mentali di certi *senior officers* (cd. *Directing minds*) della persona giuridica devono essere considerati atti e stati mentali della stessa"²⁴⁸.

Se dunque in un primo momento la strada imboccata sembrava in qualche modo ricalcare quella percorsa dall'ordinamento degli Stati Uniti orientandosi (seppur con evidenti forzature delle norme statutarie) su una idea di colpevolezza dell'ente esclusivamente in chiave vicaria, con gli anni Quaranta del XX Secolo inizia a delinearsi un nuovo modello concettuale di ascrizione appunto pensato per chiamare in causa l'ente anche in relazione alle ipotesi di reati che richiedessero la *mens rea*²⁴⁹.

Tre le decisioni fondamentali che lo studioso deve prendere in considerazione e che si concentrano nell'annualità 1944: *DPP v. Kent and Sussex Contractors*²⁵⁰,

²⁴⁷ *Lennard's Carring Co. v. Asian Petroleum Co.* (1915) AC 705.

²⁴⁸ F. GANDINI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2008, p. 138.

²⁴⁹ C. DE MAGLIE, *op. ult. cit.*, p. 148 sottolinea come questa svolta sia avvenuta in modo "in modo sfocato e per certi versi contraddittorio".

²⁵⁰ *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd* (1944) 1 KB 146.

*R. v. IRC Haulage*²⁵¹ e *Moore v. Bresler*²⁵².

Tali sentenze (aventi ad oggetto rispettivamente illeciti di falso, truffa e violazioni di tipo finanziario) partono dalla considerazione che una entità fittizia non è di per sé in grado di agire, perché a pensare, agire e porre in essere condotte sono i suoi rappresentanti. Lo snodo fondamentale è dato dal fatto che gli agenti sono essi stessi la persona giuridica.

L'impostazione comune a tutte e tre le decisioni è costituita dalla circostanza che quando si abbia a che fare con reati caratterizzati dall'elemento soggettivo, sia necessario procedere guardando alla *mens rea* dell'*agent*. Essendo costoro la *directing mind* dell'entità fittizia, i loro atti sono atti della persona giuridica. Esisterebbe cioè una identificazione della struttura con i suoi soggetti più importanti, che, detto altrimenti, ne sono l'*alter ego*.

Diverse tuttavia le sfumature secondo le quali questo paradigma fu interpretato dalle corti d'oltremarina che, non a caso ha fatto registrare una certa discontinuità relativamente a due tematiche: quali atti devono essere interpretati come commessi nell'interesse dell'ente e quali siano i soggetti che possano identificarsi con la persona giuridica.

Quanto al primo aspetto, un'analisi delle tre sentenze del 1944 mette bene in luce la non uniformità delle decisioni.

²⁵¹ *R. v. IRC Haulage Ltd* (1944) 1 KB 551.

²⁵² *Moore v. Bresler* (1944) 2 All ER 515.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

In *DPP v. Kent and Sussex Contractors* il giudicante statuisce che l'analisi dell'interprete non debba prendere in considerazione tale punto: provati i requisiti del reato in capo alla persona fisica, non è necessario dar prova di qualsivoglia interesse della compagnia; tuttavia già in *R. v. Haulage* l'impostazione è sensibilmente differente, visto che si asserisce la necessità di guardare anche a tale circostanza. Diversa ancora *Moore v. Bresler*, dove la *corporation* è chiamata a rispondere anche di condotte che sono state poste in essere con volte a danneggiarla.

Ma è dietro la seconda questione che è interessante concentrarsi per apprezzare lo sviluppo della responsabilità penale dell'ente in Inghilterra: dopo gli anni Quaranta del secolo scorso, infatti la principale domanda alla quale la giurisprudenza ha dovuto rispondere è stata quella relativa all'individuazione dei soggetti in grado di essere l'*alter ego* dell'ente. Ossia: quali soggetti all'interno della gerarchia aziendale ne costituiscono la *directing mind*?

Bisogna attendere gli anni Settanta ed il *leading case* *Tesco v. Natrass*²⁵³ perché la House of Lords prenda posizione sul punto. Nella vicenda, avente ad oggetto la condotta di indicare alcuni beni di consumo in "offerta speciale" quando in realtà si trattava di una vendita

²⁵³ *Tesco Supermarkets v. Natrass* (1972) AC 153.

ordinaria²⁵⁴, la difesa della *corporation* invoca l'esimente speciale per la quale l'imputato non risponde qualora il reato si sia realizzato per azione od omissione di terza persona nonostante l'adozione di precauzioni ragionevoli e l'esercizio della dovuta diligenza da parte del primo. Visto che la condotta in questione era stata possibile grazie alla condotta di un capo reparto, il successo di tale difesa presupponeva di escludere il capo reparto dal novero dei soggetti costituenti la *directing mind* facendolo piuttosto figurare quale persona terza la cui azione aveva portato alla realizzazione dell'illecito.

La House of Lords, nella motivazione di Lord Pearson, accoglie questa impostazione facendo leva sul tenore della disposizione dello stesso *Act* appunto dedicata alle *offence* commesse da una *corporation*. L'operazione ermeneutica giunge quindi alla conclusione che la *directing mind* della persona giuridica si identifica con le persone facenti parte della cerchia del *board of directors, managing directors* e *superior officers*: ricorrendo alla metafora del corpo umano, la pronuncia paragona questi al cervello dell'ente, classificando invece gli altri individui come le membra.

La stessa House of Lords avverte che tuttavia la linea di demarcazione tra le due categorie non è sempre netta e

²⁵⁴ Nello specifico si trattava di una violazione del *Trade Descriptions Act 1968*.

precisa: occorre infatti valutare caso per caso la struttura dell'organizzazione implicata, le sue dimensioni, il tipo di attività svolta e l'eventuale presenza di deleghe di funzioni all'interno²⁵⁵.

Al di là dell'entusiasmo per la formulazione del nuovo criterio di ascrizione della responsabilità, i limiti di tale approccio sono emersi chiaramente nella successiva giurisprudenza che, a ridosso degli anni Novanta, si è vista costretta (anche a causa della particolare disciplina dell'omicidio colposo in tale ordinamento)²⁵⁶ a dover rinunciare all'applicazione di sanzioni penali nei confronti delle *corporations* in occasione di eventi estremamente dannosi in termini di vite umane: la il disastro navale di Zeebrugge e l'incendio verificatosi alla stazione di King's Kross a Londra (entrambi nel 1987), furono la prova più evidente della insufficienza di tale modello ascrittivo.

²⁵⁵ Cfr. C. HARDING, *Criminal liability of corporations – United Kingdom*, in AA.VV., *La criminalisation du comportement collectif: 14e Congrès international de droit comparé*, a cura di H. DE DOELDER, K. TIEDEMANN Den Haag, Boston (1996), p. 373.

²⁵⁶ Il reato di *involuntary manslaughter* (disciplinato dalla *Common law*) riferibile alle *corporation* era quello commesso *by gross negligence*, per la cui applicazione è necessario appunto che la condotta commissiva od omissiva sia caratterizzata da un grado di colpa particolarmente elevato. Storicamente è apparso estremamente complicato ritenere una *corporation* responsabile di tale reato; il primo tentativo avvenne con *R. v. Cory Bros Ltd* (1927) 1 KB 810 nei confronti di una impresa del settore estrattivo. Giunti avanti alla King's Bench Division, le accuse vennero fatte cadere sulla base che non si riteneva possibile affermare la responsabilità di una *corporation* per reati così gravi.

In effetti, la teoria dell'identificazione sembra adattarsi molto bene per le realtà di piccole dimensioni, "ove per definizione un individuo può essere identificato più facilmente"²⁵⁷, ma al cospetto di realtà particolarmente strutturate, è destinata nella maggior parte dei casi all'ineffettività. E ciò con grave pregiudizio, se sol si considera la maggiore capacità offensiva intrinseca di questa seconda tipologia di enti. Tuttavia, che fare davanti ad una serie di errori commessi da una pluralità di soggetti nessuno dei quali in posizione apicale? Allo stesso modo si dovette procedere nei casi in cui, pur potendosi arrivare ai soggetti costituenti la *directing mind* agli stessi non si potesse ricollegare un elemento psicologico qualificabile come *gross negligence*.

Da un punto di vista concettuale poi la teoria dell'*alter ego* si limita a dire che alcuni soggetti si identificano, sono, rappresentano il cervello, la mente pensante dell'ente. Ma a quale livello porre la distinzione tra *senior manager* e non? E perché solo questi "sono" la *corporation* e gli altri no? Rifugiarsi dietro la classica spiegazione secondo cui nelle strutture aziendali vi sono soggetti che prendono decisioni ed

²⁵⁷ P. DE GIOIA CARABELLESE, A. SAVINI, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. Omicidio societario (corporate manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2011*, p. 119 che correttamente richiama il caso *R. v. Peter Kite* (1996) 2 Cr App R 295 e le critiche espresse da J. GOEBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London (2003), p. 64 ss.

altri le eseguono appare fin troppo semplicistico e non tiene in considerazione che qualsiasi individuo all'interno di una gerarchia prende delle decisioni. Allargando infatti la prospettiva di indagine, anche il soggetto posto al fondo della scala decisionale "decide" di eseguire l'ordine giunto dall'alto, con ciò condizionando il risultato (ed il "comportamento") finale della struttura organizzata.

Scartata la spiegazione fondata sulla capacità decisionale, non si spiega in altro modo perché in questo modello di responsabilità, che pur sempre è basato su una responsabilità "derivata"²⁵⁸ dell'ente, la *mens rea* di certi soggetti riesca a divenire quella della *corporation*. Le decisioni delle corti inglesi infatti applicano sanzioni agli enti secondo la teoria dell'*alter ego*, ma danno per presupposte le ragioni che ne fondano la validità, salvo appunto ricorrere ad affermazioni quasi apodittiche per cui i *senior manager* sono la *corporation*.

3.3 Diversi sistemi di attribuzione della responsabilità: hybrid offence, aggregated liability ed il caso Meridian

La peculiarità e la non totale coerenza delle norme che disciplinano la responsabilità penale degli enti in Inghilterra

²⁵⁸ C. WELLS, *op. cit.*, p. 85

impone di fare alcune precisazioni che permetteranno di apprezzare la poliedricità dell'istituto prima di soffermarsi sulle ultime evoluzioni legislative del 2007 e del 2010.

Sul versante legislativo occorre innanzitutto sottolineare che la dicotomia *vicarious liability – identification theory* non è idonea a descrivere la totalità delle *offence* di cui possono essere responsabili le persone giuridiche, esistendo infatti altre ipotesi (tutte di fonte statutaria) definite "ibride". Quest'ultima categoria, peraltro assai nutrita, è composta essenzialmente da *regulatory offence* che sono simili a quelle di *strict liability*, nel senso che non necessitano la prova di una particolare *mens rea*, ma per espressa previsione di legge vengono trattate come se la richiedessero qualora sia imputata una *corporation*. Ciò accade prevenendo la possibilità per quest'ultima di avanzare la difesa della *due diligence*, riversando così sul *prosecutor* l'onere della prova contraria²⁵⁹.

L'insoddisfazione, avvertita soprattutto a livello di risultati pratici, della *identification theory* ha portato qualche voce dottrinale a riconsiderare l'applicabilità di schemi di attribuzione della responsabilità diversi. In particolare i tentativi hanno guardato alla teoria della *collective responsibility* statunitense indicandola con il diverso nome di

²⁵⁹ C. WELLS, *op. cit.*, p. 102

aggregated liability.²⁶⁰ Partendo dalla concezione di Brown²⁶¹ secondo il quale la *corporation* è qualcosa di più dei suoi singoli membri, sarebbe illogico ritenere che gli stati mentali di questa entità vengano fatti coincidere con quello di solo alcuni dei suoi componenti: così come le potenzialità raggiunte dall'insieme dei soggetti attraverso l'organizzazione di impresa portano ad un livello superiore da quello che sarebbe rappresentato dalla semplice somma degli stessi, a sua volta la *mens rea* dell'ente non dovrebbe essere negata sulla base di una non completa conoscenza dei fatti in capo a singoli soggetti. Dovrebbe valere anche per questa infatti il concetto che la conoscenza dell'ente è data dalla sommatoria e dall'interazione delle conoscenze di quei soggetti che la *identification theory* classifica come *directing mind*. Appare significativo il paragone di Gobert che, per descrivere il livello di conoscenza di una entità collettiva, ricorre all'immagine di una squadra chiamata a partecipare ad un *quiz* universitario: le risposte alle quali questa può rispondere sono date dalla sommatoria e dall'interazione delle conoscenze proprie degli studenti membri della squadra stessa²⁶².

²⁶⁰ Per una ricostruzione sul punto si veda L. L. MORAN, *Corporate Criminal Capacity: Nostalgia for Representation*, 1 *Social & Legal Studies* 371 (1992) in particolare pp. 381-387.

²⁶¹ W. J. BROWN, *The Personality of the Corporation and the State*, 21 *Law Quarterly Review* 365, 370 (1905).

²⁶² J. GOBERT, *Corporate criminality: four models of fault*, 14 *Legal Studies* 393, 405 (1994).

Dal canto suo la giurisprudenza si è sempre rifiutata di accogliere una simile impostazione giustificando tale scelta sulla considerazione del fatto che si sarebbe finito per punire illeciti ove *actus reus* e *mens rea* sarebbero stati trasmessi alla *corporation* da persone diverse²⁶³. Evidente dunque il contrasto con il principio, valido anche nei sistemi di *Common law*, che l'elemento psicologico da prendere in considerazione ai fini dell'affermazione della responsabilità penale è quello presente al tempo della condotta.

Qualche apertura da parte delle corti inglesi verso un concetto più moderno di colpevolezza si è piuttosto avuta con il caso *Meridian*²⁶⁴. La motivazione della sentenza, avente ad oggetto una violazione di natura finanziaria da parte di due dipendenti della società che avevano acquistato – tenendo all'oscuro il gruppo dei dirigenti – azioni di una compagnia neozelandese, parte dalla considerazione che l'attribuzione di uno stato di conoscenza in capo all'entità collettiva solleva un difficile interrogativo di tipo filosofico e che la risposta data dalla teoria dell'*alter ego* non appare sempre soddisfacente. In questo caso *Meridian* avrebbe dovuto comunicare al mercato di avere tale partecipazione nel proprio portafoglio azionario, operazione possibile solo per chi abbia

²⁶³ Cfr. L. L. MORAN, *op. cit.*, p. 385. Questo peraltro il ragionamento alla base di *R. v. H. M. Coroner for East Kent* (1989) 88 Cr. App. R 10.

²⁶⁴ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Securities Commission* (1995) 2 AC 500

conoscenza di trovarsi in tale condizione. Ma a quale conoscenza guardare? La risposta di Lord Hoffmann si basò sull'interpretazione della norma violata²⁶⁵ e sulla *ratio* sottostante, giungendo alla conclusione che nel caso in cui la posizione di controllo si fosse formata in capo ad una persona giuridica, in tal caso si sarebbe dovuto guardare alla consapevolezza di colui che aveva proceduto all'operazione per conto della persona giuridica.

Impregiudicata ogni valutazione sull'importanza di tale decisione per l'evoluzione del modello inglese, l'analisi delle motivazioni della stessa non delinea un vero modello concettuale sulla base del quale giustificare questa più estesa concezione della *directing mind* della *corporation*. A parere di chi scrive, si tratta ancora una volta dell'emergere dello spirito pragmatico tipico della cultura anglosassone favorito da un sistema giudiziario fondato su regole particolarmente elastiche pronte ad essere orientate verso il perseguimento di determinati obiettivi cui mirano *policy* di più ampio respiro. La stessa dottrina inglese, in occasione di questa ed altre pronunce²⁶⁶, apparve conscia di una certa

²⁶⁵ Nello specifico si trattava della *sec. 20* del *Securities Amendment Act 1988*.

²⁶⁶ Oltre al caso *Meridian*, sono chiaramente simbolo di questa tendenza *Tesco Stores Ltd v. Brent London Borough Council* (1993) 2 All ER 718 e *Seaboard of Offshore Ltd v. Secretary of State for Transport* (1994) 2 All ER 99.

qual insofferenza delle corti nel vedersi limitata secondo gli schemi della teoria dell'*alter ego* a fronte di situazioni che la collettività percepiva come meritevoli di sanzione²⁶⁷.

3.4 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 & Bribery Act 2010

Il malcontento che la società inglese percepiva ed al quale le corti tentavano di dare una risposta rifletteva un cambiamento culturale nei confronti della percezione del rischio e nell'individuazione dei soggetti responsabili di tali rischi²⁶⁸. Particolarmente nel campo dei reati contro la persona, dalle persone giuridiche insomma la collettività si attendeva un maggior impegno, in termini di standard di diligenza e di compensazione dei danni causati in relazione a situazioni la cui responsabilità in tempi precedenti si sarebbe attribuita all'operato dei singoli²⁶⁹. A contrapporsi a queste istanze vi erano tuttavia le difficoltà, cui come sopra si è accennato, che storicamente l'ordinamento inglese ha trovato nel condannare una persona giuridica per *manslaughter* a

²⁶⁷ La tendenza è evidenziata da C. WELLS, *A quiet revolution in corporate liability for crimes*, 145 *New Law Journal* 1327 (September 15).

²⁶⁸ Cfr M. DOUGLAS, *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London (1992): l'autrice attribuisce tale tendenza al "*moral relativism*" e ad una "*psychological concussion*" di cui la società (inglese ma non solo) sarebbe affetta.

²⁶⁹ Cfr. C. WELLS, *Corporate Manslaughter: A Cultural and Legal Form*, 6 *Criminal Law Forum* 45 (1995).

causa di insufficienze nella concezione di colpevolezza sottostante.

L'emanazione del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* e del *Bribery Act 2010*²⁷⁰ costituisce dunque un momento di sviluppo del sistema che si pone nel solco già tracciato dall'introduzione delle *hybride offence* e dalle tendenze giurisprudenziali che miravano a dar una forma della colpevolezza che possa a portare a risultati più in linea la sensibilità pubblica. Allargando la visuale si può infatti affermare di essere in presenza di un percorso *in fieri*, all'interno del quale l'ordinamento inglese ha anche considerato di addivenire ad una generale riforma della disciplina della responsabilità penale delle entità collettive. L'obiettivo di maggior equilibrio da parte di questo progetto venne perseguito attraverso una maggiore razionalità dell'istituto che portò ad interrogarsi sulla opportunità di dotare l'ordinamento di previsioni generali ed astratte circa i

²⁷⁰ Per alcuni contributi in lingua italiana sul punto, si vedano: P. DE GIOIA CARABELLESE, A. SAVINI, *op. cit.*; F. GANDINI, *La responsabilità delle "commercial organizations" nel Regno Unito alla luce del Bribery Act 2010*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2010*, p. 95 ss.; A. TRESOLDI, E. LUNGARO, *Il self reporting nel Bribery Act del sistema britannico e la collaborazione dell'ente nel processo penale ex d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2011*, p. 101 ss.; A. TRESOLDI, E. LUNGARO, *L'entrata in vigore del UK Bribery Act. Un confronto fra le Guideline inglesi e le Linee Guida di Confindustria per l'attuazione del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2011*, p. 117 ss.

criteri di ascrizione della responsabilità ed altresì sull'esperibilità della scusante della *due diligence*²⁷¹.

Il progetto non è arrivato ad uno sbocco definitivo, ed in realtà è ben più probabile, che i due corpi normativi "speciali", pur rappresentando un significativo cambiamento nell'ordinamento inglese, rimangano quali eccezioni al generale sistema sopra descritto²⁷².

Ciò che appare interessante nelle due discipline in questione è appunto il riconoscimento della possibilità di muovere un rimprovero all'ente sulla base di un concetto di colpevolezza che non sia automaticamente derivato dalla condotta di un singolo soggetto: gli specifici illeciti che in essi sono previsti sono iscritti direttamente a carico della persona giuridica e non a capo delle persone fisiche. È dunque utile

²⁷¹ Il progetto di riforma si è arenato. Non di meno vale la pena di considerare come la *Law Commission* abbia ritenuto non opportuna né desiderabile l'opportunità di dotarsi di previsioni generali ed astratte (come quelle riscontrate in Australia) per disciplinare la materia preferendo affidarsi all'interpretazione degli *statute* caso per caso per raggiungere risultati migliori. La miglior soluzione sarebbe quella di indicare con specifiche norme la base sulla quale le persone giuridiche se e per quali criteri possano essere ritenute responsabili di determinate *offences*, ma in assenza di ciò la soluzione migliore sarebbe appunto quella che passa attraverso l'interpretazione della norma, invitando comunque alle corti in tali casi a non considerare automaticamente applicabile la teoria dell'*identification*. Cfr. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, *Criminal liability in Regulatory Contexts. A Consultation Paper, Consultation Paper n°195*, London (2010), § 5.91.

²⁷² Di questa opinione C. WELLS, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future*, in AA.VV. *Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., p. 107.

analizzare le due discipline dal momento che, pur fondandosi su una comune logica sottostante, declinano la stessa in maniera diversa ai fini della colpevolezza dell'ente.

In particolare, la *sec. 1 del Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* stabilisce che la persona giuridica deve essere ritenuta responsabile "se il modo in cui le attività sono gestite ovvero esercitate causano la morte di una persona e ciò per l'effetto di una grave violazione del relativo dovere di diligenza cui l'organizzazione è tenuta nei confronti della persona deceduta"²⁷³.

È pertanto necessario che si realizzi un evento (la morte di una persona fisica) a causa di una grave violazione di un dovere di diligenza (indicato come *gross breach of duty of care*) che, come specificato dalla *sec. 2 (1)* incombe sull'*organization* a vario titolo: quale datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti (a), quale occupante di suolo (b), quale dovere connesso a determinate attività o situazioni di fatto (c)²⁷⁴, ovvero perché della sicurezza di determinati

²⁷³ P. DE GIOIA CARABELLESE, A. SAVINI, *op. cit.*, p. 123.

²⁷⁴ La *sec. 2 (1) (c)* annovera "a duty owed in connection with – (i) the supply by the organization of goods or services (whether for consideration or not), (ii) the carrying on by the organization of any construction or maintenance operations, (iii) the carrying on by the organization of any other activity on a commercial basis, or (iv) the use or keeping by the organization of any plant, vehicle or other thing".

soggetti l'organizzazione è per legge responsabile (d)²⁷⁵.

A norma della *subsection 1 (3)*, tale disorganizzazione o malfunzionamento deve essere obbligatoriamente ricollegato alla sfera di competenza dei *senior manager* ed essere *substantial element* della summenzionata grave violazione del dovere di diligenza.

La *subsection* successiva si preoccupa altresì di individuare i confini sia della categoria dei *senior manager*, che con criterio di stampo fattuale vengono definiti coloro che hanno un ruolo significativo ovvero è previsto lo abbiano nel prendere decisioni sul come l'intera struttura o parte sostanziale della stessa debba essere gestita, sia quelli del *gross breach of duty of care*. Quest'ultimo è ricostruito sulla base del concetto di *gross negligence* formatosi sotto la *Common law*²⁷⁶, ma se ne distacca evitando la circolarità del ragionamento secondo il quale lo standard richiesto per la responsabilità penale è raggiunto quando la giuria ritiene che la violazione stessa sia talmente grave da essere ritenuta di rilevanza penale²⁷⁷. Il nuovo livello di diligenza previsto richiede infatti che il comportamento tenuto si collochi di sotto

²⁷⁵ In questa categoria ricadono i doveri di protezione che tipicamente sono indirizzati alle *organization* di tipo pubblico, come il dovere di sicurezza nei confronti dei soggetti la cui libertà personale è ristretta per motivi di giustizia.

²⁷⁶ *R. v. Adomako* (1995) 1 AC 171.

²⁷⁷ Cfr. C. WELLS, *op. ult. cit.*, p. 103.

di quanto può ragionevolmente attendersi da una *organization* in quelle circostanze; per la valutazione la giuria dovrà, a norma della *subsection 8(2)*, decidere se le prove dimostrino inadempimenti relativi alla disciplina della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e, in caso affermativo, valutarne la gravità. Non solo: dal punto di vista probatorio la *subsection 8(3)* prevede la possibilità di prendere in considerazione anche attitudini, politiche, regole o pratiche accettate all'interno dell'organizzazione che possano aver incoraggiato, tollerato o prodotto l'inadempimento ai dettami di tale legislazione²⁷⁸.

La peculiarità del nuovo concetto di colpevolezza della *organization* introdotto con il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* sta nel fatto che il *managing failure test* in questo caso non si basa sull'identificazione dei soggetti apicali con la persona giuridica, bensì sugli schemi logici alla base della teoria dell'*aggregation*, che la precedente giurisprudenza aveva rifiutato di accogliere, con riferimento alla posizione dei *senior manager*²⁷⁹. Si è parlato

²⁷⁸ Il verbo in questo caso utilizzato dalla disposizione è "may": dunque mentre dovranno in ogni caso essere presi in considerazione da parte della giuria gli elementi indicati nella *subsection 8 (2)* (ove la giuria *must consider*), i fattori indicati nella *subsection 8 (3)* potranno anche essere esclusi.

²⁷⁹ Cfr. J. GOBERT, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen Years in the Making but was It Worth the Wait?*, 71 *Modern Law Review* 413, 426 (2008).

in proposito di passaggio da *senior management (failure) test* a *management (failure) test* per indicare il maggior spettro di indagine base sul quale basare la valutazione da parte della giuria e facilitare il riconoscimento della colpevolezza²⁸⁰.

Venendo invece al modello tratteggiato dal *Bribery Act 2010*, questo, come anticipato, ricalca il *modus procedendi* adottato dalla disciplina del 2007 ma se ne differenzia per il contenuto del rimprovero mosso all'ente. Si tenga presente che comunque il *Bribery Act 2010* contiene una pluralità di fattispecie che abrogano e sostituiscono la precedente disciplina di *Common law*²⁸¹. In particolare gli illeciti disciplinati dalle *sec. 1* e *6*²⁸² possono essere commessi indipendentemente da persone fisiche o da persone giuridiche: per tali ipotesi la colpevolezza dell'ente, il cui presupposto è una partecipazione fattiva all'atto corruttivo, sarà valutata ancora una volta secondo i principi classici elaborati dalla giurisprudenza. Diversamente, il reato di cui alla *sec. 7*, rubricato come *failure of commercial organizations to prevent bribery*, può essere commesso solamente da

²⁸⁰ Cfr. E. MUJIH, *Reform of the law on corporate killing: a toughening or softening of the law?*, 29 *The Company Lawyer* 77, 83 (2008).

²⁸¹ Per una ricostruzione del processo di riforma con specifica attenzione alle *corporation* si rimanda a G. R. SULLIVAN, *Reforming the Bribery (LCCP 185): Bribery outside England and Wales; Corporate Liability; Defences; Consent to Prosecution*, 9 *The Criminal Law Review* 687 (2008).

²⁸² Le norme prendono in considerazione rispettivamente la corruzione di un pubblico ufficiale nazionale e di un pubblico ufficiale straniero.

particolari enti e viene prevista una particolare disciplina che sembra avvicinarsi molto alla disciplina italiana del D.Lgs. 231/01.

La disposizione di cui alla sec. 7 trova luogo nei casi in cui vi sia la commissione di una corruzione punita ai sensi dalle sec. 1 o 6 da parte di una *associated person* con il fine di “ottenere o mantenere un *business* per la prima, ovvero di ottenere o mantenere un vantaggio nella condotta di *business* per la prima”²⁸³ ma l’ente non si adoperi fattivamente nella commissione del reato. L’oggetto del rimprovero nei confronti dell’ente si ricava “a contrario” dalla *defence* prevista nella *subsection 7(2)*: poiché infatti l’ente può dimostrare di aver posto in essere adeguate procedure finalizzate alla prevenzione della condotta posta in essere dalla *associated person*, se ne ricava che l’ente è sottoposto a sanzione per aver omesso di predisporre un’organizzazione adeguata ad impedire fenomeni corruttivi.

Tuttavia, diversamente da quanto avviene con il *corporate manslaughter*, ove si è in presenza di un solo reato – quello appunto dall’ente – determinato dalle cumulate negligenze dei *senior manager*, in questo caso si è in presenza di due illeciti: quello di corruzione da parte della persona fisica e quello dell’ente che non è dotato di strutture

²⁸³ F. GANDINI, *op. ult. cit.*, p. 97.

procedure per la sua prevenzione. Se entrambe le ipotesi si fondano in qualche modo su un difetto di organizzazione, è diverso l'oggetto del rimprovero (e dunque la *ratio* della colpevolezza): in un caso si punisce una struttura perché nel suo "essere" essa incarna un *gross breach of the duty of care* che ha portato alla realizzazione dell'evento naturale morte, nell'altro si punisce la persona giuridica per non essere adeguata a prevenire un reato che è stato effettivamente commesso. Nel primo caso dunque l'ente appare quale soggetto agente risultante dalla *aggregation* di vari soggetti, mentre nel secondo non si ha identificazione tra soggetto che materialmente compie l'illecito di corruzione e la *commercial organization*, che appare quale entità distinta ma colpevole di un diverso reato.

Appare utile soffermarsi proprio su quest'ultima scissione per analizzare più approfonditamente il meccanismo di ascrizione della responsabilità che, a parere di chi scrive appare non del tutto coerente. Considerando che la definizione di *associated person* fornita dalla *sec. 8*, ovvero quella di persona che svolge un servizio per la *commercial organization* o che ne spende il nome, non distingue tra i soggetti che incaricano la *directing mind* dell'ente e soggetti diversi, è quanto mai difficoltoso orientarsi nel caso in cui una corruzione sia posta in essere appunto da un membro del

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

senior management: quale il criterio dovrà guidare l'interprete per scegliere se la classica teoria dell'*identification* (e dunque far rispondere l'ente per il reato previsto dalla sec. 1 o 6) ovvero rimproverare allo stesso un difetto organizzazionale²⁸⁴?

Vale la pena approfondire anche la natura della *defence* che l'ente può invocare. Se nel caso del *corporate manslaughter* la disorganizzazione è vista come causa dell'evento, in questo caso essa si configura come oggetto di una "diversa condotta" criminosa, che nel diritto penale inglese viene, come detto, denominato come *actus reus*. Ebbene, la "condotta" di avere o non avere determinate procedure appare difficilmente conciliabile con un elemento psicologico vero e proprio, essendo più simile a quel tipo di reati, di matrice schiettamente oggettiva, che nei sistemi di *Common law* vengono talvolta classificati come "*being offences*" proprio perché l'oggetto della non tanto una condotta, bensì uno status del soggetto.

Una simile ricostruzione in termini oggettivi di colpevolezza, a parere di chi scrive appare confermata proprio dalla natura della *defence* che viene riconosciuta alla *commercial organization*, che – in considerazione anche del

²⁸⁴ Il problema era peraltro già stato messo in luce da C. WELLS, *Bribery: Corporate Liability under the Draft Bill 2009*, 9 *The Criminal Law Review* 479, 483 (2009) in sede di discussione del disegno di legge del 2009.

regime probatorio che la disposizione prevede²⁸⁵ – si configura come *due diligence*, istituto che nel sistema inglese viene riconosciuto solo per le ipotesi di *strict liability*.

Nonostante la apparente novità che la disciplina del 2010 sembra introdurre, ovvero quella di una attribuzione della responsabilità all'ente fondata su una nuova concezione colpevolezza, dietro tale struttura è facile riscontrare ancora una volta lo schema della responsabilità oggettiva. L'intervento del sistema inglese si è infatti orientato nel senso di adoperare secondo un diverso schema gli strumenti dei quali era già in possesso²⁸⁶ provando al tempo stesso a dar

²⁸⁵ Nei sistemi di *Common law* l'onere di provare tutti gli elementi di un reato grava sul *prosecutor*, che è tenuto a farlo *beyond reasonable doubt*. Se l'imputato ritiene di volersi avvalere di una *defence* vera e propria (*self-defence*, *provocation*, *necessity* e *duress*) ovvero confutare l'*actus reus* o la *mens rea* (sollevando le questioni di *intoxication*, *involuntariness* ed *automatism* che a loro volta vengono chiamate – seppur con diversa accezione – *defence*) grava sullo stesso un *evidentiary burden*: esso deve portare indizi significativi (*meaningful evidence*) della sussistenza di tale difesa. L'effetto è quello di far tornare sull'accusa l'onere della prova negativa, sempre con lo standard del *beyond reasonable doubt*. Fanno eccezione la *defence* dell'incapacità (*insanity*, anch'essa volta a negare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato) e appunto della *due diligence*, per le quali è previsto che l'onere probatorio gravi sull'imputato *on the balance of probabilities* (standard più severo dell'*evidentiary burden* ma meno del *beyond reasonable doubt*). Appare difficile sostenere che il regime probatorio sia stato pensato perché la circostanza di avere un determinato assetto di procedure debba essere trattata come una situazione di "incapacità dell'ente" di avere una *mens rea*: appare più logico considerare la stessa come *due diligence*.

²⁸⁶ Anche in *Moussell Brothers Ltd.* si assistette alla condanna di un ente a titolo di responsabilità oggettiva per un reato caratterizzato da *mens rea*, ma in tal caso lo si fece sulla base della *vicarious liability*. Nella logica del

forma alla specifica *due diligence defence*.

Bribery Act 2010, invece, il reato rimproverato all'ente è diverso da quello commesso dalla persona fisica.

IL SISTEMA INGLESE

4. La responsabilità delle persone giuridiche in Australia

L'analisi della responsabilità penale delle persone giuridiche in Australia riveste un particolare interesse per lo studioso che si interroghi sulla colpevolezza degli enti. Nei paragrafi successivi, infatti, si vedrà come la riflessione dottrinale, che ha avuto una particolare spinta negli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo, abbia portato a scelte legislative del tutto innovative, finalizzate a rimuovere i dubbi circa l'applicazione dell'istituto sia a livello di diritto sostanziale che a livello di disciplina processuale incontrati da altri ordinamenti²⁸⁷. Il pregio delle soluzioni adottate è peraltro stato riconosciuto dallo stesso legislatore italiano nella relazione governativa di accompagnamento al D.Lgs 231/2001²⁸⁸.

Ciò nonostante, è quasi sorprendente notare come nella realtà australiana, che pure ha avuto il coraggio di intraprendere un percorso particolarmente innovativo molto ammirato negli altri Paesi, la materia non desti particolarmente l'attenzione della dottrina locale nel presente

²⁸⁷ Cfr. P. GILLIES, *Criminal Law*, North Ryde (1997), p. 132.

²⁸⁸ Cfr. Relazione, § 3.3.

momento storico. Nonostante alcune autorevoli voci ciclicamente ricordino la necessità di un impegno per contrastare i reati che nascono nell'ambito dell'impresa e l'enorme costo sociale essi comportano²⁸⁹, la maggior parte della dottrina appare ben più interessata a temi di diritto penale classico ed agli illeciti posti in essere dalle persone fisiche.

Prima di addentrarsi nell'analisi di tale sistema, occorre una precisazione di tipo metodologico. Il con termine "Australia" si è soliti indicare lo Stato federale australiano (il cui nome corretto è Commonwealth of Australia); questo deve essere tenuto distinto dagli stati federati e dai *territories* che ne occupano il relativo suolo²⁹⁰. Anche in questo caso

²⁸⁹ Cfr. M. FINDLAY, S. ODGERS, S. YEO, *Australian Criminal Justice*, Melbourne (2005), p. 349 ss. Gli autori sottolineano in particolare il ruolo giocato dai mezzi di comunicazione nella percezione dell'illecito da parte della collettività: "[t]he community is (...) continually exposed to a picture of conventional crime committed by individual mostly belonging to the lower socio-economic classes of society", p. 350; una influenza alla quale, evidentemente, è soggetta anche la stessa dottrina.

²⁹⁰ In particolare sono presenti sei stati (New South Wales, Victoria, Queensland, Western Australia, South Australia e Tasmania) due *major territories* (Northern Territory ed Australian Capital Territory) e sette *territories* (Ashmore and Cartier Islands, Australian Antarctic Territory, Christmas Island, Cocos (Keeling) Islands, Coral Sea Islands, Heard Island and McDonald Islands, Jervis Bay Territory). Mentre gli stati sono entità sovrane ed il loro rapporto con il Commonwealth è semplicemente impostato sul "classico" riparto di competenze che normalmente si osserva negli ordinamenti federali, diversa è la situazione per i *territories*. I sette (*minor*) *territories* sono direttamente amministrati dal Commonwealth, mentre i *major territories* operano in buona sostanza

occorre considerare che la potestà legislativa si riparte tra Stato federale e Stati federati: l'articolo 51 della Costituzione federale enumera le diverse materie di competenza del Commonwealth lasciando agli stati federati quella residuale. La materia penale, esattamente come avviene negli Stati Uniti d'America, ricade in via generale sugli Stati federati; il Commonwealth ha comunque la possibilità di legiferare in materia penale negli ambiti di propria competenza.

L'apparente linearità della distinzione è assolutamente destinata a rarefarsi alla prova dei fatti, dalla quale emerge un quadro tutt'altro che unitario. Infatti, la responsabilità penale degli enti per le materie di competenza statale segue la disciplina di ognuno degli ordinamenti interni, mentre per le materie di competenza federale, si assiste ad una notevole frammentazione dell'istituto, peraltro in linea con la tendenza generale del diritto penale australiano: si vedrà in seguito che, pur essendo intervenuto nel 1995 un Codice penale federale contenente una parte (*Chapter 2 – Part 2.5*) dedicata specificamente alla *corporate criminal liability* (la cui efficacia è in atto dal dicembre 2001), i principi generali in esso contenuti sono applicabili ad un numero assai limitato di *offence*, essendo assai numerose le eccezioni all'operatività dello stesso a favore della tradizionale disciplina di *Common*

come stati, ma nei loro confronti lo Stato federale può attivarsi e sostituire qualsiasi legislazione venga prodotta dai loro parlamenti.

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

law.

4.1 L'influenza inglese: l'impostazione tradizionale e i primi segnali di cambiamento

L'analisi della materia nell'ordinamento australiano non può certo non considerare la notevole influenza culturale che l'ordinamento britannico ha avuto ed ancora ha (seppure con un rapporto a volte assai controverso) in questo Paese.

Non sorprende dunque notare che nell'ex colonia dell'impero britannico le corti locali abbiano iniziato a trattare la materia secondo i principi già sviluppati dalla *Common law* inglese; un approccio che tuttavia con l'andare del tempo ha iniziato a cercare una dimensione propria e distinta da quella di provenienza. Ecco dunque che le prime decisioni della *High Court* federale e di quelle locali iniziarono a riconoscere la possibilità di muovere un rimprovero alle entità collettive sulla scorta del consolidato principio della *vicarious liability*. Occorre notare che anche in questo caso la strada imboccata sembrò in un primo periodo quella di ricondurre ogni reato del quale potesse rispondere una *corporation* nei dettami della responsabilità vicaria. La stessa *High Court* in un caso del 1921²⁹¹ si richiamò al già menzionato precedente inglese *Moussel Brothers* per risolvere un caso concernente una

²⁹¹ Si tratta di *R. v. Australasian Films Ltd* (1921) 29 CLR 195.

frode fiscale in violazione del *Customs Act 1901-1910*.

Nessuna importanza, si disse, circa la posizione di colui che avesse compiuto l'atto: gli elementi necessari per condannare la *corporation* furono individuati nella qualifica di *servant* in capo all'agente materiale, nello *scope of employment* e nella presenza di una legge che prevedesse che di tale condotta dovesse rispondere anche un *principal*. Sebbene l'elemento psicologico richiesto fosse quello dell'*intent* (cioè il più intenso possibile), questo venne giudicato come assolutamente irrilevante in riferimento a qualsiasi *principal*: si trattasse di persona fisica o giuridica, l'affermazione della responsabilità della persona giuridica avrebbe dovuto prescindere da qualsiasi indagine in merito alla *mens rea*.

Nonostante la tendenza espansiva nell'applicazione della regola del *respondeat superior*, dovuta ad un *trend* giurisprudenziale incline a farne ricorso in presenza di un qualsiasi legale tra soggetto persona fisica ed ente²⁹², la riflessione si dovette arrendere davanti all'evidenza che in alcuni casi la legge non stabiliva ipotesi di responsabilità vicaria, bensì diretta dell'entità collettiva. Se per le ipotesi di *strict liability* ancora una volta il problema apparve di agevole

²⁹² Ulteriori applicazioni di *vicarious liability* sono rinvenibili in *Morgan v. Babcock & Wilcox Ltd.* (1929) 43 CLR 163; *Shenker & Co. (Aust.) Pty Ltd v. Sheen* (1983) 48 ALR 693; *Brown v. Riverstone Meat Co. Pty Ltd* (1985) 60 ALR 595; *Woolworths Ltd v. Luff* (1988) 77 ACTR 1.

soluzione²⁹³, bisognava tuttavia affrontare i casi in cui si avesse a che fare con illeciti caratterizzati dall'elemento psicologico²⁹⁴. L'esperienza delle corti inglesi costituì ancora una volta la linea guida da seguire: riconosciuta l'impossibilità pratica delle entità collettive di commettere determinate *offences* "basate sulla *Nature der Sache*"²⁹⁵, fu fatta salva l'esigenza pratica di chiamarle a rispondere per tutte le ipotesi con le quali esse non fossero incompatibili. Rilevato infatti che non vi fosse alcuna buona ragione di politica criminale per lasciare questa sacca di impunità²⁹⁶, la possibilità di chiamare sul banco degli imputati le *corporation* sembrò più una questione di interpretazione del concetto di *person* e circa la possibilità dello stesso di ricomprendervi anche le entità fittizie²⁹⁷. La pedissequa applicazione della teoria dell'*alter*

²⁹³ Sull'irrelevanza dell'indagine in merito a qualsiasi elemento psicologico in tali casi si vedano le seguenti decisioni giurisprudenziali *Christie v. Foster Brewing Co. Ltd.* (1982) 18 VLR 292; *R. v. Police Magistrate (Brisbane)*; *Ex parte Knott* (1924) St R Qd 223 (FC); *Alford v. Riley Newman Ltd* (1934) 34 SR (NSW) 261; *Australian Stevedoring Industry Authority v. Overseas & General Stevedoring Co Pty Ltd* (1959) 1 FLR 298 (FCA); *Majury v. Sunbeam Corp Ltd* (1974) 1 NSWLR 659.

²⁹⁴ Quasi d'obbligo il rimando a B. FISSE, *The Distinction between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability*, 41 *The Australian Law Journal* 203 (1967).

²⁹⁵ C. DE MAGLIE, *op. ult. cit.*, p. 164.

²⁹⁶ Cfr. R. TOMASIC. S. BOTTOMLEY, R. Mc QUEEN, *Corporations Law in Australia*, Leichhardt (2002), p. 248.

²⁹⁷ Il problema fu agevolmente risolto inserendo nella legislazione, tanto a livello federale che statale specifiche disposizioni definitorie. Si vedano, a titolo di esempio, le disposizioni dei seguenti provvedimenti: *Acts Interpretation Act 1901* (Cht), s 22(1)(a); *Legislation Act 2001* (ACT), s

ego e della *directing mind* completarono il quadro²⁹⁸.

La dipendenza culturale dall'Inghilterra portò con sé inevitabilmente anche i limiti propri di un ordinamento basato sulla dicotomia *vicarious liability / identification theory*: così come nell'ordinamento d'oltremarica si dovette constatare l'impossibilità di agire contro le entità collettive a fronte delle tragedie degli anni Ottanta, anche l'Australia constatò negli stessi anni la problematicità di tale approccio nei confronti della potenzialità offensiva dell'impresa moderna.

La coscienza collettiva si trovò scossa in particolare dal caso *Australian Iron and Steel Ltd*, meglio noto come "disastro di Appin"²⁹⁹: a causa di una esplosione all'interno di una miniera di carbone morirono 14 operai. Gli accertamenti del caso portarono alla luce che l'origine dell'esplosione era da ricondursi a un'elevata concentrazione di metano che non

160 Dictionary (definition of "person"); *Interpretation Act 1987* (NSW), ss 8(d), 21(1) (definition of "person"); *Interpretation of Legislation Act 1984* (Vic), s 38 (definition of "person").

²⁹⁸ Il *leading case* per l'Australia è *Universal Telecasters (Qld) Ltd v. Guthrie* (1978) 18 ALR 531, che esplicitamente cita il caso *Tesco*; si vedano altresì *Trade Practice Commission v. Tubermakers of Australia Ltd* (1983) 40 ATPR 358; *Collins v. State Rail Authority of New South Wales* (1986) 5 NSWLR 209; *Hamilton v. Whitehead* (1988) 166 CLR 121; *Holpitt Pty Ltd v. Swaab* (1992) 10 ACLC 64; *Dempster v. NCSC* (1993) 11 ACLC 576; *Beach Petroleum NL v. Johnson* (1993) 115 ALR 411; *Presidential Security Services of Australia Pty Ltd v. Clinton Joseph Brillely* (2008) NSWCA 204.

²⁹⁹ Per una trattazione più approfondita dei fatti si rimanda a A. HOPKINS, *Crime Without Punishment: the Appin Mine Disaster*, 11 *The Australian Quarterly* 455 (1981).

si sarebbe verificata se l'impianto di ventilazione fosse stato utilizzato in maniera corretta; nonostante la comprovata insufficienza dell'addestramento fornito dalla società ai propri dipendenti, contro la stessa non venne esercitata l'azione penale né per contestare il reato di *manslaughter* né in relazione agli specifici illeciti previsti dalla legislazione in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

L'insoddisfazione per l'approccio tradizionale per l'attribuzione della responsabilità penale agli enti si mostrò sulla totalità dei formanti all'interno dell'ordinamento australiano: giurisprudenziale, legislativo e dottrinale.

Dal punto di vista delle decisioni rese dalle corti è infatti interessante notare la tendenza espansiva di applicazione della responsabilità penale degli enti che, pur formalmente rifacendosi al principio della *directing mind*, di fatto ne scavalcava i confini a favore di uno schema basato sul concetto di *collective intent*. In particolare ciò emerse nel caso *Entwells*³⁰⁰: una decisione della *Supreme Court of Western Australia* – peraltro precedente al caso *Meridian* – nella quale la colpevolezza della persona giuridica fu ricostruita sulla base della sommatoria degli elementi psicologici degli agenti materiali operanti in maniera indipendente l'uno dall'altro.

³⁰⁰ *Entwells Pty Ltd v. National and General Insurance Co Ltd* (1990-1991) 5 ACSR 424.

Dal punto di vista legislativo, lo studioso può invece apprezzare un duplice ordine di soluzioni a livello federale: da un lato il *Trade Practice Act 1974* (Cht) segnò un avvicinamento al sistema statunitense introducendo previsioni basate esclusivamente sullo schema della *vicarious liability*; dall'altro il tentativo esperito alla fine degli anni Ottanta attraverso l'*Ozone Protection Act 1989* (Cth)³⁰¹.

Tale secondo corpo normativo, ovviamente limitatamente agli specifici illeciti ivi contenuti, prevede alla *sec. 65* che, qualora si debba stabilire l'elemento psicologico di una *corporation*, in tali casi sia sufficiente dimostrare che tale sussistesse in capo al *director*, *servant* o *agent* che abbia agito nell'ambito dei suoi poteri (in altri termini, deve sussistere lo *scope of employment*). La condotta viene dunque ritenuta come posta in essere da parte dell'ente salvo dimostrare che la *corporation* abbia preso ragionevoli precauzioni e mantenuto una condotta diligente per evitare che il reato venisse posto in essere. Ciò che risulta apprezzabile di una simile previsione, non è tanto la creazione di un nuovo criterio soggettivo di imputazione della responsabilità – che a ben vedere è costituito dal principio di

³⁰¹ Tale corpo normativo, tutt'ora in vigore, è stato negli anni soggetto a modifiche (che hanno peraltro mutato la denominazione nella attuale *Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989*), ma queste non hanno interessato lo specifico regime di responsabilità delle persone giuridiche.

identificazione esteso anche ad altri soggetti della compagine aziendale – bensì dell’averne usato uno già esistente accompagnandolo alla possibilità per la *corporation* imputata di avvalersi di una *defence* che astrattamente è applicabile a tutte le ipotesi di responsabilità della persona giuridica. La dottrina australiana più attenta ha notato come con tale *Act* si sia provato per la prima volta a dare forma ad una colpevolezza di organizzazione³⁰².

Occorre prestare attenzione al significato di *defence* nell’ordinamento australiano, ove la sistematica del reato ricorre ad una concezione tripartita fondata sugli elementi positivi di *conduct* e *mental element* (non richiesto per le ipotesi di *strict* o *absolute liability*) e sull’elemento negativo dato dalla *absence of a valid defence*. Nel concetto di *defence* ricadono quindi sia i fatti, gli accadimenti e le circostanze ulteriori ed esterne al fatto di reato che impongono una diversa valutazione della condotta dell’agente (*defence* in senso proprio) sia quelli idonei a negare la sussistenza di uno degli elementi positivi (*defence* in senso

³⁰² In particolare B. FISSE, *Corporate Criminal Responsibility*, 15 *Criminal Law Journal* 166, 169-170 (1991) che in tale sede esprimeva un giudizio negativo circa una proposta di riforma del *Crimes Act* (Cht) da parte della Commissione Gibbs che, distaccandosi da tale modello in parola, si allontanava dalla “*fundamental issue of organizational blameworthiness. (...) it advances a primitive concept of vicarious liability that violates the customary principle that criminal liability for serious offences requires fault in some genuine form*”.

lato)³⁰³. Non è dato sapersi se la sec. 65 vada a negare l'insussistenza della condotta ovvero (come accade per le *offence* di *strict liability* per le persone fisiche) una esimente.

Le critiche più profonde ad un sistema ispirato in tutto e per tutto a quello inglese furono comunque quelle mosse dalla dottrina, alla quale va tuttavia dato atto di aver sempre proceduto in chiave costruttiva in materia. Se della *vicarious liability* si condannò il contrasto con il principio *nulla poena sine culpa*, allo stesso tempo l'applicazione del principio espresso dalla *House of Lords* nel caso *Tesco* venne ritenuta altamente insoddisfacente³⁰⁴. Quest'ultimo, da un punto di vista pratico, venne criticato per la incapacità di addivenire a risultati apprezzabili perché, come già notato, non considera che la maggior parte dei reati d'impresa si annida nel *middle management*: la sua operatività è destinata ad avere successo solamente nelle società di piccole dimensioni. Da

³⁰³ La distinzione ha un importante risvolto dal punto di vista processuale solo per quanto riguarda la *defence* di incapacità di intendere e volere (*mental illness / mental impairment*): qualora l'imputato voglia invocare una qualsiasi *defence*, ricade sullo stesso un *evidential burden* (la formula utilizzata dalle Corti normalmente è "*duty to raise meaningful evidence*", simile al concetto di *fumus*) che se soddisfatto implica che l'onere probatorio passi *Public prosecutor* con il più severo criterio del *beyond reasonable doubt*. Se tale *standard* non viene soddisfatto, l'imputato dovrà essere prosciolto. Per quanto riguarda la capacità di intendere e volere, invece, la difesa deve provarne l'insussistenza secondo il diverso standard "*on the balance of the probabilities*" che la giurisprudenza traduce secondo la formula del 50% + 1 delle prove.

³⁰⁴ Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Melbourne (1993), p. 47.

un punto di vista teorico, anche in questo contesto non si mancò di sottolineare come in realtà l'*identification theory* sembrasse essere una *vicarious liability* a base ristretta³⁰⁵.

4.2L'Accountability Model di Fisse e Braithwaite

La critica più costruttiva che la dottrina australiana è riuscita ad esprimere è sicuramente incarnata dalla proposta di Fisse e Braithwaite. In un volume del 1993, diventato un punto fondamentale della riflessione sulla responsabilità penale degli enti, i due autori, dopo numerosi contributi e un profondo studio delle dinamiche sociali del reato d'impresa³⁰⁶,

³⁰⁵ Cfr. J. HILL, R. HARMER, *Criminal liability of corporations – Australia*, in H. DE DOELDER, K. TIEDEMANN (a cura di), *La criminalisation du comportement collectif*, op. cit., p. 81 ss.

³⁰⁶ Tra i molti, si vedano J. BRAITHWAITE, *Challenging Just Deserts Punishing White-Collar Criminals*, 73 *Journal of Criminal Law and Criminology* 723 (1982); ID, *The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct*, 16 *Law & Society Review* 481 (1982); ID, *Taking Responsibility Seriously: Corporate Compliance Systems*, in B. FISSE, P. A. FRENCH, *Corrigible Corporations and Unruly Law*, San Antonio (1985), ch. 3; J. BRAITHWAITE, B. FISSE, *Varieties of Responsibility and Organizational Crime*, 7 *Law and Policy* 315 (1983); B. FISSE, *Consumer Protection and Corporate Criminal Responsibility: A Critique of Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, 4 *Adelaide Law Review* 113 (1971); ID, *Responsibility, Prevention and Corporate Crime*, 5 *New Zealand Universities Law Review* 477 (1974); ID, *The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility*, 6 *Adelaide Law Review* 361 (1978); ID, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, 56 *Southern California Law Review* 1141 (1983); ID, *The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model*, 13 *Sydney Law Review* 277; B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability*, 11 *Sydney Law Review* 469 (1988).

misero a punto un nuovo modello, rivolgendo una proposta operativa ai legislatori moderni³⁰⁷.

Constatati i risultati insoddisfacenti delle strategie che vorrebbero limitare l'applicazione del diritto penale alle sole persone fisiche, secondo gli autori, l'obiettivo general preventivo della pena non solo non preclude la responsabilità penale degli enti, ma anzi la richiede. Tuttavia, appare di poca utilità sia l'approccio di teorie antropomorfe, sia quello delle teorie di *collective intent*, considerando gli stessi la persona giuridica come qualcosa di più della sommatoria degli individui al suo interno³⁰⁸.

I migliori risultati, sia in termini di deterrenza che di allocazione della pena sui veri responsabili, si otterrebbero attraverso l'attivazione di un sistema di giustizia privata nel quale è la stessa persona giuridica ad attivarsi e a collaborare con il tradizionale sistema statale. Il risultato sarebbe "un sinallagma funzionale"³⁰⁹ che peraltro non dovrebbe essere limitato ai soli casi di illecito penale, bensì anche ad altre violazioni che possano avere significative ripercussioni nei confronti della collettività.

Secondo questo modello, al verificarsi di un *corporate wrongdoing* toccherebbe alla persona giuridica, sulla base di

³⁰⁷ Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability, cit.*, p. 16.

³⁰⁸ Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *op. ult., cit.*, p. 24.

³⁰⁹ C. DE MAGLIE, *op. ult. cit.*, p. 167.

accountability agreements / orders, svolgere specifiche indagini ed intervenire con sanzioni disciplinari interne nei confronti degli autori materiali dell'illecito. Entro un determinato periodo prestabilito, la stessa dovrà dare conto di tale attività alla magistratura giudicante competente per territorio³¹⁰, indicando sia le cause alla base di quanto accaduto sia i rimedi – anche di tipo strutturale – che si propone di intraprendere per evitare episodi di recidiva.

Perché tale modello possa funzionare, gli autori mettono in luce la necessità di prevedere un'ampia varietà di sanzioni (appunto idonee a coprire il diverso disvalore degli illeciti astrattamente ipotizzabili) che vanno dallo scioglimento della persona giuridica al semplice ammonimento passando dalle sanzioni di tipo monetario.

La prevalenza viene tuttavia sanzioni diverse da quelle pecuniarie (da ricollegarsi essenzialmente ad ipotesi di illeciti civili): le più efficaci sono individuate in quelle di tipo strutturale o che si potrebbero definire “alternative alla pena”, come ad esempio i *community service*. A seconda del rischio di illecito che si debba fronteggiare, è necessario calibrare in maniera diversa gli *accountability agreements / orders* all'interno della *corporation* assicurandosi che il “debito

³¹⁰ Appare notevole da questo punto di vista la distanza con l'impostazione statunitense ove l'interlocutore privilegiato è il Public prosecutor.

investigativo” o le modifiche strutturali vengano portati a termine da parte della persona giuridica³¹¹.

Il punto di maggiore interesse ai fini del presente lavoro è il concetto di colpevolezza che emerge dal modello pensato dai due Autori: all'interno del volume gli stessi si soffermano in molte occasioni sulla necessità di arrivare ad una punizione della persona giuridica in occasione dei *corporate wrongdoing* e sottolineano come i modelli di ascrizione fino a quel momento formulati dai vari legislatori si siano dimostrati del tutto insoddisfacenti.

Tuttavia, a parere di chi scrive, i due Autori non fondano la legittimità del nuovo concetto proposto: essi infatti si limitano a dire che la colpevolezza della persona giuridica risiederebbe in una “*unexcusable failure to meet the standard of conduct expected of a corporation in the position of the defendant*”³¹² e che un modo per andar oltre i fallimenti fino ad ora registrati dai diversi sistemi giuridici potrebbe essere quello di guardare al parametro di come ed in quanto tempo l'ente reagisca alla scoperta dell'illecito.

Impregiudicata la bontà di un simile modello dal punto di vista dei risultati pratici e l'assoluta verità dell'asserzione che la collaborazione da parte dell'ente per il contrasto del

³¹¹ Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *op. ult., cit.*, p. 147.

³¹² Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *op. ult., cit.*, p. 133, 210 ss.

reato d'impresa appaia oggi quanto mai necessaria, gli Autori non spiegano perché la colpevolezza di una persona giuridica debba essere valutata solamente dopo l'emersione dell'illecito. La *reactive fault*, questa la nomenclatura sotto la quale è classificato tale modello di colpevolezza, infatti non prende assolutamente in considerazione la condizione dell'ente antecedente all'emersione dell'illecito; la conseguenza che parrebbe doversi trarre è che anche in questo caso l'illecito venga attribuito all'ente sulla scorta di un criterio presuntivo / oggettivo. Senza contare che uno schema così strutturato potrebbe prestare il fianco a possibili abusi da parte della magistratura: quale la via di scampo per la persona giuridica avanti ad eventuali pretese irragionevoli (in termini di soluzioni da attuare) da parte del giudice? Il modello non prevede nulla in merito, ma non si può non notare come il pericolo sottostante sia quello di una eccessiva (e non accettabile) compressione del diritto di difesa dell'ente con ovvie ricadute anche nei confronti degli *stockholder* che un sistema "ideale" di responsabilità delle persone giuridiche non dovrebbe penalizzare.

Plurimi i punti di contatto con il modello delle *Federal Sentencing Guidelines* statunitensi: sebbene la logica di Fisse e Braithwaite appaia orientata più verso i fini tipici della *restorative justice* piuttosto che verso politiche punitive

improntate sullo *stick and carrot approach* – tendenza che appare confermata dal tentativo di evitare quanto più possibile la sanzione pecuniaria per le *corporation* – entrambe le soluzioni abbandonano (dichiaratamente o di fatto) ogni sforzo concettuale relativo all’elaborazione dell’elemento psicologico del reato in capo all’ente nella fase precedente alla commissione dello stesso per focalizzare l’indagine solo nel momento successivo.

Ciò che emerge dall’analisi dell’*accountability model* è una certa incongruenza tra la definizione di colpevolezza che viene sposata e il funzionamento del modello stesso. Se infatti è richiesto l’intervento dell’ente in occasione di qualsiasi *wrongdoing*, sembrerebbe doversi concludere che la colpevolezza dell’ente sussiste in ogni occasione, anche quando di fatto lo stesso sia utilizzato dall’autore materiale per il perseguimento di un beneficio strettamente personale.

È significativo il richiamo da parte dei due autori della definizione di *corporation* fornita da Bierce nel *Devil’s Dictionary*, ovvero che la persona giuridica sia un ingegnoso strumento per ottenere profitti individuali senza incorrere in responsabilità personali³¹³: pur rifiutando il cinismo delle posizioni che questa definizione ha ispirato, essi ne sposano tuttavia la visione strumentale. In risposta alla corrente

³¹³ A. BIERCE, *The Devil’s Dictionary*, voce *Corporation*, Oxford (2002).

“pessimista” ed arrendevole davanti al fenomeno della criminalità delle imprese, Fisse e Braithwaite propongono di agire concependo le *corporation* come “dei cavalli da tiro” da sfruttare per assicurare l’allocazione delle responsabilità avvicinandosi in questo senso alle posizioni (più moderate) dell’analisi economica del diritto³¹⁴.

In altri termini, davanti al concetto di *reactive fault* e all’apparato sanzionatorio previsto dall’*accountability model*, sembra difficile parlare di una vera e propria colpevolezza della persona giuridica, sembra piuttosto che di questa si cambi finalmente il ruolo: non *persona ficta* o aggregazione di diversi soggetti, bensì strumento. Ed in particolare uno strumento ambivalente, ma in fondo privo di un elemento psicologico: non saranno pur sempre le persone fisiche che ricoprono lo specifico ruolo previsto dagli *accountability agreement* a dar corpo alla reazione della *corporation* attraverso lo svolgimento dell’attività di investigazione privata? *Quid enim?* Se in questo caso si riconosce l’atto come proprio della struttura collettiva, da un punto di vista puramente concettuale appare difficile che ciò possa avvenire se non ancora una volta attraverso una teoria dell’identificazione, strutturata in maniera peculiare (perché appunto non limitata ai soggetti che normalmente vengono

³¹⁴ Cfr. B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *op. ult., cit.*, p. 15.

identificati come *directing mind*) che peraltro si attiva solo in un momento successivo alla scoperta di un illecito.

Nonostante la non divisibilità del concetto di colpevolezza dell'ente, il contributo di Fisse e Braithwaite invita a riflettere sulle politiche di contrasto alla criminalità economica. Soprattutto ripropone, da una diversa angolazione, l'interrogativo che ci siamo posti nelle pagine iniziali: il diritto penale è lo strumento migliore per contrastare la criminalità economica?

4.3 Le previsioni del Criminal Code Act 1995 (Cht) e la "corporate culture"

A conclusione dell'analisi comparatistica dedicata ai sistemi di *Common law* è necessario dar conto della riforma intervenuta in Australia a livello federale nel 1995: il *Criminal Code Act*. La genesi di questo provvedimento è da rinvenirsi nell'esigenza di pervenire ad una maggiore uniformità legislativa che avrebbe dovuto – nelle intenzioni – essere perseguita attraverso l'emanazione di un codice penale valido per tutte le giurisdizioni australiane. In particolare nel 1992 vennero presentati sotto forma di proposta di legge i lavori di una commissione incaricata dalla *Standing Committee of Attorney General* aventi ad oggetto i principi generali del diritto penale, divenuti poi (con l'intervento di alcune

modifiche) i *Chapter 1* e *2* dell'attuale codice³¹⁵.

Ciò che particolarmente interessa è appunto l'inserimento all'interno del *Chapter 2* della specifica *Division 12*, dedicata ai principi della responsabilità penale delle *bodies corporate*³¹⁶. Si stabilisce innanzitutto la parificazione delle persone fisiche e di quelle giuridiche ai fini dell'applicazione del Codice: le seconde, pur con le modifiche specificamente previste, possono essere ritenute astrattamente responsabili di qualsiasi reato che ricada sotto la giurisdizione federale, compresi quelli puniti esclusivamente con pena detentiva³¹⁷.

Gli enti possono essere soggetti responsabili direttamente di un reato nei casi in cui una previsione normativa disponga specificamente in tal senso (tipicamente

³¹⁵ A sua volta la commissione, divenuta poi nota come *Model Criminal Code Officier's Committee*, riprese i lavori di una precedente commissione nominata nel febbraio 1987. I lavori della commissione presieduta da Sir Harry Gibbs non arrivarono tuttavia ad essere incorporati in un disegno di legge definitivo e dunque non furono oggetto di discussione parlamentare. Per una ricostruzione della genesi del *Criminal Code Act 1995* (Cth) si veda M. R. GOODE, *Constructing Criminal Law Reform and the Model Criminal Code*, 26 *Criminal Law Journal* 152 (2002).

³¹⁶ Per un'analisi esegetica si veda S. ODGERS, *Principles of Federal Criminal Law*, Pyrmont (2010), p. 233 ss.

³¹⁷ La *sec. 4 B* del *Crimes Act 1914* (Cth) prevede infatti la possibilità di applicare una pena pecuniaria anche nelle ipotesi in cui sia prevista la sola pena detentiva. La dottrina ribadisce comunque l'esistenza di alcune *offence* che, per la loro particolare configurazione, non ritiene possano essere commesse da una persona giuridica cfr. S. ODGERS, *op. cit.*, p. 234.

con illeciti costruiti sulla base di *strict o absolute liability*)³¹⁸, ovvero possono esserlo in maniera indiretta, cioè a causa degli atti commessi da parte dei soggetti al loro interno.

In questa seconda ipotesi, per quanto riguarda il *physical element*, la *sec. 12.2* prevede che qualora sia posta in essere la condotta materiale di un reato da parte di un agente, impiegato o dipendente nell'ambito delle attribuzioni formalmente o apparentemente demandategli, l'*actus reus*³¹⁹ debba essere attribuito anche all'ente. Si è dunque consapevolmente optato per una applicazione più estesa rispetto a quello dell'ordinamento italiano, che come visto nel capitolo III, prende in considerazione solo la commissione di determinati reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente. È da notare come l'estensione raggiunga il massimo livello nella disciplina del *novus actus interveniens*:

³¹⁸ Vista la particolare concezione di condotta fatta propria dal Codice, astrattamente la persona giuridica può essere chiamata a rispondere in via diretta per aver autorizzato l'esistenza di una determinata situazione ovvero può aver istigato o agevolato la commissione di un reato da parte di un terzo. Tuttavia, viste le previsioni della *Part 2.5*, i casi di responsabilità diretta della persona giuridica per ipotesi diverse da quelle di responsabilità oggettiva sono abbastanza difficili da ipotizzare. Un'ipotesi astratta – ma plausibile – viene fornita da T. WOOLF, *The Criminal Code Act 1995 (Cht) – Towards a Realist Vision of Corporate Criminal Liability*, 21 *Criminal Law Journal* 257, 270 (1997).

³¹⁹ A norma della *sec. 4.1*, il *physical element* può consistere in: "(a) a conduct; or (b) a result of a conduct; or (c) a circumstance in which conduct or a result of a conduct occurs" e la *sec. 4.2* a sua volta specifica che il concetto di *conduct* comprende "an act, an omission to perform an act or a state of affairs".

la disciplina generale dettata dalla *sec 10.1* è derogata dalla specifica previsione della *sec 12.6* in forza della quale l'*actus reus* è comunque ascritto alla persona giuridica nel caso in cui l'atto idoneo ad interrompere la serie causale antecedente sia posto in essere da un altro *employee, agent* o *officer* della *corporation*.

È tuttavia l'analisi delle *sec 12.3* e *12.4* a destare particolarmente l'interesse dello studioso. Lo sforzo compiuto dal Legislatore federale è stato infatti quello di disciplinare l'ascrizione del reato all'ente secondo diversi criteri soggettivi a seconda che si abbia a che fare con un illecito di tipo colposo o meno.

La disciplina prevede che qualora l'integrazione di determinati illeciti (che essenzialmente possono essere considerati dolosi) richieda i *mental element* di *intention, knowledge* o *recklessness*, questi devono ritenersi sussistenti in capo alla *corporation* se la stessa espressamente, tacitamente o implicitamente abbia autorizzato o permesso la commissione dell'illecito. Condotta questa che può essere riscontrata in (almeno) quattro scenari:

- a) quando l'organo gestorio o i suoi componenti abbiano tenuto la condotta rilevante accompagnata da uno dei summenzionati elementi soggettivi ovvero abbia (come

- sopra) autorizzato o permesso la commissione del reato;
- b) quando ciò sia avvenuto ad opera di un *high managerial agent*, a meno che non sia data la prova della *due diligence*;
- c) quando esista all'interno della persona giuridica una *corporate culture* che abbia portato alla commissione dell'illecito, ovvero la abbia incoraggiata, tollerata o ancora abbia condotto all'inosservanza delle disposizioni rilevanti;
- d) quando la persona giuridica non sia riuscita a creare e mantenere una *corporate culture* fondata sul rispetto delle norme rilevanti.

Facile dunque notare come, seppur meglio delineata nei suoi aspetti e confini³²⁰, ancora una volta la scelta principale sia caduta sulla teoria dell'identificazione. Accanto a questa però, vera novità in accoglimento delle istanze

³²⁰ Oltre al riconoscimento della scusante della *due diligence* per le condotte dei soggetti diversi dai membri dell'organo gestorio, la *sec 12.5* prevede che nel caso in cui l'elemento soggettivo non sia quello di *recklessness*, dar prova di tale (e meno intenso) non è sufficiente per l'integrazione dell'elemento soggettivo. Per quanto riguarda la definizione di *high managerial agent*, questo è identificato dalla *sec 12.6* in colui il cui comportamento possa ragionevolmente assumersi rappresentare la *policy* dell'ente; è tuttavia incerto se tale definizione sia più ampia di quella equivalente di *Common law*, potendo astrattamente includere persone del *middle management* ai quali sono dati ampi poteri. Cfr. T. WOOLF, *op. cit.*, nota 32, p. 261.

“realiste”, figurano le previsioni che fanno leva appunto sulla *corporate culture*, che lo stesso *Criminal Code* alla sec 12.3(6) definisce come “attitudine, *policy*, serie di condotte o pratiche esistenti all’interno della persona giuridica considerata nel suo insieme o in una parte della stessa ove le attività rilevanti si svolgono”, per la applicazione delle quali possono essere presi in considerazione ai sensi della sec 12.3(4):

- a) la circostanza che l’autorizzazione alla commissione di una *offence* uguale o della stessa specie sia stata data da un *high managerial agent*;
- b) il fatto che la persona fisica che ha commesso l’illecito avesse ragionevoli motivi per ritenere che un *high managerial agent* avrebbe autorizzato o permesso la commissione del reato.

Per concludere il novero dei criteri soggettivi di attribuzione dell’illecito diversi da quelli di stampo colposo, occorre accennare alla *corporate dishonesty*: il concetto di *dishonest*³²¹ non trova luogo nel *Chapter II*, bensì in via

³²¹ Per evitare difficoltà interpretative, appare preferibile ritenere che *dishonesty* sia un elemento psicologico diverso dalla *intention*, *knowledge* e *recklessness* e dunque non debba trovare applicazione in tali casi la sec 12.3. Cfr. I. D. LEADER ELLIOTT, *The Commonwealth Criminal Code – A Guide for Practicioners* (March 2002), p. 323 disponibile sul sito internet www.ag.gov.au.

generale (cioè sia per le persone sia fisiche che per quelle giuridiche) alla *sec 130.3* ai fini delle specifiche *offence* di *theft* ed *obtaining property by deception*. La definizione data appare assolutamente tautologica perché semplicemente si limita a stabilire che deve considerarsi disonesto ciò che appare tale secondo l'*ordinary people standard* accompagnato dalla consapevolezza del reo di essere *dishonest* secondo il medesimo paradigma.

Quanto agli illeciti di natura colposa, invece, la *sec 12.4* prevede in via generale che il *test of negligence* delineato per le persone fisiche nella *sec 5.5* vada applicato anche alle persone giuridiche³²². La norma richiamata stabilisce che un soggetto debba essere considerato *negligent* rispetto al *physical element* se la condotta di questo comporti:

- a) una difformità dal dovere di diligenza che una persona ragionevole avrebbe nella circostanza in questione e;
- b) un rischio che il *physical element* esista o venga ad esistere in futuro;

tali che la condotta appaia meritevole di sanzione

³²² La dottrina non ha mancato di sottolineare come la previsione appaia pleonastica in considerazione del fatto che la *sec 12.1(1)* già stabilisca in via generale l'applicabilità del Codice in tutte le sue parti (salvo ove diversamente stabilito) sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche.

penale.

La *subsection 12.4 (2)* detta quindi la disciplina per i casi in cui nessun soggetto persona fisica facente parte della persona giuridica risulti in possesso del *fault element* che l'*offence* del caso richiede: in tale evenienza la condotta dell'ente viene analizzata nel suo insieme attraverso il processo di aggregazione delle condotte dei vari *employee*, *agent* ed *officier*.

Curiosamente il Codice non detta alcuna disciplina in merito alla situazione in cui invece uno dei summenzionati soggetti sia effettivamente suscettibile di un rimprovero di tipo colposo. L'assenza di specifica disposizione normativa secondo i commentatori non permette di né di precludere la possibilità di affermare la colpa della persona giuridica né di affermarne la responsabilità vicaria³²³: la colpa del singolo dovrà essere considerata quale elemento per la valutazione prevista dalla *sec 5.5*.

La *sec 12.4(3)* prevede infine che determinate circostanze possano essere poste alla base della prova della colpa dell'ente. Ciò accade quando la condotta punita sia determinata sostanzialmente:

³²³ S. ODGERS, *op. cit.*, p. 259.

- a) dall'inadeguatezza gestionale, del controllo o della supervisione della condotta di uno o più *employee*, *agent* o *officier*;
- b) dalla mancata previsione di adeguati sistemi informativi che permettano il flusso di informazioni rilevanti nei confronti dei persone chiave dell'ente.

Per "chiudere il cerchio" della *Part 2.5* occorre infine menzionare la previsione di cui alla *sec 12.5* che nei casi di *strict liability* permette di escludere la responsabilità della persona giuridica se:

- a) il soggetto che ha posto in essere la condotta sia incorso in uno scusabile errore sulle circostanze che, qualora fossero esistite, avrebbero comportato l'irrilevanza penale della condotta; o
- se l'ente dia prova di aver esercitato la *due diligence* relativamente alla prevenzione della condotta; *due diligence* che il testo della *subsection (2)* prevede possa essere contrastata qualora la condotta sia essenzialmente attribuibile agli stessi fattori indicati nella summenzionata *sec 12.3(4)* in tema di colpa.

4.4 Alcune considerazioni critiche

CAPITOLO III

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

La colpevolezza dell'ente nel *Criminal Code Act 1995* risulta dunque essere strutturata in maniera assolutamente poliedrica e complessa. Il contenuto delle norme della *Division 12* non permette di pervenire ad un unico concetto di elemento psicologico della persona giuridica in relazione alla commissione di un illecito.

Ai fini di una migliore analisi di tale sistema sarebbe quanto mai utile il contributo che normalmente viene dato dall'interpretazione giurisprudenziale; occorre tuttavia constatare che ad oggi, a distanza di più di un decennio dall'entrata in vigore della *Part 2.5* del Codice, tali disposizioni non abbiano ancora trovato applicazione nelle aule delle Corti federali. Si possono ipotizzare molteplici ragioni alla base di tale immobilismo, che comunque porta l'interprete a riflettere: lo scarso numero di ipotesi criminose ricadenti nella giurisdizione federale, la discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale e deroghe legislative all'applicabilità della *Part 2.5* appaiono essere le cause principali³²⁴.

Nonostante dunque il ragionamento sulla materia possa solamente svolgersi ad un livello puramente teorico, le difficoltà sottostanti ad un sistema così articolato portano a

³²⁴ Si consideri come per esempio il *Corporations Act 2001* (Cht) alla sec 769 A espressamente escluda l'applicabilità della disciplina prevista dal *Criminal Code* relativamente alle *offence* commesse dalle persone giuridiche nel relativo *Chapter*.

comprendere la scelta da parte degli Stati federati di non replicare al proprio interno le previsioni del *Criminal Code Act*³²⁵.

Il punto di maggiore interesse risiede ovviamente nelle previsioni relative alla *corporate culture*, oggetto peraltro di lunga discussione parlamentare. La dottrina sottolinea ovviamente l'approccio realista del legislatore federale³²⁶, ma anche in questo caso i tentativi di spiegare in maniera soddisfacente il contenuto ed il significato di tale nozione non appaiono cogliere nel segno, rifugiandosi gli stessi nella maggior parte dei casi in definizioni circolari o tautologiche.

La definizione data dalla sec 12.3(6) appare aver accolto la concezione elaborata da Fisse³²⁷ ed espressamente riportata anche nel *memorandum* accompagnatorio dell'allora proposta di legge: la posizione dell'Autore esorta ad indagare sulle regole scritte dell'ente e a verificare se queste in realtà non mascherino l'aspettativa che i soggetti all'interno pongano in essere comportamenti difformi da quanto previsto. Come spiegato anche all'interno del *final report* del *Model Criminal Code*, tale concetto

³²⁵ La strada dell'adozione è stata invece percorsa dal *Northern Territory* e dall'*Australian Capital Territory*, una scelta che tuttavia appare determinata dalla maggiore influenza che lo Stato federale è in grado di esercitare sui *territories* rispetto che sugli stati.

³²⁶ T. WOOLF, *op. cit.*, p. 261; A. BELCHER, *Imagining How A Company Thinks: What Is Corporate Culture?*, 11 *Deakin Law Review* 1 (2006).

³²⁷ Cfr. B. FISSE, *Howard's Criminal Law*, Sydney (1990), p. 606

andrebbe a coprire tanto politiche esplicitamente illecite quanto “*elusive situations*”³²⁸.

Appare utile notare il duplice profilo di rilevanza della *corporate culture* ai fini dell’addebito dell’illecito alla persona giuridica: a quest’ultima viene rimproverata tanto l’esistenza di una *negative culture* quanto l’inerzia nel non essersi spesa per creare e mantenere una *compliance culture*. Nel primo caso sembrerebbe di trovarsi davanti ad un addebito a titolo di istigazione o quantomeno di concorso morale, mentre nel secondo si tratterebbe di uno schema più vicino ai parametri della responsabilità per omesso impedimento. La non uniformità della previsione è maggiormente apprezzabile se si consideri come quest’ultimo schema di attribuzione della responsabilità appaia avvicinarsi più ad un paradigma colposo che ad un paradigma doloso: dovrebbe dunque sottintendersi l’esistenza di un *legal duty* in capo alle persone giuridiche di farsi promotrici e garanti di una cultura della legalità all’interno delle proprie strutture e del proprio personale.

Non a caso la dottrina suggerisce che il giudizio sulla condotta dell’ente dovrà essere analizzato tenendo in considerazione gli sforzi (quantitativi e qualitativi) e le energie

³²⁸ AUSTRALIA, CRIMINAL LAW OFFICIERE COMMITTEE OF STANDING COMMITTEE OF ATTORNEYS-GENERAL, *Model Criminal Code: Final Report Dec 1992, Chapter 2: General Principles of Criminal Responsibility*, Canberra (1992), p. 105.

profuse nella formazione del proprio personale (ivi compresa uno specifico *training in business & ethic*) attraverso l'analisi della completezza e dell'efficacia dei programmi di *training* che dovranno comprendere:

- i sistemi di *internal audit*;
- il flusso di informazioni verso l'organo gestorio;
- la presenza di un apparato dedicato alla ricezione di segnalazioni da parte del personale;
- un sistema di tracciabilità dell'attività svolta³²⁹.

Nulla tuttavia permette di concludere che per evitare l'attribuzione della responsabilità penale l'ente debba essere per forza dotato di uno specifico *compliance program*³³⁰. Ancora una volta, seguendo la posizione espressa da Fisse³³¹, il legislatore federale si è discostato dalle istanze formalistiche a favore dell'approccio realista.

³²⁹ T. WOOLF, *op. cit.*, p. 265 che riprende i requisiti proposti da P. BUCY, *op. cit.*, p. 1135 ss.

³³⁰ A. BELCHER, *op. cit.*, p. 18. Di diversa opinione R. BAXT, *Ascribing Civil Criminal Liability for Company Employees and Directors – Who Carries the Corporate Can?*, paper presentato al convegno *Penalties: Policy Principles & Practice & Government Regulation* (Sydney, 9 June 2001), p. 4 secondo il quale – pur in maniera implicita – il testo legislativo obbligherebbe la persona giuridica a dotarsi di modelli organizzativi.

³³¹ B. FISSE, *The Attribution of Criminal Liability to Corporations*, *op. cit.*, p. 292: “*too easy for companies to acquit themselves by adopting compliance systems that look impressive on paper and appear effective if viewed from the perspective of senior management, but which do not in fact work at the organizational levels where offences are more likely to appear*”.

L'istituto non è comunque estraneo all'esperienza australiana, che ne ha fatto utilizzo nell'ambito della disciplina della concorrenza e del mercato borsistico³³² sotto forma di rimedio tra agenzia di controllo e persona giuridica a seguito di accertamento di specifiche violazioni ovvero quale rimedio strutturale che può essere imposto da parte dell'Autorità Giudiziaria qualora la questione arrivi ad essere trattata dalla stessa³³³. Deve tuttavia considerarsi come il contenuto di tali modelli organizzativi risulti alquanto indefinito, essendo di fatto semplicemente richiesto che vi sia una politica di *risk management* e che la stessa prenda forma nel comportamento della persona giuridica³³⁴.

Sembra in ogni caso destinato ad ottenere scarsi risultati il tentativo di indagine in merito al contenuto concreto della *corporate culture* che voglia spingersi oltre la definizione datane dallo stesso testo legislativo. Sono d'altronde state espresse in maniera palese in sede di discussione parlamentare le obiezioni all'approccio realista le quali

³³² Cfr. C. PARKER, *Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings*, 67 *Modern Law Review* 209 (2004).

³³³ Il potere di una corte di imporre l'adozione di un *compliance program* dipende comunque dal novero dei rimedi astrattamente disponibili ed in ogni caso dovrà focalizzarsi sulle specifiche tematiche alla base della violazione, essendo normalmente preclusa la possibilità di imporre l'adozione di un *compliance program* che regoli in via generale tutta l'attività della persona giuridica. Cfr. *Australian Competition and Consumer Commission v. Z-Tec Computer Pty Ltd* (1997) ATPR 44.

³³⁴ A. BELCHER, *op. cit.*, p. 19.

sottolineano il forte scarto del sistema rispetto ai canoni tradizionali del diritto penale: quando si tratta di accertare la responsabilità della persona fisica l'indagine si focalizza infatti sulla commissione di un fatto, mentre per le persone giuridiche l'indagine si dovrebbe indirizzare sull'attitudine delle stesse nei confronti dello stesso³³⁵. In altri termini una deviazione dal principio in base al quale la *mens rea* rilevante ai fini dell'illecito è quella che il soggetto possiede al momento della commissione dell'*actus reus*.

Le repliche hanno sottolineato che la *corporate culture* per la sua stessa natura non si presta ad essere analizzata guardando allo specifico istante nel quale il fatto criminoso è venuto ad esistenza, dovendosi per contro allargare la prospettiva su uno spazio temporale più ampio. Operazione quest'ultima tutt'altro che inusuale per le corti australiane, le quali, in sede di valutazione della condotta di persone fisiche, sono pervenute in più di una occasione ad un risultato simile attraverso l'estensione dei confini temporali dell'*actus reus* ricomprendendo nello stesso anche elementi successivi alla condotta e sui quali il soggetto non potesse esercitare un vero e proprio potere di signoria³³⁶.

³³⁵ Cfr. AUSTRALIA, SENATE LEGAL AND CONSTITUTIONAL COMMITTEE, *Criminal Code Bill 1994 (Cth)*, Debate 15 Nov. 1994, Canberra (1994), p. 260 ss.

³³⁶ I *leading cases* in materia sono *Thabo Meli v. R.* (1956) 1 All ER 373 e *Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police* (1969) 1 QB 439.

Non appaiono invero di reale aiuto nemmeno le disposizioni con le quali il Codice elenca i possibili elementi di rilevanza per affermare la sussistenza della *non compliance culture* (espressa o tacita che sia): tali norme, a parere di chi scrive, non solo appaiono ancora una volta generiche ed indeterminate, ma comportano altresì un rischio di confusione tra i criteri di attribuzione basati sulla *corporate culture* con gli altri criteri “classici” previsti dalla prima parte della *subsection 12.3 (2)*. Come comportarsi infatti davanti alla situazione nella quale sia data la prova del fatto che la commissione del reato sia stata autorizzata o tollerata da un membro dell’organo gestorio? Il testo della legge permette di classificare tale circostanza quale criterio di attribuzione dell’illecito all’ente e al tempo stesso quale elemento idoneo a provare l’esistenza di una *corporate culture*. Il rischio sottostante appare quello di una sostanziale ulteriore disapplicazione in chiave futura di questo criterio di attribuzione dell’illecito.

Stante l’evanescenza dei due criteri di cui alla *sec. 12.3 (2) c) e d)*, è infatti ragionevole presumere che abbiano maggiori *chance* di trovare applicazione i criteri di cui alle lett. a) e b), che come visto si rifanno agli schemi più tradizionali del *respondeat superior*. Va tuttavia rilevata l’influenza dell’approccio realista anche nella modellazione di tali paradigmi che tuttavia porta ad un risultato non dissimile dalla

normativizzazione del dolo: a fronte di reati che richiedono elementi soggettivi diversi dalla colpa, il Codice prevede infatti la possibilità che l'ente risponda anche qualora il soggetto (o l'insieme dei soggetti) che con la persona giuridica stessa si identifica versi in una situazione che appare difficile – quantomeno sul piano probatorio – discernere dalla negligenza. Il rischio che una situazione definibile come *wilful blindness* venga trasformata in *recklessness* è tutt'altro che remoto.

Quanto alle disposizioni in materia di illeciti di tipo colposo, appare manifesta la scelta a favore del concetto di *aggregated liability* al fine di superare le ben note difficoltà di pervenire alla affermazione della responsabilità dell'ente utilizzando l'approccio "classico" di *Common law*. Il *final report* del *Model Criminal Code* specifica peraltro che l'utilizzo di tale criterio possa implicare un bilanciamento delle condotte di alcuni *servant* con quelle di altri al fine di determinare se la condotta dell'ente, appunto inteso come tutt'uno, possa dirsi *negligent*³³⁷.

Al di là della scarsa rilevanza pratica della questione³³⁸, l'interrogativo fondamentale sul quale

³³⁷ AUSTRALIA, CRIMINAL LAW OFFICIERE COMMITTEE OF STANDING COMMITTEE OF ATTORNEYS-GENERAL, *Model Criminal Code: Final Report Dec 1992*, *op. cit.*, p. 113.

³³⁸ Sporadiche le ipotesi di reati colposi demandate alla competenza federale, cfr. T. WOOLF, *op. cit.*, p. 267.

soffermarsi è quello del grado della colpa del soggetto; questione che implica l'individuazione di un corretto metodo che permetta di soppesare le condotte dei diversi *servant* ai fini della valutazione circa l'adempimento del *duty of care* da parte dell'ente.

Vaghe e tautologiche le indicazioni previste dalla legge stessa che sopra si sono descritte che si riferiscono essenzialmente ad una inadeguatezza nel *corporate management*; più significativa (nonostante presenti a sua volta un elevato livello di genericità) la disposizione relativa al malfunzionamento del flusso informativo, che appare individuare uno specifico oggetto del *duty of care* che incombe sull'ente. Questo sembrerebbe potersi interpretare appunto come la necessità di far pervenire determinate informazioni relative all'attività della persona giuridica a specifici soggetti in grado di governarne i processi decisionali.

Quale poi debba essere il livello di negligenza dell'ente perché lo stesso possa costituire un *gross breach* rimane una questione di merito che dovrà essere decisa di volta in volta dalla giuria³³⁹. La dottrina si limita ad indicare la necessità di modulare lo *standard of care* alla luce delle risorse disponibili per la persona giuridica³⁴⁰ sottolineando che comunque, in

³³⁹ Cfr. S. ODGERS, *op. cit.*, p. 258.

³⁴⁰ E. COLVIN, *Corporate Personality and Criminal Liability*, 6 *Criminal Law Forum* 1, 27 (1995).

ragione dei maggiori danni che una entità collettiva è in grado di provocare, tale parametro debba essere inteso in maniera più severa³⁴¹.

A conclusione di queste osservazioni sul Codice federale australiano è doveroso notare come tale sistema non si sia spinto fino al punto di sposare l'innovativo concetto di colpevolezza formulato da Fisse e Braithwaite³⁴². Ad onor del vero, considerata la formulazione assai elastica del concetto di *corporate culture*, nulla impedisce all'interprete di prendere in considerazione a tali fini anche il comportamento o l'inerzia dell'ente successivi alla scoperta del reato. È altrettanto vero che delle previsioni espresse in merito si sarebbero inserite in maniera coerente nel disegno legislativo.

³⁴¹ B. FISSE, *Howard's Criminal Law*, op. cit., p. 592.

³⁴² Nota la scelta T. WOOLF, op. cit., p. 266 che ne individua la *ratio* nella volontà del legislatore di non distaccarsi dai principi fondamentali del diritto penale.

LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE IN AUSTRALIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO IV

ALLA RICERCA DELLA COLPEVOLEZZA NEL D.LGS. 231/2001.

COERENZA DOGMATICA ED ESIGENZE PRATICHE

SOMMARIO: 1 LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODOTTA DAL D.LGS 231/01: QUALE LA VERA NATURA? – 1.1 IMPLICAZIONI – 2 PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA – 2.1 ESISTE UN DOLO DELLA PERSONA GIURIDICA? – 2.2 LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE: PROFILI GENERALI – 3 LA COLPEVOLEZZA EX D.LGS 231/01: IL CASO DELL'ENTE PRIVO DI MODELLI ORGANIZZATIVI – 4. LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO – 4.1 IL PARTICOLARE CASO DELL'ART 6, COMMA V, E IL VANTAGGIO DELL'ENTE

1. La peculiare responsabilità introdotta dal D.Lgs 231/2001: quale la vera natura?

Poste le difficoltà degli ordinamenti stranieri, riscontrate anche in quelli che hanno percorso soluzioni più originali, di dar corpo ad un soddisfacente concetto di colpevolezza, è opportuno riprendere l'analisi del sistema italiano per verificare se ciò sia invece possibile attraverso il ricorso agli strumenti già presenti all'interno dello stesso.

CAPITOLO IV

L'entrata in vigore del D.Lgs 231/01 ha segnato anche il momento in cui l'interrogativo circa la natura – penale o amministrativa – della responsabilità dell'ente ha iniziato ad avere un interesse squisitamente pratico: non più semplice argomento di discettazione dottrinale, bensì vera e propria questione da affrontare (e risolvere) anche nelle aule di tribunale³⁴³.

Sul punto, le ricostruzioni proposte sono molteplici e differentemente articolate: in estrema sintesi può dirsi che tra i due poli che rispettivamente propugnano una responsabilità penale *de facto* – introdotta a mezzo di quella che, con una fortunata espressione, è stata definita “frode delle

³⁴³ *Ex multis* sul dibattito dottrinale in materia si vedano: C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico* n°7/2001, p. 845 ss.; I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale «propria» delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino (2004); G. AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche, in G. AMARELLI, M. D'ALESSANDRO, A. DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: de criminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli (2002); G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d. lgs. 8 giugno 2001*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, op. cit.*; G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione dei soggetti del diritto penale*, Torino (2004); G. COCCO, *op. cit.* Un passaggio di una nota ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano emessa nell'ambito del caso *Siemens* (una delle prime applicazioni della nuova disciplina) mette in luce come anche la magistratura abbia dovuto affrontare il problema in questione. Cfr. la già citata *Ufficio GIP Milano, ord. 27 aprile 2004*.

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODOTTA DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

etichette”³⁴⁴ – ed una responsabilità amministrativa vera e propria³⁴⁵, il panorama si arricchisce di quelle posizioni che hanno scorto l’introduzione di un *tertium genus* di responsabilità e di quelle che, pur riconoscendone la declinazione amministrativa, ne auspicano la trasformazione in termini penalistici.

L’analisi può utilmente partire dal dato letterale, e segnatamente dall’art 1 del decreto che, ricorrendo al *nomen juris* dello stesso provvedimento, qualifica come “amministrativi” gli illeciti (e dunque la responsabilità) dipendenti da reato per i quali l’ente è chiamato a rispondere secondo la disciplina delle disposizioni che seguono.

Ad un primissimo sguardo, dunque, il problema sembrerebbe non esistere: in presenza di una norma che espressamente qualifica come amministrativi gli illeciti ex 231, non vi sarebbe ragione di interrogarsi ulteriormente sul punto. È tuttavia proprio la prosecuzione dell’analisi del testo normativo ad appalesare l’inadeguatezza di tale semplicistica soluzione e al contempo a legittimare la serietà della questione.

La situazione creatasi è stata efficacemente

³⁴⁴ Così G. DE SIMONE, *op. ult cit.*, p. 80.

³⁴⁵ M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Rivista delle Società* n°2-3/2002, p. 401 e P. DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Parte prima. Principi generali e criteri d'imputazione del d.lgs. n. 231/2001*, Bari (2001).

fotografata da un Autore che, commentando la scelta alla base del nuovo sistema, ha affermato che “nella *apparenza delle forme* sembra essere rispettosa del principio della *irresponsabilità penale* delle persone giuridiche, nella *sostanza* ne tradisce il superamento”³⁴⁶.

Non è dunque un caso se la natura della responsabilità da reato degli enti collettivi sia stata al centro di un acceso dibattito che, a distanza di oltre dieci anni, non può dirsi del tutto concluso. Dibattito che tutto sommato era facile aspettarsi, e che ancora una volta fa emergere la repulsione a livello concettuale da parte del nostro ordinamento di staccarsi dall'impostazione per cui il diritto penale è un fatto essenzialmente (o esclusivamente?) umano, dovuta al secolare arroccamento sul principio per cui *societas delinquere non potest*³⁴⁷ sul quale si è posta l'attenzione nel capitolo I.

Indipendentemente dalla legittimità – e dalla non unanimemente condivisa utilità³⁴⁸ – di tale discussione, alla

³⁴⁶ V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/01: una «truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n° 4/2002, p. 883.

³⁴⁷ Così C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, op. cit., p. 230.

³⁴⁸ In particolare A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 50 evidenziando come tanto il paradigma della responsabilità penale, quanto quello della responsabilità amministrativa siano inadeguati a “ricevere l'innesto del nuovo istituto”; si vedano altresì C. E. PALIERO, D. PULITANO, *Imprese, una responsabilità “su misura”*,

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODOTTA DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

sua base vi sono essenzialmente due fattori: da un lato un Legislatore che, chiamato a coinvolgere in maniera sostanziale gli enti nel fatto di reato, ha costruito un sistema che per molti versi ricalca le strutture proprie della responsabilità penalistica, dall'altro – forse non essendo del tutto in grado di delineare il fatto proprio dell'ente nei suoi elementi – la scelta di non definire “reati” *tout court* gli illeciti dell'ente; il tutto accompagnato (e complicato) da una disciplina per così dire “essenziale” strutturata soprattutto sulla tecnica del rinvio.

La tesi che rinviene nel sistema delineato dal legislatore del 2001 una responsabilità penale vera e propria si innesta senza soluzione di continuità su quel percorso di “respiro” europeo iniziato da più di quarant'anni, ed in particolare in Italia – come visto nel capitolo I – con il contributo fondamentale di Franco Bricola.

Questo primo filone sottolinea innanzitutto il fatto che il sistema si incentri sulla consumazione di un illecito di tipo penale, e come dalla stessa formula legislativa utilizzata nell'art 1, comma I, del decreto emerga l'assenza di una

in *Il Sole 24 Ore*, 12 luglio 2001, p. 20, i quali ritengono che la classificazione quale amministrativa o penale della responsabilità dell'ente appaia discettazione essenzialmente simbolica. Diversamente, ritiene che la questione non sia puramente accademica metta “in gioco i “referenti costituzionali” della disciplina” G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, p. 5 ss. reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

CAPITOLO IV

distinzione tra il fatto di reato della persona fisica e l'illecito contestato alla persona giuridica, che peraltro si risolverebbe in una "doppia qualificazione del medesimo fatto storico"³⁴⁹.

Sistema che, peraltro, si è espressamente preoccupato non solo, con l'art 26 del decreto, di estendere la responsabilità dell'ente ricomprendendovi anche l'area del delitto tentato³⁵⁰, ma anche di prevedere la facoltà, ai sensi dell'art 8, comma III, di rinunciare all'amnistia, intervento chiaramente "orientato a salvaguardare il diritto dell'imputato ad ottenere un'assoluzione nel merito" e che "può trovare giustificazione solo presupponendo il carattere (socialmente e) normativamente riprovevole della responsabilità penale"³⁵¹.

In secondo luogo si mette in luce come le sanzioni previste dal sistema del D.Lgs 231/01 abbiano "contenuto omologo"³⁵² a quello di una pena.

Due essenzialmente i motivi a sostegno di tale assunto: la sfera e l'incisività degli effetti della condanna dell'ente, nonché la metodologia di calcolo delle sanzioni da infliggere.

Il primo argomento evidenzia un parallelismo tra le

³⁴⁹ E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Diritto e Giustizia* n°23/2001, p. 8.

³⁵⁰ Si veda in proposito G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà*, *op. cit.*, p. 974, che sottolinea come "solo i beni giuridici oggetto della tutela penale possono, per la loro rilevanza, consentire al Legislatore di estendere la tipicità a fatti che non integrano in maniera puntuale la condotta tipizzata come delitto dall'ordinamento".

³⁵¹ V. MAIELLO, *op. cit.*, p. 903.

³⁵² T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano (2002), p. 86

logiche sottostanti agli istituti del codice penale e quelle previste dal D.Lgs 231/01, a partire dalla “duratura pubblicità legale delle condanne”³⁵³, rispettivamente raccolte dal casellario giudiziale e dall’anagrafe nazionale: entrambi confluenti nel casellario giudiziale centrale presso il Ministero della giustizia ed entrambi soggetti ai medesimi “congegni normativi” alla base dei flussi informativi che determinano le rispettive iscrizioni.

Non solo: tale tesi può oltretutto giovarsi dell’argomento della coerenza con gli insegnamenti della CEDU. È ben noto infatti come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che più volte si è dovuta pronunciare sul tema del diritto ad un giusto processo, abbia statuito a chiare lettere che, ai fini verificare se la sanzione irrogata ad un soggetto sia (in concreto) una sanzione di tipo penale, è necessario andare oltre il mero dato letterale fornito dal testo della norma (e dunque dal Legislatore).

Ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, dunque, la “materia penale” prescinde dal criterio nominalistico, che invece appare ben saldo all’interno degli ordinamenti statali³⁵⁴, ed i suoi confini risultano definiti in maniera assai più labile: celebre in tal senso la sentenza

³⁵³ V. MAIELLO, *op. cit.*, p. 903

³⁵⁴ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 135.

Engels³⁵⁵. In tale occasione, per la prima volta, la Corte rilevava come dovessero essere presi in considerazione parametri che guardassero al profilo sostanziale del momento sanzionatorio, individuandoli nella natura e nel grado di severità della sanzione; soluzione, questa, che permette di ampliare la nozione di illecito di tipo penale ad ogni norma di portata generale che ricollegghi alla commissione di un determinato fatto una sanzione di carattere punitivo connotata da un certo grado afflittività.

L'orientamento, inaugurato nel 1976, fu confermato nella giurisprudenza successiva³⁵⁶. Particolarmente interessante sul punto appare una pronuncia degli anni Novanta³⁵⁷ in tema di confisca: il caso portato all'attenzione della Corte aveva ad oggetto il *Drug Trafficking Offences Act 1986* del Regno Unito. In base a tale provvedimento, al soggetto giudicato colpevole di traffico di sostanze stupefacenti doveva applicarsi la misura (formalmente) amministrativa della confisca in maniera obbligatoria su tutti i beni appartenenti al reo a partire dai sei anni precedenti di cui non fosse stato in grado di dimostrarne la (lecita) provenienza. In tale occasione la Corte statuí che

³⁵⁵ CEDU, *Engels ed altri c. Paesi Bassi*, sent. 8 giugno 1976.

³⁵⁶ Si vedano sul punto CEDU, *Deweert c. Belgio*, sent. 27 febbraio 1980; CEDU, *Ozturk c. Germania*, sent. 21 febbraio 1984; CEDU, *Lutz c. Germania*, sent. 25 agosto 1987.

³⁵⁷ CEDU, *Welch c. Regno Unito*, sent. 9 febbraio 1995.

“l’ordonnance déborderait le notions de réparation et de prévention pour entrer dans le domaine de la punition. [...] Eu égard à la combinaison d’éléments répressifs décrite cidessus, l’ordonnance de confiscation s’analyse, dans les circonstances de l’espèce, en une peine”, ricorrendo dunque a parametri di giudizio che qualificano come “penale” una sanzione che si prefigga scopi di prevenzione generale e speciale e proporzionata alla colpevolezza, e non al danno inferto.

Ancora, a sostegno della tesi che ritiene che la responsabilità delineata dal D.Lgs 231/01 sia di tipo penale, milita l’argomento del *locus* al quale l’accertamento dell’illecito dell’ente è demandato: è noto che tale compito incomba proprio in capo al giudice penale competente a conoscere del reato che fa scattare il meccanismo punitivo nei confronti della persona giuridica. Una scelta che, a ben guardare, si è orientata nel senso di aggiungere un nuovo personaggio nell’ambito del procedimento penale e che va ad affiancarsi alla figura dell’indagato – imputato, le cui facoltà e diritti (seppur con alcune specifiche previsioni) ricalcano esattamente quelle previste dal codice di procedura penale per quest’ultimo.

Opposta, ma parimenti sostenibile, appare la tesi di coloro che propendono per una qualificazione del sistema

CAPITOLO IV

punitivo introdotto dal legislatore del 2001 in termini di responsabilità amministrativa³⁵⁸.

Come detto, le posizioni a favore di tale seconda ricostruzione possono ben invocare l'argomento letterale, forti del fatto che il legislatore del 2001, optando per il carattere amministrativo degli illeciti a carico dell'ente, abbia operato una scelta lessicale consapevole: è la stessa Relazione governativa al decreto ad esplicitare che la preferenza accordata è frutto della cautela necessaria per l'introduzione nell'ordinamento italiano di un sistema che "non aveva nelle sue corde" il concetto per cui *societas delinquere potest*.

Una responsabilità amministrativa, dunque, ma con la consapevolezza allo stesso tempo che quella dell'allora introducendo corpo normativo "diverge[va] in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981", realizzandosi così quel *tertium genus* che "[avrebbe dovuto] coniuga[re] i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di compenetrare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili della massima garanzia"³⁵⁹.

In particolare, è l'analisi di alcuni istituti a far emergere significativi scostamenti dalle logiche del procedimento

³⁵⁸ Impostazione esplicitamente recepita per esempio da *Trib. Pen. Milano, Sez. X, ord. 3 marzo 2005*.

³⁵⁹ Cfr. Relazione, §1.1.

penale a favore di quelle proprie *dell'iter* amministrativo. A tal fine viene posto l'accento *in primis* sul regime della prescrizione, che trova la propria disciplina all'interno dell'art 22 del decreto: a fronte di quanto previsto dagli artt. 157 ss. cp per gli illeciti di carattere penale, per i quali – come è noto – il punto centrale è costituito dal diverso livello di massimo edittale previsto per ciascuna figura *criminis*, in questo caso occorre invece far riferimento ad un termine fisso, proprio quel termine quinquennale che inevitabilmente richiama alla mente quanto previsto dall'art 28 della legge 689/81.

In secondo luogo, l'orientamento in parola fornisce un argomento di ordine processuale, ovvero chiama a supporto la disciplina prevista per l'archiviazione dell'illecito contestato all'ente. È facile infatti notare come il (sintetico) dettato dell'art 58 del decreto si scosti notevolmente da quanto previsto negli artt 408 ss. cpp per avvicinarsi invece al dettato dell'art 18, comma II, legge 689/81: il decreto di archiviazione non coinvolge in alcun modo il Giudice per le Indagini Preliminari – il cui vaglio è invece previsto nel codice di rito per gli illeciti a carico delle persone fisiche – ma è di esclusiva competenza del Pubblico Ministero, che si limita alla comunicazione dello stesso al Procuratore Generale al quale è lasciata la possibilità di contestare le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazioni dopo

CAPITOLO IV

aver svolto gli opportuni accertamenti.

La collocazione dell'accertamento dell'illecito a carico dell'ente all'interno del procedimento penale non sarebbe infine un elemento di per sé determinante per negare la natura amministrativa dello stesso, perché già prima del 2001 l'ordinamento conosceva altre ipotesi in cui il giudice penale era chiamato ad applicare delle sanzioni amministrative che presentassero una connessione con il reato della cui esistenza è chiamato a conoscere: tali sono i casi delle misure di sicurezza, previste dallo stesso codice penale agli artt.199 ss.,³⁶⁰ e dell'art 24 legge 689/81. Tale ultima norma stabilisce infatti che qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art 16 della stessa L. 689/81, la

³⁶⁰ Appare utile considerare come anche per le misure di sicurezza sia assai contestata la natura formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale e che in qualche modo il dibattito appaia sovrapponibile a quello relativo alle sanzioni previste dal D.lgs 231/01. Tra i diversi contributi sul punto, si vedano T. PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *L'Indice Penale n°2/1976*, p. 229 ss.; M. BOSCARELLI, *Appunti critici in tema di misure di sicurezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale n°1/1964*, p. 5 ss.; G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale n°4/1967*, p. 751 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano (1970). Per una riflessione circa la natura delle misure di sicurezza e quelle del d.lgs 231/01 si veda G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, *op.cit.*, p. 1155.

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODotta DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

competenza a conoscerne sia proprio il giudice penale chiamato a decidere sul reato in questione, che applicherà la sanzione stabilita dalla legge con la sentenza di condanna.

1.1 Implicazioni

Interrogarsi sulla natura della responsabilità oggi prevista dal D.Lgs 231/01 all'interno dell'ordinamento italiano non merita di essere etichettato come problema di sola rilevanza dottrinale. La questione appare tanto più seria e di rilevanza pratica, se si considera come l'approdo alla ricostruzione che si schiera a favore di una ricostruzione in termini di responsabilità amministrativa vera e propria renderebbe in buona sostanza inutili gli sforzi interpretativi, descritti nel capitolo I, per dichiarare la compatibilità della responsabilità di soggetti diversi dalle persone fisiche con quanto previsto dall'art 27 Cost.: in fondo, se di illecito amministrativo vero e proprio si trattasse, logica imporrebbe di concludere che ancor oggi, come accadeva prima del 2001, *societas delinquere non potest*.

Certo, il coinvolgimento dell'ente nel fatto di reato sarebbe da considerarsi in ogni caso innegabilmente più pregnante rispetto a quanto non lo fosse prima dell'entrata in vigore della disciplina in parola, quando ciò essenzialmente si limitava all'eventuale citazione a titolo di responsabile civile

CAPITOLO IV

dell'illecito della persona giuridica.

Ma al di là della possibilità o meno di sostenere la soluzione che riconosce la natura schiettamente penale della responsabilità prevista dal D.Lgs 231/01, appare doverosa una considerazione di ordine squisitamente pratico: se l'obiettivo finale vuole essere la prevenzione dei reati "veicolati" attraverso la persona giuridica, non è certo attribuendo all'illecito la qualifica di reato piuttosto che di violazione amministrativa a modificare le sorti della partita. Sul piano delle garanzie riconosciute al soggetto passivo, infatti, è utile ricordare che il legislatore si è preoccupato anche in tale sede di ribadire i principi di legalità e di successione di leggi che si ritrovano sia nel codice penale che nella legge 689/81; peraltro, dal punto di vista della *law in action*, si può constatare che (purtroppo) la percentuale di effettiva applicazione delle sanzioni pecuniarie in entrambi gli ambiti si attesta su livelli che sono ben lontani da costituire un plausibile effetto deterrente.

Il punto centrale della questione in merito alla natura della responsabilità dell'ente è che ciò implica di affrontare il gravoso problema di fornire una lettura compatibile al dettato costituzionale di tutta la disciplina posta dal legislatore del

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODOTTA DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

2001³⁶¹.

Ciò significa, in altri termini, rivisitare la teoria generale dell'illecito punitivo (così come inteso nella giurisprudenza della CEDU) e saggiarne la tenuta di fronte alle specifiche caratteristiche del nuovo soggetto al quale la disciplina viene applicata.

Con ogni evidenza la questione in merito della natura della colpevolezza implica una riflessione circa il ruolo che la pena è chiamata a svolgere all'interno dell'ordinamento³⁶²: la sua struttura, i suoi meccanismi, sono lo strumento attraverso il quale appunto l'ordinamento individua i fatti meritevoli di pena e traducono in atto lo scopo, o gli scopi, che lo Stato ad essa ricollega³⁶³.

È sufficiente una lettura al testo dell'art 27 Cost. ed una breve riflessione sul significato che lo stesso assume tenuto conto della portata degli artt. 2, 3 e 13 per escludere categoricamente che la sanzione / pena possa essere intesa nel senso proposto dalle teorie retributive: il male, inteso

³⁶¹ Per una lucida analisi sul punto, si veda V. MAIELLO, *op. cit.*, pp. 907 ss. che sottolinea la necessità che tale normativa debba rispettare lo «statuto costituzionale» dei principi di legalità, *sub specie* precisione/determinatezza, colpevolezza, uguaglianza, nonché proporzionalità del trattamento sanzionatorio”.

³⁶² Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 7.

³⁶³ Ampliamente sul punto M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Torino (1995), p. 295 ss; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1987, p. 825 ss.

come il disvalore che un determinato evento ha costituito per la collettività, non costituisce di per sé una ragione sufficiente né – ancor prima – valida per far sì che un soggetto ne paghi le conseguenze in termini di libertà personale. Il rispetto della dignità umana ed il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo appaiono del tutto incompatibili con un sistema che preveda restrizioni della più importante delle libertà senza che ciò avvenga sulla base di un (almeno) interesse di pari rango. Ciò per dire che non è possibile ragionare sulla base di logiche di ri-allocazione del male subito giustificandolo nel nome di una concezione più alta di giustizia. Questi limiti costituiscono un dato assodato in tema di colpevolezza delle persone fisiche, ma appaiono replicabili anche per le persone giuridiche, nei confronti delle quali appare altrettanto irragionevole rivolgersi secondo i dettami propri delle logiche retributive.

Se lo scopo dello Stato è quello di orientare i comportamenti delle persone (fisiche o giuridiche) nel senso di dissuaderle dal delinquere, è chiaro che un simile obiettivo potrà essere perseguito dal sistema solo ed unicamente nel momento in cui i comportamenti contrari ai dettami della legge penale attengano alla sfera di signoria dell'agente. Occorre tuttavia sottolineare come questa sia solo una delle possibili relazioni tra colpevolezza e prevenzione generale, le

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODotta DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

quali possono essere diversamente soppesate: il divario tra i due termini si fa tanto più ampio quanto più la politica perseguita attraverso l'inflizione delle pene sia ispirata alla affermazione della autorevolezza dello Stato, che a tal fine potrebbe decidere di ricorrere allo strumento della sanzione criminale ricollegandolo anche a fatti non colpevoli³⁶⁴.

Nonostante l'innegabile (ed inevitabile, per quanto in crisi) effetto general preventivo che l'applicazione di una pena nei confronti di un soggetto porta con sé, i valori fondamentali ai quali si è sopra fatto riferimento appaiono inconciliabili con un diritto penale orientato nel senso che il fine principale della pena debba essere quello: se così fosse, l'individuo, privato della dignità propria di ogni essere umano, finirebbe infatti per essere degradato a mero strumento attraverso il quale far passare il messaggio della forza che l'ordinamento cerca in tal modo di affermare, né appare legittimo pensare che ciò

³⁶⁴ D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Milano (2009), p. 316, il quale sottolinea come anche i legislatori moderni in alcuni casi cedano alle tendenze di collegare la responsabilità penale alla mera integrazione del materiale del fatto illecito sulla base di reali o supposti bisogni sociali di sicurezza; ricordano che contenuto e funzione della colpevolezza siano oggetto di un rinnovato dibattito G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, Bologna (2009), p. 307. Per l'evoluzione dell'ordinamento italiano con particolare attenzione al progressivo distacco dalla responsabilità oggettiva, si rimanda a F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro (Testo dell'intervento svolto, col titolo "Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930", al Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Torino nei giorni 21-23 ottobre 2010 sul tema "Scuola Positiva e Codice Rocco")*, disponibile al sito internet www.dirittopenalecontemporaneo.it.

possa avvenire attraverso gli enti, l'esistenza dei quali costituisce una delle estrinsecazioni delle libertà (come quella di iniziativa economica) riconosciute in capo alle persone umane.

Non è infatti questa la chiave di lettura che deve guidare l'interprete nell'analisi del primo comma dell'art 27 Cost., ove appunto viene sancito il carattere di personalità della responsabilità penale. Solamente ricollegando alla disposizione il significato di impossibilità di fare rispondere un soggetto per un fatto altrui, o secondo la più nota formula "*responsabilità per fatto proprio colpevole*"³⁶⁵ che si rende accettabile una privazione della libertà della persona umana.

In questo senso il principio di colpevolezza si pone come ulteriore limite alla pretesa punitiva dello Stato permettendo di "*completare la funzione di garanzia per cui è posto il principio di legalità*"³⁶⁶. A buon titolo dunque la dottrina riconosce che il "principio di colpevolezza rappresenta un autentico valore cardine per l'ideologia liberal-democratica, caratteristica dello stato di diritto, in cui non si intende sacrificare la libertà del cittadino attraverso il riconoscimento dell'autodeterminazione e di un razionale

³⁶⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 307-308.

³⁶⁶ D. PULITANO, *op. ult. cit.*, p. 317; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1987, p. 844 ss.

orientamento finalistico della sanzione penale"³⁶⁷ .

Simile prospettiva permette allo stesso tempo l'affermazione di un ulteriore importante risultato, ovvero che l'individuo divenga il soggetto nel cui interesse la pena opera. Tutto ciò risulta infatti assolutamente in sintonia con il fine rieducativo della stessa che la Costituente ha inteso cristallizzare nel comma III del summenzionato articolo.

E proprio in virtù della funzione che l'ordinamento costituzionale intende attribuire alla pena si deduce un'ulteriore ragione della necessità della presenza dell'elemento della colpevolezza all'interno della struttura del reato: punire un soggetto per il semplice accadimento di un fatto materiale, senza che questo ricada nella sua sfera di signoria, difficilmente potrà aspirare al raggiungimento della rieducazione del reo. Qualora un soggetto non sia messo nella condizione di comprendere il disvalore del fatto del quale è chiamato a rispondere, cioè quando non veda una propria condotta (attiva od omissiva) quale momento indefettibile del reato, la privazione della libertà personale rischia di addivenire ad un risultato assolutamente opposto: questi, lungi dall'intraprendere un percorso di emenda, avvertirà la sanzione applicatagli quale vessazione nei suoi confronti. Il risultato finale di una politica criminale basata

³⁶⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Milano (2005) p. 509.

sulla responsabilità oggettiva non potrà che essere un allontanamento dall'individuo dalle istituzioni senza peraltro che a ciò si accompagni l'effetto positivo di una deterrenza dal commettere reati, né da parte della collettività, né da parte del singolo: poiché la sanzione viene applicata in maniera automatica, e non essendo il comportamento del soggetto un fattore preso in considerazione nella decisione circa l'applicazione della pena, il soggetto non sarà in nessun modo incentivato a modificare i propri comportamenti e la probabilità di incorrere in nuovi illeciti non verrà assolutamente modificata³⁶⁸.

³⁶⁸ Per una completa ricostruzione si rimanda ai contributi di A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d' evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1987, p. 881 ss; ID, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza (Seminario ISISC, Siracusa, 21-24 aprile 1988)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988, p. 1119 ss; G. CAPPELLO, *I criteri di imputazione oggettiva dei reati di concorso*, in *Diritto e Formazione* n°2/2003, p. 289 ss; V. CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli (1939); G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità oggettiva e prevenzione*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Napoli (1989), p. 29; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 506 ss; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988, p. 409 ss; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1981, p. 456 ss; G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°1-2/2003, p. 363; A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1985, p. 623 ss; ID, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988, p. 387 ss; ID, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Rivista*

Inoltre, l'assenza di colpevolezza nella struttura dell'illecito pone un diverso ed ulteriore problema: come quantificare la sanzione a carico della persona? È evidente che, per non entrare in conflitto con il principio di uguaglianza davanti alla legge, il legislatore sarebbe costretto a rinunciare alla struttura sanzionatoria basata su cornici edittali a favore di un sistema a pene fisse, salvo la possibilità di ricorrere a correttivi che impongano al giudice di fare riferimento ad altri fattori – facile il collegamento con le condizioni economico-patrimoniali del reo o della persona giuridica – che comunque si pongono al di fuori dal fatto di reato. All'opposto, la richiesta di un elemento soggettivo del reato permette al legislatore di dotare il giudicante di uno strumento elastico da utilizzare in sede di commisurazione della sanzione, consentendo una modulazione della sanzione che tenga conto dei diversi elementi del reato e che aiutino a diversificarne la gravità.

Nel capitolo I si è fatto cenno alle difficoltà di introdurre nell'ordinamento italiano una responsabilità penale delle persone giuridiche proprio a causa dell'art 27 Cost. È bene ricordare come sulla base di tale norma la dottrina e soprattutto la giurisprudenza della Corte costituzionale

italiana di diritto e procedura penale n°3/1992, p. 779 ss; D. PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, *op. cit.*, p. 61 ss.

CAPITOLO IV

abbiano affermato la portata costituzionale del divieto di responsabilità oggettiva. Nel contesto italiano ciò ha avuto un particolare significato in considerazione del fatto che il Codice Rocco, pur nato in epoca fascista, non sia stato rimpiazzato dal nuovo ordinamento repubblicano: si è dunque posta la questione circa la compatibilità di diversi istituti che prima del 1947 trovavano la loro legittimazione sulla base dell'art 42, comma III.

Salvo rare eccezioni³⁶⁹, le voci degli interpreti hanno all'unisono riconosciuto che l'unica interpretazione possibile fosse quella che appunto tale disposizione esprimesse il riconoscimento della responsabilità oggettiva intesa quale mera sussistenza quale valido criterio di ascrizione della responsabilità oltre a quelli previsti nei commi precedenti³⁷⁰; interpretazione peraltro avvalorata non solo dal tenore letterale della disposizione ma altresì dai lavori preparatori.

Il *punctum dolens* appare dunque quello che se le resistenze all'introduzione in via generale di una

³⁶⁹ Per tutti G. BATTAGLINI, *La questione della «responsabilità oggettiva» nel diritto penale*, in *Rivista penale* n°1/1936, p. 8.

³⁷⁰ *Ex multis* cfr. M. BOSCARRELLI, *Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1984, p. 893 ss. C. CERTO, *Forme anomale di responsabilità penale*, Messina (1961); M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1989, p. 601 ss; C. PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale: struttura, fondamento, prospettive*, Milano (1978); ID, voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII (1991).

responsabilità penale degli enti possono dirsi superate dal punto di vista dell'art 27, comma I, non appare invece possibile spingersi fino ad affermare che sia ammissibile un criterio di ascrizione della responsabilità oggettivo, nemmeno per le persone giuridiche, perlomeno non sulla base dell'attuale assetto costituzionale.

Si tratta di un problema la cui rilevanza sarebbe evidentemente di molto ridimensionata se effettivamente l'oggetto dell'analisi fosse una responsabilità penale propria dell'ente. È ben vero che la legge 689/81 all'art 3 ha replicato in materia di sanzioni amministrative uno dei principi fondamentali della colpevolezza di diritto penale, vale a dire che il rimprovero da muoversi all'agente deve arrestarsi se la condotta di questi non sia supportata almeno dall'elemento soggettivo della colpa³⁷¹, ma è altrettanto vero che non è uniformemente riconosciuto che tale disposizione sia coperta da garanzia costituzionale.

A fronte di un orientamento³⁷² che, ponendosi senza soluzione di continuità nel solco delle pronunce nn°364 e

³⁷¹ Per le pronunce fondamentali in tema di colpevolezza relativamente agli illeciti amministrativi si vedano *Cass. Civ., Sez. I, sent. 30 maggio 1988, n°3679*; *Cass. Civ., Sez. I, sent. 2 ottobre 1989, n°3961*; *Cass. Civ., Sez. I, sent. 4 febbraio 1998, n°1105*; *Cass. Civ., Sez. I, sent. 30 agosto 1999, n°9115*; *Cass. Civ., Sez. III, sent. 18 luglio 2000, n°9445*; *Cass. Civ., Sez. III, sent. 20 febbraio 2001, n°2467*; *Cass. Civ., Sez. V, sent. 25 maggio 2001, n°7143*.

³⁷² Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano (1993), p. 138.

1085 del 1988 della Consulta, si schiera per una lettura che estenda l'operatività della disposizione dell'art 27 Cost. anche agli illeciti amministrativi³⁷³, ne esiste uno opposto, maggioritario in dottrina³⁷⁴, che invece rimarca la sua dimensione unicamente penalistica. Diverse le argomentazioni che militano in favore di questa ricostruzione che, seppur caratterizzata da visione meno garantista, appare comunque ammissibile.

Anche in questo caso il punto di partenza può essere il dato letterale: a tal fine è agevole notare *in primis* come l'art 27 Cost. si riferisca espressamente alla responsabilità penale, ed in secondo luogo che, ove si è voluto estendere le garanzie costituzionali tipiche del diritto penale alla responsabilità per gli illeciti amministrativi, ciò è avvenuto sulla base dell'art 25, comma II,³⁷⁵ che prevede un divieto

³⁷³ Per una recente pronuncia si veda *T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, sent. 6 ottobre 2009, n°2364*.

³⁷⁴ E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del convegno, Milano (1979), p.135.

³⁷⁵ La giurisprudenza sul punto non è unanime: a fronte della tesi minoritaria fatta propria dalla Corte costituzionale con la sent. 3 agosto 1967 n.78 ove affermò che "il principio della legalità della pena è ricavabile, anche per le sanzioni amministrative, dall'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire", esistono diverse pronunce da parte della stessa Corte costituzionale che hanno invece optato per una ricostruzione della struttura dell'illecito amministrativo secondo il canone dell'art 23 della Carta costituzionale. Si vedano: *Corte cost., sent. 25 maggio 1961, n°29*; *Corte cost., sent. 22 maggio 1963, n°68*; *Corte cost., sent. 11 febbraio 1970, n°19*; *Corte cost.,*

LA PECULIARE RESPONSABILITÀ INTRODotta DAL D.LGS 231/2001: QUALE LA VERA NATURA?

generale di punizione senza che la stessa sia prevista da una legge precedente. La tesi può giovare di un ulteriore argomento se si considera come in svariate occasioni il legislatore abbia derogato a tale principio per esempio creando sanzioni retroattive.

Il riconoscimento, o meno, della garanzia costituzionale implica dunque forti conseguenze nell'ambito della materia in questione: se l'illecito a carico dell'ente fosse davvero di natura amministrativa, non vi sarebbe ostacolo anche ad ammettere un tipo di responsabilità sfornito del requisito della colpevolezza semplicemente facendo leva su un provvedimento derogatorio successivo di pari rango rispetto all'art 3 della legge 689/81.

A parere di chi scrive, tuttavia, una simile strada non meriterebbe di essere percorsa se non altro per un evidente contrasto con i parametri esplicitati della giurisprudenza della CEDU³⁷⁶.

In tal senso appare allora tanto più significativa la considerazione di chi ha effettivamente riscontrato l'insufficienza degli attuali paradigmi, sia penale che

sent. 8 marzo 1984, n°68; Corte Cost. sent. 31 ottobre 1986, n°226; Corte cost., ord. 11 novembre 1987, nn°420 e 421.

³⁷⁶ In questo senso si veda S. RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n°3/2003, p. 824.

CAPITOLO IV

amministrativo, per collocarvi la nuova disciplina³⁷⁷: da un lato, coinvolgere così profondamente l'ente nel fatto di reato implica forse necessariamente di prevedere per lo stesso una responsabilità di tipo penale rinunciando al più flessibile strumento amministrativo; dall'altro, il ricorso al diritto penale impone però di rispettare determinate garanzie costituzionali, non da ultimo il divieto di responsabilità oggettiva, con il quale attualmente entra in palese contrasto l'art 6, comma V del decreto.

Se una soluzione esiste, probabilmente, come già suggerito da più autori³⁷⁸, seppur con percorsi argomentativi di base diversi, essa passa da una riforma di tipo costituzionale che preveda un nuovo sistema di principi destinato a governare la responsabilità penale delle imprese corredata anche da una scelta lessicale coerente che possa mettere a tacere le odierne (e legittime) critiche di "truffa delle etichette". E forse tale nuovo sistema potrebbe anche affermare, a determinate condizioni (in particolare attraverso la previsione di una *due diligence defence*), la responsabilità oggettiva dell'ente, come peraltro abbiamo visto accadere all'interno del capitolo IV in altri ordinamenti non meno garantisti di quello italiano. La rinuncia a tale divieto è forse

³⁷⁷ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 50.

³⁷⁸ V. V. MAIELLO, op. cit., pp. 913-914; G. AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario, op. cit., p. 245 ss. e 284.

il prezzo da pagare per un fondamentale strumento del diritto penale moderno che mostra in pieno le sue radici, vale a dire quelle di ordinamenti che come quelli anglosassoni si caratterizzano per una concezione marcatamente pragmatica del diritto?

CAPITOLO IV

2. Profili critici nella trasposizione dell'elemento della colpevolezza dalla persona fisica alla persona giuridica

Richiamati i tratti essenziali della colpevolezza fatta propria dall'ordinamento italiano in relazione alle persone fisiche, si è visto che principio *nulla poena sine culpa* è strettamente collegato alle funzioni sia generalpreventiva che specialpreventiva della pena. Si ricorderà che l'impossibilità di rivolgere ad una entità collettiva diversa dalle persone fisiche un rimprovero che stigmatizzi non solo a livello puramente economico – caratteristica peculiare della responsabilità civile – il compimento (o l'omissione) di determinati fatti da parte dell'organizzazione stessa è stato uno degli argomenti forti che la dottrina classica faceva proprio per affermare il principio *societas delinquere non potest* e che parte di quella attuale sfrutta per negare la natura penale del nuovo tipo di responsabilità introdotto con il D.Lgs 231/01.

Sul piano civilistico è noto che per la legittimazione del fenomeno societario e delle persone giuridiche in genere una prima spiegazione è quella proposta dalla Scuola storica

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA
FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

tedesca ed in particolare da Von Savigny³⁷⁹: attraverso una *fictio iuris* si ottiene la creazione di una entità puramente astratta che, nonostante l'assenza di qualsiasi fisicità propria, è in grado di essere centro di imputazione di rapporti giuridici. Tutto ciò grazie alla volontà dello Stato, che permette di estendere la qualità di soggetto portatore di diritti anche ad un qualche cosa di diverso dalle persone fisiche – per le quali tale caratteristica è connaturata alla loro stessa esistenza sulla base di una concezione giusnaturalistica – cioè alle persone giuridiche³⁸⁰. Fin qui *nulla quaestio*. Il crocevia tuttavia non si colloca molto distante: tale nuova entità (ripetesi: creata pur sempre da una o più persone fisiche) rimane sempre e solo uno strumento che quelle stesse persone fisiche governano o è suscettibile di una dimensione propria che vada oltre alla sua qualificazione di mero strumento?

Non si intende certo evocare gli scenari della letteratura ottocentesca dove la macchina – creazione, questa sì, fisica dell'uomo – prende il controllo sul suo stesso ideatore; il senso dell'interrogarsi su tale questione, che ha trovato una ulteriore ricostruzione attraverso la teoria della realtà – di origine francese e individuata, come visto nel

³⁷⁹ Cfr. F. K. VON SAVIGNY, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna (1980).

³⁸⁰ Sul punto ampiamente R. ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, (1968), p. 21 ss; ID, *"Persona" e "Persone giuridiche" nell'età moderna*, in *op. cit.*, p. 193, ss.

capitolo III, con il diverso nome di teoria organica³⁸¹ – sta invece nel tentativo (ulteriore) di spiegare come declinare l'elemento psicologico dell'illecito criminale in capo alle entità diverse dalle persone fisiche.

Pur con la consapevolezza che affrontare il problema della responsabilità criminale della persona giuridica ponendo come base una delle due teorie avrebbe scarse possibilità di successo³⁸², soffermarsi sulle stesse può apparire utile per mostrare quali limiti affliggano le stesse e se, presa conoscenza di ciò, sia possibile ipotizzare una nuova elaborazione.

E dunque, come ricostruire l'elemento psicologico della persona giuridica? Ragionando secondo i canoni della teoria della *fictio iuris* tale processo porta, come visto anche nell'esperienza comparatistica, alla teoria che va sotto il nome di “teoria dell'identificazione organica” e che semplicemente (o forse semplicisticamente) riconosce la

³⁸¹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, Paris (1912); M. HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, in *Récueil de législation de Toulouse*, II, 11 (1906), p. 134 ss. La teoria attecchi anche in Germania, in particolar modo se ne ritrova traccia nella riflessione di Von Gierke. Sul tema si rimanda a A. ARENA, *Le società, in quanto persone giuridiche, agiscono direttamente, non a mezzo di rappresentanti*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, tomo V, Milano (1969), p. 2532 ss.; C. CORSONELLO, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, *op. cit.*, p. 455 ss.; A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, p. 137 ss.

³⁸² In questi termini A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, *op.cit.*, p. 199.

possibilità per la persona fisica di trasmettere il proprio elemento psicologico alla persona giuridica.

In altre parole, in base alla teoria della finizione appare concettualmente impossibile ragionare su un elemento psicologico proprio della persona giuridica, se non nei termini di pura riproposizione del corrispondente elemento psicologico della persona in grado di attivare la responsabilità dell'ente quando l'illecito sia stato posto in essere nell'interesse di quest'ultimo.

Dando ciò per assodato, i diversi sistemi che hanno sposato tale concezione hanno piuttosto concentrato i propri sforzi per interrogarsi su chi, all'interno delle persone giuridiche, potesse attivare il meccanismo sanzionatorio. Cioè quale fosse il livello minimo all'interno della gerarchia aziendale al quale trovare i soggetti che commettendo un reato nell'interesse della persona giuridica potessero trasmettere il proprio coefficiente psicologico all'intera organizzazione.

Come visto, le soluzioni che si sono osservate nel capitolo III per i Paesi di *Common Law* hanno spaziato tra gli estremi secondo i quali tale qualifica deve essere riconosciuta:

- a) solamente ai soggetti che ricoprono le più alte cariche all'interno dell'ente;

CAPITOLO IV

- b) a tutti i soggetti, in qualsiasi modo impiegati all'interno dell'ente, anche a quelli più labilmente legati ad esso.

Il Legislatore italiano del 2001 all'interno della Relazione governativa non ha esitato a riconoscere validità della teoria organica, sostenendo che questa, lungi dal violare il principio di personalità della responsabilità penale, si profila "quasi necessitata sul piano logico (dal momento che assicura la corrispondenza tra chi commette l'illecito e chi ne paga le conseguenze giuridiche)"³⁸³ permettendo poi di contenere quelle tendenze giurisprudenziali che dilatavano oltre il consentito le responsabilità degli amministratori.

I termini della questione mutano quando la stessa viene approcciata dal punto di vista della teoria della realtà: poiché l'assunto di base è che sono soggetti di diritto "coloro il cui *scopo* o *interesse* viene garantito dalla norma giuridica ed al quale viene per conseguenza attribuita una *capacità* di *volere* o di *agire*"³⁸⁴, ne consegue che le persone giuridiche sono "di per sé soggetti di diritto, in base ad un'asserita loro intrinseca natura giuridica"³⁸⁵. In altri termini, le persone giuridiche non devono essere considerate come "mera

³⁸³ Cfr. Relazione, § 3.2.

³⁸⁴ S. LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Rivista Penale* n°2/1906, p. 409.

³⁸⁵ R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 215.

astrazione rispetto alla persona fisica”³⁸⁶, bensì come entità reali che si affiancano agli individui. Ciò proprio perché esistono obiettivi (o scopi) che per la loro stessa natura non possono essere perseguiti dagli individui singolarmente considerati. Le persone giuridiche pertanto sono “capaci di volere”, seppur tale capacità si configura secondo i canoni propri degli enti collettivi, che si “esprimono e realizzano per mezzo dei loro organi”³⁸⁷.

Dunque anche una teoria come quella realtà, che appunto riconosce l’esistenza di una volontà propria dell’ente diversa e separata da quella propria del suo rappresentante implica quantomeno un adattamento, se non proprio una modifica, dei criteri descrittivi della volontà dell’ente.

La colpevolezza dell’ente non può essere in questo caso, diversamente da quanto accade con la teoria della immedesimazione organica, la stessa che il legislatore ha pensato per le persone fisiche. Rappresentazione e volizione o diligenza lasciano spazio a criteri più evanescenti come quello di “cultura aziendale”, o ad altre simili formule, valevoli ad indicare un complesso di principi che devono guidare la generalità dei soggetti facenti parte di una determinata organizzazione e nell’esperienza moderna vengono normalmente incorporati in un codice etico.

³⁸⁶ C. DE MAGLIE, *op. ult. cit.* p. 309.

³⁸⁷ R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 215.

Sebbene la questione fosse ben chiara anche al Legislatore delegato, la Relazione governativa non si dilunga eccessivamente sul punto: ritenendo ormai superata e “recessiva una concezione “psicologica” della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto”, dichiara di ispirarsi ad una “colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità”³⁸⁸.

Ripercorrendo in maniera quasi pedissequa le argomentazioni della sentenza *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* del 1909, la Relazione afferma, come visto, che basterebbe la teoria dell'immedesimazione organica per vincere le critiche rivolte alla violazione del principio di responsabilità penale per fatto altrui.

Eppure, proprio dopo questa presa di posizione verso l'accoglimento della concezione normativa, è la stessa Relazione governativa (eccessivamente sbrigativa nel liquidare la problematica della colpevolezza degli enti) che in maniera implicita ammette la colpevolezza dell'ente non è un concetto unitario, posto che dall'osservazione del mondo reale sono emerse due diverse tipologie di comportamenti illeciti perpetrati attraverso il “veicolo” della persona giuridica: quelli “espressivi di politiche aziendali volte al perseguimento

³⁸⁸ Cfr. Relazione, §1.1.

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA
FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

di profitti illeciti” e quelli riconducibili ad “una colpa di organizzazione”³⁸⁹. Una dicotomia che in qualche modo sembrerebbe riportare ad un dolo ed una colpa, pur latamente intesi, dell’ente.

2.1 Esiste un dolo della persona giuridica?

Si è visto che nei Paesi di *Common law* la possibilità di ascrivere alle persone giuridiche fatti dolosi non ha coinciso con l’abbattimento del dogma *societas delinquere non potest*, configurandosi piuttosto come momento finale di un percorso evolutivo che ha inteso affermare la responsabilità penale delle organizzazioni dapprima per ipotesi di tipo colposo omissivo, esemplare sul punto il più volte citato caso della condanna della città di Albany per aver omesso di depurare il bacino del fiume Hudson.

Rispetto a tale impostazione, appare porsi in maniera diametralmente opposta l’approccio che ha portato all’inserimento della normativa italiana. Infatti, la scelta “minimalista” del legislatore del 2001 è stata quella di un contenimento della delega che, al di là dell’opzione (determinata da ragioni di politica criminale) di dare immediata attuazione al nuovo sistema punitivo *in primis* nel delicato campo dei delitti contro la pubblica amministrazione,

³⁸⁹ Cfr. Relazione, § 12.

ha fatto trasparire in maniera più o meno velata una sorta di remora – durata fino all'estate del 2007 – ad inserire gli illeciti colposi nell'elenco dei reati cd presupposto.

A sua volta è interessante notare il modo peculiare in cui l'atteggiamento critico della dottrina si è indirizzato nei diversi contesti ora messi a confronto: nel primo caso "l'alzata di scudi" si è levata per sostenere l'impossibilità di rimproverare ad una persona giuridica il compimento (vuoi anche da parte di uno dei soggetti in grado di spenderne il nome agli effetti civili) di un fatto per il quale la legge penale richiedesse un particolare *intent*; nel caso italiano, invece, le reazioni più aspre ed i problemi di tenuta del sistema in generale, che ha messo a nudo la scelta di base di creare un apparato normativo pensato appunto per gli illeciti di tipo doloso (dimostrato anche attraverso la "cartina tornasole" dell'opzione legislativa per i criteri dell'interesse e del vantaggio), si sono registrate proprio in seguito all'inserimento dell'art 25-*septies* e della responsabilità della persona giuridica per fatti di tipo colposo.

Al di là del particolarismo presentato dalle diverse esperienze giuridiche, è ora il caso di domandarsi se astrattamente possa parlarsi, ed in che termini, di un dolo della persona giuridica. A distanza di alcuni secoli dal ragionamento di Thurlow e Blackstone, è ancora vero che la

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA
FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

societas non abbia un *body to kick*, ma soprattutto una *soul to damn*? Proseguendo nella metafora è forse possibile dare una risposta abbastanza agevole alla prima parte del quesito, sostenendo che quel *body* è costituito dal complesso di beni ed utilità che i soci hanno conferito per lo svolgimento dell'attività di impresa, e che dunque esiste una entità – anche fisica – “*to kick*”: si pensi ai locali, alle disponibilità economiche e a tutto ciò che in genere viene ricompreso nel patrimonio della persona giuridica.

Non è certo una novità per il diritto penale l'esistenza di provvedimenti che vadano ad incidere sui beni che fanno parte del patrimonio del reo anziché sulla sua libertà personale, per lo meno non in prima battuta. Il riferimento si indirizza chiaramente alla confisca³⁹⁰ ed alle sanzioni pecuniarie: come noto la prima ha ad oggetto esclusivamente dei beni (non necessariamente del condannato e non necessariamente in caso di una sentenza di condanna) che

³⁹⁰ È nota la disputa sulla natura – penale o amministrativa – della confisca nell'ordinamento italiano. In tale sede ci si limiterà a ricordare come parte della dottrina da tempo abbia messo in dubbio la natura di misura di sicurezza della confisca (per tutti cfr. A. ALESSANDRI, *La confisca nel diritto penale, op. cit.*) e come la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ne abbia riconosciuto la natura prettamente sanzionatoria per le ipotesi di confisca per equivalente (v. *Cass. Pen., Sez. V, sent. 16 gennaio 2004, n°15445*; *Cass. Pen., Sez. Un., sent. 25 ottobre 2005, n°41936*). Per una specifica trattazione sul punto si rimanda a T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti, op.cit.*) e F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano (2009).

rappresentino un particolare legame con il reato o che siano in sé criminosi; le seconde, invece, possono incidere sulla libertà personale del reo solamente nel caso in cui esse rimangano insolute e ne sia disposta la conversione.

Dunque il *punctum dolens* della questione verte sulla seconda parte della nostra domanda, e cioè se vi sia una “anima” della persona giuridica che:

- a) ha manifestato l'intento di compiere un illecito penale e
- b) sia suscettibile di essere modificato attraverso il percorso rieducativo che la sanzione è chiamata a svolgere.

Sotto tale aspetto non è di particolare aiuto il confronto con le esperienze dei paesi di *Common law* (eccezion fatta per il sistema federale australiano, che come si è visto ha avuto – almeno formalmente – il coraggio di dar corpo al concetto di *mens rea* della persona giuridica) che senza ipocrisie hanno ammesso che le soluzioni proposte erano “*not legal theory but pragmatism*”³⁹¹.

La questione rimanda ancora una volta al meccanismo che sta alla base del “fenomeno persona giuridica”: alla creazione di questa entità diversa da coloro che ne sono i costitutori, corrisponde una autonoma capacità di rappresentazione e

³⁹¹ A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, (2006), p. 116.

volizione?

Nel sistema costruito dal legislatore italiano la domanda potrebbe trovare una risposta positiva, o perlomeno questa non sarebbe impedita dalla previsione di una responsabilità dell'ente che espressamente viene qualificata come autonoma dall'art 8 del decreto che appunto prevede "un sistema eventualmente consequenziale"³⁹².

Deve tuttavia rilevarsi che il qualificare come "doloso" il particolare elemento soggettivo della persona giuridica appaia quantomeno problematico e che la ricostruzione passi necessariamente attraverso il concetto di autonomia della responsabilità dell'ente.

Se infatti si sposa la teoria della immedesimazione organica, che come già visto la Relazione governativa ritiene di per sé sufficiente sul piano dogmatico a legittimare la colpevolezza dell'ente, l'autonomia deve essere interpretata solamente come autonomia dal punto di vista sanzionatorio, e non della colpevolezza.

La mera trasposizione dell'elemento psicologico dalla persona fisica a quella giuridica esclude in partenza l'utilità e la possibilità di qualsiasi tipo di ragionamento che voglia ricollegarlo ad un comportamento proprio della persona giuridica. Secondo questa ricostruzione, l'articolo 8 si

³⁹² F. VIGNOLI, *Societas puniri ipotest.*, *op. cit.*, p. 903.

limiterebbe ad affermare che non è necessaria la condanna della persona fisica per sanzionare l'ente, il cui elemento soggettivo è appunto quello trasmessogli dall'agente materiale, che peraltro potrebbe rimanere anche ignoto.

Diverso invece se si voglia intendere che la responsabilità della persona giuridica deve essere intesa anche come autonomia della colpevolezza. Per fare ciò occorre però staccarsi dall'automatismo connesso alla teoria della immedesimazione organica e guardare se quella "cultura aziendale", che dovrebbe incarnare la *voluntas* dell'ente, possa in qualche modo fornire risposte agli interrogativi dell'interprete.

Deve tuttavia ammettersi che riconoscere che il compimento di un fatto illecito sia stato sorretto dal dolo non solo della persona fisica, ma anche da quello della persona giuridica appare avere un significato solamente nei "casi limite", ovvero in casi in cui il vero oggetto sociale, lo scopo unico, magari abilmente dissimulato e non certo esplicitato nello statuto sociale della persona giuridica, sia quello di compiere degli illeciti.

Il pensiero corre subito al fenomeno della criminalità organizzata, ove l'impresa *de facto* incarna l'organizzazione il cui scopo appunto è *contra legem*. Lo scopo ultimo dell'impresa, la sua volontà in senso lato, è quella che i

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA
FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

soggetti che la muovono compiano degli illeciti che appunto contribuiranno a rafforzarne la potenza criminale. E si consideri come a simile impostazione potrebbe in ogni caso contestarsi che il particolare elemento soggettivo dell'ente in questi casi sembra più correttamente ricostruito nel senso che la *voluntas* è quella che siano compiuti dei reati in genere, non gli specifici reati che di fatto poi vengono commessi.

Posto che un simile ragionamento può dunque avere un qualche senso solamente quando i reati compiuti dai soggetti in grado di impegnare la persona giuridica siano di tipo doloso, ben più difficoltoso appare affermare che versa in una condizione dolosa la persona giuridica quando il compimento di un reato si presenti come evento accidentale all'interno di una attività di per sé lecita, situazione che rappresenta per così dire la normalità della criminalità d'impresa.

Ha senso considerare doloso l'atteggiamento di una intera società in cui un solo amministratore, contravvenendo ai principi cristallizzati nel codice etico (ed ovviamente tenendo all'oscuro gli altri amministratori ed organismi di controllo) corrompa un pubblico ufficiale con l'obiettivo di far aggiudicare un appalto alla società stessa?

Si badi, non si nega che in tale situazione non debba

CAPITOLO IV

trovare punizione il comportamento, sicuramente doloso della singola persona fisica e che sia legittimo o che corrisponda a qualche sentore di giustizia il prevedere anche una forma di sanzione anche a carico della persona giuridica, ma affermare l'esistenza di un dolo anche di quest'ultima, appare quanto mai difficoltoso.

Se infatti già appare difficile qualificare come doloso l'atteggiamento dell'impresa criminale, a maggior ragione l'operazione risulta ardua per l'impresa lecita, dove l'oggetto sociale della stessa non coincide mai con lo svolgimento di attività di tipo criminale. Se qualche rimprovero deve essere mosso all'ente, parrebbe più logico muoversi nel solco di contestazioni di tipo colposo.

In definitiva, ragionare in termini di dolo (inteso secondo la nozione di rappresentazione e volizione dell'art 43 cp) per descrivere l'atteggiamento della persona giuridica in occasione di reati pur commessi nell'interesse di quest'ultima sembrerebbe avere scarse possibilità di successo; salvo – come detto – per il limitato campo dell'impresa criminale in sé, risulta per il resto, e cioè per la normale e ben più diffusa criminalità d'impresa, del tutto inadeguato.

2.2 La colpa di organizzazione: profili generali

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA
FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

Ben più spesso, in luogo di una concezione della colpevolezza che si rifacesse al particolare collegamento psicologico tra soggetto agente e persona giuridica, la possibilità di affermare la legittimità di meccanismi punitivi dell'ente in occasione di fatti di reato è stata ricostruita ricorrendo al concetto di colpa di organizzazione.

Tale nozione vale appunto ad identificare il fenomeno di una responsabilità propria dell'ente, concepito come insieme di individui "organizzati", ed in quanto tali in grado di esprimere "un'autonoma "mente collettiva" e una "meta competenza" di gruppo, capaci di fronteggiare "situazioni complesse", indomabili dal singolo o da una pluralità "disorganizzata" di soggetti"³⁹³. Alla base della stessa cioè vi è la consapevolezza, ereditata dalla teoria della realtà, che la modernità ha posto l'individuo in strutture collettive di cui lo stesso da un lato contribuisce al funzionamento ed alla formazione della volontà, ma dall'altro non ne può controllare l'intero processo decisionale, dovendosi accontentare di poter esercitare la propria influenza, in maniera più o meno intensa, solamente su "frammenti di processi decisionali"³⁹⁴ la cui sommatoria finale esprime la *voluntas* propria ed autonoma della persona giuridica.

³⁹³ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2006*, p. 167.

³⁹⁴ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *ibidem*.

Appare sin d'ora necessario fare una precisazione. Il concetto in questione non è "patrimonio esclusivo" del diritto penale, potendosi infatti parlare di una colpa di organizzazione anche nell'ambito del diritto civile o amministrativo con significati e declinazioni diverse a seconda del settore prescelto.

Tale categoria trova spazio nel diritto punitivo dell'ente in seguito alla presa di coscienza che tale soggetto abbia in sé potenzialità criminogene che necessitano di essere contrastate.

Dato per presupposto da un lato che l'ente sia in grado di avere una volontà propria, e dall'altro che gli siano connaturate le sopraccitate potenzialità criminogene, la colpa di organizzazione si configura come criterio di imputazione della responsabilità diretto ad evitare che la formazione di quella volontà propria della persona giuridica si ponga in contrasto con i divieti posti dal diritto penale.

In altri termini, sulla base di queste premesse, il contenuto della stessa appare coincidere con il dovere gravante in capo all'organizzazione di strutturarsi in modo tale da condizionare secondo determinati parametri le proprie decisioni.

Ma anche all'interno dello stesso diritto penale o punitivo in genere il concetto di colpa di organizzazione non

appare affatto riconducibile ad un preciso paradigma, dovendosi invece constatare come l'oggetto di tale criterio di imputazione sia quanto mai fumoso: esso appare invero come una sorta di elemento neutro, suscettibile di essere declinato in diversi contenuti che rispecchiano le complesse dinamiche della criminalità d'impresa e difficilmente riconducibili *ad unum*.

Non è caso dunque che la dottrina che si è interrogata sul significato e sul contenuto della colpa di organizzazione abbia espresso diverse ricostruzioni: da un lato possono essere annoverate le posizioni di coloro che vi scorgono un criterio assimilabile a quello della colpa penalistica; dall'altro si collocano invece le vedute che hanno ipotizzato di trovarsi davanti ad una nuova ed autonoma forma di colpevolezza³⁹⁵ caratterizzata dal fatto che il momento valutativo della stessa verrebbe anticipato, riferendosi alla stessa appunto in termini di "pre-colpevolezza"³⁹⁶.

Coloro che dunque hanno optato per la ricostruzione orientata nel senso che la colpa di organizzazione si fonda su

³⁹⁵ Tra i primi commenti dottrinali si veda C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 333, che rifacendosi allo schema proposto dalla Relazione governativa distingue due forme di colpevolezza di organizzazione nel decreto: "colpevolezza che deriva dalle scelte di *politica d'impresa*", appunto riferita ai casi in cui siano soggetti in posizione apicale ad aver commesso il reato presupposto e invece la "colpa di organizzazione" vera e propria che sarebbe contenuta nel solo art. 7.

³⁹⁶ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 168.

uno schema che si colloca senza soluzione di continuità con il concetto della colpa del diritto penale delle persone fisiche partono dalla considerazione secondo la quale esista una norma cautelare diretta all'ente il cui contenuto, nell'ordinamento italiano, sarebbe quello di adottare i modelli organizzativi. Pur ammettendo di trovarsi avanti ad una forma di colpa schiacciata sul momento oggettivo della stessa, non vi sarebbe un'irrimediabile distanza dal canone penalistico poiché tale categoria dogmatica sarebbe dotata di una "flessibilità" che permetterebbe appunto di adattarsi al nuovo e diverso soggetto³⁹⁷.

Il vizio comune alle posizioni di questo primo gruppo di esponenti appare tuttavia quello di far riferimento ad una concezione normativa della colpevolezza che dimentica la sua vera essenza: come è stato puntualmente notato la concezione normativa della colpevolezza non significa assenza di elementi soggettivi, anzi, essa "li organizza e li supera in una visione unitaria, che combina elementi psicologici con elementi normativi, rendendo il prezioso servizio di poter graduare il giudizio"³⁹⁸.

Non è inutile a questo punto considerare come sia

³⁹⁷ Cfr. A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, op. cit., p. 1107.

³⁹⁸ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, op. cit., p. 47.

PROFILI CRITICI NELLA TRASPOSIZIONE DELL'ELEMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DALLA PERSONA FISICA ALLA PERSONA GIURIDICA

stato ricostruito il diverso modo di porsi della norma penale avanti le persone fisiche e avanti le persone giuridiche: se nel primo caso essa svolga il ruolo di “impedire le specifiche condotte inosservanti descritte al suo interno”, nel secondo “suona più come un dovere originario di non recare offesa ai beni giuridici”³⁹⁹; correlativamente l’effetto (general/special) preventivo della norma rispetto alle persone fisiche si concentra (o almeno dovrebbe) sulla commissione di determinati fatti futuri, mentre per gli enti appare rarefarsi ed avvicinarsi significativamente ai paradigmi del diritto penale dell’autore.

Deve tuttavia ricordarsi come altra posizione dottrinale abbia sostenuto che invece il concetto di colpa di organizzazione debba essere inteso proprio in modo da prescindere totalmente da qualsiasi forma di soggettivizzazione propriamente intesa. Secondo alcuni autori⁴⁰⁰ infatti, a monte della questione circa la natura cautelare o meno della norma che pone l’onere in capo all’ente di dotarsi di modelli organizzativi, occorrerebbe

³⁹⁹ R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino (2005), p. 5; si veda altresì G. DANNECKER, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts* in *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (2001), p. 109.

⁴⁰⁰ A. FIORELLA, G. LANCELLOTTI, *La responsabilità dell’impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000 n.300 ed al decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino (2004), p. 15 ss.

ragionare sulla questione del rischio d'impresa. In buona sostanza, il Legislatore avrebbe definito un'area di liceità del rischio che vengano commessi fatti criminosi connessi all'attività della persona giuridica; il perimetro di tale area di liceità sarebbe determinato dalle cautele che l'ente abbia oggettivamente adottato per prevenire determinati reati.

Quest'ultima soluzione, se da un lato ha il pregio di "aggirare" il problema della definizione del contenuto della colpa di organizzazione, lascia tuttavia insoddisfatti coloro che propugnano la necessità di non schiacciare su presupposti schiettamente oggettivi la responsabilità dell'ente, che appunto torna a "spersonalizzarsi"⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Evidenzia tale aspetto C. CORI, *La colpa di organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di P. SIRACUSANO, Torino (2007), p. 241 ss.

3. La colpevolezza ex D.Lgs. 231/01: il caso dell'ente privo di modelli organizzativi.

Il primo decennio di operatività del D.Lgs 231/01 non ha fatto registrare un numero particolarmente elevato di pronunce per responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti. L'apporto che il formante giurisprudenziale fornisce all'interprete che si interroghi sulla colpevolezza della persona giuridica è dunque limitato: la maggior parte delle decisioni ad oggi disponibili sono state rese essenzialmente in sede cautelare e gli sforzi si sono indirizzati maggiormente verso l'obiettivo di recuperare il profitto dell'illecito (con interpretazioni sovente troppo estensive di tale concetto) piuttosto che sul requisito – comunque richiesto dall'art 45 del decreto – della sussistenza dei gravi indizi di responsabilità in capo all'ente⁴⁰². Deve inoltre tenersi in considerazione

⁴⁰² Sul punto si richiama la recente *Cass. Pen., Sez. VI, sent. 31 maggio 2012, n°34505*, che ha annullato l'ordinanza di sequestro emessa dal Tribunale di Monza sulla base della carenza di motivazione circa i gravi indizi di colpevolezza in capo all'ente. Costituendo la misura cautelare a carico dell'ente una anticipazione della sanzione principale, la Suprema Corte ha ricordato come in tali occasioni non possa procedersi meramente alla astratta sussumibilità della fattispecie astratta in quella concreta, poiché appunto *"il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del fumus delicti. (...) L'apprezzamento dei gravi indizi deve portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente*

che allo stato la giurisprudenza non ha avuto modo di affrontare l'ipotesi di illecito posto in essere da un soggetto in posizione subordinata.

La scarsa utilità di tale apporto si annida essenzialmente in due cause, le quali dipendono da diversi attori del procedimento penale. La prima si è manifestata in particolare a seguito dell'introduzione dell'art 25-*septies*: in plurime occasioni sono state proprio le stesse Procure, sulla base di tacite scelte (più o meno consapevoli), a procedere ad una disapplicazione della disciplina in via puramente fattuale dell'istituto, riducendo così le occasioni di contributi da parte delle corti penali.

La seconda è invece data dalla limitata diffusione dei modelli organizzativi nel contesto della realtà italiana. La classe imprenditoriale ha innegabilmente dimostrato nel corso del tempo una sostanziale diffidenza rispetto a tali istituti. Ciò particolarmente da parte delle imprese di piccole dimensioni, che costituiscono la stragrande maggioranza dei soggetti economici del Paese. I modelli organizzativi sono stati visti più come l'ennesimo adempimento formale-burocratico al quale far fronte piuttosto che strumenti idonei a controllare il

probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più a un giudizio di colpevolezza sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessiva fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato". Conforme Cass. Pen., Sez. VI, sent. 23 giugno 2006, n°32627.

LA COLPEVOLEZZA EX D.LGS. 231/01: IL CASO DELL'ENTE PRIVO DI MODELLI ORGANIZZATIVI.

rischio reato all'interno delle proprie strutture: non a caso la prassi ha rivelato che per diverse realtà la decisione di adottare un modello di organizzazione ha coinciso proprio con l'instaurazione del procedimento a carico dell'ente al fine di coglierne i benefici sul piano del trattamento sanzionatorio.

Che l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo costituisse un onere gravoso particolarmente per le realtà di dimensioni più contenute era questione ben chiara già al Legislatore del 2001, che per ovviare a tale inconveniente aveva previsto che in tali casi la possibilità di svolgere i compiti dell'organismo di vigilanza potesse essere svolta direttamente dall'organo dirigente. La stessa logica di semplificazione e contenimento dei costi (seppur nel contesto di un piano di intervento più ampio) ha guidato l'inserimento del comma *IV-bis* nel corpo dell'art 6 del decreto⁴⁰³, con il quale si è riconosciuta la stessa possibilità in capo al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo della gestione.

La condizione di assenza del modello organizzativo pone comunque all'interprete la questione del criterio soggettivo di ascrizione dell'illecito in capo all'ente. La giurisprudenza formatasi sul punto è uniforme nel sostenere che in tali situazioni l'ente possa evitare la responsabilità

⁴⁰³ Intervento avvenuto ad opera dell'art 14, comma XII, della Legge 12 novembre 2011, n°183 con effetti dall'1 gennaio 2012.

solamente nel caso di cui al cui all'art 5, comma II: ovvero la mancanza di interesse in capo alla persona giuridica⁴⁰⁴.

La circostanza che l'interesse costituisca il criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità sembrava prestare il fianco alle censure di coloro che lamentavano una violazione dell'art 27, comma III, Cost.: se l'unica possibilità di evitare la sanzione è determinata dalla assenza del collegamento oggettivo tra fatto di reato e posizione della persona giuridica, la logica porterebbe a concludere che secondo tale scenario il fatto è addebitato all'ente in assenza di un elemento soggettivo.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha tuttavia respinto le eccezioni formulate sulla base di tale assunto. È particolarmente interessante leggere come in una recente pronuncia⁴⁰⁵ la Sesta Sezione della Suprema Corte,

⁴⁰⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, sent. 15 ottobre 2012, n°40380; Cass. Pen., Sez. II, sent. 20 settembre 2012, n°35999.

⁴⁰⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n°27735. Seppur con *obiter dicta*, appaiono condividere l'assunto della immedesimazione organica anche Cass. Pen., Sez. III, 4 luglio 2012, n°25774 e Cass. Pen., Sez. III, sent. 29 agosto 2012, n°33371. Una diversa censura di incostituzionalità della disciplina, riguardante il lato processuale della colpevolezza dell'ente collettivo, è stata respinta dall'Ufficio GIP del Tribunale di Milano che ha fatto leva sulla particolare natura della responsabilità introdotta con il D.Lgs 231/01. Trattandosi di un *tertium genus* di responsabilità, definita come "ibrida" perché accertata in sede penale ma secondo regole speciali che esulano dai principi processuali penali, non sarebbe in contrasto con il dettato dell'art 27 la previsione di una colpevolezza dell'ente in via presuntiva, che anzi sarebbe in linea con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Così Ufficio GIP Milano, ord. 27 aprile 2009.

conformandosi ad una propria precedente decisione⁴⁰⁶, ne abbia sostenuto la compatibilità con il dettato costituzionale aderendo ad una interpretazione estensiva della colpa di organizzazione. La persona giuridica, dice la Cassazione, risponde dell'illecito amministrativo originato dalla commissione del reato presupposto non sulla base di una responsabilità per fatto altrui, ma per un fatto proprio caratterizzato in virtù del rapporto di immedesimazione organica: tale sarebbe appunto il non essersi dotata dei modelli di organizzazione.

Il fenomeno dell'immedesimazione organica secondo questa impostazione giurisprudenziale dunque non eliminerebbe quello della colpa di organizzazione⁴⁰⁷. Tuttavia tale ragionamento, a parere di chi scrive, sul piano concettuale appare scontare un vizio logico: se è il meccanismo dell'immedesimazione organica ad attivarsi, ha invero poco senso parlare di colpa di organizzazione per riferirsi all'elemento psicologico della persona giuridica, che appare più corretto far coincidere con quello della persona fisica che "muove" l'ente. Ragionando in tal modo infatti si

⁴⁰⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n°36083.

⁴⁰⁷ Soluzione peraltro sostenuta da autorevole dottrina. Si veda D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, op. cit., p. 417, richiamato da L. TROYER, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* n°4/2004, p. 910.

finisce con il sovrapporre due concezioni della persona giuridica che in realtà sono distinte; delle due l'una: o i soggetti apicali "sono" la persona giuridica e quest'ultima ne assorbe anche l'elemento soggettivo, oppure le due persone sono distinte ed allora occorre ricorrere alla colpa di organizzazione per dar forma alla colpevolezza dell'ente.

La ricostruzione, apparentemente rassicurante, fondata sulla teoria della identificazione organica che la giurisprudenza della Sesta Sezione ed alcune pronunce dei giudici di merito⁴⁰⁸ fanno propria non appare nemmeno in linea con la Relazione governativa, che, come si è visto, pur non negando la compatibilità astratta degli schemi dell'immedesimazione con l'ordinamento costituzionale illustra la scelta del Legislatore come un *quid pluris* rispetto a tale meccanismo. Senza contare che se persona fisica e persona giuridica coincidessero, apparirebbe più corretto far rispondere quest'ultima non di un illecito amministrativo dipendente da reato, bensì del reato stesso. Simili argomentazioni parrebbero peraltro trovare un significativo argomento nelle motivazioni di una recente pronuncia di interpretazione pregiudiziale resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁰⁹ in tema di costituzione di parte civile.

⁴⁰⁸ Cfr. *Ufficio GIP Roma, sent. 7 febbraio 2012; Trib. Pen. Milano, Sez. I, sent. 18 dicembre 2008.*

⁴⁰⁹ *Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II (causa C-79/11).*

La Corte era stata interpellata in merito alla compatibilità del D.Lgs 231/01 con la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. La presunta incompatibilità che si ventilava guardava alla mancata previsione di una disposizione che permettesse alla vittima di costituirsi parte civile nei confronti dell'ente. La Corte del Lussemburgo ha chiarito che *“nulla osta a che, nell'ambito di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione (...), la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato”*. La decisione si basa infatti sulla considerazione che le responsabilità della persona fisica e di quella giuridica sono distinte: la seconda è definita come *“«amministrativa», «indiretta» e «sussidiaria» e si distingue dalla responsabilità penale della persona fisica”*.

È peraltro significativo notare come le decisioni che ricostruiscono la responsabilità dell'ente privo di modelli organizzativi secondo i dettami della teoria dell'immedesimazione organica finiscano di fatto per applicarla in maniera parziale condannando le persone giuridiche anche nei casi in cui il soggetto apicale commetta il reato servendosi della società ma di fatto danneggiandola.

CAPITOLO IV

Ancora una volta, se si accoglie tale schema esegetico – salvo incappare nelle incongruenze che sono state illustrate nel capitolo III per gli ordinamenti di *Common law* – appare necessario considerare l'elemento della persona fisica nella sua interezza: come può sostenersi da un punto di vista logico, che il soggetto il apicale abbia commesso tali condotte delittuose nell'interesse della società in presenza di immediate condotte di appropriazione indebita aventi ad oggetto il provento del reato presupposto di cui l'ente viene chiamato a rispondere⁴¹⁰? È evidente che ciò è possibile solamente sulla base di una immedesimazione organica forzata nei suoi elementi essenziali.

A questa prima (e allo stato maggioritaria) ricostruzione si affianca la presenza di un ulteriore e diverso (nonchè più coerente) orientamento giurisprudenziale riportato in una decisione della Seconda Sezione della Suprema Corte⁴¹¹, al quale ha aderito altra parte della giurisprudenza di merito⁴¹² che appare invece aver fatto propri gli insegnamenti della teoria della realtà. Il ragionamento alla base di tale sentenza non esita a censurare espressamente le “grossolane concezioni

⁴¹⁰ Esempio in questo senso *Ufficio GIP Milano, sent. 3 gennaio 2011*.

⁴¹¹ Cfr. *Cass. Pen., Sez. II, sent. 20 dicembre 2005, n°3615*.

⁴¹² Cfr. *Trib. Civ. Milano, Sez. VIII, sent. 13 febbraio 2008; Trib. Pen. Milano, Sez. XI (Riesame), ord. 28 aprile 2008; Ufficio GIP Milano, sent. 23 aprile 2009*.

antropomorfe” dell’ente collettivo: la persona giuridica viene considerata quale vera istigatrice, esecutrice o beneficiaria “della condotta criminosa commessa dalla persona fisica”. L’inesistenza di un modello di organizzazione costituirebbe pertanto un criterio di ascrizione della colpevolezza “in qualche modo assimilabile ad una sorta di *culpa in vigilando*”.

Difficile approfondire e delineare il contenuto di una colpevolezza così ricostruita: si capisce pertanto la formulazione alquanto astratta alla quale è pervenuta la Cassazione nella sentenza in esame. Se è possibile, pur con tutti i *caveat* del caso, parlare di *culpa in vigilando* da parte della persona giuridica, allo stesso modo non sarebbe preclusa la possibilità di addebitare all’ente una *culpa in eligendo*: si pensi al caso della struttura che abbia selezionato per ricoprire posizioni strategiche un soggetto che abbia riportato condanne per reati appunto connessi con l’attività sociale ovvero un soggetto assolutamente inadeguato al ruolo.

Si pone in linea di continuità con questa seconda posizione della Suprema Corte l’interpretazione operata da parte di una corrente dottrinale secondo la quale il D.Lgs 231/01 avrebbe previsto nell’art 7 due diverse forme di colpa. Una generica, che si sostanzierebbe nella violazione degli

CAPITOLO IV

obblighi di direzione e vigilanza, ed una specifica, riferita invece alla mancata adozione dei modelli organizzativi⁴¹³.

A ben vedere il dato letterale della norma induce a pensare qualcosa di diverso, e cioè che il criterio soggettivo di ascrizione della responsabilità risieda proprio nella violazione degli obblighi di direzione e vigilanza; condizione questa che in astratto non precluderebbe comunque alla persona giuridica di andare esente da responsabilità anche se priva di modello organizzativo.

Si deve tuttavia rilevare come questa ricostruzione presupponga che per far rispondere la persona giuridica, il soggetto apicale debba aver dato un contributo di tipo colposo al reato presupposto materialmente commesso dal soggetto in posizione subordinata. Se tale schema risulta in astratto applicabile per gli illeciti di tipo doloso, esso finisce per rendere la disposizione del tutto inapplicabile quando sia chiamato al banco di prova degli illeciti di tipo colposo. Si pensi al caso – invero neppure troppo scolastico se si voglia guardare in modo disincantato alla sfera degli infortuni sul lavoro – dell'illecito commesso da un soggetto sottoposto che cagioni lesioni colpose ad un terzo. Soprassedendo alle già citate difficoltà di individuare l'interesse o il vantaggio dell'ente, in tal caso ci si troverebbe davanti ad una

⁴¹³ M. A. PASCULLI, *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 179.

situazione in cui non sarebbe possibile invocare la responsabilità dell'ente per la condotta degli apicali⁴¹⁴, ma proprio in virtù dell'assenza di colpa in capo a costoro, il dato letterale impone di escludere anche la responsabilità amministrativa dell'ente per l'illecito dipendente da reato.

Il criterio soggettivo di ascrizione dell'illecito all'interno dell'art 7 parrebbe dunque essere unico, in quanto l'adozione ed attuazione del *compliance program* sembrerebbe classificabile come uno dei possibili modi di adempiere agli obblighi in parola. L'operatività dello stesso tuttavia appare ostacolata *in primis* da una genetica incompatibilità con i reati di stampo colposo, e in secondo luogo – come già accennato – dalla prassi giudiziaria, che, in oltre un decennio di operatività del decreto, non ha mai fatto ricorso all'applicazione della disposizione di cui trattasi: un'ulteriore (buona) ragione per valutare l'opportunità di una modifica al sistema 231.

⁴¹⁴ Così l'orientamento giurisprudenziale espresso in *Cass. Pen., Sez. IV, sent. 23 febbraio 2009, n°7267*; *Cass. Pen., Sez. IV, sent. 9 aprile 2009, n°15262*; *Cass. Pen., Sez. IV, sent. 1 febbraio 2012, n°10702*; *Cass. Pen., Sez. IV, sent. 6 marzo 2012, n°17221*.

4. La colpevolezza dell'ente dotato di modelli di organizzazione, gestione e controllo

Lo studio dei criteri soggettivi di ascrizione dell'illecito all'ente si arricchisce e si struttura ulteriormente con l'analisi della responsabilità dell'ente in presenza dei modelli organizzativi descritti nel precedente §4 del capitolo II.

Il primo interrogativo che appare utile porsi è se a fronte della diversa situazione, cioè quella della presenza dei modelli organizzativi, cambi anche il criterio di ascrizione della responsabilità ovvero se esso rimanga immutato ed il *compliance program* costituisca semplicemente un ulteriore elemento da prendere in considerazione in sede di valutazione da parte del giudice.

In altri termini, si tratta di interrogarsi sulla natura degli effetti che il modello organizzativo dispiega sulla colpevolezza dell'ente.

Una prima strada che astrattamente si potrebbe pensare di percorrere sarebbe quella di guardare alle formule (*lato sensu*) "assolutorie" che il giudice sia chiamato ad adottare quando non debba applicare una sanzione. Deve

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

tuttavia rilevarsi che il Legislatore non ha replicato nel D.Lgs 231/01 la struttura dell'art 530 cpp sul punto, essendo solamente due le tipologie di provvedimenti che si possono applicare alla persona giuridica nel caso di specie: ex art 67 la sentenza di non doversi procedere (per le ipotesi previste dall'art 60 e quando si prescriva la sanzione) ed ex art 66 la sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente⁴¹⁵.

È bene notare che la seconda tipologia di provvedimento deve essere adottata in ogni caso in cui la struttura collettiva non debba rispondere, indifferentemente dalla circostanza che ciò avvenga in ragione dell'assenza dell'interesse o del vantaggio ovvero per la presenza di un efficace modello di organizzazione. Rimane dunque aperto l'interrogativo se l'ente che si sia uniformato ai dettami dell'art 6 non commetta il fatto che integra l'illecito amministrativo dipendente da reato ovvero se lo commetta ma la sua condotta venga ritenuta scusabile.

L'una e l'altra opzione ovviamente presuppongono due concezioni diverse della persona giuridica sulle quali è bene tornare. Se si ritiene che l'ente dotato di modello organizzativo non commetta il fatto alla base dell'illecito

⁴¹⁵ Sul punto cfr. G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo – Addebiti amministrativi da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino (2006), p. 255 che in ogni caso apprezza l'obbligo in capo al giudice di individuare nel dispositivo della sentenza la causa del proscioglimento.

amministrativo, è evidente che tale conclusione si pone senza soluzione di continuità con l'assunto per il quale la persona giuridica è ontologicamente distinta dai suoi agenti: una simile posizione appare infatti difficilmente conciliabile con la teoria della immedesimazione organica. Far convivere i due fattori richiederebbe infatti di individuare il punto nel quale l'azione della persona giuridica smetta di coincidere con quelle della persona fisica e soprattutto spiegare sulla base di quali ragioni possa recidersi il rapporto di identità tra l'agente e l'entità fittizia. Tale rilievo, a ben vedere, costituisce un ulteriore argomento a favore della ricostruzione secondo la quale la teoria dell'*alter ego* implica che la persona giuridica risponda del fatto reato *tout court* e non di una diversa condotta.

È invece la teoria della realtà a supportare l'indirizzo di coloro che sostengono che la persona giuridica risponda di un fatto proprio e separabile da quello della persona fisica agente. Un fatto proprio che ipoteticamente sarebbe suscettibile di essere inquadrato in due diverse categorie: in una condotta tipica di reato che si affianca a quella della persona fisica, ovvero in una condotta atipica che il Legislatore può classificare come contributo causale concorrente con il fatto della persona fisica ovvero come autonomo illecito amministrativo.

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

Evidente in questo secondo gruppo di ipotesi il richiamo agli schemi del concorso di persone del reato per due scenari su tre. Nel primo – che a parere di chi scrive si avvicina molto al funzionamento sottostante la teoria del *collective intent* – l'ente porrebbe in essere esattamente lo stesso fatto della persona fisica e sarebbe coerente ricollegare allo stesso una responsabilità penale propriamente intesa sulla scorta dell'art 110 cp. Ma anche in questo caso il ragionamento può aver senso con riferimento ai reati di tipo colposo, ma appare tuttavia evidente *ictu oculi* come ciò non possa essere quando il reato realizzato sia invece un illecito di tipo doloso: come infatti far convivere dal punto di vista logico la circostanza di essersi preventivamente di un modello organizzativo e successivamente affermare la presenza del dolo in capo alla persona giuridica?

Salvo ricorrere a dilatazioni eccessive del dolo eventuale, la presenza di un modello di organizzazione induce piuttosto a pensare che l'ente non abbia una volontà vera e propria di porre in essere condotte illecite intenzionali – siano esse coincidenti o diverse da quella che la persona fisica realizza – ma potrebbe dal canto suo coniugarsi con illeciti di stampo colposo⁴¹⁶: in questo caso si tratterebbe di

⁴¹⁶ In questo senso si vedano A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, op. cit., p. 1106; S. RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla*

prendere in considerazione una condotta umana (commissiva od omissiva) che si esplica all'interno di un contesto di cattiva organizzazione il cui risultato finale è appunto la lesione del bene giuridico che la norma penale protegge⁴¹⁷.

Prendiamo dunque in considerazione la posizione per la quale la condotta dell'ente consiste in qualcosa di diverso dalla condotta della persona fisica agente calando il tutto nel contesto italiano. Focalizzando l'attenzione sul trattamento sanzionatorio, si è più volte detto che il Legislatore del D.Lgs 231/01 ha previsto per l'ente un tipo di sanzione di tipo amministrativo; ciò appare particolarmente rilevante, perché comporta l'impossibilità di inquadrare la vicenda nello schema del concorso nel reato vero e proprio: poiché appunto l'oggetto della condotta in questione costituisce un illecito amministrativo, in forza del principio di specialità previsto dall'art 15 cp, questo non potrà in nessun modo essere classificato come contributo atipico di una condotta tipica.

Rimane tuttavia ancora non definito l'oggetto del

politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente, op.cit., p. 824; C. SANTORIELLO, La responsabilità amministrativa degli enti collettivi. Profili sostanziali, in A. CIANCI, A. PERINI, C. SANTORIELLO, La disciplina penale dell'economia, vol. II, Torino (2008), p. 294.

⁴¹⁷ Per una accurata ricostruzione sul punto, che comunque conclude per l'esclusione del concorso di persone nel reato con riferimento alla posizione dell'ente cfr. T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. A. DE FRANCESCO, Torino (2004), p. 15 ss.

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

rimprovero all'ente al quale viene attribuito l'illecito amministrativo, per il quale può essere utile ancora una volta tornare sui requisiti del modello di organizzazione gestione e controllo.

È bene ricordare ancora una volta la corrente dottrinale che davanti al problema afferma che in realtà l'unica vera e propria condotta che si possa individuare rimane solo ed esclusivamente quella della persona fisica; per l'ente non sarebbe possibile ragionare in termini di colpevolezza proprio perché non vi sarebbe alcuna condotta alla quale riferirla: una responsabilità per il solo fatto di esserci, di essere in una determinata posizione pur senza partecipare⁴¹⁸. Apparirebbe dunque coerente con tale prospettiva la scelta dell'inversione dell'onere probatorio, gravando l'ente del compito di apportare gli elementi necessari ad evitare il perfezionamento del processo di ascrizione temperando quelli che potrebbero essere gli esiti della teoria dell'*alter ego* o della disciplina della *vicarious liability*⁴¹⁹.

Secondo altra visione, invece, proprio l'inversione dell'onere probatorio e la separazione della posizione di

⁴¹⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n°1-2/2004, p. 6.

⁴¹⁹ Dà contezza di queste posizioni, ma non ne condivide le conclusioni G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Diritto Penale e Processo* n°6/2005, p. 754.

persona fisica e *societas* si spiegherebbero in ragione del “ruolo di “garanzia” attribuibile all’organismo collettivo”⁴²⁰ il cui contenuto sarebbe impropriamente indicato facendo riferimento a termini quali “politiche d’impresa” o “colpa di organizzazione” poiché sarebbe ben lontano dal poter essere incanalato nel paradigma del “fatto proprio personale”. Spogliandosi da ogni residuo di antropomorfismo, simili scelte metterebbero in luce un diverso “progetto di ingegneria sociale e politica”; il *fil rouge* risiederebbe nel fatto che vi sarebbe una pretesa statuale di contenimento dei “rischi da reato connessi alla tipologia dell’attività esercitata” che si presume mancare ogni qualvolta un determinato illecito emerga, che appunto costituirebbe un indizio del fatto che l’ente non avrebbe “fatto abbastanza”⁴²¹. Si assisterebbe dunque ad una collaborazione tra Stato e corpi intermedi ai

⁴²⁰ G. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, pp. 754-755. Cfr. anche quanto in G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Societas puniri potest*, *op. cit.*, p. 72.

⁴²¹ L’applicazione dei criteri previsti per le persone fisiche alle persone giuridiche, secondo questa dottrina, potrebbe portare solo a due risultati entrambi inaccettabili: “o nel senso che i modelli organizzativi predisposti risultino inadeguati per il fatto stesso che un reato è stato commesso, o nel senso, all’opposto, che qualsiasi modello, per il fatto stesso di esistere, sarebbe tale da esprimere il “volto buono” dell’ente che lo ha allestito, e da legittimare pertanto l’affermazione secondo la quale gli atteggiamenti disonesti di singoli autori (o concorrenti) nell’illecito non avrebbero comunque potuto venire impediti” così G. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, p. 755 che richiama le osservazioni di A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia* n°1-2/2002, p. 54 ss.

LA COLPEVOLEZZA DELL’ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

fini di orientare culturalmente le scelte dei singoli che vedrebbe attivare il peculiare sistema sanzionatorio nel momento in cui l'ente fallisca nel proprio ruolo di garante del precetto normativo.

L'impostazione in parola è sicuramente dotata di grande suggestione ed invero appare avvicinarsi alle istanze che caratterizzano il sistema federale australiano. È innegabile infatti che si possa facilmente accostare il ruolo di "garante di precetto normativo" dell'ente con le disposizioni che il *Criminal Code Act* dedica alla *corporate culture*, secondo un'operazione che porta a guardare il fenomeno societario da un diverso angolo prospettico: non sarebbe tanto la persona fisica a controllare la persona giuridica, bensì la struttura collettiva ad influenzare le azioni dei singoli, e proprio in ragione di ciò si fonderebbe la pretesa dello Stato che appunto la investe del ruolo di garante.

Ma può davvero sostenersi che in base alle norme del D.Lgs 231/01 possa desumersi l'esistenza in capo all'ente di un simile dovere? Per rispondere occorre tornare ancora una volta sul contenuto dei modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti all'interno del decreto. Dall'analisi delle stesse in vero non si riscontra alcuna disposizione (salvo forse quella dedicata alla previsione di un sistema disciplinare interno) alla quale ricollegare un ruolo "educativo" della

CAPITOLO IV

persona giuridica, che invece sembra apparire nella sua dimensione più “statica”. La stessa circostanza che un modello di organizzazione sia stato adottato viene determinata da una condotta che, in forza del dato letterale della norma, è rimessa all’organo dirigente della persona giuridica, non all’ente generalmente inteso. Se tale fosse stata la scelta, probabilmente sarebbe stato più coerente riservare l’adozione del modello organizzativo alla competenza dell’assemblea dei soci, organo che dal punto di vista del diritto civile commerciale è deputato ad esprimere la *voluntas societatis*, piuttosto che all’organo dirigente, al quale è invece demandata la gestione della stessa⁴²².

Più che una condotta attiva dell’ente, sembra più corretto sostenere che dallo stesso ci si aspetta di trovarlo strutturato in una maniera particolare una volta che i soggetti al suo interno abbiano individuato – così come recita la previsione di cui all’art 6, comma II, lett. a) – le fonti di potenziali pericoli ed abbiano stabilito protocolli che orientino le scelte dell’ente in modo da prevenire i reati che astrattamente potrebbero verificarsi attraverso una gestione delle risorse dedicate a tale scopo. Il tutto, come già visto, da accompagnarsi ad un flusso informativo verso un organismo indipendente.

⁴²² Cfr. G. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino (2001), p. 215 ss.

Sembra dunque che quanto si richiede o ci si aspetta (in senso lato) dall'ente sia di venire plasmato in una maniera tale che la commissione dei reati al suo interno divenga più complessa⁴²³. Ma ciò, si badi, prescinde dal dovere di filtrare un qualcosa che possa essere qualificato come una *corporate culture* ispirata a “meta-principi” di onestà o a concetti simili. Non si può non rilevare ancora una volta come il ricorso a criteri di imputazione plasmati su concetti tanto evanescenti finiscano per risolversi in una violazione del principio di determinatezza, che secondo l'insegnamento della giurisprudenza della CEDU deve estendersi ad ogni disposizione “punitiva” e non semplicemente alle sanzioni penali propriamente intese⁴²⁴, ma altresì non garantisca affatto una maggiore aderenza alla realtà dell'analisi del reato d'impresa.

Appare troppo semplicistico affermare che la cultura della illegalità si possa confinare all'interno dei locali di un ente senza prendere in considerazione tutto ciò che accade al di fuori della porta d'ingresso: tutti i soggetti, *white collar criminals* compresi, esplicano le proprie relazioni sociali in una pluralità di contesti che non sono separabili in maniera

⁴²³ Questa sembra il percorso logico seguito nella già richiamata sentenza *Ufficio GIP Milano, sent. 3 gennaio 2011*.

⁴²⁴ Richiama sul punto S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 826 che giudica (pur concentrandosi maggiormente su altri profili) la disciplina italiana “farraginosa”, “inadeguata” e dunque bisognosa di un ripensamento.

netta l'uno dall'altro e che si caratterizzano in un modo o nell'altro in virtù di una complessa serie di fattori causali spesso difficilmente preventivabili nei loro effetti. In questo campo è probabilmente più efficace porre dei dubbi che cercare delle risposte precise per capire dimensione e confini della questione, si permettano solo alcune domande volutamente provocatorie: dove può dirsi che finisca la sfera di influenza della famiglia nei comportamenti di un soggetto e sostenere che inizia quella dell'ambiente di lavoro? E se nel settore in cui quel soggetto opera, ove si sono verificate plurime ipotesi di reati, iniziassero a collaborare alcuni soggetti di morale integerrima, chi può predire se sarà la integrità di questi ultimi a prevalere ovvero la disonestà degli altri? E ancora, può davvero sperarsi di cambiare un orientamento culturale (del quale appunto è difficile tracciare i confini) attraverso dei *compliance program*?

Risulta sempre più evidente che simili discettazioni non si addicono affatto allo schema di giudizio al quale è normalmente chiamato il giudice penale, al quale non si può e non si deve chiedere di trasformarsi in esperto sociologo o antropologo, sempre che non si voglia finire per accettare un criterio di ascrizione della responsabilità che non solo, come nel caso della responsabilità oggettiva, si basa su condotte di terzi, ma sconta altresì un grave *deficit* di determinatezza,

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

riferendosi a alle condizioni non suscettibili di essere provate che aprono inevitabilmente la strada alla totale discrezionalità del giudicante.

4.1 Il particolare caso dell'art 6, comma V, e il vantaggio dell'ente

Per concludere i possibili scenari in cui l'ente sia chiamato a rispondere, occorre tornare ancora una volta sull'ipotesi dell'art 6, comma V del decreto. Si è visto che tale disposizione appare particolarmente problematica perché prevede l'applicazione dell'istituto della sanzione della confisca sul vantaggio derivato alla persona giuridica dalla commissione del reato da parte della persona fisica nonostante sia stata raggiunta la prova della presenza e dell'attuazione di un efficiente modello organizzativo.

In questo caso lo schema sottostante all'attribuzione della responsabilità alla persona giuridica si fonda su uno schema assolutamente oggettivo: la colpevolezza, proprio per la circostanza del funzionamento del modello organizzativo, è infatti di per sé esclusa. Rimane dunque sullo sfondo il paradosso dell'applicazione di una sanzione con una sentenza di assoluzione. A poco vale il tentativo "salvare" la tenuta del sistema sostenendo che l'ultimo comma dell'art 6 non si riferisca in realtà alla confisca-

sanzione prevista nel successivo art 19 ma alla confisca del codice penale.

Uno sforzo apprezzabile che tuttavia, se da un lato appare ardito, dall'altro pare dimenticare la valenza sanzionatoria dell'istituto, quantomeno nella sua forma per equivalente⁴²⁵.

Potrebbe tuttavia non trattarsi dell'unico caso di responsabilità oggettiva "annidatosi" nel D.Lgs 231/01, stante la possibilità di una lettura alternativa momento del dato letterale della disposizione di cui all'art 5.

Secondo i dettami della Relazione governativa, la disposizione dell'art 5, comma II, dovrebbe essere interpretata nel senso che se non sussiste l'interesse dell'ente sarebbe preclusa qualsiasi indagine anche in merito ad un eventuale vantaggio. Astrattamente la norma in parola potrebbe essere intesa anche come "l'ente non risponde per il criterio l'interesse ma potrebbe rispondere nel caso in cui vi sia un vantaggio un vantaggio".

⁴²⁵ Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op. cit., p. 213. Si noti peraltro come la recente *Cass. Pen., Sez. II, sent. 27 giugno 2012, n°39840*, sulla scorta della precedente *Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n°26654*, non risulti del tutto chiara sulla natura di tale istituto: la pronuncia, che qualifica la confisca ex artt 9 e 19 come "sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente", la quale "si differenzia da quella configurata all'art. 6, comma 5 (...) la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto". La astratta riferibilità del pronome relativo tanto al termine "confisca", quanto a quello "sanzione" lascia aperta l'interpretazione sul punto.

L'assenza di interesse si tradurrebbe cioè quindi nella preclusione dell'analisi di eventuali modelli organizzativi – che più correttamente verrebbe riservata agli illeciti commessi nell'interesse dell'ente, che appunto sono quelli finalizzati al conseguimento dell'oggetto sociale ovvero ad ottenimento di utilità in funzione dello stesso – ma appunto permetterebbe di andare a verificare la presenza di un vantaggio in virtù del quale applicare una sanzione.

Di qui un ulteriore problema: quale sanzione applicare? Se si proseguisse con una rigida applicazione delle disposizioni del decreto, dovrebbe dirsi che in forza dell'articolo 10 dovrebbe applicarsi, oltre alla confisca *ex art 19*, anche la sanzione pecuniaria. Simile risultato sembrerebbe tuttavia inaccettabile anche perché, a fronte di una situazione paragonabile rispetto a quella di cui all'art 6, comma V, (quella in cui l'ente ha conseguito solamente un vantaggio) si assisterebbe ad un diverso ed ingiustificatamente più gravoso trattamento sanzionatorio.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

Lo scopo che questo lavoro si proponeva era quello di analizzare quale fosse il concetto di colpevolezza sottostante allo specifico illecito contestato all'ente attraverso la disciplina introdotta con il D.Lgs 231/01.

Nonostante sia trascorso più di un decennio dall'entrata in vigore del provvedimento, molti rimangono gli interrogativi aperti che rivelano una sensibile difficoltà dell'ordinamento italiano a relazionarsi con una disciplina che affonda le proprie radici culturali in sistemi diversi, nello specifico quelli di *Common law*.

L'analisi comparatistica non ha portato ad una soluzione che permettesse la "quadratura del cerchio", ma invita comunque a riflettere. Innanzitutto è sorprendente constatare come proprio negli ordinamenti nei quali la responsabilità penale degli enti è nata tornino oggi ad interrogarsi sulla legittimità e sul significato stesso di tale istituto.

In contesti ove il ragionamento giuridico tollera una maggiore flessibilità ed è orientato verso un maggiore pragmatismo (talvolta a discapito del garantismo) si è potuto constatare come in realtà la colpevolezza della persona

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

giuridica sia ricostruita essenzialmente sulla base di schemi puramente oggettivi.

In particolare merita attenzione quanto emerge dal sistema australiano, indicato da più voci come il sistema che in assoluto abbia saputo dar corpo alla colpevolezza delle entità collettive attraverso l'inserimento delle previsioni sulla *corporate culture*. A prescindere dal fatto che l'applicabilità di tale sistema è limitata ad un numero ristrettissimo di ipotesi di reato, ad oltre un decennio dall'entrata in vigore della disciplina non risulta che la giurisprudenza abbia avuto occasione di applicarla. Non solo: un'analisi oggettiva delle disposizioni del *Criminal Code Act* fa presumere che in futuro difficilmente potranno aversi numerose pronunce che riconoscano la responsabilità dell'ente perché all'interno dello stesso vi fosse una cultura aziendale votata al disprezzo delle regole.

Occorre chiedersi cosa sia legittimo aspettarsi dall'intervento del diritto penale nel campo della criminalità di impresa: non è forse più ragionevole pensare che l'ente debba rispondere a determinate caratteristiche strutturali ed avere al proprio interno dei protocolli che procedimentalizzino (per quanto possibile) la sua attività, piuttosto che pretendere che lo stesso si spenda per diffondere qualcosa di

CAPITOLO IV

estremamente indefinito come una “cultura della legalità”?

Non si intende certo negare la bontà e la fecondità del termine in materie con le quali lo stesso diritto penale può dialogare, quali per esempio la sociologia o la criminologia, ma lo stesso appare intrinsecabilmente incompatibile con le categorie di un diritto penale la cui pietra angolare è costituita dal fatto umano dal quale appunto dipende la stessa nozione di colpevolezza. Non è dunque un caso se il D.Lgs 231/01 si sia dimostrato uno strumento non agevole da maneggiare e che addirittura le stesse Procure della Repubblica abbiano preferito soprassedere all'applicazione della disciplina ivi contenuta, come palesemente avvenuto nel caso dell'art 25-*septies*.

La riflessione torna a domande nelle quali il penalista che si confronti con i temi della modernità spesso incappa: è davvero il diritto penale lo strumento più idoneo al quale fare ricorso per contrastare le offese a beni giuridici che nascono nel contesto dell'impresa? Alterare, se non addirittura snaturare, le categorie fondamentali del diritto penale a tal fine non comporta forse il grave pericolo che esso perda il suo messaggio eticizzante e la sua dimensione prettamente umana?

O è forse giunto il tempo di una rivisitazione del diritto penale che includa a pieno titolo il riconoscimento di una

LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE DOTATO DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

capacità di delinquere delle strutture organizzate che altre scienze hanno già ritenuto possibile?

CAPITOLO IV

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

BIBLIOGRAFIA

- 2011 *Federal Sentencing Guidelines Manual*, in www.ussc.gov.
- AUSTRALIA, CRIMINAL LAW OFFICIERE COMMITTEE OF STANDING COMMITTEE OF ATTORNEYS-GENERAL, *Model Criminal Code: Final Report Dec 1992, Chapter 2: General Principles of Criminal Responsibility*, Canberra (1992)
- AUSTRALIA, SENATE LEGAL AND CONSTITUTIONAL COMMITTEE, *Criminal Code Bill 1994 (Cth), Debate 15 Nov. 1994*, Canberra (1994)
- AA.VV., *Class Action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia: atti del convegno*, (a cura del) Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano (2011)
- AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2201. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. MONESI, Milano (2005)
- AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società (d.lgs. 11 aprile 2002, n.61)*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano (2002)
- AA.VV., *La criminalisation du comportement collectif: 14e Congrès international de droit comparé*, a cura di H. DE DOELDER, K. TIEDEMANN Den Haag, Boston (1996)
- AA.VV., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, a cura di F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI Milano (2008)
- AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano (2002)
- AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. A. DE FRANCESCO, Torino (2004)
- AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa – Parte generale e Reati fallimentari*, Bologna (2003)
- AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lg. 8 giugno*

BIBLIOGRAFIA

2001, n. 231, a cura di G. LATTANZI, Milano (2005)

AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del convegno di Roma, 30 novembre – 1 dicembre 2001, in *Cassazione Penale*, suppl. n°6/2003

AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova (2002)

AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. PALAZZO, Padova (2003)

E. K. AINSLIE, *Indicting Corporations Revisited: Lesson of the Arthur Andersen Prosecution*, in *43 American Criminal Law Review* 107,109 (2006)

A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/2005

A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano (2006), tomo III

A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna (2010)

A. ALESSANDRI, *La confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino (1989)

A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n°1-2/2002

A. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano (1984)

A. ALESSANDRI, *Sub Articolo 27, 1° comma Costituzione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna (1991), vol. Rapporti civili

C. R. ALEXANDER, J. ARLEN, M. A. COHEN, *Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms*, *42 Journal of Law & Economics* 393 (1999)

G. AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche, in G. AMARELLI, M. D'ALESSANDRO, A. DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: de criminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli (2002)

BIBLIOGRAFIA

G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°4/2003

G. AMATO, *La confisca "per equivalente" del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2009

G. AMATO, *Per l'applicazione della responsabilità degli enti va valutato il vantaggio ottenuto dalla controparte. Il riferimento ai principi delle Sezioni Unite aiuta a ricercare una soluzione alternativa*, in *Guida al diritto* n°14/2012

K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1980

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano (2000)

A. ARENA, *Le società, in quanto persone giuridiche, agiscono direttamente, non a mezzo di rappresentanti*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, tomo V, Milano (1969)

A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, (2006)

A. ASTROLOGO, *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nel D. Lgs. 231/2001*, in *L'Indice Penale* n°2/2003

S. E. BALDWIN, *Private Corporations 1701-1901*, in AA.VV. *Two Centuries' Growth of American Law 1701-1901*, New York (1901)

D. C. BALL, D. E. BOLIA, *Ending a Decade of Federal Prosecutorial Abuse in The Corporate Criminal Charging Decision*, 9 *Wyoming Law Review* 229 (2009)

R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino (2005)

G. BATTAGLINI, *La questione della «responsabilità oggettiva» nel diritto penale*, in *Rivista penale* n°1/1936

R. BAXT, *Ascribing Civil Criminal Liability for Company Employees and Directors – Who Carries the Corporate Can?*, paper presentato al convegno *Penalties: Policy Principles & Practice & Government Regulation* (Sydney, 9 June 2001)

S. S. BEALE, *Too Many and Yet Too Few: New Principles to Define the Proper Limits for Federal Criminal Jurisdiction*, 46

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Hasting Law Journal 979 (1995)

A. BELCHER, *Imagining How A Company Thinks: What Is Corporate Culture?*, 11 *Deakin Law Review* 1 (2006)

S. BELTRANI, *Confisca del profitto del reato e patteggiamento (Commento a Cass. Pen., Sez. II, 4.2-20.5.2011, n. 20046)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2012*

S. BELTRANI, *Responsabilità degli enti anche da delitto tentato? (Commento a Cass. Pen., Sez. V. n. 7718/2009)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2009*

A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 1/2012

A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2011*

N. BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le federal sentencing guidelines*, in *Il Foro Ambrosiano n°3/2004*

P. BHARARA, *Corporations Cry Uncle And Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants*, 44 *The American Law Review* 57 (2007)

A. BIERCE, *The Devil's Dictionary*, voce *Corporation*, Oxford (2002)

R. BORASIO, *Responsabilità amministrativa degli enti nei casi di infortunio e malattia del lavoro: prime considerazioni*, in www.rivista231.it, *Interventi* 9/2007

M. BOSCARRELLI, *Appunti critici in tema di misure di sicurezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale n°1/1964*

M. BOSCARRELLI, *Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°3/1984*

J. BRAITHWAITE, *Challenging Just Deserts Punishing White-Collar Criminals*, 73 *Journal of Criminal Law and Criminology* 723 (1982)

J. BRAITHWAITE, *Taking Responsibility Seriously: Corporate Compliance Systems*, in B. FISSE, P. A. FRENCH, *Corrigible Corporations and Unruly Law*, San Antonio (1985)

J. BRAITHWAITE, *The Limits of Economism in Controlling Harmful*

BIBLIOGRAFIA

- Corporate Conduct*, 16 *Law & Society Review* 481 (1982)
- J. BRAITHWAITE, B. FISSE, *Varieties of Responsibility and Organizational Crime*, 7 *Law and Policy* 315 (1983)
- R. BRICCHETTI, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2006*
- R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al Diritto n°35/2007*
- K. F. BRICKEY, *Corporate criminal accountability: a brief history and an observation*, 60 *Washington University Law Quarterly* 393 (1982-1983)
- K. F. BRICKEY, *Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents*, vol. I, Wilmetts (1984)
- F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°4/1970*
- W. J. BROWN, *The Personality of the Corporation and the State*, 21 *Law Quarterly Review* 365 (1905)
- P. H. BUCY, *Corporate Ethos, A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 *Minnesota Law Review* 1095 (1991)
- P. H. BUCY, *Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horses*, 71 *Washington University Law Quarterly* 329 (1992)
- G. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino (2001)
- E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del convegno, Milano (1979)
- G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines for organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Diritto del commercio internazionale n°2/1998*
- G. CAPPELLO, *I criteri di imputazione oggettiva dei reati di concorso*, in *Diritto e Formazione n°2/2003*
- I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano (1970)
- I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale «propria»*

BIBLIOGRAFIA

delle persone giuridiche, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino (2004)

A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d' evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1987

A. CASTALDO, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza (Seminario ISISC, Siracusa, 21-24 aprile 1988)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988

V. CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli (1939)

L. D. CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°1/2012

L. D. CERQUA, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Diritto e pratica delle società* n°6/2005

A. CERRETI, *Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001: proporzionalità, adeguatezza e flessibilità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°4/2007

C. CERTO, *Forme anomale di responsabilità penale*, Messina (1961)

G. CHIAMETTI, A. GIORGI, *Poteri del commissario giudiziale. Attività di ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°1/2012

C. J. CHRISTIE, R. M. HANNA, *A Push Down The Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement Between The U.S. Attorney for The District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, 43 *American Criminal Law Review* 1043 (2006)

M. B. CLINARD, *Corporate ethics and crime: the role of middle management*, Beverly Hills (1983)

M. B. CLINARD, P. C. YEAGER, *Corporate Crime*, New York (1980)

G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n1/2004

J. C. COFFEE Jr, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, 17

BIBLIOGRAFIA

American Criminal Law Review 419 (1980)

J. C. COFFEE Jr, voce *Corporate Criminal Responsibility*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York (2002), vol. I

J. C. COFFEE Jr, *Deferred Prosecution: Has it gone too far?*, *The National Law Journal*, July 25, 2005

J. C. COFFEE Jr, "No Soul To Damn, No Body To Kick": *An Unscandalised Inquiry Into The Problem Of Corporate Punishment*, 79 *Michigan Law Review* 386 (1981)

L. COLE, *Corporate Criminal Liability in the 21st Century: A New Era?*, 45 *South Texas Law Review* 147 (2003)

E. COLVIN, *Corporate Personality and Criminal Liability*, 6 *Criminal Law Forum* 1 (1995)

J. E. CONKLIN, *Illegal but Not Criminal: Business Crime in America*, Englewood Cliffs (1977)

C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corriere Giuridico* n°1/2008

F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano (2003)

C. CORI, *La colpa di organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di P. SIRACUSANO, Torino (2007)

C. CORSONELLO, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Rivista Penale*, n°3/1927

A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criterio di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°1-2/2005

F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, Relazione al CSM nel corso di formazione del 12 dicembre 2007, in www.csm.it

G. DANNECKER, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2001)

P. DE FELICE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Parte*

BIBLIOGRAFIA

prima. Principi generali e criteri d'imputazione del d.lgs. n. 231/2001, Bari (2001)

G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Diritto Penale e Processo* n°6/2005

P. DE GIOIA CARABELLESE, A. SAVINI, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. Omicidio societario (corporate manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2011

A. DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, Napoli (1930)

C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano (2002)

C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Diritto penale e processo* n°11/2001

G. DE MARZO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°2/2006

G. DE SANTIS, *Regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo" (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°2/2010

G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, p. 5 ss. reperibile su www.dirittopenelecontemporaneo.it

G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°3-4/2004

G. DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°2/2006

G. DE VERO, *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in *Legislazione Penale* n°2/2003

G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*

BIBLIOGRAFIA

n°4/2001

P. DESIO, *An Overview of the Organizational Guidelines*, in www.ussc.gov

A. DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Milano (2003)

P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cassazione penale* n°1/2004

J. DINE, J. GOBERT, W. WILSON, *Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford (2011)

E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3-4/1972

E. DOLCINI, Sub. Art. 6, in AA.VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale. (Legge 24 novembre 1981 n.689)"*, Milano (1982)

M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1989

M. DOUGLAS, *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London (1992)

S. DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'art. 25-septies*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2008

L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, Paris (1912)

T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova (2011)

T. E. EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo* n°10/2008

T. E. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2006

T. E. EPIDENDIO, G. PIFFER, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2008

R. A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket, The Wall Street*

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Journal, November 28, 2006

A. FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano (1981)

A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano (1999)

P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Diritto e giustizia* n°29/2001

G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1987

G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità oggettiva e prevenzione*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Napoli (1989)

G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Il Foro italiano* 1988, V

M. FINDLAY, S. ODGERS, S. YEO, *Australian Criminal Justice*, Melbourne (2005)

A. FIORELLA, G. LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000 n.300 ed al decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino (2004)

B. FISSE, *Consumer Protection and Corporate Criminal Responsibility: A Critique of Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, 4 *Adelaide Law Review* 113 (1971)

B. FISSE, *Corporate Criminal Responsibility*, 15 *Criminal Law Journal* 166 (1991)

B. FISSE, *Howard's Criminal Law*, Sydney (1990)

B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, 56 *Southern California Law Review* 1141 (1983)

B. FISSE, *Responsibility, Prevention and Corporate Crime*, 5 *New Zeland Universities Law Review* 477 (1974)

B. FISSE, *The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model*, 13 *Sydney Law Review* 277

B. FISSE, *The Distinction between Primary and Vicarious*

BIBLIOGRAFIA

Corporate Criminal Liability, 41 *The Australian Law Journal* 203 (1967)

B. FISSE, *The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility*, 6 *Adelaide Law Review* 361 (1978)

B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Melbourne (1993)

B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability*, 11 *Sydney Law Review* 469 (1988)

G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Diritto penale e processo* n°11/2003

L. FORNARI, Sub art. 240, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ, Padova (1999)

S. FORTUNATO, *Le Federal sentencing guidelines ed i Compliance and Ethics Program*, in *Rivista dei dottori commercialisti* n°4/2010

E. FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°1/2007

E. FUSCO, *Riflessioni sulla compliance in U.S.A. e in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°2/2011

M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1956

F. GANDINI, *La responsabilità delle "commercial organizations" nel Regno Unito alla luce del Bribery Act 2010*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°4/2010

F. GANDINI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2008

G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "Modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Milano, (2008)

R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Milano (2005)

A. GASPARINI, *Dall'"indeterminate sentence" alla "sentencing guidelines": una riforma rivoluzionaria negli USA*, in *L'Indice penale*

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

n°1/1994

G. GATTA, *Sub art. 240*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano (1999)

J. GIBEAUT, *Junior G-Men*, 89 *American Bar Association Journal* 46 (June 2003)

P. GILLIES, *Criminal Law*, North Ryde (1997)

F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n°1-2/2004

J. GOBERT, *Corporate criminality: four models of fault*, 14 *Legal Studies* 393, 405 (1994)

J. GOEBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London (2003)

J. GOBERT, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen Years in the Making but was It Worth the Wait?*, 71 *Modern Law Review* 413 (2008)

M. R. GOODE, *Constructing Criminal Law Reform and the Model Criminal Code*, 26 *Criminal Law Journal* 152 (2002)

A. GROSFKAUFMANIS, *Principles of Criminal Liability*, in BNA/ACCA, *Compliance Manual: Prevention of Corporate Liability*, Arlington (1994)

C. F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988

M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, Parte I, in *Studium Iuris* n°3/2002

R. GUERRINI, *Articolo 3. Responsabilità amministrativa della società*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino; (2002)

J. HASNAS, *Ethics and the Problem of White Collar Crime*, 54 *The American University Law Review* 579 (2005)

W. HASSAMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene* n°1/1984

M. HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, in *Récueil de législation de Toulouse*, II, 11 (1906)

R. HEATON, *Criminal Law Textbook*, Oxford (2006)

BIBLIOGRAFIA

- R. HEFENDEHL, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Countries*, 292 *Buffalo Criminal Law Review* 283
- A. HOPKINS, *Crime Without Punishment: the Appin Mine Disaster*, 11 *The Australian Quarterly* 455 (1981)
- P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°2/2008*
- M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Torino (1995)
- V.S. KHANNA, *Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis*, 82 *Washington University Law Quarterly* 95 (2004)
- V.S. KHANNA, *Corporate Liability Standards: When should Corporations be Held Criminally Liable?*, 37 *American Criminal Law Review* 1239 (2000)
- V.S. KHANNA, *Is the Notion of Corporate Fault A Faulty Notion? The Case of Corporate Mens Rea*, 79 *Boston University Law Review* 355 (1999)
- S. W. LAUFER, *Corporate Bodies And Guilty Minds*, 43 *Emory Law Journal* 647, 726 (1994)
- S. W. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago (2006)
- W. S. LAUFER, A. STRUDLER, *Corporate Crime and Making Amends*, 44 *The American University Law Review* 1307 (2007)
- LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, *Criminal liability in Regulatory Contexts. A Consultation Paper, Consultation Paper n°195*, London (2010)
- I. D. LEADER ELLIOTT, *The Commonwealth Criminal Code – A Guide for Practicioners* (March 2002) in www.aq.gov.au.
- S. LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Rivista Penale n°2/1906*
- V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/01: una «truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia n°4/2002*
- A. MANNA, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale*

BIBLIOGRAFIA

n°3/2003

F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1981

G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°1-2/2003

G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1988

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano (2009)

K. MARX, *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, trad. it. a cura di N. BOBBIO, Torino (2004)

W. R. Mc LUCAS, H. M. SHAPIRO, J. J. SONG, *The Decline of The Attorney-Client Privilege in The Corporate Setting*, 96 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 621 (2006)

V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/2008

V. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cassazione penale* n°6/2011

L. L. MORAN, *Corporate Criminal Capacity: Nostalgia for Representation*, 1 *Social & Legal Studies* 371 (1992)

F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, tomo III, Milano (2006)

E. MUJIH, *Reform of the law on corporate killing: a toughening or softening of the law?*, 29 *The Company Lawyer* 77 (2008)

D. E. MURPHY, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, 87 *Iowa Law Review* 697 (2002)

E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Diritto e Giustizia* n°23/2001

V. P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability*

BIBLIOGRAFIA

- *Emergence, Convergence, and Risk*, New York (2011)
- P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova (1969), vol. I
- S. ODGERS, *Principles of Federal Criminal Law*, Pymont (2010)
- R. ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, (1968)
- R. ORESTANO, *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche: Scienza del diritto e Storia*, Bologna (1978)
- L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in 1 *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 45 (2006)
- C. PADOVANI, *Le lesioni colpose*, Rimini (2009)
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano (2002)
- T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legislazione Penale n°3/1988*
- T. PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *L'Indice Penale n°2/1976*
- T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°4/1987*
- T. PADOVANI, *Tutela penale e tutela di funzioni*, in *Cassazione penale n°3/1987*
- A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°2/1988*
- A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°3/1992*
- A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale n°3/1985*
- F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro (Testo dell'intervento svolto, col titolo "Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930", al Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Torino nei giorni 21-23 ottobre 2010 sul tema "Scuola Positiva e Codice Rocco")*, disponibile al

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

sito internet www.dirittopenalecontemporaneo.it.

F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/1992

C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico* n°7/2001

C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o transmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1994

C. E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°4/1996

C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2006

C. E. PALIERO, D. PULITANÒ, *Imprese, una responsabilità "su misura"*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 luglio 2001

G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo – Addebiti amministrativi da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino (2006)

C. PARKER, *Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings*, 67 *Modern Law Review* 209 (2004)

A. M. PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari (2005)

C. PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale: struttura, fondamento, prospettive*, Milano (1978)

C. PATERNITI, *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII (1991)

C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano (1979)

C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/2000

C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (I). Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Diritto penale e processo* n°11/2001

BIBLIOGRAFIA

C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°3/2002

L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, in *Cassazione penale* n°12/2008

F. POCAR, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano (2010)

D. PULITANÒ, *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano (2002)

D. PULITANÒ, *La responsabilità da "reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°2/2002

D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1988

S. RIONDATO, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* n°3/2003

L. RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Diritto Penale e Processo* n°11/2007

P. H. ROBINSON, M. DIRK DUBBER, *An Itroudction to the Model Penal Code*, (1999) in www.law.upenn.edu.

M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Rivista delle Società* n°2-3/2002

M. ROMANO, *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1995

C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°3-4/2004

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"

di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

- G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione dei soggetti del diritto penale*, Torino (2004)
- A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano (1993)
- C. SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi. Profili sostanziali*, in A. CIANCI, A. PERINI, C. SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, vol. II, Torino (2008)
- I. A. SAVINI, M. CALLERI, *Federal Sentencing Guidelines americane e giurisprudenza italiana: i recenti orientamenti a confronto*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* n°3/2010
- W. SETLER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg (1967)
- A. P. SIMESTER, J. R. SPENCER, G. R. SULLIVAN, G. J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford (2010)
- F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* n°2-3/1998
- F. STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°4/1999
- K. STITH, *Fear of Judging: sentencing guidelines in the federal courts*, Chicago, (1998)
- L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in *L'Indice penale* n°1/2006
- G. R. SULLIVAN, *Reforming the Bribery (LCCP 185): Bribery outside England and Wales; Corporate Liability; Defences; Consent to Prosecution*, 9 *The Criminal Law Review* 687 (2008)
- E. H. SUTHERLAND, *White collar crimes: the uncut version*, New Heaven (1983); trad. it. *Il crimine dei colletti bianchi, la versione integrale*, (a cura di) G. FORTI, Milano (1984)
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova (2010)
- K. TIEDEMANN, *Subventions: Kriminalität in der Bundesrepublik*, Reinbek bei Hamburg (1974)
- K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n°3/1995

BIBLIOGRAFIA

- K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Reinbek bei Hamburg (1976)
- R. TOMASIC. S. BOTTOMLEY, R. Mc QUEEN, *Corporations Law in Australia*, Leichhardt (2002)
- A. TRESOLDI, E. LUNGARO, *Il self reporting nel Bribery Act del sistema britannico e la collaborazione dell'ente nel processo penale ex d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°3/2011*
- A. TRESOLDI, E. LUNGARO, *L'entrata in vigore del UK Bribery Act. Un confronto fra le Guidelines inglesi e le Linee Guida di Confindustria per l'attuazione del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2011*
- L. TROYER, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti n°4/2004*
- G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale n°4/1967*
- F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano (2009)
- F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di una autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Diritto penale e processo n°7/2004*
- L. VILLARI, *Il capitalismo italiano nel Novecento*, Bari (1993)
- L. VITALI, C. BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti n°4/2007*
- F. K. VON SAVIGNY, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna (1980)
- D. K. WEBB, F. MOLO, *Some practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of Sentencing Guidelines*, 71 *Washington University Law Quarterly* 376, 378 (1993)
- C. WELLS, *A quiet revolution in corporate liability for crimes*, 145 *New Law Journal* 1327 (September 15)
- C. WELLS, *Bribery: Corporate Liability under the Draft Bill 2009*, 9 *The Criminal Law Review* 479 (2009)
- C. WELLS, *Corporate Manslaughter: A Cultural and Legal Form*, 6 *Criminal Law Forum* 45 (1995)

BIBLIOGRAFIA

- C. WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford (2001)
- A. WEISSMANN, R. ZEIGLER, L. Mc LOUGHLIN, J. Mc FADDEN, *Reforming Corporate Criminal Liability to Promote Responsible Corporate Behavior*, US Chamber Institute for Legal Reform, (2008) in www.instituteforlegalreform.org
- T. WOOLF, *The Criminal Code Act 1995 (Cht) – Towards a Realist Vision of Corporate Criminal Liability*, 21 *Criminal Law Journal* 257 (1997)
- R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano (2008)
- D. M. ZORNO, K. D. KRAKAUR, *On the Brink of a Brave New World: The Death of Privilege in Corporate Criminal Investigations*, 37 *American Criminal Law Review* 147 (2000)

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

GIURISPRUDENZA

Australia

Alford v. Riley Newman Ltd (1934) 34 SR (NSW) 261

Australian Competition and Consumer Commission v. Z-Tec Computer Pty Ltd (1997) ATPR 44

Australian Stevedoring Industry Authority v. Overseas & General Stevedoring Co Pty Ltd (1959) 1 FLR 298 (FCA)

Beach Petroleum NL v. Johnson (1993) 115 ALR 411

Brown v. Riverstone Meat Co. Pty Ltd (1985) 60 ALR 595

Christie v. Foster Brewing Co. Ltd. (1982) 18 VLR 292;

Collins v. State Rail Authority of New South Wales (1986) 5 NSWLR 209

Dempster v. NCSC (1993) 11 ACLC 576

Entwells Pty Ltd v. National and General Insurance Co Ltd (1990-1991) 5 ACSR 424

Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police (1969) 1 QB 439

Hamilton v. Whitehead (1988) 166 CLR 121

Holpitt Pty Ltd v. Swaab (1992) 10 ACLC 64

Majury v. Sunbeam Corp Ltd (1974) 1 NSWLR 659

Morgan v. Babcock & Wilcox Ltd. (1929) 43 CLR 163

Presidential Security Services of Australia Pty Ltd v. Clinton Joseph Brilley (2008) NSWCA 204

R. v. Australasian Films Ltd (1921) 29 CLR 195

R. v. Police Magistrate (Brisbane); Ex parte Knott (1924) St R Qd 223 (FC)

Shenker & Co. (Aust.) Pty Ltd v. Sheen (1983) 48 ALR 693

GIURISPRUDENZA

Thabo Meli v. R. (1956) 1 All ER 373

Trade Practice Commission v. Tubermakers of Australia Ltd (1983)
40 ATPR 358

Universal Telecasters (Qld) Ltd v. Guthrie (1978) 18 ALR 531

Woolworths Ltd v. Luff (1988) 77 ACTR 1

Corte di Giustizia Europea

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, sent. 12 luglio 2012, causa C-79/11

CEDU

Deweer c. Belgio, sent. 27 febbraio 1980

Engels ed altri c. Paesi Bassi, sent. 8 giugno 1976

Lutz c. Germania, sent. 25 agosto 1987

Ozturk c. Germania, sent. 21 febbraio.1984

Welch c. Regno Unito, sent. 9 febbraio 1995.

Inghilterra

DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd (1944) 1 KB 146

Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Securities Commission (1995) 2 AC 500

Moore v. Bresler (1944) 2 All ER 515

Mousell Brothers Ltd. v. London and North Western Rly (1917) 2 KB 836

R. v. Adomako (1995) 1 AC 171

GIURISPRUDENZA

R. v. Birmingham and Gloucester Ryl Co (1842) 3 QB 223
R. v. Cory Bros Ltd (1927) 1 KB 810
R. v. G. (2008) UKHL 37
R. v. Great North of England Ryl Co (1846) 9 QB 315
R. v. H. M. Coroner for East Kent (1989) 88 Cr. App. R 10
R. v. IRC Haulage Ltd (1944) 1 KB 551
R. v. Peter Kite (1996) 2 Cr App R 295
Seaboard of Offshore Ltd v. Secretary of State for Transport (1994)
 2 All ER 99
Stephens (1866) LR 1 QB 702
Sweer v. Parsley (1970) AC 132
Tesco Stores Ltd v. Brent London Borough Council (1993) 2 All ER
 718
Tesco Supermarkets v. Natrass (1972) AC 153.

Italia

Cass. Civ., Sez. I, sent. 30 maggio 1988, n°3679
Cass. Civ., Sez. I, sent. 2 ottobre 1989, n°3961
Cass. Civ., Sez. I, sent. 4 febbraio 1998, n°1105
Cass. Civ., Sez. I, sent. 30 agosto 1999, n°9115
Cass. Civ., Sez. III, sent. 18 luglio 2000, n°9445
Cass. Civ., Sez. III, sent. 20 febbraio 2001, n°2467
Cass. Civ., Sez. III, sent. 19 gennaio 2007, n°1183
Cass. Civ., Sez. V, sent. 25 maggio 2001, n°7143
Cass. Pen., Sez. II, sent. 20 dicembre 2005, n°3615
Cass. Pen., Sez. II, sent. 4 febbraio 2011, n°20046
Cass. Pen., Sez. II, sent. 27 giugno 2012, n°39840
Cass. Pen., Sez. II, sent. 20 settembre 2012, n°35999
Cass. Pen., Sez. III, sent. 4 luglio 2012, n°33371
Cass. Pen., Sez. III, sent. 29 agosto 2012, n°33371

GIURISPRUDENZA

Cass. Pen., Sez. IV, sent. 23 febbraio 2009, n°7267
Cass. Pen., Sez. IV, sent. 9 aprile 2009, n°15262
Cass. Pen., Sez. IV, sent. 1 febbraio 2012, n°10702
Cass. Pen., Sez. IV, sent. 6 marzo 2012, n°17221
Cass. Pen., Sez. V, sent. 3 luglio 2002, n°32797
Cass. Pen., Sez. V, sent. 16 gennaio 2004, n°15445
Cass. Pen., Sez. V, sent. 13 gennaio 2009, n°7718
Cass. Pen., Sez. V, sent. 15 ottobre 2012, n°40380
Cass. Pen., Sez. VI, sent. 23 giugno 2006, n°32627
Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n°36083
Cass. Pen., Sez. VI, sent. 25 gennaio 2010, n°20560
Cass. Pen., Sez. VI, sent. 28 settembre 2011, n°43108
Cass. Pen., Sez. VI, sent. 31 maggio 2012, n°34505
Cass. Pen., Sez. Un., sent. 25 ottobre 2005, n°41936
Cass. Pen., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008, n°26654
Corte cost., sent. 25 maggio 1961, n°29
Corte cost., sent. 22 maggio 1963, n°68
Corte cost., sent. 11 febbraio 1970, n°19
Corte cost., sent. 8 marzo 1984, n°68
Corte cost. sent. 31 ottobre 1986, n°226
Corte cost., ord. 11 novembre 1987, n°420
Corte cost., ord. 11 novembre 1987, n°421
Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n°364
Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n°1085
Corte cost., sent. 24 luglio 2007, n°322
Corte d'Assise Torino, Sez. II, sent. 15 aprile 2011
T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, sent. 6 ottobre 2009, n°2364.
Trib. Civ. Milano, Sez. VIII, sent. 13 febbraio 2008
Trib. Pen. Milano, Sez. I, sent. 18 dicembre 2008
Trib. Pen. Milano, Sez. X, ord. 3 marzo 2005
Trib. Pen. Milano, Sez. XI (Riesame), ord. 14 dicembre 2004
Trib. Pen. Milano, Sez. XI (Riesame), ord. 28 aprile 2008

GIURISPRUDENZA

Trib. Pen. Pinerolo, sent. 23 settembre 2010
Trib. Pen. Trani, Sez. distaccata Molfetta, sent. 26 ottobre 2009
Ufficio GIP Milano, ord. 27 aprile 2004
Ufficio GIP Milano, ord. 20 settembre 2004
Ufficio GIP Milano, sent. 23 aprile 2009
Ufficio GIP Milano, ord. 27 aprile 2009
Ufficio GIP Milano, sent. 3 gennaio 2011
Ufficio GIP Novara, sent. 1 ottobre 2010
Ufficio GIP Roma, sent. 7 febbraio 2012

Stati Uniti d'America

Commonwealth v. Proprietors od New Bedford Bridge, 68 Mass. 339 (1854)
Continental Baking Company v. United States, 281 F.2d 137 (6th Cir. 1960)
New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909)
Old Monastery Co. v. United States, 147 F.2d 905, 908 (4th Cir. 1945)
People v. Corporation of Albany, 11 Wend. 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834)
People v. Canadian Fur Trappers' Corp., 161 N.E. 455 (N.Y. Sup. Ct. 1928)
Riss & Co. v. United States, 262 F.2d 245 (8th Cir. 1958)
Sarna v. American Bosch Magneto Corp., 290 Mass. 340 (1935)
Steere Tank Lines v. United States, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963)
Standard Oil of Texas v. United States, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962)
State v. Morris & Essex Railroad, 135 F.2d 711 (2nd Cir.1852)
United States v. A&P Trucking Co., 358 US 121, 126 (1958)
United States v. Automated Medical Laboratories, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985)

GIURISPRUDENZA

- United States v. Bank of New England*, 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987)
- United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (5th Cir. 1983)
- United States v. Beush*, 569 F.2d 871 (9th Cir. 1979)
- United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)
- United States v. Cincotta*, 658 F.2d 238 (1st Cir. 1982)
- United States v. Dye Construction Co.*, 510 F.2d 78 (10th Cir. 1975)
- United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Cir. 1949)
- United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1972)
- United States v. Ionia Mgmt. SA*, 55 F.3d 303 (2nd Cir. 2009)
- United States v. Koppers Co.*, 652 F.2d 290, 297 (2nd Cir. 1981)
- United States v. Milton Marks Corp.*, 240 F.2d 838 (3rd Cir. 1957)
- United States v. Potter*, 463 F.3d 9 (1st Cir. 2006)
- United States v. T.I.M.E. – D.C.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va. 1974)
- United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656 (2nd Cir. 1989)

GIURISPRUDENZA

RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS

Non tutte le persone che hanno visto iniziare questo lavoro hanno assistito al suo completamento. A chi c'è stato (e a chi avrebbe voluto esserci) va il mio affetto e il più sincero dei "grazie". Innanzitutto a Francesca Bevilacqua per la disponibilità, l'infinita pazienza nel seguire la stesura dei capitoli e l'apporto di spunti di riflessione sempre nuovi affinché il lavoro diventasse sempre più "mio".

To Greame Coss for his lessons at the University of Sydney and for his efforts to make me understand what happens in the Courts down under.

A Perla Sciretti per la fiducia riposta e perché so che – come di consueto – vorrà festeggiare questo traguardo per venti minuti, alla conclusione dei quali avrà già pensato ad almeno dieci nuovi progetti nei quali tuffarci.

Alla mia famiglia per l'affetto e il sostegno, che non sono mai mancati.

A Enrico Basile per la sincera amicizia che ci lega e per le chiacchierate sulle sue idee giuridico-rivoluzionarie.

RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS

A Harry, al quale le distanze Milano – Dublino – Sydney non impediscono di essere amico e soccorritore ogni volta.

To all the Sydney's mates for the time we spent together: the best ever.

RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS

Tesi di dottorato "La colpevolezza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231"
di SANSON ANTONIO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.