



Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti

a cura di

ANTONIO FIORELLA - ROBERTO BORGOGNO - ANNA SALVINA VALENZANO



Jovene editore
Napoli 2015

PROSPETTIVE DI RIFORMA
DEL SISTEMA ITALIANO DELLA RESPONSABILITÀ
DELL'ENTE DA REATO ANCHE ALLA LUCE
DELLA COMPARAZIONE TRA ORDINAMENTI

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA «LA SAPIENZA»

1. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, 2006.
2. FABIO VECCHI, *Gli accordi tra potestà civili ed autorità episcopali*, 2006.
3. ANDREA LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, 2007.
4. BEATRICE SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, 2007.
5. GIANLUCA BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, 2007.
6. LUIGI COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, 2007.
7. G. CASSANDRO - A. LEONI - F. VECCHI (a cura di), *Arturo Carlo Jemolo. Vita ed opere di un italiano illustre. Un Professore dell'Università di Roma*, 2007.
8. ROBERTA CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, 2007.
9. LAURA RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, 2007.
10. VINCENZO CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, 2007.
11. FABIO FRANCESCHI, *La condizione degli enti ecclesiastici in Italia nelle vicende politico-giuridiche del XIX secolo*, 2007.
12. SILVIA SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, 2007.
13. VINCENZO MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*. Prefazione di Augusto Cerri, 2008.
14. PAOLA COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, 2008.
15. MAURA GARCEA, *I gruppi di società di persone*, 2008.
16. FRANCO MODUGNO - PAOLO CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato-Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2008.
17. MARCO GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, 2008.
18. GIUSEPPE CRICENTI, *I diritti sul corpo*, 2008.
19. DONATELLA BOCCHESI, *L'ipoteca sulla nave in costruzione*, 2008.
20. ELEONORA RINALDI, *Legge ed autonomia locale*, 2008.
21. LUCIA GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, 2008.

22. GIANLUCA CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, 2008.
23. ROMOLO DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, 2008.
24. ELENA TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, 2008.
25. ALESSANDRO ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, 2008.
26. FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, 2008.
27. VALERIO MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, 2008.
28. LUIGI PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, 2008.
29. MASSIMILIANO PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, 2008.
30. FRANCO MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, 2008.
31. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico - Nuevos enfoques de la responsabilidad y del seguro en el derecho aeronáutico*, 2009.
32. ANDREA BARTOCCI, *Ereditare in povertà. Le successioni a favore dei Frati Minori e la scienza giuridica nell'età avignonese (1309-1376)*, 2009.
33. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, 2009.
34. DANIELE PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, 2009.
35. ROBERTA PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, 2009.
36. BERARDINO LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore*, 2009.
37. ALESSANDRA MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, 2009.
38. EMILIANO MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, 2009.
39. AA.VV., *Studi in memoria di Gian Antonio Micheli*, 2010.
40. INES CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, 2010.
41. DOMENICO MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010.
42. ALESSANDRO ODDI, *Il «giusto processo» dinanzi alla Corte dei conti*, 2010.
43. NICOLA VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, 2010.
44. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, 2010.

45. MARIA CHIARA GERMANI, *La tutela penale delle dichiarazioni «testimoniali» rese nel corso di un procedimento penale*, 2010.
46. ROBERTA APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, 2010.
47. LINDA CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata». Profili interni, comunitari e internazionali*, 2010.
48. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Scritti scelti*, 2010.
49. SILVIA SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, 2011.
50. IRENE SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, 2011.
51. BARBARA MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, 2011.
52. ROMOLO DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, 2011.
53. APAC (a cura di), *Prospettive per un governo dell'aviazione civile in Italia. Quale veste giuridica per l'ENAC* (Roma, 26 maggio 2010), 2011.
54. ERNESTO APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, 2011.
55. SIRO DE FLAMMINEIS, *Forme e specie della partecipazione nel medesimo reato*, 2011.
56. ANDREA MIGLIONICO, *La tutela del risparmio fra intervento pubblico e gestione privata*, 2011.
57. MARIA TERESA NAPOLI, *La Regia Monarchia di Sicilia. «Ponere falcem in alienam messem»*, 2012.
58. NICOLA MADÍA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, 2012.
59. AA.VV., *Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi*, 2012.
60. AA.VV., *Il lavoro nei call center: profili giuridici*, 2012.
61. DANIELA DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di «querela inofficiosi testamenti». I. Le origini*, 2012.
62. ERSI BOZHEKU, *L'infanticidio. Spunti e rilievi di parte generale*, 2012.
63. GIOVANNI BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, 2012.
64. PASQUALINA FARINA, *L'aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, 2012.
65. ROBERTA CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, 2012.
66. PAOLA COCO, *La tutela della personalità individuale nel nuovo sistema 'antistalking'*, 2012.
67. FULVIO COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, 2012.
68. FRANCESCO COMPAGNA, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, 2012.
69. MARIA CHIARA ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, 2012.
70. MARCO PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, 2012.
71. FRANCO VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, 2012.
72. FRANCO VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. II. L'organizzazione giuridica*, 2012.

73. LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, 2012.
74. ANGELO SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, 2012.
75. MARIA GRAZIA DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, 2012.
76. ANTONIO FIORELLA - ALFONSO MARIA STILE (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, 2012.
77. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI - GIOVANNI FINAZZI (a cura di), *Ricordo di Mario Talamanca*, 2012.
78. LAURA ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, 2013.
79. LAURA MOSCATI (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, 2013.
80. ELISA OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, 2013.
81. GUIDO ALPA - ALESSANDRO SCHIESARO (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia. Un dialogo tra Accademia Magistratura e Avvocatura*, 2013.
82. ANGELO CASTALDO - FRANCESCA CERNUTO, *Essential Facility Doctrine: tra evoluzione e nuovi orizzonti. Alla ricerca di un test sistematico*, 2013.
83. MARIA CHIARA ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, 2013.
84. LUCA DI DONNA, *Gentlemen's agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, 2013.
85. ALFONSO MARIA STILE - VINCENZO MONGILLO - GIOVANNI STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, 2013.
86. GIOVANNI MARCHIAFAVA, *La natura giuridica dei Protecting & Indemnity Clubs inglesi*, 2013.
87. ELENA TASSI SCANDONE, *Quodammodo divini iuris. Per una storia giuridica delle res sanctae*, 2013.
88. GABRIELLA TOTA, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, 2014.
89. MARIO CARAVALE e FRANCESCA LAURA SIGISMONDI (a cura di), *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, 2014.
90. LUIGI PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, 2014.
91. RACHELE HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, 2014.
92. ALFONSO M. STILE - ANTONIO FIORELLA - VINCENZO MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, 2014.
93. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, 2015.
94. DONATELLA BOCCHESI, *I diritti aeroportuali. Dalle origini ai nostri giorni*, 2015.
95. ORAZIO LICANDRO, *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d.C.)*, 2015.
96. ANTONIO FIORELLA - ANNA SALVINA VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, 2015.
97. ANTONIO FIORELLA - ROBERTO BORGOGNO - ANNA SALVINA VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, 2015.

PROSPETTIVE DI RIFORMA
DEL SISTEMA ITALIANO DELLA RESPONSABILITÀ
DELL'ENTE DA REATO ANCHE ALLA LUCE
DELLA COMPARAZIONE TRA ORDINAMENTI

a cura di

ANTONIO FIORELLA - ROBERTO BORGOGNO - ANNA SALVINA VALENZANO



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2015

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2015

ISBN 978-88-243-0000-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

SEZIONE PRIMA

STATO DELLA NORMATIVA E PROBLEMI RELATIVI ALLA INTEGRAZIONE DEI SISTEMI

- A. FIORELLA, *Relazione generale sullo stato della normativa negli Stati membri dell'U.E.* p. 3
- A. SERENI, *Il problema della responsabilità degli enti nel diritto penale internazionale* » 19

SEZIONE SECONDA

SVILUPPI E DISCRASIE DEL SISTEMA ITALIANO DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI DA REATO ANCHE ALLA LUCE DELLE SOLUZIONI TRATTE DA ORDINAMENTI STRANIERI

- R. BORGOGNO, *I recenti sviluppi giurisprudenziali sulla responsabilità da reato degli enti* » 57
- M. GAMBARDELLA, *L'efficacia nel tempo della disciplina in materia di responsabilità dell'ente da reato* » 97
- P. COCO, *Problemi attuali del sistema dei modelli organizzativi* » 117
- M.T. TRAPASSO, *Il sistema della vigilanza sui modelli organizzativi* » 143
- A.S. VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena* » 161
- E. VILLANI, *Responsabilità 'penale' dell'ente e colpevolezza d'organizzazione nelle prospettive di riforma dell'ordinamento tedesco* » 185

V. MONGILLO, <i>Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi</i>	p. 195
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------

SEZIONE TERZA

PROSPETTIVE DI RIFORMA
DELLA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ
DEGLI ENTI DA REATO

A. MANNA, <i>Controversie interpretative e prospettiva di riforma circa la responsabilità da reato degli enti</i>	» 239
M. MASUCCI, <i>Il d.lgs. 231/2001: tesi brevi sulla "tecnica" della riforma</i> »	265
P. SEVERINO, <i>Il d.lgs. n. 231/2001 e la certezza del diritto</i>	» 269
N. SELVAGGI, <i>In tema di 'riforma' della responsabilità da reato dell'ente: brevi note tra Europa e Italia</i>	» 275

SEZIONE PRIMA

STATO DELLA NORMATIVA
E PROBLEMI RELATIVI ALLA INTEGRAZIONE
DEI SISTEMI

ANTONIO FIORELLA*

RELAZIONE GENERALE
SULLO STATO DELLA NORMATIVA
NEGLI STATI MEMBRI DELL'U.E.

SOMMARIO: 1. La disciplina della responsabilità dell'ente da reato nei Paesi membri dell'Unione Europea. – 2. L'impatto applicativo della disciplina. – 3. I più recenti sviluppi normativi in Europa. – 4. Un modello per il ravvicinamento e l'armonizzazione nel contesto europeo. – 5. I criteri d'imputazione della responsabilità da reato all'ente collettivo. – 6. Gli elementi che segnalano la 'derivazione' del reato dalla 'colpevole' 'lacuna organizzativa'. La 'appartenenza' del fatto al soggetto e la sua 'dominabilità'. – 7. Conclusioni.

1. *La disciplina della responsabilità dell'ente da reato nei Paesi membri dell'Unione Europea*

Ad ognuno è ormai chiaro che anche nei Paesi dell'Unione Europea l'allarme sociale per gli illeciti dell'ente, che dipendono dai reati commessi dai suoi esponenti, ha condotto a possenti e protratti stimoli della comunità internazionale, alle reiterate sollecitazioni del Consiglio d'Europa, e ai precisi obblighi derivanti da strumenti normativi dell'Unione Europea¹. Ha portato quindi ad esprimere forti esigenze repressive e a prevedere la disciplina

* Professore Ordinario di diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma.

¹ In questa prospettiva, si v. M. ENGELHART, *Unternehmensstrafbarkeit im europäischen und internationalen Recht*, in *Eurcrim*, 3/2012, 110 ss.; N. SELVAGGI, *Ex Crime Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, 46 e ss.; A.S. VALENZANO, *Responsabilità degli enti e criminalità transnazionale anche nella prospettiva dei rapporti tra l'Unione Europea e le Nazioni Unite*, con Introduzione di A. FIORELLA, in AA.VV., *Rapporti tra Unione Europea e organizzazioni internazionali*, a cura di E. Pfössl, Roma, 2009, 214 ss.

penale (para-penale o amministrativa dell'ente, secondo le diverse possibili qualificazioni e strutture); ciò anche in Paesi (tra i quali l'Italia) che sono stati in passato assolutamente refrattari, per lunga tradizione, a questa forma di responsabilità.

La novità della disciplina ha portato con sé problemi rilevanti di impianto, comprensione e adattamento, con crescenti istanze di analisi comparatistica, ravvicinamento delle legislazioni e loro armonizzazione nei Paesi dell'Unione.

Come noto, di tali istanze si è preso carico un nostro Gruppo di ricerca internazionale² composto di Unità scientifiche Universitarie con due sedi italiane, una a Roma Tre, quale sede amministrativa della ricerca (con me quale responsabile di progetto), una della Sapienza (con il prof. Stile quale responsabile), una francese (responsabile il prof. Manacorda e la prof.ssa G. Giudicelli-Delage), espressione della Sorbonne di Parigi, l'altra, spagnola, espressione dell'Università di Castilla La Mancha (sotto la responsabilità del prof. Arroyo Zapatero e del prof. A. Nieto Martín).

Abbiamo seguito nei tre anni della ricerca un impegnativo percorso, con convegni, seminari e colloqui in Italia, in Francia e in Spagna: e per l'esattezza presso la Sapienza nel 2010, presso la Sorbonne nel 2011, presso l'Università di Castilla La Mancha nel 2012 e Roma Tre nel luglio sempre del 2012³. Lo scopo della nostra ricerca è consistito, dunque, nel contribuire ad una compiuta comparazione in Europa e allo sviluppo delle basi per un'armonizzazione della disciplina della responsabilità dell'ente da reato nei Paesi dell'Unione⁴.

² Si fa riferimento al triennale progetto di ricerca, finanziato dalla Commissione europea, dal titolo «*Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*» (JLS/2008/JPEN/009).

³ I risultati scientifici dei convegni sono stati pubblicati in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, edited by A. Fiorella, A.M. Stile, Napoli, 2012; AA.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, sous la direction de G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda, Société de législation comparée, Paris, 2013.

⁴ Gli esiti delle ricerche del Gruppo sono pubblicati in due volumi: AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability 'ex Crimine' of Legal*

a) Nello schizzare qui un rapido quadro panoramico della disciplina, si può senz'altro dire che i sistemi della responsabilità dell'ente in Europa sono molto diversi già nella 'collocazione' della disciplina: talora è inserita nel *codice penale* (es. Francia, Belgio, Spagna, Finlandia, ecc.), altre volte è variamente sistemata nella *legislazione, anche complementare* (v. Regno Unito, Grecia), in casi ulteriori è previsto (come in Italia e in Austria) un *corpo normativo autonomo*, che ospita anche la disciplina processuale.

b) La responsabilità dell'ente ha *natura* diversa: nascendo per lo più come civilistica, oggi in alcuni casi è prevista quale responsabilità amministrativa; ma nell'Unione solo 7 Paesi la prevedono come tale (tra i quali Germania, Svezia, Bulgaria e Grecia); dunque nella larga maggioranza dei Paesi dell'Unione la responsabilità è ormai schiettamente penale (es. Francia, Spagna, Regno Unito, Belgio, Olanda, Danimarca, Finlandia, Estonia, Polonia, Repubblica Ceca).

In qualche Paese la natura della responsabilità rimane almeno parzialmente discussa: basti pensare all'Italia in cui non manca chi continua a ritenerla di natura genuinamente amministrativa, ancorché i più siano ormai convinti del contrario, vale a dire che si tratti di responsabilità penale o a questa assimilabile.

c) Quanto al *sistema sanzionatorio*, nei diversi Paesi sono previste talora soltanto sanzioni pecuniarie; spesso sono previste anche sanzioni interdittive; *normalmente* le sole sanzioni pecuniarie sono proprie dei paesi che prevedono la natura amministrativa della responsabilità dell'ente; l'estensione, più o meno ampia, alle sanzioni interdittive è invece caratteristica dei Paesi che ne ammettono la natura propriamente penale. *Il più completo dei sistemi sanzionatori mi sembra possa senz'altro considerarsi il sistema italiano.*

Entities in Member States, vol. I, edited by A. Fiorella, Naples, 2012; nonché AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, edited by A. Fiorella, Naples, 2012; il secondo dei quali, in particolare, contiene delle *Guidelines* per una proposta di armonizzazione della disciplina della responsabilità dell'ente da reato negli Stati membri dell'U.E.

d) La responsabilità è per lo più ‘cumulativa’, vale a dire dell’ente più quella della persona fisica; ma non mancano eccezioni, almeno sulla base di alcuni presupposti di disciplina che conducono talora ad escludere la responsabilità della persona fisica (ad esempio in Belgio) o a presupporre, almeno in alcune fattispecie, che la persona fisica non sia punibile (ad esempio in Svizzera).

e) Quanto alla *struttura dell’illecito*, essa è notevolmente diversa da Paese a Paese: alcuni si limitano a enunciare che la responsabilità (per un novero più o meno ampio di reati) si estende anche all’ente rimettendo poi completamente all’interprete e al giudice l’adattamento della normativa (è questo il caso ad esempio della Romania).

Alcuni Paesi sembrano non essersi ancora distaccati dalla ‘matrice’ essenzialmente civilistica e ‘oggettivizzante’ della responsabilità; altri la definiscono facendo riferimento al *vertice* dell’organizzazione, immaginando che l’ente subisca, per così dire, la responsabilità degli organi o dei suoi rappresentanti (facendo riferimento al noto criterio della *immedesimazione organica*); oppure immaginando che l’ente risponda anche per il comportamento dei *dipendenti* secondo lo schema, anch’esso noto, della c.d. *responsabilità vicariale*.

Ma per lo più si delinea un sensibile movimento, almeno in fase applicativa, che muove verso una definizione ‘soggettivizzata’ della struttura dell’illecito⁵, *si da promuovere definitivamente la ricerca scientifica di una ‘colpevolezza dell’ente’*⁶, *che presto vedremo come possa maturare in un modello comune per i Paesi dell’Unione*.

⁵ Si v., emblematiche, le recenti riforme in Inghilterra del *Bribery Act* del 2010 e del *Manslaughter Act* del 2007.

⁶ Per lo sviluppo della ricerca scientifica sul tema, si v. A. FIORELLA, *From ‘Macro-Anthropos’ to ‘Multi-Person Organisation’. Logic and Structure of Compliance Programs in the Corporate Criminal Liability*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, cit., 373 ss.

2. *L'impatto applicativo della disciplina*

L'impatto della disciplina è parso rilevante in un numero cospicuo di Paesi (*come l'Italia, la Germania, la Spagna e molti altri potrebbero essere ricordati*) già sul primo piano, che a mio avviso è il più importante, e che è quello *dell'avviamento degli enti al rispetto della legalità. La previsione della loro responsabilità ha sollecitato la messa in opera di modelli di organizzazione (compliance programs) diretti a prevenire possibili reati.*

Il che vuol dire che l'obiettivo della deterrenza promosso dall'introduzione della disciplina della responsabilità da reato è stato correttamente 'mirato', anche se importanti miglioramenti sono possibili e necessari.

Quanto *all'impatto giudiziario*, in termini di procedimenti attivati e di condanne inflitte, il panorama è molto vario.

Le sanzioni per l'illecito dell'ente da reato sono state ampiamente applicate in Paesi come la Danimarca, la Finlandia e l'Estonia (lo stesso vale per la Germania, naturalmente tenendo conto che il suo sistema si impianta sull'illecito amministrativo).

L'applicazione della normativa risulta soddisfacente nel Regno Unito (anche per la sua risalente tradizione in materia), in Italia, Francia e Belgio; mentre è in via di miglioramento in Slovenia e Ungheria; incerta in Paesi come la Polonia.

Il riscontro effettivo della disciplina in materia viene considerato non adeguato in Paesi come il Portogallo, la Svezia, l'Ungheria, l'Austria, la Romania e la Lituania.

Ancora non è potuto decollare l'impatto della normativa in Paesi che solo molto di recente l'hanno introdotta; come accade per la Repubblica Ceca e la Slovacchia.

Tuttavia, l'impatto della responsabilità dell'ente, sia pur non omogeneo e in alcuni Paesi Membri ancora mancante o insufficiente, appare senz'altro *notevole se venga valutato nell'insieme degli Stati dell'Unione; e ciò sia sul piano dell'applicazione giudiziaria, sia sul piano – che ho già detto essere a mio avviso il più importante – della motivazione degli enti a munirsi di modelli organizzativi che prevengano reati, con evidenti vantaggi per il rispetto della legalità.*

3. *I più recenti sviluppi normativi in Europa*

Quanto alle ultime evoluzioni in Europa, meritevole di attenzione appare un recente progetto di riforma delle disposizioni contenute nel codice penale relative alla responsabilità penale degli enti in Spagna⁷. Anche in Germania, apparentemente così salda nell'ancorarsi al principio "*societas delinquere non potest*", si inizia a percepire un processo di evoluzione, dovuto alla posizione di sostanziale isolamento nei confronti degli altri Paesi europei nella specifica materia. Ciò è provato dalla circostanza che un *Land* ha presentato un disegno di legge al Consiglio federale dei Ministri della Giustizia (*Justizministerkonferenz der Länder*), che risulta allo stato in attesa di essere presentato al *Bundesrat*; disegno che prevede l'introduzione della responsabilità penale dell'ente⁸.

4. *Un modello per il ravvicinamento e l'armonizzazione nel contesto europeo*

Con riferimento alle prospettive di riforma più in generale considerate, è superfluo ricordare che nessuno, che si ponga nella prospettiva del ravvicinamento o dell'armonizzazione, possa ignorare la complessità dei profili che debbono ponderarsi con le molteplici difficoltà da superare per le attuali e, purtroppo, persistenti divergenze delle legislazioni penali in Europa.

⁷ Si tratta del *Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Código Penal* [Congreso de Los Diputados, Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000065), en BOCG, Serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013], reperibile in internet al <http://www.congreso.es>, per un'analisi dei cui contenuti si rinvia a A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E. sulla responsabilità dell'ente da reato*, in AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, a cura di A. Fiorella, A.S. Valenzano, Napoli, 2015, 13 ss.

⁸ Per l'approfondimento dei contenuti del *Verbandsstrafgesetzbuch*, si v. A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E. sulla responsabilità dell'ente da reato*, cit., 27 ss.; E. VILLANI, *Responsabilità 'penale' dell'ente e colpevolezza d'organizzazione nelle prospettive di riforma dell'ordinamento tedesco*, in questo volume, 183 ss.

In un sintetico approccio alle possibili linee-guida di un ‘modello condiviso’ in Europa della disciplina della responsabilità dell’ente da reato, *va da sé che lo scopo ultimo sia quello di una piena cooperazione d’ordine sostanziale e processuale tra i Paesi Membri*. A dette *Guidelines*, perciò, il citato nostro gruppo di studio non poteva non dedicare un’attenzione significativa. La premessa dell’intero nostro modello, in sintonia con i principi che reggono la cooperazione dell’Unione, sta naturalmente nel mutuo riconoscimento dei sistemi giuridici nazionali, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dell’ente⁹.

Quanto ai cardini della comparazione della concreta disciplina della responsabilità dell’ente nei diversi Paesi e delle possibili indicazioni da trarne, *valgono alcune considerazioni*:

a) quanto al presupposto della *personalità giuridica* dell’ente, non sembra che *essa possa costituire il criterio unico o prevalente della responsabilità*, apparendo opportuno prevedere una disciplina che estenda l’area dei responsabili anche a enti che ne siano privi;

b) per i *reati-presupposto*, per i quali cioè sia prevista la responsabilità dell’ente, la scelta può essere nel senso di indicare il ‘minimo’ che risulta dalle scelte già fatte dall’Unione in altri fondamentali strumenti normativi (vedi, tra tutti, la decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo¹⁰). Naturalmente

⁹ Su possibilità e limiti della cooperazione tra gli Stati membri dell’U.E., cfr. A. NIETO MARTÍN, *Criminal Liability of Legal Entities: Opportunities and Challenges for Judicial Cooperation*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, cit., 341 ss.; J. TRICOT, *L’acquis «indirect» européen en matière de responsabilité pénale des personnes morales. L’apport des instruments de coopération judiciaire*, in AA.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, cit., 47 ss. Con specifico riferimento alla cooperazione in materia di confisca, cfr. A.S. VALENZANO, *Notes on Judicial Cooperation with Particular Reference to Confiscation against Legal Entities*, in AA.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, cit., 105 ss.

¹⁰ Cfr. la Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹¹ La quale, come noto, supera il problema della qualificazione formale della responsabilità, per estendere le garanzie proprie del sistema del diritto penale ad ogni

va tenuto presente che gli ordinamenti nazionali seguono l'indirizzo di estendere progressivamente tale area sino a comprendere ogni fattispecie di reato;

c) quanto alla *natura della responsabilità*, in sintonia con un vasto indirizzo, che è motivato dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹, appare importante non vincolare il 'modello' ad una specifica 'denominazione' formale della responsabilità¹². Occorre invece stabilire il reale assetto delle garanzie da riconoscere all'ente, *nel rispetto dei suoi diritti fondamentali. Tali garanzie dovranno dunque corrispondere a quelle proprie del sistema penale; ciò almeno là dove si concepisca, come a me sembra, una responsabilità caratterizzata da un apparato sanzionatorio severo, munito di efficacia e dissuasività, sia pur nei limiti segnati dal principio di proporzione.*

In questo senso un buon modello dovrebbe tendenzialmente escludere che la responsabilità dell'ente da reato possa essere di natura propriamente amministrativa;

d) quanto ai *rapporti tra responsabilità dell'individuo e dell'ente collettivo*, emerge l'opportunità in via generale del 'cumulo' delle responsabilità dell'uno e dell'altro, fatte salve le ipotesi eccezionali in cui la colpa del singolo si 'disperda', per così dire, in quella 'aggregata' dell'ente¹³. Sia cioè talmente 'sfumata' la colpa del singolo da venire meno; e pur tuttavia dalla 'aggregazione' delle condotte di chi operi risulti una 'grave lacuna organizzativa' che comporti la responsabilità *solo* dell'ente;

sanzione sostanzialmente assimilabile alla pena: sullo sviluppo della giurisprudenza di Strasburgo in materia, cfr. E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2008.

¹² Sul dibattito relativo alla natura della responsabilità 'da reato' dell'ente in Europa, si v. V. MONGILLO, *The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, cit., 55 ss.

¹³ Sulla 'dominabilità aggregata' nel sistema di ascrizione della responsabilità da reato all'ente collettivo, si v. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014, 118 s.

e) il *sistema sanzionatorio*, differenziandosi da molti ordinamenti in Europa che prevedono solo sanzioni pecuniarie o comunque sistemi semplificati, dovrebbe prevedere misure di controllo e interdittive, con contenuti afflittivi anche molto penetranti. *Si tratta dunque di sanzioni che nella sostanza appaiono senz'altro assimilabili a quelle penali.*

In conclusione, dovrebbe affermarsi un 'modello', simile a quello italiano, ma non privo, al contempo, di significative differenze. In particolare, dovrebbe esser più chiara la natura penale o almeno para-penale della responsabilità dell'ente, con più stringente rispetto dei principi fondamentali anche di rilievo costituzionale. Il modello dovrebbe ammettere che, nei reati non dolosi, la responsabilità del singolo non sia presupposto necessario della responsabilità dell'ente quando la 'colpa' di quest'ultimo risulti dall'«aggregazione difettosa della condotta di più soggetti» che facciano parte dell'organizzazione.

5. *I criteri d'imputazione della responsabilità da reato all'ente collettivo*

Sembra in ogni caso che una convincente visione di un *nuovo e condiviso schema generale di illecito dell'ente da reato* – e della conseguente responsabilità – sia quello del «*sistema dei criteri d'imputazione*» e, dunque, dei *compliance programs*.

Gli schemi di struttura e ascrizione dell'«illecito dell'ente» sono naturalmente diversi.

Andando al nocciolo, possono essere impostati nel senso di concepire più schemi di illecito. *In particolare può essere astrattamente scelto il modello 'amministrativo', quello 'civile', o comunque un modello diverso dall'illecito penale o para-penale.*

Ma l'alternativa più importante all'«opzione penale» rimane quella di un *illecito dell'ente di natura solo 'amministrativa'*¹⁴; opzione che noi tendiamo a respingere.

¹⁴ Sulla fisionomia della responsabilità dell'ente nel quadro dell'illecito amministrativo, anche in prospettiva comparata, E.VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa*

Quanto più precisamente alle *garanzie* che il sistema deve valorizzare, nel prevedere una responsabilità ‘penale’ o ‘para-penale’ dell’ente, tra esse vanno annoverate, importantissime, quelle che attengono alla struttura dell’illecito, per consentire all’ente di difendersi *opponendo la propria estraneità al fatto e, in specie, la propria ‘non-colpevolezza’* (non dimenticando le corrispondenti garanzie processuali, *in primis* quelle attinenti alla prova).

Cominciamo col precisare al proposito che, assumendo questa ottica, ‘soggettivizzante’, è più agevole, nell’elaborazione del modello, escludere alcuni criteri.

Così la ‘*ricaduta del reato in danno di altri*’, quale effetto della condotta criminosa, può essere rilevante per l’ente dal punto di vista civilistico, ma è estranea per definizione all’area dei criteri di imputazione che vogliono tener conto dell’elemento soggettivo. La ‘*rilevanza del danno*’ può emergere dal punto di vista della sua derivazione causale dalla manchevole organizzazione dell’ente – profilo che tratterò successivamente – ma non può considerarsi in sé e per sé criterio risolutivo del problema della attribuzione all’ente della responsabilità da reato.

Anche per il ‘*beneficio dell’ente*’, nel senso del vantaggio che esso abbia effettivamente ricavato dal reato, cui fanno riferimento parecchi Paesi dell’Unione, va rilevato che esso è un *criterio puramente estrinseco*, che non può essere utilmente considerato ai fini di una convincente rete di criteri di imputazione. Detto altrimenti, il beneficio ottenuto, come ricaduta dell’atto, può essere del tutto casuale e comunque è *inadatto a cogliere la vera connessione (che deve esser originaria) della condotta criminosa con il comportamento complessivo dell’ente*¹⁵.

Ciò premesso, va considerato che per l’ente, non trattandosi più di una singola persona fisica – per la quale tradizionalmente valgono i criteri dell’imputazione causale e psicologica rapportati a un ‘centro’ *individualizzato* – non basta concentrare la propria

d’organizzazione nell’illecito dell’ente da reato. Un’indagine di diritto comparato, in corso di pubblicazione.

¹⁵ Su questi temi, cfr. N. SELVAGGI, *L’interesse dell’ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato dell’ente*, Napoli, 2006.

attenzione su un'idea della 'colpevolezza' dell'ente medesimo, pensando che la si possa 'isolare' compiutamente senza costruire un 'sistema' di criteri nuovo e più complesso; criteri, nessuno dei quali può rappresentare 'da solo' il fondamento della ascrizione dell'illecito all'ente.

Conclusivamente, considerando le diverse legislazioni occorre isolare i criteri: a) dell'inerenza del reato all'attività dell'ente; b) della condotta nel suo interesse e c) della posizione significativa dell'autore. Essi stabiliscono il 'nesso di collegamento' del reato all'ente medesimo, complessivamente e oggettivamente considerato; nesso che appare 'necessario' (anche se 'non-sufficiente') per definire la 'appartenenza' del fatto di reato all'ente e dunque la 'personalità' dell'*'illecito da reato'*.

Anche sotto il profilo di tali criteri il modello proposto dalle Unità scientifiche del nostro gruppo si assimila in qualche misura a quello italiano, ma ne diverge per aspetti importanti come quello della 'significatività' della posizione dell'autore nell'organizzazione dell'ente e della esplicitazione del rilievo della condotta anche di chi, pur non appartenendo all'organizzazione medesima, sia tuttavia destinatario di uno specifico incarico per conto dell'ente¹⁶. Viene dunque esplicitato un ampliamento della sfera dei soggetti che, per così dire, possono trasmettere la responsabilità all'ente a seguito del reato commesso.

6. *Gli elementi che segnalano la 'derivazione' del reato dalla 'colpevole' 'lacuna organizzativa'. La 'appartenenza' del fatto al soggetto e la sua 'dominabilità'*

Ora in quel che è appena stato detto si stabilisce una 'frontiera'. Perché la conclusione raggiunta è importante in sé, ma lo è anche per la ragione che *segna il luogo in cui s'impone la diffe-*

¹⁶ In questo senso, si v. i risultati cui giunge A.S. VALENZANO, 'Triggering persons': the role of the offender in 'ex crimine' liability of legal entities. A comparative study on Member States' legal systems, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, *Towards a common model in the European Union*, cit., 247 s.

renza di fondo nel concepire il sistema dei criteri di imputazione nei diversi Paesi.

Infatti, *nella maggioranza*, i sistemi in Europa, almeno testualmente, spesso escludono altri criteri di imputazione oltre quelli appena indicati. Per lo più si limitano a far dipendere la responsabilità da una sorta di *'immedesimazione'* dell'ente nel vertice che agisca per suo conto; oppure lo fanno dipendere da una forma di *'responsabilità vicariale'* per il mancato impedimento del reato del sottoposto da parte del superiore (in vece o unitamente al subordinato risponde il superiore e in vece di quest'ultimo risponde l'ente).

Va al contrario, e *'in più'* valutato se *per tutti i Paesi dell'Unione* si debba e possa valorizzare il rapporto intercorrente tra il reato e la lacuna organizzativa¹⁷; e ciò dal punto di vista *'oggettivo'* e *'soggettivo'*, cioè della *causalità* e della *colpevolezza*.

Diciamo subito che solo in tal modo ci si sgancia davvero dalla logica *'civilistica'* della responsabilità dell'ente, che era tradizionalmente alla base dei sistemi anglosassoni, prima delle più recenti evoluzioni normative soprattutto in Inghilterra.

Con una decisiva premessa.

Guardando al *'singolo fatto commesso'*, occorre muovere dalla considerazione che la legge penale, nel momento di posizione della norma, non può che riferirsi al fatto stesso, produttore delle conseguenze giuridico-penali, in quanto derivi *dalla condotta del soggetto responsabile. Nel caso dell'ente, non può che riferirsi alla condotta di chi agisca per conto del medesimo.* Più esattamente, a meno di voler infliggere una punizione puramente *«esemplare»*, *perché la minaccia della sanzione valga da vero orientamento per il destinatario*, chi la subisce deve comunque essersi trovato col fatto in un rapporto tale che esso risulti di sua *'appartenenza'*; e ciò anche là dove si tratti di un ente, che abbia la ca-

¹⁷ Sul ruolo della lacuna organizzativa nei sistemi di responsabilità dell'ente degli ordinamenti europei, E. VILLANI, *Compliance programs and 'organisational fault' in Europe*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, *Towards a common model in the European Union*, cit., 249 e ss.

pacità di reagire al precetto ‘non-di-per-sé’, ma per il tramite delle persone fisiche che decidano e si comportino per suo conto.

A me sembra che vada pure chiarito in premessa che per gli enti, al di là delle perplessità sul punto, e di una estesa, contraria diversa convinzione, l’ordinamento sovranazionale europeo conduca alla conclusione di una *operatività del principio di colpevolezza, almeno nel senso di dover cogliere un suo ‘tendenziale’ riconoscimento*. Basti pensare alla recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo del 2009¹⁸, fatte salve naturalmente le cautele osservate in altri casi dalla stessa Corte e dalla Corte di Giustizia U.E. nell’evitare una condanna troppo esplicita e/o conclusiva di ‘sacche’ di responsabilità oggettiva presenti in alcuni ordinamenti nazionali. D’altra parte non possono ignorarsi, purtroppo, le ‘anomalie’ della prassi che, per ragioni diverse (allarme sociale, rigorismo applicativo, pigrizia operativa, ecc.), si risolvono nella negazione del principio, con limitazione dell’accertamento a dati puramente oggettivi.

Comunque sia, a me sembra – ripeto – che per le indicazioni, almeno ‘tendenziali’ dell’ordinamento sovranazionale, con il principio di personalità, anche il principio di colpevolezza debba informare di sé la struttura dell’illecito dell’ente da reato¹⁹. Il che significa anzitutto che, in un’ottica di ravvicinamento e armonizzazione, dovranno essere superati i sistemi privi di una sufficiente sensibilità per il principio. Dovranno invece essere valorizzati i profili dei diversi ordinamenti che contribuiscono a meglio impiantare un genuino accertamento della personalità dell’illecito e in particolare della colpevolezza medesima quale presupposto necessario della responsabilità dell’ente da reato.

Vale a dire nel senso di dover prevedere una responsabilità solo per il fatto che costituisca il risultato del colpevole mancato dominio, da parte dell’ente (attraverso i suoi soci, associati, ammi-

¹⁸ Corte Europea dei diritti dell’uomo, Sud Fondi s.r.l. e altre 2 contro Italia, 20 gennaio 2009.

¹⁹ Per il significato del principio di colpevolezza riconosciuto dagli studiosi europei nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, si rinvia a *www.zis-online.com*, n. 12/2009.

nistratori ed esponenti in genere), del comportamento di chi abbia realizzato il reato. E ciò per la ragione di non aver fatto tutto quanto possibile per condizionare, conformemente al precetto, la situazione concreta in cui il reato è maturato, sì da impedirlo o comunque fronteggiarlo seriamente.

Con la dovuta attenzione, un buon modello di responsabilità dell'ente potrebbe valorizzare i criteri di definizione e accertamento della 'volontà collettiva', ponendosi anche il problema del rilievo che abbia l'atteggiamento dei suoi titolari ed esponenti dal punto di vista della *esigibilità* di un diverso comportamento complessivo pur nella consapevolezza della lacuna²⁰.

Ergo: l'ordinamento dovrebbe ritenere non-esigibile un comportamento diverso da quello dell'ente che in buona fede cerchi di superare le proprie lacune organizzative, facendo tutto quello che può fare in una fase di strutturazione o ristrutturazione per prevenire fatti di reato.

7. Conclusioni

Concluderei con alcune considerazioni. Sono oggi presenti studiosi che hanno già preso parte alle nostre iniziative scientifiche in materia di responsabilità degli enti da reato e che conoscono le ricerche che abbiamo portato avanti.

Date le circostanze, mi sembra inutile segnalare, per comprendere il senso dell'iniziativa di oggi, come essa punti a proseguire nel completamento di un disegno pluriennale di sviluppo dell'analisi nella materia della responsabilità degli enti. Materia che noi, quale Gruppo di ricerca internazionale, abbiamo approfondito nell'ottica di una ricognizione il più possibile completa dei diversi sistemi giuridici in materia di responsabilità dell'ente. Si tratta sicuramente di un'area di ricerca all'avanguardia.

Credo si possa dire che il sistema della responsabilità da reato degli enti rappresenti il nuovo diritto penale, almeno per

²⁰ Sul punto, di recente, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa d'organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, cit.

Paesi come l'Italia che solo di recente hanno introdotto la disciplina.

Dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, dopo un iniziale percorso incerto, la materia ha trovato affermazione pratica. Molto si è scritto sulla responsabilità degli enti. Però, facendo un punto della situazione, agevolmente si scorge come i profili da approfondire siano ancora moltissimi; al di là della scontata acquisizione che la ricerca scientifica non ha mai termine, ma un'evoluzione continua.

In quest'ottica la nostra ricerca va progressivamente avanti; e, come gruppo, abbiamo prodotto risultati trasfusi in più volumi²¹; con la prospettiva di far avanzare le nostre conoscenze anche con riferimento ai sistemi giuridici dei Paesi del BRICS²² (Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica).

L'incontro di oggi – intitolato “Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato, anche alla luce della comparazione tra ordinamenti” – mira a fissare un'ulteriore tappa nel progresso della ricerca, cercando di trarre dallo studio degli ordinamenti stranieri informazioni e proposte utili per migliorare il sistema italiano.

Io penso che si possa dire senz'altro che il nostro d.lgs. 231/2001 costituisca un assetto normativo di rilievo, forse il sistema più definito, dal punto di vista sostanziale e processuale, nella regolamentazione della responsabilità degli enti da reato. In tal senso, il sistema italiano può essere un punto di riferimento non solo per l'Europa, ma anche per Paesi di altri continenti²³.

²¹ In questa prospettiva, vi è da tener presente che, dopo la pubblicazione dei già citati volumi (si v. *retro*, le note nn. 3 e 4), gli esiti delle ulteriori iniziative di ricerca della componente italiana del Gruppo di ricerca internazionale sono stati pubblicati in AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, a cura di A. Fiorella, A.S. Valenzano, cit., oltre che nel presente volume. Ulteriori iniziative scientifiche di carattere comparatistico nella specifica materia sono tuttora in corso.

²² Si tratta di un'iniziativa scientifica che risulta allo stato in corso.

²³ Il modello italiano di disciplina ha, ad esempio, esercitato notevole influenza sul già citato progetto spagnolo di riforma della disciplina della responsabilità penale della persona giuridica, come ben evidenziato da A. NIETO MARTÍN, *El artículo 31-bis*

Tuttavia l'esperienza straniera rimane di fondamentale importanza per aiutare un percorso di necessario perfezionamento anche di un sistema, come il nostro, che per molti versi rappresenta un passo avanti nella edificazione di un compiuto diritto penale degli enti.

del Código Penal y las reformas sin estreno, in *Diario La Ley*, Febrero 2014, n. 8248, 2 e 4, il quale, nel riferirsi al sistema italiano di responsabilità dell'ente da reato (di cui al d.lgs. 231/2001), lo definisce come «*el primero de la clase*» nel panorama europeo. In sede extraeuropea, a titolo di esempio, si v. la disciplina cilena sulla responsabilità penale della persona giuridica (*Ley 20.393 del 2.12.2009*), che risulta estremamente avanzata nel panorama latino-americano, sulla quale notevole influsso ha esercitato il modello italiano: in questo senso, cfr. J.P. MATUS ACUÑA, *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Cahiers de defense sociale: Joachim Vogel in memoriam*, SIDS, 2013, 61. Luci ed ombre del modello italiano della responsabilità dell'ente da reato, anche nella prospettiva di una sua ulteriore ed auspicabile diffusione nei Paesi latino-americani oggi in larga misura attraversati da fermenti riformatori, vengono evidenziate da A.S. VALENZANO, *Notas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos en el sistema italiano, con particular referencia a la denominada "culpa de organización"*, in corso di pubblicazione in Spagna, Messico e Cile.

ANDREA SERENI*

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Il principio di personalità nell'evoluzione del diritto penale internazionale. Stati e individui sulla scena mondiale. – 2. Ritrosie all'imputazione collettiva. L'anomalia della 'dichiarazione di criminosità' del gruppo o dell'organizzazione nel modello di Norimberga. – 3. Responsabilità penale degli Stati: un progetto accantonato. Responsabilità extrapenale dello Stato per genocidio e giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. – 4. Punire le imprese multinazionali: possibilità all'orizzonte e principio di complementarità. – 5. L'adeguamento italiano allo Statuto della Corte penale internazionale. Crimini internazionali e responsabilità da reato degli enti, *de iure condendo*. Per una teoria unitaria della responsabilità penale delle persone. Ragioni per il mantenimento dell'esclusione dello Stato, degli enti territoriali e degli enti pubblici non economici dalla disciplina del d.lgs. 231/2001.

1. *Il principio di personalità nell'evoluzione del diritto penale internazionale. Stati e individui sulla scena mondiale*

Non si può comprendere, a mio avviso, la problematica degli enti nel diritto penale internazionale, senza perlomeno brevemente ripercorrere l'origine di questa moderna branca del diritto internazionale.

Partirei da Albert Camus il quale, nel suo saggio 'L'uomo in rivolta'¹, mette a fuoco il salto epocale dai delitti di passione ai delitti di logica, dal senso dell'effrazione a qualcosa di profondamente altro. In proposito, egli scrive: «dall'istante in cui il delitto

* Professore Straordinario di diritto penale presso l'Università di Perugia.

¹ CAMUS, *L'uomo in rivolta*, Milano, 2014.

si fa raziocinante, esso prolifera come la stessa ragione, assume le figure del sillogismo. Era solitario come il grido, eccolo universale come la scienza. Ieri giudicato, oggi il delitto detta legge. (...) La realtà del momento è il delitto logico»². E ancora: ai «tempi ingenui in cui il tiranno radeva al suolo qualche città a propria maggior gloria, in cui lo schiavo aggiogato al carro del vincitore sfilava per le città festanti, e il nemico veniva gettato alle belve davanti al popolo adunato, di fronte a delitti così candidi», il bene e il male erano chiari e salda era la coscienza. «Ma i campi di schiavi sotto il vessillo della libertà, i massacri giustificati dall'amore per l'uomo o dal sogno di una super-umanità, disarmano, in certo senso, il giudizio. Il giorno in cui il delitto si adorna delle spoglie dell'innocenza, quella cui viene intimato di fornire le proprie giustificazioni, per una curiosa inversione propria al nostro tempo, è l'innocenza stessa»³.

Camus scrive queste pagine nel 1951, e ha in mente il tremendo disincanto della rivoluzione russa, l'ideale tradito dalle purghe staliniane (Stalin morirà a Mosca appena due anni dopo, nel 1953, ma intanto l'opera di Camus costerà all'autore la dura polemica di Sartre e del gruppo di intellettuali a quest'ultimo legati). Più in generale, Camus ha dinanzi a sé un'epoca, la propria, «la quale in cinquant'anni, sradica, asserva o uccide settanta milioni d'esseri umani»⁴, in una sinistra alchimia di ideologie palinogenetiche, di eccidi di massa pianificati nell'anonimato burocratico, di nuove devastanti tecnologie, della legalità di Stato a conferire al tutto la parvenza formale del "giusto"⁵.

Ecco, il diritto penale internazionale, nella sua odierna accezione, nasce come atto di rivolta contro i metodi 'razionali' di sterminio, contro gli orrori della seconda guerra mondiale e dei suoi milioni di vittime tra militari e civili, contro l'«universo con-

² CAMUS, *L'uomo in rivolta*, cit., 5.

³ CAMUS, *L'uomo in rivolta*, cit., 6.

⁴ CAMUS, *L'uomo in rivolta*, cit., 6.

⁵ Sulla dicotomia tra legalità formale e giustizia sostanziale, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, 3 ss.

centrazionario», che dall'Olocausto si espanderà all'arcipelago gulag, nell'ambito della divisione in blocchi (est - ovest) del mondo, fino alla caduta del muro di Berlino nel 1989; e salvo a rammentare che sistematiche violazioni dei diritti umani non si sono certo fermate col disfacimento del blocco comunista, e con la scomparsa della contrapposizione geopolitica tra socialismo reale e capitalismo, giacché di qui semmai sono esplosi conflitti etnici, come quello nella *ex* Jugoslavia negli anni tra il 1991 e il 1995, che hanno prodotto nuove «vite di scarto»⁶.

Il secondo Considerando del Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale (CPI) ricorda non a caso che l'impegno degli Stati parte, nell'istituire questa Corte⁷, si fonda sull'esser memori che nel corso del 'secolo breve', il '900, «milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità». Ed è perciò che gli Stati parte, attraverso l'istituzione della CPI, si sono «determinati a porre fine all'impunità degli autori» di simili nefandezze, «contribuendo in tal modo alla prevenzione di tali crimini» (quinto Considerando); codificati essi crimini nello Statuto, con le evocative figure del genocidio (art. 6), dei crimini contro l'umanità (art. 7), dei crimini di guerra (art. 8) e infine dei crimini di aggressione (art. 8-*bis*)⁸.

Giuliano Vassalli, celebrando l'entrata in vigore della CPI il 1° luglio del 2002⁹, ricordava come l'insegnamento universitario

⁶ Va precisato che l'accezione di diritto penale internazionale privilegiata nel testo fa riferimento alla giustizia penale per i crimini internazionali che più gravemente offendono la coscienza universale, all'interno del più ampio catalogo di crimini enucleato dagli studiosi (cfr. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, 104 ss., che elenca 25 tipologie di crimini internazionali). Questo nucleo del diritto penale internazionale va poi distinto da quel più risalente sistema di norme che regola estradizione e criteri di competenza territoriale, nei rapporti tra Stati, nell'esercizio della giurisdizione penale.

⁷ Con la conferenza diplomatica di Roma e la firma del Trattato istitutivo della Corte, il 17 luglio 1998 in Campidoglio.

⁸ In argomento, LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Torino, 2013, 29 ss.

⁹ VASSALLI, *L'entrata in vigore della Corte penale internazionale*, in *Ultimi Scritti*, Milano, 2007, 477 ss.

tradizionale, impartito alla sua generazione, poggiasse sulla convinzione che il diritto penale fosse corpo estraneo al diritto internazionale (che fossero cioè: «termini incompatibili»); che, in fondo, – possiamo pensare – la stessa dizione ‘diritto penale internazionale’ apparisse allora come una sorta d’ircocervo della scienza giuridica (non dissimile da come Benedetto Croce vedeva, in politica, il ‘socialismo liberale’). Infatti, rileva l’insigne giurista, «il diritto internazionale era un diritto soltanto tra gli Stati e solo a questi attribuiva diritti e doveri, mentre il diritto penale era un illecito tipicamente personale, sicché precetti contenuti nel diritto internazionale potevano arrivare ad una osservanza da parte degli individui solo attraverso la mediazione del diritto interno o statale». Al punto che «fino ai primi decenni del [XX] secolo l’idea di una giustizia internazionale penale era fermamente negata non solo dagli internazionalisti, ma da gran parte dei penalisti»¹⁰.

Ebbene, con il Tribunale militare internazionale di Norimberga¹¹, nato dall’Accordo di Londra del 1945 tra le quattro potenze vincitrici, avente giurisdizione per i crimini di guerra, i crimini contro la pace e contro l’umanità perpetrati dai nazisti¹², la situazione muta radicalmente¹³; ciò anche a dispetto dell’essere il

¹⁰ VASSALLI, *L’entrata in vigore*, cit., 478-479, il quale precisa come di crimini contro l’umanità e di genocidio non si parlò che «in relazione alla seconda guerra mondiale e dopo», e che per gli stessi crimini di guerra, conosciuti fin dall’antichità, «la loro punizione era compito o del nemico che ne era stato offeso o dello Stato al quale apparteneva il soggetto che se ne era reso colpevole».

¹¹ Sul processo di Norimberga, fra gli altri, VERGÈS, *Strategia del processo politico*, Torino, 1969, 69 ss.; TAYLOR, *Anatomia dei processi di Norimberga*, Milano, 1993, 11 ss.

¹² L’Atto di Londra dell’8 agosto 1945 mirava alla «punizione dei grandi criminali di guerra dell’Asse europeo».

¹³ All’istituzione del Tribunale militare internazionale di Norimberga, come è noto, fece eco immediata l’istituzione del Tribunale militare internazionale per l’Estremo Oriente nel 1946, per i crimini internazionali commessi sul fronte del Pacifico. Il tentativo che fu fatto in precedenza dalle potenze alleate vincitrici, al termine della prima guerra mondiale, di processare penalmente l’imperatore tedesco Guglielmo II, «per offesa suprema contro la morale internazionale e l’autorità sacra dei trattati» (art. 227, comma 1, del Trattato di pace di Versailles del 28 giugno 1919), si concluse con un nulla di fatto anche per il rifiuto dei Paesi Bassi, dove l’imperatore si era rifugiato, di estradarlo ai fini del processo.

Tribunale in parte retaggio ancora del vecchio modello di giustizia praticata in passato dai vincitori sui vinti¹⁴.

Il fatto nuovo, che si consoliderà attraverso le successive tappe della giustizia penale internazionale, attraverso cioè l'elaborazione dei principi di Norimberga (1946)¹⁵, l'istituzione, prima, del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella *ex* Jugoslavia (1993), poi, del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda (1994) fino appunto alla Corte penale internazionale (1998), passando per l'esperienza di Corti miste e Tribunali speciali¹⁶, il fatto nuovo, dicevo, dirompente rispetto alla tradizione, è l'attribuzione alla persona fisica di una soggettività di diritto internazionale, che si traduce nell'assunzione di responsabilità penale, diretta, individuale¹⁷. Gli autori di gravi crimini e le loro vittime calcano finalmente il

¹⁴ Per una critica assai severa al modello di Norimberga, e più in generale, anche ai successivi paradigmi di giustizia penale internazionale dal primo derivati, ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2006, 3 ss. Un esempio storico parallelo di giustizia non tanto, a mio parere, dei vincitori sui vinti, quanto delle vittime nei confronti del carnefice può essere visto nel processo di Gerusalemme a carico di Adolf Eichmann (sentenza della Corte Suprema di Israele del 29.5.1962), su cui si veda il saggio memorabile della ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2005, *passim*.

¹⁵ Ciò a opera dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

¹⁶ Corti miste, cioè corti composte di giudici internazionali e nazionali, facenti riferimento a norme dell'ordinamento penale interno e internazionale, sono sorte in Cambogia, Sierra Leone, Kosovo e Timor Est; va poi ricordato il Tribunale speciale iracheno istituito a Baghdad nel dicembre del 2003, per volontà primaria degli Stati Uniti. Esso pur essendo un tribunale nazionale presenta indubbe affinità con i Tribunali penali internazionali *ad hoc* (cfr. ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 140 ss.).

¹⁷ Cfr. ASCENSIO, *La responsabilità penale internazionale degli individui come epicentro di un nuovo «jus gentium»*, in *Ragion pratica*, 22/2004, 11 ss.; peraltro, sul riconoscimento di soggettività nell'ordinamento internazionale agli individui, vi sono posizioni più caute, cioè più tradizionali, ad esempio, LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale*, cit., 31, secondo cui gli «individui vanno considerati piuttosto quali centri d'interesse suscettibili e degni di protezione a livello internazionale, una protezione che meglio si realizza attraverso l'azione congiunta degli Stati e degli altri enti da questi creati», fra cui *in primis* la Corte penale internazionale; di talché «gli Stati restano i primi destinatari delle norme sulla prevenzione e la repressione dei crimini internazionali, anche quando trasferiscono questa competenza a istituzioni operanti a livello sovranazionale».

proscenio internazionale proprio attraverso il diritto penale, che va a colpire l'armatura dello Stato, le maglie di ferro delle immunità di Capi di Stato, Ministri degli esteri, militari, agenti diplomatici; quel sistema cioè che, più in generale, garantiva, fino ai primi decenni del '900, impunità piena a chi compiva, sia pure fuoriuscendo gravemente dai limiti del diritto internazionale, un «atto di Stato»¹⁸.

L'irrompere dell'individuo nell'ordinamento internazionale rappresenta in un certo senso il rovescio di quanto nei sistemi penali di cultura latino germanica è avvenuto tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, e cioè l'affiancamento alla persona fisica dell'ente come destinatario di sanzione. Una sorta dunque di rivoluzione al contrario. Nel rapporto cruciale tra organizzazione e individuo, il diritto penale internazionale reca con sé importanti conseguenze. In primo luogo, il richiamo alla coscienza morale. L'appartenenza a un apparato di potere, l'essere anche un mero ingranaggio della società di massa, non giustifica lo scariabarile delle responsabilità, non esonera l'individuo dal rispetto dei diritti umani¹⁹. In secondo luogo, la macchina del potere viene sezionata, destrutturata, distinguendo le singole responsabilità. Le complesse decisioni politiche e militari del contesto internazionale vengono decifrate con l'unità di misura, semplice e piana, del rimprovero penale. Il delitto logico torna al metro di valutazione morale e giuridica con il quale si misurano i fatti della quotidianità, ad ammonire che anche nei grandi conflitti sociali e interstatali non si deve mai perdere di vista l'universale valore dell'uomo, protagonista ora sulla scena mondiale²⁰. Il pa-

¹⁸ D'altra parte, è pacifico che la norma penale internazionale raggiunge direttamente anche persone fisiche private, ossia persone che non rivestano cariche o posizioni pubbliche, così ad esempio, già *In re Flick and others*, Norimberga, *United States Military Tribunal*, 22 dicembre 1947, in *Annual digest of public International law cases*, vol. 14, 1947, 269.

¹⁹ Cfr. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2010, 48.

²⁰ Sull'evoluzione dei diritti umani, nel diritto internazionale, intesi come «nuovo codice dell'umanità», per tutti, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 3 ss.

radosso del XX secolo indicato da Camus, e cioè quella sorta di «curiosa inversione» tra innocenza e colpevolezza, lascia di nuovo il posto all'ordine 'naturale' delle cose.

Ma, allo stesso tempo, non tutto è in ciò esaurito. La quintessenza della politica, i suoi chiaroscuri, i suoi compromessi, il suo mischiare colpa e innocenza collettive, la sua irriducibilità a fatti precisi e singoli, restano nello spazio distinto della responsabilità internazionale dello Stato, priva essa di rilevanza penale (art. 25, § 4, StCPI)²¹; a riconoscere, in fondo, che vi è una parte della politica statale che pur sanzionabile, non è tuttavia riducibile a quel di più di a-problematico rimprovero, di netto distinguo tra bene e male, che è tipico della pena, della sua maggior severità e rigidità²².

Simile distinzione di sfere facilita, d'altra parte, le fasi di transizione che facciano seguito a conflitti interetnici o alla caduta di regimi dittatoriali²³. Qui l'individuazione di singole responsabilità penali può più agevolmente consentire ai gruppi in conflitto di

²¹ L'art. 25, paragrafo 4, dello Statuto della CPI prevede che: «Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale». Principio, questo, che trova il proprio consolidamento da Norimberga in poi.

²² Il processo penale non può nemmeno veicolare impervie scorciatoie. Emblematico è il caso riguardante l'Autorità Nazionale Palestinese la quale, terminata l'operazione militare "Piombo fuso" (*Operation Cast Lead*) nella Striscia di Gaza da parte di Israele, ha depositato il 22.1.2009, presso la Cancelleria della Corte penale internazionale, una dichiarazione d'accettazione della giurisdizione della Corte ex art. 12 par. 3 St, chiedendo al Procuratore di indagare sulla commissione di crimini nel corso dell'attacco israeliano. Il Cancelliere ha accettato tale dichiarazione con riserva, essendo incerta la natura di Stato sovrano della Palestina. La dichiarazione dell'Autorità Palestinese, sulla giurisdizione della Corte, è apparsa un *escamotage* per ottenere il riconoscimento dello Stato della Palestina. Il Procuratore, nel dichiararsi incompetente, ha rimesso la decisione a una delibera dell'Assemblea generale dell'ONU o, in alternativa, dell'Assemblea degli Stati parti della CPI. Il 4 gennaio 2015, il presidente dell'Autorità Nazionale Palestinese, Abu Mazen, ha presentato richiesta di adesione alla Corte penale internazionale, scatenando la veemente reazione di Israele che ha sollecitato la CPI a respingere la richiesta, in quanto l'A.N.P. non sarebbe uno Stato bensì un'entità collegata all'organizzazione terroristica di Hamas.

²³ In argomento, FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, soprattutto 61 ss.

giungere a una riconciliazione. La punizione del gruppo, o peggio dello Stato intero, certo non faciliterebbe la pacificazione, bensì, nell'indistinto del 'tutti colpevoli', la ostacolerebbe. È bene, per il buon esito delle transizioni, rompere il circolo vizioso della colpa collettiva, favorendo verità e riconciliazione tra autori e vittime dei reati (l'esperienza delle Commissioni di verità e riconciliazione, come quella sudafricana in particolare, è lì a dimostrarlo)²⁴.

Perciò, v'è un doppio registro: uno al di fuori del diritto penale, che si esprime nella responsabilità internazionale degli Stati, che si fa carico – almeno in parte – della complessità delle azioni politiche statuali anche al cospetto di serie violazioni dei diritti umani, e un secondo registro che riduce le stesse violazioni, pur nella loro valenza politica, a misura della responsabilità *penale* individuale. L'importanza dell'elemento *politico*, anello di congiunzione fra tali geometrie variabili, è ben visibile non solo, com'è ovvio, nell'illecito dello Stato, ma anche nella struttura dei crimini sottoposti alla giurisdizione penale.

Lo Statuto della CPI condensa anzitutto negli elementi di contesto, coessenziali ai delitti ivi previsti, tutta l'evoluzione dei precedenti Statuti e della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* per ciò che riguarda l'incastro tra contesto politico-istituzionale e reato, per come tale incastro s'è manifestato storicamente secondo determinate costanti. Così, nel contesto dei crimini contro l'umanità, art. 7, l'attacco, esteso o sistematico, diretto contro

²⁴ Illuminanti appaiono le parole del sudafricano Richard Goldstone, che fu primo procuratore del Tribunale *ad hoc* per i crimini nella *ex* Jugoslavia, il quale, a proposito delle violenze interetniche, ebbe a dichiarare: «Per gran parte della loro storia i croati, i serbi e i musulmani, e i tutsi e gli hutu [in Ruanda], hanno vissuto relativamente in pace tra loro (...) Questo tipo di violenza interetnica è di solito alimentata da singoli individui che mirano a ottenere immediati vantaggi politici o materiali invocando antichi torti mai sanati. Sono loro, non il gruppo nel suo complesso, che devono essere inchiodati alle proprie responsabilità grazie a un'equa, meticolosa e dettagliata presentazione di prove. Così la prossima volta nessuno potrà dire che tutti i serbi sono colpevoli, o tutti i croati, o tutti gli hutu (...). Credo sinceramente che questo sia l'unico modo per rompere il "circolo". Potrà trattarsi di un intento ingenuo e forse utopistico, ma non di un argomento errato, soprattutto perché coglie lucidamente l'uso strumentale che è stato fatto delle diversità culturali, etniche e religiose».

una popolazione civile, fa riferimento all'attuazione o esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione. Il contesto dei crimini di guerra, art. 8, allude a un piano o disegno politico; il crimine di aggressione, nelle sue linee generali, art. 8-*bis*, rinvia tra l'altro a una pianificazione connessa alla posizione apicale dell'autore del crimine, tale da controllare o dirigere l'azione politica o militare di uno Stato²⁵. E ancora, più in dettaglio, il crimine di «apartheid» comprende atti inumani commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione da parte di un gruppo razziale su un altro, art. 7 par. 2 lett. *b*); mentre, chiudendo questo breve elenco, il crimine di «sparizione forzata delle persone», art. 7 par. 2 lett. *i*), si fonda sull'arresto, la detenzione o il rapimento di persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato od organizzazione politica. Più in generale, e anche al di là della dizione formale, può dirsi che pressoché tutte le figure di reato denunciano, forti della forza evocativa della storia, quell'incastro, che richiamavo sopra, tra politica, anche nella sua veste istituzionale, e criminalità; tanto che si è soliti indicare tali crimini con la formula icastica (sia pure non esaustiva) di «crimini di Stato».

Rispetto a ordinamenti come quello italiano, queste disposizioni indicano una rivoluzione nel modo di intendere il reato politico, un profondo mutamento di paradigma, perché tale reato non è visto più (solo) come attacco dall'esterno ai 'palazzi' del potere (nelle forme ottocentesche dell'anarchismo, del socialismo sovversivo, ecc.), bensì come devianza che nasce, nell'ipotesi normale, dal di dentro delle stesse istituzioni statali.

La teoria della responsabilità ha così sviluppato, attraverso gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e della CPI e la giurisprudenza

²⁵ Va precisato che la giurisdizione della CPI per i crimini di aggressione (art. 8-*bis*) è ancora soltanto potenziale. Dopo l'approvazione del relativo emendamento (più gli altri emendamenti approvati per i crimini di guerra) alla Conferenza di Revisione dello Statuto della CPI, tenutasi a Kampala, in Uganda, tra il 31 maggio e l'11 giugno del 2010, occorrerà la ratifica dell'emendamento a opera degli Stati parti, con decisione a maggioranza qualificata in seno all'assemblea degli stessi. L'operatività delle nuove norme non potrà avvenire comunque prima del 1° gennaio 2017.

formatasi fin qui nei diversi circuiti giudiziari, un progressivo anche se non sempre coerente adattamento alla questione cruciale della *pianificazione* dei crimini e dei livelli di competenza nelle catene di comando, a scendere dal livello politico, istituzionale e militare più alto, fino alle estreme propaggini esecutive del reato. Il problema sta proprio nel distinguere gli atti politici e organizzativi che si mantengono dentro il confine della legittimità dagli atti di ugual genere che mostrano viceversa, a dispetto della lontananza dalla fase esecutiva, un nesso causale e mentale col reato. Parimenti problematico è il rapporto causale e psichico con l'elemento di contesto, cioè con il sistema complessivo delle violazioni, nel quale va a inserirsi il singolo atto incriminato.

Il processo penale, come già detto, non chiama in causa gli Stati o le loro articolazioni interne prese in se stesse (o altre organizzazioni); non tratta neanche, di conseguenza, tutte le vicende politico-sociali che ricadono a pioggia sulla dinamica criminale. Il processo non può quindi neppure assumere il compito, meta-processuale, di una ricostruzione completa della verità storica dei crimini oggetto di accertamento²⁶. Per questo, la stessa ricostruzione del contesto del crimine deve limitarsi a quel tanto di funzionale a porre in luce le singole responsabilità, senza cedere alla tentazione di allargare il raggio d'indagine a tutti gli aspetti contestuali; compito, questo, ben più adatto a commissioni d'inchiesta storico-politiche²⁷. Se così è, va da sé che il processo penale non può neppure trasformarsi in una macchina programmata per condannare, per soddisfare ad ogni costo le vittime, e le loro istanze di retribuzione e verità. Imputazione individuale dei crimini significa anche, in conformità agli Statuti delle Corti²⁸, pieno rispetto della presunzione d'innocenza, accettazione della possibilità che il risultato di 'verità' del processo possa lasciare, a quanti attendono giustizia, l'amaro in

²⁶ Analogamente, DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 31.

²⁷ Conf. DAMAŠKA, *op. cit.*, 31-32.

²⁸ Si pensi, su tutto, alla regola di giudizio della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio prevista dall'art. 66, par. 3, StCPI.

bocca. Semplificazione, nel senso della concentrazione del giudizio sugli individui, non significa dunque semplificare le prove là dove si incontrano difficoltà; bensì, in una visione equilibrata che faciliti l'accettazione unanime della giurisdizione della CPI²⁹, vuol dire non eludere le garanzie dell'accusato pure qualora l'*iter* probatorio si mostri irto di ostacoli. La responsabilità penale individuale non appare qui meno ardua della responsabilità (non penale) dello Stato.

2. *Ritrosie all'imputazione collettiva. L'anomalia della 'dichiarazione di criminalità' del gruppo o dell'organizzazione nel modello di Norimberga*

Sinora il diritto penale internazionale ha non solo tenuto fuori dal proprio recinto gli Stati e gli altri enti collettivi, ma ha pure manifestato una costante distanza da qualsiasi altra forma di imputazione collettiva.

Si potrebbe obiettare che, specie da parte dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda, si sono elaborate teorie del concorso di persone tese a discutibili allargamenti dell'imputazione verso il 'gruppo'. Così è stato attraverso concezioni di matrice anglosassone della *conspiracy*, o della «responsabilità penale congiunta»³⁰, cioè della *joint criminal enterprise*³¹ (con la variante ultima del *joint control over the crime*³²), che hanno dilatato l'atto

²⁹ Ancora oggi, come è noto, importanti paesi come Stati Uniti d'America, Cina, Israele e Russia non hanno aderito al Trattato istitutivo della Corte penale internazionale, sebbene lo Statuto della Corte sia stato ratificato da oltre 120 Stati appartenenti alle aree geografiche di tutto il mondo.

³⁰ DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 42-43.

³¹ Sul tema, MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008, 252 ss.; HAAN, *The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International War Crimes for Former Yugoslavia*, in *Int. Crim. L. Rev.*, 2005, 167 ss. Sulla responsabilità di gruppo va menzionato il caso *Akayesu*, deciso dal Tribunale *ad hoc* per i crimini in Ruanda, 95-4-T, Trial Chamber, 2 settembre 1998.

³² Così la CPI, (caso) *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, *Decision on Confirmation of Charges*, 29 gennaio 2007.

punibile di soggetti accusati della regia di delitti internazionali, facilitandone la condanna; al punto da far dire con preoccupazione che in tal modo il «confine tra atrocità oltre ogni limite e politica legittima, [sia pur] accompagnata da violenze, diventa sfumato, e l'ombra della criminalità si può spingere troppo all'interno della sfera delle decisioni politiche»³³.

Tali concezioni, tuttavia, stridono con la sostanziale convergenza del diritto penale internazionale su posizioni di rifiuto di schemi d'attribuzione indistinta, che possano rievocare l'iniquità di trascorse punizioni collettive³⁴. Lo stesso modello associativo è assente dal panorama dei modelli ascrittivi degli Statuti, anche perché esso non gode di consenso unanime tra le principali cul-

³³ DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 42-43-44: la teoria della "responsabilità congiunta" «stabilisce che i soggetti che abbiano progettato un piano, o manifestato una intenzione comune che equivalga a, o che soltanto comporti, la commissione di un delitto internazionale, siano ritenuti responsabili come esecutori dei reati commessi in attuazione di quel piano o di quella intenzione. È (...) evidente che questa teoria facilita la condanna dei soggetti potenti che orchestrano i delitti internazionali, ma che non sono fisicamente coinvolti nella loro commissione. Perciò, ad esempio, l'accusa è sollevata dall'onere di provare qualsiasi comunicazione o nesso causale fra tali soggetti e gli esecutori materiali: dopo che ha dimostrato che un imputato era implicato in un piano o in una intenzione comune, perché vi sia condanna è sufficiente stabilire che egli si è impegnato in un qualche atto che può essere interpretato come contributo al delitto finale. Non importa che l'atto non fosse in sé criminoso o che, se lo era, non fosse affatto riprovevole, a differenza di quanto accade per l'attività di consumazione del reato. In base a questa teoria, l'imputato può persino essere condannato come esecutore di delitti che vanno al di là del piano o dell'intenzione comune, una volta stabilito che quei delitti sono conseguenze prevedibili del piano o dell'intenzione comune. Il risultato è che la condanna di delitti che richiedono una attività intenzionale può ottenersi mediante la prova della mera imprudenza.» Dunque, «nella prospettiva al momento prevalente, l'esistenza di una iniziativa congiunta, con tutta la sua ampia estensione di responsabilità, può essere desunta da atti individuali senza connessione tra loro, e (...) non è richiesta alcuna prova di un accordo tacito o esplicito a formare o a far parte dell'iniziativa. Inevitabilmente, allora, il fine perseguito dai membri dell'iniziativa, così come la sua estensione spaziale e temporale, diventano incerti e soggetti ad una estensione arbitraria». In questo quadro, «ogni piano per un cambiamento dello *status quo* politico, può essere classificato come un'impresa delittuosa, se è prevedibile che nella attuazione del piano avvengano violazioni dei diritti umani».

³⁴ Sopra ogni altra iniquità, le cruenti rappresaglie contro civili innocenti tormentano la memoria dell'umanità.

ture penalistiche del mondo. Lo Statuto della CPI prevede una sola figura di responsabilità, all'art. 25 (par. 3, lett. *d, i, ii*), che allude al contributo fornito a un gruppo che commetta o tenti di commettere un crimine; figura che stenta però a combaciare col reato associativo, orientato come esso è sul solo dolo specifico (senza necessità dell'effettiva realizzazione, anche soltanto tentata, del reato scopo).

Ma, soprattutto, la distanza del diritto penale internazionale dal paradigma di responsabilità collettiva si percepisce appieno ripercorrendo la storia di due norme 'anomale' contenute nella Carta del Tribunale militare internazionale di Norimberga. Gli artt. 9 e 10 prevedevano infatti la 'dichiarazione di criminosità' di un gruppo o di un'organizzazione. Su questa base nella sentenza *Göring et al.* del 1° ottobre 1946, il Tribunale M.I. di Norimberga dichiarò organizzazioni criminali: la direzione del Partito nazionalsocialista, la Gestapo, il servizio di sicurezza del Terzo Reich, il corpo delle guardie personali di Hitler (le famigerate SS)³⁵. Ovviamente nessuna sanzione poteva colpire tali organizzazioni perché già sciolte prima del processo, ma la dichiarazione di criminosità consentiva, in seconda battuta, ai tribunali nazionali e dei paesi occupanti di processare singoli individui per appartenenza all'organizzazione, senza che la natura criminosa di questa potesse più essere oggetto di contestazione³⁶.

³⁵ Furono assolte invece le organizzazioni delle SA, del Gabinetto del Reich e dello Stato Maggiore tedesco.

³⁶ L'art. 9, pr. 1, StTMIN, dispone che nel «corso del processo contro ciascun singolo appartenente a qualsivoglia gruppo od organizzazione, il Tribunale può dichiarare (con riferimento a uno qualunque degli atti dei quali l'individuo sia ritenuto colpevole) che il gruppo o l'organizzazione al quale l'imputato apparteneva era un'organizzazione criminale». L'art. 10 prevede poi che ove «un gruppo o un'organizzazione siano dichiarati criminali dal Tribunale, le autorità nazionali competenti di ciascuno Stato firmatario avranno il diritto di processare singoli individui per la loro appartenenza a tale organizzazione di fronte a tribunali nazionali, militari o istituiti nei territori occupati. In ognuno di questi casi la natura criminale del gruppo o dell'organizzazione sarà considerata provata e non potrà, quindi, più essere oggetto di contestazione» (A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, 181-182; in argomento, pure VASSALLI, *La giustizia internazionale penale. Studi*, Milano, 1995, 171).

Sulla stessa linea di una criminalizzazione a tappeto del regime nazionalsocialista, l'art. II, 2, della legge del Consiglio Alleanza di Controllo per la Germania n. 10 del 1945, consentiva di attribuire rilevanza penale, in relazione ai crimini contro la pace, al ruolo ricoperto piuttosto che al concorso nel reato, colpendo chi avesse occupato un'alta posizione politica, statale o militare, o avesse occupato tale posizione «nella vita finanziaria, industriale o economica» del paese.

Certamente queste disposizioni risentono del clima di 'furore' del tempo, più che comprensibile, per processi che dovevano celebrarsi a caldo, con ancora negli occhi gli orrori appena terminati della guerra. La reazione immediata fu di far piazza pulita di tutte le complicità e connivenze con il passato regime tedesco; quasi a coniugare la volontà soprattutto degli Stati Uniti di celebrare processi, con l'opposta volontà di regolare i conti, 'eliminando' i colpevoli con metodi sbrigativi. Attingendo alla cultura anglosassone aperta già allora alla punibilità degli enti collettivi, si arrivò quindi a quell'ibrido di cui agli artt. 9 e 10 citati, che pur non punendo direttamente i gruppi o le organizzazioni dichiarati criminali, tuttavia attribuiva ad essi quel carattere di illecito penale da cui si poteva procedere, come in una catena di montaggio, contro tutti gli appartenenti ai gruppi (od organizzazioni) medesimi.

Fu però lo stesso Tribunale di Norimberga che provvide a un celere *self-restraint* indicando i necessari correttivi di garanzia: consapevolezza individuale dei crimini, volontà di adesione al gruppo³⁷, effettivo apporto concorsuale³⁸. E soprattutto già dall'11 dicembre 1946, con l'approvazione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dei c.d. principi di Norimberga, nel riaffermare il principio di responsabilità penale individuale, le regole codificate nei richiamati artt. 9 e 10 St. T.M.I.N.

³⁷ Furono ritenuti non punibili, ad esempio, coloro che avevano fatto parte di un'organizzazione militare, dichiarata criminale, per coscrizione obbligatoria.

³⁸ Per una ricostruzione puntuale del problema, A. CASSESE, *Lineamenti*, cit., 180 ss.

scompaiono del tutto, per non ricomparire più in nessuno degli Statuti successivi dei Tribunali penali internazionali né in quello della CPI.

Nel dibattito recente, nell'ansia di rafforzare le forme punitive nel circuito internazionale, nella ricerca di accettabili sanzioni collettive penali, vi sono autorevoli espressioni della dottrina propense a riesumare il delitto di appartenenza di cui ai menzionati artt. 9-10 dello St. TMIN, nel quadro di un'introduzione futura di figure associative per i più gravi crimini internazionali³⁹. Sennonché, non sembra auspicabile recuperare questo scheletro dall'armadio di Norimberga; è vero che il Tribunale prevede a un'applicazione ragionevole di tali norme, ma è anche vero che esse sono così irrimediabilmente mal strutturate, in termini di garanzia, da far ritenere saggia la scelta dell'oblio; una scelta perpetuata non a caso dalla codificazione dei principi di Norimberga fino a oggi.

Diversa la proposta di diversificare le strategie sanzionatorie contro i membri di entità collettive, come nel caso di reparti militari coinvolti in crimini internazionali, prevedendo sanzioni pecuniarie, prive di natura penale, che potrebbero, secondo criteri di *strict liability*, dirigersi contro l'ente, ovvero contro tutti i membri del gruppo, il che spronerebbe il gruppo stesso a organizzarsi nel rispetto delle leggi umanitarie e a punire o denunciare poi i responsabili di eventuali violazioni. I proventi derivanti da tali sanzioni potrebbero andare inoltre a beneficio delle vittime⁴⁰. Si potrebbe intravedere qui una proiezione ingegneristica oltre il diritto penale, da taluno immaginata come costruzione progressiva di un più ampio sistema punitivo⁴¹.

In realtà non credo che il diritto penale internazionale possa trarre beneficio, in termini di chiarezza, da un futuro nel quale

³⁹ Così MANACORDA, *Imputazione collettiva*, cit., 283 ss., che dedica al tema ampia e documentata analisi.

⁴⁰ OSIEL, *The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*, in *Colum. L. Rev.*, 2005, 1842 ss.

⁴¹ È la via maestra battuta da BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 441 ss.

schemi punitivi, risarcitori e riparatori, non fossero più né carne, né pesce: né sanzione penale, né sanzione ‘civile’; con possibili confusioni sulle implicazioni morali della condanna, sugli *standard* garantistici, sull’autorità giudiziaria competente ecc. Ciò premesso, è il momento di affrontare il problema dell’eventuale futura punibilità internazionale degli enti, muovendo dalla distinzione fondamentale fra responsabilità degli Stati e responsabilità di persone giuridiche diverse dallo Stato, con specifica attenzione alla questione delle società multinazionali.

3. *Responsabilità penale degli Stati: un progetto accantonato. Responsabilità extrapenale dello Stato per genocidio e giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*

Invero, che gli Stati possano rispondere penalmente in aggiunta alle persone fisiche che abbiano agito come organi di essi è una ipotesi che incontra da tempo consensi nella stessa comunità internazionale e tra gli studiosi. Il richiamo alla colpa collettiva⁴², l’idea che questi crimini si presentano, ordinariamente, come crimini di Stato⁴³, la possibilità di separare, in parte almeno, i destini tra Stato comunità e Stato apparato, immaginando che solo il secondo dovrebbe sopportare il peso della sanzione penale⁴⁴, la possibilità di sottoporre gli Stati a giurisdizione sopraordinata, sono argomenti che sembrerebbero militare tutti a favore della punibilità.

In fondo la stessa responsabilità internazionale degli Stati prevede sanzioni collettive, in corrispondenza della natura col-

⁴² Cfr. FLETCHER, *Collective guilt and collective punishment*, in *Theoretical Inq. L.*, 2004, 163 ss.

⁴³ Già PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l’avenir*, Bucarest, 1925, 20 ss.

⁴⁴ MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, 763 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 175, per il quale l’esclusività del principio di responsabilità individuale rischia di creare capri espiatori e di lasciar impuniti i veri responsabili delle più gravi atrocità criminali.

lettiva dell'ente. Le violazioni di obblighi dettati da norme internazionali possono dar luogo, da parte dello Stato vittima della violazione, a reazioni che dispiegano effetti su vasta scala, con strumenti quali le ritorsioni (ad esempio l'interruzione delle relazioni diplomatiche) o le rappresaglie (ad esempio la violazione di un trattato commerciale o di assistenza economica), con cui lo Stato che subisce il torto «tende a costringere lo Stato ritenuto responsabile della violazione ad interrompere la violazione stessa e a riparare il danno»⁴⁵. E non v'è dubbio che a pagare il conto sia l'intera comunità statale e non soltanto l'apparato. Si potrebbe pensare allora che il 'passaggio del Rubicone', l'ingresso cioè di pene collettive nel diritto internazionale, sia là ad un passo, senza che ciò comporti chissà quali stravolgimenti dell'ordine giuridico mondiale.

E in effetti, nel progetto iniziale di codice sulla responsabilità degli Stati elaborato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite⁴⁶, all'art. 19, si definivano come *crimini internazionali* gli atti dello Stato integranti grave violazione di obblighi internazionali di importanza fondamentale per la conservazione della pace, per la sicurezza internazionale, per la salvaguardia e la conservazione dell'ambiente ecc., o, in alternativa, gli atti che violassero obblighi costituenti di per sé crimini internazionali⁴⁷.

In seguito, però, questa versione progettuale è stata sostituita dal progetto di articoli (del 2000 e) del 2001, che segna l'abbandono definitivo della concezione originaria, ciò rappresentando, per alcuni, «un profondo regresso» nella costruzione di un sistema punitivo internazionale⁴⁸. Nel progetto del 2001 viene infatti eliminata definitivamente la qualificazione penale dei più gravi illeciti dello Stato. Quel che sembrava prossimo a realizzarsi torna ad apparire un obiettivo lontano, tanto più che

⁴⁵ ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale. Crimini di guerra e contro l'umanità: da Norimberga alla Corte penale internazionale*, Bologna, 2005, 12.

⁴⁶ L'inizio del processo di codificazione va fatto risalire già al 1955, con successive elaborazioni con tappe significative nel 1996 e nel 2000.

⁴⁷ Per un'ampia disamina del progetto BORSARI, *Diritto punitivo*, cit.,

⁴⁸ Così BORSARI, *Diritto punitivo*, cit., 232.

nella revisione del 2010 dello Statuto della CPI, il principio di responsabilità individuale non è stato affatto modificato.

In realtà il macigno, che ostruisce la strada a un radicale cambiamento, è il carico simbolico della pena, il suo schiaffo all'immagine internazionale dello Stato, se a questo si rivolgesse la stigmatizzazione penale, la sua grave interferenza con il significato politico profondo dell'istituzione statale. Inoltre, l'arsenale delle sanzioni applicabili agli Stati è già fornito di forme plurime di riparazione, soddisfazione e reazione (come misura di autotutela)⁴⁹. Per renderle più efficaci non è necessario il diritto penale⁵⁰. Esso complicherebbe le strategie d'intervento più che agevolarle. In definitiva le «differenze concettuali, dottrinali e dogmatiche tra responsabilità civile e penale sono, di gran lunga, troppo profonde, nei principali sistemi di giustizia penale del mondo, per poter essere conciliate» armonicamente in seno al diritto internazionale classico⁵¹.

A riscontro di questo difficile raccordo ma anche della parziale evoluzione del sistema, si colloca la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 26 febbraio 2007, in merito alla controversia tra Bosnia-Erzegovina e Serbia⁵², circa l'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, in ordine alla presunta responsabilità della Serbia per atti di genocidio commessi durante il conflitto del 1992-1995⁵³.

⁴⁹ Il progetto di codice della responsabilità degli Stati del 2001, pur avendo eliminato, come detto, la dizione di crimine internazionale, in sintonia col progetto precedente del 2000, delinea tuttavia un sistema ben articolato di imputazione delle violazioni e delle relative sanzioni.

⁵⁰ Per una proposta migliorativa degli strumenti internazionali protettivi dei diritti umani, all'insegna di una strategia plurima, che non prevede la responsabilità penale degli Stati, A. CASSESE, *Diritti umani*, cit., 211 ss.

⁵¹ BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., 47.

⁵² All'epoca dei fatti, oggetto del giudizio dinanzi alla Corte internazionale di giustizia (CIG), la Serbia era denominata Repubblica Federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro).

⁵³ Diversi commentatori hanno accolto con una certa delusione la sentenza, per tutti, FRULLI, *Un passo avanti e due indietro: responsabilità individuale e responsabilità statale nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Bosnia-Erzegovina*

Secondo tale importante sentenza, sebbene resti fermo il principio tradizionale della natura non penale della responsabilità, uno Stato può essere giudicato comunque responsabile degli atti di genocidio previsti dall'art. II della Convenzione⁵⁴.

Facendo leva sull'art. I, La Corte ha sostenuto che l'obbligo di prevenire e punire il crimine di genocidio, ivi previsto, implica inevitabilmente l'obbligo di non compiere atti genocidiari⁵⁵. Sì che, nel «caso in cui gli atti di genocidio siano stati compiuti da persone il cui comportamento è attribuibile allo Stato», si ha una doppia conseguenza: una responsabilità individuale di natura penale, «e una distinta responsabilità dello Stato cui gli atti posti in essere dagli individui sono riferibili»⁵⁶. Quest'ultima può essere appurata anche nella forma della complicità, sulla scorta dell'art. III (e) della Convenzione del 1948, con un richiamo qui alla nozione di *aid or assistance* inserita nell'art. 16 del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati per fatto illecito, pur dovendo precisare che nel caso tratto in giudizio l'eventuale assistenza non sarebbe stata prestata a uno Stato sovrano⁵⁷. Infine, il giudizio dinanzi alla CIG gode di piena *autonomia* rispetto all'eventuale processo penale, anche se la responsabilità dell'individuo resta *condizione essenziale* della responsabilità dello Stato⁵⁸.

c. Serbia, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 579 ss.; A. CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *Journ. Int. Crim. Just.*, 2007, 875 ss.

⁵⁴ Nelle more della pubblicazione, è stata emanata dalla CIG la sentenza del 3.2.2015, sempre sull'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, caso Croazia c. Serbia. A una prima lettura, tale pronuncia sembra peraltro confermare l'impianto interpretativo della Convenzione espresso nella sentenza del 2007, caso Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro, di cui sopra nel testo.

⁵⁵ L'obbligo di prevenire e reprimere, da parte dello Stato, atti criminali è rinvenibile anche in particolare nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, sul trattamento di prigionieri, naufraghi, feriti, malati e civili nei conflitti armati.

⁵⁶ FRULLI, *Un passo avanti*, cit., 580-581.

⁵⁷ L'eventuale aiuto o assistenza da parte della Serbia aveva infatti come terminale, cioè come "autrice" dei crimini, la Republika Srpska (Repubblica serba di Bosnia ed Erzegovina) che, secondo la CIG, non aveva le caratteristiche di Stato sovrano.

⁵⁸ Cfr. MANACORDA, *Imputazione collettiva*, cit., 110.

Il doppio regime d'imputazione ora delineato segna «una presa di posizione 'progressista' sul piano dei principi», perché non era affatto scontato che una Convenzione, come quella contro il genocidio, concepita soprattutto come strumento di repressione penale, fosse pure interpretata dalla CIG come fonte di responsabilità diretta degli Stati per gli atti criminosi compiuti dai propri organi⁵⁹.

Ma questo progresso trova il suo contrappunto in un atteggiamento di prudenza da parte della Corte sotto vari altri profili, in particolare sotto il profilo dell'elevato *standard* di prova dei fatti posti a base della responsabilità dello Stato, uno *standard* perfino più scrupoloso di quello adottato, specie per il dolo di genocidio, dalla stessa giurisprudenza penale del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia⁶⁰. Sì che, nonostante la natura non penale della responsabilità statale consentisse in teoria il ricorso a *standard* di prova più elastici, la CIG ha invece adottato il livello di evidenza maggiore, presupponendo che, anche per imputare allo Stato atti criminali, benché si resti fuori del circuito penale, scorciatoie di tipo civilistico, o inversioni dell'onere probatorio⁶¹, non sono strade percorribili “a cuor leggero”.

⁵⁹ Ancora FRULLI, *Un passo avanti*, cit., 581. Peraltro, si veda già la sentenza della CIG, 24.5.1980, caso del personale diplomatico e consolare dell'ambasciata statunitense a Teheran (USA c. Iran), per violazione delle Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche e consolari del 1961-1963, dove si afferma una doppia responsabilità dell'Iran: in una prima fase, in cui studenti islamici avevano preso d'assalto l'ambasciata americana e sequestrato un gruppo di diplomatici americani, “l'Iran aveva mancato al dovere di fornire protezione adeguata alle sedi diplomatiche di paesi stranieri”, in una seconda fase, in cui l'ayatollah Khomeini aveva manifestato ufficiale apprezzamento del governo per l'azione degli studenti, per la Corte “lo Stato iraniano nel suo massimo vertice aveva fatto proprio il comportamento di quei «militanti»” privati, conseguendone “responsabilità dello Stato anche per quegli atti” (ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, cit., 13).

⁶⁰ Per un approccio prudente alla prova del dolo specifico genocidiario, v. peraltro, per il caso *Al-Bashir*, ICC (CPI), 02-/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad al-Bashir*, 4 marzo 2009 (v. i rilievi, in punto di *standard* probatorio, della Camera d'Appello formulati con la decisione del 3 febbraio 2010, *Al-Bashir*, 02/05-01/09-OA).

⁶¹ Secondo alcuni, il rifiuto della Serbia di collaborare con la CIG, fornendo taluni documenti a chiarimento di episodi contestati, avrebbe potuto consentire di in-

Da qui il risultato pratico della sentenza ha raggiunto obiettivi, per alcuni, deludenti. La CIG ha ritenuto provata la responsabilità della Serbia ‘soltanto’ per non aver fatto essa quanto in suo potere per impedire il massacro di Srebrenica e per non aver consegnato il generale Mladić al Tribunale *ad hoc* per l’ex Jugoslavia, in violazione degli obblighi di prevenire e reprimere il genocidio, negandosi quindi responsabilità diretta o per complicità⁶²; stabilendosi infine che la constatazione di responsabilità costituisse già adeguata forma di riparazione, senza prendere in considerazione un possibile risarcimento economico, in relazione anche a entità e grado delle sofferenze inferte alle vittime⁶³.

Certo, la riparazione stabilita appare modesta tuttavia, pur senza entrare nel merito della decisione, sembra condivisibile l’impostazione a monte per cui l’imputazione di crimini allo Stato attragga a sé un alto *standard* di prova, tipicamente penale, pur non avendo il giudizio della Corte natura penale. Lo Stato merita qui una tutela particolare che è in fondo la tutela del popolo, delle sue istituzioni e della sua storia, sia pur fatta di luci e di ombre. Lo Stato mantiene uno zoccolo duro di protezione, sia per l’esclusione di una sua responsabilità penale, sebbene siano a esso imputabili crimini, attraverso l’azione di persone agenti per suo conto, in base alla violazione di Convenzioni specifiche; sia perché la stessa responsabilità internazionale statale può godere di uno statuto di garanzia, perlomeno probatoria, che nulla ha da invidiare all’elevato *standard* della prova penale. Un tale duplice

vertire l’onere della prova e conseguentemente di dedurre, rispetto a quei fatti, il *dolus specialis* genocidiario dagli elementi a disposizione, seguendo un indirizzo già proprio, in particolare, della Corte interamericana dei diritti dell’uomo (così ad esempio il Vice-Presidente della Corte, giudice Al-Khasawneh, nella sua Opinione dissenziente allegata alla sentenza della CIG in esame, par. 35).

⁶² Anche nella sentenza della CIG, 3.2.2015, caso Croazia c. Serbia, cit., la Corte ha seguito una linea ‘prudente’, dal punto di vista probatorio, affermando che né la Serbia né la Croazia si resero direttamente responsabili di genocidio, circoscrivendo la loro responsabilità al solo fatto di non averlo impedito. La Corte ha infatti ritenuto che nessuna delle due parti in causa è stata in grado di fornire prove sufficienti a sostegno delle proprie accuse (reciproche) di genocidio.

⁶³ Similmente a una strada già battuta, su questo punto, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

‘privilegio’ appare giustificato alla luce dei complessi interessi di natura politica che entrano in gioco, quando si associ lo Stato, nel suo insieme, alla commissione di crimini internazionali; interessi, questi, che reclamano speciale cautela nell’irrogare sanzioni, ancorché non strettamente penali⁶⁴.

4. *Punire le imprese multinazionali: possibilità all’orizzonte e principio di complementarità*

Diverso è pensare alla prospettiva di punire enti privati (o enti pubblici economici) per crimini soggetti alla giurisdizione della Corte penale internazionale.

⁶⁴ Non tutto nel percorso di ‘conservazione e rinnovamento’ delineato nel testo è peraltro condivisibile. In particolare, lascia perplessi la sentenza della CIG del 3 febbraio 2012, nel caso Germania c. Italia, con cui la Corte si è pronunciata per il difetto di giurisdizione della Repubblica italiana nei confronti della Repubblica federale tedesca nei giudizi civili di risarcimento per fatti relativi alla commissione, sotto il Terzo Reich, di crimini di guerra e contro l’umanità ai danni di cittadini italiani. Contro tale discutibile pronuncia ha invero ‘reagito’ la nostra Corte costituzionale che, investita della questione, con la sentenza n. 238/2014, ha dichiarato fra l’altro l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 della l. n. 848 del 1957 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite), limitatamente all’esecuzione data all’art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3.2.2012 cit., «che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi dei diritti inviolabili della persona». Il nodo problematico della sentenza cit. della CIG sta nella prevalenza accordata all’immunità dello Stato – sul piano formale processuale –, che pur riconosciuta dal diritto consuetudinario internazionale, va a impattare gravi violazioni di diritti fondamentali dell’uomo. Appare iniquo che tale immunità non incontri un limite di rilevanza, ove gli illeciti integrino un crimine di guerra o contro l’umanità, ciò anche quando lo Stato operi nell’esercizio della propria sovranità (cfr. già Cass. civ., sez. un., Ferrini, n. 5044 del 2004). Va ricordata qui anche l’evoluzione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, tesa ad attribuire una responsabilità agli Stati firmatari della CEDU per violazioni dei diritti convenzionali (torture, uccisioni arbitrarie, abusi sessuali, illegittime privazioni di libertà) commesse nel corso di operazioni belliche (missioni di *peacekeeping*, *peace enforcement* ecc.) al di fuori del proprio territorio sovrano, anche relative a crimini di guerra o crimini contro l’umanità compiuti dalle proprie forze militari (v., come espressione del c.d. “diritto dei diritti umani”, in opposizione al c.d. “imperialismo dei diritti”, i casi *Al Skeini c. Regno Unito* e *Al-Jedda c. Regno Unito*, decisi dalla Corte EDU con le sentenze del 7 luglio 2011).

L'attuale configurazione del diritto internazionale si rivela in particolare inadeguata ad assicurare piena tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, quando della violazione di tali diritti siano corresponsabili quei giganti dell'economia che sono le imprese multinazionali. D'altro canto, la loro pertinenza all'economia, il loro 'non essere' politico, rende accettabile l'idea punitiva. Quand'anche infatti una multinazionale supporti il piano *politico* di un governo (ad esempio, vendendo ad esso armi nella consapevolezza del loro impiego in crimini di guerra), il supporto dato resta soggiogato alla natura economica dell'interesse, al fine affaristico privato della società, cosa che ne rende appunto tollerabile la punizione.

Nella più ampia cornice della costruzione di una responsabilità sociale delle imprese multinazionali per la tutela dei diritti umani, il diritto penale potrebbe assumere un ruolo d'impulso importante. I principali strumenti normativi adottati sinora, quali il Patto Globale delle Nazioni Unite, la Dichiarazione Tripartita di Principi sulle Imprese Multinazionali e la Politica Sociale, le Linee guida dell'OCSE destinate alle Imprese multinazionali, denotano l'assenza di norme direttamente vincolanti, che rendano tali imprese destinatarie di stringenti obblighi di diritto internazionale⁶⁵. Ecco perché, com'è accaduto per gli individui, il diritto penale potrebbe veicolare una soggettività di diritto internazionale per le società, rendendole finalmente titolari di doveri 'forti' in campo umanitario.

L'ipotesi d'introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche diverse dallo Stato fu avanzata già nel corso della Conferenza di Roma per l'istituzione della CPI⁶⁶. La proposta fu

⁶⁵ Si vedano anche le "Norme sulle responsabilità delle imprese transnazionali e delle altre imprese commerciali in materia di diritti umani", documento adottato il 13.8.2003 dalla Sotto-Commissione sulla promozione e protezione dei diritti umani delle Nazioni Unite.

⁶⁶ La proposta (sostenuta soprattutto dalla delegazione francese), all'art. 23(5) del progetto di Statuto, così recitava: «*The Court shall also have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such persons or by their agencies or representatives*». Inoltre si prevedeva che «*The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices in the same crimes*».

scartata per ragioni che oggi paiono superate. Ancora nel 1998 la punibilità degli enti non aveva raggiunto nei singoli paesi la diffusione che ha attualmente nel mondo. Vi era allora la preoccupazione che gli Stati privi di una disciplina specifica potessero incorrere in una situazione di mancanza di volontà o incapacità giuridica di processare eventuali società accusate di crimini internazionali, cosa che avrebbe imposto alla CPI, *ex art. 17 St.*, di procedere in ossequio al principio di complementarità.

Dicevo però come il quadro delle discipline nazionali sia mutato, e come anche nei paesi europei di tradizione latino germanica il principio *societas delinquere potest* abbia ormai messo radici stabili, pur con diversità classificatorie, fra l'amministrativo e il penale, tra i singoli ordinamenti. Semmai oggi il problema appare rovesciato; perché la pur opportuna punibilità delle imprese multinazionali si scontra con la realtà di un prevedibile immobilismo internazionale per i prossimi anni, considerato che la revisione dello Statuto della Corte non ha apportato modifiche sul punto, lasciando uniche soggette a giurisdizione le persone fisiche (artt. 1 e 25 St.). Ed allora è la politica della complementarità che va valorizzata per muoversi, sia pure a piccoli passi, verso il traguardo desiderato.

Gli Stati parti rappresentano la trincea più avanzata nella lotta ai crimini internazionali.

La Corte penale internazionale di regola fa la riserva, entra in gioco soltanto se, come detto, lo Stato è inerte o incapace di processare i presunti responsabili dei crimini. In questa prospettiva, sta innanzitutto agli Stati contribuire a quel progetto di giurisdizione universale che è alla base della filosofia dello Statuto di Roma⁶⁷. Nulla vieta al singolo Stato parte di prevedere, nella normativa interna, che al catalogo dei crimini internazionali sia collegata la responsabilità delle persone giuridiche *oltre* a quella delle persone fisiche: un di più di tutela, rispetto al 'minimo' previsto

⁶⁷ Sulle prospettive e i limiti del principio di giurisdizione universale, MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012, 21 ss.

nello Statuto, dimostrerebbe un atteggiamento dello Stato in linea con quella reattività penale che lo Statuto incoraggia, in totale concordanza con la finalità primaria del principio di complementarietà (10° considerando, artt. 1 e 17 St.), che vuole lo Stato primo protagonista nella repressione dei crimini internazionali.

Vediamo ora cosa in particolare può fare l'Italia a livello di legislazione nazionale.

5. *L'adeguamento italiano allo Statuto della Corte penale internazionale. Crimini internazionali e responsabilità da reato degli enti, de iure condendo. Per una teoria unitaria della responsabilità penale delle persone. Ragioni per il mantenimento dell'esclusione dello Stato, degli enti territoriali e degli enti pubblici non economici dalla disciplina del d.lgs. 231/2001*

Le cose da mettere in agenda non sono poche.

L'Italia ha solo da poco tempo provveduto ad adeguare la propria normativa allo Statuto della CPI con la l. 20 dicembre 2012 n. 237, tuttavia l'adeguamento ha riguardato soltanto il capitolo della cooperazione giudiziaria internazionale. A tutt'oggi non abbiamo un *corpus* interno dei crimini internazionali per i quali la Corte ha giurisdizione; sì che prima anche solo di porsi il problema della punibilità degli enti è necessario adoperarsi affinché i crimini suddetti entrino a far parte integrante del nostro ordinamento penale.

Del resto appare disorganico che il Parlamento si occupi, sia pure in ciò sollecitato dall'Unione Europea, dell'introduzione del reato di negazionismo, inteso come negazione di crimini di genocidio, di crimini contro l'umanità o di crimini di guerra⁶⁸, senza aver appunto provveduto prima a una sistematica previ-

⁶⁸ Si veda il disegno di legge (S. 54-A, Amati e a.) intitolato: "Modifiche all'art. 414 del codice penale in materia di negazione di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, nonché di apologia di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra". Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il Senato ha approvato l'introduzione di una fattispecie aggravante di negazionismo, che va a modificare l'art. 3 della l. n. 654/1975.

sione di essi (com'è avvenuto, ad es., col *Volkerstrafrechtsgesetzbuch* tedesco del 2002⁶⁹). Si dà l'idea di una politica criminale che procede per sussulti e che perde di vista la complessità e gli aspetti veramente prioritari della tutela penale dei diritti umani.

Di un adattamento completo si sono occupate, anni addietro, diverse Commissioni ministeriali (sia pure alcune con compiti specifici) e talune iniziative parlamentari⁷⁰. Il tutto, però, come appena detto, è sfociato in una legge, quella del 2012 cit., con la quale si è rinunciato ad adeguare il nostro diritto penale sostanziale allo Statuto della Corte⁷¹.

Vi sono elementi che dovrebbero premere, oggi, in senso contrario.

Anzitutto va ricordato il principio della *responsabilità di proteggere*, affermato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite già nel 2005. In base ad esso «tutti gli Stati hanno la responsabilità di proteggere le loro popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica, dai crimini contro l'umanità»; i membri delle Nazioni Unite inoltre hanno l'obbligo di assistere gli Stati nell'adempimento dei loro doveri, e «quando uno Stato viene manifestamente meno alle sue responsabilità, soggetti esterni devono assumere iniziative tempestive e decisive per proteggere le popolazioni da quei crimini con forme compatibili con la Carta delle Nazioni Unite».

Lasciando da parte le perplessità che la *Responsibility to Protect* può sollevare riguardo a un'eventuale legittimazione dell'uso della forza contro la sovranità di Stati nazionali, qui basti sottolineare l'importanza di questo principio, se riportato alla dimen-

⁶⁹ La Germania ha scisso la parte di adeguamento sostanziale dalla cooperazione internazionale regolata con apposita legge, anch'essa del 2002 (IStGHG).

⁷⁰ V. i lavori delle seguenti Commissioni ministeriali: Pranzetti (1998), La Greca - Lattanzi (1999), Conforti (2002), Scandurra (2002), e il disegno di legge n. 2724, presentato alla Camera dei Deputati il 9 maggio 2002 da on. Kessler e a., intitolato: "Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte Penale Internazionale". Per un esame più ampio, AMATI - CACCAMO - COSTI - FRONZA - VALINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 67 ss.

⁷¹ Salvo specifici adattamenti relativi, in particolare, all'introduzione dei delitti contro la Corte penale internazionale (art. 10 l. n. 237/2012).

sione della tutela giudiziaria, tendenzialmente universale, che ogni Stato può e deve approntare in difesa dei diritti umani⁷².

Non v'è dubbio che questa responsabilità andrebbe assunta anche attraverso un'adeguata e completa legislazione nazionale, per quanto riguarda l'Italia, in materia di crimini internazionali. Secondariamente, va ricordato che gli emendamenti di Kampala apportati allo Statuto della Corte penale internazionale, in modo particolare per i crimini di aggressione, possono costituire l'occasione per adeguare la legislazione italiana non solo agli specifici profili emendati dello Statuto ma appunto al sistema intero dei crimini sottoposti alla giurisdizione della Corte⁷³.

I vantaggi non sarebbero pochi, e non soltanto sul piano dell'efficacia della repressione, introducendo nuove figure criminose e i loro elementi di contesto⁷⁴, ma anche sul piano delle garanzie della persona.

L'introduzione di un corpo organico di crimini internazionali richiederebbe certo un lavoro attento di costruzione del sistema, a evitare che esso si presti a promuovere 'normali' reati, pur gravi, in crimine che offende la coscienza universale⁷⁵. La

⁷² Per una critica al modello della responsabilità di proteggere se piegata a nuove forme di colonizzazione occidentale, nel segno di «una politica "insaziabile" dei diritti umani (...) in un gioco internazionale governato dalla forza», da ultimo, VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 35.

⁷³ Anche le recenti cronache giudiziarie mostrano l'opportunità – per eventuali fatti futuri – di un corpo organico interno di crimini internazionali. Si pensi al processo incardinato dinanzi alla Corte d'Assise di Roma (2014), contro una ventina di *ex* esponenti dei regimi militari di Bolivia, Cile, Perù e Uruguay per la morte e la sparizione tra il 1973 e il 1978 di 23 cittadini di origine italiana, nel quadro del famigerato "piano Condor", un accordo di cooperazione concluso tra le dittature di sette paesi del c.d. Cono Sud, in America latina, finalizzato allo scambio di informazioni e prigionieri, con migliaia di persone che, in esecuzione del piano, vennero uccise, incarcerate, torturate e fatte sparire.

⁷⁴ Soprattutto occorrono nuove figure criminose e i relativi elementi di contesto per i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e di aggressione; anche per il genocidio, d'altra parte, pur previsto dalla l. n. 962/1967, un aggiornamento normativo è altamente auspicabile.

⁷⁵ I fatti commessi dalle forze dell'ordine tra il 20 e il 21 luglio 2001 alla scuola Diaz e nella caserma di Bolzaneto, durante i giorni del G8 a Genova, e i problemi di prescrizione dei reati, da un lato hanno evidenziato la mancanza nel nostro ordinamento del reato di tortura, tipico atto costitutivo di crimine contro l'umanità, ma d'al-

previsione di simili crimini non andrebbe intesa cioè come incentivo a ingigantire le qualificazioni penali. Quanto piuttosto dovrebbe sollecitarci a ricollocare verso il basso, a vederli nella loro giusta luce, tutta la gran massa dei fatti che, sebbene gravi, restano pur sempre ben al di sotto del *male assoluto*; recuperando un senso della proporzione nella gravità dei reati che, nell'esperienza italiana recente, si è in verità un po' smarrito.

Inoltre, l'adeguamento interno andrebbe esteso anche alla parte generale dello Statuto regolando, in primo luogo, il potere dell'interpretazione in modo conforme⁷⁶. Nonostante infatti il complesso reticolo delle fonti internazionali lasci pensare a un sistema aperto all'apporto creativo della giurisprudenza, in realtà il principio *nullum crimen sine lege* dell'art. 22 St. prevede che la definizione di un crimine, in anticipo sul divieto d'analogia, sia interpretata in senso restrittivo, stabilendo altresì che, nel dubbio, la definizione vada interpretata a favore della persona indagata, imputata o condannata (par. 2)⁷⁷.

tro lato fanno temere che un 'codice penale internazionale' potrebbe essere impiegato, nella prassi, sia per rendere più forte l'impatto simbolico mediatico del processo, sia per eludere la prescrizione (facendo leva sull'imprescrittibilità dei crimini internazionali più gravi). Quel che è avvenuto in Argentina, con la sentenza *Derecho* della Corte Suprema (*Corte Suprema de Justicia de la Nación, Derecho, René Jesus s/recurso extraordinario*, 1 settembre 2006), è istruttivo. La Corte Suprema, infatti, ha dovuto respingere l'interpretazione avanzata dai tribunali inferiori, i quali, per poter applicare la regola dell'imprescrittibilità, avevano qualificato un singolo episodio di tortura compiuta da più poliziotti, durante l'interrogatorio di un cittadino, come crimine contro l'umanità, basandosi sulla presunta esistenza di una *prassi sistematica* delle forze di Polizia, che si sarebbe appunto 'distinta' per maltrattamenti e torture negli interrogatori. La Corte ha escluso l'elemento di contesto, argomentando anche con la mancanza di una politica statale che avesse ordito simile prassi, riportando i fatti oggetto di contestazione a una più ragionevole misura di disvalore. (Nelle more della pubblicazione, dopo la sentenza della Corte EDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, relativa ai fatti della scuola Diaz di Genova, la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge C. 2168, concernente l'introduzione del reato di tortura nel nostro codice penale).

⁷⁶ Le modifiche di parte generale dovrebbero comunque includere una disciplina specifica per i crimini internazionali commessi all'estero, integrando le ipotesi di cui agli artt. 6 ss. c.p., come già proposto dalla Commissione Conforti. Bisognerebbe altresì coordinare le norme costituzionali sulle immunità (artt. 68, 90, 122 Cost.) con l'irrilevanza della qualifica ufficiale di cui all'art. 27 StCPI.

⁷⁷ Sulle fonti del diritto penale internazionale, per tutti, CATENACCI, "*Legalità*" e "*tipicità del reato*" nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, *passim*.

Significativi sarebbero i benefici per il nostro ordinamento se nell'attuale confusione di ruoli esistente tra il legislativo e il giudiziario si seguisse questa regola di riordino dei poteri, imponendo espressamente al giudice sia la stretta interpretazione della disposizione, sia di implementare la regola *in dubio pro reo* già nel cuore dell'operazione ermeneutica, prendendo atto della possibile incertezza di significato della norma penale, nel mosaico di elementi che ne compongono il messaggio, nel fitto interscambio tra fonte nazionale e sovranazionale⁷⁸. Tale regola apporterebbe prevedibili vantaggi a tutto il diritto 'punitivo': l'esperienza insegna che per gli stessi enti collettivi, nell'applicazione del d.lgs. n. 231/2001, non mancano purtroppo forzature del principio di legalità che allontanano questo sottosistema dallo statuto di *massima* garanzia, suo proprio⁷⁹.

Ma oltre a ciò, è decisivo affinare la teoria concorsuale della responsabilità⁸⁰. L'esempio offerto dal diritto penale internazionale anche qui è istruttivo: i vari paradigmi del concorso, lo sforzo in questa sede di differenziare ruoli e condotte, rendono ancor più evidenti gli aspetti d'incostituzionalità del nostro art. 110 c.p., che maestri del diritto, del calibro di Giuliano Vassalli, hanno con forza denunciato, in modo particolare per la genericità intollerabile dei comportamenti punibili⁸¹.

⁷⁸ Già FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla denominazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1007 ss., aveva richiamato il principio di «chiarezza» della norma incriminatrice, secondo cui il risultato di un «dubbio normativo» rappresenta il limite dell'interpretazione.

⁷⁹ La riconduzione dell'impresa individuale nel raggio d'azione dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001 (così, Cass. pen., sez. III, 20.4.2011, n. 15657, in *Riv. pen.*, 2011, 764) costituisce l'esempio più vistoso di *vulnus* inferto al principio di legalità; peraltro, sottolinea, da ultimo, come la responsabilità da reato degli enti vada improntata allo *standard*, ineludibile, della *massima garanzia*, pur dovendosi contemperare tale parametro con le ragioni dell'efficienza preventiva, Cass. pen., sez. un., 18.9.2014, n. 38343, Thyssenkrupp A.S.T., 204.

⁸⁰ Riconduce anche la responsabilità degli enti alla luce del paradigma concorsuale, Cass. pen., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, in *Guida dir.*, 2008, 30, 89.

⁸¹ VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, 345-346: «L'art. 110 del codice penale del 1930 è la disposi-

Non è pensabile di approcciare i vari contesti ‘sistemici’, o presunti tali, della criminalità moderna senza finalmente prevedere un modello analitico di condotte, soprattutto per quell’insieme di atti riconducibili alla sfera del concorso morale, che caratterizza i livelli superiori delle catene di comando nella realizzazione dei reati di ‘apparato’⁸². Semmai, lo sforzo da compiere è quello di migliorare la stessa tipizzazione dei contributi concorsuali e il trattamento sanzionatorio così come previsti nello Statuto della CPI. In questa prospettiva, la ‘responsabilità da comando’ deve essere migliorata, specie per la discutibile equiparazione punitiva, che l’art. 28 consente, tra ipotesi dolose e colpose, tra omesso impedimento del crimine e omessa denuncia o punizione dei colpevoli⁸³.

In linea generale, si dovrebbe provvedere finalmente a una regolazione dettagliata delle posizioni di garanzia, in modo speciale degli obblighi d’impedimento di reati, superando lo stato attuale d’incertezza in cui è la giurisprudenza a riempire di concreto contenuto la clausola di equivalenza *ex art. 40 comma 2 c.p.*, e a individuare le singole posizioni di garanzia in base a un concetto molto ampio dei poteri impeditivi⁸⁴. In un’epoca nella quale si predica certezza del diritto, esatta prevedibilità dei rischi penali, vi sono ambiti nei quali regna l’incertezza, in cui le discordanze giurisprudenziali, sulle stesse norme, si inseguono in modo preoccupante⁸⁵.

zione più incostituzionale che esista nell’ordinamento italiano, quanto meno nell’ordinamento penale. Essa contraddice in modo flagrante l’art. 25 comma secondo della Costituzione (...) nella costante e uniforme interpretazione datavi da dottrina e giurisprudenza, che vogliono che la determinatezza del precetto sia elemento essenziale del principio di legalità. L’art. 110 viola in modo flagrante sia il principio costituzionale di legalità sia il principio costituzionale d’eguaglianza».

⁸² Sia permesso il rinvio a SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, 193 ss.

⁸³ Conf. DAMAŠKA, *L’incerta identità*, cit., 44-45.

⁸⁴ Diversamente, distingue l’obbligo d’impedimento, in senso proprio, dall’obbligo di sorveglianza come tale estraneo all’art. 40 cpv. c.p., FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1984, 382 ss.

⁸⁵ Cfr. VINCIGUERRA, *Sull’intralcio all’amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI Secolo*, 2014, 195 ss.

Guardando in particolare all'organismo di vigilanza, nel quadro di responsabilità degli enti, incerto è se i suoi membri (o l'organo monocratico) siano o meno titolari di una posizione di garanzia per i reati oggetto di controllo. E l'incertezza è data appunto dall'essere il 'potere di impedire' ricostruito, in via interpretativa, a troppo largo raggio. Viceversa, la legge stessa dovrebbe escludere espressamente che dall'organismo di vigilanza possano germinare obblighi impeditivi individuali. La svolta costituita dai modelli organizzativi dovrebbe anzi preludere al graduale cambio della guardia, dall'individuo all'ente, nella titolarità di posizioni di garanzia anti-reato in ambito societario⁸⁶.

Il confronto con il diritto internazionale dovrebbe poi dissuaderci dalla moda dei rimproveri totalizzanti: del rinvenire ovunque *sistemi criminali* secondo stereotipi sociologici abusati. La riluttanza internazionale alle punizioni collettive andrebbe emulata contro l'impiego disinvolto di modelli associativi rispetto ai quali, com'è noto, scarseggiano nella prassi solidi ancoraggi della punibilità, prevalendo ricostruzioni 'liquide' e ben poco selettive dell' 'organizzazione'. La logica dell'emergenza, nel contrasto alla criminalità organizzata, rischia ormai di contaminare l'intero ordinamento e di trasformarsi in *emergenza normalizzata* per i più svariati fenomeni delinquenziali.

Fuori di ogni pretesa emergenziale, va collocata l'eventuale previsione per i crimini internazionali di una responsabilità anche degli enti collettivi. Il d.lgs. n. 231/2001 potrebbe essere esteso a tali crimini, ove introdotti in Italia, tenendo conto del fatto che esso comprende già i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*). Specie l'aggiunta dei crimini contro l'umanità, nel vivo della tragedia planetaria del terrorismo islamico⁸⁷, avrebbe un forte valore di com-

⁸⁶ Interessante, come 'linea guida' di riferimento, è l'art. 16 comma 3 d.lgs. n. 81/2008, in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, per il quale l'obbligo di sorveglianza del datore di lavoro sulle funzioni espletate dal delegato si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello organizzativo di verifica e controllo di cui all'art. 30 comma 4.

⁸⁷ In argomento, FASANI, *Terrorismo islamico e giustizia penale*, Pavia, 2014, 104 ss.

pletamento della tutela penale. Sennonché, bisogna prestare attenzione a una problematica già esistente: la notevole ampiezza del catalogo dei reati fonte di responsabilità per l'ente; catalogo che si è andato sempre più allungando, con l'innesto di figure criminose anche diversissime tra loro (artt. 24 e ss.).

Il d.lgs. n. 231/2001, inoltre, non si limita a irrogare sanzioni all'ente cui sia oggettivamente imputabile il reato commesso dal proprio organo, ma prevede anche, come forma di colpevolezza collettiva, il cattivo funzionamento dell'*organizzazione* e del *controllo* (artt. 6-7)⁸⁸. È un sistema, questo, che attraverso l'onere del modello organizzativo mira a cambiare le regole di vita delle società e in ultima analisi delle persone fisiche che vi agiscono all'interno. L'effetto regolatore va dunque in profondità, e anche se in forme diverse e certo meno intense del passato, riaffiora l'immagine di norme vagamente 'totalitarie', che coinvolgono cioè la totalità del gruppo sociale nel suo doversi immedesimare nell'etica della legalità. *Organizzazione* e *controllo* tuttavia non possono opprimere individui e imprese⁸⁹.

Se per giunta attorno ai *compliance programs* si vuol sviluppare un programma di armonizzazione delle legislazioni europee⁹⁰, a maggior ragione occorre interrogarsi sui limiti d'intervento, per far sì che questo progetto ambizioso di *common model*, che molto prende dall'originalità dell'esperienza italiana, non finisca, suo malgrado, con l'aumentare la percezione diffusa

⁸⁸ Cfr. STILE, *La natura giuridica della responsabilità dell'ente e i suoi rapporti con la responsabilità individuale*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium. Sapienza University of Rome 12-14 May 2011*, edited by Fiorella-Stile, Napoli, 2012, 37 ss.

⁸⁹ Sulla possibilità che modello organizzativo e correlate sanzioni possano trasformare profondamente l'atteggiamento etico della singola società, imponendo un programma rieducativo totale che non si potrebbe imporre, con la pena, a una persona fisica, v. l'ampia monografia della de MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, *passim*.

⁹⁰ V. la proposta di "Guidelines on Liability 'ex crimine' of Legal Entities in EU Member States" formulata in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Vol. II. Towards a Common Model in the European Union*, edited by A. Fiorella, Napoli, 2012, 433 ss., e in particolare i paragrafi 6 e 7 delle linee guida.

della UE come burocrazia tecnocratica, come cappa di regole che grava sulle libertà delle persone⁹¹.

Tornando alla nostra disciplina nazionale, dicevo che l'asse tra modelli organizzativi e tipologie di reato da prevenire ha valore strategico. Il novero esteso e qualitativamente diversificato di reati, rispetto a cui l'ente deve apprestare cautele, determina l'enorme difficoltà, se non l'inesigibilità, di predisporre presidi e controlli che, soprattutto nelle grandi imprese, possano parare i colpi in tutte le direzioni, per tutte le aree di rischio individuabili. Né convince che, per far fronte a simili compiti, gli appartenenti all'organizzazione finiscano sotto la spada di Damocle di una vigilanza pervasiva⁹², di regole del sospetto (come la rotazione di incarichi, lo spostamento di sede ecc.), di sanzioni disciplinari anche per infrazioni soltanto precauzionali, mere anticamere del reato. L'implicito mutamento del modello antropologico di riferimento, dall'«uomo onesto» al «delinquente potenziale», che sta dietro questa filosofia della sorveglianza «forte», si fa gravido di controindicazioni rispetto ai reati dolosi, che sono poi la stragrande maggioranza dei reati per i quali l'ente risponde ai sensi del d.lgs. 231/2001. Qui infatti la scelta di rottura con la legge penale è per definizione voluta dal soggetto e dunque la regola cautelare anti-reato, con un salto qualitativo netto rispetto alla colpa, finisce con lo svolgere una funzione correzionale preventiva sull'individuo stesso, per il rischio che è insito in lui di ribellione ai valori, in una sorta di presunta pericolosità sociale, difficilmente compatibile però essa con il quadro dei principi costituzionali in materia penale.

⁹¹ Particolarmente attento, non a caso, ai profili di garanzia nella proposta di un modello comune di responsabilità da reato degli enti in ambito UE, FIORELLA, *From 'Macro-Anthropos' to 'Multi-Person Organisation'. Logic and Structure of Compliance Programs in the Corporate Criminal Liability*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability*, cit., 374 ss.

⁹² Su un modello di vigilanza esercitata «in modo continuativo e pervasivo», VIZZARDI, *Prevenzione del rischio-reato e standard di adeguatezza delle cautele: i modelli di organizzazione e di gestione di società farmaceutiche al banco di prova di un'indagine peritale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1256.

Più allora si amplia la gamma dei reati oggetto di prevenzione, oltre l'ambito dei reati economici, più occorre pensare a un modello organizzativo ragionevolmente sostenibile, che non spinga le società o a un adeguamento solo di facciata alla legge, o al contrario a un adeguamento 'compulsivo', nella speranza che un modello *forte* di organizzazione sia più facilmente valutato con favore dal giudice nell'accertamento di responsabilità dell'ente *ex crimine*.

Non è indifferente la definizione della responsabilità degli enti, che a mio avviso è sostanzialmente penale a dispetto dell'etichetta amministrativa. La consapevolezza della natura penale di tale responsabilità deve spingere più decisamente nella direzione di salvaguardare le libertà non solo dell'ente, ma anche delle persone fisiche che risentono, in termini di sacrificio, delle strategie preventive elaborate sulla scorta del d.lgs. n. 231/2001. In fondo, il sistema penale esprime una continuità tra persone fisiche e giuridiche, e le responsabilità in concorso di ente e individuo seguono un percorso unitario di ricostruzione delle garanzie a partire dal principio di legalità, per arrivare al principio di colpevolezza. In questa luce, non è pensabile che l'organizzazione debba far leva sul principio del 'giro di vite' di regole, controlli e sanzioni; bensì il progetto culturale della legalità dovrebbe privilegiare percorsi di formazione del personale e del *management*, forme dialogiche tese a favorire adesione alla proposta etica, a forgiare la capacità persuasiva dell'organizzazione, che affidi alla sanzione disciplinare ruolo di chiusura sì necessario, ma al contempo ragionevole e rispettoso di uno spazio vitale delle persone, messo al riparo da eccessi di vigilanza⁹³.

⁹³ Per modelli organizzativi 'forti', con riferimento all'«elusione fraudolenta» di cui all'art. 6, comma 1 lett. c), d.lgs. n. 231/2001, v. Cass. pen., sez. V, 30.1.2014, n. 4677, Impregilo s.p.a.; in dottrina, sull'argomento, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, 37 ss.; a proposito della decisione del G.U.P., Trib. Milano, 17.11.2009, Impregilo, di segno opposto alla decisione della Cassazione, PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010, 476 ss.; in generale, sui modelli di organizzazione, gestione e controllo, PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'mo-*

Il tasso di democraticità d'apparato si può dunque misurare sul terreno della tollerabilità dei controlli, sulla 'sostenibile leggerezza' delle architetture societarie chiamate alla prevenzione interna di fronte a una gamma di rischi-reato che è già *de iure condito* estremamente ampia⁹⁴. Infoltirla ulteriormente, in futuro, con i crimini internazionali si conferma, alle condizioni testé delineate, e soltanto a tali condizioni, opzione ancora praticabile, anche eventualmente modificando le regole territoriali di cui all'art. 4 d.lgs. 231/2001, con riguardo al raggio d'azione transnazionale delle imprese multinazionali⁹⁵.

La punibilità per tali crimini, come ho sostenuto sopra, dovrebbe riguardare essenzialmente le persone giuridiche private, ovvero gli enti pubblici economici, in linea d'altronde con l'attuale disposizione dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001. È risaputo però che da più parti, anche alla luce del Piano nazionale anticorruzione di cui alla legge Severino (l. n. 190/2012), si spinge in Italia in direzione di un'estensione della responsabilità da reato anche agli enti pubblici territoriali e non economici; sembrando superato tale privilegio di impunità, proprio alla luce della rivoluzione organizzativa della P.A. in chiave anticorruzione imposta dalla menzionata legge Severino, nonché alla luce del ventaglio ampio, e non esclusivamente economico, dei reati inseriti nell'attuale catalogo del d.lgs. 231/2001⁹⁶.

dello organizzativo' ex d.lgs. 231/2001), in AA.VV., Studi in onore di Mario Romano, III, Napoli, 2011, 2049 ss.

⁹⁴ Segnalo qui due norme del d.lgs. 231/2001 che confermano, con particolare evidenza, la facoltà accordata agli enti di predisporre modelli organizzativi (anche economicamente) sostenibili. L'art. 6, comma 4-*bis*, che alle società di capitali consente di assegnare le funzioni dell'organismo di vigilanza al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo della gestione. Tale norma permette una chiara semplificazione organizzativa, che non può non avere ricadute sul modo stesso di valutare adeguatezza ed efficace attuazione del modello. Il comma 4 dell'art. 6 consente a sua volta, come ulteriore semplificazione, che negli enti di piccole dimensioni le funzioni di vigilanza siano svolte direttamente dall'organo dirigente.

⁹⁵ In generale, riguardo alle multinazionali, MANACORDA, *Appunti sulle potenzialità e i limiti di applicazione territoriale delle norme in materia di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *First Colloquium*, cit., 409 ss.

⁹⁶ Cfr. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1256; propone una modifica delle sanzioni in caso applicabili agli enti

Le ragioni contrarie, a favore del mantenimento di tale privilegio, sono diverse; ricordo qui il problema delle sanzioni che, rispetto allo Stato e agli altri enti pubblici non economici, che svolgano servizi essenziali per i cittadini, potrebbero con difficoltà tradursi in sanzioni interdittive⁹⁷. Ma, su tutto, vi è il nodo irrisolto della «tensione tra responsabilità politica e responsabilità penale degli enti pubblici»⁹⁸. Nell'ottica di salvaguardia della natura politica dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, e anche di quel po' o tanto che di politico si riflette in enti pubblici non economici, quali le nostre Università, mi sembra a tutt'oggi preferibile, senza che ciò appaia vero privilegio, mantenere vivo l'adagio *societas publica delinquere non potest*, seguendo in questo le ragioni profonde della soluzione 'conservatrice' del diritto internazionale che tiene al riparo gli Stati, e la loro caleidoscopica essenza, dalla elementare severità della sanzione penale⁹⁹.

pubblici, valorizzando la misura dello scioglimento degli organi di governo dell'ente, FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 12.

⁹⁷ Sottolinea, per lo Stato, il rischio di «una paradossale coincidenza fra il soggetto che commina ed applica la pena e il soggetto che la subisce, nell'ambito (...) di un sistema giuridico nazionale», MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 765.

⁹⁸ Così PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*. *Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011, 324.

⁹⁹ Si mantiene l'esclusione della punibilità degli enti pubblici classici nel progetto di *Guidelines on Liability 'ex crimine' of Legal Entities in EU Member States* (in AA.VV., *Towards a Common Model*, cit., 437), par. 2: «1. Member States shall provide for liability of private law corporations. 2. States, public bodies exercising public authorities, and public International organizations are excepted».

SEZIONE SECONDA

SVILUPPI E DISCRASIE DEL SISTEMA ITALIANO
DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI DA REATO
ANCHE ALLA LUCE DELLE SOLUZIONI
TRATTE DA ORDINAMENTI STRANIERI

ROBERTO BORGOGNO*

I RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI SULLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1. Premesse generali. – 2. La natura della responsabilità degli enti in base alla sentenza delle Sezioni Unite penali sul caso *Thyssenkrupp*. – 3. Criteri di collegamento fra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente nella più recente giurisprudenza di legittimità. – 4. Il concetto di elusione del modello organizzativo: la sentenza “Impregilo S.p.a.” del 2013. – 5. La copiosa giurisprudenza in materia di confisca sanzionatoria *ex art. 19 d.lgv. 231/2001*. – 6. La recente sentenza “Riva Fire” (Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013): associazione per delinquere e confisca del profitto del reato. – 7. (*Segue*) Confisca *ex art. 19 d.lgv. 231/2001* e profili di diritto intertemporale. – 8. (*Segue*) Il problema della confiscabilità dei “risparmi di spesa”. – 9. Altri contributi giurisprudenziali sul concetto di “profitto confiscabile” ai sensi dell'art. 19 d.lgv. 231/2001. – 10. Prospettive di evoluzione della giurisprudenza di legittimità.

1. *Premesse generali*

L'analisi della più recente evoluzione della giurisprudenza in tema di responsabilità da reato degli enti mostra caratteristiche e andamenti piuttosto singolari. Mentre si constata infatti l'esistenza di un numero esiguo di pronunce su tematiche tradizionalmente considerate centrali dalla dottrina, come quelle dei criteri di attribuzione della responsabilità da reato all'ente, della esatta qualificazione giuridica di tale responsabilità, del ruolo e dell'efficacia dei modelli organizzativi rispetto all'iscrizione della

* Ricercatore confermato di diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma.

responsabilità all'ente, molto più numerose sono le pronunce relative ad aspetti sanzionatori della responsabilità dell'ente, fra i quali spiccano in particolare quelli collegati alla confisca del profitto derivante dal reato.

A uno sguardo di insieme, in effetti, le pronunce in tema di confisca sanzionatoria *ex art. 19, d.lgv. 231/2001*, con l'analisi delle connesse problematiche relative alla definizione del concetto di "profitto confiscabile" assorbono una cospicua parte della elaborazione giurisprudenziale italiana dell'ultimo decennio nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente. Solo con la recente sentenza delle Sezioni Unite, emessa in relazione al caso Thyssenkrupp (e incentrata peraltro, com'è noto, sul problema della distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente), sembra emergere la tendenza ad affrontare, su un piano più ampio e sistematico, alcune problematiche generali relative alla responsabilità degli enti, anche sotto il profilo della compatibilità della disciplina introdotta dal d.lgv. 231/2001, con i principi costituzionali che governano la materia penale¹.

Di queste particolarità dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, sintomo, probabilmente, di una ancora limitata familiarità della giurisprudenza di merito con le tematiche più generali della responsabilità da reato dell'ente, non si può ovviamente che prendere atto. Si cercherà comunque, nel prosieguo della trattazione, di fornire un quadro sintetico ed aggiornato dello stato della giurisprudenza di legittimità in relazione all'ana-

¹ Si tratta della nota sentenza Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, imp. Espenhahn, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, con nota di ALMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*. Tale sentenza ha rigettato il ricorso proposto dalla società Thyssenkrupp avverso la sentenza della Corte d'Assise di Appello di Torino che, confermando le valutazioni del giudice di primo grado, ha ritenuto configurabile la responsabilità dell'ente in considerazione del fatto che gli amministratori apicali sono stati ritenuti colpevoli del reato di omicidio colposo plurimo commesso con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro nell'interesse o a vantaggio dell'ente e che la società non aveva adottato, né efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati come quello verificatosi, né aveva istituito un organo di vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

lisi, sia delle tematiche relative ai criteri di ascrizione del reato all'ente, sia dei più specifici problemi relativi alla confisca sanzionatoria, *ex art. 19, d.lgv. 231/2001*.

2. *La natura della responsabilità degli enti in base alla sentenza delle Sezioni Unite penali sul caso Thyssenkrupp*

Una citazione iniziale, ancor prima di intrattenersi sulle tematiche di maggior ricaduta applicativa trattate nella più recente giurisprudenza di legittimità, merita proprio la citata sentenza delle Sezioni Unite Penali emessa in relazione al caso Thyssenkrupp, nella parte in cui ampiamente si intrattiene sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla natura della responsabilità degli enti.

Dopo aver ricordato che si sono confrontate in dottrina almeno tre diverse teorie in argomento, la suddetta pronuncia sottolinea, infatti, che anche nell'ambito della giurisprudenza di legittimità si è riproposta, nel corso del tempo, la suddetta tripartizione. In alcune pronunce infatti, sia pure solo incidentalmente, le Sezioni Unite hanno affermato la natura amministrativa della responsabilità da reato dell'ente².

Un'altra complessa pronuncia delle Sezioni Unite si è invece orientata nel senso che tale responsabilità ha un fondamento strettamente penalistico, essendo imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto fisico qualificato³.

² Si tratta di Cass., SS.UU., n. 34476, del 23 gennaio 2011, Deloitte & Touche, rv. 250347; Cass., SS.UU., n. 10561 del 30 gennaio 2014, Gubert, rv. 258647. Si vedano altresì Cass., sez. VI, n. 21192 del 25 gennaio 2013, Barla, rv. 255369 e Cass., sez. IV, n. 42503 del 25 giugno 2013, Ciacci, rv. 257126. Ricorda in proposito la sentenza Thyssenkrupp che la tesi della natura amministrativa fa leva essenzialmente sulla qualificazione normativa in tal senso; sulla disciplina della prescrizione e delle vicende modificative dell'ente e sull'assenza di una disposizione afferente alla sospensione dell'esecuzione della sanzione.

³ Si tratta della nota sentenza Cass., SS.UU., n. 26654 del 27 marzo 2008, Fisia Italtianti, rv. 239922-923-924-925-926-927, sulla quale v. più diffusamente *infra*.

Un terzo filone giurisprudenziale – ricordano ancora le Sezioni Unite – ritiene invece che il d.lgv. n. 231/2001 abbia introdotto un *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo una autonoma responsabilità dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati da parte di un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato “è fatto della società, di cui essa deve rispondere”⁴.

La sentenza in argomento, pur dichiarando di non voler prendere definitiva posizione su questo dibattito e di voler invece limitarsi a considerarne le ricadute sulle questioni di legittimità costituzionale che, in relazione al *corpus* normativo introdotto con il d.lgv. 231/2001, erano state prospettate nel ricorso dalla società Thyssenkrupp, sembra tuttavia accedere alla terza delle teorie sopra ricordata.

Affermano infatti le Sezioni Unite che, da un lato, il sistema di cui si discute costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus* se si vuole, e che colgono pertanto nel segno le considerazioni della relazione che accompagna la normativa in esame quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia. Non vi sarebbe nemmeno dubbio, secondo la citata sentenza, che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo e che presenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento.

Qualunque sia l'etichetta che si voglia quindi imporre su tale sistema normativo le Sezioni Unite tengono comunque a ri-

⁴ Si riconducono, in particolare, a tale filone giurisprudenziale Cass., sez. VI, n. 27735 del 18 febbraio 2010, Scarafia, rv. 247665-666, nonché Cass., sez. VI, n. 36083, del 9 luglio 2009, Mussoni, rv. 244256.

badire quanto è stato già affermato in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità⁵, e cioè che non è ravvisabile in tale sistema alcun *vulnus* di carattere costituzionale.

Sotto il profilo del principio della responsabilità per fatto proprio la sentenza sottolinea infatti che il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine sociale è sicuramente qualificabile come “proprio” anche della persona giuridica e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda.

Parimenti è da escludere che il sistema violi il principio di colpevolezza, anche se tale principio dovrà essere considerato alla stregua della peculiarità della fattispecie in cui il rimprovero riguarda l'ente nella sua organizzazione e non il soggetto che per essa ha agito, cosicché la colpa presenta essa stessa connotati squisitamente normativi che ne segnano il disvalore.

Nessuna inversione dell'onere della prova è inoltre ravvisabile nella disciplina che regola l'accertamento della responsabilità dell'ente, “gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgv. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria”.

Non si può infine pensare a una violazione del principio di determinatezza della fattispecie, giacché gli obblighi organizzativi e gestionali imposti all'ente appaiono tutti ben delineati dalla normativa di riferimento.

3. *Criteri di collegamento fra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente nella più recente giurisprudenza di legittimità*

Preso atto della forte e generalizzata “difesa” della legittimità costituzionale del *corpus* normativo introdotto dal d.lgv. 231/2001, da parte della sentenza Thyssenkrupp, si deve consta-

⁵ Si veda, in particolare, la già citata sentenza Scarafia.

tare, scendendo più nello specifico, che i contributi più significativi della giurisprudenza di legittimità in relazione ai criteri di collegamento fra la responsabilità penale individuale e la responsabilità dell'ente e al ruolo dei modelli organizzativi nell'ambito dell'ascrizione di tale forma responsabilità possono sostanzialmente dirsi condensati nell'ambito di poche recenti e quasi coeve pronunce.

Una prima sentenza (Cass., sez. V, n. 10265 del 28.11.2013, Banca Italease S.p.A., rv. 258875)⁶ si sofferma sulla precisazione del concetto di illecito commesso “nell'interesse o a vantaggio dell'ente”⁷. Nel caso in questione l'ente era stato accusato e condannato in primo e secondo grado per aver tratto profitto dalla consumazione a suo vantaggio o, comunque, nel suo interesse dei reati di false comunicazioni sociali dannose (art. 2622 c.c.), di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.) e di agiotaggio informativo (art. 185, d.lgv. n. 58/1998), reati commessi dall'Amministratore delegato e dal Direttore generale della Banca in questione nell'ambito di una gestione finanziaria in derivati. Tale gestione si era caratterizzata per la stipulazione con la clientela corporate della banca di *interest rate swaps*, formalmente conclusi a “copertura” dei rischi di fluttuazione relativi ai finanziamenti concessi ai clienti, ma che in realtà venivano ritenuti, in ragione della complessità e rischiosità degli strumenti prescelti, veri e propri prodotti speculativi. Contestualmente la banca aveva concluso contratti speculari (“mirrored”) con controparti bancarie, anche in questo caso formalmente finalizzati a coprire l'ente dai rischi assunti con la propria clientela, ma invero costruiti in modo da consentire inizialmente di lucrare importanti *upfront*, non retrocessi alla clientela e oggetto invece di impossessamento da parte dei vertici societari.

⁶ Vedila in *Archiviopenale.it*, 2014, con nota di FULVI, *Interesse, vantaggi e profitto confiscabile in tema di responsabilità degli enti*.

⁷ Su questa centrale tematica della responsabilità degli enti la bibliografia è ormai assai cospicua: per una recente approfondita ricostruzione delle questioni ancora aperte in merito all'interpretazione della richiamata formula normativa, v. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013.

Sosteneva a tal proposito la difesa della banca che le descritte condotte, in quanto poste in essere nell'esclusivo interesse dei soggetti apicali che le avevano tenute, avevano determinato la frattura del rapporto di immedesimazione organica fra tali soggetti e l'ente, cosicché veniva a mancare uno dei presupposti fondamentali per l'ascrizione della responsabilità da reato all'ente, e cioè il conseguimento di un vantaggio economico derivante dalla commissione del fatto di reato.

La citata sentenza richiama innanzitutto un precedente della giurisprudenza di legittimità nel quale si è affermato che la formula normativa non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante*, con la conseguenza che l'interesse e il vantaggio devono ritenersi criteri imputativi concorrenti, ma alternativi⁸.

Anche la sentenza Italease riafferma i principi sopracitati escludendo quindi l'accoglibilità dell'opinione pur autorevolmente espressa secondo cui i due vocaboli utilizzati dal legislatore additerebbero in realtà all'interprete un criterio ascrittivo unitario della responsabilità da reato, riducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso obiettivo⁹. Osserva infatti la Corte che se

⁸ Si tratta di Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, Dazzo, in *Cass. pen.*, 2007, 77, che, a sostegno del suo assunto, si era rifatta, fra l'altro, alla relazione allo schema del d.lgv. 231/2001, nella quale si chiarisce che “*il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e si 'accontenta' di una verifica ex ante*” e che “*viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica ex post*”. Nello stesso senso Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 1938. Sull'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza Dazzo, si veda altresì DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale* (diretto da GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO), *Parte generale*, Milano, 2008, 157.

⁹ Per questa tesi v. invece, in dottrina, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 95.

non può sussistere dubbio alcuno circa il fatto che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di terzi alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a rispondere dell'illecito amministrativo *ex d.lgv. n. 231/2001*, ciò peraltro non significa che il criterio del vantaggio perda automaticamente di significato. Infatti – osserva la Corte – “ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato *ex ante* alla consumazione dell'illecito e purché non sia, come detto, contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi”.

La giurisprudenza di legittimità si attesta insomma sulla teoria secondo la quale è corretto attribuire alla nozione di interesse accolta nel primo comma dell'art. 5 una dimensione non propriamente od esclusivamente soggettiva, che determinerebbe una deriva psicologica nell'accertamento della fattispecie. Osserva infatti la sentenza Italease che la legge non richiede necessariamente che l'autore del reato abbia voluto perseguire l'interesse dell'ente perché sia configurabile la responsabilità di quest'ultimo, né è richiesto che lo stesso sia stato anche solo consapevole di realizzare tale interesse attraverso la propria condotta, come del resto sembra confermato dall'art. 8, lett. *a*), *d.lgv. 231/2001* – in base al quale la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o non è imputabile – e dall'introduzione negli ultimi anni di ipotesi di responsabilità dell'ente per reati di natura colposa.

La caratterizzazione oggettiva del concetto di interesse consente per l'appunto, secondo la giurisprudenza citata, di conservare autonomia concettuale al termine “vantaggio”. In altri termini l'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente e, in tal caso, non può essere messa in dubbio l'esistenza di un collegamento fra l'autore del reato e l'ente idoneo a fondare la responsabilità amministrativa di quest'ultimo; l'ente risponde però anche quando, perseguendo il proprio autonomo

interesse, la condotta del soggetto agente obiettivamente realizzati (o anche solo appaia *ex ante* in grado di realizzare, giacché, in questo caso, rimane irrilevante che lo stesso venga conseguito) anche l'interesse dell'ente¹⁰.

Osserva in proposito la Suprema Corte che la correttezza di tale interpretazione è del resto confermata dagli artt. 12, comma 1, e 13, ultimo comma, del d.lgv. n. 231/2001, che non a caso prevedono una diminuzione delle sanzioni pecuniarie e l'inapplicabilità di quelle interdittive nell'ipotesi in cui il reato presupposto venga commesso nel prevalente interesse del suo autore o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato alcun vantaggio ovvero un vantaggio minimo. Secondo la citata sentenza, infatti, le disposizioni menzionate, oltre a confermare che "interesse" e "vantaggio" sono termini che nel lessico normativo evocano concetti distinti, evidenziano in maniera inequivocabile che il reato presupposto può essere funzionale al soddisfacimento dell'interesse concorrente di una pluralità di soggetti; può cioè essere un interesse misto, essendo stato già riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità che la responsabilità dell'ente può sussistere anche qualora la persona giuridica abbia avuto un interesse solo concorrente con quello dell'agente alla commissione del reato presupposto (cfr. Cass., sez. VI, n. 24559 del 22 maggio 2013, P.M. in proc. House Building S.p.A., rv. 255442).

Anche la già citata sentenza Thyssenkrupp è ritornata di recente sul problema dei criteri di imputazione della responsabilità

¹⁰ È nota, invece, la maggior prudenza della dottrina, che sottolinea l'insufficienza della sola intenzione dell'agente di avvantaggiare l'ente collettivo e suggerisce di risalire, per identificare un corretto criterio di ascrizione della responsabilità all'ente, ad una condotta geneticamente indirizzata a soddisfare l'interesse dell'ente collettivo (cfr. in proposito FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 88) e soprattutto, a circoscrivere il raggio di attenzione a quelle sole fattispecie che siano coerenti con il suo oggetto sociale, in quanto radicate nella stessa "politica di impresa": si veda sul punto SELVAGGI, *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 129; COCCO, *op. cit.*, 96; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, 186 e, più di recente, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 45.

all'ente sottolineando che da quando l'art. 25-*septies*, d.lgv. 231/2001 ha segnato l'ingresso dei delitti colposi nel catalogo dei reati costituenti presupposto della responsabilità degli enti, senza peraltro modificare il criterio di imputazione oggettiva di cui si è detto, è insorto il problema della compatibilità logica fra la non volontà dell'evento che caratterizza gli illeciti colposi ed il finalismo che è sotteso all'idea di interesse¹¹.

Ricorda in proposito la sentenza citata che, in base al rilievo secondo cui nei reati colposi di evento sembra ben difficilmente ipotizzabile un caso in cui l'evento lesivo corrisponda ad un interesse o ad un vantaggio dell'ente, qualcuno si è spinto ad ipotizzare che, in mancanza di un esplicito adeguamento normativo, la nuova, estensiva disciplina sia inapplicabile, così come aveva appunto sostenuto il ricorrente nel caso in questione¹².

Osservano sul punto le Sezioni Unite che tali dubbi condurrebbero alla radicale caducazione di una innovazione normativa di grande rilievo, successivamente confermata dal d.lgv. 7 luglio 2011 n. 121, con il quale è stato introdotto nella disciplina legale l'art. 25-*undecies* che ha esteso la responsabilità dell'ente a diversi reati ambientali. L'assurdità di tali risultati, incompatibili con la volontà di un legislatore razionale, accredita quindi secondo le Sezioni Unite l'unica alternativa possibile sul piano interpretativo: quella cioè in base alla quale i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico.

Rileva in proposito la sentenza citata che tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico essendo "ben pos-

¹¹ Su questa attualissima tematica si vedano, da ultimo, AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo e i delitti colposi*, in AA.VV., *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente* (a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo), Napoli, 2014, 103 ss., nonché MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, *ivi*, 19 ss.

¹² Per questa tesi, v. in dottrina PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società. Gli speciali. D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2012, 19.

sibile che una condotta caratterizzata dalla disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio". Secondo le Sezioni Unite tale esito interpretativo non avrebbe nulla di realmente creativo, ma si limiterebbe ad adattare l'originario criterio di imputazione al mutato quadro di riferimento, senza che i criteri di ascrizione ne siano alterati. L'adeguamento riguarderebbe solo l'oggetto della valutazione "che non coglie più l'evento bensì solo la condotta, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito e senza, quindi, alcun *vulnus* ai principi costituzionali dell'ordinamento penale". È perfettamente plausibile infatti – ribadiscono le Sezioni Unite – che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare pur senza volerlo per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità fra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente.

4. *Il concetto di elusione del modello organizzativo: la sentenza "Impregilo S.p.a." del 2013*

Un'altra recente pronuncia, relativa ad un'ipotesi di aggio-taggio commesso dai soggetti apicali attraverso la diffusione di un comunicato contenente notizie false e idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni della stessa società, approfondisce il tema dei criteri di ascrizione della responsabilità all'ente e il concetto di elusione fraudolenta del modello organizzativo¹³.

¹³ Si tratta di Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, P.G. in proc. Impregilo Spa, rv. 257988, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, con nota di SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio-taggio ed "elusione fraudolenta del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*. Sottolinea il citato A. che la suddetta sentenza ha il grande merito di aver tentato di fornire precise coordinate in ordine alla declinazione concreta del requisito dell'elusione fraudolenta del modello di organizzazione, gestione e controllo dell'ente: un tema privo a tutt'oggi di solidi contributi giurisprudenziali, che sarebbero invece utili a fornire indicazioni anche nella fase "costruttiva" dei protocolli di gestione.

Nel caso di specie l'ente era stato chiamato a rispondere ai sensi del d.lgv. 231/2001 a seguito delle condotte del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, accusati di aver diffuso al mercato la falsa notizia in base alla quale il bilancio di liquidazione di una società collegata si sarebbe chiuso sostanzialmente in pareggio e non avrebbe prodotto ulteriori effetti economici rispetto alle svalutazioni già consolidate, risultando così tale società collegata in grado di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario ed altresì nei confronti della società principale. Le accuse ai predetti soggetti si estendevano altresì alla comunicazione della falsa notizia che la società da loro amministrata avrebbe acquisito un socio finanziario in grado di sostenerne lo sviluppo, nonché alla diffusione, in una relazione trimestrale comunicata al mercato, di false notizie relative all'indice di bilancio della società dai medesimi amministrata.

Tanto di fronte al Giudice dell'udienza preliminare, quanto di fronte alla Corte di Appello, la società era stata assolta dall'illecito amministrativo alla stessa ascritto sulla base del fatto che il modello organizzativo e di gestione adottato e attuato dalla medesima era stato considerato idoneo a neutralizzare gli eventuali comportamenti criminosi dei vertici aziendali (con riferimento specifico al reato di aggio), tanto che detti comportamenti si erano resi possibili solo grazie a una palese violazione dei canoni di condotta stabiliti dalla stessa società, sulla base del codice di autodisciplina dettato da Borsa Italiana S.p.A. anche secondo le linee guida indicate da Confindustria. Secondo quanto accertato in sede di merito, il presidente e l'amministratore delegato avevano infatti dolosamente manipolato i dati elaborati dagli uffici competenti per poi inserirli nei comunicati stampa, così da renderli soddisfacenti per il mercato. Si era trattato quindi, sempre secondo i giudici del merito, di un'elusione fraudolenta del modello organizzativo atteso che la frode cui si fa riferimento nell'art. 6 del d.lgv. 231/2001 riguarda non gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta, ma gli altri protagonisti della procedura, in quanto detta frode deve avere funzione strumen-

tale rispetto all'elusione del modello organizzativo e delle sue procedure.

Contro la sentenza della Corte di Appello aveva tuttavia presentato ricorso il Procuratore Generale sostenendo che la suddetta ricostruzione era inficiata da un evidente errore logico-giuridico. Osservava infatti il Procuratore ricorrente che se l'art. 6, comma 1, lett. c, prevede l'esenzione da responsabilità amministrativa della società soltanto se il reato commesso da soggetto con responsabilità apicali sia stato realizzato "eludendo fraudolentemente" il modello organizzativo, nel caso di specie la frode era stata posta in essere solo nei confronti del mercato e non invece nei confronti degli altri protagonisti delle procedure previste dal modello organizzativo. Ciò in quanto presidente ed amministratore delegato della società, proprio in base al suddetto modello organizzativo, avevano la possibilità al di fuori di ogni controllo e anche ignorando o manomettendo le bozze preparate dalle strutture interne, di comunicare direttamente notizie verso l'esterno. Il modello aziendale mostrava così il suo limite, sempre secondo il Procuratore ricorrente, proprio nel fatto di consentire ai vertici societari la redazione solitaria dei comunicati stampa, al di fuori di ogni controllo incrociato e di ogni possibilità di verifica, cosa che invece avrebbe potuto essere evitata se il modello organizzativo avesse previsto che detti comunicati fossero da elaborare in accordo o in contraddittorio con i responsabili degli uffici che li avevano originariamente confezionati.

Il caso in questione ha fornito occasione alla giurisprudenza di legittimità di fare il punto su alcune fondamentali tematiche connesse al tema della responsabilità dell'ente e al ruolo del modello organizzativo nell'ambito dell'ascrizione della responsabilità all'ente stesso.

Ha rilevato in proposito la Corte di Cassazione che, da un lato, la responsabilità dell'ente, in base al d.lgs. 231 del 2001 non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi del comma 2 dell'art. 40 c.p.) ma che, dall'altro, sarebbe altresì improprio riprodurre su questi temi schemi di giudizio tipici del delitto colposo. Secondo la Corte

non si tratta infatti, con riferimento alla responsabilità dell'ente, di mettere a fuoco una nuova figura di atteggiamento psicologico improntato a colpa, quasi si trattasse di una sorta di *culpa in ordinando o componendo*, sottospecie ipotetica, probabilmente, della già nota *culpa in vigilando*, ma di valutare, secondo parametri oggettivi, l'adeguatezza del modello organizzativo che deve essere approntato per impedire che i vertici dell'azienda commettano determinati reati. Posto che pertanto il giudice penale non è chiamato, in questo caso, a valutare una condotta umana bensì l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale, il giudizio, di carattere strettamente normativo, "prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamento psicologico (peraltro impossibile in riferimento alla volontà di un ente) e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adeguatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si prefigge di raggiungere"¹⁴.

Sulla base di queste premesse teoriche la Corte passa ad affrontare il problema dell'efficacia esimente dei modelli organizzativi elaborati sulla base delle linee guida suggerite dalle più accreditate organizzazioni di categoria. Osserva la sentenza in esame che affermare la sindacabilità in sede giudiziaria anche di

¹⁴ La pronuncia in argomento sembra qui riecheggiare la relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo (vedila in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 474) nella parte in cui afferma che il convincimento che il rapporto di immedesimazione organica valga a collegare all'ente il reato commesso dall'individuo solo sul piano oggettivo e che non siano altrettanto trasferibili in capo al primo i coefficienti psicologici della responsabilità ha condotto il legislatore delegato a radicare la "personalità" di tale responsabilità, al fine di ottemperare al disposto dell'art. 27, comma 1, Cost., in una sorta di colpevolezza in senso normativo: occorre cioè poter muovere all'ente un "rimprovero", fondato sul fatto che il reato possa considerarsi espressione di una "politica aziendale" deviante o comunque frutto inevitabile di una "colpa d'organizzazione". Tale soluzione, com'è noto, non è andata esente da rilievi critici in dottrina: si veda, per esempio, DE VERO, *op. cit.*, 165, secondo il quale "ricorrere in sede legislativa alla 'colpevolezza d'impresa' per rimediare a presunte insufficienze del *principle of identification*, quando si è già di fronte ad un reato integro dei suoi elementi oggettivi e soggettivi e riferibile ad una persona fisica qualificata e determinata, come appunto postula di per sé l'art. 5, d.lgv. 231/2001, significa introdurre elementi di equivocità nella complessiva disciplina".

tali modelli non significa consentire al giudice di sostituire un proprio modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle suddette organizzazioni di categoria. Il terzo comma dell'art. 6, d.lgv. 231/2001, nello stabilire che i modelli organizzativi e gestionali possono (e non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative “non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma e come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere ‘calato’ nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento – osserva ancora la Suprema Corte – siano comunicati al Ministero della Giustizia, che, di concerto con altri Ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato da una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati”¹⁵.

¹⁵ Sul carattere non vincolante per il giudice dei modelli organizzativi redatti sulla base dei codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categoria, la dottrina si è sempre espressa in modo sostanzialmente conforme: cfr. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 197; SFAMEMI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 232; DE VERO, *op. cit.*, 174, nonché, sia pure con diverse sfumature, IRTI, *Due temi del governo societario (responsabilità amministrativa - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, 693 e GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2001, 1 ss. Osserva peraltro SANTANGELO, *op. loc. ult. cit.*, in relazione alla sentenza G-Risk che, da un lato, la sostanziale bocciatura delle linee guida delle associazioni di categoria è in linea con il giudizio espresso da un autorevole voce dottrinale, che attribuisce a tali documenti, in quanto privi del grado di dettaglio necessario per individuare concretamente le cautele dirette a contrastare il rischio di commissione dei reati presupposto, una funzione “prevalentemente pedagogica” (cfr. sul punto PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale: dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2013, 842 ss.). Per altro verso però, rileva ancora Santangelo, la liquidazione degli unici modelli a disposizione dell'ente nella difficile opera di costruzione di protocolli di gestione dei rischi-reato suscita qualche per-

La Corte fornisce immediatamente una dimostrazione concreta di cosa significhi calare la valutazione dell'efficacia del modello organizzativo nella realtà aziendale. Partendo infatti dalle osservazioni della sentenza di secondo grado circa la correttezza e l'efficacia del modello organizzativo desunte dal fatto che: *a)* il delitto di aggio era compreso fra quelli che il modello organizzativo avrebbe dovuto impedire; *b)* i comunicati stampa *price sensitive* venivano elaborati dai competenti organi interni, ma la loro diffusione avveniva ad opera del Presidente e dell'Amministratore delegato; *c)* l'organo di vigilanza aveva natura monocratica ed era posto alle dirette dipendenze del Presidente; *d)* la divulgazione delle notizie "sensibili" doveva avere i caratteri della completezza, tempestività, adeguatezza e non selettività, osserva la Corte che, essendo l'aggio un delitto "di comunicazione", tali parametri avrebbero dovuto essere testati anche sul piano delle concrete modalità di elaborazione del messaggio da diffondere.

Mentre infatti la Corte di Appello sembrava, sotto questo punto di vista, accontentarsi del fatto che la bozza del comunicato venisse elaborata da un organo interno e che solo la successiva diffusione del messaggio competesse agli organi apicali, sottoposti al controllo di un organo posto alle dirette dipendenze del Presidente, osserva la sentenza citata che i giudici di merito non avevano chiarito, nel caso concreto, se la modifica o la manipolazione della bozza elaborata dagli organi interni fosse stata effettivamente comunicata all'organo di controllo o se viceversa, come sembrava emergere dalle sentenze di merito, quello fosse un ulteriore passaggio cui Presidente e Amministratore delegato non erano tenuti, rilevando che, in quest'ultimo caso, il controllo

pietà, anche in considerazione dell'inevitabile smarrimento che determinerà in capo agli enti (ed ai consulenti) chiamati ad ideare nuove o più pervasive modalità di gestione e controllo del rischio-reato. Del resto – osserva ancora il citato A. – la scelta del legislatore di inserire, proprio all'interno della norma che disciplina la responsabilità dell'ente per i reati commessi dagli apicali, un'apposita previsione riguardante i codici di comportamento promossi dalle associazioni di categoria non può essere considerata irrilevante.

previsto dall'art. 6 si ridurrebbe ad un mero simulacro, in quanto destinato ad esercitarsi sul comunicato *in fieri*, ma non sulla sua versione definitiva destinata alla diffusione. “Se infatti, all'organo di controllo – osserva ancora la Suprema Corte – non fosse nemmeno concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul prodotto finito (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, così da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non potrebbe ritenersi atto ad impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale l'aggiotaggio”¹⁶.

Una seconda interessante presa di posizione della citata sentenza riguarda la definizione del concetto di “elusione fraudolenta” del modello organizzativo. Osserva in proposito la Corte di Cassazione che il d.lgv. 231/2001 parte dal presupposto che un'efficace modello organizzativo e gestionale può essere violato (e, dunque, il reato che si vuole scongiurare può essere commesso) solo se le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso. In altre parole – rileva la Suprema Corte – “la natura fraudolenta della condotta

¹⁶ Tali conclusioni della Suprema Corte sono state oggetto, nei primi commenti alla sentenza in argomento, di valutazioni ambivalenti. Da un lato, infatti, si è rilevato che l'affermazione del principio secondo cui l'organismo di vigilanza deve essere indipendente dai “controllati” e, dunque, anche dai massimi vertici aziendali (presidente e amministratore delegato) è coerente con le osservazioni compiute da attenta dottrina in ordine alle direttrici di costruzione di modelli che siano in linea con i requisiti previsti dal d.lgv. 231/2001 (cfr. in proposito PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale: dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001 - Parte I*, in *Cass. pen.*, 2013, 376). Dall'altro si è però osservato che l'ipotesi – che la Suprema Corte sembra auspicare – di un controllo totale da parte dell'organo di vigilanza su tutte le attività potenzialmente a rischio-reato dovrà comunque fare i conti con la realtà dell'impresa e con il principio della competenza generale degli amministratori per tutti gli atti di gestione compresi nell'oggetto sociale. “La tensione verso il più elevato grado di controllo della attività a rischio” – sottolinea infatti SANTANGELO, *op. cit.*, 6 – “sconta infatti un limite intrinseco al ‘sistema aziendale’ in cui le decisioni ultime non possono che essere poste in capo ai vertici dell'ente, sui quali grava – quale *pendent* di un così vasto potere – un'equivalente responsabilità verso i soci, sino al confine estremo rappresentato dalla proponibilità dell'azione sociale ai sensi dell'art. 2393 c.c.”.

del soggetto apicale (persona fisica) costituisce, per così dire, un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le misure di sicurezza”. Sulla base di queste premesse osserva la sentenza che la condotta fraudolenta non può consistere in una mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello. Seppure infatti il concetto di frode non implica necessariamente l’integrazione di artifici e raggiri, secondo la previsione dell’art. 640 c.p., esso non può però non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola. Si tratta insomma di una condotta di aggiramento di una norma imperativa non di una semplice e frontale violazione della stessa, situazione che con tutta evidenza integrerebbe una condotta di abuso (cioè un uso distorto di un potere) e non un inganno¹⁷.

5. *La copiosa giurisprudenza in materia di confisca sanzionatoria ex art. 19 d.lgv. 231/2001*

Più numerose, come si è anticipato in precedenza, sono le pronunce di legittimità aventi ad oggetto la confisca prevista dagli artt. 19 e 53, d.lgv. 231/2001, un tema divenuto ormai “classico” nella giurisprudenza di legittimità, anche probabilmente a causa dell’ampio ricorso allo strumento del sequestro per equivalente finalizzato alla confisca che si è avuto sin dalle prime fasi applicative della normativa sulla responsabilità da reato degli enti.

Com’è largamente noto, una prima serie di tematiche relative all’applicazione del sequestro preventivo per equivalente

¹⁷ La dottrina, nei suoi primi commenti, sembra aver positivamente recepito il contributo fornito dalla Suprema Corte alla precisazione del concetto di elusione. Sottolinea in proposito SANTANGELO, *op. loc. ul. cit.*, 5, che la teorizzazione del requisito di frode in danno degli altri soggetti coinvolti dai protocolli di gestione nel compimento di attività “a rischio” fornisce un’autorevole indicazione in ordine alla prova che dovrà essere fornita dalla difesa dell’ente imputato nelle aule di tribunale e che, peraltro, “la cristallizzazione di canoni probatori scongiura altresì il rischio di un progressivo ‘scivolamento dell’imputazione’ ai sensi del d.lgv. n. 231/01 per i reati dei vertici verso autentiche forme di responsabilità oggettiva, richiamando l’interprete ad un’attenta valutazione dei profili di colpa dell’ente”.

hanno trovato, all'esito di una fase di elaborazione piuttosto controversa e tormentata, un assetto interpretativo più consolidato e coerente grazie ad alcuni decisivi interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Un sintetico, ma efficace riassunto dei principali approdi di tale elaborazione giurisprudenziale, è contenuto in una recentissima sentenza della Sesta Sezione della Suprema Corte (Cass., sez. VI, sent. n. 1740 del 5 novembre 2014, G. Risk Security & Intelligence Service, rv. 261841).

Ricorda innanzitutto tale pronuncia che la confisca prevista dall'art. 19, d.lgv. 231/2001 si presenta come uno strumento innovativo, eccentrico rispetto al perimetro della tradizionale misura di sicurezza patrimoniale prevista dal codice penale: "l'istituto, invero – afferma la citata sentenza – è stato espressamente inserito dal legislatore nel novero nelle sanzioni principali delineate nell'art. 9 del decreto n. 231: ha dunque una valenza esplicitamente punitiva, andando a comporre l'armamentario delle sanzioni applicabili all'ente e, in quanto sanzione, presuppone inderogabilmente la pronuncia della sentenza di condanna. Al pari delle sanzioni pecuniarie ed interdittive e della pubblicazione della sentenza, la confisca ha natura obbligatoria, prerogativa che contribuisce ad enfatizzarne il carattere punitivo"¹⁸.

Osserva tuttavia la suddetta sentenza, anche questa volta rifacendosi ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che accanto alle funzioni "classiche" della sanzione penale in senso stretto¹⁹, la confisca assolve altresì ad una funzione riequilibra-

¹⁸ Sull'obbligatorietà dell'applicazione della confisca, v. altresì Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, Curatela fall. Soc. Tecno Hospital S.r.l., rv. 255255.

¹⁹ Si legga nella citata sentenza che la confisca-sanzione prevista dall'art. 19, d.lgv. 231/2001, si ispira al brocardo *crimen non lucratur*, essendo il provvedimento teso ad azzerare i vantaggi economici derivanti dal reato e, oltre alla tradizionale funzione special-preventiva, laddove tende a scongiurare che la diponibilità dei proventi dell'illecito possa mantenere viva l'attrattiva dell'illecito e costituire l'occasione per commettere nuove condotte criminose, l'istituto viene ad assolvere anche una funzione general-preventiva, in quanto il rischio di perdere il vantaggio economico conseguito dal reato, che spesso costituisce lo scopo principale dell'agire dell'ente, rappresenta, in una prospettiva di analisi economica del diritto, una forte contropinta all'illecito, in-

trice, dal momento che “l’ablazione del profitto tende a ricomporre lo status quo economico antecedente alla consumazione del reato”²⁰.

Conclude in proposito la richiamata pronuncia che “la novità del contesto normativo nel quale si inquadra la confisca prevista dall’art. 19, d.lgv. 231/2001 e, soprattutto, l’espressa qualificazione di essa quale sanzione, in tutto equiparata alle altre sanzioni di natura pecuniaria ed interdittiva previste dall’art. 9 del decreto, per di più applicabile in via obbligatoria, con uno stravolgimento dei classici punti cardinali dell’istituto – seppure già formalmente minati dalle trasformazioni ad esso impresse nel tempo (si pensi all’accentuarsi della valenza sanzionatoria delle nuove forme di confisca per equivalente) – hanno imposto all’interprete non solo la rivisitazione del tradizionale inquadramento ontologico della confisca, ma anche la ricerca di nuove vie nella definizione dell’ambito di applicazione del provvedimento ablatorio, soprattutto per quanto concerne la delimitazione dell’area del profitto assoggettabile a vincolo reale, e ciò anche nelle ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, disposto ai sensi dell’art. 53 dello stesso decreto”.

La definizione del profitto confiscabile *ex art. 19, d.lgv. 231/2001* è un’operazione resa ardua da una pluralità di fattori. Da una parte, infatti, l’inquadramento della confisca *ex art. 19* nella cornice del diritto punitivo obbliga al rispetto dei principi

cidendo proprio sulla propensione della persona giuridica ad orientare le proprie scelte sulla base di un’analisi costi-benefici. La confisca del vantaggio economico ricavato dalla consumazione del reato presupposto va, infatti, a colpire direttamente il cuore della sfera di interessi dell’ente, interviene in modo “chirurgico” sul risultato finanziario dell’illecito e, quindi, sul propulsore dell’agire criminoso dell’ente, solitamente ispirato da finalità di tipo economico.

²⁰ Così Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti S.p.a. e altri, rv. 239924, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1738, con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci ed ombre della recente sentenza delle Sezioni Unite*; in *Cass. pen.*, 2008, 4544, con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni Unite*; in *Dir. pen. e processo*, 2008, 1263, con nota di EPIDENDIO e ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*; in *Le società*, 2009, 351, con nota di LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19, d.lgv. n. 231/2001*.

di tassatività, determinatezza e proporzionalità nella commisurazione del *quantum* della sanzione e dunque impone l'ancoraggio a criteri certi nella determinazione del profitto confiscabile; dall'altra il profitto confiscabile è certamente entità che appartiene alla sfera del diritto penale o comunque sanzionatorio e non può ricostruirsi sulla base di criteri aziendalistici. Ciò nondimeno – osserva ancora la richiamata sentenza – in ossequio al principio di legalità, allorché si tratti di illecito commesso nell'ambito di una lecita attività di impresa, il profitto deve essere rigorosamente circoscritto al vantaggio direttamente riconducibile all'attività illegale: la regola secondo cui l'illecito “non può pagare” non può infatti consentire di attingere vantaggi patrimoniali conseguenti da attività del tutto lecite, pena danni irreparabili sia per l'impresa, “condannata” al fallimento, sia per i terzi incolpevoli, quali i lavoratori e i creditori. Tenendo conto poi che la confisca non costituisce l'unica sanzione adottabile nei confronti dell'ente, emerge l'esigenza di scongiurare una irragionevole ed ingiustificata duplicazione di strumenti punitivi, suscettibile di riverberarsi in termini pesantemente negativi sulla vita della persona giuridica fundamentalmente “sana” e, soprattutto, dei terzi incolpevoli.

È proprio con la citata sentenza del 2008 – riassume ancora la pronuncia in commento – che le Sezioni Unite della Cassazione hanno cercato di fissare alcuni principi generali in punto di commisurazione del profitto suscettibile di confisca sanzione: in primo luogo la Corte ha infatti chiarato che, nel delineare la nozione di profitto confiscabile non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, in quanto, nell'assolvere una funzione di deterrenza, la confisca risponde ad esigenze di giustizia e, nel contempo, di prevenzione generale e speciale, non potendosi ammettere che il crimine possa rappresentare un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto sul bene e che il reo possa rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato²¹.

²¹ Nella motivazione della sentenza, la Suprema Corte ha avuto infatti modo di precisare che, «nella ricostruzione della nozione di profitto oggetto di confisca, non

In secondo luogo, dopo aver richiamato le nozioni di profitto fissate in precedenti pronunce a composizione allargata, secondo le quali il profitto del reato va inteso come effettivo “vantaggio di natura economica”, come “beneficio aggiunto di natura patrimoniale” ovvero ancora come “utile conseguito dall'autore in seguito alla commissione del reato”, la Corte ha tenuto a riaffermare la centralità del parametro della “pertinenzialità al reato del profitto”, inteso come fondamentale criterio selettivo per distinguere ciò che può essere confiscato, da ciò che non può costituire oggetto di ablazione.

In proposito tuttavia le Sezioni Unite hanno introdotto un'importante distinzione fra profitto conseguente ad un “reato contratto” e profitto derivante da un “reato in contratto”. Nel primo caso, infatti, determinandosi una immedesimazione del reato con il negozio giuridico, quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è pertanto assoggettabile a confisca; nel secondo caso – in cui il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale – il contratto è assolutamente valido *inter partes* con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile alla condotta sanzionata penalmente.

Ferma quindi l'assoggettabilità a confisca dell'intero vantaggio patrimoniale conseguito nei “reati contratto”, nelle ipotesi di

può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico – quali ad esempio quelli del “profitto lordo” e del “profitto netto” –, ma che, al contempo, tale nozione non può essere dilatata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure ha trovato la sua genesi nell'illecito, pone in essere un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato». Sulla condivisibilità, ma anche, in parte, sulla ambiguità dei principi espressi dalla sentenza in esame (comunemente indicata in dottrina come “sentenza Impregilo”), v. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, fasc. 3/4, 58.

“reato in contratto” è necessario distinguere, secondo l’insegnamento delle Sezioni Unite, il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) dal corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell’ambito di un affare che trova la sua genesi nell’illecito (profitto non confiscabile): in particolare il profitto deve essere “concretamente determinato al netto dell’effettiva utilità conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente”, evidenziandosi come lo stesso art. 19 impedisca l’assoggettamento a confisca della parte del profitto che può essere restituita al danneggiato²².

L’area del profitto assoggettabile a querela – osserva ancora la recente sentenza della Sesta Sezione penale della Suprema Corte – ha dunque un’ampiezza diversa a seconda della fattispecie costituente reato presupposto. Nel caso in cui il reato presupposto sia costituito – per esempio – dal reato di manipolazione del mercato (*ex art. 25-sexies*, d.lgv. 231/2001), il profitto

²² I suddetti principi sono stati poi successivamente ribaditi anche da Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, P.M. e Impregilo S.p.a., rv. 247914. Osserva MONGILLO, *I mobili confini*, cit., 59 che, con l’enunciazione dei richiamati principi, le Sezioni Unite hanno cercato di individuare una formula di sintesi fra il c.d. “*Bruttoprinzip*” e il “*Nettoprinzip*”. La derogabilità del *Bruttoprinzip* è stata infatti vincolata a due precise condizioni: 1) il rapporto contrattuale deve collegarsi alla sfera negoziale di un’impresa “lecita”, cioè non dedita, esclusivamente o prevalentemente, alla perpetrazione di reati; 2) la condotta criminosa non deve avere contaminato integralmente d’illiceità l’attività negoziale. L’A. si sofferma tuttavia sulle insidie che possono celarsi in tali affermazioni di principio e sulle rivisitazioni che le stesse hanno subito nella successiva elaborazione giurisprudenziale: mentre infatti le Sezioni Unite avevano affermato, nella sentenza Impregilo, che “il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall’obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto del reato”, una successiva sentenza (Cass., sez. II, 20 dicembre 2011, n. 11808, Angelucci) ha opportunamente precisato che se il fatto penalmente rilevante (ad esempio una corruzione) ha inciso sulla fase di individuazione dell’aggiudicatario di un pubblico appalto, e successivamente l’appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito) vi sarà comunque un profitto confiscabile, che non corrisponderà all’intero prezzo dell’appalto, ma al solo vantaggio economico conseguito dal corruttore per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Sarà confiscabile, in altre parole, l’utile netto dell’attività di impresa.

andrà commisurato al solo aumento di valore del titolo azionario prodottosi in ragione dell'attività illegale dispiegata e non potranno essere detratte le spese sostenute per il compimento di operazioni strumentali all'esecuzione dell'illecito, come, per esempio, i costi finanziari per le operazioni di acquisto o vendita dei titoli oggetto di manipolazione.

Nel caso, invece, di truffa o di corruzione finalizzata ad ottenere l'aggiudicazione di una commessa ovvero a conseguire, nell'ambito di un rapporto negoziale a prestazioni corrispettive, un corrispettivo più elevato di quello dovuto (ad esempio, in sede di remunerazione delle varianti in corso d'opera o di pagamento delle c.d. "riserve"), trattandosi di contratti validi *inter partes* e solo annullabili, il profitto dovrà essere commisurato alla differenza fra l'intero valore del contratto e l'utilità effettivamente conseguita dalla controparte. Se infatti – aggiunge la richiamata sentenza – il profitto si sostanzia nel "beneficio aggiunto di natura patrimoniale" tratto dalla condotta illecita, esso non può che essere pari all'intero prezzo pattuito della commessa, al netto del valore della prestazione garantita alla controparte, "di talché, in caso di esecuzione solo parziale o in parte non conforme a quanto convenuto o, comunque, non utile, si dovrà detrarre soltanto il corrispettivo *pro quota* o comunque stimato equo per la prestazione eseguita".

Emerge così dalla lettura della sentenza in oggetto l'indicazione di un duplice criterio utilizzabile per determinare il profitto assoggettabile a confisca nell'ambito dei reati "in contratto": da un lato "potranno essere assoggettati ad ablazione tutti i vantaggi di natura economico-patrimoniale che costituiscano diretta derivazione causale dell'illecito (c.d. concezione causale del profitto), di talché la confisca potrà interessare esclusivamente l'effettivo incremento del patrimonio dell'ente conseguito dall'agire illegale; dall'altro lato, non potranno essere aggrediti "i vantaggi" eventualmente conseguiti dall'ente in conseguenza di prestazioni lecite effettivamente svolte a favore del contraente nell'ambito del rapporto sinallagmatico, cioè pari all'*utilitas* di cui si sia giovata la controparte.

All'enunciazione di tali principi fa seguito, nella citata sentenza, l'indicazione, a titolo esemplificativo, di alcune conseguenze che praticamente ne discendono: in particolare, in applicazione del primo criterio, non potranno essere assoggettati alla confisca (né al sequestro preventivo alla medesima finalizzato) i crediti, ancorché liquidi ed esigibili, che non siano stati ancora riscossi dall'ente, né, più in generale "le utilità prospettiche" e non ancora acquisite determinate sulla base delle previsioni degli utili. In relazione al secondo criterio, invece, dal prezzo indicato nel contratto (dunque dal prezzo "lordo") dovranno essere defalcate le somme riscosse dall'ente pari alla "effettiva utilità conseguita dal danneggiato" e cioè del valore della prestazione di cui la controparte si sia effettivamente avvantaggiata.

Si apre tuttavia, a questo punto, il problema di definire i criteri da impiegare per la determinazione del valore delle utilità conseguite dalla controparte nell'esecuzione del contratto sinallagmatico e pertanto sottratte all'ablazione²³. Ci si chiede infatti – come ci ricorda la sentenza ormai già più volte richiamata – se tale utilità "possa essere determinata avendo riguardo al prezzo della prestazione indicato nel contratto, ovvero al valore di mercato di essa o ancora ai costi effettivamente sostenuti dall'impresa per dare esecuzione alla prestazione, ricostruibili sulla base della contabilità obbligatoria e dei bilanci oggetto di revisione contabile, ovvero dei costi medi delle imprese del medesimo settore per dare esecuzione a quelle tipologie di prestazione".

Risponde peraltro la pronuncia citata che se la *ratio* dell'istituto in questione si riconduce all'affermazione del principio in

²³ Osserva in proposito MONGILLO, *Il mobile confine*, cit., 63, che, una volta stabilito che oggetto del profitto nei reati in contratto deve essere l'utile netto, resta ancora da comprendere quale sia la base di calcolo per determinarlo, potendo variare di molti i risultati a seconda che dai ricavi complessivamente conseguiti vengano sottratti: *a*) tutti costi e le spese sostenuti nell'ambito dell'operazione economica, così da arrivare all'utile in senso aziendalistico; *b*) tutti i costi lecitamente sostenuti per l'esecuzione del contratto (cioè i "costi leciti"); *c*) ancora più restrittivamente i soli costi funzionali alla "regolare" esecuzione del contratto, con esclusione delle spese lecite, ma del tutto inutili nella prospettiva della controparte negoziale (deduzione dei soli "costi utili").

base al quale *crimen non lucratur*, nella commisurazione del valore della utilità conseguita dal danneggiato non si può in alcun modo tenere conto del margine di guadagno per l'ente e cioè dell'utile dell'impresa che – almeno fisiologicamente – compone il corrispettivo pagato per la prestazione. Bisognerà invece che il valore della prestazione svolta a vantaggio della controparte venga commisurato ai soli “costi vivi”, concreti ed effettivi, che l'impresa abbia sostenuto per dare esecuzione all'obbligazione contrattuale, per determinare i quali l'Autorità giudiziaria potrà avvalersi della Polizia Giudiziaria ovvero di un tecnico nominato quale consulente o perito.

In questo modo, afferma la sentenza della Suprema Corte, il perimetro del profitto confiscabile viene dunque a comprendere esclusivamente il beneficio patrimoniale “netto” derivante dall'attività illecita e lascia fuori i vantaggi economici “netti” derivanti dall'esecuzione di un'attività di per sé lecita. Risulta quindi del tutto evidente che “il profitto confiscabile non coincide con il ‘profitto netto’ inteso in senso aziendalistico, laddove isola (e dunque assoggetta ad ablazione), nell'ambito dell'intero prezzo indicato nel contratto e versato dalla controparte, le somme percepite dall'ente che non siano giustificate dai costi concreti ed effettivamente sostenuti per dare esecuzione alla prestazione di cui la controparte si era avvantaggiata: si tratta, dunque, di concetto estraneo all'utile di impresa, costituendo – in linea con le indicazioni date dalle Sezioni Unite – l'utile netto tratto dall'agente quale diretta ed immediata conseguenza dell'operazione criminale.

6. *La recente sentenza “Riva Fire” (Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013): associazione per delinquere e confisca del profitto del reato*

Una problematica affrontata più di recente dalla giurisprudenza di legittimità, in merito alla confisca-sanzione prevista dall'art. 19, d.lgv. 231/2001, riguarda invece la riconducibilità al concetto di “profitto del reato” dei c.d. “risparmi di spesa” rea-

lizzati attraverso un'attività societaria illecita²⁴. La questione si è posta, in particolare, in relazione alle note vicende relative alla gestione degli impianti siderurgici dell'ILVA di Taranto, nell'ambito delle quali il G.I.P. presso l'omonimo Tribunale ha adottato un sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, sino alla concorrenza della somma di otto miliardi e cento milioni di euro, avente ad oggetto tutti i beni nella disponibilità, anche mediante interposizione fittizia, ovvero interposizione reale fiduciaria, della società che gestisce l'impianto.

L'oggetto del sequestro era stato determinato in base al presunto profitto del reato presupposto di "disastro ambientale", realizzato peraltro attraverso la commissione di una serie di reati meglio specificati in altri precedenti capi di imputazione (tutti peraltro considerati reati scopo di un delitto di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di illeciti penali ambientali), di cui erano chiamati a rispondere il Presidente, il Vice-Presidente e il procuratore speciale della suddetta società, in concorso con altri dieci dirigenti dello stabilimento ILVA di Taranto.

Più nello specifico, secondo la contestazione sopra richiamata, i suddetti indagati avrebbero cagionato danni ambientali agendo nell'interesse e a vantaggio delle società destinatarie del provvedimento di sequestro, omettendo di provvedere all'attuazione delle necessarie misure di sicurezza, prevenzione e protezione dell'ambiente, quali interventi prudenzialmente quantificati nell'importo, appunto, di otto miliardi e cento milioni di euro, ritenuto necessario per effettuare tutte le opere di risanamento ambientale.

Ancor prima pertanto di affrontare il tema della confiscabilità del profitto consistente in un "risparmio di costi", la Corte di Cassazione si è trovata ad affrontare altre due fondamentali problematiche, connesse alla specifica formulazione dell'imputazione, ma di interesse generale per la delicatezza delle questioni che esse coinvolgono.

²⁴ Il riferimento è, in particolare, a Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, Riva F.I.R.E. e altro, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014, con nota di TRINCHERA, *Caso ILVA: la Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*.

La prima riguarda la possibilità di individuare nell'associazione per delinquere il reato presupposto per giustificare l'applicazione del sequestro finalizzato alla confisca del profitto societario ai sensi degli artt. 19 e 53, d.lgv. 231/2001; la seconda concerne invece i profili intertemporali di applicazione del medesimo istituto.

Premesso, infatti, che, l'impostazione ricostruttiva del provvedimento impugnato in Cassazione valorizzava, quali reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, una serie di fattispecie di reato (artt. 434, 437 e 439 c.p.) del tutto estranee al catalogo dei reati previsti dall'art. 24 ss., d.lgv. n. 231/2001 e dunque oggettivamente inidonee a fondarne la stessa imputazione di responsabilità, si è chiesta la Suprema Corte se la rilevanza di tali fattispecie possa essere indirettamente recuperata, ai fini della individuazione del profitto confiscabile, nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo contestato sub A), che invece in tale catalogo rientrerebbe.

La risposta che la Corte ha ritenuto di dare al suddetto quesito è decisamente negativa: afferma infatti la citata sentenza che, a voler ragionare in tal modo, la norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. "si trasformerebbe, in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgv. 231/2001, in una disposizione 'aperta', dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati presupposto, qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi, peraltro, verrebbero in tal modo costretti ad adottare su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di oggettivi criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione previsti dall'art. 6 del citato d.lgs., scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione".

Dunque, il richiamo all'art. 416 c.p. non può costituire, secondo la Suprema Corte, un *escamotage* per estendere l'ambito della responsabilità dell'ente a tutta una serie di reati non specificamente menzionati nel d.lgv. 231/2001. Ciò non significa peraltro escludere la possibilità dell'applicazione della confisca ogni qualvolta sia configurabile un profitto – inteso come fra poco di-

remo – direttamente derivante dal reato associativo. Ricorda in proposito la sentenza in argomento due precedenti giurisprudenziali che definiscono tuttavia vicende storico-fattuali diverse da quella considerata dalla sentenza Riva. In base alla prima di tali pronunce (Cass., sez. III, n. 5869 del 27 gennaio 2011, rv. 249537) il profitto del reato di un'associazione per delinquere avente ad oggetto reati di natura fiscale sarebbe costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati fine, dai quali è del tutto autonomo e la cui esecuzione è agevolata dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e dal comune progetto delinquenziale; secondo l'altro precedente (Cass., sez. III, n. 11969 del 24 febbraio 2011, rv. 249760) il sequestro funzionale alla confisca per equivalente è applicabile, per i reati transnazionali, anche al profitto dei reati di frode fiscale rientranti nel programma associativo di un'organizzazione criminale transnazionale. Sottolinea in proposito la sentenza Riva che tali precedenti “non avevano ad oggetto il controllo dei presupposti e delle condizioni della responsabilità sanzionatoria degli enti, ma afferivano all'individuazione dei profitti conseguiti nell'ambito di associazioni operanti a livello transnazionale, ed i cui reati fine erano di natura fiscale”. Sembrerebbe quindi conseguente ritenere che, con riferimento alla responsabilità degli enti, ove i reati fine non siano inclusi nell'elenco di cui al d.lgv. 231/2001, il sequestro finalizzato alla confisca potrà essere applicato solo ove sia ravvisabile un profitto autonomo ed ulteriore da quello derivante dai reati fine e ricollegabile evidentemente alla funzionalità della struttura organizzativa di cui si avvale l'associazione.

7. *(Segue) Confisca ex art. 19 d.lgv. 231/2001 e profili di diritto intertemporale*

Un secondo rilevante problema affrontato dalla sentenza Riva riguarda i profili di diritto intertemporale relativi all'applicabilità dell'istituto della confisca.

Osserva in proposito la sentenza citata che “l'istituto della confisca disciplinato nell'art. 19 del d.lgv. 231/2001 trova un suo

fondamentale presupposto nella sentenza di condanna dalla cui commissione sia derivata l'acquisizione di un profitto illecito per la società, sicché, per quanto riguarda il rispetto dei principi di legalità e di retroattività ribaditi dall'art. 2 dello stesso d.lgv., occorre fare comunque riferimento alla data di realizzazione delle condotte costituenti reato e non al momento di percezione del profitto stesso". Non solo, ma con riferimento alla responsabilità dell'ente, i presupposti applicativi sono duplici: la norma generale relativa alla previsione della confisca opera, con riferimento all'ente, solo in relazione ai reati contenuti nell'elenco di cui al d.lgv. 231/2001 e ciò naturalmente, sotto il profilo temporale, implica che la confisca risulterà applicabile unicamente in relazione ai fatti commessi dopo l'inclusione nell'elenco del reato presupposto a cui essi si riferiscono.

Se dunque in base alla previsione dell'art. 2, d.lgv. n. 231/2001, l'intera disciplina sanzionatoria del decreto non trova applicazione in relazione a "fatti" commessi prima della sua entrata in vigore, allo stesso modo non possono essere oggetto di confisca profitti realizzati attraverso condotte integranti uno specifico reato commesse prima dell'inserimento di quello stesso reato nel novero delle fattispecie-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti collettivi. In ragione, infatti, della natura tipicamente sanzionatoria della confisca prevista dall'art. 19, comma 2, d.lgv. 231/2001 – afferma ancora la sentenza Riva – "l'applicazione del vincolo cautelare reale e della successiva misura ablativa non può essere fatta retroagire a condotte realizzate anteriormente alla rilevata esistenza dei presupposti e delle condizioni per la stessa configurabilità della responsabilità amministrativa dell'ente, assumendo rilievo, al riguardo, solo le condotte temporalmente coperte dalla vigenza nel catalogo dei reati-presupposto della fattispecie associativa e degli illeciti in materia ambientale".

8. *(Segue) Il problema della confiscabilità dei "risparmi di spesa"*

Il problema giuridico più rilevante, sotto il profilo della esatta definizione del concetto di "profitto confiscabile", riguarda

tuttavia la possibilità di includere in tale concetto i c.d. “risparmi di spesa” o le “economie di costi” realizzati attraverso le condotte illecite poste in essere nell’interesse o a vantaggio dell’ente.

Osserva infatti preliminarmente la sentenza Riva, ragionando in via astratta, che “sulla base di quanto previsto dall’art. 19, comma 2, d.lgv. 231/2001, la confisca per equivalente, essendo finalizzata a colpire beni non legati da un nesso pertinenziale con il reato, potrebbe avere ad oggetto, in ipotesi, anche dei vantaggi economici immateriali, fra i quali ben possono farsi rientrare, a titolo esemplificativo, quelli prodotti da economie di costi ovvero da mancati esborsi, ossia da comportamenti che determinano non un miglioramento della situazione patrimoniale dell’ente collettivo ritenuto responsabile di un illecito dipendente da reato, ma un suo marcato decremento”.

Tale conclusione, tuttavia, secondo la sentenza, deve essere decisamente accantonata.

Non solo, infatti, la Suprema Corte si riaggancia, sotto questo piano, al principio affermato dalla Sezioni Unite secondo il quale la nozione di risparmio presuppone “un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si dovrebbero sostenere, vale a dire un risultato economico positivo”, concretamente determinato dalla condotta delittuosa, ma sviluppa, ad ulteriore dimostrazione della fondatezza di tale principio, una serie ulteriore di condivisibili osservazioni.

Rileva infatti, in particolare, la Corte che il legislatore non ha configurato il sequestro per equivalente quale istituto sanzionatorio autonomo, sganciato da ogni collegamento con la confisca diretta di cui al primo comma della disposizione sopra richiamata (ossia della preventiva possibilità di individuare un vantaggio materialmente affluito nel patrimonio dell’ente collettivo quale profitto dell’attività criminosa allo stesso riferibile), ma ha invece sottolineato la necessità di commisurararlo al compendio economico originato in misura tangibile dalla commissione del reato. L’istituto della confisca per equivalente è infatti azionabile solo nelle ipotesi in cui sia impossibile procedere al sequestro o alla confisca c.d. di proprietà, con l’ovvia conseguenza che “ai fini della confi-

gurabilità della nozione di profitto quale risparmio di spesa conseguito dall'ente si rende necessario individuare la presenza di un risultato economico positivo, determinato in concreto dalla realizzazione delle contestate condotte di reato”, evenienza non riscontrabile nello specifico caso oggetto della sentenza dove l'ipotizzato danno ambientale cagionato dalle asserite condotte criminose non può certo ritenersi equivalente ad un incremento patrimoniale ottenuto dalle società ricorrenti quale diretta ed immediata conseguenza dei reati presupposto.

In altri termini la nozione di “risparmio di spesa” non deve intendersi, ai fini che qui più interessano, in termini assoluti, e cioè quale profitto cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile, ma implica il riferimento ad un “ricavo introitato” dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere; occorre cioè “un profitto materialmente conseguito, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere l'erogazione delle spese dovute”.

A ragionare diversamente, infatti – sottolinea ancora la sentenza Riva – si correrebbe il rischio di colpire più volte, attraverso una ingiustificata duplicazione di oneri a carico dell'ente, le medesime somme di denaro, una volta considerate in termini positivi, ossia come accrescimento patrimoniale, ed un'altra volta in termini negativi, come risparmio di spesa, dovendo invece essere sottoposta ad espropriazione solo l'eccedenza fra l'incremento patrimoniale effettivamente maturato e quello che sarebbe stato conseguito senza l'indebito risparmio di spese.

Un danno ambientale cagionato da asserite condotte omissive non può pertanto ritenersi equivalente ad un incremento patrimoniale ottenuto dalle società ricorrenti quale diretta e immediata conseguenza delle condotte omesse: “è il rispetto dello stesso principio di tassatività delle sanzioni – conclude sul punto la sentenza Riva – ad escludere, in assenza di un introito effettivo, la possibilità di assoggettare allo strumento della confisca per equivalente il valore di costi illegittimamente non sostenuti dall'ente collettivo per effetto della mancata adozione di misure

preventive espressamente prescritte dalla legge negli specifici settori di riferimento”.

Servirebbe, dunque, per colpire con una misura ablatoria anche il valore dei costi illegittimamente non sostenuti un intervento legislativo *ad hoc*, come quello che è stato attuato nel campo del diritto tributario con la previsione introdotta dall'art. 1, comma 143, della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, che, com'è noto, ha esteso l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 322-*ter* c.p. anche alle fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater* e 11, del d.lgv. 10 marzo 2000, n. 74.

È tuttavia ancora la sentenza Riva a rilevare in proposito che, nel campo dei reati tributari, non viene in discussione un “risparmio di spesa”, quanto piuttosto l'inadempimento di un'obbligazione già esistente prima delle condotte, liquida, esigibile, quantificata in termini nummari, cosicché il profitto si realizza proprio con il mancato pagamento del tributo. Ciò nonostante, osserva ancora acutamente la Suprema Corte, prima della novella del 2007 tale profitto non poteva egualmente essere assoggettato alla confisca *ex art. 240 c.p.*, in quanto benché, il valore sottratto coincidesse con elementi già presenti e rinvenibili nella sfera patrimoniale del reo, non rientrava *stricto sensu* nel concetto di “provenienza da reato”.

Ed in effetti anche l'elaborazione giurisprudenziale successiva all'approvazione della citata novella tiene a precisare che il sequestro preventivo funzionale alla confisca nei reati tributari è riferibile all'imposta evasa solo in quanto quest'ultima “costituisce un risparmio economico correlato alla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale, di cui certamente beneficia il reo, conseguendo un vantaggio patrimoniale ‘direttamente derivante’ dalla condotta illecita e, come tale, riconducibile ormai alla nozione di ‘profitto del reato’”. Soltanto in forza di tale accertamento – relativo alla diretta derivazione del vantaggio dalle condotte poste in essere dal soggetto agente – può dunque ritenersi legittima la confisca di beni di valore corrispondente al-

l'imposta evasa e si rende possibile, ai fini cautelari, l'adozione del provvedimento di sequestro preventivo.

Conclude pertanto in proposito la citata sentenza che “sulla base delle suesposte considerazioni, in definitiva, è necessario, perché possa individuarsi un profitto assoggettabile a sequestro, e poi a confisca, ai sensi delle citate disposizioni di cui agli artt. 19 e 53, che si verifichi, quale diretta conseguenza della commissione del reato, uno spostamento reale di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente, evitando improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato, inteso quale reale accrescimento patrimoniale, e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto della mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale”.

Pur nelle ipotesi, quindi, in cui l'attività illecita imputabile all'ente abbia arrecato un danno ingiusto a terzi, non è possibile dedurre automaticamente il conseguimento di un profitto illecito come tale sottoponibile a vincolo reale, ma deve ritenersi essenziale, di contro, una verifica puntualmente orientata a stabilire se quel danno si sia concretato anche in un vantaggio patrimoniale oggettivamente riconoscibile, perché direttamente scaturente dalla commissione del reato presupposto. Evenienza che, secondo la Suprema Corte, non si è verificata, nel caso Ilva, emergendo invece già dal tenore letterale delle imputazioni che i diversi effetti riconducibili al prospettato fenomeno di inquinamento siano stati esclusivamente determinati da plurime omissioni di investimenti nella predisposizione delle misure necessarie all'attuazione delle misure di risanamento ambientale.

9. *Altri contributi giurisprudenziali sul concetto di “profitto confiscabile” ai sensi dell'art. 19 d.lgv. 231/2001*

A conclusioni analoghe è approdata di recente anche la già citata sentenza Italease, attraverso un'ampia e dettagliata ricostruzione del percorso compiuto dalla giurisprudenza di legittimità nella messa a punto del concetto di “profitto” confiscabile

ai sensi dell'art. 19, d.lgv. 231/2001, in un caso molto simile a quello affrontato dalla sentenza Riva.

Nella vicenda in questione, infatti, i giudici del merito avevano ritenuto di poter identificare il profitto del reato di false comunicazioni sociali ascritto ai soggetti apicali della banca e consistente nella sottostima del rischio di credito connesso alle operazioni in derivati, con le risorse patrimoniali che, a causa di tale sottostima si erano liberate in favore della banca e che, ove la stima fosse stata invece corretta, avrebbero dovuto rimanere vincolate a tutela del c.d. "patrimonio di vigilanza". Per giungere a tale conclusione i giudici del merito avevano preso le mosse dalla nozione di profitto come vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, negando tuttavia che il concetto di "vantaggio economico" debba necessariamente identificarsi con un incremento del patrimonio dell'ente.

La Suprema Corte, investita, in relazione a questo punto della decisione, dal ricorso presentato dai difensori della società, ha innanzitutto escluso la possibilità di identificare una nozione di "profitto" valida per tutti i settori del diritto penale, ribadendo invece la necessità di concentrarsi su quella di profitto assoggettabile alla confisca-sanzione prevista dall'art. 19, d.lgv. 231/2001, che, a seguito dei plurimi interventi della Sezione Unite già sopra ricordati, può ormai ritenersi riferita al "vantaggio di natura economica che si risolve per colui che ne beneficia in un effettivo incremento patrimoniale e che possa ritenersi di diretta e immediata derivazione causale dal reato".

Pur ribadendo la correttezza di tale consolidata nozione, la Corte ha tuttavia avvertito la necessità di effettuare alcune puntualizzazioni a completamento dell'indirizzo interpretativo assunto dalle Sezioni Unite e sostanzialmente recepito dalla giurisprudenza di legittimità nel suo complesso. Centrale nelle puntualizzazioni introdotte dalla sentenza Italease è, in particolare, la messa a punto del concetto di "vincolo di pertinenzialità" fra il profitto e la condotta criminosa.

Evidenzia a tal proposito la sentenza citata che "proprio la già menzionata inaffidabilità semantica del termine profitto, così

come la scarsa attitudine selettiva della formula ‘vantaggio economico’ impiegata in prima battuta dalla giurisprudenza, impongono di ritenere la nozione inscindibilmente legata al ricordato vincolo di pertinenzialità. Se, in altri termini, il profitto assoggettabile a confisca è solo quello avvinto all’azione criminosa in forza di una stretta relazione causale, risulta evidente che in tali termini lo stesso deve essere inteso come ‘evento’ in senso tecnico, ancorché esterno al tipo di illecito, costituendo solo l’oggetto della misura di sicurezza o della sanzione ablativa”.

In tal senso, afferma ancora la Corte “è dunque necessario che il profitto, per essere tipico, corrisponda ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l’acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica (materialità ed attualità sono caratteri che devono intendersi evocati come requisiti propri del profitto in quanto evento, mentre quello della variazione di segno positivo è immanente alla scelta terminologica operata dal legislatore per definire tale evento)”.

Inevitabile, sulla scorta di tali affermazioni di principio, l’articolazione, da parte della Suprema Corte, di ampie e approfondite censure rispetto alle conclusioni raggiunte dalla sentenza di appello.

Quest’ultima, in particolare, è stata sottoposta a critica nella parte in cui ha qualificato la disponibilità economica artificiosamente procurata attraverso la manipolazione del bilancio come un incremento del patrimonio disponibile della società e dunque come un vantaggio economico per la stessa, senza avvedersi che, in tal modo, finisce per omettere qualsiasi motivazione sulla configurabilità di un effettivo incremento patrimoniale in capo all’ente imputato, giungendo in realtà implicitamente a negare la stessa essenzialità di tale carattere ai fini della ricostruzione della nozione di profitto ed entrando così in conflitto con i già illustrati principi.

A fronte, infatti, dell’impostazione seguita dal giudice di secondo grado, in base alla quale il profitto conseguito dall’ente

sarebbe costituito dal mancato accantonamento di quote di capitale proporzionate al rischio insorto in seguito all'operatività in derivati, osserva la sentenza in esame che, così ragionando, si viene a contestare non la creazione o l'acquisizione di nuova ricchezza, ma la mera destinazione di quella preesistente – e la cui lecita acquisizione non è in discussione – al soddisfacimento di scopi diversi da quelli che avrebbero dovuto essere perseguiti, destinazione, peraltro solo “potenziale”, atteso che è mancato, da parte dei giudici del merito, qualsiasi accertamento circa il successivo impiego (sotto forma di spendita, investimento, distribuzione di maggiori utili, ecc.) delle risorse asseritamente “liberate” attraverso la dissimulazione del rischio di credito²⁵.

²⁵ Non dissimile un altro caso trattato di recente dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., sez. V, 3 aprile 2014, Fondiaria Sai e altro, in *www.dirittopenaleon-temporaneo.it*, 2014, con nota di DOVA, *La Corte di Cassazione torna sulla nozione di profitto confiscabile nel reato di manipolazione del mercato*. Nella vicenda in questione, l'amministratore di fatto di una società assicurativa quotata in borsa e i titolari di deleghe esecutive nella stessa società erano accusati di aver concorso ad esporre dati falsi nel bilancio consolidato del 2010. Tale falsità in bilancio, avendo consentito di occultare una perdita pari a circa 538 milioni di euro, era stata idonea, secondo l'accusa, a provocare una sensibile alterazione del prezzo del titolo della stessa società. In particolare, infatti, l'occultamento della perdita aveva in effetti consentito di evitare pesanti perdite (pari a circa 250 milioni di euro) poi effettivamente subite dal titolo, una volta che, ad un anno di distanza dalla pubblicazione del bilancio, la notizia della falsità dei dati riportati nel medesimo, era diventata ufficiale. Per tali fatti era stato contestato agli imputati, oltre al falso in bilancio, di cui all'art. 2622, comma 4, c.c., il reato di manipolazione del mercato, ex art. 185 T.U.F e, in relazione a quest'ultimo reato anche la responsabilità della persona giuridica. La Corte di Cassazione, investita del ricorso del Pubblico Ministero avverso il provvedimento con il quale il Tribunale del Riesame aveva annullato il provvedimento di sequestro emesso dal G.I.P., ha pienamente confermato la validità delle conclusioni raggiunte in sede di riesame, ribadendo che la nozione di profitto dipendente dal reato di manipolazione del mercato deve presentare i connotati della immediata derivazione e delle concreta effettività (anche se può non coincidere necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato che siano dimostrati). Nel caso di specie, ha osservato tuttavia la Corte, che pur essendo vero che la mancata perdita del valore delle azioni, quale effetto della manipolazione del mercato, avrebbe potuto generare un vantaggio economico per l'ente e per gli azionisti, tale vantaggio non si era però in concreto materializzato, non essendo stata dimostrata l'esistenza di un profitto effettivamente realizzato a seguito delle condotte di aggioaggio, in termini di vantaggio economico effettivo ovvero di utilità economiche computabili economicamente.

Se infatti – ha osservato ancora la Suprema Corte di Cassazione – non può mettersi in dubbio che la scorretta rappresentazione del patrimonio possa procurare un vantaggio all'ente, ove poi tale vantaggio non si traduca in un immediato incremento dello stesso patrimonio (anche costituito eventualmente da un effettivo risparmio di spesa) non è possibile configurare il conseguimento di alcun profitto assoggettabile alla misura ablativa prevista dall'art. 19, d.lgv. 231/2001. Così ragionando si verrebbe infatti a ridurre la nozione di “profitto” a quella di vantaggio, con ulteriori inaccettabili conseguenze anche sul piano sistematico: la funzione propria della confisca del profitto del reato “finirebbe infatti per sovrapporsi, anziché affiancarsi, com'è nella volontà del legislatore, a quella delle sanzioni pecuniarie, pure previste dal d.lgv. 231/2001, espropriando in chiave afflittiva l'ente di risorse che già possedeva prima della consumazione dell'illecito e la cui acquisizione non è determinata dallo stesso”.

10. *Prospettive di evoluzione della giurisprudenza di legittimità*

Vale la pena tuttavia di segnalare, nell'ambito di una giurisprudenza che sembrava sin qui aver espresso principi chiari in merito all'impossibilità di includere nel concetto di “profitto” i meri risparmi di spesa, l'opinione dissonante recentemente introdotta dalla sentenza delle Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp.

Nel riprendere infatti l'orientamento giurisprudenziale in base al quale nel linguaggio penalistico il termine “profitto” ha assunto un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico-aziendalistico e non è mai stato inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto fra componenti positive e negative del reddito, le Sezioni Unite affermano che tale generale ordine di idee deve essere ripreso ed ampliato, anche in relazione alle fattispecie colpose.

Rimarca infatti la sentenza Thyssenkrupp che “l'idea di profitto non può non essere conformata in guisa che sia coerente con le caratteristiche delle fattispecie cui si riferisce” e ciò vale

naturalmente anche per i reati colposi di evento, in relazione ai quali, come si è visto, “l’imputazione oggettiva dell’illecito all’ente si fonda sull’interesse o vantaggio riferito alla condotta e non all’evento”.

Ebbene, secondo le Sezioni Unite, rispetto ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, l’idea di profitto “si collega con naturalezza ad una situazione in cui l’ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto”.

Queste sintetiche considerazioni portano dunque le Sezioni Unite ad affermare che, nel caso Thyssen, il profitto confiscabile deve essere individuato, conformemente a quanto era stato espresso nelle sentenze di merito, nel risparmio di spesa inerente alla mancata installazione presso lo stabilimento di un adeguato impianto di spegnimento degli incendi, nonché nella prosecuzione dell’attività funzionale alla strategia aziendale, ma non conforme ai canoni di sicurezza.

I principi recentemente espressi dalla Sesta Sezione della Suprema Corte, nell’ambito della vicenda Ilva, in merito alla non confiscabilità dei risparmi di spesa hanno trovato così da parte delle Sezioni Unite, almeno in relazione ai reati colposi, una significativa smentita, rispetto alla quale sarà interessante verificare i futuri sviluppi della giurisprudenza di legittimità.

MARCO GAMBARDELLA*

L'EFFICACIA NEL TEMPO DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DELL'ENTE DA REATO

SOMMARIO: 1. Responsabilità dell'ente da reato e principi intertemporali. – 2. Principio di irretroattività e sanzioni amministrative. Il *tempus commissi delicti*. – 3. Le vicende abolitive. – 3.1. La variazione di regole cautelari. – 4. La successione di leggi soltanto modificativa.

1. *Responsabilità dell'ente da reato e principi intertemporali*

Sebbene il tema dell'efficacia della legge nel tempo sia stato negli ultimi anni notevolmente approfondito in dottrina e giurisprudenza, l'aspetto specifico della responsabilità degli enti da reato appare piuttosto trascurato. Eppure, appartenendo esso al più generale tema della successione di leggi, per un verso va al cuore di uno dei due pilastri del diritto penale: la legalità; per altro verso, ne condiziona il restante: quello della colpevolezza.

Ora, tra i “principi generali” della responsabilità amministrativa dell'ente il legislatore ha collocato all'art. 3 d.lgs. n. 231/2001 la specifica disciplina della successione di leggi nel tempo: disposta topograficamente dopo le disposizioni concernenti i soggetti destinatari della normativa (art. 1) e il principio di legalità (art. 2)¹.

* Ricercatore confermato di diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma.

¹ Cfr. D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, in *La responsabilità degli enti*, diretto da A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova, Cedam, 2008, 87 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, 46 ss.; F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis e A. Perini, Bologna, Zanichelli, 2014, 120 ss.

Anzitutto, bisogna stabilire se fosse realmente necessaria un'apposita disciplina in materia di efficacia della legge nel tempo; l'espressa previsione cioè di regole intertemporali per la responsabilità da reato degli enti. Oppure sarebbe stato sufficiente l'art. 2 del codice penale con le sue regole successive. Tanto più che nella legge delega n. 300 del 2000 nulla era previsto al riguardo, rischiandosi così l'incostituzionalità per eccesso di delega².

Occorre brevemente premettere che, in chiave comparatistica, nei modelli fondati sul principio di identificazione (*principle of identification*, ovvero *identification theory*) come nei sistemi di area angloamericana di *common law*, la responsabilità diretta della persona giuridica – per cui quest'ultima risponde di un fatto illecito autenticamente proprio³ – rende priva di senso la previsione di una autonoma disciplina della successione di leggi nel tempo per l'ente collettivo.

Allo stesso modo nell'ordinamento francese – in cui l'opzione legislativa è basata sull'idea che la responsabilità degli enti “rimbalza” da quella degli individui (*par ricochet*, ossia di rimbalzo) – viene ignorato il tema dell'efficacia nel tempo della legge, assorbito dalla più generale disciplina codicistica: recita l'art. 121-2 *code pénal* francese che le persone morali sono responsabili “penalmente” dei reati commessi “*pour leur compte*” dai propri organi e rappresentanti⁴.

In materia di efficacia della legge nel tempo, il legislatore italiano sembra ribadire – almeno formalmente – l'opzione per una responsabilità di natura amministrativa dell'ente.

Invero, nel comma 1 dell'art. 3 d.lgs. n. 231/2001 – nell'ambito delle vicende abolitive – si parla di cessazione degli “effetti

² Cfr. C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di A. Alessandri, H. Belluta, R. Bricchetti, Milano, 2002, 77 ss.

³ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008, 74 ss.

⁴ Cfr. R. BERNARDINI, *Personne morale*, in *Rép. pén. Dalloz, Enc. jur.*, Paris, Dalloz, 2001, 10 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 90 ss.

giuridici” e non degli “effetti penali” come invece nell’art. 2 comma 2 c.p. Quanto dal comma 2 dell’art. 3 d.lgs. n. 231/2001 – nell’ambito delle vicende modificative – si allude alla “legge del tempo in cui è stato commesso l’illecito” e non al “reato” come nell’art. 2 comma 4 c.p.

Si comprende bene perciò che la successione di leggi nel tempo è tra norme che disciplinano l’illecito amministrativo dipendente da reato, e non già il fatto di reato presupposto della responsabilità dell’ente.

I principi e le regole intertemporali vanno quindi riferiti alla materia dell’illecito amministrativo, e non a quella dei reati. Siamo in presenza di un illecito amministrativo, le disposizioni dell’art. 2 del codice penale non si applicano. E pertanto non operano nemmeno le regole codicistiche fondate sul canone della retroattività della *lex mitior*; ricordando che i commi 1 e 2 dell’art. 3 d.lgs. n. 231/2001 esprimono proprio norme che attuano qui il principio di retroattività della legge più favorevole tra quelle che si avvicendano nel tempo.

Che l’art. 2 c.p. e le sue prescrizioni normative non si applichino all’illecito amministrativo, è stato confermato dalle Sezioni unite penali nella sentenza “Campagne” del 2012. La Corte Suprema ha difatti ritenuto che la disposizione codicistica della retroattività della legge più favorevole (art. 2 comma 4 c.p.) opera solo con riferimento all’ipotesi della successione tra fattispecie incriminatrici⁵.

Il principio di retroattività della legge più favorevole non è dunque previsto per gli illeciti amministrativi dalla fondamentale legge n. 689 del 1981. Mentre, per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato è stata invece inserita una specifica disposizione che contiene le regole che attuano il principio della necessaria retroattività della *lex mitior*, altrimenti avrebbe operato il

⁵ Cfr. Cass., sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457, Campagne, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1211; e prima nello stesso senso Cass., sez. un., 16 marzo 1994, Mazza, in *Cass. pen.*, 1995, 1806. Nel senso tuttavia dell’applicazione retroattiva della violazione amministrativa risultante da depenalizzazione in quanto legge più favorevole, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1718.

generale principio del *tempus regit actum* come per tutti gli illeciti amministrativi⁶. Eccetto che per il diritto penale si applica l'art. 11 preleggi al c.c., secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha efficacia retroattiva.

Al riguardo ha chiarito il Consiglio di Stato che in materia di sanzioni amministrative, tranne eccezioni come l'art. 3 d.lgs. n. 231 del 2001, non è applicabile il principio di retroattività della disposizione più favorevole *ex art. 2 c.p.*⁷.

La questione della mancanza di una norma che imponga retroattivamente la *lex mitior* per gli illeciti amministrativi è stata rimessa alla Corte costituzionale dal Tribunale di Cremona. In particolare il giudice *a quo* – in relazione agli artt. 3 e 117 comma 1 Cost. e 7 Cedu – ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 689 del 1981 nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge posteriore più favorevole, essendo il principio di retroattività della legge più favorevole ormai un principio generale dell'ordinamento valido anche in rapporto agli illeciti amministrativi, non esistendo più una distinzione "ontologica" tra illecito amministrativo e penale. Il Giudice delle leggi non si è tuttavia pronunciato, restituendo gli atti al giudice rimettente affinché valuti la perdurante rilevanza della questione alla luce dello specifico mutamento legislativo sopravvenuto⁸.

L'espressa previsione di una serie di disposizioni, che ricalcano quelle del codice penale riguardo alla successione della legge penale nel tempo, non appare però risolutiva per trattare la disciplina giuridica della responsabilità dell'ente da reato come penalistica. Decisivo a tal fine non è ormai la natura penale o amministrativa oppure *tertium genus*, bensì risultano essere le garanzie (e lo standard, il livello di tali garanzie) che vengono accordate alla materia: in particolare qui la garanzia della necessaria retroattività della legge più favorevole⁹.

⁶ D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, cit., 88 ss.

⁷ C.d.S., sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3497.

⁸ Corte cost., 28 ottobre 2014, ord. n. 247, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁹ Cfr. in proposito A. FIORELLA - N. SELVAGGI, *Compliance programs e domina-*

La garanzia della retroattività *in mitius*, infatti, dopo la sentenza Scoppola c. Italia della Corte di Strasburgo riunita in Grande Camera del settembre 2009, è aspetto che fa ormai parte del principio di legalità convenzionale *ex art. 7 Cedu*, operante nel nostro ordinamento attraverso il parametro costituzionale dell'art. 117 comma 1 Cost., che impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In particolare, con la sentenza "Scoppola" la Corte europea – mutando giurisprudenza – ha ritenuto che l'art. 7 § 1 Cedu ("nessuna pena senza legge") non accolga soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, bensì consacrì anche "il principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo"¹⁰, elevando dunque il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona¹¹.

E comunque senza minimamente voler affrontare in questa sede il complesso tema della natura della responsabilità da reato degli enti, si segnala in proposito la presa di posizione delle Sezioni unite penali nel caso "ThyssenKrupp", le quali hanno affermato che il sistema normativo introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2001, coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, configura un *tertium genus* di responsabilità compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza¹².

bilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3-4, 2014, 106 ss.

¹⁰ Corte eur., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (n. 10249/03), in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss., con nota di G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*. In argomento, cfr. C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, Roma, Aracne, 2012, 69 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013, 59 ss.; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2014, 263 ss.

¹¹ Cfr. F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1173 ss.; V. MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, 284 ss.

¹² Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, in *C.E.D. Cass.*, n. 261112. In dottrina, cfr. A. FIORELLA - N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata"*, cit., 112.

È irrilevante dunque la disputa sulla natura penale o amministrativa della responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/2001*, occorre invece stabilire se siamo al cospetto di una "accusa in materia penale", sulla scorta dei parametri relativi alla qualificazione giuridica della misura nel diritto interno, della natura della misura e del grado di severità della sanzione (cosiddetti Engel-criteri).

E tuttavia non essendo i menzionati parametri cumulativi ma alternativi, per l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte Europea (cfr. da ultimo la sent. Grande Stevens del 4 marzo 2014, in tema di manipolazione del mercato), quando gli illeciti amministrativi assumono carattere punitivo-afflittivo, costituiscono pur sempre "materia penale", e sono perciò assoggettati alle medesime garanzie sostanziali e processuali degli illeciti penali in senso stretto¹³.

Infatti, com'è noto, il criterio per stabilire se un dato illecito o una certa sanzione sia riconducibile nello spettro delle garanzie dell'art. 7 Cedu non è quello della "qualificazione" dell'infrazione nel diritto interno¹⁴. La natura "penale" in rapporto alla Convenzione europea viene ricavata da autonomi criteri, i quali tendono a ricomprendere nella "materia penale" tutte le infrazioni (illeciti) e sanzioni che, al di là della nomenclatura formale utilizzata da uno degli Stati membri (ad esempio: illecito, sanzione amministrativa o disciplinare) risultino caratterizzati da un contenuto sostanzialmente punitivo e/o da una dimensione intrinsecamente afflittiva¹⁵.

Nel giudizio della Corte Europea un ruolo centrale a tal fine è stato acquisito dalla finalità repressiva o punitiva della san-

¹³ Cfr. in proposito l'ampia analisi di F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it.dir. e proc. pen.*, 2013, 1898 ss. Sullo specifico profilo dell'ente, v. F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, cit., 122 ss.

¹⁴ Al riguardo, chiare indicazioni in V. ZAGREBELSKY., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes - V. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 2011, 74 ss.

¹⁵ Cfr. V. MANES, *sub art. 7*, in *Commentario breve*, cit., 260 ss.

zione. Se la sanzione ha uno scopo, una finalità repressiva/punitiva, l'illecito è assoggettato alle garanzie penalistiche *ex art. 7 Cedu*, anche in presenza di una diversa disciplina e qualificazione nel diritto interno (ad es. la confisca "urbanistica" con la recente sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013; e la custodia di sicurezza nel diritto tedesco, *Sicherungsverwahrung*, con la sentenza *M. c. Germania* del 17 dicembre 2009).

La responsabilità da reato dell'ente, sebbene qualificata dal legislatore nazionale di natura amministrativa, richiede pertanto il rispetto sul piano sostanziale delle garanzie enunciate dall'art. 7 Cedu nel principio convenzionale di legalità, che contempla anche il principio di retroattività della legge più mite (cfr. sent. *Scoppola c. Italia*, cit.)¹⁶.

2. *Principio di irretroattività e sanzioni amministrative. Il tempus commissi delicti*

Prima di procedere all'analisi dell'art. 3 del d.lgs. n. 231/2001, occorre premettere che nella disciplina della successione di leggi, a differenza di quanto risulta nel codice penale (comma 1 dell'art. 2 c.p.), non è inserita la disciplina delle nuove incriminazioni, e quindi la regola intertemporale della irretroattività che invece è posta all'interno dell'art. 2 d.lgs. n. 231/2001 concernente il "principio di legalità". Si è seguita qui la scelta dell'art. 1 l. n. 689 del 1981, che va ricordato non contiene però una disciplina espressa in tema di successione di leggi nel tempo.

Il principio di irretroattività riveste un autonomo ruolo rispetto agli ulteriori canoni ricavabili dal principio di legalità: riserva di legge, tipicità, determinatezza e tassatività. Mentre il primo opera sul piano degli effetti nel tempo della legge penale, i restanti concernono più propriamente la materia delle fonti e dell'interpretazione¹⁷. In tale prospettiva, va detto che non sem-

¹⁶ F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, cit., 123.

¹⁷ M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 81 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001,

pre il principio di irretroattività opera congiuntamente con gli altri corollari della legalità: come è stabilito, per esempio, nel nostro sistema penale in materia di misure di sicurezza all'art. 200 c.p., in cui è sancito il principio di tipicità ma non quello di irretroattività; oppure nell'art. 7 Cedu in cui è, viceversa, enunciato il principio di irretroattività ma non già quello di riserva di legge, in considerazione della possibile creazione giurisprudenziale delle ipotesi di reato nei paesi di *common law*¹⁸.

Soltanto di recente la Corte costituzionale si è spinta ad asserire che viola il principio di irretroattività costituzionale e convenzionale una disposizione che stabilisca la sanzione amministrativa (con funzione punitivo-afflittivo) anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore¹⁹.

Invero, per la Consulta non solo dalla giurisprudenza della Corte europea formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 Cedu si ricava il principio secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere assoggettate alle medesime garanzie delle sanzioni penali in senso stretto. Ma pure dall'art. 25 comma 2 Cost. – in virtù dell'ampiezza della sua formulazione: «Nessuno può essere punito [...]» – è desumibile che qualsiasi intervento di tipo sanzionatorio (che non abbia dunque prevalente funzione di prevenzione criminale) è applicabile solo se la legge che lo prevede sia stata in vigore al momento della commissione del fatto storico²⁰.

Il principio di irretroattività in materia di responsabilità degli enti s'intreccia con un altro aspetto della disciplina intertemporale, che può essere considerato a monte di tutta la disciplina, ossia quello del "*tempus commissi delicti*".

9 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'irretroattività*, in *Trattato di diritto penale, parte generale*, vol. I, diretto da A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Torino, Utet, 2012, 223 ss.

¹⁸ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione*, vol. I, cit., 196 ss.

¹⁹ Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁰ Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, cit. V. pure Corte cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196, in *www.cortecostituzionale.it*.

Si tratta di un problema comune all'intera materia della successione di leggi, rappresentato dall'individuazione del tempo in cui è stato commesso il reato.

In proposito, occorre tenere presente che il legislatore non ha espressamente disciplinato in via generale il *tempus commissi delicti*.

Ad avviso della dottrina, la funzione di garanzia del principio di irretroattività impone di applicare la "legge vigente al momento della condotta"; ossia in vigore nel momento in cui si è realizzata l'azione o l'omissione. Sicché, non necessariamente il tempo del commesso reato coincide la consumazione dell'illecito penale: ad esempio, nei reati di evento si fa riferimento al momento della condotta che precede il momento della consumazione²¹.

Per quanto concerne la responsabilità dell'ente da reato, la tesi prevalente individua il *tempus* nel fatto di reato commesso dalla persona fisica, col momento ossia della commissione del reato da parte dell'individuo vivente: ed è il momento in cui si perfeziona la fattispecie dell'illecito amministrativo dell'ente²².

Ha chiarito la Corte di cassazione che è la commissione del fatto che deve essere presa in considerazione al fine di accertare l'applicabilità della sanzione e per "fatto" deve intendersi ciò che costituisce il reato; ed è quindi il momento consumativo del reato che rileva per l'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001. E pertanto, la sanzione della confisca del profitto del reato presupposto è applicabile esclusivamente quando la data di consumazione di quest'ultimo è successiva a quella dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, risultando invece irrilevante il momento in cui il suddetto profitto è stato in tutto in parte effettivamente conseguito²³.

²¹ Cfr. per un quadro dei problemi, M. GAMBARDILLA, *L'irretroattività*, cit., 307 ss.

²² Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 54; F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, cit., 124 ss.; D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, cit., 88.

²³ Cass., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 14564, in *C.E.D. Cass.*, n. 249378.

L'esatta individuazione del momento consumativo potrebbe incontrare delle difficoltà in relazione, ad esempio, ad alcuni reati a c.d. consumazione prolungata quali il delitto di truffa, o la nuova figura della corruzione per l'esercizio della funzione (cfr. l'art. 318 c.p., che la giurisprudenza più recente ha qualificato persino come reato permanente)²⁴.

Se il *tempus commissi delicti* va individuato nel momento in cui si è posta in essere la condotta (tipica) del reato presupposto, allora diventa problematica la determinazione del *tempus* nei reati permanenti e in quelli a c.d. consumazione prolungata. Se si guarda alla cessazione della situazione antigiuridica, si sposta in avanti il *tempus* in conseguenza dello slittamento in avanti della condotta tipica. Per esempio, si è sostenuto in una vicenda in cui era contestato il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, che il rilievo dei ricorrenti, secondo cui le disposizioni del d.lgs. n. 231 del 2001 non sarebbero applicabili perché entrate in vigore successivamente al delitto per cui si è proceduto, si scontra con la ritenuta natura di reato a consumazione prolungata²⁵.

3. *Le vicende abolitive*

Dai primi due commi dell'art. 3 d.lgs. n. 231 si ricavano norme che attuano il principio di retroattività della legge più favorevole tra quelle che si avvicendano nel tempo, secondo le due declinazioni conosciute della nostra tradizione penalistica. Nel codice penale infatti la retroattività *in mitius* è declinata "storicamente" proprio attraverso questi due differenti livelli di rilevanza: a seconda che si verifichi una semplice modifica di disciplina oppure una *abolitio criminis* (con l'eccezione del "nuovo" comma 3 dell'art. 2 c.p.)²⁶.

²⁴ Cfr. D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, cit., 88.

²⁵ Cfr. Cass., sez. fer., 1 settembre 2011, n. 46756, *Induplast*.

²⁶ M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008, 71 ss.

Nel nostro sistema penale, in caso di una legge sopravvenuta *in bonam partem* (ad es., una norma abrogatrice o semplicemente modificatrice *in mitius*), operano le regole del codice che impongono la retroattività della legge penale più mite (art. 2 commi 2-4 c.p.). Il giudice (o comunque l'interprete), in presenza di una successione di norme nel tempo, è tenuto a ritenere operanti per il passato gli effetti giuridici prodotti dalla norma subentrante favorevole. La legge più benevola va a disciplinare così fatti storici che si sono realizzati prima della sua entrata in vigore²⁷.

La retroattività favorevole può essere intesa in “*sensu forte*” (c.d. iper-retroattività), allorché la *lex mitior* travolga pure le decisioni di condanna ormai passate in giudicato (è il caso della *abolitio criminis*); ovvero in “*sensu debole*”, allorché la *lex mitior* spieghi effetti nei confronti di condotte poste in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, ma che ancora non siano state giudicate in via definitiva (è il caso della successione modificativa)²⁸.

Il terzo comma dell'art. 3 d.lgs. n. 231, inoltre, sulla falsariga della disciplina prevista nell'art. 2 comma 5 c.p., inserisce una disposizione derogatoria, secondo cui le due regole attuative della retroattività *in mitius* non operano in presenza di una legge eccezionale o temporanea tra quelle che si avvicendano nel tempo²⁹.

Nella prima delle disposizioni intertemporali dell'art. 3 d.lgs. n. 231 sono contenute le regole in tema di vicende abilitative (comma 1).

Leggendo l'enunciato balza subito agli occhi la divaricazione tra due ipotesi:

²⁷ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012, 101 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, 158 ss.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 47 ss. Una valorizzazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, si rinviene già in A. FIORELLA, *L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 495 ss.

²⁸ Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 318.

²⁹ Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 52. Nel senso della inopportunità della disposizione in questione, v. D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, cit., 90.

i) fatto che secondo una legge posteriore non costituisce più (*rectius*: non è previsto dalla legge come) reato;

ii) fatto per cui non è più prevista la responsabilità *ex art.* d.lgs. n. 231/2001 dell'ente.

Quanto alla prima ipotesi, essa si ricollega direttamente al fenomeno dell'*abolitio criminis ex art.* 2 comma 2 c.p.: il legislatore abolisce (o depenalizza) una figura criminosa compresa nel catalogo dei reati-presupposto.

E siffatta abolizione dell'incriminazione (che può discendere pure dalla degradazione di un reato in illecito amministrativo, secondo il tipico meccanismo della "depenalizzazione") elimina la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001; e se è intervenuta una condanna definitiva deve essere revocata mediante una disciplina specifica che prende a modello l'art. 673 c.p.p. Ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 231/2001, il giudice dell'esecuzione è difatti competente per i provvedimenti relativi alla cessazione dell'esecuzione della sanzioni nei casi di abolizione previsti dall'art. 3 d.lgs. cit.³⁰.

Tale prima ipotesi riprende l'espressione "fatto non costituisce (più) reato" del codice penale, che non corrisponde tuttavia all'attuale formula assolutoria prevista dall'art. 530 comma 1 c.p.p. per le vicende abolitive: il "fatto non è (più) previsto dalla legge come reato". Formula assolutoria quest'ultima non esplicitamente contemplata nel previgente art. 479 c.p.p. 1930 in tema di proscioglimento nel giudizio di primo grado.

Nella seconda ipotesi, in cui pure viene travolto il giudicato di condanna, viene escluso dal catalogo dei reati-presupposto l'illecito penale in relazione al quale è stata contestata la responsabilità dell'ente *ex d.lgs.* n. 231/2001.

Se è vero che le due ipotesi appaiono concettualmente distinte, è pur vero che la seconda ipotesi delineata potrebbe logicamente ricomprendere la prima: invero i reati aboliti, essendo

³⁰ Cfr. E. GALLUCCI, *L'esecuzione*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, cit., 721 ss.; P. CORVI, *Esecuzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis e A. Perini, cit., 1296 ss.

espunti dall'ordinamento penale vigente, sono automaticamente scartati dal catalogo dei reati-presupposto. Quello che conta, in definitiva, è la formale previsione nel catalogo dei reati-presupposto del delitto commesso dalla persona fisica qualificata nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

E ciò si evince con chiarezza da quanto asserito in proposito dalle Sezioni unite "Deloitte" nel 2011 in materia di riforma della disciplina penale delle società di revisione. Ebbene, il legislatore ha esplicitamente abrogato la disposizione incriminatrice di falso del revisore contabile di cui all'art. 2624 c.c., introducendo al suo posto il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale *ex art. 27 d.lgs. n. 39 del 2010*. Tuttavia, il legislatore della riforma non ha integrato il catalogo dei delitti presupposto del d.lgs. n. 231 del 2001, che continua a far riferimento alla disposizione abrogata.

A ben vedere, riferito alla disciplina della responsabilità dell'ente, è un caso di "deselezione" dal catalogo dei reati-presupposto, e non già di *abolitio criminis*.

Perché?

In realtà, occorre riflettere che siamo in presenza di una ipotesi di *abrogatio sine abolitione*: formalmente è stata abrogata la disposizione (articolo) che conteneva l'incriminazione (art. 2624 c.c.), ma non si è verificata alcuna *abolitio criminis* poiché una altra disposizione riformulata (come, ad esempio, nell'interesse privato/abuso d'ufficio nella riforma del 1990) o di nuova introduzione (come nell'ipotesi della nuova violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.*, o dell'induzione indebita *ex art. 319-quater c.p.*) racchiude la figura di reato (qui l'art. 27 d.lgs. n. 39/2010).

Le Sezioni unite si sono interrogate sulla possibilità di estendere il rinvio dell'art. 25-ter d.lgs. n. 231 alla nuova figura di falsità dei revisori per effetto di un rinvio mobile non recettizio, suscettibile di adeguarsi automaticamente alla nuova disposizione; se quindi è ammissibile interpretare il riferimento espresso, contenuto nell'art. 25-ter del d.lgs. n. 231/2001, all'abrogato art. 2624 c.c. come rinvio 'mobile' ad altra disposizione normativa, indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa al rap-

porto di continuità tra le fattispecie incriminatrici in successione diacronica³¹.

Hanno statuito le Sezioni unite che il delitto di falsità nelle relazioni e nelle comunicazioni delle società di revisione, già previsto dall'abrogato art. 174-*bis* d.lgs. n. 58 del 1998 ed ora configurato dall'art. 27 d.lgs. n. 39 del 2010, non è richiamato nei cataloghi dei reati presupposto della responsabilità da reato degli enti, che non menzionano le predette disposizioni; e conseguentemente esso non può costituire il fondamento della suddetta responsabilità. Si è altresì precisato che anche l'analoga fattispecie prevista dall'art. 2624 c.c., norma già inserita nei suddetti cataloghi, non può essere più considerata fonte della menzionata responsabilità atteso che il d.lgs. n. 39 del 2010 ha provveduto ad abrogare anche il citato articolo³².

Si è valorizzato in tal modo il carattere tassativo del catalogo dei delitti-presupposto sotto il profilo formale della disposizione richiamata nello stesso (il principio di legalità di cui all'art. 2 d.lgs. 231/2001: «reato e ... sanzioni espressamente previsti»).

Altra peculiare questione, che ruota attorno alla previsione di un reato-presupposto all'interno del catalogo del d.lgs. 231/2001, è quella concernente il reato scopo di associazione per delinquere che non sia incluso nel catalogo di quelli previsti per fondare la responsabilità dell'ente.

Al riguardo si è affermato che, quando si proceda per il delitto di associazione per delinquere e per reati non previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità da reato del soggetto collettivo, la rilevanza di questi ultimi non può essere indirettamente recuperata, ai fini dell'individuazione del profitto confiscabile, per il loro carattere di delitti scopo del reato associativo contestato³³.

³¹ Cfr. F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, cit., 128 ss.

³² Cass., sez. un., 23 giugno 2011, n. 34476, Deloitte Touche Spa, in *C.E.D. Cass.*, n. 250347.

³³ Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva Fi.re Spa, in *C.E.D. Cass.*, n. 257789-90.

Cosicché, si deve ritenere illegittimo il ricorso alla contestazione del reato di associazione per delinquere di cui all'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001, per introdurre nel novero dei reati-presupposto previsti agli artt. 24 e ss. del medesimo decreto legislativo, delitti che non vi sono ricompresi per volontà del legislatore³⁴.

E ciò in ragione di due argomenti messi in luce dalla dottrina³⁵.

Il primo argomento è di ordine “sistemico”. L'eventualità di contestare all'ente la responsabilità amministrativa per reati al momento del fatto non contemplati dal d.lgs. n. 231/2001 appare violare in modo palese il principio di tipicità-legalità su cui è fondato il sistema sanzionatorio dell'ente previsto nel citato decreto, e in un'ultima analisi anche il sovraordinato principio costituzionale e convenzionale di legalità dei sistemi punitivi-sanzionatori.

Il secondo argomento è di carattere “pratico”. Come osservato in motivazione dalla Suprema Corte, si verrebbe a creare il «pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo», la quale costringerebbe gli organi direttivi dell'ente stesso ad adottare «su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di oggettivi criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione previsti dal citato d.lgs., art. 6, scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione»³⁶.

La sanzione della confisca del profitto derivante dal reato può essere disposta solo quando la data di commissione di quest'ultimo è successiva a quella di entrata in vigore della normativa che introduce nel catalogo dei reati-presupposto la fattispecie per cui si procede, risultando invece irrilevante il momento in cui il suddetto profitto è, in tutto o in parte, effettivamente con-

³⁴ Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit.

³⁵ S. BELTRANI, *Responsabilità degli enti da associazione per delinquere (art. 416 c.p.): una (non condivisibile) decisione di grande rilievo*, in *Rivista 231*, n. 3, 2014, 217 ss.

³⁶ Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit.

seguito. Sulla scorta di tali considerazioni, si è di conseguenza annullato il sequestro preventivo del profitto riferito al reato di associazione per delinquere e a illeciti ambientali, derivante da condotte realizzate prima dell'entrata in vigore della normativa che ha inserito i reati in questione fra quelli idonei a fondare la responsabilità dell'ente³⁷.

3.1. *La variazione di regole cautelari*

Ora, tale impostazione del d.lgs. n. 231/2001 che articola in due ipotesi il fenomeno abolitivo (l'abrogazione della incriminazione, la deselezionazione del reato dal catalogo dei reati-presupposto) è in linea con la visione di fondo della disciplina legislativa della responsabilità amministrativa degli enti. L'illecito dell'ente – strutturato sul modello kelseniano di illecito “Se F allora S” – sembra essere pensato come una fattispecie complessa (con profili oggettivi e soggettivi), costituita sul piano oggettivo da due elementi: la commissione di un reato-presupposto (esplicitamente inserito nel catalogo degli stessi) da parte di una persona (apicale o sottoposta) che abbia una relazione qualificata con l'ente, e la realizzazione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo³⁸.

Senonché, come detto, la fattispecie dell'illecito deve qui essere integrata, non solo sotto il profilo oggettivo, ma anche sotto il profilo soggettivo: costituito, nella disciplina della responsabilità *ex crimine* degli enti, dalla c.d. colpa di organizzazione, che si atteggia in modo diverso quando il reato-presupposto sia stato commesso da una persona in posizione apicale (art. 6), oppure da persona sottoposta all'altrui vigilanza o direzione (art. 7)³⁹.

³⁷ Cass., sez. VI, 20 dicembre, 2013, n. 3635, cit.

³⁸ F. D'ARCANGELO, *Successione di leggi*, cit., 125 ss.; Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011, Fenu. *Contra* G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, ETS, 2012, 313 ss.

³⁹ Sulla colpa di organizzazione cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, il Mulino, 2010, 210 ss.; A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di F. Compagna, Napoli, Jovene, 2012, 267 ss.; A. FIO-

La colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo, fondata ossia sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a giustificare la responsabilità dell'ente⁴⁰.

In dottrina, impostandosi il problema della responsabilità degli enti in chiave di colpevolezza di organizzazione, si è assunto che l'adozione e attuazione di idonei modelli organizzativi è strumentale al dovere di evitare la realizzazione di delitti, allo stesso modo delle regole cautelari rispetto alla responsabilità per colpa⁴¹.

Si potrebbe allora di conseguenza porre la questione, non semplice, dell'avvicendamento di regole cautelari nel tempo: in pratica, se la variazione di una "regola cautelare", rilevante ai fini del giudizio di colpa, possa dar luogo ad un fenomeno di successione mediata della norma incriminatrice.

Per quanto concerne poi la declaratoria di incostituzionalità del reato presupposto, pur nel silenzio della legge, l'efficacia *ex tunc* della pronuncia ablatoria della Corte costituzionale (artt. 136 Cost. e 30, comma 4, l. n. 87 del 1953) è in grado di far cessare l'esecuzione e gli effetti giuridici della condanna nei confronti dell'ente, e quindi di travolgere il giudicato al pari dei casi di autentica *abolitio criminis*.

4. *La successione di leggi soltanto modificativa*

Il comma 2 dell'art. 3 d.lgs. n. 231/2001 ricalca la disciplina penalistica dell'art. 2 comma 4 del codice per quanto concerne

RELLA - N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata"*, cit., 111; M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, ESI, 2012, 230 ss.; C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss.; M. PELISSERO, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. n. 231/2001*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, ES, 2014, 1200 ss.

⁴⁰ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, in *C.E.D. Cass.*, n. 261113.

l'inserimento dello sbarramento del giudicato alla applicazione retroattiva della *lex mitior*. E si pongono chiaramente – con riferimento alla distinzione del fenomeno abolitivo da quello modificativo della figura di reato – tutte le tensioni e le difficoltà verificatesi in ambito strettamente penale, che hanno dato luogo a un numero cospicuo di decisioni delle Sezioni unite; con l'affermarsi infine di un nuovo modello di soluzione delle questioni intertemporali di stampo logico-formale, fondato sul confronto tra le astratte norme incriminatrici che si succedono nel tempo⁴².

La disciplina della successione modificativa di cui all'art. 3 d.lgs. n. 231/2001 ha trovato applicazione con riferimento ai delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro, i quali sono stati introdotti nel catalogo dei reati-presupposto all'art. 25-*septies* dalla l. n. 123 del 2007. Infatti, in un secondo momento a seguito di riformulazione (d.lgs. n. 81 del 2008), l'art. 25-*septies* è stato reso più favorevole, comminando sanzioni più lievi per gli illeciti dipendenti dai menzionati reati di lesioni personali colpose e omicidio colposo⁴³.

Un problema particolare che si pone nella disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente è quello del concetto di legge favorevole. Nel senso di stabilire se la subentrante legge soltanto modificativa *in bonam partem* debba essere riferita unicamente alla disciplina dell'illecito amministrativo dipendente da reato, che muta *in melius* durante il procedimento per l'applicazione della sanzione *ex* d.lgs. n. 231/2001; oppure sia necessario ricollegarla anche al reato presupposto e alla sua disciplina.

Per una parte della dottrina il comma 3 dell'art. 3 d.lgs. n. 231/2001 deve essere riferito all'intera disciplina della responsabilità dell'ente, e quindi non bisogna limitare la sua operatività a

⁴¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, 637.

⁴² Cfr. M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Agg. VII, Milano, Giuffrè, 2014, 660 ss.

⁴³ Trib. Trani, 26 ottobre 2009, *Truck Center*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 842, con nota di G. AMARELLI, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*.

quella specifica contenuta nel d.lgs. n. 231/2001, ma va estesa anche al fatto di reato commesso dalla persona fisica⁴⁴.

Mentre, da quanto scritto nella Relazione governativa sembrerebbe che la legge modificatrice *in mitius* non vada collegata al reato-presupposto: nella Relazione si sostiene, infatti, che le vicende dell'illecito penale rimangono indifferenti rispetto alla responsabilità amministrativa dell'ente (§ 3.1).

Potrebbe avvalorare siffatta conclusione la giurisprudenza di legittimità sulla prescrizione del reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente (artt. 22 e 60 d.lgs. n. 231/2001).

Non è possibile qui lucrare il più favorevole termine di prescrizione del reato intervenuto durante il procedimento a seguito di riforma legislativa, come ad esempio è successo per la concussione in cui la separazione e autonomizzazione della forma induttiva col nuovo art. 319-*quater* c.p. ha accorciato il termine massimo di prescrizione da 15 a 10 anni, portando a proscioglimenti dichiarati.

Invero, in tema di responsabilità da reato degli enti, la prescrizione del reato-presupposto successivamente alla contestazione dell'illecito all'ente è irrilevante (cfr. art. 22 d.lgs. n. 231/2001)⁴⁵.

In tal senso, la Cassazione ha affermato che l'intervenuta prescrizione del reato-presupposto successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito non ne determina l'estinzione per il medesimo motivo, giacché il relativo termine, una volta esercitata l'azione, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica⁴⁶.

E proprio la disciplina della prescrizione di cui all'art. 60 d.lgs. n. 231/2001 sembra ribadire l'opzione, almeno formal-

⁴⁴ D. BRUNELLI, *Successione di leggi*, cit., 90.

⁴⁵ Cfr. U. LECIS, *Prescrizione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis e A. Perini, cit., 424 ss.

⁴⁶ Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, P.M. in proc. Citibank N.A, in *C.E.D. Cass.*, n. 255415.

mente legislativa, per l'autonomia della responsabilità amministrativa dell'ente rispetto alla responsabilità penale della persona fisica, nell'ambito di un modello italiano che non le fa coincidere: come esplicitamente stabilito dall'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, in tema di indipendenza della responsabilità dell'ente nei confronti dell'agente in carne ed ossa⁴⁷.

Senza dimenticare che ormai una doppia punizione per la medesima condotta e nei confronti del medesimo soggetto, per effetto della sentenza Grande Stevens della Corte di Strasburgo del marzo 2014, dovrebbe essere considerata una violazione del principio del *ne bis in idem* processuale garantito a livello convenzionale (art. 4 Protocollo n. 7 Cedu)⁴⁸.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011, Fenu, cit. (in motivazione). In dottrina, cfr. F. SGUBBI, *Decadenza dalla contestazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis e A. Perini, cit., 1204 ss.

⁴⁸ Cfr. in proposito le riflessioni di C. SANTORIELLO, *La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista 231*, 2014, n. 4, 43 ss.

PAOLA COCO*

PROBLEMI ATTUALI DEL SISTEMA DEI MODELLI ORGANIZZATIVI

SOMMARIO: Premessa. – 1. La disciplina speciale in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro. – 2. Lo *status quo* della normativa generale. – 3. I rimedi. – 4. La mancanza di garanzie in una “*prospettiva di privatizzazione della normativa*”. – 5. Responsabilità e irresponsabilità degli enti nei gruppi di imprese. – 6. Conclusioni su un legislatore troppo *disattento*.

Premessa

Nonostante siano trascorsi più di dieci anni dall'entrata in vigore del decreto n. 231/2001, il nostro sistema dei modelli organizzativi appare ancora lontano da certezze, sia sul versante della dottrina, sia su quello della giurisprudenza.

Si tratta, in realtà, dei problemi di sempre; dunque, senz'altro “Problemi attuali del sistema dei modelli organizzativi”, ma precisando che sono problemi *tuttora* attuali.

Questo perché il nostro sistema sconta dalla nascita un peccato originale di indeterminatezza per come detti modelli furono disegnati nel 2001 dal legislatore delegato¹ rispettivamente all'art.

* Docente di Diritto penale presso l'Università Unitelma Sapienza di Roma.

¹ In nessuno degli atti che avevano preceduto l'emanazione del decreto n. 231 (Convenzioni UE e relativi protocolli, Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali – Parigi, 26 novembre 1997 –, nonché la stessa legge delega del 29 settembre 2000 n. 300), infatti, v'è riferimento alcuno ai modelli organizzativi e di gestione, e tantomeno traccia dell'esimente connessa alla prova dell'adozione di detti modelli.

Scopo originario della legge, del resto, era la chiamata in correità dell'ente, nell'interesse o vantaggio del quale – dopotutto – il reato viene commesso dalla persona fisica.

6 in relazione ai *soggetti in posizione apicale*, e all'art. 7 per i *soggetti sottoposti all'altrui direzione*; il primo con tutte le carenze che di seguito saranno evidenziate, il secondo (riguardando i semplici sottoposti) ancora più generico (per quanto possibile).

Si voleva dettare una disciplina generale dei modelli organizzativi, e si pensò ad un *prototipo di impresa*, senza tenere conto dell'eterogeneità degli enti interessati² e dei reati-presupposto che via via sarebbero andati ad aggiungersi al catalogo originario³, come del resto era stato preventivato dalla legge delega⁴.

1. *La disciplina speciale in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro*

Maggiore consapevolezza di tutto ciò sembra invece palesare la disciplina dei modelli organizzativi in materia di sicurezza

Con l'adozione (ed efficace attuazione) di un modello, invece, benché un reato sia stato comunque commesso, l'ente può chiamarsi fuori dalla vicenda, *scaricando* tutta la responsabilità sulla persona fisica, con un evidente ritorno al passato, quando essendo gli enti irresponsabili, si destinava un soggetto – per lo più l'amministratore delegato – a fungere da *parafulmine* per tutti gli illeciti commessi dall'ente.

L'introduzione di tale esimente da parte del Governo, dunque, se non ha proprio tradito, ha certamente affievolito la *rivoluzione copernicana* che ci si era proposti; senza contare il profilo dell'eccesso di delega, rispetto al quale la non punibilità del minorente per irrilevanza del fatto fu falciata per molto meno dalla Corte Costituzionale (Sent. n. 250 del 1991).

In quel caso l'eccesso era consistito semplicemente nel prevedere un istituto sostanziale (epperò estraneo ai principi direttivi della legge delega, volta a riformare il processo penale minorile), anziché – come si prevedeva nel Progetto preliminare – un decreto di archiviazione.

² “Enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica” (art. 1, co. 2 d.lgs. n. 231), dunque: persone giuridiche private (ivi comprese le fondazioni, le società di capitali e quelle cooperative), enti pubblici economici, associazioni non riconosciute etc. Un *caleidoscopio* tale da ricomprendere i colossi bancari come le società sportive, le case di cura come le aziende di trasporti.

³ Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24); concussione e corruzione (art. 25).

⁴ In particolare, oltre a quelli previsti agli artt. 24 e 25 sopra citati, omicidio e lesioni colposi in materia di sicurezza sul lavoro, nonché i reati ambientali; per tutti gli altri si è provveduto in ordine sparso, secondo criteri e priorità abbastanza discutibili.

nei luoghi di lavoro, prevista all'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, laddove: al 1° comma il modello viene finalizzato a garantire un *sistema aziendale* per l'adempimento di una serie di obblighi giuridici relativi, fra i tanti, alle *attività di valutazione dei rischi*, alle *attività di natura organizzativa*, alle *periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate*; ai sensi del 3° comma "Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere [...] *un'articolazione di funzioni* che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio"; al 4° comma si fa obbligo di riesame ed eventuale modifica del modello, fra l'altro, "in occasione di *mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico*".

Vero è che in tal caso i reati-presupposto si riducevano a due soltanto (omicidio colposo e lesioni colpose), che il problema-*sicurezza* si presenta in forma sostanzialmente omogenea a prescindere dal tipo di attività e che, da ultimo, le prime sperimentazioni del decreto n. 231 avranno consentito al legislatore di affrontare con più maturità l'individuazione di modelli realmente *idonei* in materia.

Non è vero, invece, che la predisposizione di un T.U. Sicurezza sul lavoro nel 2008 e dunque successivamente alla introduzione della responsabilità degli enti (2001) abbia reso possibile disciplinare *ad hoc* quest'ultima; se così fosse, infatti, non si comprende perché non sarebbe stato fatto altrettanto per il quasi contemporaneo – e in un certo senso parallelo – T.U. Ambiente, di due anni antecedente (d.lgs. n. 152/2006), nonostante fra i più temibili rischi d'impresa vi sia quello, devastante, di impatto ambientale⁵. E non basta, perché almeno per l'attuazione della delega a prevedere la responsabilità degli enti per i reati ambientali (art. 11, 1° comma, lett. *d* l. n. 300/2000) si è dovuto attendere fino al 2011 (nuova legge delega n. 96/2010 e d.lgs. di attuazione

D'altro lato, è rimasta finora inattuata la delega per i reati a tutela dell'incolumità pubblica (art. 11, 1° co. lett. *b* l. n. 300/2000).

⁵ Cui peraltro il citato d.lgs. dedica il Titolo III della Parte seconda.

n. 121/2011), e comunque, solo quando i vincoli comunitari (Direttiva 2008/99/CE) lo avevano reso improcrastinabile fissando addirittura la data di adempimento (26 dicembre 2010).

Logica avrebbe voluto che in una materia complessa come quella ambientale si prescrivessero requisiti specifici per i modelli organizzativi sul precedente del T.U. Sicurezza sul lavoro⁶. Ma, a tutt'oggi, così non è stato.

Da premettere, anzitutto, che la disciplina dei modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro (art. 30 d.lgs. n. 81), pur essendo disciplina speciale e per di più successiva a quella generale (art. 6 d.lgs. n. 231), non deroga a quest'ultima, semplicemente integrandola per tale materia. Vale a dire che un ente interessato al problema della sicurezza nei luoghi di lavoro è tenuto a redigere il modello in osservanza contemporaneamente degli artt. 6 d.lgs. n. 231 e 30 d.lgs. n. 81/2008. Ed è forse inutile aggiungere che enti interessati al problema della sicurezza sono praticamente tutti: non solo le imprese edili (pur essendo senz'altro le più a rischio⁷), ma anche le unità produttive, le società di servizi, la grande distribuzione e via dicendo.

Ora, se già *prima facie* i modelli prescritti dal suddetto art. 30 appaiono molto più dettagliati, e dunque molto più congrui alla loro funzione preventiva rispetto a quelli dell'art. 6, va detto che la legge stessa dimostra nei loro confronti maggiore fiducia. E ciò a prescindere dalla c.d. *asseverazione* (una sorta di certificazione) rilasciata dagli organismi paritetici⁸ ai sensi dell'art. 51, comma 3-*bis* d.lgs. n. 81/2008 così come introdotto dal d.lgs. n. 106/2009⁹.

⁶ Si pensi, fra i tanti, al settore dei rifiuti e ai molteplici obblighi previsti dalla legge per la relativa gestione (a cominciare dall'iscrizione al "Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti" o SISTRI).

⁷ Diversi titoli del d.lgs. n. 81 regolano infatti questo specifico settore (cantieri, ponteggi, movimentazione carichi etc.).

⁸ "Organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" (art. 2, lett. *ee* d.lgs. n. 81/2008).

⁹ Art. 51, co. 3-*bis* d.lgs. n. 81/2008: "Gli organismi paritetici svolgono o promuovono attività di formazione, anche attraverso l'impiego dei fondi interprofessionali di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e successive modificazioni,

Indipendentemente da tale asseverazione (della quale perciò si fatica a comprendere la ragion d'essere), infatti, sempre nel 2009, e sempre ad opera del d.lgs. n. 106, è stata attribuita ai modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro una ulteriore funzione, oltre a quella esimente ordinaria, in caso di delega di funzioni.

Come noto, all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008 per la prima volta in assoluto (sia pure ai soli fini del medesimo T.U.) si è disciplinata *expressis verbis* la delega di funzioni; un istituto di creazione, per così dire, dottrinal-giurisprudenziale dai confini incerti¹⁰. Orbene, nel testo originario del 2008 era stata recepita la tesi (prevalente in giurisprudenza), che riconosce efficacia alla delega, configurando, però, in capo al delegante un obbligo di vigilanza sull'espletamento dei compiti da parte del delegato. Nel 2009 (d.lgs. n. 106 appunto), è stato modificato il comma 3 dell'art. 16 citato, prevedendo che detto obbligo di vigilanza "si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4".

La maggiore affidabilità di modelli organizzativi sul tipo di quelli dell'art. 30 d.lgs. n. 81, dunque, sembra incoraggiare ad analoghi percorsi (nel senso, cioè, di confezionare i requisiti normativi dei modelli sulla realtà in cui essi andranno ad operare), senza dimenticare, però, che come sopra sottolineato, la sicurezza sul lavoro rappresentava un caso a sé, come lo rappresenterebbe la materia ambientale.

Non si vuol dire, infatti, che il modello organizzativo ideale sia quello tracciato sulla singola attività o sul singolo illecito, ma quello che tenga conto di entrambi, quantomeno nelle linee ge-

e dei fondi di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nonché, su richiesta delle imprese, *rilasciano una attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30*, della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività.".

¹⁰ Fondamentale, in argomento, il volume di FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

nerali, prevedendosi cioè modelli organizzativi-*standard* per blocchi omogenei: ad esempio nel settore dell'economia in senso lato¹¹, dell'ambiente, della p.a.¹² (sulla falsariga del *Bribery Act* inglese del 2010¹³) etc. Modelli organizzativi che, come nel caso della sicurezza nei luoghi di lavoro, andrebbero ad integrare l'art. 6 d.lgs. n. 231.

2. Lo “*status quo*” della normativa generale

Rebus sic stantibus, invece, a parte la sicurezza nei luoghi di lavoro, abbiamo all'art. 6 quello che il legislatore delegato ritenne – appunto – un *prototipo di impresa* con pretese di onnicomprensività: un modello valido per tutte le stagioni (potremmo dire), come tale frainteso da molte aziende nei primi anni di vigenza del d. lgs, n. 231 con quei primi modelli *a mappatura indiscriminata*, e dunque inutili. Fra i tanti, basterà ricordare quello adottato da una nota casa automobilistica che – al limite del risibile – riportava tutto l'elenco dei reati, ivi comprese le pratiche di mutilazione degli organi femminili.

Forse, a ben vedere, non si tratta neppure di un prototipo, ma piuttosto di un *abbozzo di impresa*. Diversi sono infatti i punti di criticità.

Limitandoci agli aspetti più appariscenti, notiamo anzitutto come, all'inizio del comma 2 si esordisca premettendo “In relazione all'estensione dei poteri delegati [...]”.

¹¹ Destinati a chi operi o comunque possa incidere in tale settore, e relativi alla prevenzione di reati societari, reati contro l'industria e il commercio, abusi di mercato, ricettazione, riciclaggio e reimpiego di capitali etc.

¹² In tema di *compliance 231* come requisito di buona organizzazione nella p.a. (soprattutto a seguito della l. n. 190/2012 c.d. *Severino*) v. PREVITALI, *Forma e responsabilità organizzativa ai sensi del decreto legislativo 231/2001*, Roma, 2012, 68 ss.

¹³ Legge anti-corruzione, entrata in vigore nel luglio 2011, che si applica ad enti e società inglesi operanti sia all'interno sia fuori dal Regno Unito e agli enti e società non inglesi che svolgono attività, o parte delle attività, nel Regno Unito.

I reati di corruzione previsti nel *UK Bribery Act* sono i seguenti: corruzione attiva verso soggetti pubblici o privati; corruzione passiva verso soggetti pubblici o privati; corruzione di un pubblico funzionario straniero; mancata prevenzione della corruzione da parte della società.

Ora, è presumibile che si intenda delegati a ciascun soggetto; ma anche così, si dà per acquisito che siano stati delegati dei poteri con una estensione più o meno ampia, ma senza richiedere alle lettere successive di specificare nel modello quali siano i suddetti poteri e a chi siano stati delegati (c.d. *sistema di deleghe*).

Questa omissione non è cosa da poco, poiché l'ente non risponde se "le persone hanno commesso il reato *eludendo fraudolentemente* i modelli di organizzazione e di gestione" (art. 6, 1° comma lett. c)¹⁴; e in un caotico sistema di deleghe può non esserci elusione fraudolenta.

D'altro lato, in nessuna parte dell'art. 6 si fa parola di un *organigramma* o pianta organica o altro di analogo (non è infatti questione di termini) che disegni i soggetti, le competenze, e – appunto – il sistema delle deleghe.

Ancora, fra le esigenze cui debbono rispondere i modelli, al 2° comma, lett. c) viene indicata quella di "individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati". Ma, poiché si parla di *gestione*, non può trattarsi che di risorse finanziarie *già esistenti*; con la conseguenza di garantire la trasparenza dei canali in uscita (ad esempio la creazione di *fondi neri*), e non anche di quelli – forse più a rischio di illeciti – in entrata (primo fra tutti il riciclaggio).

È del tutto ignorato, infine, il fenomeno dei gruppi di imprese¹⁵.

3. *I rimedi*

Fin dal 2001, dunque, apparve evidente a tutti la necessità di una qualche *eterointegrazione*, volta a compensare i molti *deficit* del disposto normativo. E qui sta il punto cruciale, poiché, se

¹⁴ In proposito, peraltro, rileviamo una qual schizofrenia nel richiedere allo stesso tempo che la persona fisica abbia commesso il reato nell'interesse o vantaggio dell'ente (art. 5, 1° co.), ma eludendone fraudolentemente i modelli. Come a dire che si inganna l'ente, ma a suo profitto.

¹⁵ Sul quale v. *infra* par. 5.

eterointegrazione vi è stata, non si è trattato di quella – pure ammessa nel nostro ordinamento – da altre norme¹⁶, bensì facendosi ricorso, da un lato ai canoni della scienza aziendalistica, dall'altro ad atti di natura privata come le ormai famose *Linee-guida* di Confindustria.

Quanto ai primi, effettivamente, solo partendo dai concetti di *assetto organizzativo* e di *struttura organizzativa* (nelle sue articolazioni in macrostruttura e microstruttura) può darsi un contenuto di concretezza all'art. 6 d.lgs. n. 231 e ai modelli organizzativi ivi menzionati per capire come essi modelli vadano redatti nel senso della norma, laddove la macrostruttura, rappresentata attraverso l'organigramma aziendale, individua le unità organizzative (organi: funzioni, uffici, gruppi di lavoro) e le posizioni, i livelli gerarchici, i livelli di delega, di responsabilità, il grado di comunicazione e interazione; mentre la microstruttura è costituita dal sistema di mansioni, ruoli e profili professionali¹⁷.

Ci domandiamo, però, se tutto ciò sia legittimo, nel momento in cui, così, non ci si limita a ricavare *aliunde* un sub-codice interpretativo, ma si finisce per inserire elementi (primo fra tutti l'organigramma) che nella norma non figurano.

Non meno criticabile, comunque, e sempre per la natura della fonte, il riferimento alle citate *Linee-guida* di Confindustria, le quali, partite in sordina nel 2002, con il passare del tempo, e la perdurante indifferenza del nostro legislatore, hanno acquisito l'autorevolezza di un testo di legge (o quasi).

V'è da premettere che, comprensibilmente, Confindustria ha sempre guardato con preoccupazione ad un coinvolgimento delle persone giuridiche nelle vicende criminose pure ad esse ri-

¹⁶ O fonti ad esse equivalenti, come i contratti collettivi di lavoro e persino la consuetudine, in quanto muniti del requisito della generalità. Al momento qui si prescinde dalla natura dell'art. 6 cit. che – ove fosse penale (v. meglio *infra* par. 4) – restringerebbe ancor di più il novero delle fonti.

¹⁷ DAFT, *Organizzazione aziendale*, 4^a ed., Milano, 2010; VIRILI, *Gli assetti organizzativi* in AA.VV., *Economia aziendale - modelli, misure, casi* (a cura di F. Favrotto), Milano, 2007; JONES, *Organizzazione. Teoria, progettazione, cambiamento*, Milano, 2007; BRUSA, *Dentro l'azienda. Organizzazione e management*, Milano, 2004.

conducibili¹⁸. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 (7 marzo 2002), perciò, ebbe cura di mettere a punto le prime *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo* "allo scopo di offrire un concreto aiuto alle imprese e associazioni"¹⁹.

Intento lodevole, ma efficacia scarsa, almeno a giudicare da quei primi modelli a mappatura indiscriminata sopra ricordati.

Forse, nonostante tutto, vi era stata una sottovalutazione del cambiamento epocale che il d.lgs. n. 231 avrebbe comportato. Certo è che in detto documento si dedicavano meno di trenta pagine alla c.d. *Parte generale* (Individuazione dei rischi e protocolli, Codice etico, Organismo di vigilanza, Modelli organizzativi e soglie dimensionali).

Un primo aggiornamento, infatti, si rese necessario già nel 2004, in seguito ai rilievi sollevati dal Ministero della Giustizia ai fini dell'approvazione, e che riguardavano, in particolare, l'ambito delle aree a rischio-reato, i protocolli preventivi e l'Organismo di Vigilanza. Ulteriori aggiustamenti furono apportati in considerazione delle prime esperienze applicative realizzate dalle associazioni e dalle imprese, nonché delle novità intervenute sugli assetti interni delle società di capitali per effetto della riforma del diritto societario.

Nel 2008, a seguito dei numerosi interventi legislativi che, nel frattempo, avevano esteso il raggio d'azione del d.lgs. n. 231 a ulteriori fattispecie di reato, Confindustria provvide ad aggiornare nuovamente le *Linee Guida* per la costruzione dei modelli organizzativi nel testo rimasto in vigore fino a marzo dello scorso anno.

Di ben altra sostanza il documento del 2014 (già in parte lo era quello del 2008). Oltre ottanta pagine solo per la Parte generale, in cui vengono, potremmo dire, colmate quasi tutte le la-

¹⁸ V. LATTANZI, *Premessa* in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (a cura di G. Lattanzi), Milano, 2005, V ss.

¹⁹ *Introduzione* in *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001* (Roma, 7 marzo 2002), 5.

cune sopra evidenziate dell'art. 6: vi si postulano, fra l'altro, un sistema organizzativo sufficientemente aggiornato, formalizzato e chiaro²⁰; procedure manuali e informatiche soprattutto nell'area della gestione finanziaria²¹; l'indicazione dei poteri autorizzativi e di firma, con particolare attenzione al sistema delle deleghe²².

Nella parte speciale, si propongono addirittura modelli quasi *ad hoc* per ogni ipotesi di reato.

4. *La mancanza di garanzie in una "prospettiva di privatizzazione della normativa"*

Il problema – e con ciò torniamo all'obiezione di fondo – è nella natura, e dunque nel valore di tale fonte.

²⁰ “Ciò vale soprattutto per l'attribuzione di responsabilità, le linee di dipendenza gerarchica e la descrizione dei compiti, con specifica previsione di principi di controllo quali, ad esempio, la contrapposizione di funzioni; deve inoltre tenere traccia della copertura temporale degli incarichi.” in *Linee guida*, cit. (marzo 2014), 37.

²¹ “Particolare attenzione deve essere riposta sui flussi finanziari non rientranti nei processi tipici aziendali, soprattutto se si tratta di ambiti non adeguatamente proceduralizzati e con caratteri di estemporaneità e discrezionalità. In ogni caso è necessario che siano sempre salvaguardati i principi di trasparenza, verificabilità, inerenza all'attività aziendale.

Sarà opportuno valutare nel tempo la separazione dei compiti all'interno di ogni processo a rischio, verificando che le procedure aziendali e/o le prassi operative siano periodicamente aggiornate e tengano costantemente in considerazione le variazioni o novità intervenute nei processi aziendali e nel sistema organizzativo.” (*op. e loc. cit.*).

²² “Talune funzioni possono essere delegate a un soggetto diverso da quello originariamente titolare. Ma occorre definire preliminarmente in modo chiaro e univoco i profili aziendali cui sono affidate la gestione e la responsabilità delle attività a rischio reato, avendo riguardo anche al profilo dell'opponibilità delle procure a terzi [...]

In particolare, è opportuno che l'attribuzione delle deleghe e dei poteri di firma relativi alla gestione delle risorse finanziarie e all'assunzione e attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ad attività a rischio reato: sia formalizzata in conformità alle disposizioni di legge applicabili; indichi con chiarezza i soggetti delegati, le competenze richieste ai destinatari della delega e i poteri rispettivamente assegnati [...]

È inoltre importante prevedere un sistema coerente e integrato che comprenda tutte le deleghe o procure aziendali (comprese quelle in materia antinfortunistica ed in quella ambientale), periodicamente aggiornate alla luce sia delle modifiche normative, che delle eventuali variazioni nel sistema organizzativo aziendale. Sarebbe poi opportuno garantire la documentabilità del sistema di deleghe, al fine di rendere agevole una sua eventuale ricostruzione a posteriori.” (in *Linee guida*, cit., 38).

Vero è che ai sensi dell'art. 6, 3° comma d.lgs. n. 231: "I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati."

In proposito, tuttavia, Fiorella²³ si è giustamente domandato "se l'osservanza dei codici non censurati o positivamente valutati dal Ministero (è discutibile se si possa parlare di approvazione) valga come automatica garanzia, con esclusione della responsabilità dell'ente." "A me sembra – ha concluso l'A. – che il decreto non preveda una tale garanzia [...]".

Il decreto, infatti, non prevede tale garanzia²⁴. Né tantomeno la norma citata riconosce al positivo giudizio del Ministero – come *a monte* invece dovrebbe – il potere di fare *de albo nigrum*: di attribuire cioè rilevanza pubblicistica ad un atto di natura meramente privatistica. Nello stesso *Bribery Act* prima richiamato, del resto, l'adozione di *procedure adequate* comporta – come da noi – la totale irresponsabilità dell'impresa; ma le Linee guida su tali procedure sono state dettate dal Governo (sia pure dopo aver consultato le categorie interessate), e non da enti privati.

Questo profilo è stato ampiamente posto in luce dalla Suprema Corte in una recentissima pronuncia²⁵, nella quale è stato chiarito il senso del 3° comma suddetto, precisandosi, prima di tutto, che il giudizio relativo al modello è e rimane un *giudizio strettamente normativo*: "Né si dica che, nel far ciò, il giudice finisce per sostituire un suo modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle più accreditate organizzazioni di categoria. Il terzo comma del ricordato art. 6 stabilisce che i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere

²³ FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 5104-5105.

²⁴ Tutto sommato è meglio così, visto che per giovarsene, basterebbe soddisfare le "esigenze di cui al comma 2".

²⁵ Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2014, I. S.p.a., n. 4677.

adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente, *non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio per relationem a tali codici*, che, appunto, *possono certamente essere assunti come paradigma*, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere “calato” nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, *non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità*, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale, *in una prospettiva di privatizzazione della normativa* da predisporre per impedire la commissione di reati.

Il corsivo evidenzia i punti di snodo della questione: *a)* il giudizio sui modelli deve essere riportato a norma, e (dunque), non ad atti meramente privati (sia pure di categoria); *b)* il citato art. 6 non attribuisce alcuna delega ad associazioni private; *c)* i codici da queste ultime elaborati hanno il valore di un mero paradigma facoltativo; *d)* la positiva valutazione da parte del Ministero della giustizia non conferisce alcun salvacondotto; *e)* la normativa in tema di responsabilità degli enti non può essere *privatizzata*.

Osserviamo solo come sia alquanto difficile riportare a norma il giudizio sui modelli, quando la *Norma* è rappresentata dal comma 2 dell’art. 6, con tutte le deficienze che abbiamo rilevato.

Di fatto, oggi gli enti sono alle prese con tre tipi di modelli: quello effettivo, quello dell’art. 6 d.lgs. n. 231 e quello di Confindustria²⁶. Insomma un caos.

Un caos nel quale il giudice – sempre secondo la Suprema Corte appena citata – per orientarsi dovrebbe fare riferimento:

²⁶ O più esattamente, quelli di Confindustria, dal momento che le *Linee guida* ne prospettano tante articolazioni, per attività e per categorie di illeciti, spesso riguardanti una stessa azienda.

“alle linee direttrici generali dell’ordinamento (e in primis a quelle costituzionali: cfr. art. 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza”. Coordinate indiscutibili, ma forse, da sole insufficienti a garantire uniformità di decisioni tra modello e modello, tra impresa e impresa, tra giudice e giudice.

Contrariamente a quanto si possa ritenere, infatti, le prime vittime della difettosa formulazione dell’art. 6 d.lgs. n. 231 sono proprio gli enti, i quali, se è vero, come è vero, che *in claris non fit interpretatio*, potrebbero godere di maggiori garanzie da una maggiore determinatezza dei parametri *normativi*.

Il discorso, peraltro, non finisce qui; dovendosi a questo punto considerare ciò che finora avevamo accantonato, ossia la natura della norma di cui all’art. 6.

Fin dal 2001 si è discusso in merito alla natura della responsabilità introdotta dal decreto n. 231, misteriosamente definita dal legislatore come “responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”, quasi che per ogni reato commesso dalla persona fisica nascesse un corrispondente illecito amministrativo (innominato) del quale chiamare l’ente a rispondere.

Scartata da subito una tale stravagante ipotesi, ci si era orientati a considerarla alternativamente come responsabilità amministrativa (in un primo momento molto accreditata), o come responsabilità penale, o come un *tertium genus* (responsabilità c.d. *para-penale*). Ciascuna tesi supportata da valide argomentazioni che non staremo qui a ricordare.

Oggi, sempre più, sembra prevalere l’opzione penalistica, e – a nostro avviso – abbastanza comprensibilmente, visto che, in tal caso, potrebbero invocarsi tutti i principi e tutte le garanzie notoriamente afferenti alla materia penale.

Senonché, affermare che la responsabilità degli enti è responsabilità penale significa pure che penale è la norma che la prevede; e che altrettanto penale è la norma dell’art. 6, laddove prevede una *esimente* a favore dell’ente che abbia adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi idonei; detto in termini penalistici, laddove prevede una causa speciale di non punibilità per l’ente medesimo, perché è di questo che, a ben vedere, si tratta.

Allorché ricorrano i requisiti di cui all'art. 6, infatti, ciò che viene meno è solo la chiamata in correità dell'ente, mentre il reato continua a sussistere e la persona fisica continua a rispondere: in pratica, è la stessa situazione che si verifica in presenza di una causa di non punibilità o di esenzione dalla pena²⁷.

Ma allora, fra i tanti principi e le tante garanzie proprie della materia penale, dovrebbe invocarsi prima di tutto il principio costituzionale di determinatezza, che autorevole dottrina non limita alle sole norme penali in senso stretto (o incriminatrici), ritenendolo imperativo “per ogni categoria di norma penale [...] muovendo dalla premessa che la determinatezza costituisca un argine al pericolo dell'arbitrio giudiziale”²⁸; o quantomeno, di una disparità di trattamento come sopra abbiamo paventato.

Nel 2011 il legislatore è intervenuto proprio sull'art. 6 d.lgs. n. 231 (con l. n. 183/2011) per introdurre il comma 4-*bis* che, nelle società di capitali, autorizza il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione a svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza. Era questa l'occasione per ripensare i parametri normativi della modellistica esistente alla luce delle problematiche, anche di ordine costituzionale, che l'attuale configurazione comporta.

Un'occasione purtroppo mancata; ma forse, il nostro legislatore di tutto ciò neppure si era accorto.

5. *Responsabilità e irresponsabilità degli enti nei gruppi di imprese*

Last, but not least, la questione dei gruppi societari, che non solo – come detto – l'art. 6, ma tutto il d.lgs. n. 231 e perfino *a monte* la legge delega n. 300/2000 hanno completamente ignorato²⁹; e ciò, nonostante rappresentino un fenomeno di enormi

²⁷ V. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 523 ss. e dottrina ivi citata.

²⁸ PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 285 ss.

²⁹ Non così il Progetto *Grosso*, il quale, dedicando alla “*Responsabilità delle persone giuridiche*” il Titolo VII della Parte prima, al 3° co. dell'art. 123 (“*Ambito di re-*

dimensioni, che travalica molto spesso i confini nazionali e dove vige un vero e proprio *cannibalismo*.

Fino al 2003, comunque, la scelta di lasciare (come si dice) *libero dal diritto* questo spazio è stata una costante del nostro legislatore³⁰; forse per un malinteso rispetto della libertà di iniziativa economica (art. 41, 1° comma Cost.)³¹, o forse per una sottovalutazione della sua potenziale pericolosità.

Con la riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6/2003) si è avuto un riconoscimento normativo del gruppo e soprattutto un'espressa disciplina in sette nuovi articoli del codice civile (2497-2497-*septies*); ciò ha segnato un'inversione di rotta, dunque, ma solo parziale.

È singolare, ad esempio, che, in una regolamentazione piuttosto dettagliata (vi si tratta di responsabilità della capogruppo nei confronti del socio o creditore della controllata, di obblighi di pubblicità, di motivazione delle decisioni, di diritto di recesso del socio della società controllata, di operazioni infragruppo etc.), manchi una definizione legislativa di *gruppo*.

Anche i contenuti della normativa appaiono alquanto timidi: viene garantita la trasparenza dei rapporti interni al gruppo, trascurando il ben più grave problema – in certo senso genetico – del conflitto di interessi.

In questo modo non si sono poste le basi per disciplinare (nella stessa occasione o successivamente) la responsabilità degli

sponsabilità) chiamava espressamente in causa la società controllante per i reati commessi dalle società controllate: “Se il fatto è stato commesso nell’ambito di un’attività sottoposta alla direzione o controllo da parte di altra persona giuridica, la responsabilità ai sensi di questo articolo si estende alla persona giuridica che esercita la direzione o il controllo [...]”.

³⁰ Da segnalare solo tre discipline, comunque settoriali, al riguardo: quella sul controllo e collegamento fra società (art. 2359 cod. civ.), quella sul bilancio consolidato (d.lgs. n. 127/1991) e quella sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (l. n. 95/1979 e successive modifiche). Per un approfondimento rinviamo a SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 15 ss.

³¹ Storicamente, infatti, il gruppo ha origine nell’autonomia organizzativa imprenditoriale.

enti in tale struttura associativa, e più precisamente, arginare una volta per tutte lo strapotere esercitato dalle *holdings* in nome della *strategia di gruppo*.

Ancor più sbrigativa, peraltro, era stata la riforma dei reati societari avvenuta l'anno precedente (d.lgs. n. 61/2002)³², quando avrebbe potuto costituire l'alveo ideale per adeguati interventi sul d.lgs. n. 231: dall'inserimento del gruppo fra i soggetti destinatari (art. 1), alla definizione di modelli organizzativi unitari (art. 6).

Vi si trovano, invece, solo brevi accenni: nelle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 cod. civ.) laddove si è parlato di "informazioni sulla situazione [...] della società o del gruppo al quale essa appartiene"; nell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 cod. civ.) per dichiarare *non ingiusto* "il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo" (in recepimento della c.d. *Teoria dei vantaggi compensativi*); e nell'aggiotaggio (art. 2637 cod. civ.) circa l'affidamento nella stabilità patrimoniale dei gruppi bancari.

Qualcuno obietterà che per entrambe le riforme il legislatore delegato non avrebbe potuto dire più di quanto la legge delega lo avesse autorizzato a dire, così come – del resto – era avvenuto nel 2000 in relazione alla responsabilità degli enti³³. Ma la stessa obiezione, a questo punto, dovrebbe valere per l'efficacia esimente dei modelli organizzativi, che fu configurata *ex novo* nel d.lgs. n. 231 senza copertura di delega, dimostrando come, nel rispettare i vincoli di cui all'art. 76 Cost., il legislatore delegato operi *a corrente alternata*.

³² Entrambe le riforme erano oggetto di una medesima delega (l. n. 366/2001): dodici articoli, dei quali, i primi dieci trattano di diritto societario e solo l'undicesimo dei reati societari. Nell'attuazione, nondimeno, fra molte polemiche, fu data la precedenza a quest'ultimo.

³³ Non avendo preso posizione nel 2000 (legge delega a prevedere la responsabilità degli enti), era abbastanza scontato che il legislatore mantenesse lo stesso orientamento appena un anno dopo (ossia nel 2001 conferendo delega per la riforma del diritto societario e dei reati societari).

Certo è che, in una situazione nebulosa di tal fatta, il gruppo rimane a tutt'oggi *legibus solutus* in ordine ai reati commessi dalle controllate nel suo interesse o vantaggio, e non si è mancato di sottolinearlo – con un certo compiacimento – nelle *Linee guida* di Confindustria sopra citate³⁴: “Non essendo [...] un ente, il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione della responsabilità da reato e non è inquadrabile tra i soggetti indicati nell'art. 1 del decreto 231. Lo schermo della distinta personalità giuridica delle società che lo compongono rimane un dato insuperabile./ Pertanto, non si può in alcun modo affermare una responsabilità diretta *del* gruppo ai sensi del decreto 231”.

Diversamente dicasi a riguardo di una responsabilità *nel* gruppo, o, per essere più chiari, di una responsabilità della capogruppo, che, in quanto ente, è certamente soggetta alla normativa del d.lgs. n. 231; salvo stabilire in forza di quale meccanismo potrebbe mai essere chiamata a rispondere di reati che in fondo vengono commessi nell'attività di altri enti, sia pure ad essa collegati, senza finire in una responsabilità per fatto altrui.

Oltretutto, va considerato che – come tutti gli enti – anche la capogruppo può agire solo per mano di persone fisiche; sicché una sua eventuale responsabilità deve necessariamente transitare per quella delle persone fisiche in grado di *impegnarla*.

Per superare l'*impasse* si sono proposte diverse formule, in chiave monosoggettiva o concorsuale, ma tutte centrate sulle persone fisiche della capogruppo³⁵, con un ritorno agli schemi che si utilizzavano prima del 2001 (quando l'unico modo per responsabilizzare quest'ultima era quello di coinvolgerne i vertici): ad esempio considerando amministratore di fatto della controllata l'amministratore di diritto della controllante; come pure configurando un concorso materiale dei suddetti vertici per

³⁴ *Linee guida*, cit., 72. In dette *Linee guida* viene dedicato un intero capitolo (il V) alla *difesa d'ufficio* dei gruppi e delle *holdings*.

³⁵ V. SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, 41 ss.

omesso impedimento del reato altrui³⁶ o morale mediante direttive penalmente illegittime.

Formule a ben vedere impraticabili, laddove: l'art. 2639 cod. civ. richiede un esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici della figura legittimata corrispondente, che qui non ricorre; in capo ai vertici della *holding* non è previsto per legge alcun obbligo di impedire alle controllate la commissione di reati; ai fini di una istigazione rilevante le direttive in parola (oltretutto sufficientemente predeterminate) dovrebbero risultare da atti formali, il che – ovviamente – non avviene mai.

Anche in questo caso, insomma, osta un vuoto normativo; e, anche in questo caso nelle *Linee guida* di Confindustria non si è mancato di farlo presente, ammettendo che la controllante possa essere chiamata a rispondere del reato commesso nell'attività della controllata, ma, in ultima analisi, solo quando: 1) il reato sia stato commesso nell'interesse o vantaggio *immediato e diretto* di entrambe; 2) persone fisiche collegate funzionalmente alla controllante abbiano dato un contributo causalmente rilevante³⁷.

In realtà, l'interesse o vantaggio della controllante il più delle volte si cela dietro un generico interesse o vantaggio *di gruppo*; e in quanto alla partecipazione fattiva di persone fisiche collegate funzionalmente alla controllante, è assai difficile che di operazioni illecite infragruppo (a cominciare dalle direttive di poc'anzi) rimangano tracce tali da costituire fonte di prova.

Sempre nelle *Linee guida*, e sempre nel Capitolo dedicato ai gruppi di imprese, è stata trattata anche la questione dei modelli organizzativi nel contesto dei gruppi e, a dire il vero, sorprende non poco l'insistenza su una asserita *autonomia* delle controllate in merito agli adempimenti di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231: “[...] ciascuna società del gruppo [...] è chiamata a svolgere *autono-*

³⁶ Era questa la linea adottata dal Progetto *Nordio* al 5° co. dell'art. 12 (*Obblighi di impedimento e di intervento nelle organizzazioni complesse*): “Nei gruppi di società o imprese le disposizioni dei commi che precedono si applicano anche a chi esercita la direzione unitaria, per ciò che specificamente la riguarda”.

³⁷ *Linee guida*, cit., 74.

mamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello organizzativo [...] L'adozione da parte di ogni società del gruppo di *un proprio autonomo Modello* determina [...]”³⁸, aggiungendo, tutt'al più, che nel caso si richiedesse la presenza di professionalità specifiche e con competenze interdisciplinari, la capogruppo potrebbe fornire “un supporto di natura prettamente consulenziale, dai contenuti maggiormente operativi rispetto al ruolo di indirizzo generale sopra richiamato”³⁹.

In breve, un riconoscimento di autonomia alle società controllate al solo scopo (neppure nascosto) di esonerare la controllante rispetto ai fatti illeciti eventualmente commessi all'interno del gruppo: “(ciò) conferma l'autonomia della singola unità operativa del gruppo e perciò, *ridimensiona il rischio di una risalita della responsabilità in capo alla controllante*”. Conseguentemente, non viene fatto il minimo accenno all'alternativa di un modello unitario per tutto il gruppo.

Tale alternativa, invece, è stata presa in considerazione da una recente dottrina, la quale, contrapponendo i pregi di un modello unitario (“uniformità di indirizzo e di omogeneità da cui aspettarsi anche sinergie nel comparto dei controlli”) ai difetti di un modello individuale (“preventivabile disomogeneità nei risultati dei diversi approcci intrapresi che implicherebbe un limite anche per l'efficienza del controllo”), ha indicato una soluzione intermedia al problema⁴⁰: l'adozione, cioè, di un Codice Etico di Gruppo e di un Modello composto da due “sezioni”, di cui “la prima basata su una struttura rigida, replicabile nelle diverse società controllate (e) la seconda ad impianto flessibile che per sua natura richiede un inevitabile adattamento alle realtà societarie a cui fa riferimento”.

Una proposta che non possiamo non condividere, nel momento in cui un modello organizzativo unitario terrebbe avvinte,

³⁸ *Linee guida*, cit., 75.

³⁹ *Linee guida*, cit., 76.

⁴⁰ ROSSI - VERNERO - BOIDI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, n. 2, 197 ss.

nella buona come nella cattiva sorte, tutte le soggettività del gruppo, ivi compresa la controllante. E vi sarebbe pure il precedente del bilancio consolidato: documento nel quale, ai sensi dell'art. 29 d.lgs. n. 127/1991 e successive modificazioni, viene rappresentata "la situazione patrimoniale finanziaria e il risultato economico del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalle controllate". Nel quadro – perciò – di un'unica impresa, sia pure articolata.

Senonché, allo stesso modo in cui il bilancio del gruppo deve essere unitario per legge, anche un modello unitario dovrebbe essere imposto per legge: per l'esattezza all'art. 6 d.lgs. n. 231 che invece, come già detto, anche su questo argomento si mostra totalmente deficitario.

Da precisare, infine, che seppure in ipotesi fosse accertata una piena responsabilità della *holding*, non altrettanto potrebbe parlarsi di una *piena sanzionabilità*.

Ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 231, infatti, "Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: *a)* l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato 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; *b)* in caso di reiterazione degli illeciti [...]". Mentre ai sensi del successivo art. 14, 1° comma, "Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la *specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente*. Il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso."

Ora, l'unica attività che svolge una società controllante è quella appunto del mero controllo azionario, che non può essere la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Ne consegue che nessuna delle sanzioni interdittive previste all'art. 9 può esserle applicata. E che, se anche un giudice ravvisasse la sussistenza dei due requisiti sopra detti, e con essi una responsa-

bilità della controllante, potrebbe punirla solo con la (assai scarsamente deterrente) sanzione pecuniaria.

6. *Conclusioni su un legislatore troppo “disattento”*

Il sistema dei modelli organizzativi – come visto – è uno dei punti più carenti del d.lgs. n. 231, ed è perciò che da anni sono allo studio soluzioni in grado di conferire maggiore certezza e maggiori garanzie⁴¹: al singolo ente interessato, ma non solo.

Nella galassia economica, infatti, un ente che non funzioni correttamente può determinare il c.d. *effetto domino* ai danni di altri enti, di privati (risparmiatori, azionisti), del mercato nel suo complesso: tante istanze di tutela alle quali solo il legislatore è chiamato a dare una risposta. Un legislatore che, invece, si mostra disattento alle conseguenze di scelte il più delle volte frutto del caso.

Sempre in tema di responsabilità degli enti, valga per tutti l'esempio dei reati in tema di società emittenti e di società di revisione, che in origine erano previsti nel d.lgs. n. 58/1998 (c.d. *T.U. intermediazione finanziaria* o *TUF*), rispettivamente ai Capi II e III del Titolo V, Parte 5^a.

Basta scorrere l'indice di tale voluminoso testo di legge per avvedersi della rilevanza e complessità della materia trattata: Di-

⁴¹ Tra le più accreditate al momento, segnaliamo quella – avanzata dall'*AREL* (Agenzia di Ricerche e Legislazione) – di una *certificazione* di idoneità dei modelli rilasciata, su richiesta dell'ente, da un'*Autorità per la legalità delle organizzazioni*, dimodoché: “In caso di regolare certificazione di idoneità del modello preventivo secondo le modalità stabilite da apposito regolamento è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni nelle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede”.

Detta certificazione svincolerebbe l'ente dall'attuale onere della prova di aver *adottato ed efficacemente attuato* il modello organizzativo per giovare dell'esimente, spostando sul pubblico ministero l'onere di superare la certificazione positiva: “[...] egli dovrebbe rinvenire e contestare un significativo elemento di irregolarità della certificazione o un segnale d'allarme sopravvenuto e manifesto. Dovrebbe trattarsi di un dato “storico” e “reale”, non di una mera illazione”, così FIORELLA, *Commento in La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001* (a cura di R. Pinza), Roma, 2010, 37 ss.

disciplina degli intermediari (vigilanza, servizi e attività di investimento, gestione collettiva del risparmio, provvedimenti ingiuntivi e crisi); Disciplina dei mercati e della gestione accentrata di strumenti finanziari (mercati regolamentati, sistemi di negoziazione diversi dai mercati regolamentati); Disciplina degli emittenti (poteri della Consob, appello al pubblico risparmio, informazione societaria, assetti proprietari, deleghe di voto, organi di amministrazione, organi di controllo, revisione legale dei conti). Una serie di prescrizioni rese vincolanti dalla comminatoria di *Sanzioni penali* (illeciti penali relativi a Intermediari e mercati, Emittenti e Revisione contabile) e *Sanzioni amministrative* (illeciti amministrativi per fatti di minore gravità); mentre per l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato è prevista una disciplina a parte (duplice configurazione di entrambi nella forma dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo, norme procedurali etc.).

Ebbene, ad eccezione di queste due ultime fattispecie, introdotte nel *TUF* ad opera della l. n. 62/2005 (c.d. *Legge comunitaria*)⁴² e dalla stessa inserite nel catalogo dei reati-presupposto di cui al d.lgs. n. 231 (art. 25-*sexies*), per nessun'altra fattispecie del suddetto *TUF* è stata mai prevista una responsabilità da reato degli enti: né nel 2001 (d.lgs. n. 231), né nel 2005 (l. n. 262 c.d. *Legge sul risparmio* e già citata *Legge comunitaria*), né in tutte le altre occasioni in cui sono stati aggiunti ulteriori reati-presupposto al catalogo del d.lgs. n. 231.

Tale situazione è rimasta invariata a tutt'oggi per i reati relativi alle società emittenti, mentre quelli relativi alle società di revisione nel 2010 sono stati abrogati (o per meglio dire espunti dal *TUF*) e riprodotti, pressoché *in copia*, nel d.lgs. n. 39/2010 (di attuazione della Direttiva 2006/43/CE sulle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati). Un intervento che seguiva di poco la grande crisi dei mercati finanziari (2007-2008) e dal quale ci si poteva attendere una tutela più energica della correttezza e della trasparenza; in definitiva della legalità.

⁴² Varata a ridosso dei *crack* Cirio e Parmalat.

Ma così, ancora una volta, non è stato, poiché, se i precetti sono rimasti più o meno identici, sul piano sanzionatorio il provvedimento appare addirittura peggiorativo rispetto alle vecchie fattispecie: la *corruzione dei revisori* – ad esempio –, che nel *TUF* (art. 174-*ter*) era punita con la reclusione da uno a cinque anni, oggi (art. 28 d.lgs. n. 39/2010) è punita con la reclusione fino a tre anni⁴³; i *compensi illegali*, che erano puniti (art. 178 *TUF*) con la reclusione da uno a sei anni, oggi (art. 30 d.lgs. n. 39/2010) sono puniti con la reclusione da uno a tre anni; gli *illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione*, che erano puniti (art. 177 *TUF*) con la reclusione da due a sei anni, oggi (art. 31 d.lgs. n. 39/2010) sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Insomma, un complessivo depotenziamento di incriminazioni poste a presidio di una delicatissima attività quale la revisione della contabilità e dei bilanci di una società. Coerentemente (per così dire), si è perpetuata l'irresponsabilità delle società di revisione come enti.

La trascuratezza del nostro legislatore in merito alle incriminazioni del *TUF*, senza alcuna resipiscenza, finanche quando una parte di esse è stata riconsiderata in un nuovo testo di legge, appare ancora più sconcertante guardando ai reati societari codicistici (artt. 2621-2638 cod. civ.), per i quali – invece – fu prevista la responsabilità degli enti (art. 25-*ter* d.lgs. n. 231) contestualmente alla loro riforma (d.lgs. n. 61/2002). Reati senz'altro gravi (si pensi, fra i tanti, alle false comunicazioni sociali, all'infedeltà patrimoniale, all'aggiotaggio⁴⁴), ma non più di quelli previsti nel *TUF* e dal 2010 nel d.lgs. n. 39/2010.

⁴³ È necessario, inoltre, l'aver cagionato un nocumento alla società, che prima non era richiesto, e che perciò ne riduce la portata applicativa.

⁴⁴ Come abbiamo detto, gli unici reati di tutto il *TUF* per i quali sia prevista la responsabilità degli enti sono l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato. Quest'ultima altro non è che l'aggiotaggio su strumenti finanziari quotati incorporato nel 2005 dall'art. 2637 cod. civ., dove la riforma del 2002 aveva collocato un aggiotaggio generale senza distinguere tra strumenti finanziari quotati o non quotati, e dove oggi, a seguito di detto scorporo, si punisce il solo aggiotaggio su strumenti finanziari non quotati.

Non va escluso che, almeno per la manipolazione del mercato, abbia giocato a

In questo modo, pure tra fattispecie simili, e persino in relazione ad una stessa fattispecie, ciò che fa la differenza è solo la collocazione: nel codice civile da un lato (reati societari per i quali gli enti possono rispondere), e nel *TUF* o nel d.lgs. n. 39/2010 dall'altro (reati societari per i quali gli enti non possono essere chiamati a rispondere).

Una tale schizofrenia ha portato negli ultimi anni effetti paradossali: fattispecie, cioè, che, trasmigrando dal codice civile al *TUF* o al d.lgs. n. 39/2010, non danno più luogo a responsabilità degli enti, e fattispecie che – per converso – uscite dal *TUF*, sono entrate nel codice civile e con esso sotto la vigenza del d.lgs. n. 231 (salvo poi uscirne di nuovo).

Esempio del primo tipo è quello del falso in prospetto, che la riforma del 2002 aveva configurato all'art. 2623 del codice civile (contravvenzione nel primo comma e delitto nel secondo), prevedendo per esso la responsabilità degli enti all'art. 25-ter lett. *d*) ed *e*) del d.lgs. n. 231/2001; spostato nel *TUF* dalla *Legge sul risparmio* (n. 262/2005) senza farne richiamo all'art. 25-ter, oggi rimane fuori dalla disciplina del d.lgs. n. 231.

Altro esempio è quello dell'impedimento o ostacolo dell'attività di revisione, che – assieme all'impedimento o ostacolo dell'attività di controllo – era stato inserito dalla riforma del 2002 nel codice civile, all'art. 2625. Per entrambe le ipotesi (limitatamente al delitto di cui al secondo comma, essendo quello del primo comma un illecito amministrativo) era prevista la responsabilità degli enti all'art. 25-ter lett. *b*) d.lgs. n. 231, e continua ad essere prevista per l'impedimento o ostacolo dell'attività di controllo, laddove invece l'impedimento o ostacolo dell'attività di revisione, essendo stato spostato nel d.lgs. n. 39/2010 (art. 29) anche qui senza farne richiamo al citato art. 25-ter, oggi rimane fuori dalla disciplina del d.lgs. n. 231.

Un caso particolare è rappresentato dalla falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione le-

favore di una responsabilità degli enti il raffronto tra un aggio su strumenti finanziari non quotati per il quale avrebbe continuato ad essere prevista, e un aggio su strumenti finanziari quotati per il quale non fosse prevista.

gale, che la *Legge sul risparmio* aveva previsto all'art. 174-*bis* del *TUF* per la revisione di società con azioni quotate, mentre, essendo stata già prevista dalla riforma del 2002 la stessa fattispecie all'art. 2624 del codice civile, per esclusione si riteneva quest'ultima applicabile alla revisione di società non quotate. Così, contro ogni logica, la responsabilità degli enti poteva scattare per questo reato quando la revisione riguardasse società non quotate (in quanto collocato nel codice civile), e viceversa non poteva scattare quando riguardasse società quotate (essendo il reato collocato nel *TUF*).

Il legislatore in un certo senso ha *fatto giustizia* di tale assurdità, abrogando entrambe le previsioni e ricollocando questa fattispecie all'art. 27 del d.lgs. n. 39/2010 per il quale, come detto, non è prevista la responsabilità degli enti. Cosicché neppure la falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale di società non quotate, che prima era soggetta alla normativa del d. 231, oggi lo è più.

Caso doppiamente paradossale è quello dell'ostacolo alla CONSOB che, unitamente alle false comunicazioni alla stessa CONSOB, era previsto all'art. 174 *TUF*, e dunque, senza corrispondente responsabilità degli enti. Abrogato dalla riforma del 2002 per entrare nel codice civile all'art. 2638 (sotto la generica dizione di *ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*) e così sotto la vigenza del d.lgs. n. 231 (art. 25-*ter* lett. *s*), nel 2005 (ad opera della *Legge comunitaria*) è tornato nel *TUF* (art. 170-*bis*) assieme all'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia, e con ciò è nuovamente uscito dalla responsabilità degli enti.

MARIA TERESA TRAPASSO*

IL SISTEMA DELLA VIGILANZA SUI MODELLI ORGANIZZATIVI¹

1. Un utile avvio alle riflessioni in ordine allo statuto attuale dell'“organismo di vigilanza”² potrebbe essere rappresentato dalle parole con cui la Suprema Corte, in una recente decisione³ riguardante un ente imputato del delitto di aggio, ha descritto il ruolo spettante a tale organismo, sottolineando, perché possa dirsi effettivo l'esercizio autonomo del poter di vigilanza di cui esso è titolare, la necessità della sua autonomia, cioè della “non subordinazione del controllato al controllante” ed attribuendogli, in una ideale sequenza procedimentale in cui si dovesse articolare l'attività ordinaria d'impresa, il ruolo di ultima istanza, di colui cioè che certifica la correttezza di tutte le attività suscettibili di rilevanza penale alla stregua della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01.

Quello disegnato dalla sentenza richiamata è pertanto un “modello forte” dell'organismo di vigilanza, la cui attività dovrebbe consistere, di fatto, nell'obbligo di impedimento della

* Ricercatore confermato di diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma.

¹ Il presente testo riproduce l'intervento svolto al convegno dal titolo “Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato” (Univ. Sapienza di Roma, 12-13 dicembre 2014”).

² Art. 6, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 231/01.

³ Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. Impregila SpA, in *www.penalecontemporaneo.it.*, con un commento di L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio ed “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della corte di Cassazione.*

commissione di reati da parte dell'impresa. Difficile, invero, appare l'affermazione della compatibilità di una tale prospettiva con le indicazioni legislative originarie (e quelle successive⁴) che hanno interessato la disciplina di quest'organismo, la cui fisionomia inizialmente abbozzata⁵ dal legislatore è persa da subito andare in una direzione diversa da quella che la decisione richiamata delinea al fine del riconoscimento dell'adeguatezza del sistema di *compliance* (attuato tramite il ricorso ai "modelli organizzativi"), di cui la funzione della vigilanza costituisce componente essenziale⁶.

Se infatti l'"autonomia" appare il naturale connotato di un organo che deve appunto controllare le attività dei soggetti che si trovano ad operare all'interno dell'impresa, e, in particolare, di quelli che la amministrano, è pur vero che al legislatore non è apparso troppo scandaloso prevedere espressamente all'art. 6,

⁴ Si v. *infra*.

⁵ L'utilizzo del termine non è casuale. Il legislatore infatti si è limitato a dare indicazioni di massima sull'organismo di vigilanza, descrivendone la funzione e lasciando agli interpreti l'individuazione delle regole di composizione. Sottolinea il profilo della "carenza regolativa" del d.lgs. 231/01, G. FORTI, *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 p. 90 ss. Interventi tenuti nell'ambito dell'incontro con esponenti della magistratura organizzato dal Centro Studi Federico Stella per la Giustizia Penale e la Politica Criminale (CSGP), Università Cattolica del S.C., Milano 15 febbraio 2008. Associazione per lo sviluppo degli studi di Banca e Borsa. Quaderno n. 245, Milano, 2008, 8 ss.*

⁶ Sul ruolo dei modelli organizzativi nel meccanismo di esonero della responsabilità degli enti da reato, si v. A. FIORELLA, in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, Arel, 2010, 31 ss.; A. ALESSANDRI, *La "vocazione penalistica" dell'ORGANISMO DI VIGILANZA e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in M. BIANCHINI, C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea, 2010, 106; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004, 26 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 181 s; P. MONTALENTI, *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro delle riforme del diritto societario*, in M. BIANCHINI, C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari*, cit., 98; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "MODELLO ORGANIZZATIVO" ex d.lgs 231/2001)*. Incontro di studio sul tema: "Le tipologie della colpa penale tra teoria e prassi", Roma, 28-30 marzo 2011, Ufficio per gli incontri di studio, CSM, in *www.csm.it*.

comma 4, d.lgs. n. 231/01 che “negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera *b*), del comma 1, possano essere svolti direttamente dall’organo dirigente”⁷. Accettando la possibilità di una tale soluzione, è evidente come l’ordinamento non abbia inteso rinnegare il ruolo che all’organismo di vigilanza ha deciso di attribuire prevedendolo quale attore essenziale per la verifica di effettività del modello, ma conformemente, a mio avviso, allo spirito che informa la disciplina di esonero della responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/01, abbia rimesso all’autonomia dei privati – cioè all’ente stesso – la decisione del “come” raggiungere l’obiettivo della dimostrazione della sua “virtuosità”, autorizzando il ricorso a soluzioni meno dispendiose e, nel contempo, alla valorizzazione delle professionalità esistenti, laddove le dimensioni dell’impresa, dunque la portata del rischio-reato, lo consentano.

2. Negli stessi termini di una valorizzazione delle competenze esistenti nell’impresa, e con uno spirito che consente di scorgere un ridimensionamento delle apprensioni legate all’individuazione dei soggetti in grado di svolgere le funzioni di vigilanza, si pone la norma introdotta dalla “Legge di stabilità 2012”⁸, che ha previsto l’aggiunta all’art. 6 del d.lgs. n. 231/01, del comma 4-*bis*, secondo il quale “nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’organismo di vigilanza di cui al comma 1 lett. *b*” (art. 4-*bis*). Non v’è dubbio una tale previsione, al pari di quella che consente all’organo dirigente di svolgere le funzioni di organismo di vigilanza nelle piccole imprese, possa apparire disorientante rispetto al canone dell’“autonomia” che dovrebbe connotare l’attività di vigilanza dell’organo di cui all’art. 6, lett. *b*, d.lgs. n. 231/01: la sovrapposizione di ruoli rende infatti plausibile il rischio di ineffettività del controllo, o, quanto meno, di difficile coordinamento tra gli “attori” della vigilanza. Si tratta infatti di soggetti che, pur condivi-

⁷ Art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/01.

⁸ L. n. 183 del 12 novembre 2011.

dendo la sostanza della funzione – la verifica di conformità dell’attività aziendale ai parametri della legalità – oltre che la sede – l’impresa – la declinano in termini diversi (anche rispetto alla latitudine di poteri e responsabilità previste per essi), in ragione dell’oggetto della loro sorveglianza: nell’un caso, il complesso delle attività aziendali; nell’altro, il modello organizzativo.

Attesa l’incertezza in ordine alla portata dei poteri attribuiti all’organismo di vigilanza in ragione della “laconicità” della previsione normativa di cui all’art. 6 d.lgs. n. 231/01 (come sottolineato da subito in sede di commento⁹), a fronte, invece, delle apposite prescrizioni normative disciplinanti l’oggetto ed i termini del controllo del collegio sindacale, da subito è possibile dedurre non solo come l’ambito operativo dell’organismo di vigilanza ne risulti ridimensionato, ma altresì come la possibilità del collegio sindacale di svolgere le attività del primo non ne infici le prerogative (che restano quelle espressamente stabilite dalla legge).

Il collegio sindacale, come è noto, è l’organo tradizionalmente addetto al controllo societario, cioè alla verifica della conformità dell’operato degli amministratori alla legge ed allo statuto, oltre che al controllo di efficienza sulla corretta gestione degli amministratori. Per svolgere un compito di così ampia portata, esso è stato dotato di poteri, dunque di doveri, necessariamente altrettanto estesi¹⁰.

Di controllo si occupa altresì l’organismo di vigilanza, ma non con riferimento allo stesso oggetto e con gli stessi poteri; si è osservato in proposito come si possa riconoscere, nella relazione tra collegio sindacale e organismo di vigilanza, un rapporto

⁹ Sottolinea il profilo della “carezza regolativa” del d.lgs. 231/01, G. FORTI, *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 p. 90 ss. Interventi tenuti nell’ambito dell’incontro con esponenti della magistratura organizzato dal Centro Studi Federico Stella per la Giustizia Penale e la Politica Criminale (CSGP), Università Cattolica del S.C., Milano 15 febbraio 2008. Associazione per lo sviluppo degli studi di Banca e Borsa. Quaderno n. 245, Milano, 2008, 8 ss.*

¹⁰ Si soffermano su tal novità normativa, M. MORETTI, P. SILVESTRI, *Titolarità della funzione dell’organismo di vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2013, 63 ss.

di genere a specie¹¹: il modello organizzativo rappresenta infatti uno dei componenti che entra nella valutazione di adeguatezza dei sistemi organizzativi di spettanza del collegio sindacale, quale sistema operativo finalizzato ad assicurare il corretto funzionamento dell'impresa sotto il profilo della prevenzione del rischio reato.

Se “il più” – l'ambito di estensione del controllo di legalità dell'attività dell'ente da parte del collegio sindacale – contiene “il meno” – l'oggetto dell'attività di vigilanza dell'organismo di vigilanza – è pur vero che sarebbe un errore sottovalutare le differenze che connotano ambiti di operatività pur affini. Al di là del rapporto, formalizzato nella disciplina di settore, tra il collegio sindacale e gli altri organi societari, va osservato come la specificità del controllo di cui è titolare l'organismo di vigilanza (benché delineata normativamente solo in via generale) in ragione dell'oggetto (:i modelli organizzativi) sui quali tale vigilanza è esercitata, impone un'elevata specializzazione che difficilmente sarebbe compatibile con l'ampiezza dei compiti che il collegio sindacale è chiamato a svolgere¹².

Quanto al profilo della responsabilità, la natura di “organo societario” del collegio sindacale (quindi di articolazione societaria attraverso la quale la società manifesta all'esterno la sua volontà), e di mero “ufficio” dell'impresa, invece, dell'organismo di vigilanza (prevista quale “funzione organizzativa” dell'ente, senza però immedesimarsi con esso), condiziona anche i termini delle loro rispettive responsabilità penali e civili. Mentre la previsione espressa (art. 2407 c.c.) per i membri del collegio sindacale di una responsabilità connessa al non corretto svolgimento del dovere di vigilanza (in regime di solidarietà con gli amministratori) rispetto all'adeguatezza del sistema organizzativo dell'ente, legittima in capo ad essi il riconoscimento di una posi-

¹¹ Così, M. MORETTI, P. SILVESTRI, *Titolarità della funzione*, cit., 67.

¹² Per una disamina delle varie attività in cui si articola il ruolo dell'organismo di vigilanza, N. ABRIANI - F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/01. Compiti e funzioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2012, 191 ss.

zione di garanzia rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*¹³; la medesima conclusione non può estendersi all'organismo di vigilanza: la valutazione di adeguatezza del modello non è infatti accompagnata dalla previsione della sua adozione in capo all'organismo di vigilanza, che è tenuto invece a proporre l'aggiornamento a chi – l'amministratore – è titolare del potere di adottare il modello organizzativo. Si tratta, questa, di una conclusione che riverbera i suoi effetti anche rispetto all'eventuale possibilità di configurare una responsabilità penale in capo all'organismo di vigilanza: l'assenza di poteri di tipo gestorio o impeditivo, che abbiamo visto riconosciuta in capo agli amministratori e ai membri del collegio sindacale, inibiscono l'affermazione in capo all'organismo di vigilanza di una posizione di garanzia¹⁴.

3. Non paiono condividere questa impostazione coloro che danno l'impressione di sovrapporre la considerazione di quello che l'organismo di vigilanza "può" fare, da quello che egli è "obbligato" a fare, come accadrebbe se esistesse una norma che imponendogli di intervenire per scongiurare il rischio reato – oggetto delle regole "cautelari" positivizzate nel modello organizzativo – ne sanzionasse l'inerzia quale causa del mancato impedimento di esso.

Vi è chi ha ravvisato una legittimazione a tale ricostruzione interpretativa nelle previsioni di cui agli artt. 52 e 55 d.lgs. n. 231/07, e art. 30 del T.U. n. 81/08: le previsioni introdotte dal decreto di attuazione della Terza Direttiva Antiriciclaggio, stabiliscono infatti sanzioni penali per i membri dell'organismo di vi-

¹³ Così che va sottoposta a vaglio del collegio sindacale l'eventuale scelta da parte degli amministratori della società di non adottare modelli organizzativi, laddove essi risultassero congrui al contenimento del rischio-reato (in tali ipotesi, il mancato controllo si configurerebbe quale argomento a fondamento di una responsabilità sia civilistica, che penale).

¹⁴ Sottolinea come l'assenza in capo all'organismo di vigilanza di poteri impeditivi G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2012, 1294 s. si ripercuota sull'estensione delle sue responsabilità penali (nel senso dell'esclusione della configurabilità in capo ad esso di un obbligo d'impedimento rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*).

gilanza in caso di omessa segnalazione delle operazioni sospette in materia di riciclaggio; l'art. 30 del T.U. n. 81/08 richiama l'adozione dei modelli organizzativi e l'istituzione di un organismo che sovrintende al loro controllo, come strumento di esonero della responsabilità non solo dell'ente, *ex d.lgs. n. 231/01*, ma anche come mezzo di presunzione del corretto svolgimento della funzione di vigilanza in capo al datore di lavoro rispetto alle attività delegate.

Le norme richiamate, in realtà, più che apparire argomenti a supporto della fondatezza della tesi che vuole assegnare all'organismo di vigilanza un ruolo, dunque una responsabilità, nel senso dell'impedimento dei reati, paiono significative nel senso opposto. Con riguardo alle fattispecie in materia di riciclaggio concernenti il mancato assolvimento da parte dell'organismo di vigilanza di obblighi di comunicazione (nei confronti degli organi interni dell'ente e delle autorità di vigilanza del settore), l'interpretazione prevalente (e condivisibile) in sede ricostruttiva della portata della norma, esclude che essa possa fondare l'obbligo giuridico di cui al capoverso dell'art. 40 c.p. in capo all'organismo di vigilanza¹⁵. Osta ad una tale conclusione sia la natura di atto di autonomia privata della sua istituzione, che ne impedisce la possibilità di creare obblighi penalmente sanzionati¹⁶; sia la natura dei poteri dell'organismo di vigilanza, non così estesi né nell'oggetto – avendo esso attribuita la sola funzione di controllo della funzionalità/adequatezza del modello di organizzazione – né nella consistenza – non essendo previsto in capo ad esso poteri di natura gestoria od impeditiva¹⁷ (senza dimenticare la “mo-

¹⁵ Diversamente A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 511, secondo il quale la funzione di vigilanza dei modelli finalizzati alla prevenzione di reati determinerebbe in capo all'organismo di vigilanza una responsabilità penale per impedimento (la cui fonte viene ravvisata negli artt. 6 lett. a), b), d) e 7 d.lgs. 231/01, e nei modelli di organizzazione e gestione, in forza del contratto di lavoro con la società).

¹⁶ Così, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 611.

¹⁷ Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “MODELLO ORGANIZZATIVO” ex d.lgs. 231/2001)*, parte I, in

destia” della previsione sanzionatoria – reclusione fino ad un anno – rispetto alle pene previste per i delitti di riciclaggio¹⁸).

Con riguardo al richiamo ai modelli organizzativi operato dall’art. 30 del T.U. n. 81/08, va osservato come la materia della “sicurezza sul lavoro” rappresenti un sottosistema normativo in cui il valore assiologico del bene alla cui tutela esso è rivolto (e che paradossalmente ha visto la tardiva introduzione¹⁹ dei reati di omicidio e lesioni colpose quali reati presupposto ai fini dell’applicazione del d.lgs. n. 231/01) rispondono a principi e dinamiche inestensibili per la altre ipotesi di reato per le quali è stata inizialmente pensata la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01. La *ratio* di tutela di talune previsioni e ruoli non si traduce in un obbligo di tutela “diretta” di tale *ratio*.

Per entrambe le ipotesi, in ogni caso, non si tratta di interventi distonici rispetto al disegno del legislatore del ruolo dell’organismo di vigilanza, ma di previsioni che, apparendo come derogatorie rispetto all’impianto originariamente delineato, ne confermano *a contrario* la coerenza.

A fronte di tali previsioni, apparentemente contraddittorie (in quanto autorizzano la possibile coincidenza tra controllante e controllato), spetta all’interprete cercare di rinvenire una logica che ne consenta un’adeguata collocazione nel sistema punitivo stabilito dal d.lgs. n. 231/01, tentando magari di non esasperare i profili di incongruenza di talune previsioni rispetto a parametri, quali quelli dell’indipendenza, la cui enfaticizzazione (peraltro sostanzialmente condivisibile), deve misurarsi con la realtà aziendale. Per essere più chiari: con riguardo alla piccole imprese, l’ordinamento realisticamente si rende conto che la predisposi-

Cass. pen., n. 1/2013, 123. Nello stesso senso, T.E. ROMOLOTTI, *Prove di ingegneria genetica sull’organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, 2008, 90.

¹⁸ Ponendosi peraltro per il coinvolgimento dell’ente nei reati di riciclaggio questioni di natura diversa (sul punto, da ultimo, C. SANTORIELLO, *Precisazioni della Cassazione in tema di riciclaggio e conseguenze per la responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2013, 241 ss.).

¹⁹ La norma in questione – art. 25-septies – è stata introdotta con la l. 3 agosto 2007, n. 123 (successivamente sostituita dall’art. 300 d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81).

zione di un sistema di *compliance* e la previsione di un soggetto esterno che svolga le funzioni di organismo di vigilanza, rappresenti un costo che, per le risorse di un ente di dimensioni modeste, può apparire assai oneroso. L'alternativa alla rigidità dell'esclusione della possibilità anche per queste piccole imprese di avvalersi del meccanismo di esonero della responsabilità (e, soprattutto, di minimizzare/escludere il rischio-reato) è rappresentata dall'autorizzazione normativa ad una coincidenza tra soggetto apicale e organismo di vigilanza. Questo vale a stravolgere ed a minare l'effettività della funzione di vigilanza? Presuntivamente sì, ma, proprio in ragione di ciò, esponendo di più il titolare del ruolo di controllo rispetto all'effettività del suo esercizio, finisce per responsabilizzarlo maggiormente²⁰.

Stesso discorso per il collegio sindacale. Si è detto come non sia opportuna la coincidenza di ruoli; ma è pur vero che i costi per il personale dell'organismo di vigilanza potrebbero far decidere l'ente di far svolgere tale compito al collegio sindacale, valorizzandone le competenze in tema di controllo di legalità (che è, tuttavia, attività ben diversa dal controllo del modello organizzativo, che impone una specializzazione affatto particolare). Come vigileranno i membri del collegio sindacali sui reati che li vedono soggetti attivi? Certo è che il loro duplice ruolo li esporrà ad un'attenzione maggiore da parte dell'autorità giudiziaria (e prima ancora, degli amministratori), nell'eventualità di una verifica della possibilità per l'impresa di avvalersi del meccanismo di esonero di responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/01: la presunzione di "conflitto di interesse" deve ritenersi relativa e dovrà essere vinta dall'impresa.

Si è osservato criticamente²¹ come il problema del coordinamento tra funzioni di controlli rischi di inficiare l'autonomia dell'organismo di vigilanza. Da parte sua il legislatore sembra non assolutizzare la questione dell'autonomia dell'organismo di vigi-

²⁰ Si tratta di una ricostruzione questa plausibile per coloro che ritengono l'organismo di vigilanza un organo delegato degli amministratori dell'impresa.

²¹ S. GIAVAZZI, *Poteri ed autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le Società*, n. 11/2012, 1217 ss.

lanza laddove prevede che il collegio sindacale possa svolgere questa funzione e, come si è già accennato, ammetta che nelle piccole imprese sia l'organo dirigente a occuparsene. La pur opinabile scelta legislativa, dettata ragionevolmente dalla constatazione della natura della più parte delle imprese del nostro territorio – piccole/medie e a struttura familiare – oltre che dai costi che comunque un sistema di *compliance* comporta (soprattutto, ed in prospettiva, laddove si intendano assegnare responsabilità così estese, anche dal punto di vista penalistico, all'organismo di vigilanza) condannerebbe alla inevitabile qualificazione di inadeguatezza del sistema di *compliance*, ove il principio dell'assoluta indipendenza dall'organo dirigente dell'organismo di vigilanza venisse affermato nella sua assolutezza.

Preso atto di tali soluzioni normative “proposte”, non “imposte” alle imprese, si tratta di vagliarne in concreto la funzionalità; ciò che si deve scongiurare è invece avallare tali sovrapposizioni, attribuendo ad esse una legittimazione dogmatica e conseguenze applicative che alterino la *ratio* del pur complesso meccanismo esonerativo di responsabilità dell'ente di cui al d.lgs. n. 231/01.

In assenza di un dato chiaro è pertanto possibile individuare i limiti dei poteri/responsabilità dell'organismo di vigilanza, sia attraverso le indicazioni offerte dalle (pur scarse) indicazioni normative, che rimandano alla natura esclusivamente di “vigilanza”, e non “impeditiva” della funzione di controllo ad esso assegnata; sia dalla relazione con altri organismi presenti nell'impresa, quale ad esempio il collegio sindacale (le cui attività appaiono più estesamente disciplinate dal punto di vista normativo), con cui pure l'organismo di vigilanza condivide una funzione latamente di “sorveglianza” rispetto alla conformità dell'attività dell'impresa al parametro della legalità, ma che, a differenza di questi, hanno un “referente” ed un parametro di legalità diverso: i primi, l'attività dell'ente “in generale”; l'organismo di vigilanza, il modello organizzativo e le cautele con cui l'impresa, attraverso un'attività di “autonormazione”, decide di “scongiurare” il rischio di reato, o quanto meno, di minimizzarlo.

Non si tratta di una differenza da poco, rappresentando peraltro il criterio sul quale edificare l'apparato di poteri e doveri di rispettiva spettanza, sia che essi si ricavano in via immediata dal dettato normativo, come avviene per taluni organi di controllo, quale il collegio sindacale, sia che essi rappresentino l'approdo interpretativo cui si giunge dopo avere analizzato l'ampiezza dei poteri che, per l'organismo di vigilanza, si "limitano" a poteri di segnalazione e, più genericamente, di sorveglianza, ma non di impedimento²².

L'intima coerenza di tale disegno del legislatore di enfaticizzazione del ruolo dell'autonomia privata²³ in ordine alla costruzione della *compliance* aziendale rilevante *ex d.lgs.n. 231/01* (benché all'interno di una cornice stabilita normativamente) spiega dunque la qualificazione in termini di "onere" della previsione dei modelli organizzativi²⁴ e di "ufficio" dell'organismo di vigilanza. Benché nel tempo l'adozione di questo sistema sia apparso come condizione indispensabile per l'ente collettivo per poter accedere a determinate attività (come nel caso di eventuali richieste di finanziamento ad enti creditizi o di partecipazione ad appalti pubblici), resta il fatto che postulare l'estensione della "pervasività" dell'ambito di intervento dell'organismo di vigi-

²² Sulla portata di questa distinzione, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, 151 ss. In particolare, sul tema della differenziazione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza all'interno dell'impresa, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2008, 86 ss.

²³ Sottolinea la connotazione "privatistica endosocietaria" dell'organismo di vigilanza, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, n. 2-3, 2012, 330 s.

²⁴ Osserva come la predisposizione del modello 231 sia tecnicamente un "onere", P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, Borsa, titolo di credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, n. 5/2011, 546, in cui la sanzione per la mancata adozione è comminata *ex post*, quale sanzione amministrativa in caso di commissione del reato nell'interesse dell'ente. Rileva pure, tuttavia, come l'art. 2381 c.c. imponga agli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati per la società, anche rispetto al rischio reato: in tale quadro, la mancata predisposizione del modello, costituisce pertanto inadempimento degli obblighi loro incombenti.

lanza (con riguardo alla verifica di applicazione dei modelli organizzativi) anche ad ambiti operativo-gestionale, mal si concilierebbe con la qualificazione di “ufficio” e non di “organo” ad esso assegnata nell’organigramma aziendale, e con un assetto disciplinare dei poteri e delle responsabilità, nel caso di loro cattivo esercizio, prevista dall’ordinamento civilistico per gli amministratori e per il componenti del collegio sindacale, ma non per l’organismo di vigilanza.

4. Un tale ricostruzione dell’assetto funzionale dei poteri (e della responsabilità) dell’organismo di cui all’art. 6, lett. *b*, d.lgs. n. 231/01, che vede la sua attività di vigilanza misurarsi non sul comportamento del singolo esponente, bensì sulla funzionalità del modello organizzativo, è stata criticata da chi ha osservato come non si possa “negare in via di principio all’organismo di vigilanza il potere di controllo su un *iter* decisionale, ove abbia ad oggetto un operazione che si presenti come sospetta, *contra legem* o comunque non conforme alle regole adottate nel modello”. Secondo la dottrina riferita, è da contrastare l’idea che l’organismo di vigilanza corrisponda ad un *compliance officer*, ossia che la sua funzione di vigilanza sia necessariamente circoscritta alla sola *compliance* delle operazioni dell’ente alle regole del modello e che il suo potere d’intervento sia di mera reazione *ex post* alla violazione segnalata a dette regole²⁵.

Per la verità, non si vede cosa ci sia di così “svalutante” e riduttivo nel richiamare e riprodurre, con gli opportuni adattamenti, un modello di disciplina in materia di *compliance* aziendale previsto da tempo risalente in altri ordinamenti (come quello nordamericano), dunque certo più “collaudato” rispetto alla nostra troppo recente esperienza normativa²⁶.

²⁵ Si sofferma su questi profili critici, S. GIAVAZZI, *Poteri ed autonomia dell’organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le Società*, n. 11/2012, 1217 ss.

²⁶ Sottolinea quest’aspetto, non solo rispetto alle *Federal Sentencing Guidelines* del 1991, e del *Sarbanes-Oxley Act*, M.A. PASCULLI, S. RUBERTI, *Il modello organizzativo come strumento di (de)responsabilizzazione dell’ente tra pratica e teoria*, in *La responsa-*

Come noto, del resto, i modelli organizzativi nascono negli Stati Uniti²⁷; secondo quanto previsto dalle *Federal Sentencing Guidelines*²⁸, la loro adozione da parte delle *corporations* consente di attenuare anche in misura considerevole la *culpability* e quindi l'ammontare della pena (senza tuttavia escluderla)²⁹. L'introduzione, peraltro, nel 2010, delle nuove *Guidelines*, ha fornito importanti indicazioni, sia sui soggetti cui affidare la funzione di controllo dell'effettività dell'adozione dei *compliance programs* all'interno dell'impresa, sia sulle modalità attraverso il quale tale controllo deve essere svolto³⁰. In tal senso, un ruolo centrale viene assegnato alla *governing authority* dell'impresa, cui è richiesto un diretto coinvolgimento nell'attuazione ed efficacia del *compliance program*. Per le imprese di maggiori dimensioni, è poi prevista una soluzione di controllo articolata su due soggetti: in primo luogo il *manager* – componente del personale di alto livello con mansioni operative (dell'*high level personal*) – cui viene attribuita la responsabilità complessiva (l'*overall responsibility*) rispetto all'attuazione del programma, con compiti di indirizzo e coordinamento. Accanto a tale soggetto "apicale" (diremmo noi) è possibile affiancare, senza però che vi sia una relazione di dipendenza gerarchica, un soggetto (*compliance officer*), delegato allo svolgimento di compiti di controllo (con *day-to-day operatio-*

bilità amministrativa delle società e degli enti, n. 3/2013, 158 ss. Sul meccanismo operativo di responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento nordamericano, N. SELVAGGI, *Criminal liability of corporations and compliance programs in the U.S. System*, in A. FIORELLA (edited by), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I, *Liability 'Ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, Jovene, 2012, 601 ss.

²⁷ Sui *compliance programs*, J.M. KAPLAN, J.E. MURPHY, *Compliance Programs and The Corporate Sentencing Guidelines, Preventing Criminal and Civil Liability*, West, 2011; C. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato*, Giuffrè, 2002, 102 ss.

²⁸ 2011 *Federal Sentencing Guidelines Manual, Chapter Eight, Sentencing of Organization*, in www.ussc.gov/Guidelines/2011_guidelines/index.cfm.

²⁹ Come invece avviene nell'ordinamento italiano, si v. *infra*.

³⁰ In tal senso l'aggiornamento delle *Guidelines* già nel 2007 è stato nel segno della necessità che i *compliance programs* fossero provvisti di efficaci meccanismi di controllo sul loro effettivo funzionamento, secondo quanto indicato dalle *best practices* internazionali (G. GAREGNANI, cit., 131).

nal responsibility), reporting (sia al *management*, che al Consiglio di amministrazione) e consulenza.

Il controllo del *compliance program* viene così concepito dal legislatore statunitense come un'attività molto significativa nel contesto aziendale³¹, caratterizzata dalla "continuità" d'azione in virtù della presenza di una struttura indipendente (cioè terza rispetto ai controllati³²) a ciò dedicata ("the organization conducts a regular compliance auditing and monitoring program..."), cui spetta l'individuazione delle aree di rischio, l'"implementazione" di adeguati flussi informativi al *senior management*, ed a cui assegnare per lo svolgimento di tali mansioni un complesso esteso di risorse e poteri³³. Ciò che emerge chiaramente dall'assetto disciplinare disegnato dalle *Guidelines* è dunque un notevole coinvolgimento da parte del *management*, responsabilizzato ad identificare situazioni di rischio potenziale, ad introdurre procedure atte a valutare periodicamente l'effettività dei modelli organizzativi, ed inserito in una struttura complessa, nella quale vengono a combinarsi diverse professionalità (tra cui, ad esempio, l'*internal audit*).

Nonostante l'ordinamento italiano si sia avvalso dell'esperienza nordamericana per la disciplina dei modelli organizzativi³⁴, alla questione della necessità/opportunità della previsione di un apposito organo, deputato al controllo del rispetto dei modelli organizzativi adottati dall'impresa, esso ha risposto affermativamente. Nell'intento del legislatore, l'aver previsto all'interno

³¹ Sulla specificità delle prospettive di controllo negli ordinamenti italiano e statunitense, sia consentito rimandare a M.T. TRAPASSO, *Control of compliance programs: the supervisory body*, in A. FIORELLA (edited by), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II, *Towards a Common Model in the European Union*, Jovene, 2012, 295 ss.

³² Problematica ora per l'operatività del *compliance programs* anche nel caso di reati commessi dell'*high level personel*.

³³ 2011 FEDERAL SENTENCING GUIDELINES MANUAL, CHAPTER EIGHT, SENTENCING OF ORGANIZATION, EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM, *Effective Compliance and Ethics Program* § 8B2.1 (2).

³⁴ O. DI GIOVINE, *Lineamenti del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 87 ss.

della *corporation* un organo con le caratteristiche dell'organismo di vigilanza – cioè indipendente e non “sottoposto” agli organi di gestione dell'impresa – come destinatario di obblighi di informazione (art. 6, comma 2, lett. *d*, d.lgs. n. 231/ 2001), dovrebbe costituire indice e garanzia di una funzionalità “virtuosa” dell'ente.

Se esiste, dunque, una specificità italiana nella previsione di un autonomo organismo di vigilanza³⁵ (così da consentire ad esso una più esclusiva concentrazione sul funzionamento del modello organizzativo, che costituisce l'oggetto e la ragione della sua istituzione), essa tuttavia non va intesa nella sua assolutezza, ammettendosi da parte dell'ordinamento che il ruolo di vigilanza possa essere assegnato anche a chi, di tale attività, possa costituire eventualmente oggetto (come pure l'esperienza americana pare riconoscere).

5. Quali, pertanto, le conclusioni (provvisorie, essendo questa una materia in continuo mutamento) che è possibile formulare in esito alle riflessioni svolte.

La funzione di controllo³⁶ all'interno dell'impresa, che pure apparenta i titolari di detta funzione in un articolato sistemi di vigilanza, conosce modulazioni diverse, che hanno riguardo alla “natura” di chi è deputato a svolgere tale istanza di controllo – l'organismo di vigilanza, quale “ufficio” e non quale “organo” societario; al corredo di poteri che gli è stato conferito – altro è l'obbligo di impedimento, altro quello di mera sorveglianza (e segnalazione a chi i poteri di impedimento invece li ha); al “con-

³⁵ Si sofferma sulla relazione tra strutture delle imprese (piccole e medie, in Italia; public company, negli U.S.A.) e sulle conseguenze che ne derivano in tema di responsabilità degli enti, E. FUSCO, *Riflessioni sulla compliance in U.S.A. e in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2/2011, 123 ss.

³⁶ Il tema del controllo riveste un ruolo centrale ed in tal senso è costituisce oggetto di esame approfondito, ad esempio, in sede di elaborazione di *standard* internazionali di riferimento per la professione di *internal auditor* e dal *Committee of Sponsoring Organization (CoSo)* (finalizzato alla massimizzazione dell'efficienza del sistema di controllo interno) (così G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2008, 95 ss.).

testo” all’interno del quale esso è chiamato ad operare – piccola o grande impresa³⁷.

È opportuno il richiamo alla distinzione tra quello che l’organismo di vigilanza “potrebbe” fare e quello che “deve” fare, e che ne spiega la previsione all’interno dell’ente. Essendo stata affidata all’autonomia privata la definizione delle regole volte alla prevenzione del rischio-reato da includere nei modelli organizzativi, si è come affermato un equivoco: ritenere che ciò che si poteva fare e non è stato fatto equivalga alla violazione di un obbligo normativo, quale precetto dotato di rilevanza penale, disatteso. In realtà questa è la “logica” del magistero penale, che si esplica dunque *a posteriori*; diversa la prospettiva della *compliance*, che è invece preventiva: l’“*a posteriori*” che riguarda l’organismo di vigilanza si traduce esclusivamente nella proposta di aggiornamento del modello (la cui adozione però spetta agli organi titolari dei poteri di gestione e organizzazione). Come autorevolmente sottolineato in dottrina, a proposito dell’attuale sistema dei controlli societari «il controllo si emancipa dall’accezione tradizionale di “verifica *ex post*” (derivato dal diritto amministrativo) e si evolve in elemento coesistente dell’esercizio dell’impresa e del potere amministrativo»³⁸.

Vi è una coerenza tra la possibilità di “autonormazione” riconosciuta all’ente dall’ordinamento in materia di *compliance* aziendale, e la previsione invece di un contesto regolamentare assai articolato quale quello disegnato dal diritto societario, di cui esempio evidente è l’assetto dei rapporti tra l’organismo di vigilanza e il collegio sindacale. L’organismo di vigilanza viene definito più in ragione del risultato che deve perseguire, che del comparto di poteri che gli spettano. È come se il legislatore

³⁷ Questioni particolari di coordinamento pone la compresenza di diversi organismi di vigilanza nei gruppi di imprese (si v. da ultimo, R. LOTTINI, *Le principali questioni di materia di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001*, (parte I), in *Giur. merito*, n. 10/2013, (parte I), 2272 s.

³⁸ P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, Borsa, titolo di credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, n. 5/2011, 541.

avesse inteso dire alle imprese in sede di introduzione della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01: l'obiettivo è la prevenzione del rischio dei reati (presupposto); le modalità sono i modelli organizzativi che tale funzione hanno; l'efficacia di tali modelli è garantita dalla presenza di qualcuno che ne controlli il rispetto, "vedi tu" come vuoi organizzarti (se intendi avvalerti del meccanismo di esonero di responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/01).

All'interno di una cornice in cui l'ordinamento dà un'indicazione di massima sugli strumenti che consentono all'impresa di mostrarsi "virtuosa", spetta all'ente dotarsi di assetti organizzativi idonei a scongiurare il rischio-reato, valutando preventivamente l'adeguatezza di un sistema di controllo i cui titolari si trovino ad essere troppo "prossimi" al vertice³⁹. In questa chiave, risulta ammissibile anche lo svolgimento delle funzione di controllo dell'organismo di vigilanza da parte del collegio sindacale; a patto tuttavia che si tenga presente come l'obiettivo dell'adeguatezza del modello, che deve guidare l'amministratore nella sua adozione, possa risultare compromesso dalla coincidenza per taluni reati (che annoverino tra i soggetti attivi i membri del collegio sindacale) tra controllante e controllato, così da vanificare la prospettiva di *compliance*: si tratta di un'opzione ammissibile, ma forse inopportuna.

Quanto al dovere dell'organismo di vigilanza di impedire i reati, è da osservare come la contiguità, inevitabile, dell'attività dell'organismo di vigilanza con comportamenti che possano costituire materia di reato⁴⁰, ancorché in una prospettiva di rischio, dunque preventiva, non può tradursi nell'imposizione di un

³⁹ Anche solo in ragione della loro nomina da parte degli amministratori (D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 432; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 592).

⁴⁰ Anche in ragione del ruolo di destinatario di obblighi di informazione, secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 2, lett. d, d.lgs. n. 231/01: sul sistema informativo all'interno dell'ente, A.S. VALENZANO, *Information system*, in A. FIORELLA (edited by), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I, *Liability 'Ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, Jovene, 2012, 44 ss.

ruolo, dunque di una responsabilità, surrogatoria⁴¹ rispetto a soggetti che l'ordinamento ha preteso espressamente che svolgessero tali attività di garanzia, dotandoli, a tal fine, di poteri di cui invece l'organismo di vigilanza non è – e non è un caso – sprovvisto: l'attività di *compliance* attiene alla fisiologia dell'attività d'impresa, benché abbia ad oggetto gli eventuali risvolti patologici; solo in questa chiave è consentita quella “pervasività” nello svolgimento dell'attività di vigilanza che pure, per certi ambiti, le è riconosciuta⁴². Diversamente, laddove la sua attività fosse intesa non in tale chiave, ma di “delega” dell'autorità giudiziaria penale all'interno dell'impresa, la sua presenza determinerebbe un' *impasse* dell'attività d'impresa che certo scoraggerebbe l'adozione degli strumenti di *compliance*, vanificandone pertanto la vocazione di strumento di controllo del rischio-reato.

⁴¹ Vi è stato chi ha osservato a proposito del ruolo del d.lgs. n. 231/01 e del sistema di controlli che predispone, come esso possa costituire l'appiglio normativo su cui basare il contraddittorio tra società e soggetti danneggiati, nei casi di reati di falso in bilancio, a fronte della loro sostanziale depenalizzazione (così, M.A. MARINONI, *Regulation internazionale in tema di corporate governance. Il sistema dei controlli aziendali*, in *Riv. dottori comm.*, n. 4/2013, 834).

⁴² Paventa il rischio di “porre gli amministratori sotto tutela”, P. MONTALENTI, *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro delle riforma del diritto societario*, in M. BIANCHINI, C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea, 2010, 91.

ANNA SALVINA VALENZANO*

IL RILIEVO DELLA CERTIFICAZIONE
DEI MODELLI ORGANIZZATIVI
ANCHE CON RIFERIMENTO ALL'ESPERIENZA CILENA

SOMMARIO: 1. Premessa sull'efficacia esonerante dei modelli organizzativi nel sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato. – 2. La valutazione dell'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione e gestione nel diritto positivo italiano, anche in prospettiva di riforma. – 3. Profili di comparazione con il sistema cileno sulla responsabilità penale delle persone giuridiche. – 3.1. In particolare, sulle regole di condotta per gli enti certificatori a garanzia della correttezza delle attestazioni. – 4. La controversa efficacia della 'certificazione' del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno. – 5. Proposte di riforma della disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche in Cile. – 6. Conclusioni e prospettive di armonizzazione.

1. *Premessa sull'efficacia esonerante dei modelli organizzativi nel sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato*

Nel sistema italiano di ascrizione della responsabilità da reato all'ente collettivo, l'adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello di prevenzione dei reati, prima della commissione del fatto, può costituire per l'ente una causa di esonero dalla responsabilità per l'illecito che sia stato commesso.

La previsione¹, pur apparendo determinata, ha tuttavia posto numerosi problemi applicativi, tra cui in primo luogo quello della mancata certezza per l'ente che le misure organizzative attuate, attraverso l'impianto di un 'virtuoso' modello di organizzazione, possano essere considerate idonee alla prevenzione dei reati.

* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma.

¹ Si fa riferimento agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

In altri termini, nel nostro sistema non sono previsti strumenti che garantiscano con certezza l'effetto di esonero dalla responsabilità per l'ente che abbia adottato *'ex ante'* un modello di organizzazione, gestione e controllo che il vertice gestionale dell'ente – anche con l'ausilio dell'organismo di vigilanza – ritenga idoneo alla prevenzione dei reati richiamati dal d.lgs. 231/2001.

Sono previsti solo dei meccanismi, che a mio avviso si sono rivelati scarsamente efficaci, di *'concertazione'* tra sfera privata e sfera pubblica sui contenuti dei modelli di prevenzione dei reati, potendo le associazioni di categoria rappresentative degli enti proporre delle *'linee-guida'* per l'elaborazione dei modelli medesimi al Ministro della Giustizia che, di concerto con gli altri Ministeri competenti, può formulare osservazioni sui contenuti delle medesime linee-guida, ed in particolare sulla loro idoneità a prevenire i reati, tali da poter orientare gli enti nell'elaborazione dei propri modelli di prevenzione dei reati (art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001).

In sostanza si tratta di meccanismi che sono diretti ad incentivare il *'dialogo'* e la *'cooperazione'* tra il privato e il pubblico, cioè tra gli enti e la pubblica autorità, allo scopo di meglio precisare i contenuti dell'obbligo di diligenza dell'ente, ovvero delle regole cautelari idonee a prevenire reati, nel tentativo – non del tutto riuscito – di aumentare la certezza giuridica per l'ente.

Il problema principale affonda le sue radici nella circostanza che le linee-guida, per come concepite dal legislatore, hanno un contenuto astratto e generico, perché prevedono solo parametri generali di riferimento valevoli per tutte le imprese appartenenti alla categoria. Il modello organizzativo, invece, è da concepirsi con un *'abito su misura'*, avente cioè un contenuto più specifico rispetto alle linee-guida, che deve perciò essere cucito sul singolo ente collettivo tenendo conto delle sue peculiarità².

² Nel senso che ciascun ente collettivo debba adottare proprie *'regole individuali'* orientate alla prevenzione dei reati, quali norme specifiche adatte al *'singolo tipo d'impresa'*, che, secondo la logica del *'doppio binario'*, si affianchino alle *'regole generali'* che attengono alla struttura della *governance* e ai principi di buon governo di tutte le

Da ciò deriva la conseguenza che, ove anche il singolo ente segua pedissequamente le linee-guida di categoria nello strutturare il proprio modello di prevenzione dei reati, è in ogni caso privo di garanzie in ordine al riconoscimento in sede giudiziale dell'idoneità preventiva delle regole cautelari adottate³. L'ente corre cioè il rischio di affrontare una ristrutturazione aziendale che tenga conto di virtuosi principi di organizzazione e controllo e che, come tale, può essere molto onerosa, senza tuttavia ricevere alcuna garanzia in ordine all'efficacia concreta della sua scelta imprenditoriale, vale a dire senza alcuna certezza sull'effetto di esonero dalla responsabilità, anche nel caso in cui il reato venga commesso da un apice attraverso la fraudolenta elusione delle regole cautelari di condotta stabilite nel modello organizzativo.

È per questi motivi che la realtà applicativa italiana ha mostrato come, a fronte di un'analisi costi-benefici, le imprese italiane, specie se di medie o piccole dimensioni, hanno spesso scelto la via meno onerosa, cioè quella di non adottare un modello di prevenzione dei reati per il timore del mancato riconoscimento della sua idoneità preventiva in sede giudiziale, con l'idea di ripiegare eventualmente su un modello adottato "post

imprese, si v. P. SEVERINO, "Omogeneizzazione" delle regole e prevenzione dei reati: un cammino auspicato e possibile, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella, A.M. Stile, Napoli, 2012, 430.

³ La giurisprudenza italiana sul d.lgs. n. 231/2001, nella pressoché totalità dei casi, ha condannato gli enti per fatti di reato, anche in presenza di modelli organizzativi adottati ed attuati "ante factum", ritenendoli non idonei a prevenire reati della stessa specie. Isolatamente, in giurisprudenza, ha riconosciuto l'idoneità preventiva del modello: G.I.P. Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo, in *Le società*, 2010, 473 ss., con commento di C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *ivi*, 476 ss.; e con commento di V. SALAFIA, *Per la prima volta il GIP Milano assolve una S.p.A. da responsabilità amministrativa*, *ivi*, 482 ss. In dottrina, sul giudizio di idoneità preventiva delle regole cautelari adottate dall'ente, si v. G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Napoli, 2013, 173 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3-2011, 69 ss.

factum”, nella convinzione che la scelta imprenditoriale produce comunque gli stessi effetti sul piano sanzionatorio, e cioè la riduzione della sanzione pecuniaria (*ex art. 12 d.lgs. 231/2001*) ovvero la mancata applicazione delle sanzioni interdittive (*ex art. 17 d.lgs. 231/2001*), a fronte di un notevole risparmio di spesa per il mancato adeguamento al d.lgs. 231/2001.

Sotto questo profilo, a mio avviso, non possono ritenersi del tutto raggiunti gli scopi che il legislatore ha inteso perseguire con l'adozione del d.lgs. n. 231/2001, nella misura in cui vengano individuati nell'innesto di virtuosi meccanismi di legalità preventiva attraverso l'adozione ed attuazione di misure di organizzazione, gestione e controllo orientate alla prevenzione dei reati.

2. *La valutazione dell'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione e gestione nel diritto positivo italiano, anche in prospettiva di riforma*

Il legislatore italiano ha tentato di superare i segnalati problemi applicativi, di non poco momento, lasciando emergere una tendenza verso meccanismi che consentano la valutazione *'ex ante'* dell'idoneità preventiva delle regole cautelari che siano state in concreto adottate dall'ente, allo scopo di garantire appieno il rispetto del *'principio di personalità'* della responsabilità penale (o para-penale) nell'ascrizione dell'illecito da reato all'ente⁴.

Il tentativo di ricostruire sul piano *'soggettivo'* la *'volontà'* dell'ente, ancorando già sul piano *'oggettivo'* l'ascrizione dell'illecito alla *'lacuna organizzativa'*, può risultare in concreto vanificato là dove l'idoneità preventiva delle regole di condotta adottate venga apoditticamente accertata (o, meglio, non venga in concreto accertata), ogni volta in cui si giunga all'ascrizione automatica della responsabilità in capo all'ente collettivo sulla sola base della circostanza che sia stato commesso un reato da un

⁴ Per l'ampio dibattito sulla natura della responsabilità degli enti da reato, mi sia consentito rinviare a A.S. VALENZANO, *Notas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos en el sistema italiano, con particular referencia a la denominada "culpa de organización"*, in corso di pubblicazione.

esponente aziendale nell'interesse o a vantaggio dell'ente, trattandosi in questo caso di un'attribuzione di responsabilità puramente 'oggettiva' per il reato che sia stato commesso dalla persona fisica e non di responsabilità 'personale' e 'colpevole' del soggetto collettivo.

Il legislatore è intervenuto per superare queste distorsioni applicative, sia pur solo con specifico riferimento al settore della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, stabilendo che i modelli organizzativi definiti conformemente a determinate Linee guida⁵ hanno efficacia esimente dalla responsabilità da reato per l'ente, perché «si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo» ed, in quanto tali, idonei alla prevenzione dei reati (ai sensi dell'art. 30, commi 1 e 5, del d.lgs. n. 81/2008). I requisiti di idoneità preventiva del modello di organizzazione e gestione, già stigmatizzati dal citato art. 30 (d.lgs. n. 81/2008), sono stati ulteriormente specificati da una più recente Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (n. 15 dell'11.7.2011), dedicata in particolare ai profili di idoneità correlati al sistema di controllo ed al sistema disciplinare.

Si tratta, in altri termini, della previsione di una 'presunzione di non colpevolezza' che risulta ancorata a presupposti definiti con chiarezza dal legislatore⁶.

L'apprezzabile tendenza, sia pur da ritenersi allo stato ancora frammentaria e perciò non del tutto risolutiva dei segnalati problemi applicativi, è approdata ad una interessante proposta di introduzione di meccanismi di 'validazione' dei contenuti pre-

⁵ L'art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008 fa espresso riferimento alle «Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007». Per il rilievo dei meccanismi di validazione o 'certificazione' preventiva nel differente settore giuslavoristico, che sono previsti dal d.lgs. n. 276 del 2003 agli artt. 75 ss. (il cui Titolo VIII, Capo I, è dedicato alle 'procedure di certificazione' dei contratti di lavoro), si v. A. MARESCA, *Compliance Programs e diritto del lavoro. Alcune brevi notazioni*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, cit., 68.

⁶ In questo senso, si cfr. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014, 117.

ventivi del modello di organizzazione, attraverso la ‘certificazione’ della sua idoneità a prevenire i reati richiamati dal d.lgs. 231/2001⁷.

In questa prospettiva, l’indagine sulla effettiva ‘volontà’ dell’ente verrebbe garantita prevedendo che le procedure contenenti misure di organizzazione e controllo, cioè misure per la prevenzione dei reati, possano essere ‘preventivamente validate’, esonerando l’ente dalla responsabilità per il fatto di reato che venga commesso nonostante la concreta attuazione delle misure ‘certificate’.

È ovvio che il procedimento di valutazione e conseguente ‘validazione’ delle regole cautelari adottate dall’ente dovrebbe essere eseguito secondo parametri formalizzati di riferimento, per evitare il rischio di certificazioni apparenti o ‘addomesticate’⁸. Sotto questo punto di vista, l’apprezzamento delle regole di condotta dovrebbe essere regolarmente eseguito da un ‘certificatore’, ovvero da un ‘terzo’, esterno all’ente, che nell’esercizio delle sue attività potrebbe anche in concreto indicare al soggetto collettivo non virtuosamente organizzato quali siano le regole cautelari da adottare per irrobustire la tenuta preventiva del suo modello organizzativo, la cui mancata adozione ed attuazione,

⁷ Si tratta dello *Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia* del 2010, pubblicato in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, a cura di R. Pinza, Roma, 2010, 9 ss., che suggerisce l’introduzione nel corpo del d.lgs. 231/2001 dell’art. 7-bis, rubricato «Attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione». Per un’approfondita analisi dei contenuti della proposta, si cfr. A. FIORELLA, *Commento*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, cit., 29 ss. In senso adesivo in ordine alla proposta di introduzione di meccanismi di certificazione preventiva dei modelli organizzativi nel sistema italiano, si v. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 627; L. FOFFANI, *Responsabilità degli enti da reato in Italia*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, cit., 104 s.; E. VILLANI, *The Certification of Compliance Programs*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, edited by A. Fiorella, Naples, 2012, 289 ss.

⁸ L’espressione è riferibile ad A. FIORELLA, *Commento*, cit., 39. Ad ulteriore garanzia della ‘regolarità’ del procedimento di validazione, il progetto prevede l’introduzione della fattispecie di reato di «abuso nella attestazione di idoneità» per sanzionare penalmente (o, nei casi meno gravi, amministrativamente) il ‘certificatore infedele’.

dalla quale sia derivata la commissione del reato presupposto, concreterebbe la ‘colpa dell’ente’⁹.

Più in particolare, la proposta suggerisce di prevedere la ‘attestazione di idoneità’ del modello di organizzazione e gestione, ovvero di singole procedure¹⁰, chiarendo che in caso di ‘regolare certificazione’ dovrebbe essere ‘esclusa’ la responsabilità dell’ente, purché il modello concretamente attuato corrisponda a quello che è stato certificato e non siano sopravvenute ‘significative violazioni’ delle prescrizioni del modello che abbiano reso manifesta la ‘carenza organizzativa’ che ha determinato o agevolato la commissione del reato.

È, in sostanza, un meccanismo normativo che aiuterebbe il magistrato nell’accertamento dell’impegno ‘virtuoso’ dell’ente o, al contrario, della carenza di adeguata diligenza, trattandosi di una ‘validazione’ della idoneità preventiva del modello organizzativo in concreto adottato che non precluderebbe naturalmente verifiche giudiziarie, restando intatta la sfera di discrezionalità del magistrato che verrebbe esercitata all’interno di binari normativamente previsti. Con l’effetto di garantire la necessaria certezza giuridica agli enti che si siano ‘virtuosamente’ organizzati, con parità di trattamento per tutti i soggetti collettivi che decidano di sottoporsi alla valutazione del certificatore¹¹.

⁹ In questo senso, si v. A. FIORELLA, *La colpa dell’ente per la difettosa organizzazione generale*, in AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di F. Compagna, Napoli, 2012, 267 ss.

¹⁰ Detta previsione consentirebbe all’ente di scegliere di sottoporre alla valutazione solo talune procedure organizzative con riguardo alle aree in cui maggiore sia ritenuto il “rischio-reato”. La certificazione potrebbe avere un’efficacia provvisoria, in attesa dell’attestazione finale, là dove avesse ad oggetto procedure in corso per l’impianto dei modelli preventivi che vengano ritenute idonee, con l’effetto di escludere la responsabilità dell’ente solo per il tempo necessario all’impianto dei modelli medesimi e nella misura in cui risultasse «espressione certa della volontà dell’ente di prevenire il fatto di reato rilevante» (si v. il comma 2 dell’art. 7/*bis* che il progetto propone di inserire nel d.lgs. 231/2001).

¹¹ Ad ulteriore garanzia della certezza giuridica, il progetto prevede che all’ente ‘virtuosamente’ organizzato, con modello certificato come idoneo alla prevenzione, non possano applicarsi misure interdittive in fase cautelare, tranne che non ricorrano esigenze cautelari “di eccezionale rilevanza” (si v. il comma 3 dell’art. 7/*bis* che il progetto propone di inserire nel d.lgs. 231/2001).

Si tratta, in altri termini, di una proposta per garantire la ‘presunzione di non colpevolezza’ dell’ente come saldamente ancorata alla ‘presunzione di idoneità’ del modello organizzativo i cui contenuti siano stati ‘validati’, con ripristino della corretta distribuzione dell’onere della prova a carico della pubblica accusa¹². Il pubblico ministero potrebbe superare la ‘presunzione di innocenza’ fornendo prova della difformità tra le regole cautelari certificate e quelle effettivamente applicate dall’ente, o della mancata ‘regolarità’ della validazione, ovvero dell’inerzia dell’ente nell’eliminare la significativa ‘carezza organizzativa’ che sia stata resa manifesta e che abbia determinato o quanto meno agevolato il reato¹³.

Il ‘libero convincimento del giudice’ risulterebbe in ogni caso garantito, perché l’organo giudicante dovrebbe comunque verificare, da un lato, la ‘regolarità’ dell’attestazione quale prodotto dell’azione di un certificatore indipendente che abbia operato in buona fede e, dall’altro, che il modello organizzativo concretamente attuato corrisponda a quello che è stato ‘validato’ all’esito del procedimento di certificazione. Ciò implica che l’oggetto della certificazione consiste nella sola ‘idoneità preventiva’ delle regole cautelari adottate dall’ente, mentre pieno resta il sindacato del giudice in ordine all’effettiva attuazione del modello organizzativo, dovendosi stabilire se le regole cautelari effettivamente applicate corrispondano a quelle contenute nel modello certificato¹⁴. Il ‘percorso di accertamento’ delle regole preventive

¹² Sul dibattito relativo all’inversione dell’onere della prova stabilita (dall’art. 6 del d.lgs. 231/2001) a carico dell’ente in caso di reato commesso da un apice, anche con richiami giurisprudenziali di segno contrario (Cass. pen., sez. un., 18.9.2014, n. 38343, in *www.rivista231.it*), si v. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, cit., 117.

¹³ Per questi rilievi, si cfr. G. MERUZZI, *Commento*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, cit., 63.

¹⁴ In questo senso, si v. G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2010, 1140; A. FIORELLA, *Commento*, cit., 39; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica del d.lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, 1247 s.; E. VILLANI, *The Certification of Compliance Programs*, cit., 290.

seguito dal certificatore, e i criteri di valutazione dallo stesso adottati, inoltre, possono risultare di ausilio al giudice nel perfezionare la sua decisione, pur nel rispetto del principio del 'libero convincimento'¹⁵.

Senza dimenticare infine che resta in ogni caso rimesso all'organo giudicante l'accertamento circa gli eventuali segnali d'allarme in ordine a sopravvenute 'significative violazioni' delle prescrizioni del modello a fronte dei quali l'ente sarebbe dovuto intervenire per colmare la manifesta 'lacuna organizzativa', anche emendando il modello preventivo.

Tirando le fila, sul piano degli effetti sulla struttura della fattispecie dell'illecito da reato dell'ente collettivo, la certificazione escluderebbe l'elemento oggettivo dell'illecito dell'ente ove risultasse in concreto insussistente il 'rischio illecito' o 'non permesso' derivante, cioè, da una 'lacuna dell'organizzazione'; mentre invece escluderebbe l'elemento soggettivo nel caso in cui il rischio fosse stato accertato, dovendosi allora attribuire rilievo alla 'buona fede' dell'ente che abbia incolpevolmente fatto affidamento sulla certificazione regolarmente ottenuta da un soggetto esterno a ciò preposto¹⁶. In altri termini, la attestazione della idoneità preventiva del modello eliminerebbe la possibilità di muovere un 'rimprovero' all'ente e, perciò stesso, escluderebbe la 'colpevolezza dell'organizzazione'.

3. *Profili di comparazione con il sistema cileno sulla responsabilità penale delle persone giuridiche*

In una prospettiva comparatistica, gli spunti più fecondi possono a mio avviso trarsi da un raffronto con il sistema giuri-

¹⁵ In questo senso, si cfr. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, cit., 117 s. Il rischio di una possibile violazione del principio del 'libero convincimento' del giudice, e dei limiti in cui lo stesso risulti 'orientabile' secondo preventive valutazioni di idoneità, è prospettato da C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 384 ss.

¹⁶ Per questi rilievi, si cfr. A. FIORELLA, *Commento*, cit., 38.

dico cileno, nel quale è stata introdotta la responsabilità penale dell'ente dal 2009 (con la Ley 20393 del 2.12.2009).

Si tratta di una responsabilità squisitamente 'penale' delle persone giuridiche, anche se prevista solo per alcuni reati: riciclaggio, finanziamento al terrorismo e corruzione.

Il legislatore cileno si è ispirato ai principi previsti dall'italiano d.lgs. 231/2001, pur avendo articolato una disciplina contenente norme maggiormente determinate e dettagliate rispetto a quella italiana, con specifico riferimento ai contenuti dei modelli di prevenzione dei reati e alla previsione di meccanismi di asseverazione della loro idoneità preventiva.

Per meglio inquadrare il tema, dobbiamo ripercorrere sinteticamente i criteri di ascrizione della responsabilità alla persona giuridica per un reato, dovendo essere il fatto illecito commesso da un suo esponente, apicale o sottoposto, nell'interesse o a vantaggio della stessa persona giuridica, "*purché la commissione del delitto sia stata conseguenza dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza*"¹⁷.

La disposizione precisa altresì che detti "obblighi di direzione e vigilanza" si considerano adempiuti là dove la persona giuridica, prima della commissione del reato, abbia adottato ed attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo per prevenire delitti della stessa specie di quello commesso, che siano connotati dai seguenti 'contenuti minimi' stabiliti dal legislatore¹⁸:

1) Nomina, di durata non superiore a tre anni (ma rinnovabile), di un responsabile della prevenzione ("*encargado de prevención*") da parte del vertice gestionale della persona giuridica, al quale venga garantita l'indipendenza nei confronti del vertice stesso oltre che rispetto alla proprietà, cioè ai soci e azionisti, nonché nei riguardi dei titolari del potere di controllo sull'ente.

¹⁷ Si fa riferimento all'art. 3 della Ley 20393/2009, rubricato «*Atribución de responsabilidad penal*», nella parte in cui stabilisce che il fatto di reato può essere attribuito alla persona giuridica «*siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión*».

¹⁸ Sulla base del combinato disposto degli articoli 3 e 4 della Ley 20393/2009.

Anche se, in concreto, può risultare arduo garantire detta indipendenza, come ha già dimostrato l'esperienza italiana¹⁹.

2) Attribuzione di mezzi e poteri al responsabile della prevenzione, che risultino sufficienti all'esercizio delle sue funzioni di sorveglianza. Debbono essergli forniti, quanto meno, i mezzi materiali e le risorse necessarie, in relazione alle dimensioni e alle condizioni economiche della persona giuridica. Deve inoltre essere garantito un idoneo e diretto mezzo di comunicazione nei confronti dell'organo di gestione dell'ente per informarlo tempestivamente sulle misure preventive attuate e sulle attività di sorveglianza svolte, con un flusso di informazioni che abbia cadenza almeno semestrale;

3) Innesto di un sistema di prevenzione dei reati, la cui attuazione dovrà essere congiuntamente curata dal responsabile della prevenzione e dal vertice gestionale della persona giuridica, che contempli per lo meno:

a) l'identificazione delle attività o processi dell'ente, siano essi abituali o sporadici, nei quali si generi o aumenti il 'rischio' di commissione dei reati di riciclaggio, finanziamento al terrorismo e corruzione;

b) l'attuazione di protocolli, regole e procedure che consentano alle persone coinvolte in tali attività o processi di esercitare i loro compiti o funzioni in modo da prevenire la commissione dei reati;

c) l'identificazione di procedure di gestione e controllo delle risorse finanziarie che consentano all'ente di prevenirne l'utilizzo nei reati-presupposto;

d) l'esistenza di sanzioni e procedimenti interni (anche di carattere disciplinare) per denunciare e punire coloro che violano le regole di prevenzione dei reati. Gli stessi debbono essere previsti in regolamenti adottati dalla persona giuridica e comunicati a tutti i dipendenti, inclusi i vertici dell'ente, oltre che richiamati nei contratti di lavoro e di prestazione di servizi.

¹⁹ Sul punto, mi sia consentito rinviare a A.S. VALENZANO, *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, Roma, 2007, 28 ss.

4) Sorveglianza e certificazione del sistema di prevenzione dei reati, dovendo il responsabile della prevenzione e l'organo di gestione della persona giuridica stabilire il metodo per l'efficace attuazione del modello di prevenzione dei reati e per la sua vigilanza, al fine di rilevare e correggere le eventuali lacune (*"sus fallas"*), oltre che per aggiornarlo in relazione al mutare delle circostanze concrete dell'ente.

Il dato di maggior rilievo nella prospettiva della nostra indagine comparatistica è che, in forza dell'art. 4 n. 4) lett. *b)* della Ley 20393/2009, le persone giuridiche possono ottenere la *"certificación de la adozione e attuazione del modello di prevenzione dei reati"*²⁰, quale attestazione facoltativa e non obbligatoria.

A me sembra che l'oggetto della certificazione nel sistema cileno risulti *prima facie* più ampio di quello previsto nella citata proposta di riforma del sistema italiano, poiché l'attestazione prevista dalla Ley 20393/2009 concerne sia l'adozione (*"adopción"*) che l'attuazione (*"implementación"*) del modello organizzativo, mentre nella proposta italiana, *de iure condendo*, l'oggetto della certificazione consisterebbe nella sola 'idoneità' del modello preventivo adottato dall'ente, restando pieno il sindacato del giudice italiano in ordine all'effettiva attuazione del modello organizzativo, dovendosi stabilire se le regole cautelari effettivamente applicate corrispondano a quelle contenute nel modello certificato.

Più in dettaglio, nel sistema cileno il certificato attesta che il modello preventivo soddisfa tutti i requisiti stabiliti dalla legge²¹, tenendo conto della concreta organizzazione della persona giuridica, tra cui le dimensioni, le condizioni economiche e la complessità delle attività esercitate.

I certificati possono essere emessi da società di revisione contabile, o da altri enti registrati presso la *"Superintendencia de*

²⁰ Nella versione spagnola, la Ley 20393/2009, all'art. 4 n. 4) lett. *b)*, fa riferimento alla *«certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos»*.

²¹ Per requisiti stabiliti dalla legge, debbono intendersi quelli descritti nei numeri 1), 2) e 3) che precedono nel testo, i quali sono previsti dall'art. 4, nn. 1), 2) e 3), della Ley 20393/2009.

Valores y Seguros” (la SVS), che risultino idonei ad esercitare l’attività di certificazione secondo le norme stabilite dalla medesima Autorità (la SVS) a questi fini, tenendo peraltro presente che si tratta di una ‘pubblica funzione’, ai sensi e per gli effetti del codice penale cileno.

3.1. *In particolare, sulle regole di condotta per gli enti certificatori a garanzia della correttezza delle attestazioni*

La “*Superintendencia de Valores y Seguros*” ha dettato alcune regole specifiche che debbono essere osservate dalle società di revisione contabile, o dagli altri enti certificatori (“*entidades certificadoras*”), nell’esercizio delle attività di attestazione dei modelli di prevenzione dei reati. Si tratta, in particolare, della “*Norma de carácter general n. 302/2011*”²², con la quale è stato istituito un registro (“*Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos*”) nel quale debbono essere iscritti gli enti certificatori per poter emettere le certificazioni relative all’adozione e attuazione dei modelli di prevenzione dei reati.

Il dato caratterizzante delle disposizioni contenute nella “*Norma de carácter general n. 302*” del 2011 è, a mio avviso, quello di stabilire regole di condotta per garantire che gli enti abilitati all’emissione delle certificazioni osservino le prescrizioni stabilite dalla legge e dalle norme regolamentari allo scopo di poter garantire l’affidabilità dello stesso ente certificatore e, di conseguenza, la correttezza delle certificazioni emesse.

In questa prospettiva, viene affermato il principio per il quale gli enti certificatori debbono soddisfare tutti i requisiti richiesti per l’iscrizione nel menzionato registro anche dopo l’iscrizione medesima e per tutto l’arco temporale di vigenza della stessa, pena la cancellazione dal medesimo albo.

²² Si v. la “*Norma de carácter general n. 302*” del 25 gennaio 2011, il cui oggetto: «*establece normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley 20.393*».

Nella stessa direzione debbono leggersi le ulteriori previsioni dirette ad evitare potenziali conflitti di interesse tra l'ente certificatore e la persona giuridica che richieda la certificazione, in forza delle quali sono state previste specifiche cause di incompatibilità per gli organismi certificatori che, ad esempio, non possono rilasciare una certificazione a vantaggio di società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, ovvero non possono esercitare detta attività a favore di società per le quali abbiano reso consulenze dirette alla progettazione o implementazione del modello di prevenzione dei reati.

Tra i requisiti che debbono soddisfare gli enti certificatori (per l'ammissione dell'iscrizione nel registro), vi è la necessaria adozione da parte di ognuno di essi di un proprio regolamento interno che espliciti le regole di condotta e i procedimenti da osservare per garantire il corretto esercizio delle funzioni di certificazione, oltre che per evitare i potenziali conflitti di interesse che possono originarsi con le persone giuridiche che si siano sottoposte all'attività di valutazione dell'idoneità preventiva dei modelli.

In particolare, il regolamento interno deve chiarire qual è la metodologia che verrà applicata per stabilire se i modelli di prevenzione sottoposti al vaglio rispettino tutti i parametri posti dalla legge²³ e, cioè, la nomina di un responsabile della prevenzione, l'attribuzione di mezzi e poteri al responsabile e l'innesto di un sistema di prevenzione dei reati, tenendo conto della concreta organizzazione della persona giuridica, tra cui le dimensioni, le condizioni economiche e la complessità delle attività esercitate.

All'esito del procedimento di valutazione del modello preventivo, l'ente certificatore emette una attestazione ("*certificación*") ove riscontri che la persona giuridica abbia adottato e attuato un modello di prevenzione dei reati nel rispetto di tutte le condizioni poste dalla legge. Tuttavia, la validità dell'attestazione di idoneità preventiva non può in ogni caso essere superiore a due anni, potendo inoltre subordinarsi l'efficacia della certifica-

²³ Si fa qui riferimento ai parametri stabiliti dall'art. 4, nn. 1), 2) e 3), della Ley 20393/2009.

zione al rispetto di talune condizioni poste nel medesimo contratto di prestazione del servizio di certificazione. Decorso il termine di efficacia stabilito dall'ente certificatore, il modello di prevenzione dei reati potrà essere sottoposto ad una nuova valutazione, allo scopo di verificare il mantenimento nel tempo di tutti i requisiti previsti dalla legge per la certificazione dell'idoneità preventiva del modello.

4. *La controversa efficacia della 'certificazione' del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno*

Nella dottrina cilena risulta controversa l'efficacia della certificazione del modello di prevenzione dei reati, dovendosi stabilire se la attestazione dell'adozione ed attuazione del modello abbia una efficacia esimente dalla responsabilità penale per la persona giuridica, ovvero se essa costituisca una mera circostanza di attenuazione della sanzione penale da applicare al soggetto collettivo.

Parte della dottrina cilena propende verso questa ultima interpretazione, essendosi espressa a favore dell'efficacia della certificazione quale mera circostanza di attenuazione della sanzione penale per la persona giuridica. In questo senso, autorevolmente, Jean Pierre Matus²⁴ ha paragonato, non senza ironia, la certificazione del modello ad una "*Bula papal*" che, diversamente opinando, consentirebbe alle imprese di acquistare *ex ante* il perdono divino, ovvero l'indulgenza, attraverso l'ottenimento di una certificazione dietro versamento di un prezzo, che può risultare anche molto elevato.

La tesi, a mio avviso, muove dal non condivisibile presupposto che nel sistema cileno la responsabilità dell'ente non sia una responsabilità per un 'fatto proprio' della persona giuridica,

²⁴ J.P. MATUS ACUÑA, *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Cahiers de defense sociale: Joachim Vogel in memoriam*, SIDS, 2013, 67 s.; ID., *La certificación de los programas de cumplimiento*, in AA.VV., *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, a cura di L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Valencia, 2013, 151 ss.

cioè per un proprio ‘difetto di organizzazione’ (*responsabilidad “por el hecho propio” de la persona jurídica*) ma sia invece una responsabilità per un ‘fatto altrui’ (*responsabilidad “por el hecho ajeno”*), cioè per un fatto di reato commesso da altri, ovvero dagli esponenti della persona giuridica, siano essi in posizione apicale ovvero sottoposti all’altrui autorità, nell’interesse o a vantaggio del soggetto collettivo²⁵.

Assumendo questa non condivisibile prospettiva, si giunge a ritenere che l’impresa ‘virtuosa’, che abbia cioè adottato modelli di prevenzione dei reati, possa essere sostanzialmente assimilata ad una “*buena ciudadana corporativa*” (cioè ad una buona cittadina); perciò, nel caso in cui venga commesso un reato, la precedente condotta virtuosa dell’ente – posta cioè in essere ‘prima’ della commissione del reato – potrebbe costituire solo una causa di attenuazione della sanzione da irrogare alla persona giuridica. Si giunge a questa conclusione sostanzialmente applicando in via analogica (*in bonam partem*) la circostanza di attenuazione della sanzione penale già prevista dal codice penale cileno per le persone fisiche che abbiano posto in essere una precedente condotta diligente²⁶ (“*irreprochable conducta anterior*”).

Tuttavia, la suggestiva interpretazione proposta dall’autorevole dottrina cilena si scontra, a mio avviso, con il dato ermeneutico ricavabile da una lettura sistematica della disciplina cilena, poiché l’art. 3 della Ley 20393/2009 stabilisce che gli “obblighi di direzione e vigilanza” sono da ritenersi osservati là dove

²⁵ L’A. giunge a detta conclusione muovendo dal presupposto che nel sistema cileno la responsabilità penale della persona giuridica sia fondata su un modello di imputazione “vicariale limitato o misto” (“*vicarial limitado o mixto*”), trattandosi di una responsabilità “per fatto altrui limitata” (“*responsabilidad por el hecho ajeno limitada*”) dall’esigenza che il fatto di reato sia conseguenza della mancata adozione e attuazione di un modello di organizzazione per prevenire reati della stessa specie: testualmente, si v. J.P. MATUS ACUÑA, *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 63 s.

²⁶ In questo senso, si v. J.P. MATUS ACUÑA, *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 66 s.

la persona giuridica abbia adottato e attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione, gestione e controllo per prevenire reati della stessa specie²⁷ (in conformità ai parametri previsti dall'art. 4), venendo perciò stesso meno la 'lacuna' dell'organizzazione quale elemento costitutivo essenziale dell'illecito ascrivibile alla persona giuridica²⁸. E a me sembra chiaro che la disposizione debba essere intesa come facente riferimento a tutti i modelli preventivi, siano essi stati certificati o meno (trattandosi peraltro di attività facoltativa), nonché ad ulteriori strumenti di prevenzione dei reati²⁹, purché rispettino in ogni caso i 'contenuti minimi' stabiliti dall'art. 4 della Ley 20393/2009.

²⁷ In particolare, il comma 3 dell'art. 3 della Ley 20393/2009 fa riferimento ai «*modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido*».

²⁸ Nel senso che l'adozione e attuazione di un modello di prevenzione dei reati in conformità ai presupposti stabiliti dall'art. 4 della Ley 20393/2009 consente l'esonero dalla responsabilità per la persona giuridica, si v. R. MORALES PEÑA, *La imputación de responsabilidad penal a los órganos de las empresas, en relación con los presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas, cuando éstas exceden el ámbito propio del giro de la empresa*, in *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 55, Junio 2013, 101. Si v. altresì H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, 2012, 84, per il quale l'art. 4 della Ley 20393/2009 orienta l'interprete in ordine a ciò che la legge considera come 'corretta organizzazione' ("*correcta organización*"), idonea ad esonerare la persona giuridica dalla responsabilità penale. Nel senso che la certificazione costituisce un "*factor de inimputabilidad*", si v. T. VARGAS PINTO, *Manual de Derecho Penal práctico: Teoría del delito con casos*, ed. 3, 2013, 202.

²⁹ Sotto questo profilo, parte della dottrina cilena pone condivisibilmente in rilievo come, ai fini dell'esonero dalla responsabilità dell'ente, debba aversi riguardo non tanto al modello di prevenzione 'formale', ma a quello che potremmo definire come modello di prevenzione 'sostanziale', perché possono risultare equivalenti al modello, e quindi idonee, misure di prevenzione dei reati che non siano formalmente contenute in un 'modello preventivo', rappresentando l'art. 4 della Ley 20393/2009 un 'parametro materiale', e non 'formale', di adempimento degli obblighi di direzione e supervisione: in questo senso, si v. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, in *Política criminal*, vol. 5, n° 9, Julio 2010, 226; R. MORALES PEÑA, *La imputación de responsabilidad penal a los órganos de las empresas, en relación con los presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas, cuando éstas exceden el ámbito propio del giro de la empresa*, cit., 103.

In ogni caso, là dove il modello organizzativo venga certificato, la attestazione ha proprio ad oggetto il pieno rispetto dei requisiti essenziali stabiliti dal medesimo art. 4 [nn. 1), 2) e 3)], fornendo perciò una garanzia dell'efficacia preventiva del modello adottato ed attuato in concreto. Si tratta, a mio avviso, di una presunzione, posta dal legislatore, della conformità ai parametri normativi del modello di prevenzione adottato ed attuato da una persona giuridica. Ciò che a me sembra non sia stato chiarito dal dato normativo è se debba trattarsi di una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) o relativa (*iuris tantum*) che, cioè, ammetta una prova contraria da parte della pubblica accusa³⁰.

La citata disposizione, inoltre, va letta in combinato disposto con l'art. 6 n. 3) della medesima Ley 20393/2009 che prevede espressamente, tra le “circostanze di attenuazione della responsabilità penale” e, di conseguenza, della pena, la adozione da parte della persona giuridica, prima dell'inizio del giudizio, di misure efficaci per prevenire la reiterazione di delitti della stessa specie di quello che sia stato commesso. Si tratta, in sostanza, dello strumento organizzativo e di controllo che nel sistema italiano suole essere definito quale modello riparatore o “*post factum*”.

Ora, se è vero, come è vero, che la legge cilena ricollega espressamente all'adozione di un modello “*post factum*” una efficacia di attenuazione della pena da applicare alla persona giuridica, il legislatore avrebbe dovuto disciplinare negli stessi termini anche il diverso caso dell'adozione di un modello organizzativo “*ante factum*”, stabilendone, cioè, l'efficacia quale causa di attenuazione della sanzione penale per l'ente; ma così non è, anche perché, a mio avviso, si tratta in realtà di due ‘condotte virtuose’ dell'ente strutturalmente differenti, posto che l'adozione delle regole cautelari ‘prima’ della commissione del reato fa venir

³⁰ Nel senso che la certificazione costituisca una ‘presunzione di adempimento’ (“*presunción de cumplimiento*”) degli obblighi di direzione e supervisione da parte dell'ente e che si tratti di una “*presunción simplemente legal*”, cioè, di una ‘presunzione relativa’ che ammette la prova contraria da parte dell'accusa, si v. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, cit., 227.

meno il ‘difetto dell’organizzazione’ e, con esso, la possibilità di muovere un ‘rimprovero’ all’entità giuridica; mentre invece l’adozione “*post factum*” delle regole cautelari lascia intatta la responsabilità della persona giuridica per il fatto illecito che si è perfezionato, potendo incidere solo sul diverso piano della ‘meritevolezza di pena’ che, in quanto tale, potrà risultare attenuata.

Allo stato, risulta che il preteso dilemma in ordine all’efficacia da ricollegare alla certificazione nel sistema cileno non sia stato ancora affrontato dalla giurisprudenza, trattandosi di una disciplina di recente adozione³¹.

Tuttavia, tra le pochissime pronunce giurisprudenziali in materia³², è da segnalare una recente sentenza di condanna di

³¹ Vi è tuttavia da tener presente che la Procura nazionale (“*Fiscal Nacional del Ministerio Público*”) ha dettato istruzioni generali per guidare l’organo dell’accusa nell’esecuzione delle indagini e nell’esercizio dell’azione penale contro le persone giuridiche (“*Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*”, Oficio Fn N° 440/2010 del 23 agosto 2010). La *Fiscalía*, pur muovendo dal corretto presupposto che la responsabilità penale della persona giuridica si fonda sul ‘difetto di organizzazione’ (“*defecto en la organización*”), giunge alla non condivisibile conclusione che la certificazione non rappresenta di per sé una causa di esonero dalla responsabilità penale dell’ente, dovendo in ogni caso essere oggetto dell’accertamento giudiziale l’effettiva adozione ed attuazione del modello di prevenzione, potendo ad esempio in concreto trattarsi di un modello ‘apparente’ (“*modelo formal diseñado para aparentar el cumplimiento de la normativa*”): in questo senso, si v. 5 ss., e spec. 10, delle citate istruzioni.

³² Si segnalano, in particolare, due recenti pronunce giurisprudenziali emesse nei confronti di distinte persone giuridiche imputate per fatti di corruzione:

a) la Ceresíta S.A., del 30 aprile 2013 (*Juzgado de Garantía Competente en la ciudad de Santiago*), il cui procedimento penale è stato condizionalmente sospeso per 2 anni, per consentire all’ente di dare esecuzione ad un “*Plan de Remediación*” per eliminare le conseguenze dannose o pericolose dell’illecito, oltre che per consentire alla persona giuridica di adottare e attuare un modello di prevenzione dei reati (“*compliance*”) e produrre la relativa ‘certificazione’ (“*certificación*”). Per un commento della pronuncia, si v. M. CAÑAS ARANDA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Suspensión condicional del procedimiento*, in *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 55, Junio 2013, 79 ss.;

b) la Salmonés Colbún Ltda. e Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda., del 12 agosto 2013 (*Talca*). Per un commento della sentenza di condanna della persona giuridica, si v. P. CAROCA LUENGO, F. ÁVILA CALDERÓN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia condenatoria a Salmonés Colbún Ltda. y a Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda.*, in *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 58, Marzo 2014, 77 ss.

una persona giuridica per fatti di corruzione³³, che ammette espressamente che il sistema cileno di ascrizione della responsabilità penale alla persona giuridica risulta fondato sul ‘difetto di organizzazione’ (“*defecto de organización*”), quale ‘fatto proprio’ dell’ente (“*responsabilidad por un hecho propio*”), come sapientemente riconosciuto anche da parte della dottrina cilena³⁴.

5. *Proposte di riforma della disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche in Cile*

A questo punto dell’indagine, a me sembra che il dato relativo all’adozione da parte del legislatore cileno di un modello di attribuzione della responsabilità alla persona giuridica per un ‘fatto proprio’, cioè per un proprio ‘difetto di organizzazione’ (*responsabilidad “por el hecho propio” o autorresponsabilidad*) venga ulteriormente confermato da un recente progetto di riforma del codice penale cileno (Boletín N° 9.274-07) che è stato presentato al *Congreso Nacional*.

³³ Si fa riferimento alla sentenza di condanna emessa nei confronti della *Salmonés Colbún Ltda. e Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda.*, del 12 agosto 2013, cit.

³⁴ Nella dottrina cilena viene valorizzato il ‘difetto di organizzazione’ quale perno dell’imputazione del fatto di reato alla persona giuridica: R. MORALES PEÑA, *La imputación de responsabilidad penal a los órganos de las empresas, en relación con los presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas, cuando éstas exceden el ámbito propio del giro de la empresa*, cit., 93 ss.; N. SALVO, *Principales Aspectos de la Nueva de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, edited by M. Pieth, R. Ivory, Springer, 2011, 300, la quale fa riferimento ad una “*responsabilidad propia*” della persona giuridica, fondata sulla “*culpa de organización*”; T. VARGAS PINTO, *Manual de Derecho Penal práctico: Teoría del delito con casos*, cit., 196. In senso parzialmente difforme, si v. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, cit., 217, il quale ritiene che il sistema cileno sia fondato su un “modello attenuato di responsabilità derivata” (“*modelo atenuado de responsabilidad derivada*”), che, oltre alla connessione tra il fatto di reato della persona fisica e la persona giuridica, richiede anche un contributo di quest’ultima per essersi organizzata in modo da agevolare la commissione di reati o, comunque, per non essersi organizzata in modo da prevenire reati dello stesso tipo, quale responsabilità per ‘difetto di organizzazione’ (“*defecto de organización*”).

Nel Titolo X, agli artt. 181-199, il progetto propone di introdurre la responsabilità penale della persona giuridica nel corpo del codice penale³⁵, tratteggiando una disciplina simile a quella già vigente, con la peculiarità che il testo oggetto della proposta dà esplicitamente rilievo al ‘difetto di organizzazione’ (“*defecto en la organización*”) quale criterio di imputazione del fatto di reato alla persona giuridica, stabilendo di conseguenza che non vi è ‘difetto di organizzazione’ là dove la persona giuridica, prima della commissione del reato, abbia concretamente attuato un modello idoneo a prevenire i reati³⁶.

Inoltre il progetto ripercorre la disciplina vigente nella parte in cui (all’art. 194) ricollega un’efficacia di attenuazione della sanzione da applicare alla persona giuridica all’adozione di un ‘modello riparatore’ o “*post factum*” prima dell’inizio del giudizio (“*medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos*”).

La proposta, infine, suggerisce un notevole ampliamento del novero dei reati presupposto, oltre ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio a carico della persona giuridica.

Sotto diverso profilo, verrebbero meno le norme di dettaglio che stabiliscono i requisiti di idoneità preventiva del modello, perché la proposta suggerisce di rinviare ad un’altra legge la definizione dei contenuti dei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati e delle regole strumentali alla loro corretta attuazione e, con essa, la previsione degli eventuali meccanismi di certificazione³⁷. È ragionevole presumere che, nel disciplinare

³⁵ Ciò anche allo scopo di contrastare il fenomeno della ‘decodificazione’ che, dando luogo a difficoltà nell’interpretazione ed applicazione del diritto penale, viene percepito come una patologia del sistema cileño: in questo senso, si v. la Relazione al citato progetto di legge, 2.

³⁶ Si v. l’art. 181 e, con argomento *a contrariis*, l’art. 192 n. 1 della citata proposta, il quale ancora l’applicazione delle pene aggiuntive alla multa (“*penas adicionales*”) all’adozione di un modello di prevenzione dei reati che non risulti idoneo ad esonerare la persona giuridica dalla responsabilità penale o che comunque, in qualche misura, non sia stato concretamente attuato.

³⁷ In particolare, l’art. 182 rubricato «*Modelos de prevención*», recita: «*Una ley definirá los aspectos que deberán tomarse en cuenta para apreciar la adecuación del*

questi aspetti al di fuori del codice penale, cioè in una legge speciale *ad hoc*, si potranno raggiungere obiettivi di maggiore concretizzazione del precetto penale anche per quanto concerne la definizione dei contenuti dei modelli organizzativi in relazione alle fattispecie penali che il modello intenda concretamente prevenire.

6. Conclusioni e prospettive di armonizzazione

Dopo aver approfondito scopi ed efficacia degli strumenti di ‘validazione’ dell’idoneità preventiva dei modelli organizzativi nel sistema italiano e, in prospettiva comparatistica, in quello cileno, occorre tirare le fila dell’indagine con l’obiettivo del ravvicinamento e armonizzazione delle discipline degli Stati membri U.E. e, a tendere, in un quadro globalizzato, di quelle degli altri Paesi extraeuropei. Sotto questo profilo, a mio avviso, è da richiamarsi l’innovativa proposta che di recente è stata formulata da un gruppo di ricerca, cui ho avuto l’onore di partecipare, costituito dalle Università Roma Tre, Sapienza di Roma, Panthéon-Sorbonne di Parigi e la spagnola Castilla-La Mancha³⁸. All’esito del progetto triennale di ricerca sono state elaborate delle “*Guidelines*” per l’armonizzazione delle discipline degli Stati Membri

modelo de prevención de delitos de las personas jurídicas, así como la efectividad de su implementación».

³⁸I responsabili di ciascuna unità di ricerca sono, rispettivamente: il Prof. A. Fiorella e il Prof. A. Maresca per l’Università Roma Tre; il Prof. A.M. Stile per l’Università Sapienza di Roma; il Prof. S. Manacorda e la Prof.ssa G. Giudicelli-Delage per l’Università Panthéon-Sorbonne; il Prof. L. Arroyo Zapatero e il Prof. A. Nieto Martín per l’Università Castilla-La Mancha.

³⁹Il progetto triennale, intitolato “*Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*” (JLS/2008/JPEN/009), è stato finanziato dalla Commissione Europea. I contenuti e i risultati della ricerca sono pubblicati in due volumi: AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability ‘ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*, vol. I, edited by A. Fiorella, Naples, 2012; nonché AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, edited by A. Fiorella, Naples, 2012. Il secondo volume contiene le “*Guidelines*” per l’armonizzazione delle discipline degli Stati Membri dell’U.E. a p. 433 ss.

dell'U.E.³⁹, il cui filo conduttore è rappresentato dalla valorizzazione del profilo della 'colpevolezza' dell'ente.

In questa prospettiva, sono stati proposti meccanismi di 'validazione anticipata' dell'idoneità preventiva del modello organizzativo con efficacia esonerante dalla responsabilità per l'ente che si sia 'virtuosamente' organizzato, allo scopo di soddisfare le esigenze di garanzia e certezza giuridica, nonché di stimolare i soggetti collettivi all'adozione di regole cautelari per prevenire reati che, in una prospettiva di bilanciamento imprenditoriale, possano per gli stessi rappresentare anche un beneficio (e non soltanto un costo)⁴⁰.

In altri termini, il proposto meccanismo di 'validazione anticipata' dell'idoneità preventiva del modello eviterebbe l'attribuzione pressoché automatica della responsabilità all'ente collettivo per il solo fatto che sia stato commesso un reato nel suo interesse da un esponente aziendale, come invece accade normalmente nelle diverse sedi giudiziarie, e anche in Italia, là dove i giudici sono soliti dedurre la 'inidoneità' del modello preventivo dalla circostanza che un reato sia stato commesso, sostanzialmente sovrapponendo il piano dell'accertamento "ex post" a quello "ex ante" (rispetto al momento di commissione del fatto di reato); con il deplorabile effetto di non riconoscere nella concreta applicazione, se non in casi del tutto sporadici, alcuna efficacia esonerante dalla responsabilità all'adozione ed efficace attuazione di idonei modelli di prevenzione dei reati da parte dell'ente⁴¹.

Il meccanismo di certificazione consentirebbe, invece, ai giudici nazionali di attribuire rilievo all'atteggiamento soggettivo dell'ente che abbia agito in 'buona fede', riponendo la propria fiducia su una certificazione regolarmente ottenuta che attesti la correttezza della sua organizzazione. In conclusione, il giu-

⁴⁰ In particolare, l'ultimo comma dell'art. 7 delle "Guidelines" («*Organization, management and control measures*»), nella versione italiana, recita: «Gli Stati membri possono prevedere forme di validazione anticipata della adeguatezza delle misure preventive per conferire maggiore certezza nell'affidarsi alle cautele adottate dall'ente».

⁴¹ Per gli approfondimenti sul giudizio di idoneità preventiva dei modelli organizzativi nella dottrina e giurisprudenza italiana, v. *retro*, nota n. 3.

dizio di responsabilità a carico dell'ente non potrebbe perfezionarsi ove risulti che lo stesso si sia “*ex ante*” virtuosamente organizzato, riducendo in misura accettabile il ‘rischio-reato’ connesso alle attività dell'ente, poiché la corretta organizzazione in funzione preventiva escluderebbe la sua ‘volontà criminosa’, elemento necessario per il riconoscimento della responsabilità penale (o para-penale) in capo al soggetto collettivo, dovendosi in tale ipotesi distinguere la ‘volontà dell'ente’ da quella della persona fisica autrice del reato (ovvero dell'apice che abbia fraudolentemente eluso le cautele preventive⁴²). Il giudizio di colpevolezza a carico dell'ente, cioè il ‘rimprovero’, risulterebbe in questo modo correttamente impiantato sul ‘singolo fatto di reato’ che si sia in concreto realizzato e sulla sua ‘dominabilità aggregata’⁴³.

⁴² In questo senso si esprimono anche le citate “*Guidelines*” all’art. 6, comma 6, dedicato al “principio di personalità e criteri di imputazione”. Inoltre le “*Guidelines*”, all’art. 9, tentano di definire una distinzione tra soggetti responsabili e non-responsabili anche là dove l’ente risponda dell’illecito da reato. L’articolato prevede al proposito una specifica disposizione intitolata “personalità della responsabilità” che punta a sollevare dalle conseguenze dannose il socio o l’associato ‘incolpevole’, che non abbia cioè esercitato funzioni di gestione o controllo nell’ente, o che comunque non sia rimproverabile, garantendogli il diritto di recedere dalla società riconosciuta responsabile dell’illecito.

⁴³ Sul concetto di “dominabilità aggregata”, si v. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, cit., 118 s.

ENRICA VILLANI*

REPONSABILITÀ 'PENALE' DELL'ENTE
E COLPEVOLEZZA D'ORGANIZZAZIONE
NELLE PROSPETTIVE DI RIFORMA
DELL'ORDINAMENTO TEDESCO

SOMMARIO: 1. «*Organisationsverschulden*» e responsabilità dell'ente nel diritto tedesco. – 2. Dalla responsabilità amministrativa dell'ente alla sua responsabilità "penale": il progetto del Nordrhein-Westfalen per l'introduzione di un *Verbandsstrafgesetzbuch*. – 3. (*Segue*) La colpevolezza dell'ente come *culpa in eligendo* e *in vigilando*. – 4. (*Segue*) Profili problematici del modello punitivo proposto.

1. «*Organisationsverschulden*» e responsabilità dell'ente nel diritto tedesco

Lo studio della colpevolezza d'organizzazione con riferimento alla responsabilità dell'ente può guadagnare un significativo avanzamento da un'indagine di tipo comparato sull'ordinamento tedesco, dal quale trae origine il concetto di «*Organisationsverschulden*».

È l'esempio tedesco che in particolare invita ad usare la massima cautela nell'impiego di dati concettuali più nuovi e distanti da quelli del diritto penale classico. Al di là della più generale diffidenza dimostrata dalla letteratura tedesca nei confronti della responsabilità penale delle persone giuridiche, ciò che ci preme in questa sede sottolineare è la proprio collocazione

* Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università Roma Tre.

sistemica che la teorica della colpevolezza di organizzazione viene ad assumere nel contesto del diritto tedesco: quella cioè della responsabilità *amministrativa* dell'ente.

È già Tiedemann infatti che, nello strutturare il nuovo modello di colpevolezza, chiaramente lo delimita al § 30 della legge sull'illecito amministrativo, proprio perché quest'ultima «riduce significativamente l'esigenza della colpevolezza penale», aprendo «la possibilità di sostituire la colpevolezza intesa nel senso classico con una categoria concettuale di colpevolezza sociale e normativa in senso ampio»¹.

Senonché, il nucleo originario dell'intuizione di Tiedemann – quale possibilità di “ritagliare” una diversa forma di colpevolezza sulle caratteristiche della persona giuridica – ha finito col sollecitare nella letteratura tedesca come in quella internazionale l'idea che tale nuova figura potesse in qualche modo essere ‘esportata’ anche in contesti diversi da quello amministrativo, al fine di fondare una vera e propria responsabilità penale dell'ente.

Ne sono venute fuori varie e articolate elaborazioni di pensiero orientate a recuperare il concetto di “*Organisationsverschulden*” per affrontare e superare le barriere dogmatiche di tradizionale ostacolo alla previsione di una responsabilità penale dell'ente collettivo².

Ed è venuta definendosi l'idea di poter costruire tale responsabilità sul presupposto della cattiva gestione da parte dell'ente del rischio d'impresa³, che – nelle elaborazioni più ‘spinte’ – si distaccherebbe dal singolo evento criminoso (degradato a

¹ K. TIEDEMANN, *Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, 1172 e ss.

² Nell'ambito della dottrina tedesca in particolare si vedano le posizioni di G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995; in prospettive simili inoltre E. MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985; H.J. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen: Westdt. Verl., 1993, 10; ID., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in ZStW, 1995, 287; E.J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in ZStW, 1994, 683 e ss.; ID., *Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts*, Hirsch-FS, Berlin-New York, 1999.

³ In tal senso G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., 265 e 310.

condizione di punibilità)⁴ appuntandosi invece sul disvalore derivante dalla disorganizzazione in sé.

Tale logica di pensiero è parsa peraltro penetrare, oltre che in una parte della dottrina, anche in talune iniziative legislative, nei termini che si vengono ora a chiarire.

2. *Dalla responsabilità amministrativa dell'ente alla sua responsabilità "penale": il progetto del Nordrhein-Westfalen per l'introduzione di un Verbandsstrafgesetzbuch*

Nella direzione ora ricordata sembra muoversi in effetti il recente progetto di riforma presentato dal *Land* del *Nordrhein-Westfalen* per l'introduzione di un codice penale dell'ente⁵.

⁴ G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., 312. La costruzione troverebbe quindi un completamento sul piano processuale attraverso una inversione dell'onere della prova, nel senso che graverebbe sull'ente – esclusivo titolare delle informazioni necessarie per il controllo del rischio – l'onere di dimostrare che la gestione delle fonti di pericolo all'interno dell'azienda sia avvenuta in modo adeguato alla minimizzazione del rischio medesimo. La necessità di una "colpevolezza per la direzione aziendale" (*Betriebsführungsschuld*) imporrebbe comunque al giudice di provvedere ad una motivazione che guardi alla individualità della impresa concretamente considerata.

⁵ Il progetto è pubblicato in <https://www.justiz.nrw.de>. Per i primi commenti, in diverse prospettive di analisi e senza pretesa di completezza, B. SCHÜNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts - Ein kriminalpolitischer Zombie*, in *ZIS* 1/2014, 1 e ss.; F. ZIESCHANG, *Das Verbandsstrafgesetzbuch. Kritische Anmerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, in *Goltdammers A. Str.* 2014, 91 e ss.; M. PIETH, *Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?*, in *KJ*, 2014, 276 e ss.; K. MOOSMEYER, W. BEULKE, *Der Reformvorschlag des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen zu den §§ 30, 130 OWiG - Plädoyer für ein modernes Unternehmensanktionenrecht*, in *CCZ*, 2014, 146; E. HOVEN, *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs - Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände*, in *ZIS* 1/2014, 19 e ss.; M. JAHN - F. PIETSCH, *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch. Eine Einführung in das Konzept und seine Folgefragen*, in *ZIS* 1/2015, 1 e ss.; K.H. KREMS, *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch. Gesetzgeberische Intention und Konzeption*, in *ZIS* 1/2015, 5 e ss.; H. WILLEMS, *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch - die Perspektive der Wirtschaft*, in *ZIS* 1/2015, 40 e ss.; A. LOHBECK, *Societas delinquere non potest - Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?*, in *JSE*, 2014, 5 e ss.; O. HEIN, *Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E) - Bietet der Entwurf Anreize zur*

La proposta, che irrompe con forza nella tradizione rigorosa della logica di pensiero tedesca, sembrerebbe infatti puntare all'introduzione di una responsabilità propriamente 'penale' dell'ente. In tal senso, almeno ad una prima lettura, paiono orientate le previsioni in materia sanzionatoria (che contemplan vere e proprie pene, c.d. *Verbandstrafen*⁶), le previsioni di rilievo processuale (che si rifanno al processo penale⁷) e, più in generale, la denominazione del corpus normativo, che viene definito «*Verbandsstrafgesetzbuch*».

Non mancano, per dire la verità, profili di ambiguità che svelano la difficoltà nel superare definitivamente e coerentemente le barriere della dogmatica penalistica tradizionale.

Ci si riferisce, intanto, alla circostanza che le sanzioni dal vero contenuto afflittivo, e cioè quelle interdittive (comprehensive dello scioglimento dell'ente), vengono sottratte al novero delle "pene dell'ente"⁸ per essere ricollocate nella più neutrale categoria delle "*Verbandsmaßregeln*"⁹. E, d'altra parte, l'incertezza della

Vermeidung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen?, in CCZ, 2014, 75 e ss.; M. HEILE, *Societas delinquere non potest: Mit dem Latein am Ende?*, in WiJ, 2014, 228 e ss.; E. HOVEN e al., *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes - Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis, Teil 1 e 2*, in NZWiSt, 2014; L. GORTZ, *Unternehmensstrafrecht: Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs*, in WiJ, 2014, 8 e ss.

⁶ Così il § 4: «(1) *Verbandstrafen* sind 1. die *Verbandsgeldstrafe*, 2. die *Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt*, 3. die *öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung*. (2) *Verbandsmaßregeln* sind 1. der *Ausschluss von Subventionen*, 2. der *Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 3. die *Verbandsauflösung*».

⁷ Così in particolare il primo comma del § 13: «Für das Strafverfahren gegen Verbände im Sinne dieses Gesetzes gelten die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, sinngemäß, es sei denn, dass sie ausschließlich auf natürliche Personen angewendet werden können oder dieses Gesetz etwas anderes bestimmt». Su tali profili T. FISCHER, E. HOVEN, *Unternehmen vor Gericht? Einige Anmerkungen zu prozessualen Fragen*, in ZIS, 2015, 32 e ss.

⁸ In particolare le pene per l'ente ("*Verbandstrafen*") comprendono la pena pecuniaria, la diffida dell'ente con riserva di pena, la pubblicazione della sentenza di condanna.

⁹ Le "misure" ("*Verbandsmaßregeln*") comprendono l'esclusione dalle sovvenzioni, l'esclusione dall'aggiudicazione di incarichi pubblici, lo scioglimento dell'ente.

collocazione del nuovo modello punitivo potrebbe cogliersi nel riferimento che le stesse motivazioni di accompagnamento del progetto fanno al modello austriaco di responsabilità dell'ente, che non si presenta come penale 'in senso stretto'¹⁰ ma tutt'al più come para-penale.

Al di là dei rilievi critici cui tali considerazioni hanno già esposto il progetto nell'ambito dei primi commenti intervenuti¹¹, la proposta sollecita comunque la curiosità di comprendere come l'opzione (almeno dichiaratamente) penalistica sia stata 'gestita' dal punto di vista delle garanzie fondamentali.

3. (Segue) La colpevolezza dell'ente come *culpa in eligendo* e *in vigilando*

Secondo la logica del legislatore proponente, peraltro, la nuova figura di responsabilità non entrerebbe in conflitto con i principi fondamentali che governano il sistema penale. Infatti, la disciplina sarebbe costruita in modo da cogliere senz'altro una colpevolezza propria ed originaria dell'ente («*originäre Verbands-schuld*»), che non si identifichi con quella delle persone fisiche. Tale colpevolezza – per seguire le note di commento del progetto – assumerebbe in particolare una diversa fisionomia a seconda delle ipotesi di responsabilità.

Quest'ultima infatti si attiverebbe nei seguenti casi:

1) quando la violazione di una norma penale (*Zuwiderhandlung gegen Strafgesetz*) sia stata commessa con dolo o con colpa da un soggetto titolare di potere decisionale¹² nell'esercizio delle attività dell'ente (comma primo del § 2 del progetto);

¹⁰ B. SCHÜNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts*, cit., 12.

¹¹ B. SCHÜNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts*, cit., 12.

¹² (1) Ai sensi del comma terzo del § 1 del progetto «titolari di potere decisionale nel senso di questa legge sono: *a*) organi con potere di rappresentanza di una persona giuridica o membri di un tale organo; *b*) il consiglio di amministrazione di un'associazione non riconosciuta o il membro di un tale consiglio; *c*) il socio con potere di rappresentanza di società di persone riconosciuta o *d*) le persone, che rivestono una funzione di responsabile apicale in una azienda o in una impresa di una persona giuri-

2) quando una tale violazione risulti commessa nell'esercizio delle attività dell'ente [da un soggetto diverso dall'*Entscheidungs-träger*], se siano state omesse dolosamente o colposamente da parte di un vertice le misure di controllo esigibili di natura tecnica, organizzativa o personale, attraverso le quali il fatto avrebbe potuto essere impedito o reso significativamente più difficile da compiere¹³ (comma secondo del § 2 del progetto).

Tali ipotesi di responsabilità¹⁴ evidenzierebbero due forme distinte di colpevolezza dell'ente.

dica o di una associazione di persone, a cui appartiene anche la supervisione della guida aziendale o l'esercizio di funzioni di controllo in posizione apicale». Dal punto di vista dei soggetti, il progetto sembra richiamare la formula della legge austriaca che fa riferimento alla titolarità del potere decisionale per la individuazione dei soggetti apicali le cui condotte possono impegnare la responsabilità dell'ente. Evidenzia le criticità della formula rispetto alla "violazione" della norma penale (*Zuwiderhandlung gegen Strafgesetz*): M. MANSDÖRFER, *Zuwiderhandlungen der „Entscheidungs-träger“ und „Verletzung von Verbandspflichten“*, *Dogmatische Inkonsistenzen im nordrhein-westfälischen Entwurf eines Verbandsstrafrechts*, in *ZIS*, 2015, 23 e ss.

¹³ Nella versione tedesca: «(1) Ist durch einen Entscheidungsträger in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbands-sanktion verhängt. (2) Ist in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbands-sanktion verhängt, wenn durch einen Entscheidungsträger dieses Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen, insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art, unterlassen worden sind, durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. (3) Ist im Falle des Absatz 2 die Zuwiderhandlung im Ausland begangen worden, so wird eine Verbands-sanktion nur verhängt, wenn sie auf einen Verband bezogen ist, der seinen Sitz im Anwendungsbereich dieses Gesetzes hat. Die §§ 3 bis 7 des Strafgesetzbuches bleiben unberührt. (4) Die Verbands-sanktion wird gegen den Rechtsnachfolger verhängt, wenn diesem im Zeitpunkt des Rechtsübergangs die Zuwiderhandlung ganz oder zum Teil bekannt oder aus Leichtfertigkeit nicht bekannt war. Gegen den Rechtsvorgänger verhängte Sanktionen wirken auch gegen den Rechtsnachfolger.

¹⁴ Ma il rilievo dello sforzo preventivo compiuto dall'ente, nel progetto del Nordrhein-Westfalen, si coglie in termini più generali (dunque anche per l'ipotesi in cui a commettere il reato sia stato un vertice) con il § 5 del progetto medesimo che consente al giudice di astenersi dall'irrogare la sanzione all'ente (*Absehen von Sanktionen*), quando quest'ultimo abbia preso le sufficienti misure organizzative o personali per impedire simili reati se non sia emerso un danno significativo o questo sia stato in misura prevalente riparato.

Nel primo caso, il collegamento della responsabilità dell'ente al reato del vertice evidenzerebbe – secondo il legislatore proponente – una *culpa in eligendo* dell'ente medesimo la quale sia consistita nella difettosa selezione del personale dirigente ovvero nella inadeguata assegnazione dei compiti a livello apicale.

Nel secondo caso, invece, la colpevolezza dell'ente assumerebbe la fisionomia di una *culpa in vigilando*, da collegarsi al difetto di controllo e vigilanza da parte dei vertici al fine di prevenire la commissione dell'illecito¹⁵. In tale ipotesi, peraltro, il reato del soggetto in posizione subordinata opererebbe come condizione obiettiva di punibilità e l'accertamento causale della derivazione di tale reato dal difetto di vigilanza dovrebbe condursi in base al modello dell'"aumento del rischio", secondo la logica già ricordata di alcune delle più elaborate teoriche della dottrina¹⁶.

4. (Segue) *Profili problematici del modello punitivo proposto*

A ben vedere, tuttavia, la lettura della proposta normativa appare meno piana di quanto essa si riveli nel commento del legislatore.

Iniziando dalla prima delle ipotesi considerate, nella quale l'ente è chiamato a rispondere del reato del soggetto in posizione apicale, alcuni dubbi sembrano doversi nutrire con riferimento alla possibilità di ricostruire la colpevolezza dell'ente come un'autonoma forma di *culpa in eligendo*. Secondo la previsione normativa infatti tale prospettiva assumerebbe valore solo in termini *presuntivi*, atteso che l'ente non sarebbe comunque posto nella condizione di dimostrare che la selezione delle figure apicali sia stata invece virtuosa e che il fatto di reato si sia realizzato per circostanze estranee alla sua sfera di dominabilità (come invece accade nel modello italiano attraverso il criterio della elusione non-fraudolenta¹⁷). Sotto questo profilo, dunque, il progetto del *Nordrhein-Westfalen* ripropone problematiche analoghe a quella

¹⁵ In tal senso si esprime la relazione di accompagnamento.

¹⁶ G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., 312.

¹⁷ Sul tema di recente A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

della legge austriaca cui esso si ispira, quale l'ammissibilità di forme presunte di colpevolezza nel contesto penalistico.

Meno problematico sotto il profilo dell'accertamento sembrerebbe invece il secondo modello di responsabilità dell'ente, quello cioè derivante dalla commissione di un reato da parte di una figura non apicale (co. 2, § 2). In questo caso, infatti, il riferimento ad un autonomo rimprovero nei confronti della persona giuridica, consistente essenzialmente in una *culpa in vigilando*, dovrebbe trovare preciso riscontro nei fatti, dovendo comunque l'accusa dimostrare che la compagine dirigente avesse omesso di adottare le necessarie misure di controllo. La 'personalizzazione' della responsabilità sarebbe dunque non solo apparente ma reale, come rivela anche l'ulteriore requisito propriamente soggettivo della esigibilità delle misure la cui omissione importi.

La previsione normativa non resta però estranea a profili problematici da punti di vista diversi¹⁸, almeno secondo la lettura che di essa fornisce lo stesso legislatore proponente. Nella logica della riforma, infatti, il reato commesso resterebbe fuori dal percorso di imputazione sopra descritto, degradando a mera condizione obiettiva di punibilità.

Tali ultimi rilievi, in effetti, espongono a critiche il modello di responsabilità delineato dal recente progetto, almeno nella misura in cui si ritenga che esso si muova in un contesto propriamente penalistico, determinandosi un inaccettabile distacco tra la colpevolezza ed il fatto¹⁹; e anzi appare paradossale la circostanza che il legislatore legittimi la propria ricostruzione pren-

¹⁸ In termini generali, sui limiti del modello ascrittivo che si fonda sulla dipendenza del reato dall'omessa sorveglianza da parte del vertice dell'ente vedi A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 111.

¹⁹ Su tali profili A. FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to Multi-person Organisation" - Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs - II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, a cura di A. Fiorella, 421 e ss.; A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., 114 e ss.; e, volendo, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa d'organizzazione nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*, in corso di pubblicazione.

dendo spunto dallo schema del § 30 del OWiG nell'applicazione combinata con il § 130²⁰, che incrimina il solo fatto della omessa sorveglianza, anche se debba discenderne la commissione di un reato. Tale soluzione, già esposta talvolta alle critiche della letteratura²¹, assume infatti un significato ed una coloritura affatto diverse quando – come nel caso dei §§ 30 e 130 – sia calato nel contesto di un illecito amministrativo.

Naturalmente, molti altri sono i profili problematici e di interesse che riguardano il recente progetto, sui quali tuttavia in questa sede non possiamo soffermarci.

Ciò che può dirsi, in conclusione e in estrema sintesi, è che pur segnando la proposta in esame un momento di importante riflessione per l'ordinamento tedesco sul tema della responsabilità penale delle persone giuridiche, essa non appare forse ancora profondamente maturata nelle sue basi dogmatiche, come dimostra il giudizio quasi uniformemente critico della dottrina espressasi sino ad ora²².

²⁰ Su tale applicazione H.J. FÖRSTER, § 130, in K. REBMANN, W. ROTH, S. HERMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, 3^a ed., Stuttgart, 2012, 5 e ss.; KÖNIG, § 130, in E. GÖHLER, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2012, 555; J. BOHNERT, § 130, *Kommentar*, 3^a Aufl., München, 2010, 620 e ss.; K. ROGALL, § 130, in L. SENGE (hr gb), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2006, 1672 e ss.; ID., *Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtsverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130)*, in *ZStW*, 1986, 573 e ss.; H.W. TÖBBENS, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten*, in *NStZ*, 1999, 1 e ss.; M. ENGELHART, *Corporate criminal liability and compliance in Germany*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A.M. Stile, Napoli, 2012, 185 e ss.; D. BUCHHOLZ, *Der Begriff der Zuwiderhandlung in § 130 OWiG unter Berücksichtigung aktueller Compliance-Fragen*, Hamburg, 2013.

²¹ K. ROGALL, § 130, in L. SENGE (hr gb), *Karlsruher Kommentar*, cit., 1672 e ss.; J. BOHNERT, § 130, *Kommentar*, cit., 620 e ss.; G. DANNECKER, *Das Unternehmen als „Good Corporate Citizen“ - ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?*, in H. ALWART, *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, München und Mering, 1998, 16.

²² B. SCHÜNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts*, cit., 12; F. ZIESCHANG, *Das Verbandsstrafgesetzbuch*, cit., 106. In senso negativo si sono espressi poi il *Deutscher Anwalt Vereine* (vedi la *Stellungnahme* nr. 54/2013 del dicembre 2013, in <http://anwaltverein.de>) e la *Bundesrechtsanwaltskammer* (vedi la *Stellungnahme* nr. 15/2014 dell'aprile 2014, in <http://www.brak.de>).

VINCENZO MONGILLO*

CONFISCA (PER EQUIVALENTE) E RISPARMI DI SPESA:
DALL'INCERTO STATUTO
ALLA VIOLAZIONE DEI PRINCIPI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Essenza e proiezione finalistica della confisca per equivalente del profitto del reato: il persistente disorientamento e la necessità di un corretto metodo ermeneutico. – 3. Esemplificazione. La natura punitiva della confisca urbanistica e la natura riequilibratrice della confisca (anche per equivalente) del profitto del reato. – 4. Dall'incerto statuto alle contraddizioni della prassi. – 5. Genesi delle distorsioni applicative: la grave indeterminatezza della disciplina legale. – 6. La questione della confiscabilità di illeciti risparmi di spesa. – 6.1. L'elaborazione giurisprudenziale. – 6.2. Critica alla teoria della confiscabilità di meri risparmi di spesa. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

La confisca del profitto di origine criminosa, specie nell'innovativo modello «per equivalente», continua a sollevare complesse e molteplici questioni interpretative, segno anche della notevole *vis* espansiva dell'istituto nella prassi giudiziale e della conseguente vasta attenzione dottrinale che riscuote.

Al riguardo, in questo contributo intendo sviluppare *tre tesi*.

La *prima tesi*, in realtà, è un dato oggettivo di cui mi limito a prendere atto: la confisca per equivalente del profitto del reato ancora sfugge ad un nitido inquadramento dommatico e teleologico, e questa nebulosità è la principale ragione delle forti *incer-*

* Ricercatore e Professore incaricato di diritto penale presso l'Università Unitelma Sapienza di Roma.

tezze e contraddizioni che tuttora sconta l'applicazione della misura.

La *seconda tesi* è che questa situazione di incertezza giuridica discende non solo dalla novità dell'istituto, che ha fatto irruzione nel nostro ordinamento penale solo da un paio di decenni a questa parte¹ e si è sviluppato vigorosamente soprattutto dall'inizio del nuovo millennio, ma anche dalla *grave indeterminazione della disciplina legale*, che si colloca ai limiti dell'incostituzionalità.

La *terza tesi* è che i primi due assunti ricevono una significativa patente conferma anche dai tentativi, per lo più giurisprudenziali, di ricondurre al concetto di profitto confiscabile anche la sua «variante evolutiva («analogica»)»² rappresentata dai *risparmi di spesa*, cioè quei vantaggi immateriali consistenti in mancati esborsi o economie di costi collegati ad un reato. Su questo fronte si rischia una vera e propria *débâcle* del principio di legalità, nonché uno stravolgimento funzionale dello strumento ablatorio in esame.

Per testare questi snodi argomentativi, farò anche qualche accenno ad altre esperienze giuridiche, principalmente all'ordinamento del Regno Unito e a quello tedesco.

2. *Essenza e proiezione finalistica della confisca per equivalente del profitto del reato: il persistente disorientamento e la necessità di un corretto metodo ermeneutico*

Partiamo, dunque, dalla constatazione iniziale: il persistente disorientamento circa l'*essenza* e la *proiezione finalistica* delle ipotesi speciali confisca per equivalente del profitto criminoso, ipotesi ormai disseminate in tutto l'ordinamento giuridico (codice penale e legislazione complementare).

¹ La prima volta con riferimento al delitto di usura: art. 644, u.c., c.p., modificato dall'art. 1 della l. n. 108/1996.

² Il virgolettato è tratto da C.E. PALIERO - C. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015, 9.

Questa incertezza alligna in un duplice ordine di cause.

In primo luogo, è completamente fallita l'aspirazione (*recitius*: pretesa) del legislatore codicistico del 1930 di costruire un *sistema monocentrico di ablazione patrimoniale*, ruotante attorno all'allora inedito paradigma della misura di sicurezza reale *ex art. 240 c.p.*: un unico modello di confisca, impermeabile alla pluralità ed estrema varietà di oggetti (prezzo, profitto, prodotto, cose intrinsecamente criminose, strumenti del reato, ecc.) che dell'istituto in esame disegnano l'articolata trama contenutistica. Le discipline speciali sono andate moltiplicandosi e i differenti beni suscettibili di confisca, le loro peculiari qualità, hanno cominciato ad assumere un ruolo protagonista nel caratterizzare l'istituto in tutte le sue possibili declinazioni. Le figure di confisca sparse nell'ordinamento sono ormai così numerose e variegate, *de iure condito*, che non ha più senso parlare di confisca *tout court*, ma deve parlarsi necessariamente di *confische*, dove il plurale segnala icasticamente l'attuale *policentrismo*³.

³ La bibliografia sull'argomento è ormai sterminata: senza alcuna pretesa di esaustività, v. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 2107 ss.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; ID., *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sopranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Padova, 2009, 117 ss.; G. GRASSO, *sub art. 240*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, 2ª ed., Milano, 2011, 604 ss.; V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 440 ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; ID. (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008; V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, 1758 ss.; ID., *Art. 322-ter c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretto da Lattanzi - Lupo, vol. VII: *I delitti contro la pubblica amministrazione, libro II: Artt. 314-360*, a cura di E. Aprile - M. Cassano - M. Gambardella - V. Mongillo, Milano, 2010, 245-299; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012; C.E. PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le soc.*, 2012, n. 1, 69 ss.; P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di Diritto penale*, dir. da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte generale*, t. II, Milano, 2014, 515 ss.;

A rendere ancor più intricato il quadro di riferimento è stato l'estro creativo del legislatore, che proprio in riferimento alla confisca avente ad oggetto i profitti-proventi da reato ha raggiunto il suo acme, con una proliferazione di binari sanzionatori che appare per certi aspetti artificiosa nella misura in cui dal diverso *nomen iuris* o dalle specificità delle diverse discipline settoriali si pretenda di far dipendere il corredo di garanzie, tra cui l'irretroattività *in malam partem*. Siamo giunti ormai, in tema di ablazione del profitto, ad una quadripartizione legale: *a*) confisca-misura di sicurezza facoltativa *ex* art. 240, comma 1, c.p.; *b*) confisca obbligatoria (anche) per equivalente prevista per specifiche ipotesi di reato⁴ o un ambito qualificato di destinatari (gli enti: art. 19 d.lgs. n. 231/2001); *c*) confisca 'allargata' *ex* art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, convertito dalla l. n. 356/1992; *d*) confisca di prevenzione ora disciplinata dal titolo II del d.lgs. n. 159/2011⁵ (le due ultime tipologie ammettendo anche la variante «per equivalente»).

In secondo luogo, una certa ambiguità è immanente alla confisca, che «per sua natura nel diritto penale oscilla tra esigenze di tipo diverso, delle quali la sua disciplina risente variamente, a seconda dei tempi, delle culture giuridiche, dei bisogni della repressione e della prevenzione, del favore che si intende assicurare alla protezione di determinati interessi»⁶.

C. VSCONTI, *Dalla «vecchia» alle «nuove» confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium Juris*, 2002, 960 ss.

⁴ In ordine cronologico: usura (644, u.c., c.p.); principali reati contro la p.a. (art. 322-*ter* c.p.); varie ipotesi di frode (art. 640-*quater* c.p.); reati societari (art. 2641 c.c.); riciclaggio (art. 648-*quater* c.p.); delitti contro la personalità individuale (art. 600-*septies* c.p.); abusi di mercato (art. 187 T.U.F.); reati tributari (art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244); reati transnazionali (art. 11 l. n. 146/2006); contraffazione e falsificazione di marchi, prodotti, brevetti, modelli e disegni (art. 474-*bis* c.p.), delitti ambientali (art. 452-*undecies* c.p.).

⁵ Ad es., la giurisprudenza ritiene che la confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies*, avendo natura sanzionatoria, sia coperta dalla garanzia dell'irretroattività; diversamente dalla misura di prevenzione patrimoniale, stante la sua finalità meramente preventiva: Cass., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2015.

⁶ G. VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in ora in ID., *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, 1997, 1659.

In particolare, la confisca c.d. *speciale* – a differenza della «premoderna» confisca *generale* dei beni, cioè dell'intero patrimonio del reo – è potenzialmente in grado di assumere svariate forme e perseguire differenti scopi, precipuamente in corrispondenza delle *specifiche entità* su cui, di volta in volta, essa è applicata e della relativa *extentio*.

Proprio in virtù dei suoi molteplici referenti contenutistici, *poliformismo* e *polivalenza* sono tratti costitutivi di questa forma di coercizione statale. Giustappunto ciò ha minato sin dall'origine l'attendibilità dell'unitaria definizione codicistica, avulsa da una effettiva omogeneità di natura e di scopi. Ma che una simile aspirazione sia fatalmente destinata a naufragare, è palesato proprio da «quegli ordinamenti i cui legislatori hanno avuto questa pretesa di definizione unitaria e dove invece la realtà sociale e giuridica si è incaricata della necessaria smentita»⁷.

Certo, non s'ignora che anche rispetto alle sanzioni punitive (a partire da quelle classiche: pene detentive e pene pecuniarie) la dottrina ravvisi da tempo «un'insopprimibile polifunzionalità per cui varie funzioni coesistono in un equilibrio storicamente condizionato dai diversi orientamenti culturali»⁸. Ma nell'istituto della confisca, ad onta del costante effetto giuridico dell'acquisizione pubblica e coattiva di beni economici, la polifunzionalità si frantuma in un vero e proprio caleidoscopio di conformazioni e funzioni. Conseguentemente, nessun altro strumento coercitivo statale ha dato vita a ricostruzioni giuridiche e dommatiche tanto variegate: pena (principale o accessoria⁹), misura di sicurezza, sanzione amministrativa punitiva, conseguenza accessoria dell'illecito, misura ripristinatoria para-civilistica, ecc.

Del resto, la stessa Corte costituzionale ebbe modo di rilevarlo già nel lontano 1961, attraverso la penna di un penalista del

⁷ Così, limpidamente, G. VASSALLI, *Confisca doganale*, cit., 1661 s. Con riferimento al codice Zanardelli, v. C. CIVOLI, *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII, 1896, 893.

⁸ Cfr., per tutti, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Torino, 2013, 15.

⁹ Pena accessoria, ad es., era nominata la confisca disciplinata dall'art. 36 del Codice Zanardelli.

calibro di Biagio Petrocelli: «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa»¹⁰. Certo, oggi risulterebbe inaccettabile, e farebbe sussultare sugli scranni strasburghesi i giudici della Corte EDU, l'esito decisivo a cui pervenne in quell'occasione il nostro Giudice delle leggi, che escluse l'assoggettamento alla garanzia costituzionale dell'irretroattività addirittura di un'ipotesi di *confisca totale* dei beni appartenenti ai membri del governo fascista e ai gerarchi del fascismo. Susciterebbe stupore soprattutto l'inquadramento giuridico di questa forma «premoderna» di confisca come «misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio»; il che rende plasticamente l'idea di come un'artificiosa elargizione di scopi per via legislativa o ermeneutica possa tradursi in artificio retorico per legittimare irragionevoli compressioni di diritti fondamentali.

Ma si trattava, evidentemente, di altri tempi e di altri contesti storici, che non scalfiscono però l'indubbia validità dell'indicazione metodologica fornita dalla Corte costituzionale in quell'occasione: «Ciò che [...] spetta di considerare non è non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

La collocazione entro una specifica cornice sanzionatoria – o non sanzionatoria – delle diverse ipotesi di confisca dovrebbe fondarsi, quindi, sulla rigorosa interpretazione del dato giuridico-positivo e, prima ancora, sulla specifica natura-essenza del bene di cui la norma autorizza di volta in volta l'ablazione. Senonché, molti modelli teorici o pratico-applicativi paiono spesso viziati proprio da una sorta d'inversione metodologica: a fronte di una determinata figura ablatoria, dapprima se ne postula una certa natura giuridica e finalità, e poi se ne deducono le conseguenze applicative desiderate.

¹⁰ Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29.

Non può mancarsi di rammentare, inoltre, che le difficoltà di operare tagli netti tra diverse tipologie sanzionatorie – come ha insegnato BOBBIO¹¹ – originano anche dalla circostanza che, «i diversi gradi di misure non si possono dividere con un taglio netto, anzi in molti casi si richiamano e s'integrano l'uno con l'altro»¹². Ogni sanzione giuridica, secondo la nozione generale offerta dalla teoria generale del diritto, può descriversi come la «conseguenza giuridica negativa che l'ordinamento riconnette ad un'azione antiggiuridica, da esso qualificata come illecita»¹³. Nella sua essenza logico-formale, ogni misura sanzionatoria rappresenta, così, la risposta giuridica ad un fatto illecito, mediante cui si realizza la riaffermazione dell'ordine giuridico violato. Sul piano operativo, però, le sanzioni possono assolvere diverse funzioni reali, di norma anche plurime funzioni contestualmente: causare sofferenza, squalificare un comportamento colpevole, dissuadere la collettività, intimidire, neutralizzare o rieducare il reo, ripristinare lo situazione antecedente all'illecito in chiave ripristinatoria, impedire meccanicamente-giuridicamente la realizzazione di ulteriori illeciti, ecc.

Anche rispetto alle sanzioni *stricto sensu* punitive può osservarsi una certa poliedricità. Di conseguenza, l'insegna sotto cui collocare ciascuna sanzione finisce per dipendere dalla *prevalenza di una funzione* tra tutte quelle potenzialmente esplicabili e concretamente esplicate. È la *funzione prevalente*, in altre parole, a determinare il volto e a guidare la classificazione tipologica di una misura in un senso piuttosto che in un altro. Pertanto, anche la direzione finalistica impressa dal legislatore ad una certa tipo-

¹¹ V. la celebre voce enciclopedica specificamente dedicata al tema della *Sanzione*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss., ora anche in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 307 ss. (il passo citato è a p. 318).

¹² La consapevolezza della pluralità teleologica delle sanzioni e delle forme di coazione è ben presente anche in seno alla sociologia del diritto, come dimostra l'elaborazione teorica di uno degli esponenti classici questa disciplina; cfr. É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), trad. it. 1996, 73 ss.

¹³ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di teoria del diritto*, Torino, 2006, 57, che così definisce la sanzione c.d. 'negativa'; M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, 213.

logia sanzionatoria dovrebbe riflettere la sua funzione preminente o, al più, una combinazione delle funzioni principali; diversamente, si concreterebbe uno scollamento irragionevole tra diritto (dato legale) e realtà (effetto sostanziale).

3. *Esemplificazione. La natura punitiva della confisca urbanistica e la natura riequilibratrice della confisca (anche per equivalente) del profitto del reato*

Fissate tali coordinate ermeneutiche, cerchiamo di calare nella concretezza di due specifiche figure di ablazione le considerazioni, di segno generale, testé svolte.

Merita ribadire, preliminarmente, un concetto: la funzione preminente delle diverse ipotesi di confisca discende, essenzialmente, dall'oggetto dell'apprensione coattiva: *pretium sceleris*, *objectum sceleris* (cioè la cosa costituente oggetto del reato: es. sostanze stupefacenti oggetto di spaccio), *instrumenta sceleris* (le cose mediante le quali il reato fu commesso), *producta sceleris* e *turpia lucra* (prodotto e profitto del reato). Mutando il referente materiale o economico dell'ablazione e la sua perimetrazione semantico-concettuale¹⁴, finisce per variare anche la finalità prevalente dell'intervento ablativo: punitivo-sanzionatoria, preventiva, riequilibratrice.

Per fare un primo esempio, possiamo volgere lo sguardo alla *confisca in materia urbanistica*, divenuta oggetto negli ultimi anni di una travagliata elaborazione giurisprudenziale, che ha coinvolto anche due Corti superiori dell'attuale ordinamento *multilevel* (Corte costituzionale, Corte Edu). Il testo normativo di riferimento è il seguente: «2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei *terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui terri-

¹⁴ A seconda che il profitto del reato venga assunto come ricavo loro o profitto netto, ad es., muta sensibilmente l'impatto afflittivo della misura ablativa.

torio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari» (art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001). Come si evince dalla lettura della disposizione, l'oggetto materiale della acquisizione coattiva non è limitato alle opere abusivamente costruite (il prodotto del reato), nel qual caso, a nostro avviso, non sarebbe revocabile in dubbio una finalità strettamente ripristinatoria dello *status quo ante*, cioè dell'assetto urbanistico del territorio preesistente all'illecito e dello stesso patrimonio del reo, nel quale è entrato *contra ius* un nuovo bene immobile. L'ablazione, invece, si ripercuote anche sui terreni illecitamente lottizzati, *id est* quelli sui quali sono stati compiuti gli interventi edilizi abusivi (l'*objectum sceleris* in senso lato): si staglia così la preminente *connotazione punitivo-afflittiva* e, correlativamente, dissuasiva dell'intervento espropriativo in questione¹⁵.

A differenti conclusioni deve pervenirsi rispetto alla confisca avente ad oggetto il valore corrispondente al profitto del reato (secondo l'accezione anglosassone, *value confiscation*), nelle numerose disposizioni che la prevedono in corrispondenza di singole figure di reato. La Cassazione tende a cogliere, anche in questo tipo di confisca, una natura «eminente sanzionatoria»¹⁶, utilizzando tale espressione nell'evidente accezione di «punitiva»¹⁷. Affermazione, però, prontamente contraddetta, o comunque sensibilmente ridimensionata, dall'altrettanto ricorrente notazione secondo cui la *ratio* giustificatrice della confisca per equivalente del profitto criminoso sia 'impedire che il crimine paghi', quindi annullare il vantaggio economico illecitamente conseguito dal reo¹⁸. Qualsiasi riverbero afflittivo che vada oltre l'elementare

¹⁵ Cfr. Cass., sez. III, 21 dicembre 2009, n. 48925.

¹⁶ Cfr., ad es., con riferimento alla confisca del profitto in materia di reati tributari, Cass. sez. III, 2 aprile 2014, n. 29969, in *Dir. & Giust.*, 10 luglio 2014.

¹⁷ Esplicitamente, con riferimento alla confisca applicabile agli enti collettivi ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, Cass., sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53430, che pur riconosce alla sanzione in esame funzione special-preventiva e una finalità riequilibratrice.

¹⁸ Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, rv. 232164, in cui si sostiene sia la logica eminentemente sanzionatoria della confisca di valore, in chiave di preven-

esigenza di giustizia insita nello spogliare un soggetto del frutto del suo illecito, dovrebbe reputarsi illegittimo.

Quanto precede dovrebbe indurre a riconoscere la *fisionomia preminentemente ripristinatoria o riequilibratrice*¹⁹, più che punitiva, della confisca – anche per equivalente – del profitto, in quanto destinata alla mera rimozione del guadagno illecitamente conseguito. Ciò a prescindere dalla natura giuridica di «sanzione», pure ascrivibile alla misura in esame, in quanto risposta giuridica ad un fatto illecito accertato con sentenza di condanna.

Rispetto alla superiore funzione di reintegrazione dello *status ante*, assumono una portata solo ancillare la *capacità dissuasiva*, pur reale, del privare il reo del beneficio che rappresenta il propulsore essenziale della sua condotta criminosa, nonché l'innegabile venatura afflittiva insita nel trasferimento coattivo di beni a favore dello Stato, il cui valore può essere anche considerevole o comunque ripercuotersi su patrimoni che al momento dell'applicazione della misura denotino una consistenza economica significativamente scemata rispetto a quella esistente nelle immediatezze dell'illecito.

Sulla scorta dei dati legislativi di riferimento, tali considerazioni paiono attagliarsi tanto alla confisca applicabile agli enti collettivi *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, quanto alle numerose ipotesi di confisca del profitto che il giudice può disporre nei con-

zione e di strumento strategico di politica criminale, inteso a contrastare fenomeni sistemici di criminalità economica e di criminalità organizzata, sia la logica per la quale «il crimine non paga».

¹⁹ Abbiamo sostenuto questa tesi, sia in ottica generale che in relazione a svariate ipotesi speciali di confisca per equivalente, come quella a carico degli autori di reati corruttivi o contigui (art. 322-ter c.p.: cfr. V. MONGILLO, *art. 322-ter c.p.*, cit., spec. 256 s.; in senso conf. da ultimo Cass., sez. VI, 25 marzo 2014, n. 14017) o quella applicabile ad enti collettivi (art. 19 d.lgs. n. 231/2001: MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, spec. 1773 ss.). Sulla «natura compensativa» della confisca del profitto, con conseguenze anche in punto di recuperabilità del medesimo presso il terzo a cui sia pervenuto, cfr. A.M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 682.

fronti di persone fisiche. Tra queste, particolare rilievo assume l'art. 322-ter c.p. (confisca per fatti di concussione, corruzione, peculato, ecc.), sebbene in questo caso la norma di chiusura, secondo cui il valore del profitto confiscato al corruttore (corruzione attiva) non possa essere inferiore a quello della «tangente», potrebbe accidentalmente conferire una valenza sostanzialmente punitiva alla confisca del *tandundem*, segnatamente quando la presunzione legale non trovi corrispondenza reale nel guadagno illecito incamerato dal reo²⁰.

Tutte le ipotesi di confisca per equivalente del profitto del reato, sembrano comunque *irriducibili allo schema penale-punitivo classico*.

Mi limito a segnalare, in questa sede, tre patenti *elementi di eccentricità* che marcano la distanza tra le varie ipotesi di confisca per equivalente del *turpe lucrum* e le altre pene principali o accessorie contemplate nel sistema penale.

(a) *Sul piano formale e della topografia del codice penale*, la confisca per equivalente, se non è riconducibile all'archetipo codicistico della misura di sicurezza patrimoniale (prescindendo da qualsiasi relazione pertinenziale o legame eziologico tra la concreta *res* ablabile e il fatto materiale di reato), non è neppure formalmente catalogata tra le «pene» nella parte generale del codice o in disposizioni speciali;

(b) *sul piano sostanziale*, difetta alla confisca del profitto il tratto caratterizzante della pena criminale: l'inflizione di un male ulteriore, proporzionato ma intrinsecamente eterogeneo a quello cagionato attraverso il reato. Tale forma di ablazione, più che cagionare un male in risposta al *malum actionis*, elimina quest'ultimo, lo azzera; in particolare rimedia all'evento perturbatore (il conseguimento illecito di un vantaggio patrimoniale) del corretto

²⁰ Secondo la S.C., peraltro, tale presunzione è conforme «alla elementare logica economica che sta alla base di ogni condotta corruttiva attiva secondo cui deve esservi comunque un margine di guadagno tra le indebite utilità promesse o fornite e quelle sperate o conseguite e giammai una perdita»: Cass., sez. VI, 25 marzo 2014, n. 14017, cit., in motivazione.

modello di distribuzione delle ricchezze, quello basato sul «giusto merito» e, in campo economico, sulla concorrenza. Così, una fattispecie di reato economico che si limitasse a sancire quale reazione sanzionatoria la confisca del lucro incamerato *contra ius* avrebbe ben poco del ‘vero’ diritto penale; il fatto che il destinatario possa comunque avvertire come «penosa» tale misura è un mero effetto accessorio del risultato principale prefisso dall’ordinamento, cioè sottrarre al reo un profitto che è stato perseguito in modo antiggiuridico;

(c) quale ulteriore conseguenza, *sul piano della commisurazione giudiziale*, l’entità della confisca non è calibrata, nell’ambito di un’astratta cornice edittale, sulla colpevolezza del soggetto responsabile o sulla gravità del reato (ad una ridotta rimproverabilità per il fatto può fare da contraltare un profitto cospicuo e viceversa), ma su un preciso dato empirico: il profitto riveniente penalmente rilevante. Per l’effetto, l’entità della confisca è non solo ‘proporzionata’, ma *esattamente equipollente* al guadagno illecitamente perseguito; contenuto che arriva ad assumere connotati di perfetta omogeneità nel caso della confisca ‘diretta’ o di ‘proprietà’.

A ben vedere, la connotazione o valenza ‘punitiva’ che, secondo alcuni modelli teorici, sarebbe rintracciabile nella confisca per equivalente del profitto criminoso non trova fondamento nel regime giuridico della misura, ove correttamente interpretata, quanto in un *utilizzo talvolta distorto ed irragionevole* che, accentuandone la carica afflittiva per potenziarne le capacità di deterrenza- intimidazione, deborda in ambiti riservati alle pene propriamente dette. Si pensi: alla concezione del profitto come «*ricavo lordo*» (ad esempio corrispondente all’intero valore di un contratto illecitamente conseguito)²¹; alla pretesa confiscabilità

²¹ La questione com’è noto è stata affrontata anche dalle SS.UU. della Cassazione, 2 luglio 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss., con una decisione che aveva tentato di conciliare le due tesi in contrapposizione (ricavo lordo e profitto netto), coniando una «terza via». Avevamo rimarcato alcuni aspetti incongrui di questa decisione in V. MONGILLO, *La confisca*, cit., ai quali da ultimo la S.C. ha cer-

per equivalente di meri *crediti*, quindi di beni attuali, già esistenti nel patrimonio del reo, in rapporto ad utilità non ancora conseguite ma soltanto prefigurate (possibilità peraltro seccamente smentita dalla giurisprudenza progressivamente consolidatasi sul punto²²); all'improprio criterio della *solidarietà passiva tra i concorrenti* in un reato produttivo di un beneficio patrimoniale, che secondo l'invalsa giurisprudenza consentirebbe, quanto meno in fase di ablazione definitiva, di sottrarre somme corrispondenti all'intero profitto accertato a ciascuno dei correi, a prescindere dal profitto da essi effettivamente introitato (sul punto v. anche *infra* § 4)²³; alla confisca dell'importo equivalente ad una tangente solo promessa e non incamerata dal soggetto corrotto, e quindi di un'utilità solo prospettica (anche questo si è arrivati ad affermare in alcune pronunce di legittimità²⁴), ecc.

Quello appena delineato è un inventario solo sommario, non certo esaustivo, delle distorsioni ermeneutico-applicative che finiscono per caricare impropriamente la confisca del profitto di una valenza punitivo-afflittiva e di una portata accentuatamente dissuasiva che dovrebbe piuttosto competere alle *real penalties*, le quali – non va dimenticato – si aggiungono sempre, in sede di condanna, alla confisca: reclusione e talvolta anche pena pecuniaria per le persone fisiche, più le pene accessorie; sanzione pecuniaria e, nei casi consentiti, la sanzione interdittiva

cato opportunamente di rimediare, a parziale rettifica del precedente *dictum* delle Sezioni Unite: v. Cass., sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 9988 e Id., 5 novembre 2014, n. 53430. Sui successivi sviluppi giurisprudenziali e la prospettazione di una possibile risposta al dilemma interpretativo concernente la nozione di profitto confiscabile (tesi dell'«utile netto a base parziale»), sia consentito ancora il rinvio a V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 58 ss.

²² *Ex multis*, Cass. Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 3238, Società Valore S.p.A., rv. 251721; Cass., sez. VI, 19 marzo 2013, n. 13061, Soc. Coop. CMSA, rv. 254841; Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, in *Cass. pen.*, 2011, 2323.

²³ Tra le tante, Cass., sez. un., 2 luglio 2008 n. 26654 (caso *Impregilo*), con riferimento al provvedimento di sequestro e a quello finale di confisca.

²⁴ Così, Cass., sez. VI, del 14 giugno 2007, Puliga, n. 30966, rv. 236983, secondo cui quanto effettivamente consegnato determinerebbe solamente il limite di valore confiscabile; Id., 5 giugno 2007, Becagli, n. 31691, rv. 237623.

e la pubblicazione della sentenza di condanna per le persone giuridiche (v. art. 9 del d.lgs. n. 231/2001, dove è riportato l'elenco completo delle sanzioni irrogabili alle *societates*).

3.1. Sul piano comparatistico, quanto appena sostenuto trova un nitido elemento di riscontro in una *recente modifica del § 30 dell'OWiG tedesca* (legge sull'illecito amministrativo), che ha innalzato l'entità massima della sanzione pecuniaria irrogabile al *Verband* (ora pari a 10 milioni di euro in caso di delitto doloso, e a 5 milioni di euro per le figure colpose)²⁵. Nell'ordinamento tedesco la *Geldbusse* applicabile all'ente (ai sensi del § 17(4) OWiG richiamato dal § 30), racchiude una *duplice componente*: una prima componente *confiscatoria-ripristinatoria*, servente all'azzeramento del vantaggio economico derivante dal reato (riportando l'ente nella stessa posizione finanziaria antecedente allo stesso); l'altra *punitiva (Sanktionsanteil)*²⁶. La sanzione amministrativa pecuniaria dell'ordinamento tedesco assorbe, così, entrambe le finalità che l'ordinamento italiano ripartisce tra sanzione pecuniaria (artt. 10 e ss.) e confisca (art. 19 d.lgs. n. 231/2001)²⁷. Pertanto se il vantaggio economico ottenuto mediante il reato oltrepassa il limite superiore della sanzione pecuniaria, il suo ammontare complessivo dovrà includere un importo pari a tale guadagno (la componente «confiscatoria» della *Geldbusse*), più una somma che prima della recente novella poteva arrivare sino ad 1 milione o

²⁵ Prima l'importo massimo era, rispettivamente, 1 milione e 500.000 euro. Tali modifiche sono state apportate dall'art. 4, par. 58, della legge del 7 agosto 2013 (BGBl. I p. 3154).

²⁶ Cfr. H. ACHENBACH, *Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) - Grundlagen und aktuelle Probleme*, in *NZWiSt* 2012, 322 ss.; ID., *Die 8. GWB-Novelle und das Wirtschaftsstrafrecht*, in *wistra*, 2013, 371; C. KRUMM, *Die Abschöpfung der Tatvorteile im Bußgeldverfahren durch die Geldbuße*, in *wistra*, 2014, 426; W. MITSCH, in L. SENGE (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 4^a ed., 2014, § 17, 4 ss. («einheitliche kombinierte Sanktion»).

²⁷ Il § 17(4) OWiG, richiamato dal § 30, stabilisce, infatti, che «la sanzione pecuniaria deve (*soll*) oltrepassare il beneficio economico che il responsabile ha ottenuto dalla commissione dell'illecito amministrativo. Se il massimo edittale non è sufficiente a tale scopo, esso può (*kann*) essere superato».

500.000 euro a seconda dell'elemento soggettivo del reato (la componente «punitiva» della sanzione pecuniaria).

Ebbene, la predetta modifica normativa è intervenuta su espressa sollecitazione del *Working Group on Bribery* dell'OCSE (WGB), in sede di verifica dell'implementazione da parte della Germania della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Il WGB aveva raccomandato di rafforzare la porzione punitiva della *Geldbusse*, per renderla realmente «effettiva, proporzionata e dissuasiva», lamentando come l'importo massimo della sanzione, nell'assetto legislativo previgente, fosse scarsamente incisivo a fini di deterrenza²⁸. Questi rilievi – alla base della recente riforma del § 30 *OWiG* – comprovano come la confisca dell'utile economico tratto dal reato, proprio in ragione dell'oggetto dell'ablazione (se correttamente ricostruito), sia strumentale al mero *riequilibrio della situazione economica alterata dall'illecito*, e non ad esigenze repressive e generalpreventive tipiche delle vere e proprie pene (della componente punitiva della sanzione pecuniaria irrogabile agli enti, nel sistema tedesco). Indirettamente, trova ulteriore sostegno anche la tesi secondo cui, nel sistema italiano di sanzioni applicabili agli enti collettivi, la confisca, applicabile in aggiunta alla sanzione pecuniaria, non debba essere caricata di improprie funzioni punitivo-dissuasive.

Un modello di disciplina *in parte qua* affine a quello tedesco mi sembra riscontrabile nell'ordinamento del Regno Unito in relazione alla fattispecie di *corporate manslaughter* (omicidio delle organizzazioni), sanzionabile, ai sensi del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (CMCHA), con una *fine* indeterminata che ai sensi della *Guideline* redatta dal *Sentencing Council* per orientare i giudici in sede di commisurazione, deve tener conto, allorché risultino evidenti, anche dei risparmi ottenuti dall'ente attraverso la commissione del reato: «*In such cases*

²⁸ *Phase 3 Report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Germany*, 2011, 39.

*it will normally be the proper approach to ensure that the fine removes the profit and imposes an appropriate additional penalty»²⁹. D'altro canto, la guida in discorso richiede al giudice anche di apprezzare se la *fine* possa produrre l'effetto di espellere dal mercato il *defendant*, invocando così una certa circospezione soprattutto nei riguardi delle piccole imprese (§ 20).*

4. *Dall'incerto statuto alle contraddizioni della prassi*

L'esito dell'incerto statuto della confisca dei *crime proceeds* nel diritto italiano è un *coacervo di contraddizioni* applicative di cui è ancora assai difficile venire a capo.

Due cursori esempi possono bastare, in questa sede, ad illustrare quanto appena detto.

Il primo esempio. Sostanzialmente si concepisce la confisca per equivalente come una vera e propria sanzione criminale principale³⁰; tuttavia, poi, nel caso di ricorso all'istituto del *patteggiamento*, si ritiene che la misura ablativa sia sottratta alla disponibilità delle parti, cosicché il giudice, qualora non sia stata contemplata nell'accordo *inter partes*, sarebbe tenuto ad applicarla d'ufficio³¹. Tuttavia, se la confisca fosse realmente una «pena», o

²⁹ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Corporate Manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death, Definitive Guideline*, 2010, § 21. In generale, sulla responsabilità penale per infortuni sul lavoro nel Regno Unito, v. V. MONGILLO, *Responsabilità individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro nel sistema penale del Regno Unito*, in AA.VV., *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di A.M. Stile - A. Fiorella - V. Mongillo, 2014, pp. 479 ss. Nel documento concernente la nuova consultazione aperta sul finire del 2014 dal SENTENCING COUNCIL, si osserva, circa il profilo in esame, che «*Confiscation is [...] very unusual owing to the nature of health and safety and food safety and hygiene offences*»: v. SENTENCING COUNCIL, *Health and safety offences, corporate manslaughter and food safety and hygiene offences guidelines. Consultation*, 13 novembre 2014, 17.

³⁰ Se fosse pena accessoria, tutte le ipotesi speciali di confisca non riconducibili al paradigma della misura di sicurezza *ex art. 240 c.p.* risulterebbero già di per sé inapplicabili nei casi di cui all'art. 445 c.p.p. («quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria»).

³¹ Cass., sez. II, 2 febbraio 2011, n. 20046 (in materia di responsabilità degli enti); Cass., sez. II, 19 aprile 2012, n. 19945, Toseroni, rv. 252825 (confisca per equi-

comunque una sanzione punitiva assimilabile alle pene principali, una irrogazione *ex officio* dovrebbe risultare preclusa al giudice: questi, ove la misura non abbia formato oggetto della pattuizione delle parti, dovrebbe piuttosto respingere per intero la richiesta³².

Il secondo. Come si è già accennato, in ipotesi di *illecito concorsuale*, si afferma, in forza di un singolare principio giurisprudenziale di «solidarietà nella pena»³³, divenuto ormai *ius receptum*, che la confisca per equivalente, e in fase cautelare il sequestro preventivo ad essa prodromico, sia applicabile «nei confronti di uno qualsiasi tra i concorrenti *per l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto del reato*, anche se lo stesso non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel suo patrimonio e sia stato, invece, materialmente appreso da altri»³⁴. Tuttavia, l'idea secondo cui un concorrente possa 'pagare per tutti', perfino quando non abbia incamerato neppure una minima frazione del profitto illecito (quindi a fronte di un illecito che nei suoi confronti 'non ha pagato')³⁵, significa trasformare surrettiziamente la confisca in una sorta di pena patrimoniale *extra ordinem*³⁶, stravolgendo la sua congenita funzione compensativa.

valente in tema di riciclaggio e attività associativa transnazionale); Cass., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 1154 (in un caso di confisca *ex art.* 240 c.p.).

³² Così Cass., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12508, rv. 246731: «il giudice non può accogliere la richiesta di applicazione della pena se l'accordo intervenuto tra le parti non comprende anche l'oggetto della confisca prevista per il reato cui il patteggiamento si riferisce ovvero non consente la determinazione certa dei beni destinati all'ablazione».

³³ In realtà pare piuttosto chiamato in causa il principio di solidarietà passiva vigente in materia di illecito civile e di obbligazioni civili *ex delicto* (art. 187, comma 2, c.p.).

³⁴ Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, in *Guida al dir.*, 2013, 8, 86.

³⁵ *Expressis verbis*, Cass., sez. II, 8 marzo 2007, n. 9786, rv. 235842: «È legittimo il sequestro preventivo, funzionale alla confisca di cui all'art. 322-ter cod. pen., eseguito in danno di un concorrente del reato di cui all'art. 316- bis cod. pen., per l'intero importo relativo al prezzo o profitto dello stesso reato, *nonostante le somme illecite siano state incamerate in tutto o in parte da altri coindagati*».

³⁶ In chiave critica, v. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press, 2007, 259; V. MONGILLO, *Profili critici della re-*

5. *Genesis delle distorsioni applicative: la grave indeterminatezza della disciplina legale*

Fatte queste premesse sulla natura e la *ratio* della confisca per equivalente del profitto criminoso, intendo ora sviluppare brevemente la *seconda tesi* menzionata *in limine*: tutte le tortuosità e contraddizioni interpretative sin qui passate in rassegna in tema di confisca per equivalente sono condizionate dalla *grave indeterminatezza* della disciplina legale. Anzi, non sembra eccessivo affermare che la confisca appare, allo stato, come la sanzione più incostituzionale del nostro sistema penale quanto al rispetto del principio di legalità delle sanzioni. Utilizziamo volutamente l'espressione «sanzioni», anziché «pene», perché ci sembra non più revocabile in dubbio, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Edu, che la garanzia in esame debba valere per qualsiasi sanzione, inclusa una sanzione preminentemente ripristinatoria come la confisca del profitto illecito. A tal fine, è sufficiente che sia ravvisabile una componente – anche solo in minima parte – afflittiva, la quale nel caso di specie pare certamente insita nella privazione definitiva di beni (eventualmente – come può accadere con la confisca di valore – anche di provenienza *ex se* assolutamente lecita) realizzata attraverso il provvedimento giurisdizionale che la dispone. Più in generale è il *principio dello Stato di diritto* (*Rechtsstaatsprinzip*) ad imporre il riconoscimento della garanzia della legalità, in tutti i suoi corollari³⁷, per qualsiasi forma di reazione pubblica ad un illecito.

Ebbene, com'è noto, il *principio di legalità delle pene* è rispettato solo se la legge determina con precisione: il tipo (o i tipi) delle pene applicabili dal giudice per ciascuna figura di

sponsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, II: *misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, 181.

³⁷ Ad es. sull'applicabilità del divieto di analogia – corollario del principio di legalità – anche a conseguenze accessorie prive di natura penale o alle misure di sicurezza, v. C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen der Verbrechenslehre*, 4^a ed., München, 2006, 157.

reato; il contenuto della sanzione; la sua misura³⁸. A questi vincoli dovrebbe conformarsi anche la confisca del profitto.

Nell'espropriazione anche per equivalente del beneficio ri-veniente da un illecito penale, l'incertezza giuridica ottunde, invece, lo stesso *oggetto* della misura ablatoria. La nozione giuridica di «profitto» – non diversamente da quella di «prezzo» (peraltro più connotata semanticamente dell'altra) – è, infatti, totalmente indeterminata, cosicché la sua specificazione è interamente rimessa all'interprete. Il linguaggio comune non viene in soccorso, giacché anche nel lessico ordinario l'espressione si rivela accentuatamente polisemica. Quanto al linguaggio economico, la giurisprudenza, a cominciare dalle Sezioni Unite della Cassazione, ha ritenuto non pertinente «l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico»³⁹.

La gravità del *vulnus* alle esigenze di certezza e prevedibilità della sanzione si palesa non appena si consideri che in una tipologia di ablazione come quella per equivalente, in cui si prescindere del tutto dal c.d. nesso di pertinenzialità tra *res* e reato che contraddistingue invece la misura di sicurezza *ex art.* 240 c.p., l'importo confiscato incontra il suo unico limite nell'entità del beneficio conseguito, al quale deve perfettamente corrispondere. La sanzione non è soggetta ad un massimo edittale, e neppure è presidiata da una «clausola di moderazione afflittiva» come accade nell'ordinamento tedesco mercé la regola sull'ingiusta onerosità (§ 73c).

Finché, quindi, la nozione di profitto, nelle sue diverse possibili declinazioni, non sarà precisamente delimitata dal legislatore, la sanzione resterà svincolata da qualsiasi argine tassativo e garantistico. E continuerà ad apparire come un *unicum* nell'arsenale sanzionatorio, tanto più allarmante ove si mediti sul rilievo che questo istituto è andato progressivamente acquisendo nella prassi applicativa. Di qui la ben più che sospetta incostituzionalità della misura.

³⁸ Nella manualistica, per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., 2012, 71.

³⁹ *Ex plurimis*, Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

6. *La questione della confiscabilità di illeciti risparmi di spesa*

È il momento di concentrarci sulla *terza tesi* inizialmente tracciata, che rappresenta il fulcro del presente contributo: gli ostacoli che rendono fortemente problematica la confiscabilità di meri *risparmi di spesa* nel diritto interno.

I rischi di intollerabili forzature del dettato legislativo, l'insostenibile *deficit* di determinatezza della nozione di profitto (confiscabile), la mai sopita tendenza a trasformare l'ablazione del profitto illecito da sanzione riequilibratrice a misura marcatamente punitivo-afflittiva, si moltiplicano proprio allorché si pretende di applicare la misura coercitiva reale non su concreti incrementi patrimoniali, ma su spese che siano state indebitamente omesse.

Sebbene in un quadro frastagliato e nient'affatto omogeneo, tale tendenza va lievitando nella giurisprudenza di legittimità soprattutto nei seguenti settori: responsabilità degli enti per infortuni sul lavoro; responsabilità penale individuale per reati tributari e connessi riflessi economici sulle società di cui gli autori facciano eventualmente parte; responsabilità individuali e collettive per reati ambientali.

Nondimeno, la questione aveva già fatto capolino nel caso *Impregilo*, vertente su una ipotizzata truffa *ex art. 640, cpv. c.p.* commessa dalle società affidatarie dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani nelle province campane⁴⁰.

Risparmi di spesa, comunque, possono congetturarsi anche in relazione ad altre figure delittuose, come la *corruzione*: si pensi, ad es., a tangenti versate per evitare la corresponsione di imposte dovute⁴¹ o di dazi doganali, per aggirare certificazioni

⁴⁰ Vicenda affrontata da Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

⁴¹ Ovviamente perché sussista un profitto confiscabile occorre che il fatto corruttivo sia realmente strumentale ad evitare un pagamento dovuto. Così, in un caso di responsabilità degli enti collettivi per il reato di corruzione in atti giudiziari, la Cassazione ha escluso che il risparmio d'imposta derivante da una sentenza del giudice tributario oggetto di accordo corruttivo costituisca di per sé profitto del reato, indipendentemente dall'accertamento della fondatezza della pretesa erariale, giacché l'accordo

onerose richieste dalla legge, o per acquistare beni ad un prezzo inferiore a quello di mercato. Si pensi ancora ai risparmi salariali e contributivi che possono trarsi dall'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare (art. 22, comma 12-*bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

In tutte le ipotesi testé segnalate spesso concorrono anche *reati tributari* quale fonte accessoria di un risparmio indebito.

Sotto quest'ultimo profilo, da sempre si controverte in dottrina circa la configurabilità del delitto di *riciclaggio* (analogamente ora la questione si pone per il neonato delitto di autoriciclaggio: art. 648-*ter.1* c.p.) rispetto a reati, come quelli fiscali, in cui l'ipotetica utilità proveniente dal delitto consta proprio dell'omissione di esborsi *ex lege* dovuti a titolo di imposta⁴².

corruttivo di cui all'art. 319-*ter* c.p. può anche avere ad oggetto un atto di ufficio e non implicare, quindi, un danno o un favore ingiusto per una delle parti: Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 133.

⁴² Escludono in dottrina la compatibilità tra reati tributari produttivi di un indebito risparmio fiscale e riciclaggio, ad es., B. ASSUMMA, *Riciclaggio di capitali e reati tributari*, in *Rass. trib.*, 1995, 1779; F. HINNA DANESI, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in *Il Fisco*, 1995, n. 40, 9758; I. CARACCIOLI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da frode fiscale*, in www.odcec.torino.it/public/elaborati/to21.doc, secondo cui il concetto di «provenienza da delitto» dovrebbe essere limitato al solo caso in cui, attraverso il reato fiscale, entri nelle casse dell'impresa denaro «fresco», come avviene, ad es., nella «vendita» di fatture false da parte di una impresa «cartiera» (art. 8 d.lgs. 74/2000), nella dichiarazione fraudolenta IVA che provochi un indebito rimborso, nell'«indebita compensazione» (art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000); A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale, III, Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 488 ss.; V. MANES, *Riciclaggio* (art. 648-*bis*), in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti della parte speciale*, Bologna, 2009, 722 ss.; R. CORDERO GUERRA, *Reati fiscali e riciclaggio*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, n. 12, 1163 ss. Il medesimo orientamento è ripreso, in relazione al nuovo delitto di autoriciclaggio, da S. CAVALLINI - L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del «vicino ingombrante»*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2015, 17; A. D'AVIRRO - M. GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 2, spec. 143 ss., secondo cui oggetto materiale dell'autoriciclaggio può essere solo un incremento patrimoniale. Per l'indirizzo opposto, v., per tutti, P. IELO, *Reati tributari e riciclaggio: spunti di riflessione alla luce del decreto sullo scudo fiscale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, 7 ss.; R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. VII, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2011, 818. In quest'ultimo senso è attestata l'oggi unanime giurisprudenza, che fa leva soprattutto sull'estrema ampiezza del termine «utilità» im-

6.1. *L'elaborazione giurisprudenziale*

I più recenti arresti della Cassazione sulla questione della confiscabilità di risparmi di spesa sono tutt'altro che espressivi di un indirizzo univoco.

Nella sentenza *Riva FI.R.E.* (caso *ILVA*), avente ad oggetto ipotesi di reato associativo ed ambientale, il giudice di legittimità ha escluso la confiscabilità dei risparmi asseritamente sottesi al mancato adeguamento e messa in sicurezza degli impianti del polo siderurgico tarantino, quindi alla mancata adozione di misure preventive espressamente prescritte dalla legge negli specifici settori di riferimento⁴³. In particolare, sviluppando un assunto già telegraficamente enunciato nella sentenza *Impregilo* del 2008⁴⁴, la S.C. ha, anzitutto, ribadito che il profitto legittimante la confisca si identifica con il *vantaggio economico positivo di diretta e immediata derivazione causale* dal reato presupposto (c.d. principio di «causalità» del reato in relazione al profitto confiscabile) e può consistere anche in un risparmio di spesa; tuttavia questo andrebbe inteso *in senso relativo*, cioè come ricavo introitato dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere, e *non in senso assoluto*, «ossia entro una prospettiva limitata all'apprezzamento di una diminuzione o semplicemente del mancato aumento del passivo»: esso «deve necessariamente intendersi in relazione ad un “ricavo introitato” dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti so-

piegato nell'art. 648-*bis* c.p.: per tutte, Cass., sez. I, 27 novembre 2008, 1024; Cass., sez. VI, 3 ottobre 2009, 45643, in *Foro it.*, 2010, II 242; Cass., sez. II, 15 febbraio 2012, n. 6061, in *De Jure*. Per un analogo dibattito nel diritto penale spagnolo, v. I. BLANCO CORDERO, *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*, in *RECPC* 13-01 (2011).

⁴³ Cass., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 3635, *Riva FI.R.E. Spa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 988, con nota adesiva di C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, *ivi*, 999 ss.

⁴⁴ Cass. sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654: «il concetto di «risparmio di spesa» presuppone un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere, vale a dire un risultato economico positivo concretamente determinato» dal reato contestato, che nella fattispecie era una condotta di truffa.

stenere, ossia nel senso di una non diminuzione dell'attivo»; quindi, come «eccedenza tra l'incremento patrimoniale effettivamente maturato e quello che sarebbe stato conseguito senza l'indebito risparmio di spese». Quanto precede, anche per evitare di aggredire più volte «le medesime somme di denaro, una volta considerate in termini positivi, ossia come accrescimento patrimoniale, ed un'altra volta in termini negativi, come risparmio di spese». Secondo la III Sezione, pertanto, occorre «*un profitto materialmente conseguito*, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere l'erogazione delle spese dovute». Tanto più che il nostro legislatore «non ha inteso configurare lo strumento ablativo avente ad oggetto “somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato” quale istituto sanzionatorio autonomo, sganciato da ogni collegamento con la confisca diretta di cui al primo comma della disposizione su richiamata, ossia dalla preventiva possibilità di individuare un vantaggio materialmente affluito nel patrimonio dell'ente collettivo quale profitto dell'attività criminosa allo stesso riferibile, ma ne ha sottolineato l'incidenza nei confronti di utilità di valore equipollente al compendio economico originato in misura tangibile dalla commissione del reato, comportando, in tal modo, una effettiva, e non ipotetica, modificazione del patrimonio del soggetto attivo». Difatti, come desumibile anche dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 231 del 2001, siffatto strumento ablativo mira ad evitare che «l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponi-

⁴⁵ Tale evenienza, secondo la Corte, non era «affiorata, né in alcun modo riscontrabile nel caso in esame, dove l'ipotizzato danno ambientale cagionato da quelle condotte non può certo ritenersi equivalente ad un incremento patrimoniale ottenuto dalle società ricorrenti quale diretta ed immediata conseguenza dei reati presupposto».

⁴⁶ Avevamo specularmente argomentato gli assai ristretti margini di confiscabilità di risparmi di spesa *de lege lata* in V. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 2340 ss., in cui notavamo, tra l'altro, che il profitto confiscabile nel caso di risparmio di spese è «un profitto materialmente conseguito, benché superiore a quello che sarebbe stato lucrato senza

bili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria». In definitiva, perché possa isolarsi un profitto assoggettabile a sequestro, e quindi a successiva confisca, «occorre che si verifichi, quale diretta conseguenza della commissione del reato, uno spostamento reale di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente, evitando improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato, inteso quale reale accrescimento patrimoniale⁴⁵, e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto della mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale». Infine, la Suprema Corte ha suggellato questo *iter* argomentativo e principio di diritto affermato sulla scorta dei principi fondamentali della responsabilità dell'ente, mutuati dal modello penalistico classico, in particolare il principio di tassatività delle sanzioni *ex artt.* 2 e 9 del d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁶.

omettere le spese dovute», ed altresì che il legislatore «non sembra aver configurato l'ablazione avente “ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato” come autonomo istituto sanzionatorio, sganciato – anche in astratto e *ab origine* – dalla confisca “diretta” di cui al comma 1, e quindi dalla previa possibilità di individuare un vantaggio materialmente affluito al patrimonio dell'ente quale profitto storico del reato. In altri termini, la confisca per equivalente applicabile agli enti collettivi, essendo diretta contro utilità di valore equipollente al compendio economico scaturente, in modo tangibile, dal reato (in tal senso deve interpretarsi l'espressione «profitto del reato»), implica una modificazione dinamica – e non meramente ipotetica – del patrimonio del soggetto agente. Essa, quindi, deve ritenersi azionabile solo nei casi d'impossibilità sopravvenuta di procedere alla confisca o al sequestro c.d. di proprietà, come confermato anche dalla *Relazione* al d.lg. n. 231 del 2001, secondo cui questa più moderna forma di ablazione mira ad evitare che “l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponibili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria”. Sembra chiaro, infatti, che nel caso di espropriazione di beni commisurati ad un vantaggio incorporeo (come, appunto, un mancato esborso economico), la confisca per equivalente cessa di svolgere una funzione prettamente sussidiaria o residuale, per divenire essa stessa confisca “diretta” del profitto immateriale. In altre parole, smette la veste di espediente che consente di inseguire il profitto immediato del reato (comunque certo nella sua oggettiva esistenza ed entità nelle svariate metamorfosi subite per effetto della condotta dell'autore dell'illecito, e si trasforma surrettiziamente in strumento funzionale ad afferrare vantaggi di incerta entità e di cui sia già in origine inconcepibile l'apprensione nelle forme ordinarie»; concludendosi che «si richiede, quale conseguenza del reato, un reale spostamento di risorse economiche, vale a dire una visibile modifica-

In termini analoghi, la V sezione della Suprema Corte, nel caso *Banca Italease S.p.a.*, ha affermato che il profitto confiscabile è solo quello costituito da un *mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale* dell'ente beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica ed avvinto all'azione criminosa da una stretta relazione causale, costituendone l'evento in senso tecnico, ancorché estraneo ai requisiti della tipicità. Nella fattispecie, la Corte ha escluso che costituisca profitto confiscabile nei confronti di un ente indagato per l'illecito amministrativo *ex art. 25-ter* d.lgs. n. 231/2001, dipendente dai reati di false comunicazioni sociali dannose (art. 2622 c.c.), ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.) e aggio informativo (d.lgs. n. 58 del 1998, art. 185), il mancato accantonamento di risorse da destinare al patrimonio di vigilanza degli istituti bancari⁴⁷.

Invece, a conclusioni diametralmente opposte è giunta la Cassazione, nella sua più autorevole composizione, con la recente sentenza *ThyssenKrupp*, in materia di reati di omicidio e lesioni commessi con violazione delle norme a tutela della *salute e sicurezza dei lavoratori*. In questo caso si è ammessa la confiscabilità di meri risparmi di spesa, a prescindere da un ricavo introitato quale conseguenza diretta ed immediata del reato. Specificamente, le SS.UU. hanno giudicato legittima la confisca della somma di 800.000 euro *ex art. 19* d.lgs. n. 231/2001, ritenuta corrispondente al risparmio di spesa conseguente alla mancata installazione di un impianto di spegnimento antincendio. Ciò, peraltro, senza specificare il comma preso in considerazione, se il

zione positiva del patrimonio dell'ente» e che «in definitiva, è il rispetto del principio di legalità delle sanzioni, *sub specie* di tassatività, ad escludere, in assenza di un effettivo introito, la possibilità di espropriare per equivalente il valore dei costi illecitamente non sostenuti [...]. Occorrerebbe, quindi, un'esplicita presa di posizione del legislatore per ammettere l'ablazione di meri risparmi di spesa, la cui quantificazione concreta, peraltro, raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività».

⁴⁷ Cass., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, *Banca Italease S.p.a.*, rv. 258577.

primo relativo alla confisca diretta o ‘di proprietà’, oppure il secondo concernente, appunto, la confisca del *tantundem*. Ad ogni modo, secondo il supremo collegio, nella materia *de qua* il vantaggio «si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto»⁴⁸.

Infine, in *materia penal-triburaria*, un'altra assai nota pronuncia delle SS.UU., di qualche mese precedente, ha ritenuto ammissibile aggredire direttamente i beni di una società corrispondenti all'*imposta evasa* attraverso la commissione di reati tributari da parte del suo rappresentante legale, ma nella sola misura in cui si tratti di sequestro (e poscia di confisca) *in forma diretta* del profitto⁴⁹. Comunque, tale distinguo non concerneva, dandola per assodata, l'astratta confiscabilità del risparmio di spese insito nel mancato versamento del tributo dovuto, quanto la possibilità di indirizzare la misura contro i beni della società eventualmente beneficiaria dell'evasione, la quale *de iure condito* non può rispondere per reati tributari a titolo di «illecito amministrativo» *ex d.lgs. n. 231/2001* e quindi, in forza del principio della riserva di legge, non può neppure subire la confisca-sanzione per equivalente tipizzata dall'art. 19, comma 2. In ballo era, quindi, l'assoggettabilità di beni societari alla confisca *ex art.*

⁴⁸ Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 426, con nota di SUMMERER. L'importo confiscato si riferiva esclusivamente al costo dell'impianto di spegnimento non realizzato.

⁴⁹ Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, rv. 258647, su cui si vedano, tra i numerosi commenti, R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite in Le soc.*, 2014, n. 7, 867 ss.; M. SCOLETTA, *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante: la parola delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2014, n. 4, 487; A.M. DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, n. 2, 401; G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 9, 282 ss.; G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni «inespresse» delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini di confisca e reati tributari*, *ivi*, 2806.

1, comma 143, l. n. 244/2007 che rinvia integralmente alle disposizioni dettate dall'art. 322-ter c.p., quindi ad una tipologia ablativa applicabile all'autore del reato tributario vantaggioso per l'ente, il quale – per giunta – nel caso di confisca per equivalente deve avere, secondo il dettato normativo, la «disponibilità» dei beni attinti dal provvedimento.

L'espedito retorico a cui è ricorsa la S.C., per rispondere affermativamente al quesito che le era stato sottoposto, è costituito proprio nel qualificare come «*diretta*» e non «per equivalente»⁵⁰ l'ablazione di somme corrispondenti all'imposta indebitamente evasa, muovendo dal duplice assunto che il denaro di cui consta siffatto profitto è un bene fungibile non suscettibile di identificazione storica nel patrimonio dell'ente, e che quest'ultimo non può reputarsi persona estranea al reato (non ricorrendo, così, la preclusione stabilita dall'art. 322-ter, comma 1, c.p.). Di qui la malferma inferenza secondo cui tra confisca «proprietaria» e beni fungibili sussisterebbe un rapporto di implicazione necessaria, da cui traspare, piuttosto, la prevalenza accordata alla «ragione fiscale» sul dato legale⁵¹. Infatti, così opinando, da un lato si è capovolta *d'emblée* la consolidata visione che vedeva nella confisca di valore il naturale strumento di ablazione di qualsiasi vantaggio immateriale (e quindi anche di un mero risparmio di spese), giacché in tali ipotesi non è possibile identificare il bene in cui si materializza il profitto ingiusto proveniente dal reato⁵²; e dall'altro si è giunti *de facto* ad ammettere

⁵⁰ Secondo le Sezioni Unite *Gubert*, infatti, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente prevista dagli artt. 1, comma 143, della l. n. 244 del 2007 e 322 ter c.p. non può essere disposto sui beni dell'ente, ad eccezione del caso in cui questo sia privo di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni.

⁵¹ R. ACQUAROLI, *Crisi della legalità penale e ragione fiscale. Il caso paradigmatico della confisca per equivalente nei reati tributari*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, 283 ss., 285.

⁵² Assunto pacifico in dottrina, a partire dai testi di riferimento nella materia: cfr., per tutti, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 145; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997, 114.

una generalizzata confiscabilità dei benefici economici che una società può ritrarre da illeciti penal-tributari, potendosi, secondo l'osservatorio dommatico rovesciato del massimo organo nomofilattico, pressoché sempre ricostruire l'intervento ablatorio come confisca *diretta* di un provento che in materia penal-tributaria corrisponde sempre ad un bene fungibile⁵³.

6.2. Critica alla teoria della confiscabilità di meri risparmi di spesa

Chi scrive resta fortemente scettico in relazione alla prospettata, benché fortemente controversa anche sul versante giurisprudenziale, confiscabilità di meri risparmi di spesa. In particolare, mi sembra questa una suggestione da lasciar cadere nel vuoto tutte le volte in cui il dato legale non fornisca un chiaro e tassativo *imprimatur*, se del caso fornendo anche i parametri di quantificazione di questa incerta *species* di profitto immateriale.

Intendo, pertanto, mettere a fuoco gli ostacoli che incontra l'ablazione di valori corrispondenti ai vantaggi immateriali insiti nell'omesso versamento di spese dovute, e al contempo esplorare i ridotti margini di un uso legittimo e ragionevole, *de lege lata*, della confisca in relazione a mancati decrementi patrimoniali.

In termini astratti, la confisca di valore parrebbe in grado di ovviare all'ontologica incapacità della confisca-misura di sicurezza (art. 240 c.p.) – per sua natura in grado di essere convogliata solo contro le specifiche *res* eziologicamente vincolate al reato – di sottrarre vantaggi immateriali al suo indebito 'perceptore'.

Senonché tale prospettiva incontra nel nostro ordinamento giuridico obiezioni difficilmente superabili, che spaziano dallo sbarramento formale della *littera legis* al fondamento legittimante insito nei criteri di razionalità politico-criminale.

⁵³ Cfr., sul punto, i perspicui rilievi critici di C.E. PALIERO - C. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit.; con specifico riferimento alla materia penal-tributaria, R. BORSARI, *Reati tributari e confisca*, cit., 862 ss.; L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2010.

(a) La prima obiezione attiene, dunque, al *piano della legalità*, *sub specie* tassatività/determinatezza.

La confiscabilità dei *risparmi di spesa* presuppone l'adesione ad una *nozione assai lata di profitto*, inclusiva non solo dei casi di trasformazione dinamica in senso ampliativo del patrimonio del reo, ma anche delle situazioni di non-decremento che si reputi giuridicamente doveroso.

I risparmi di spesa, così, rientrano a tutti gli effetti nel *genus* dei *vantaggi immateriali*, «storicamente» non identificabili con cose – anche soltanto fungibili, come il denaro – ritratte dalla commissione di un reato⁵⁴. In altre parole, il risparmio illecito non si traduce in un valore economico che sia anche materialmente e oggettivamente identificabile – e tanto meno isolabile nel patrimonio dell'autore –, sebbene suscettibile di trasformazione, alienazione, occultamento, distruzione, ecc. Si tratta piuttosto di un'entità astratta, un mero «valore» appunto, coincidente con il mancato impoverimento del patrimonio dell'agente che si sarebbe, al contrario, avverato senza la perpetrazione dell'attività criminosa. Nel caso di specie, pertanto, non solo – come accade per i beni fungibili – risulta ostico se non impossibile separare dalla restante sfera patrimoniale dell'agente il bene da confiscare in quanto confuso con gli altri ad esso omogenei; manca del tutto un flusso di ricchezza illecita proveniente dall'esterno quale fatto storico ricostruibile in chiave fisico-naturalistica. Il vantaggio-valore non è distinguibile nel patrimonio dell'agente e potrebbe determinarsi solo attraverso parametri valutativi che, in assenza di qualsiasi predeterminazione legislativa, sono affidati integralmente alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria.

Per queste ragioni, a legislazione vigente, non vedo come sostenere la compatibilità con il dato legislativo di una definizione di «profitto» così estensiva.

⁵⁴ Analoghi problemi si pongono, come si è già notato, circa il concetto di «provenienza» nel reato di riciclaggio, che conduce la dottrina maggioritaria, a negare che entità immateriali, come meri risparmi di spesa, possano costituire beni o utilità riciclabili.

Mi sembra piuttosto obbligata, in assenza di chiare indicazioni legislative contrarie e di sicuri criteri di apprezzamento del risparmio confiscabile, un'interpretazione restrittiva⁵⁵. Ciò anche in omaggio alla regola garantistica dell'interpretazione restrittiva delle leggi penali ambigue, che le corti statunitensi esprimono con la c.d. *rule of lenity* e che proprio in materia di confisca porta a ritenere che «*the power to confiscate is penal in character and the provisions by which it is conferred must be construed no more oppressively than is justified by the language used*»⁵⁶. Condivisibilmente, così, lo «Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale» elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, rimarcava l'esigenza di rispettare il canone della riserva di legge anche nella materia in esame, inserendo tra i criteri direttivi che avrebbero dovuto guidare la revisione del regime della confisca anche il seguente: «[...] prevedere la confisca dei risparmi di spesa solo nei casi stabiliti dalla legge» (art. 19, lett. a dell'articolato; così anche la *Relazione di accompagnamento*: «Anche i cosiddetti risparmi di spesa sono confiscabili, ma solo nei casi espressamente previsti dalla legge»).

Non basta. *De lege lata*, la restrizione dell'ambito di operatività della confisca per equivalente al novero dei vantaggi materiali trova un ulteriore punto di appoggio nel dato giuridico-sistemico concernente i rapporti tra confisca diretta o «in forma specifica» e confisca di valore o del *tantundem*.

⁵⁵ Tali espresse indicazioni sono invece reperibili in altri ordinamenti nazionali: cfr. ad es. il codice penale norvegese, art. 36e, che *expressis verbis* fa rientrare nei proventi confiscabili i costi risparmiati mediante la commissione del reato; similmente il codice penale slovacco (art. 60, comma 3) include i costi risparmiati tra le cose non apprensibili in via diretta e come tali ablabili solo mediante la confisca di valore.

⁵⁶ Così *R v Moran* [2001] EWCA Crim 1770, [2002] 1 WLR 253, in un caso di confisca avente ad oggetto somme corrispondenti ad imposte evase più gli interessi. Nella pronuncia viene anche rammentato il principio ermeneutico secondo cui «a person should not be penalised except under clear law» o «principle against doubtful penalisation» (BENNION, *Statutory Interpretation*, 3a ed., § 271).

Nel diritto interno, infatti, la confisca per equivalente non è configurata come sanzione autonoma e a sé stante, alternativa alla confisca diretta o di proprietà, ma quale *ipotesi subordinata* a quella che resta la forma di ablazione ordinaria e, laddove praticabile, privilegiata dall'ordinamento, anche per evidenti ragioni di certezza probatoria. La confisca di valore assume, così, le fattezze di una *modalità sussidiaria di ablazione* del profitto diretto del reato, attivabile qualora questo non risulti apprensibile nelle forme ordinarie, vuoi per ragioni giuridiche (ad es. vendita del bene ad un terzo di buona fede), vuoi per ragioni fattuali (ad es. consumazione, trasformazione, occultamento dei beni illecitamente conseguiti)⁵⁷.

Quindi, perché l'«espedito tecnico» della *value confiscation* possa essere azionato è imprescindibile, in prima battuta, che il profitto del reato sia *identificato in modo chiaro, nella sua obiettiva 'storicità' ed entità*, nel rispetto del criterio della pertinenzialità⁵⁸; ma ciò presuppone, a sua volta, beni economicamente apprezzabili materialmente affluiti nell'effettiva disponibilità del reo mediante la sua condotta illecita⁵⁹. In altre parole, la valenza «suppletiva» della confisca per equivalente implica la perimetrazione a monte del profitto materiale su cui poter commisurare il controvalore confiscabile, qualora risulti impraticabile l'espropriazione diretta.

L'impossibilità di confisca diretta («quando essa non è possibile» secondo la formula costantemente utilizzata dal legislatore) che condiziona il ricorso alla forma per equivalente va intesa, quindi, come impossibilità *sopravvenuta*⁶⁰, per cause – come si è detto – *giuridiche o fattuali*, e non, salvo espresse e specifiche in-

⁵⁷ Cfr. ad es. G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, V, 6, secondo cui la *ratio* della confisca per equivalente è proprio quella di consentire «di ovviare agli inconvenienti connessi sia alla frequente difficoltà di individuare il bene in cui si incorpora il profitto iniziale, sia ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli costituenti il reimpiego».

⁵⁸ Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445, in *Cass. pen.*, 2005, 7/8, 2324 (s.m.).

⁵⁹ Cfr. V. MONGILLO, art. 322-ter c.p., cit., 280.

⁶⁰ In tal senso v. Cass., sez. V, 3 luglio 2002, n. 32797, in *C.E.D. Cass.*, n. 222741.

dicazioni normative contrarie, come impossibilità *genetica* o *intrinseca*, come accade con *utilità immateriali*, prive di identità fisica: risparmi di spesa, vantaggi competitivi derivanti dall'aggiudicazione ad es. di un contratto di appalto (rafforzamento della posizione dell'impresa nel mercato mediante l'espulsione di concorrenti, pubblicità favorevole assicurata dal contratto illecitamente ottenuto, tale da agevolare eventualmente anche la stipula di ulteriori contratti)⁶¹, ecc.

Come finalmente comincia a riconoscersi a chiare lettere anche nel formante giurisprudenziale, con riferimento ad es. alla previsione di cui all'art. 322-ter c.p., la logica della *value confiscation* è «per così dire bifasica: in un primo tempo occorre procedere all'individuazione materiale delle utilità conseguite grazie alla consumazione del reato; in un secondo tempo ed una volta preso atto dell'impossibilità di procedere a detta individuazione [...] si può procedere all'apprensione di quelli di valore equiva-

⁶¹ Sull'impossibilità di confiscare per equivalente il valore corrispondente a vantaggi immateriali «di posizione» connessi al reato, anche per scongiurare il rischio di un'incontrollabile discrezionalità giudiziale, v. in dottrina L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 84 ss., secondo cui la questione merita di trovare risposta sul piano civilistico del risarcimento degli eventuali concorrenti danneggiati; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2123; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Giuffrè, 2008, 251; C. PIERGALLINI, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed., Milano, 2010, 244, 247; M. PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, 1027 (secondo cui diversamente si finirebbe «per rimettere al totale arbitrio del giudice la determinazione del quantum confiscabile»); V. MONGILLO, *art. 322-ter c.p.*, cit., 281. *Contra* T. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 3-2006, 77 ss.; R. ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza «di origine illecita»*, in ID. (a cura di), *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, Eum, 2007, 170. Nella giurisprudenza italiana una sentenza (Cass., sez. II, 5 dicembre 2008, n. 45389, in *C.E.D. Cass.*, n. 241974) si è pronunciata, però, a favore della sequestrabilità per equivalente ex art. 321, comma 2, c.p.p. del beneficio connesso all'accresciuto avviamento di un'impresa aggiudicataria di un appalto, giacché esso, «in considerazione della rilevanza della commessa, del cospicuo importo della stessa, della pubblicità che ne deriva alla società interessata, costituisce un vantaggio economico che la società ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza della attività criminosa alla stessa riferibile».

lente al fine di raggiungere comunque l'intento perseguito dal legislatore di privare il reo dell'indebito arricchimento derivante dal reato»⁶².

Non toglie sostanza a questa chiave di lettura neppure l'indirizzo giurisprudenziale, già sopra evocato, incline ad iscrivere nell'orbita concettuale della confisca «diretta» anche l'ablazione di cose fungibili (come il denaro) o dei beni costituenti la trasformazione o il frutto dell'investimento dei beni acquisiti per effetto diretto del crimine⁶³. Altro è infatti l'ablazione di beni fungibili o di 'surrogati' comunque materialmente confluiti nel patrimonio del reo, altro è pretendere – come nella sentenza *Gubert* – di confiscare «in forma specifica» un vantaggio immateriale che non esiste *in rerum natura* come profitto direttamente derivante da un reato.

Di contro, ammettere la confisca per equivalente di un risparmio di spesa in assenza di qualsiasi incremento patrimoniale concretamente apprezzabile, equivarrebbe a trasformare surrettiziamente la *value confiscation* da modalità sussidiaria, residuale di intervento ablativo, a vera e propria sanzione autonoma e – per questa tipologia di vantaggi – di fatto primaria ed esclusiva.

In alcuni ordinamenti, in effetti, la confisca per equivalente sembra realmente configurata come sanzione del tutto autonoma e sganciata dalla confisca diretta dei profitti materiali. Si pensi all'ordinamento tedesco che disciplina separatamente dal *Verfall*⁶⁴ ordinario (§ 73) l'*acquisizione pubblica del valore corrispondente* (§ 73b: *Wertersatzverfall*), additandone il presupposto applicativo cruciale proprio nell'impossibilità della confisca diretta «per

⁶² Cass., sez. VI, 25 marzo 2014, n. 14017, in *Guida al diritto*, 2014, 19, 97; di qui la conclusione secondo cui in tema di corruzione *ex art. 319 c.p.*, la confisca per equivalente, come il prodromico sequestro preventivo, può essere disposta, nei confronti delu. o dell'i.p.s., solo nei limiti del valore corrispondente al prezzo da questi concretamente conseguito, e non anche in relazione al prezzo promesso ma non materialmente percepito. In termini sostanzialmente coincidenti, Cass., sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 9929; nonché precedentemente Id., 27 novembre 2012, n. 4179, rv. 254242.

⁶³ Cfr. tra le più recenti. Cass., sez. II, 28 marzo 2014, n. 14600, in materia di *market abuse*.

⁶⁴ Acquisizione pubblica dei profitti.

la natura del valore conseguito o per un altro motivo». D'altro canto la disciplina tedesca contempla anche la possibilità di sottoporre a *stima* il valore del profitto conseguito ai fini della sua valutazione (§ 73b) e fissa la *regola dell'onerosità* (§ 73c), secondo cui l'applicazione indefettibile della confisca (diretta o per equivalente) può subire temperamenti qualora si risolva in «un provvedimento ingiustamente oneroso per l'interessato» o «il profitto conseguito non faccia più parte del patrimonio dell'interessato al momento del provvedimento»⁶⁵.

L'ordinamento italiano, invece, non contiene alcuna regola in tema di stima giudiziale del valore del profitto; e nessun freno pone per scongiurare il rischio che la confisca produca effetti soverchiamente onerosi a carico del destinatario.

Soprattutto, e questa appare una grave lesione del principio di tassatività/determinatezza, la legge non offre all'interprete alcun criterio di quantificazione-determinazione del risparmio asseritamente suscettibile di confisca. Manca così qualsiasi parametro in grado di orientare, in modo sufficientemente affidabile e coerente con la *ratio* riequilibratrice della confisca del profitto, un giudizio, per sua natura ipotetico e prognostico, quale quello concernente gli esborsi che il reo o l'ente responsabile avrebbe dovuto affrontare nelle circostanze date⁶⁶. La discrezionalità del giudice, in questo campo, rischia perciò di trascinare in intollerabile arbitrio.

Con un grave *risvolto sistematico*: rispetto ad una sanzione, come la confisca, non delimitata verso l'alto da un tetto massimo e in cui l'unico limite – che costituisce al contempo il fondamento della misura – è segnato dall'ammontare del profitto percepito, la totale assenza di criteri di stima renderebbe palesemente incostituzionale una forma di ablazione estesa ad abbrac-

⁶⁵ Cfr. sulla disciplina tedesca del *Verfall*, in tutte le sue forme, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 71 ss.

⁶⁶ La situazione è ben diversa da quanto accade allorché si tratti di appurare *ex post* i guadagni materialmente affluiti nel patrimonio del reo: qui possono certo porsi problemi di carattere probatorio, ma nel caso dei risparmi di spesa le questioni applicative sorgono già sul versante concettuale della corretta definizione di profitto.

ciare persino profitti immateriali. Ed incostituzionale a prescindere dalla sua qualificazione come pena criminale (quindi *ex art.* 25, comma 2, Cost.), bastando il viatico dell'art. 117 Cost. e del parametro interposto rappresentato dal principio di legalità *ex art.* 7 della CEDU, che notoriamente è interpretato dalla Corte Edu in guisa da riconoscere le garanzie sostanziali e processuali tipiche della materia penale a qualsiasi sanzione, a prescindere dall'etichettatura formale⁶⁷.

D'altro canto, in assenza di criteri di valutazione *ex lege* predeterminati, anche la fisionomia ripristinatoria della confisca per equivalente è esposta al rischio di *alterazioni applicative*: comincia qui a profilarsi la seconda obiezione, di carattere politico-criminale, che mi accingo ad illustrare.

(*b*) Chi intenda inerpicarsi lungo il già accidentato sentiero della confiscabilità di meri risparmi di spesa finirà inevitabilmente per urtare contro la parete della «razionalità di scopo».

Appare, in breve, semplicistica e fuorviante l'idea secondo cui qualsiasi «non esborso» che si ritenga invece dovuto (mancato depauperamento patrimoniale, in forma di non-incremento del «passivo», oppure mancato decremento dell'«attivo», cioè di ricavi effettivamente introitati) sia *in toto* equiparabile, sul piano valoriale, ad un concreto arricchimento patrimoniale. Non solo, quindi, l'accostamento rischia di impingere contro sacrosante istanze di tassatività-determinatezza, ma neppure pare suffragato da una *ratio* comune: un guadagno materiale e un risparmio di spese sono situazioni non sovrapponibili, la cui diversità dovrebbe suggerire diverse reazioni o modulazioni sanzionatorie.

In particolare, non paiono affatto equiparabili le ipotesi di mutamento positivo delle disponibilità economiche del reo e di mancata diminuzione patrimoniale. Una frettolosa ed acritica assimilazione rischia di condurre ad un illegittimo snaturamento

⁶⁷ Evidentemente, una sanzione pubblica in grado di privare coattivamente il soggetto passivo di beni economici, ancorché allo scopo preminente di ripristinare la situazione antecedente all'illecito, presenta un'innegabile componente afflittiva che esige la copertura delle garanzie fondamentali del diritto penale.

della confisca, sino a trasfigurarla – quando applicata su risparmi di spesa – in una sanzione marcatamente punitiva, ben lontana dalla sua intima vocazione ripristinatoria. L'*adprehensio* coattiva di un illecito incremento patrimoniale (beneficio aggiunto di natura economica) mira a ricondurre il responsabile del reato nella situazione antecedente alla sua commissione. *Mutatis mutandis*, a fronte di un mancato esborso, l'intervento ablatorio dovrebbe servire a riportare il reo nella situazione fattuale in cui sarebbe venuto a trovarsi in assenza dell'illecito, privandolo di utilità equivalenti ai costi risparmiati durante il periodo di colpevole inerzia.

Tale effetto ripristinatorio è *sine dubio* raggiunto, ad es., qualora il contribuente che abbia evaso delle imposte sia privato del beneficio fiscale illecitamente ottenuto (nozione, però, che la giurisprudenza dilata sino a farvi rientrare, oltre agli interessi, persino il controvalore delle sanzioni amministrative in ipotesi applicabili⁶⁸), ovvero abbia comunque adempiuto tardivamente alle obbligazioni tributarie⁶⁹.

Di assai più arduo inquadramento giuridico è la situazione in cui il risparmio afferisca ad una violazione cautelare da cui sia

⁶⁸ *Ex multis*, Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44309, in *Guida al dir.*, 2014, 7, 61; Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami, rv. 255036, in tema di reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000; Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 2, 424: nei delitti tributari il profitto viene ricondotto all'ammontare dell'imposta evasa con ovvio riferimento ad un importo determinato in conseguenza di specifici accertamenti tributari: ma esso ingloba oltre l'ammontare dell'imposta evasa propriamente detta, anche le sanzioni ed altre eventuali somme dovute (d.lgs. n. 218 del 1997, art. 7, comma 1), il che conduce ad una diversa quantificazione del profitto da intendersi come vero e proprio risparmio di spesa che non esclude vantaggi ulteriori riflessi per il soggetto evasore. V., sul punto, gli acuti rilievi critici di C.E. PALIERO - C. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., 10. Indubbiamente, l'estensione del *quantum* confiscabile alle sanzioni tributarie stride con la curvatura ripristinatoria della confisca del profitto.

⁶⁹ Il versamento postumo delle somme dovute all'erario secondo la S.C. preclude il ricorso alla misura ablatoria, in quanto essa darebbe luogo ad una inammissibile duplicazione sanzionatoria: per tutte, v. Cass., sez. III, 12 luglio 2012, n. 46726, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 1, 173.

derivato un evento offensivo penalmente rilevante. Si consideri, quale caso paradigmatico, quello affrontato dalle Sezioni Unite nel *leading case ThyssenKrupp*: il risparmio connesso all'omessa adozione di un oneroso presidio cautelare (nella specie un dispositivo antincendio), eziologicamente collegata ad un risultato lesivo (lesioni o morte di un lavoratore).

Con riferimento a quest'ultima casistica, v'è *in primis* da osservare che la situazione conforme alle norme antinfortunistiche, quella che si sarebbe concretizzata in assenza della condotta colposa penalmente rilevante, consiste nella perfetta adozione delle cautele doverose: segnatamente, quelle richieste da norme positive oppure dalla scienza e dalla tecnica, la cui elusione abbia reso possibile l'evento lesivo concretamente verificatosi. Tuttavia, l'ablazione dei costi risparmiati non riporta in alcun modo il reo nella situazione contraria all'illecito, vale a dire conforme al diritto: tale risultato verrebbe piuttosto ottenuto mediante un provvedimento ingiunzionale che imponesse l'adeguamento alla normativa cautelare di riferimento, o comunque da una volontaria condotta «riparatrice dell'offesa» del privato, volta ad assicurare la *compliance* alle prescrizioni di settore. Questo a ben vedere è ciò che l'ordinamento dovrebbe avere più a cuore: più che l'apprensione per equivalente delle spese risparmiate, l'impianto nell'ente di condizioni di sicurezza tali da prevenire ulteriori fatti lesivi della vita o dell'incolumità dei lavoratori. Condivisibilmente, pertanto, il legislatore nel confezionare la nuova ipotesi di confisca anche per equivalente applicabile in caso di condanna per uno dei nuovi delitti ambientali (artt. 452-*bis* e ss. c.p.), ha escluso l'applicazione della misura «nell'ipotesi in cui l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi» (art. 452-*undecies*, comma 4, c.p.).

Si consideri, ancora, che il beneficio economico conseguito dal reo mediante l'omissione delle misure cautelari doverose, quando si tratti di impianti, installazioni, dispositivi di protezione o altri mezzi di prevenzione fisico-tecnologica, sarà proporzionale all'ordinario periodo di ammortamento, artatamente

inferiori rispetto alle imprese rispettose delle norme di sicurezza. Così, se ad es. un'impresa ha acquistato successivamente al verificarsi di un evento lesivo un macchinario a norma, sostituendo quello precedente privo dei dispositivi richiesti e il cui utilizzo sia alla radice dell'infortunio, l'effettivo risparmio di spese corrisponderà alla quota di ammortamento del macchinario commisurata alla durata della sua omessa adozione.

Viceversa, qual è il concreto effetto sortito dallo Stato applicando la confisca sull'intero valore di mercato della misura preventiva non adottata? L'ente verrà privato di una somma onnicomprensiva e resterà altresì onerato dell'investimento necessario a divenire *compliant* alle norme antinfortunistiche. Allo stesso modo, una società a cui fossero sottratte le somme risparmiate non adeguando i propri impianti potenzialmente inquinanti alle prescrizioni ambientali, dovrebbe comunque investire altrettante somme per adeguarsi agli standard normativi di riferimento.

Senonché, se l'ente, anche a seguito del provvedimento ablativo, resta vincolato al rispetto della normativa prevenzionale, le possibilità di adempiere rischiano di essere pregiudicate irrimediabilmente proprio dalla pretesa patrimoniale dello Stato. L'impatto afflittivo della confisca rischia, così, di divenire finanziariamente insostenibile, ben più che nelle ipotesi di confisca di un profitto materiale, fino ad assumere connotati di patente sproporzione ogni qual volta la durata della violazione contestata sia sensibilmente inferiore alla resa potenziale dell'investimento omesso. Specie nel caso di micro, piccole o medie imprese, l'utilizzo, in aggiunta alla sanzione pecuniaria ed eventualmente alle sanzioni interdittive, dello strumento ablatorio per recuperare l'indebito risparmio di spese (dietro cui si celano spesso proprio le difficoltà economiche in cui ha dovuto dibattersi il trasgressore), può causare l'insolvenza o persino la chiusura dell'ente, o comunque pregiudicare irreversibilmente la stessa capacità di impostare *pro futuro* un adeguato sistema gestionale dei rischi connessi all'attività produttiva.

L'ablazione di somme corrispondenti alle spese asseritamente risparmiate può, in definitiva, ridondare a detrimento non

solo dell'operatività aziendale, ma delle stesse esigenze di tutela dei beni fondamentali che l'ordinamento intende salvaguardare, come l'incolumità dei lavoratori o la salubrità dell'ambiente.

(c) Una terza obiezione riguarda specificamente la *struttura delle fattispecie di cui all'art. 589 e 590 c.p.*: delitti colposi di danno, imperniati sul risultato pregiudizievole per la vita o l'integrità psico-fisica.

Può realmente dirsi, in questi casi, che il risparmio incorporato nell'omessa adozione di misure antinfortunistiche rappresenti realmente un beneficio di diretta derivazione causale dalla commissione del reato⁷⁰, quindi anche dall'evento morte o lesioni? Può legittimamente dubitarsene, giacché il verificarsi di un infortunio genera una miriade di costi diretti ed indiretti che di norma riducono sensibilmente e – specie in caso di morte del dipendente – sovrastano il vantaggio insito nel risparmio di costi legati alla sicurezza.

(d) L'ultima riserva critica attiene ad un rischio incombente quando si mira a piegare la confisca in funzione dell'ablazione di risparmi di spesa: quello di una *indebita commistione tra risparmi confiscabili e danni risarcibili*, quindi tra il piano dell'ablazione a favore dello Stato e quello del risarcimento del soggetto danneggiato dal reato.

Simili confusioni, già affiorate nell'ambito del procedimento *Impregilo* relativo allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani nelle

⁷⁰ Come richiede la giurisprudenza a SS.UU. sin dalla sentenza del 3 luglio 1996, n. 9149, Chabni, rv. 205707. La portata del profitto confiscabile è stata, com'è noto, ampliata da altra pronuncia delle SS.UU. (la n. 10208 del 25 ottobre 2007, Miragliotta, rv. 238700), dove si è affermato che nel concetto di profitto o provento di reato devono essere compresi non soltanto i beni che l'autore del reato «apprende» alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che questi realizza, quale effetto anche mediato ed indiretto della sua attività criminosa, attraverso la trasformazione o l'investimento dei primi; si pensi, in particolare, alla trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto del suo immediato reimpiego (c.d. surrogati). Ad ogni modo la confiscabilità di meri risparmi di spese esula dalla dilatazione del concetto di profitto ai beni frutto dell'investimento del lucro diretto.

province campane, dove l'accusa pretendeva di confiscare per equivalente anche il valore delle spese sostenute dall'Amministrazione a cagione della condotta asseritamente inerte delle imprese affidatarie del servizio di smaltimento dei rifiuti, sono affiorate in modo ancor più macroscopico nel corso del procedimento *Ilva*. La stratosferica somma di 8 miliardi di euro originariamente sequestrata all'acciaieria tarantina, solo apparentemente si riferiva al reale risparmio di spesa conseguito attraverso il mancato adeguamento ambientale degli impianti siderurgici: in realtà, come già emergeva dal provvedimento genetico del GIP di Taranto, tale cifra si riferiva, essenzialmente, ai costi necessari per il risanamento ambientale dell'area e quindi per rimediare ai pregiudizi cagionati da svariati e pluriennali illeciti ambientali.

7. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni che precedono, la confisca di meri risparmi di spesa, cioè di mancati esborsi giuridicamente dovuti, può ritenersi, *de iure condito*, legittima e ragionevolmente praticabile solo nei casi in cui: 1) siano rintracciabili chiare evidenze di una *voluntas legis* orientata in tal senso; 2) il mancato esborso sia stato reso possibile dalla commissione del reato; 3) non sussistano insuperabili difficoltà per quantificare in modo certo ed oggettivo il valore del profitto immateriale conseguito. Trattandosi di un vantaggio incorporeo, l'ablazione in questi casi potrà avvenire solo attraverso la modalità per equivalente, ove prevista, e non mediante la confisca diretta⁷¹.

Mi sembra che, con le dovute accortezze, possa soddisfare queste condizioni la confisca per equivalente del profitto derivante dalla commissione di reati tributari⁷², corrispondente al-

⁷¹ Così anche C.E. PALIERO - C. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., *passim*; R. BORSARI, *Reati tributari*, cit., 874.

⁷² In effetti, il legislatore, estendendo nel 2007 la confisca di valore ai reati tributari, al fine di ovviare all'inadeguatezza congenita della confisca di proprietà ad aggredire il risparmio di imposta illecito, ci sembra aver fornito all'interprete una inequivoca indicazione al riguardo.

l'imposta evasa in senso stretto, e non ad un opaco e onnicomprensivo «risparmio di spese» (perfino inclusivo delle sanzioni conseguenti alla scoperta dell'illecito tributario e delle altre somme dovute)⁷³. Ad ogni modo, per non snaturare la funzione ripristinatoria dell'istituto in esame, occorre evitare di duplicare sotto forma di confisca quanto eventualmente il soggetto abbia già tardivamente versato all'erario in veste di tributo. Ciò si tradurrebbe in una doppia ablazione ingiustamente afflittiva in violazione del canone del *ne bis in idem*. L'entità dell'imposta evasa, inoltre, non potrà essere determinata attraverso presunzioni, alle quali solitamente ricorrono gli organi preposti all'accertamento delle violazioni tributarie (e che assai difficilmente potranno avere accesso al processo penale), ma dovrà formare oggetto di una puntuale verifica giudiziale, applicando i parametri fissati dalla normativa tributaria di riferimento⁷⁴.

Diversamente, senza un inequivoco dettato normativo, nonché parametri valutativi in grado di appagare esigenze di tipicità e certezza probatoria nella determinazione del risparmio di spesa confiscabile, la nozione di profitto suscettibile di ablazione, anche per equivalente, deve restare confinata nella cornice concettuale ed empirica di un *effettivo incremento patrimoniale*, di un ricavo effettivamente introitato mediante il reato, dal quale – se

⁷³ Ovviamente, non si ignorano le difficoltà che incontra, nel vigente assetto normativo, l'applicazione della confisca per equivalente sui beni della società beneficiaria di un reato tributario, a cominciare dalla non appartenenza di tale figura di illecito al novero dei reati-presupposto ex d.lgs. n. 231/2001 (sul punto v. R. ALAGNA, *I reati tributari e il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 397 ss.) e dalle incertezze in merito alla possibilità di affermare la «disponibilità» – nell'accezione di cui all'art. 322-ter c.p. – dei beni sociali da parte dell'amministratore autore del reato: affermativamente, ad es., A. PERINI, voce *Reati tributari*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2008, 923; *contra*, in giurisprudenza Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, cit.; per una soluzione intermedia, R. BORSARI, *Reati tributari*, cit., 874.

⁷⁴ Da ultimo, sul punto, Cass., sez. III, 17 febbraio 2015, n. 6823. Nella fase cautelare, peraltro, la giurisprudenza si muove dal diverso assunto dell'utilizzabilità, per fondare il sequestro preventivo per equivalente, delle risultanze del verbale di accertamento dell'amministrazione finanziaria, incluse le presunzioni: cfr. Cass., sez. V, 9 aprile 2014, n. 17982, in *Dir. & Giust.*, 2014, 30 aprile 2014.

del caso – scomputare i costi che si sarebbero dovuti sopportare in condizioni di legalità⁷⁵.

In assenza di un reale accrescimento positivo della sfera patrimoniale del reo, il ricorso allo strumento ablativo della confisca rischia di slittare verso un'irragionevole e incontrollata deriva punitiva, incompatibile con i principi dello Stato di diritto.

⁷⁵ Così, Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 35748, richiamando Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

SEZIONE TERZA

PROSPETTIVE DI RIFORMA
DELLA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ
DEGLI ENTI DA REATO

ADELMO MANNA*

CONTROVERSIE INTERPRETATIVE
E PROSPETTIVA DI RIFORMA
CIRCA LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'imputazione soggettiva all'ente nel caso del reato commesso dall'organo apicale, eludendo fraudolentemente il comitato di controllo: la "dominabilità del fatto". – 3. L'autonomia e la responsabilità dell'ente nel caso in cui risulti ignoto l'autore del reato: verso la responsabilità "esclusiva" della persona giuridica? – 4. La responsabilità penale dei membri del comitato di controllo: applicabilità o no del paradigma di cui all'art. 40, cpv, c.p. – 5. Alcuni interrogativi di fondo sul comitato di controllo: da chi viene nominato? A chi risponde? Da chi viene remunerato? – 6. Cenni sul c.d. *whistleblower* in ambito societario. – 7. La necessità di combattere, in particolare la corruzione e la prospettiva di rendere più "elastici" i c.d. *compliance programs*: un'antinomia risolvibile? – 8. La natura giuridica della responsabilità da reato dell'ente e l'inversione dell'*onus probandi* nel caso di responsabilità penale degli organi apicali: contrasto con la presunzione di innocenza? – 9. Circa le sanzioni: la "ragionevolezza" o meno della limitazione alle sole sanzioni pecuniarie nel caso dei reati societari e l'eventuale estensione dei nuovi istituti, come la sospensione con la messa alla prova, anche all'ente. – 10. I reati-presupposto: la mancata differenziazione, da parte del legislatore, tra "illeciti delle associazioni" ed "associazioni illecite" e conseguenze a livello di (mancata) scelta del sottosistema più idoneo. – 11. Da un punto di vista processuale, gli aspetti controversi sono in particolare costituiti dall'unicità del difensore consentito per la persona giuridica e la conseguente, mancata parificazione con l'imputato, nonché il potere diretto di archiviazione del p.m. – 12. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Queste considerazioni si possono idealmente dividere in tre parti, la prima riguarda questioni di carattere essenzialmente in-

* Ordinario di diritto penale nell'Università di Foggia.

terpretativo, che sorgono dal d.lgs. n. 231 del 2001 in tema di responsabilità da reato degli enti; le seconde invece riguardano più propriamente questioni di legittimità costituzionale che possono anch'esse profilarsi nell'ambito della legislazione *de quo agitur*; ed infine le terze riguardano più precisamente le prospettive di riforma circa la responsabilità da reato degli enti ma, come potremo qui di seguito constatare, tali tre gruppi di questioni non sono nettamente divisi fra loro bensì strettamente interconnessi e talvolta anche interdipendenti.

2. *L'imputazione soggettiva all'ente nel caso del reato commesso dall'organo apicale, eludendo fraudolentemente il comitato di controllo: la "dominabilità del fatto"*

La prima questione di carattere interpretativo riguarda una norma assai discussa del d.lgs. 231 del 2001, cioè l'art. 6 che riguarda la responsabilità dell'ente laddove il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale. Il problema che essenzialmente si pone è quello relativo alla *ratio* di una norma così complessa, che è stato frutto di notevoli discussioni nell'ambito della Commissione ministeriale incaricata di redigere il testo del decreto legislativo, giacché si fronteggiavano due posizioni: una, di stampo civilistico, che rimarcava come il soggetto apicale agisca in nome e per conto dell'ente e, quindi, la responsabilità da reato di quest'ultimo sia sostanzialmente "automatica", o, per dirla secondo il modello francese, *par ricochet*². In seno alla

¹ Testo riveduto e ampliato, con l'aggiunta delle note, dell'Intervento alla Tavola Rotonda su: "Prospettive di riforma della disciplina della responsabilità degli enti da reato", al Convegno su: "Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti", Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Università "La Sapienza", 12-13 dicembre 2014.

² Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, spec. 56 ss. e la bibliografia ivi citata; nonché, specificamente, DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in RIDPP, 1995, 223 ss.; nonché, più ampiamente, ID., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

Commissione si è tuttavia obiettato, da altra parte della stessa, che in tal modo si sarebbe creata un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come tale in possibile contrasto con l'art. 27, comma 1°, della Costituzione, soprattutto laddove si fosse intesa la responsabilità da reato dell'ente come una responsabilità penale o, quanto meno, para-penale.

Si osservò, inoltre, come l'ottica civilistica comporti che l'impresa diventi *sempre* responsabile, nel caso in cui autore del reato sia un soggetto in posizione apicale, senza tener conto, per l'appunto, che quest'ultimo può aver eluso fraudolentemente i controlli e può, quindi, aver agito in perfetta solitudine, facendo sì che il reato venga commesso nell'ambito, però, di una società in genere sana. Siccome il soggetto in posizione apicale non ha sovra di sé alcun organo di controllo, ecco la ragione per cui altra parte della Commissione, che poi ha prevalso, ha costruito l'art. 6 nel senso che l'ente non risponde: *a)* se l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei; *b)* il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri d'iniziativa e di controllo; *c)* le persone che hanno commesso il reato hanno, per l'appunto, eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; *d)* non vi è stata comunque omessa o insufficiente vigilanza dell'organismo di controllo. Orbene, a parte i profili di legittimità costituzionale della norma in oggetto, che verranno trattati in prosieguo, si pone qui un delicato problema di carattere dogmatico, cioè la *ratio* di questa sorta di "scusante" per la persona giuridica che, in effetti, non è di facile interpretazione.

Bisogna riconoscere che è merito soprattutto del Fiorella aver intuito la vera ragione giuridica sottostante al meccanismo creato dal legislatore con l'art. 6, nel senso che, se la mancata responsabilità dell'ente si realizza anche in quanto il soggetto apicale, che ha commesso il reato, ha però "eluso fraudolentemente" i poteri di controllo posti in essere dall'ente medesimo, giustamente ne consegue come non possa affermarsi alcuna "col-

pevolezza dell'organizzazione", proprio perché il fatto di reato non è, evidentemente, "dominabile" da parte dell'ente stesso³.

Questa tesi ci sembra decisamente fondata, proprio perché l'elusione fraudolenta fa infatti comprendere come l'ente non riesca a dominare e, quindi, a controllare il fatto di reato ed è per questa ragione che non può essere ad esso addebitato, proprio perché nulla può essere rimproverato allo stesso sotto il profilo della "colpa dell'organizzazione". Si tratta, in altri termini, di un'interessante e condivisibile applicazione alla responsabilità delle persone giuridiche della ben nota tesi della "dominabilità del fatto", sviluppata a suo tempo nella dottrina tedesca da Roxin in materia di concorso di persone nel reato⁴.

3. *L'autonomia e la responsabilità dell'ente nel caso in cui risulti ignoto l'autore del reato: verso la responsabilità "esclusiva" della persona giuridica?*

Altro problema, questa volta non solo di ordine dogmatico ma che apre un'interessante prospettiva di riforma, è quello relativo al successivo art. 8, che, com'è noto, attiene all'autonomia della responsabilità dell'ente. Ciò che qui, in particolare, rileva è la lettera *a*) del comma 1 della norma in oggetto ed in particolare l'ipotesi in cui l'ente è responsabile anche laddove l'autore del reato non sia stato identificato. Orbene, la *ratio* della norma va fatta risalire all'ipotesi originaria, successivamente non confermata al varo definitivo del decreto legislativo, ma solo successivamente introdotta, in cui la responsabilità dell'ente era estesa anche ai reati ambientali nell'ambito dei quali sovente può avvenire che non sia possibile individuare l'autore materiale del reato medesimo. Ciò, però, ha suscitato un'interessante prospettiva di

³ FIORELLA, *From "Macro-Antropos" to "Multi-Person Organisation". Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in ID. (edited by), *Corporate criminal liability and compliance programs*, II, *Towards a common model in the European Union*, Napoli, 2012, 373 ss. e, quivi, 398 ss.; dello stesso v. già, in tema di dominabilità del fatto, ID., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 770 ss.

⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherschaft*, Berlin-New-York, 2000.

riforma da parte della dottrina, in particolare con riguardo ai processi relativi ai c.d. *mass disasters*, ove il ricorso a reati di danno rende, in effetti, una *probatio diabolica* quella relativa al nesso di causalità, per cui un'autorevole esponente della dottrina, purtroppo di recente scomparso, aveva prospettato in tali ipotesi la rinuncia al diritto penale, con il ricorso, invece, all'illecito amministrativo, oppure, anche, alla responsabilità aquiliana⁵. Tale tesi, tuttavia, non ci ha mai convinto, perché proprio in tali processi, che spesso si elevano agli onori della cronaca, anche per il numero considerevole di vittime, v'è da replicare come l'illecito amministrativo notoriamente soffre di *deficit* di effettività, mentre l'illecito civile comporta, in genere, che il giudice irroga sanzioni risarcitorie non di particolare levatura, proprio perché da noi non ha granché attecchito l'esperienza nord americana dei c.d. *punitive or exemplary damages*⁶. Ecco quindi che in altro settore della dottrina va avanzandosi la tesi in primo luogo del ricorso a reati di pericolo, *by* passando così la prova del nesso causale, ma, soprattutto, di una chiara tendenza verso una responsabilità "esclusiva" dell'ente, con importanti modelli cui ispirarsi, come, in particolare, il *corporate killing Act* inglese che, per l'appunto, nel caso di morte o lesioni a causa di infortuni sul lavoro, prevede una responsabilità esclusiva dell'ente, prescindendo cioè totalmente dalla responsabilità delle persone fisiche⁷.

Si tratta, quindi, di verificare se il legislatore intenderà seguire o no questa prospettiva di riforma, perché, se da un lato concentra tutto il peso della responsabilità da reato sull'ente, con evidenti vantaggi soprattutto a livello probatorio, per altro verso l'esonero dalla responsabilità penale delle persone fisiche po-

⁵ STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

⁶ Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 2°, Padova, 2012, 209 ss.

⁷ Cfr. TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *RTDPE*, 2009, 255 ss. e spec. 261 ss.; della stessa v. anche ID., *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2014; nonché PLANTAMURA, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, 105 ss.

trebbe comportare una sorta di loro “deresponsabilizzazione” anche a livello aziendale.

4. *La responsabilità penale dei membri del comitato di controllo: applicabilità o no del paradigma di cui all’art. 40, cpv, c.p.*

Altro profilo in particolare di carattere dogmatico riguarda una problematica che anche di recente si è affacciata in talune Procure della Repubblica, in particolare del Nord Italia, e cioè se possa o no sussistere una responsabilità penale dei membri del comitato di controllo per omesso impedimento dell’evento, *ex art. 40, cpv., c.p.*, laddove, ben inteso, il comitato di controllo non abbia svolto fino in fondo la sua funzione e quindi abbia in un certo senso facilitato l’elusione fraudolenta dell’organo apicale che ha successivamente commesso il reato⁸. Il problema non è affatto di poco momento ed anzi coinvolge una delle questioni più delicate in materia di reati omissivi impropri, ovverosia il senso ed i limiti dell’obbligo giuridico di impedire l’evento, della c.d. posizione di garanzia, in particolare della posizione di controllo, dalle fonti di pericolo⁹. Più in particolare, siamo dell’avviso che non sia configurabile una responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento e ciò per le seguenti ragioni. In primo luogo pensiamo che la funzione del comitato di controllo si esaurisca in un obbligo di sorveglianza, che non equivale affatto alla ipostatizzazione, nei confronti dello stesso, di una posizione di controllo, in quanto, come bene ha dimostrato la Leoncini, trattasi di due obblighi giuridici profondamente diversi¹⁰.

⁸ Pongono, in dottrina, tali problemi, ASSUMMA, *Principi generali della nuova disciplina. Modelli organizzativi dell’impresa e responsabilità dell’organo di controllo*, Relazione al Seminario di Studio su: “*La responsabilità in sede penale delle imprese e degli enti pubblici economici. La riforma dei reati societari*”, Roma, 11 dicembre 2001; nonché, successivamente, CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia; mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002, 217-218.

⁹ In argomento, per tutti, nella manualistica, cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7°, Bologna, 2014, 626 ss. e la bibliografia ivi citata.

¹⁰ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

La dimostrazione di quanto stiamo assumendo si ricava dal fatto che, se davvero i membri del comitato di controllo fossero titolari di una posizione di garanzia nel senso precedentemente sostenuto, ne conseguirebbe inevitabilmente che sugli stessi graverebbe un obbligo giuridico di impedire l'evento, che però, nel caso di specie, non può che consistere nel reato commesso dall'organo apicale. Stando così la questione non v'è chi non veda come un'estensione della responsabilità penale *per omissionem* ai membri del comitato di controllo integrerebbe, a ben considerare, una sorta di analogia *in malam partem*, in quanto tali soggetti verrebbero sostanzialmente equiparati agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria, che invece costituiscono gli unici soggetti, *ex art. 55 c.p.p.*, deputati ad impedire la commissione di reati.

Anche in questo caso bisogna quindi stare molto attenti ad individuare troppo semplicisticamente quelle che sono state giustamente definite “fantomatiche” posizioni di garanzia¹¹, in quanto, ragionando diversamente, si rischia fundamentalmente di mettersi in rapporto di tensione con lo stesso principio di stretta legalità.

5. *Alcuni interrogativi di fondo sul comitato di controllo: da chi viene nominato? A chi risponde? Da chi viene remunerato?*

Dobbiamo in questa sede risolvere altresì alcuni ulteriori interrogativi di non poco momento, che sono stati posti da attenta dottrina¹², circa il ruolo e le funzioni esercitate dal comitato di controllo. Tali interrogativi, infatti, si sono giustamente posti nel silenzio del legislatore, per cui la relativa soluzione potrebbe essere attualmente presa in considerazione anche dal legislatore

¹¹ In tal senso, giustamente, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.

¹² Cfr. in particolare DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, spec. 333-338; nonché già Id., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *DPP*, 2001, 1348 ss. e, spec. 1351-1352.

medesimo per un'eventuale integrazione del dato normativo, affinché lo stesso non generi pericolosi equivoci.

Il primo problema che si è posto è quello relativo alla stessa nomina del comitato di controllo, in quanto crediamo di essere nel giusto laddove riteniamo che lo stesso non possa essere nominato dal consiglio di amministrazione, giacché altrimenti sussiste il fondato rischio di creare una c.d. struttura interna che sia "alle dipendenze" del consiglio di amministrazione medesimo, con conseguente rischio non solo di conflitto di interessi, ma anche e, conseguentemente, di ineffettività. Ecco la ragione per la quale riteniamo preferibile che il comitato medesimo venga invece nominato dall'assemblea dei soci, ove infatti la nomina stessa risulta il frutto di una sintesi tra l'opinione della maggioranza e quella della minoranza assembleare.

Un secondo interrogativo riguarda a chi debba rispondere il comitato in questione giacché è stato giustamente rilevato dalla stessa De Maglie come, laddove i referenti fossero l'assemblea dei soci o l'autorità giudiziaria, ciò recherebbe pregiudizio alle esigenze di segretezza su cui si fonda l'efficacia dei c.d. *compliance programs*. Ecco la ragione per cui riteniamo in primo luogo che le esigenze di segretezza debbano comunque essere bilanciate con l'obiettivo del perseguimento dei reati e, conseguentemente, che la funzione precipua del comitato di controllo debba pertanto integrare una posizione di "filtro" nell'ambito societario, nel senso, in particolare, di avvertire gli organi sociali che, seguendo determinate direttive, sussiste il fondato rischio della commissione di fatti penalmente rilevanti e quindi riteniamo che questa sia l'essenziale funzione di sorveglianza che debba esercitare il comitato di controllo medesimo¹³.

Da ultimo, per quanto riguarda la questione relativa al soggetto che debba remunerare il comitato di controllo, crediamo sia opportuno che ciò avvenga da parte delle società nel suo complesso, e quindi non già da parte di un singolo organo della

¹³ Sia, in argomento, consentito il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, etc., cit., 59-60.

stessa, come spese imputabili al medesimo, giacché, altrimenti, si rischierebbe di nuovo di produrre una situazione di “conflitto di interessi” che nuocerebbe non solo al funzionamento, ma anche alla necessaria indipendenza ed autonomia del comitato di controllo.

6. *Cenni sul c.d. whistleblower in ambito societario*

Analizziamo ora un recente fenomeno di origine nord-americana, il *whistleblowing*, che letteralmente significa “soffiare il fischiello” e consiste nella denuncia di pratiche aziendali che violino leggi, regolamenti interni o altre disposizioni legali, oppure *standards* etici¹⁴.

Il soggetto, o i soggetti, in questione potrebbero quindi costituire un ulteriore, rilevante, ausilio, oltre il già analizzato organo di controllo, allo scopo di evitare che nell’ambito dell’impresa vengano commessi fatti penalmente rilevanti. Orbene l’art. 1, comma 51, della L. 6 novembre 2012 n. 190, recante: “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità della pubblica amministrazione*” ha già introdotto nell’ordinamento italiano la figura in oggetto, in quanto l’anzidetta disposizione si riferisce al “dipendente pubblico che segnala illeciti”, offrendo ad esso una parziale forma di tutela.

Inserendo, infatti, un nuovo art. 54-*bis* nel decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, si è stabilito che il pubblico dipendente che denuncia all’autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato, né sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. Inoltre, nell’ambito del procedimento disci-

¹⁴ In argomento, da ultimo, DI BITONTO, *Sulla ricostruzione giudiziaria della corruzione internazionale*, in DEL VECCHIO - SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, 181 ss. e, quivi, 189 ss.

plinare relativo alle condotte suindicate, l'identità del segnalante non può essere rivelata senza il suo assenso sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti ed ulteriori rispetto alla segnalazione. Nel diverso caso, invece, in cui la contestazione sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione, la predetta identità potrà essere rivelata, laddove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. Da ultimo, l'eventuale adozione di misure discriminatorie deve essere segnalata, per i provvedimenti di competenza, al Dipartimento della funzione pubblica, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione ove tali provvedimenti sono stati posti in essere. Si è, infine, stabilito che la denuncia è sottratta all'accesso ai documenti amministrativi, di cui alla L. n. 241/1990.

Come può, dunque, arguirsi sussiste già una disciplina dell'istituto, ma nell'ambito della pubblica amministrazione, per cui bisogna ora verificare se l'istituto in oggetto possa essere utilmente esteso anche alla responsabilità da reato degli enti, soprattutto in ambito societario¹⁵. Sotto questo profilo, se da un lato la disciplina italiana tende chiaramente a proteggere il soggetto che denuncia da ritorsioni o da attività di *mobbing*, bisogna, però, per altro verso, anche nell'ambito di un eventuale procedimento disciplinare intraziendale, accertarsi effettivamente se il denunciante si riferisca a fatti veri, oppure utilizzi il suo ruolo per vendette o ritorsioni di carattere personale. Ecco quindi la ragione per cui riteniamo che anche nel procedimento disciplinare intraziendale sia utile che venga svelata l'identità del denunciante, in modo tale che l'incolpato possa adeguatamente difendersi conoscendo non solo il capo d'incolpazione che gli viene mosso ma anche la fonte dell'incolpazione medesima, sempre, ben inteso, che ciò non danneggi le esigenze di protezione del *whistle-blower*.

¹⁵ Cfr. in argomento in particolare NIETO MARTIN, *Internal Investigation, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in MANACORDA - CENTONZE - FORTI (ed. by), *Preventing Corporate Corruption - The Anti-Bribery Compliance Model*, Heidelberg, 2014, 69 ss. e, quivi, 74.

Ciò, a maggiore ragione, non può non valere nell'ambito del processo penale, per la fondamentale ragione che addirittura nell'ambito di tale processo è dal codice di rito bandita ogni forma di anonimo¹⁶, per cui, anche se sussiste una discutibile tendenza giurisprudenziale per cui la *notitia criminis* anonima serve comunque ad iniziare le indagini, va però in ogni caso assicurato che già in sede di interrogatorio dell'indagato, come peraltro prescrive il codice di rito, siano contestate a quest'ultimo le accuse che gli vengono mosse ed anche le fonti di prova, a meno che ciò non nuoccia al segreto delle indagini, che viene comunque a cadere con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. In sintesi, il nuovo istituto, laddove lo si voglia introdurre anche in ambito societario, va disciplinato con grande accuratezza, perché bisogna, da un lato, tutelare il denunciante da possibili ritorsioni ma, dall'altro, consentire all'incolpato e, in seguito, eventualmente ed a maggior ragione, anche se indagato, la più ampia facoltà di difesa nei confronti delle accuse che gli vengono mosse.

7. *La necessità di combattere, in particolare la corruzione e la prospettiva di rendere più "elastici" i c.d. compliance programs: un'antinomia risolvibile?*

Un altro profilo che si collega idealmente a quanto sinora osservato, cioè alla individuazione degli strumenti più idonei a combattere la corruzione, pure mediante la responsabilità da reato degli enti, è quello relativo al "costo" del sistema ideato dal legislatore con la 231 del 2001. Di recente, infatti, si è sostenuto come il sistema di responsabilità da reato degli enti, che indubbiamente costituisce una delle normative più rigorose per le imprese, comporta però notevoli costi di gestione, sia per quanto riguarda la nomina del comitato di controllo, sia per quanto at-

¹⁶ Cfr., per quanto riguarda le denunce anonime quanto disposto dall'art. 333, comma 3°, c.p.p.; più in generale, in argomento, MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima. Le coordinate del dibattito sovranazionale e le novità introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 136/2010*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 dicembre 2011.

tiene all'adozione dei *compliance programs*. In questa prospettiva si avverte il rischio, ritenuto niente affatto remoto, da un lato di penalizzare le imprese italiane sul piano della concorrenza e, dall'altro, di scoraggiare i già recalcitranti investitori stranieri dall'operare nel nostro Paese, a causa del fatto che essi possono valutare "ingiustificato ed eccessivamente oneroso prevedere una struttura organizzativa *ad hoc* solo sulla base di un ingresso nel mercato giuridico italiano"¹⁷.

Sembra tuttavia di poter ravvisare una certa quale dose di antinomia tra la prospettiva di combattere la corruzione con strumenti sempre maggiormente efficaci, proprio sul presupposto che la corruzione non incide soltanto sull'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione, *ex art. 97 Cost.*, ma anche profondamente sulla concorrenza e quindi, in definitiva, sulla situazione economica di un determinato Paese, da un lato, e, dall'altro, rendere più "elastici" i presupposti della responsabilità dell'ente non solo con riferimento ai *compliance programs*, ma soprattutto con riguardo alla istituzione dei comitati di controllo. Non va infatti sottovalutata la circostanza per cui la creazione del comitato di controllo, circa la responsabilità penale degli organi apicali, non solo consente, *inter alios*, di escludere la responsabilità da reato dell'ente, ma è funzionale altresì ad una gestione *in bonis* dell'impresa, che è pertanto funzionale proprio ad evitare la commissione di reati così gravi e con effetti così pesanti sull'economia come, per l'appunto, la corruzione. Stesso discorso, naturalmente, va fatto per l'adozione dei *compliance programs*, in quanto sicuramente anch'essi costituiscono un costo non indifferente per l'impresa ma mentre nell'ordinamento nord-americano servono soltanto a diminuire la pena, nel sistema italiano, se adottati prima della commissione

¹⁷ Così, testualmente, ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in RIDPP, 2005, 564; nonché, su analoga falsariga, più di recente, SEVERINO, "Omogeneizzazione" delle regole e prevenzione dei reati: un cammino auspicato e possibile, in AA.VV., *First Colloquium. Corporate criminal liability and compliance programs*, Napoli, 2012, 427 ss.; nonché, da ultimo, SCAROINA, *Corruzione e responsabilità del gruppo di imprese*, in DEL VECCHIO - SEVERINO, *op. cit.*, 71 ss. e, quivi, 77-78.

del reato, sono addirittura funzionali ad escludere la responsabilità da reato dell'ente, mentre, se sono adottati dopo, servono comunque ad evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive, per consentire soltanto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. In altri termini, la rigidità del sistema prefigurato con la 231 del 2001 possiede una precisa *ratio* e, soprattutto, un "messaggio" che con il decreto legislativo si è inteso trasmettere al mondo delle imprese, cioè che "il reato non paga".

Per analoghe ragioni confermiamo le perplessità circa una proposta di modifica del decreto legislativo 231/2001, elaborata con il contributo dell'AREL e della *Price Waterhouse Coopers* e, successivamente, diventato un Progetto di legge governativo che, in particolare, aveva l'obiettivo di trasferire il giudizio sull'idoneità dei modelli di organizzazione e, quindi, in definitiva, quello sulla sussistenza della colpa di organizzazione, dal giudice penale a società private, che avrebbero dovuto certificare l'idoneità dei modelli organizzativi a loro sottoposti, per prevenire il rischio della commissione dei reati¹⁸.

Orbene, anche se, onde evitare pericolosi "conflitti d'interesse" si potrebbe ricorrere ad un elenco di società "di controllo", dal quale sorteggiare quella incaricata alla verifica dell'idoneità del modello organizzativo ad esso sottoposto, riteniamo comunque preferibile che della questione si occupi ancora il giudice penale proprio perché, essendo il modello organizzativo funzionale all'intero meccanismo relativo alla responsabilità da reato dell'ente, che si coniuga, nell'ambito del *simultaneus processus*, con la responsabilità penale del dipendente o del dirigente dell'impresa, il giudice penale medesimo fornisce, almeno a nostro avviso, maggiori vantaggi in tema sia di efficienza che, soprattutto, di garanzia¹⁹.

¹⁸ In argomento FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 267 ss. e, quivi, 274 ss.

¹⁹ Analogamente ed autorevolmente, FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore*

8. *La natura giuridica della responsabilità da reato dell'ente e l'inversione dell'onus probandi nel caso di responsabilità penale degli organi apicali: contrasto con la presunzione di innocenza?*

Una delle tematiche in genere ricorrenti quando ci si accinge ad analizzare la responsabilità da reato dell'ente è quella di interrogarsi sulla natura giuridica di tale responsabilità: ciò, si badi, almeno a nostro avviso, non significa affatto porsi un problema di indole squisitamente classificatoria, giacché dalla risoluzione di tale questione discendono, ovviamente, conseguenze di non poco momento, soprattutto in ordine all'applicabilità o no dei principi costituzionali in materia penale anche *in subiecta materia*.

In argomento va rilevato come la rubrica si riferisca ad una responsabilità "amministrativa", ma, com'è noto, la rubrica stessa non vincola l'interprete, tanto è vero che nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo in oggetto ci si riferisce ad una sorta di *tertium genus*, ovverosia una forma ibrida di responsabilità, che assume in sé alcune caratteristiche della responsabilità amministrativa ed altre, viceversa, della responsabilità penale.

Pur tuttavia, in linea generale, ci sia consentito un garbato rilievo critico agli estensori della Relazione, giacché è risaputo a livello ermeneutico come l'utilizzazione della categoria del *tertium genus* nasconda, il più delle volte, l'incapacità o la non volontà del legislatore di propendere per una strada, piuttosto che per un'altra.

I più recenti contributi dottrinari sul tema, però, sono tutti nel senso che la responsabilità da reato dell'ente costituisca una vera e propria responsabilità penale o, al limite, para-penale²⁰. Se, dunque, a dispetto delle "etichette", siamo di fronte ad una

del male?, in *Cass. pen.* 2010, 4033 ss., ove è riportato in appendice anche il testo dello Schema di disegno di legge trattato.

²⁰ Così, ad es., MOSCARINI, *Il procedimento penale contro le società*, in DEL VECCHIO - SEVERINO, *op. cit.*, 152 ss.; FANUELE, *Archiviazione e riapertura delle indagini nel procedimento de societate*, in *ibid*, 208 ss.; e soprattutto, nella manualistica, FIANDACA - MUSCO, *op. cit.*, 174 ss., cui si rinvia anche per la numerosa bibliografia ivi citata.

vera e propria responsabilità penale, ne consegue che in materia bisogna anche applicare le disposizioni penalistiche contenute nella Carta costituzionale, con particolare riguardo, per quel che qui rileva, alla presunzione di innocenza. Ci si deve infatti a questo punto interrogare proprio sull'art. 6 del d.lgs. 231/2001, cioè sull'inversione dell'*onus probandi*, nel senso che spetta alla società e non già al pubblico ministero dimostrare la mancanza della c.d. colpa dell'organizzazione, per avere adempiuto a tutti i requisiti previsti dalla norma in oggetto.

Parrebbe, dunque, almeno *prima facie*, un *vulnus* all'art. 27, comma 2, della Costituzione²¹, che, tuttavia, almeno a nostro avviso, non si rivela tale per due fondamentali ragioni.

La prima riguarda l'*iter* legislativo e, soprattutto, la *ratio* dell'art. 6 che, come abbiamo in precedenza ricordato, era proprio quella di evitare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come tale in contrasto con l'art. 27, comma 1°, della Costituzione, se si fosse adottata sul modello civilistico, o su quello francese, la responsabilità "automatica" dell'impresa nel caso del reato commesso dall'organo apicale, che, com'è noto, agisce "in nome e per conto" dell'impresa medesima. Per evitare ciò, si è, dunque, costruito quel complesso, e, per certi versi, anche "macchinoso", sistema, delineato dall'art. 6, che tuttavia, ad un più approfondito esame, a nostro giudizio non dà luogo ad un'inversione dell'onere della prova in senso proprio, perché non si tratta della prova di un elemento costitutivo di un reato, bensì, al contrario, della dimostrazione di una sorta di "scusante" a favore della persona giuridica, per cui, in ciò seguendo il noto insegnamento della giurisprudenza costante della Suprema Corte di Cassa-

²¹ In argomento, da ultimo, DI BITONTO, *Sulla ricostruzione giudiziaria*, etc., cit., 190 ss., con riferimenti anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; nonché già FIORELLA - VALENZANO, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E.*, in AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale «globalizzato»*, Roma, 4-5 aprile 2014, (atti in corso di pubbl.), su cui sia consentito, "in replica", il rinvio a MANNA, "Costanti" e "variabili" della responsabilità da reato degli enti nell'era della globalizzazione, in *www.archiviopenale.it*, fasc. 2, maggio-agosto 2014.

zione, non trattasi di un'inversione *dell'onus probandi*, bensì, soltanto, dell'adempimento da parte dell'ente, di un "onere di allegazione". Ciò nel senso che, se l'ente ha interesse ad escludere la sua responsabilità da reato, che in genere è dimostrata per il solo fatto che trattasi di un organo apicale – che, lo si ribadisce, di regola agisce "in nome e per conto" dell'ente medesimo – può "evadere" dai rigori della norma se riesce a dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti di quella "scusante", di cui all'art. 6, che, come tale, ha la capacità di escludere la c.d. colpa dell'organizzazione.

Se dunque si accede a quest'ultimo tipo di interpretazione, siamo persuasi che non sussista alcun *vulnus* sia all'art. 27, comma 2°, della Costituzione, che anche alla similare normativa applicata dalla Corte Europea di Strasburgo, perché è ciò che sostanzialmente avviene anche in materia di scriminanti, ove anche nella concreta prassi giudiziaria è nell'interesse dell'imputato dimostrare la sussistenza della scriminante medesima, che, infatti, di regola verrà provata dallo stesso imputato e ben più raramente dal pubblico ministero.

Ciò, naturalmente, non significa affatto negare la valenza delle norme processuali che stabilisce l'assoluzione per insufficienza della prova anche nel caso delle scriminanti o delle scusanti, giacché una cosa è il mancato raggiungimento della piena prova della sussistenza della causa di esclusione del reato, altra e ben diversa è a chi spetti l'onere della dimostrazione della sussistenza della causa di esclusione del reato, che non può che essere trattato, come problema ermeneutico, diversamente rispetto a quello relativo all'onere della prova degli elementi costitutivi del reato per la semplice, ma decisiva ragione che si tratta di norme giuridiche di natura tutt'affatto diversa, in quanto queste ultime appartengono al *genus* delle norme incriminatrici e le prime co-

²² In tal senso, per tutti, autorevolmente MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in RIDPP, 1983, 1190 ss.; nonché già nello stesso senso G. VASSALLI, *Limiti al divieto di analogia in materia penale. Norme penali e norme eccezionali*, Milano, 1942.

stituiscono, invece, secondo un'opinione ormai largamente condivisa, norme generali dell'intero ordinamento giuridico²². La dimostrazione della bontà del nostro assunto la ricaviamo anche dall'atteggiamento della Corte costituzionale, che, laddove ha dichiarato illegittima una norma penale, per contrasto con la presunzione d'innocenza, lo ha *sempre* effettuato con riguardo alle norme incriminatrici²³, come, ad es., dimostra il caso dei c.d. reati di mero sospetto e giammai con riguardo a norme scriminanti o scusanti.

9. *Circa le sanzioni: la "ragionevolezza" o meno della limitazione alle sole sanzioni pecuniarie nel caso dei reati societari e l'eventuale estensione dei nuovi istituti, come la sospensione con la messa alla prova, anche all'ente*

Per quanto riguarda più in particolare la questione relativa all'apparato sanzionatorio previsto dalla 231/2001 per i reati-presupposto, va evidenziata una questione particolare, che potrebbe però risultare di legittimità costituzionale, per contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza²⁴. Intendiamo riferirci al fatto che, mentre per tutti gli altri reati-presupposto, il sistema sanzionatorio prevede per l'ente l'applicazione sia di sanzioni interdittive che di sanzioni pecuniarie, oltre, ben inteso, la pubblicazione della sentenza di condanna e l'amministrazione giudiziaria, per quanto riguarda i reati societari il legislatore invece di prospettare anche per questi ultimi sia le sanzioni interdittive che quelle pecuniarie, si è limitato, davvero inspiegabil-

²³ Cfr., ad es., per quanto riguarda i c.d. reati di "mero sospetto", Corte cost., sent. N. 14 del 2 febbraio 1971, con riferimento all'art. 707 c.p. e Corte cost., sent. n. 110 del 19 luglio 1968 e, infine, Corte cost., sent. n. 370 del 2 novembre 1996, che ha definitivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p., per contrasto proprio con la presunzione d'innocenza. In dottrina, risulta sempre attuale il saggio di COPPI, *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 330 ss.

²⁴ In argomento, da ultimo, DODARO, *Uguaglianza e diritto penale - Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

mente, a prevedere l'irrogazione all'ente soltanto di sanzioni di carattere pecuniario. Né può valere, come *razionale* giustificazione, il fatto che con la assai discussa "controriforma" del 2002²⁵ il legislatore abbia notevolmente depotenziato i reati societari medesimi, a partire dalle false comunicazioni sociali, perché già questa non sarebbe una ragione sufficiente a limitare in pratica alle sole sanzioni pecuniarie l'apparato sanzionatorio previsto per le persone giuridiche, ma, di contro, va aggiunto che comunque sono rimasti reati anche di un certo rilievo, soprattutto perché perseguibili d'ufficio, come ad esempio l'"*Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*", ex art. 2638 c.c., che prevede anche un apparato sanzionatorio di tutto rilievo. La limitazione, quindi, alle sole sanzioni pecuniarie applicabili alle persone giuridiche nel caso di reati societari costituisce un *unicum* nel panorama dei reati presupposto, che tuttavia, per le motivazioni dianzi accennate, risulta del tutto irragionevole e, quindi, crea una disparità di trattamento, rilevante ex art. 3 Cost., con l'apparato sanzionatorio più completo previsto, invece, per tutti gli altri reati presupposto²⁶.

Una seconda questione che intendiamo affrontare con riguardo all'apparato sanzionatorio, attiene, invece, alle prospettive di riforma, giacché in effetti appare assai convincente l'intervento in questa sede del collega Masucci²⁷. Quest'ultimo infatti ha proposto l'estensione alla responsabilità da reato degli enti di istituti già da tempo esistenti nel codice penale, quale la sospensione condizionale della pena, oppure, in particolare, istituti di nuovo conio, come la recente introduzione della sospensione con la messa alla prova²⁸. La proposta, ad una prima, ma superficiale

²⁵ Sui "nuovi" reati societari, cfr., nella manualistica, MARUOTTI, *I reati societari*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, etc., cit., 89 ss. con ivi la numerosa bibliografia citata, cui pertanto, per eventuali maggiori approfondimenti, anche si rinvia.

²⁶ Condivide tale rilievo anche ZANNOTTI, *Intervento alla Tavola Rotonda su: "Prospettive di riforma della disciplina della responsabilità degli enti da reato"*, etc., cit.

²⁷ M. MASUCCI, *Intervento alla Tavola Rotonda su: "Prospettive*, etc., loc. cit.

²⁸ In generale sulla riforma relativa al c.d. sovraffollamento delle carceri cfr. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in

analisi, potrebbe apparire addirittura eterodossa, in quanto sia la sospensione condizionale della pena, che la sospensione con messa alla prova, sembrano riguardare essenzialmente persone fisiche e non già persone giuridiche. Se, tuttavia, ci si libera da una visione eccessivamente “antropomorfica” degli istituti in questione, ci si può rendere conto come gli stessi ben possono risultare utili, a livello sanzionatorio, anche per le persone giuridiche, in quanto, circa la sospensione con messa alla prova, ben può la persona giuridica, attraverso i suoi dipendenti, svolgere lavori a favore della comunità e, attraverso i suoi organi, decidere anche forme risarcitorie per la vittima. Altrettanto, sotto quest’ultimo profilo, è a dirsi anche per la sospensione condizionale della pena, se, però, aggiungiamo noi, la stessa si trasformi finalmente da “grazia giudiziale” in “*probation* giudiziale”, nel senso che la stessa sospensione condizionale della pena debba essere, anche con riguardo a reati commessi per la prima volta, subordinata *obbligatoriamente* ad attività *lato sensu* risarcitorie a favore della vittima, che per la persona giuridica potrebbe estendersi, ad esempio, utilmente, al ripristino della falda acquifera inquinata, nel caso di reati ambientali, *aut similia*²⁹.

D’altro canto, anche i riferimenti costituzionali, come l’art. 27, commi 1° e 3°, Cost., necessariamente si sono dovuti interpretativamente “adattare” al nuovo principio “*societas delinquere et puniri potest*”, dato che, altrimenti, non solo il contrasto con tali norme, se fossero state ancora intese secondo il loro significato originario, sarebbe stato inevitabile, ma soprattutto l’interprete avrebbe perso un’importante occasione per una necessaria interpretazione “evolutiva”, in primo luogo proprio delle norme costituzionali³⁰.

C. CONTI - MARANDOLA - VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 145 ss.; nonché, più specificatamente, SCARCELLA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *ibid*, 339 ss.

²⁹ Sulla sospensione condizionale della pena, e le relative prospettive di riforma, sia consentito, nella manualistica, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale*, etc., cit., 511 ss., e la bibliografia ivi citata.

³⁰ In argomento cfr., ad esempio, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005,

10. *I reati-presupposto: la mancata differenziazione, da parte del legislatore, tra “illeciti delle associazioni” ed “associazioni illecite” e conseguenze a livello di (mancata) scelta del sottosistema più idoneo*

La questione, tuttavia, a nostro avviso, più spinosa, che riguarda in particolare gli “aggiornamenti” al d.lgs. 231 del 2001, con riguardo ai reati-presupposto, riguarda proprio l’elencazione di questi ultimi, giacché il legislatore, nei successivi interventi, non ha affatto mostrato una linea di politica criminale unitaria e coerente, soprattutto con la funzione originaria della responsabilità dell’ente, che non poteva che essere chiaramente quella della c.d. criminalità del profitto. Il legislatore, al contrario, ha inserito nell’ambito dei reati-presupposto, fattispecie le più diverse, che sovente nulla hanno a che vedere con la criminalità d’impresa e, quindi, con la criminalità del profitto. Se infatti sicuramente rientrano nell’alveo originario l’art. 24, riguardante l’indebita percezione di erogazioni e la truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico, etc., oppure l’art. 24-*bis*, ovverosia i delitti informatici ed il trattamento illecito di dati, nonché, *ex art.* 25, la concussione e l’induzione indebita a dare o promettere e la corruzione, a cui si possono senz’altro aggiungere i delitti contro l’industria e il commercio (art. 25-*bis*¹) nonché, ovviamente, i reati societari (art. 25-*ter*) e gli abusi di mercato (art. 25-*sexies*) e, da ultimo, l’omicidio e le lesione colpose commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*), la ricettazione, il riciclaggio e il reimpiego (art. 25-*octies*), i delitti in materia di violazione del diritto d’autore (art. 25-*novies*) ed i reati ambientali (art. 25-*undecies*), suscitano invece non poche perplessità altre fattispecie criminose, che anch’esse fungono come reati presupposto.

Intendiamo riferirci, in primo luogo, ai delitti di criminalità organizzata (art. 24-*ter*) ed, in secondo luogo, alle falsità in monete ed in carte di pubblico credito (art. 25-*bis*), etc., nonché i

³ ss.; nonché già DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in RIDPP, 2001, 1126 ss.

delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*), le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-*quater*¹), i delitti contro la personalità individuale (art. 25-*quinquies*) e, infine, qualche dubbio resta sull'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 25-*duodecies*) perché, in effetti, *re melius perpensa*, potrebbero riguardare la responsabilità d'impresa, laddove, ben inteso, li abbia assunti.

Si ha, in altri termini, la fondata impressione che il legislatore abbia confuso, circa quest'ultima categoria di reati-presupposto, tra “*associazioni illecite*” e “*illeciti delle associazioni*”³¹, nel senso che la responsabilità da reato degli enti non può che riguardare questa seconda categoria, giacché l'impresa non può certo essere parificata o considerata un'associazione illecita, bensì, al contrario, è ovviamente del tutto lecita, solo che, nel suo ambito, sono stati commessi reati da parte o del dipendente, oppure dell'organo apicale e per questo scatta la responsabilità da reato dell'ente, di cui alla 231 del 2001. Unica eccezione potrebbe profilarsi nel caso di una società costituita al solo fine di commettere reati, come nel caso del riciclaggio, ma allora è adeguata la sanzione più grave, cioè a dire lo scioglimento della società medesima.

Nell'altra categoria di reati, cioè quella qui in discussione, non siamo invece in presenza di associazioni lecite, bensì, di associazioni *ab origine* illecite, cioè quella che nei codici penali ottocenteschi venivano definite “*le associazioni dei malfattori*” e che, attualmente, hanno assunto diverse configurazioni, a partire da quella, paradigmatica, di cui all'art. 416 c.p.

Fra l'altro, diventa estremamente problematico applicare la normativa di cui qui trattasi, a livello processuale, nel caso del secondo tipo dei reati-presupposto perché, se si fa l'esempio del falso nummario, è evidente che non sarà commesso da un'impresa, bensì da persone fisiche, c.d. falsari, che possono concor-

³¹ In argomento, autorevolmente ed esaustivamente, PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in RIDPP, 1976, 422 ss.

rere nella commissione di tale tipo di reato o addirittura costituire all'uopo un'associazione per delinquere, che però certamente non possiederà né atto costitutivo, né statuto e, quindi, non avrà nemmeno un rappresentante legale che possa stare in giudizio per l'associazione stessa. Altrettanto, ovviamente, è a dirsi per quanto riguarda i delitti di criminalità organizzata, e, si potrebbe anche aggiungere, quello relativo alle pratiche di mutilazione di organi genitali femminili, che costituiscono più un delitto "culturalmente orientato"³², nel senso di una pratica che cittadini stranieri hanno, per ragioni, in particolare, di carattere religioso, importato nel nostro Paese e che coinvolge, quindi, problematiche del tutto diverse³³.

È pur vero, come è stato anche in questa sede rilevato³⁴, che l'inserimento fra i reati-presupposto sovente è avvenuto a causa dell'adempimento, da parte dello Stato italiano, di precisi obblighi di carattere comunitario, ma ciò non toglie che, almeno a nostro avviso, è errato il collocamento nel "sottosistema" relativo alla responsabilità da reato dell'ente, perché, ad esempio, il riferimento ai delitti di criminalità organizzata, non può che attere, più propriamente, al correlativo sottosistema e non già a quello di cui alla 231 del 2001³⁵.

È pur vero che proprio la proliferazione del modello dei c.d. sottosistemi penali presenta comunque un serio inconveniente, che è quello del rischio del mancato rispetto dei principi generali in materia penale, ma l'ormai accertata, e forse definitiva, crisi del

³² In argomento cfr. in particolare DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

³³ Nella manualistica, di recente, mostrano analogamente talune perplessità circa qualche figura di reato inserita fra i c.d. reati-presupposto "che può apparire incongrua o poco compatibile con la logica della responsabilità degli enti (come ad esempio nel caso macroscopico, già accennato, delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili)", FIANDACA - MUSCO, *op. cit.*, 179.

³⁴ Da ZANNOTTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ Sui sottosistemi penali cfr., per tutti, FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in DPP, 2001, 137 ss.; nonché ID., *Relazione introduttiva*, in DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 1 ss.

modello tradizionale di codice penale, non può che provocare la proliferazione di tali sottosistemi, di cui, fra l'altro, la stessa 231/2001 costituisce uno dei più chiari esempi, ma, in questo caso, il problema non è quello di discutere o no della validità o dell'opportunità dei sottosistemi, che comunque già esistono, a dispetto delle critiche³⁶, ma quello più specifico di utilizzare, quali reati-presupposto, della responsabilità da reato dell'impresa, solo quelli che attengono alla criminalità del profitto, mentre è d'uopo collocare gli altri nei sottosistemi a loro più consoni.

Ragionando diversamente, si rischia quello che è avvenuto anche con riguardo al recente codice antimafia, ove le misure di prevenzione sono state estese a reati che nulla hanno a che vedere con la criminalità mafiosa, come, ad esempio, la criminalità degli stadi, creando così un contenitore polimorfo, con scarsa coerenza infrasistemica³⁷.

11. *Da un punto di vista processuale, gli aspetti controversi sono in particolare costituiti dall'unicità del difensore consentito per la persona giuridica e la conseguente, mancata parificazione con l'imputato, nonché il potere diretto di archiviazione del p.m.*

Anche da un punto di vista della disciplina processuale emergono, almeno a nostro avviso, alcuni aspetti controversi, che richiederebbero, in particolare, una riforma legislativa.

Il primo di detti profili riguarda l'art. 39 del d.lgs. 231/2001, cioè la rappresentanza dell'ente, ove il punto che francamente lascia dubbi di carattere non solo interpretativo, ma, soprattutto, di indole costituzionale è il fatto che nell'ambito della dichiarazione di costituzione in giudizio dell'ente, è prevista, fra i requisiti, la sottoscrizione "del difensore", da cui facilmente si argui-

³⁶ Per taluni accenni critici cfr., ad es., LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizione e ridefinizione*, in *IP*, 2005, 7 ss. e, spec., 28 ss.

³⁷ Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, 3 ss.

sce che l'ente può nominare un unico difensore, come del resto è ribadito anche dall'art. 40, ove si fa riferimento all'assistenza di un difensore d'ufficio, laddove l'ente medesimo non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo. Ciò costituisce un'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'indagato e/o all'imputato persona fisica che invece, secondo il codice di rito, ha notoriamente diritto alla nomina di due difensori, che a loro volta possono nominare anche i rispettivi sostituti processuali. È pur vero che siamo di fronte, da un lato, ad una persona fisica e, dall'altro, ad una persona giuridica, ma la regola generale adottata in materia di responsabilità da reato dell'ente, ovvero sia che vige il principio del *simultaneus processus* ed inoltre che i poteri riservati all'indagato/imputato sono estesi anche al rappresentante legale dell'ente, sta a dimostrare una sostanziale parificazione, a livello processuale, tra persona fisica e persona giuridica, anche indipendentemente dal fatto che possono scegliere, ovviamente, strategie processuali diverse.

In questa situazione il fatto che l'ente possa nominare un unico difensore, a differenza dell'indagato/imputato, ci sembra pertanto che costituisca un'illogica disparità di trattamento, rilevante *ex art. 3 Cost.*, che quindi potrebbe o essere risolta dalla Corte costituzionale, laddove, ben inteso, un giudice *a quo* ritenesse la relativa questione non manifestamente infondata e rilevante per il processo in corso, oppure risolta direttamente dal legislatore con una modifica – che in fondo necessita di una correzione minima – agli artt. 39 e 40 del d.lgs. 231/2001.

Altro profilo che suscita talune riserve nell'interprete è quello relativo al successivo art. 58, in quanto nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente, il pubblico ministero può emettere direttamente un decreto motivato di archiviazione degli atti, seppur dovendolo comunicare al Procuratore generale presso la Corte d'Appello, che può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ne ricorrano le condizioni, può contestare all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato. Evidentemente qui il legislatore si è un po', come suol dirsi, fatto "prendere la mano" dalla considerazione che la persona giuridica sarebbe re-

sponsabile di un illecito amministrativo anziché del reato commesso dal dipendente e/o dal dirigente, per cui ha previsto un, invero anomalo, potere di archiviazione del pubblico ministero. Siccome, però, siamo persuasi che non si è di fronte a due distinti illeciti, uno di carattere penale, commesso dalla persona fisica e l'altro di carattere amministrativo, eventualmente commesso dalla persona giuridica, bensì soltanto ad un illecito di carattere penale, commesso dal dipendente e/o dal dirigente, nell'ambito del quale la 231 del 2001 estende la responsabilità anche alla persona giuridica attraverso diversi criteri d'imputazione del fatto di reato, rispetto a quelli vevoli per la persona fisica³⁸, ne consegue che il potere diretto di archiviazione del pubblico ministero costituisce, invero, un'anomalia processuale. Ciò in quanto si attribuisce al pubblico ministero, che pur sempre resta una parte, seppur pubblica, nell'attuale processo penale, di stampo tendenzialmente accusatorio e, quindi, *adversary*, un potere riservato di per sé ad un organo terzo ed imparziale, quale non può che essere il giudice, a nulla valendo, sotto questo profilo, il potere attribuito in seconda istanza al Procuratore Generale. Riteniamo, pertanto, che anche sotto questo profilo sarebbe decisamente opportuno quanto meno un intervento del legislatore che, come nel processo penale a carico delle persone fisiche, prevedesse che il potere di archiviazione spetti al Gip e giammai al pubblico ministero.

12. Conclusioni

Come può, quindi, agevolmente arguirsi non solo da quanto sinora osservato, ma anche da una lettura, seppur superficiale, dell'intero testo del d.lgs. 231/2001, siamo davvero in presenza di una sorta di "mini-codice", e, quindi, di un vero e proprio

³⁸ Ritiene, analogamente, che unico sia l'illecito di carattere penale, di cui può rispondere sia la persona fisica, che la persona giuridica, anche MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Dir. giust.*, 2001, 8 ss.; ID., *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto proc.*, 2002, 117 ss.

“sottosistema” penale, o para-penale, perché dà luogo ad un sistema giuridico autonomo, con una parte di diritto sostanziale, un’altra di diritto processuale ed una terza, infine, addirittura di carattere societario. Resta, quindi, ulteriormente dimostrata la “profezia” a suo tempo avanzata, seppure nel settore civilistico, ma con rilievi estendibili, ovviamente anche in campo penale, di quel grande giurista che corrisponde al nome di Natalino Irti³⁹.

Con “l’età della decodificazione” il chiaro Autore ha, infatti, voluto dimostrare come il modello del codice contenga ormai solo una ristretta parte della normativa di settore, che si è invece estesa a macchia d’olio al di fuori dei confini codicistici, sopravanzando, anche a livello quantitativo, la normativa del codice stesso. Da ciò lo svilupparsi di queste sorti di “mini-codice”, o, per dir meglio, di “sottosistemi giuridici”, *à la* Luhmann, che tuttavia, come abbiamo potuto rilevare nel corso di queste considerazioni, talvolta perdono inevitabilmente di vista il coordinamento con i principi generali, creando quindi aporie, che solo l’interpretazione, oppure la Corte costituzionale, oppure ancora il legislatore, sono abilitati a correggere.

³⁹ IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1969, spec. 65-66.

MASSIMILIANO MASUCCI*

IL D.LGS. 231/2001:
TESI BREVI SULLA “TECNICA” DELLA RIFORMA

1. Le relazioni della mattinata hanno affrontato con ampiezza i problemi sul tappeto e le prospettive di soluzione. Occorre al contempo interrogarsi sul metodo della riforma: dovendo tener conto di profili che si riflettono sulla tecnica generale della produzione normativa penale.

Un dato è evidente: in settori nevralgici del sistema punitivo, il legislatore italiano ha mostrato di calibrare la propria azione divaricando la responsabilità della persona fisica da quella dell'ente.

Si considerino, tra le modifiche recenti, le innovazioni introdotte dalla l. 67/2014 e, in particolare, l'istituto della messa alla prova, previsto nell'art. 168-*bis* c.p. In quanto si applichi a reati puniti con pene pecuniarie o con pene detentive fino a quattro anni, esso si estende a fattispecie criminose dalle quali trae origine la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001. Non è stata però ammessa alcuna propagazione del nuovo modello di *probation*; né sono state regolate le sue ricadute nel processo a carico dell'ente. Non è chiaro, dunque, se la sospensione del procedimento nei confronti dell'imputato, in virtù degli artt. 464-*bis* c.p.p. e ss., operi anche a favore dell'ente coimputato. Se così non fosse, il giudizio a carico dell'ente proseguirebbe benché amputato dell'essenziale presupposto identificabile nell'accertamento del reato commesso dalla persona fisica.

* Associato di diritto penale nell'Università Roma Tre.

Quella che precede è naturalmente un'esemplificazione: dinanzi all'art. 8 del d.lgs. 231/2001, il problema emerge ogni qual volta maturi una causa estintiva del reato diversa dall'amnistia. In altrettanti casi viene reciso il collegamento tra reato, responsabilità individuale e responsabilità dell'ente: con la conseguenza di costringere quest'ultima a un'esistenza giuridica autonoma e ad autonoma verifica, nel difetto dell'accertamento del reato presupposto.

A me sembra che il legislatore del futuro debba farsi carico dell'esigenza che qualsiasi modifica del sistema penale concernente l'individuo sia efficacemente raccordata alla disciplina contenuta nel d.lgs. 231/2001. Troverebbe così attuazione un criterio tecnico di buona legislazione, che affonda le proprie radici nella struttura della responsabilità delineata dal decreto: autonomia, sì, ma pur sempre dipendente dal reato. Una più vigile consapevolezza si gioverebbe, d'altro canto, dell'inserimento della responsabilità predetta nell'alveo del codice: nondimeno imponendosi anche nell'attuale panorama.

2. Il movimento di riforma sollecita ulteriori e generali valutazioni sulla opportunità e/o sulla necessità di ampliare all'ente i nuovi strumenti concepiti per la persona fisica.

Si badi bene: non discutiamo solo di un accorgimento realistico, attento a non frustrare obiettivi di deflazione (processuale, carceraria, sanzionatoria) che ovunque premono. In gioco sono pure istanze di razionalità del sistema: se viene meno l'esigenza di punire l'autore del reato, sul quale si fonda l'addebito all'ente, è doveroso chiedersi quale meritevolezza o quale bisogno di punizione residui verso l'ente stesso. È chiaro che l'autonomia della responsabilità schiude le porte a conclusioni diversificate: ma sempre entro i canoni di congruenza logica propri dell'ordinamento generale o particolare.

Prendiamo nuovamente ad esempio la messa in prova dell'imputato, ipotizzando che egli occupi una posizione significativa all'interno di un ente e possa, perciò, impegnarne la responsabilità. Ebbene: premesso che la concessione della prova sia le-

gittimata da una prognosi di non recidiva e di attitudine alla rieducazione, testimoniata da comportamenti virtuosi, prestazioni risarcitorie e impegni a favore della collettività, ci si dovrebbe domandare quale significato assumano analoghi comportamenti tenuti dall'ente. Non si può escludere che essi indichino un'attitudine a tornare alla legalità, senz'altro parificabile a quella che orienta il giudizio sulla capacità di reinserimento della persona fisica. Eppure la sanzione resterebbe inesorabile conseguenza dell'illecito perpetrato.

Certo, la carenza organizzativa che nella specie abbia consentito o addirittura incoraggiato la commissione di un reato potrebbe restare inalterata, a prescindere dalle vicende estintive del reato del singolo. Ma una simile constatazione rimarrebbe alla superficie del problema: anzitutto perché le carenze organizzative maturate nell'ente andrebbero comunque raccordate alle caratteristiche del reato della persona fisica; inoltre, perché le ragioni sottintese all'estinzione o, più in generale, all'esclusione del reato medesimo potrebbero riflettersi sull'illecito dell'ente.

3. Emblematica, dall'angolazione appena segnalata, appare la figura della "minima rilevanza" del reato commesso dalla persona fisica, che, come noto, è stata introdotta dal d.lgs. 16.3.2015, n. 28 (art. 131-*bis* c.p.).

Prescindiamo, in questa sede, dall'abbozzare un'analisi, ancorché cursoria, dei requisiti dai quali dipenda l'esiguità del fatto; ci limitiamo a richiamare l'attenzione sui rapporti tra il reato che si presti, in concreto, a un apprezzamento in termini di minima rilevanza e l'illecito dell'ente.

Proprio per il nesso di dipendenza che si stabilisce tra le due fattispecie, l'una ponendosi come prodromo dell'altra, sembra difficile negare che la particolare tenuità del reato possa indicare a favore della minima rilevanza (anche) dell'illecito dell'ente: tanto più che nello schema legislativo l'esiguità è correlata a circostanze di segno oggettivo, quali le modalità della condotta, l'entità del danno o del pericolo e la obiettiva non abitualità del comportamento, piuttosto che ad elementi di natura squisita-

mente personale, come l'intensità dell'elemento psicologico o i motivi che abbiano determinato il reo a delinquere.

Da tale angolazione si confermerebbe l'incompletezza di un intervento legislativo che, nel configurare la "particolare tenuità" del fatto come ragione di esclusione della punibilità, manchi di considerare la possibilità di escludere la sanzione a carico dell'ente, per l'esigua rilevanza dell'illecito derivato dal reato.

4. Entro un quadro complessivo, le scelte della politica penale devono oggi svilupparsi in un sistema che concepisce tipologie di illeciti strettamente connesse, quello penale e quello amministrativo dell'ente: così che qualsiasi opzione riguardante l'uno non possa non tener conto delle ricadute sull'altro.

L'indirizzo favorevole al rilancio di prospettive premiali, distinguibile al fondo della messa alla prova; così come, da altro versante, la previsione di una soglia minima di rilievo penale, segnata dalla "non esiguità" (non più dalla sola inoffensività) del fatto, definiscono linee di revisione sistematica che andrebbero attentamente ponderate anche nell'ottica della responsabilità dell'ente.

PAOLA SEVERINO*

IL D.LGS. N. 231/2001
E LA CERTEZZA DEL DIRITTO

1. La certezza del diritto costituisce un valore sempre più sentito dagli operatori economici: esso è fondamentale per valutare la appetibilità di un sistema paese e del suo sistema regolamentare; esso incide sulle valutazioni di investimento, sul processo di allocazione di risorse anche finanziarie, sul costo delle transazioni, sulla scelta se avviare o meno una attività di impresa in un determinato paese.

La capacità di generare certezza del diritto e dei comportamenti, diviene, quindi, un elemento centrale di valutazione per quelle normative che, come il d.lgs. n. 231 del 2001, incidono così profondamente sulla vita e sulla organizzazione delle imprese; un elemento che deve essere considerato anche e soprattutto per apprezzare gli esiti applicativi del decreto e per formulare proposte in una prospettiva di miglioramento.

L'obiettivo, del legislatore e di chi applica ed interpreta "la 231", è quello di avere un plesso normativo capace di incidere positivamente sulla correttezza dell'agire imprenditoriale creando modelli efficaci ed efficienti, di prevenire, dissuadere, sanzionare, ma anche incentivare comportamenti virtuosi.

Questo è l'equilibrio su cui si fonda l'articolato sistema della responsabilità amministrativa, l'equilibrio da cui dipende anche la reale riuscita di questo meccanismo di integrazione tra autonomia organizzativa delle imprese e controllo giurisdizionale *ex post* sulla idoneità delle misure adottate.

* Professore Ordinario di diritto penale presso l'Università LUISS di Roma.

In altri termini, “la 231” deve divenire strumento di buona amministrazione per le imprese e non limite della libertà d’impresa; deve garantire le imprese, che si autoregolamentano e operano eticamente, dal comportamento scorretto di chi viola i principi aziendali e quindi della concorrenza sana, perseguendo il crimine come politica d’impresa o scorciatoia al corretto agire societario.

Deve premiare chi investe denaro, tempo e risorse in prevenzione e punire chi si nasconde tra le pieghe di una regolamentazione inefficace o di facciata. Deve consentire all’impresa sana di essere “altro”, di prendere le distanze dal dipendente che male intende e male persegue l’interesse della società.

Tutto questo si traduce, innanzitutto, in una esigenza di certezza del diritto e di prevedibilità delle decisioni.

2. In questa prospettiva non v’è dubbio che la questione fondamentale sia rappresentata dall’assenza di indicazioni legislative in merito alle componenti di un modello organizzativo realmente adeguato ed efficace nonché di un organismo di vigilanza in grado di assolvere ai suoi compiti.

Per colmare le scarse indicazioni legislative, molto è stato devoluto alla attività di “guida” delle Associazioni di imprese le cui elaborazioni, però, per quanto meditate e sempre più accurate sono, da un lato, necessariamente generali per poter essere fruibili da una larga platea di imprese di riferimento e, dall’altra, non sono vincolanti per il Giudice, e quindi per definizione incapaci di assicurare uniformità nell’applicazione giurisprudenziale.

Ciò genera e continuerà a generare, in assenza di un ripensamento legislativo, un forte limite all’applicazione della “231”, oltre che una sostanziale violazione del principio di legalità rispetto agli enti, stante la matrice ormai innegabilmente penalistica della responsabilità *ex* 231.

Ma tralasciando le conseguenze giuridiche di questa lacuna, ciò che più preme mettere in evidenza sono le ricadute sulla vita delle imprese e, quindi, sulla loro capacità di stare sul mercato, di essere competitive.

Applicazioni disomogenee della normativa, peraltro condizionate spesso anche da una limitata conoscenza dei fenomeni societari ed economici – penso al gruppo, alle modalità di formazione delle comunicazioni al e nel mercato, ma anche più semplicemente alla reale modalità di assunzione delle decisioni in organizzazioni complesse – determinano scarsa fiducia delle imprese nel costoso e impegnativo processo di prevenzione delineato dal d.lgs. n. 231. Questo genera difficoltà nella valutazione del rischio penale, incapacità per le imprese di effettuare valutazioni di impatto dei rischi legali ed anche reputazionali. Questo, per una impresa e per coloro che la amministrano, significa incertezza sui comportamenti e nelle decisioni, impossibilità di programmazione, disincentivo all'investimento, sfiducia.

Sono aspetti che rischiano di tradursi in una vera e propria limitazione della libertà d'impresa.

3. Partendo quindi dalla convinzione che il sistema delineato dal legislatore del 2001 sia da valutare positivamente e che costituisca una delle normative migliori in tema di responsabilità degli enti – non a caso un modello cui tanti Paesi si sono ispirati – si deve però oggi prendere atto che si tratta di un sistema che funziona se le imprese possono realmente contare sul meccanismo di esenzione da responsabilità.

La finalità “rieducativa” e “preventiva” che – costituzionalmente – è alla base del nostro sistema sanzionatorio postula la possibilità di fare concreto affidamento sul fatto che la piena adesione alle regole si tradurrà in un “premio” per l'impresa sana anche nell'ipotesi in cui il suo dipendente abbia erroneamente inteso il concetto di interesse aziendale. È del resto il principio stesso di personalità della responsabilità penale che esige la ricorrenza di un coefficiente di rimproverabilità per ascrivere un fatto come proprio ad un soggetto, pur collettivo.

L'impresa, sulle componenti del modello organizzativo, deve poter contare su regole certe.

Questo, sul piano normativo, è uno sforzo necessario e che, in verità, il legislatore ha fatto proprio soltanto rispetto alla ma-

teria della sicurezza sul lavoro, potendo muoversi su un terreno abbondantemente arato: l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 (TU sicurezza sul lavoro) elenca, infatti, in maniera molto dettagliata quelle che debbono essere le componenti di un modello efficacemente volto alla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Per tutte le altre tipologie di reato, disponiamo soltanto della scarsa, generica e inadeguata elencazione dell'art. 6, co. 2. La mancanza di un impegno del legislatore nella descrizione delle componenti specifiche del modello in relazione ai diversi reati da prevenire ha peraltro reso ancor più problematico quel processo di confusa sovrapposizione di reati presupposto che ha condotto a incongruenze anche formali (abbiamo due *25-bis* – in tema di delitti contro l'industria e commercio e di falsità – e due *25-quater* – in tema di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili e delitti con finalità di terrorismo), oltre che alla nota e costantemente stigmatizzata introduzione di reati poco conferenti con l'attività d'impresa.

Ma la certezza del diritto si misura anche con la prevedibilità delle decisioni. E qui il tema si prospetta particolarmente delicato: in assenza di indicazioni normative vincolanti e specifiche, la valutazione di idoneità del modello è interamente rimessa alla discrezionalità del giudice, alla sua sensibilità e conoscenza dei meccanismi aziendali ed economici, alla corretta applicazione di quel complesso e delicato giudizio (*ex post*) che riguarda la tenuta (*ex ante*) del modello.

L'impresa che ha investito in prevenzione deve poter contare sul fatto che il Giudice penale valuterà con competenza, serenità e senza pregiudizio il suo modello, secondo il criterio che noi penalisti definiamo di “prognosi postuma”, e non ispirata alla pericolosa logica del ‘senno di poi’, per cui se il reato si è verificato, questo già dimostra l'inidoneità del modello adottato, il fatto che le regole in esso contenute sono previste solo sulla carta, essendo destinate a non essere concretamente applicate, soprattutto nei confronti dei soggetti apicali.

4. Un cenno, da ultimo, al delicatissimo tema – che permea, però, tutto il ragionamento – della tutela della concorrenza.

Concorrenza tra imprese sane e imprese illegali; concorrenza tra le nostre imprese e quelle di altri paesi.

Dobbiamo favorire l'investimento nella legalità e quindi espungere chi non rispetta le regole e valorizzare comportamenti virtuosi.

Per questo anche la 231 deve diventare strumento per tutelare e favorire un mercato sano, non per falsarne le dinamiche.

L'impresa che investe e crede nel modello di prevenzione deve poter contare su una prospettiva diversa dall'ente concorrente che decide – forse contando anche sul fatto che troppo raramente questo investimento è premiato in sede applicativa – di non darsi delle regole finalizzate alla prevenzione di reati. Le imprese sensibili alle tematiche di *compliance* devono essere premiate e essere in grado di percepire, misurare i benefici della prevenzione.

Dobbiamo, poi, evitare di favorire arbitraggi regolamentari, essere consapevoli che la normazione incide in modo determinante sulla capacità delle nostre imprese di essere competitive all'estero e, allo stesso tempo, che la bontà della regolamentazione incide sulla attrattività del nostro paese per investimenti stranieri.

La prontezza e l'efficacia della giustizia, la stabilità delle decisioni giudiziarie e la certezza delle regole sono le condizioni minime perché la nostra economia possa ripartire e attrarre gli investitori esteri. La valutazione del rischio penale connesso alle attività economiche (se non, ancor prima, l'individuazione delle regole applicabili il cui rispetto dovrebbe neutralizzare detto rischio) è spesso un esercizio esoterico che rischia di scoraggiare chi pure vorrebbe investire risorse e aspettative in Italia.

È urgente una seria riflessione anche a livello europeo per intensificare l'attività di armonizzazione nel diritto penale dell'economia.

NICOLA SELVAGGI*

IN TEMA DI 'RIFORMA'
DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE:
BREVI NOTE TRA EUROPA E ITALIA

I. Nell'arco di tempo coperto dall'anno di entrata in vigore del decreto 231 sino ad oggi non si sono soltanto compiuti, in Italia, importanti avanzamenti nell'applicazione, ormai davvero diffusa, della disciplina e nell'elaborazione dei suoi contenuti più complessi e articolati (con significative acquisizioni anche dal punto di vista del riconoscimento delle garanzie sostanziali); ma si è realizzata, a livello europeo, un'evoluzione nel senso di una progressiva conquista di terreno da parte del regime di tipo penale o – possiamo dir così – para-penale, a discapito di altre scelte, prima di tutto quelle che è possibile definire, invece, amministrative, oggi ancora prevalenti soltanto in pochi ordinamenti, pur molto importanti.

Partirei dunque da qui, per accogliere l'invito, che è già nella intitolazione del presente convegno, ad una visione più ampia, voglio dire non strettamente nazionale, nella quale si esaminino in particolare le linee di sviluppo dei regimi di responsabilità 'da reato' dell'ente in Europa, onde valutare, sia pure con carattere di assoluta brevità e sintesi, in che misura possano darsi contenuti comuni, sufficientemente garantistici (se non addirittura avanzati), i quali valgano anche come indispensabile premessa per un'efficace cooperazione, specie sul terreno giudiziario, tra gli Stati (che non è difficile prevedere andrà aumentando

* Ricercatore confermato di diritto penale presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

anche in questo settore), oltre la via ‘pratica’ rappresentata dal mutuo riconoscimento.

Mi pare che questa pista possa essere battuta tenendo presente due prospettive distinte, le quali devono essere messe necessariamente in rapporto; direi anzi che l’una condizioni strettamente l’altra.

Si tratta in primo luogo di considerare gli aspetti che caratterizzano le varie discipline europee; e per altro verso di esaminare quale sia, sul piano sostanziale, il meccanismo di imputazione attualmente congegnato dagli strumenti dell’Unione e dunque richiesto agli Stati (almeno) quale contenuto minimo della fattispecie di responsabilità.

Entrambi questi profili sono stati ampiamente esplorati dalla recente ricerca svolta sotto il “cappello” della Commissione Europea, diretta dall’Università di Roma Tre, nella persona del prof. Fiorella, insieme con le Università Sapienza di Roma, Sorbonne di Parigi e Castilla-La Mancha¹; per cui ritengo ci si possa limitare ad enunciare i risultati.

In definitiva, è sembrato da un lato (per quanto concerne cioè le discipline nazionali) che possa rintracciarsi un indirizzo comune, sebbene non certo compiuto, nel senso della necessità di arricchire la fattispecie di responsabilità dei necessari contenuti ‘soggettivi’; dall’altro che, ancora su un livello minimale e certo non soddisfacente, sotto questo profilo, si attestino gli strumenti dell’Unione Europea.

Proprio per quanto riguarda gli orientamenti della disciplina europea può essere interessante osservare come, almeno a livello legislativo, con molta gradualità stia formandosi una effettiva consapevolezza degli sviluppi che occorre imprimere quando si abbia a che fare con una regime di responsabilità il quale condizioni l’applicazione di sanzioni a contenuto afflittivo, comunque denominate.

¹ FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I (*Liability ‘ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*) e II (*Towards a Common Model in European Union*), Jovene, 2012.

Al momento, infatti, gli strumenti normativi dell'Unione Europea, ove si siano occupati di questa tematica, tendono a concepire la possibilità che la responsabilità dell'ente, per fatti di reato commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, possa essere decisa anche su basi o con il concorso di requisiti che possono valere per un regime civilistico ma, in realtà, non individuano canali che assicurino circa l'autentica appartenenza del fatto al soggetto collettivo².

Talvolta sembra che la legislazione europea assuma un presupposto che occorre correggere: l'idea che rispetto all'ente possa immaginarsi una corona di garanzie, anche sostanziali, "ridotta" e più circoscritta rispetto alla persona fisica e non semplicemente diversa o, per meglio dire, diversamente atteggiata in rapporto ai differenti elementi che costituiscono la struttura chiamata ad accentrare l'imputazione e, di qui, il soggetto che può essere il destinatario delle sanzioni.

Al proposito, può essere interessante considerare la proposta di direttiva sulla presunzione di innocenza, ove si esclude espressamente la persona giuridica dall'ambito di applicazione di questo strumento.

In particolare, nel testo della proposta si stabilisce che «I livelli e le esigenze di tutela del diritto alla presunzione di innocenza sono diversi a seconda che si tratti di persone fisiche o di persone giuridiche, come riconosce la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto di non autoaccusarsi. La direttiva tiene conto di queste differenze e si applica pertanto alle sole persone fisiche»; aggiungendosi inoltre che «La tutela del diritto alla presunzione di innocenza delle persone giuridiche è comunque assicurata dalle garanzie vigenti nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione, interpretate dai giudici nazionali e dalla Corte di Giustizia, nonché nella CEDU interpretata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo» e infine concludendo che, in questo modo,

² Sia consentito il rinvio a SELVAGGI, Ex Crimine *Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, 46 e ss.

«viene così mantenuto e rispettato l'approccio graduale dell'intervento legislativo dell'Unione, in particolare in materia di diritti delle persone fisiche nel procedimento penale. A seconda dell'evoluzione della normativa nazionale e della giurisprudenza, in futuro potranno essere prese in considerazione altre iniziative in questo campo».

Come succede spesso, gli strumenti dell'Unione possono leggersi, a seconda delle prospettive e, soprattutto, delle inclinazioni dell'interprete, come il "bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto".

Volendo coglierne anzi tutto gli aspetti positivi, la proposta di direttiva indubbiamente favorisce una lettura dell'ente quale soggetto integrato nell'orizzonte delle garanzie, sostanziali e procedurali, previste dalle legislazioni nazionali e, ciò che sembra assumere particolare importanza, anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

D'altro canto, se la finalità della direttiva, per la sua base legale, è quella di dettare "norme minime" necessarie ad armonizzare su un tema così importante, non si vede perché tale finalità non debba essere perseguita anche con riferimento all'ente.

La proposta di direttiva, in ogni caso, lascia testualmente spazio alla possibilità di futuri interventi: l'approccio graduale adottato dalle istituzioni potrebbe in definitiva collegarsi alla disponibilità di un impianto teorico non ancora sufficientemente consolidato, con riguardo ai temi fondativi della responsabilità e del suo accertamento nel processo.

In questo senso, ricerche come quella europea, in precedenza menzionata, e le altre iniziative scientifiche che ad essa si collegano, o che comunque condividano le medesime finalità, si rivelano, con ogni evidenza, di grandissima importanza.

II. Venendo ora ai profili che attengono alla struttura dell'illecito che può essere imputato all'ente, uno dei risultati che, con maggiore frequenza specialmente negli ultimi anni, ricorre nelle analisi comparatistiche consiste nel valutare con estremo favore

il richiamo al nesso tra illecito e organizzazione dell'ente, in particolare attraverso i *compliance programs*³.

Detto richiamo, com'è noto, è variamente elaborato; talvolta, e si tratta di una tendenza che comincia a farsi largo con sempre maggiore frequenza, attraverso la disciplina legislativa, talaltra mediante la sola interpretazione giurisprudenziale.

In ogni caso, quando si fa riferimento all'esistenza di modelli di organizzazione e gestione preordinati alla prevenzione dei reati ai quali l'ente possa essere particolare esposto, si pone inevitabilmente il problema della valutazione della idoneità dei modelli medesimi a prevenire gli illeciti che possono essere commessi nell'ambito delle attività organizzate. Il che, a ben vedere, può rilevare sotto un duplice piano perché l'incertezza sui parametri di verifica della idoneità può rendere obiettivamente difficoltoso tanto il momento dell'impianto dei modelli da parte del singolo ente e, dunque, in questo senso, l'orientamento di quest'ultimo per il corretto e virtuoso esercizio del potere generale di organizzazione; quanto il momento dell'accertamento da parte del giudice.

È noto come l'esperienza italiana è, sotto questo profilo, particolarmente ricca di spunti.

Mi sembra possa osservarsi che elementi di interesse emergono anche dai movimenti di riforma, specie se osservati come tentativi di fissare procedimenti opportunamente orientati ad assistere tanto gli enti nella organizzazione preventiva quanto il giudice nella fase di accertamento; senza in questo modo 'semplificare' alcunché e ancor meno comprimere gli spazi del 'libero convincimento del giudice'.

Oggi, in questa prospettiva, si è fatto riferimento, in particolare, alla proposta nello schema di legge *Arel-Ministero della Giustizia*, che prevede un'attestazione di idoneità dei modelli da parte di 'certificatori', con un percorso della prova diverso dal-

³ Si veda FIORELLA - SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 3/2014, 105 ss.

l'attuale⁴ con ampi richiami, inoltre, a quelle discipline di altri Stati che pure prevedono schemi di certificazione.

A questi riferimenti ne aggiungerei un altro, tratto dal “cantiere” della riforma del diritto tributario, che seppur non congegnato per la responsabilità da reato dell'ente, almeno nei termini in cui è formulato e comunque in ragione della mancata previsione di tale responsabilità in relazione ai reati tributari, tuttavia consiste in una disciplina che condivide un'esigenza e una logica comuni, cioè quelle di garantire al soggetto collettivo che voglia organizzarsi virtuosamente (stavolta dal punto di vista tributario) un criterio e un orientamento.

Non vi è dubbio, in effetti, che a questi obiettivi miri il legislatore nel prevedere un «regime dell'adempimento collaborativo», che impone, tra l'altro, al contribuente di istituire e mantenere un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale e comporta, per l'Amministrazione, insieme ad altri, l'impegno ad una valutazione trasparente, oggettiva e rispettosa dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità del sistema di controllo adottato, con eventuale proposta degli interventi ritenuti necessari⁵.

⁴ La disposizione è la seguente: “In caso di regolare attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello valutato in sede di attestazione e non siano sopravvenute significative violazioni nelle prescrizioni che abbiano reso manifesta la carenza organizzativa che ha determinato o agevolato la commissione del reato” (art. 1 co. 1 lett. *b* della proposta di riforma, là dove prevede la immissione di un nuovo art. 7-*bis* dopo l'attuale art. 7 del decreto lgs. 231/2001).

⁵ È il caso di rilevare come questo regime può favorire l'applicazione di istituti premiali, nel senso della riduzione dell'entità della sanzione o, con il concorso di ulteriori requisiti, l'estinzione del reato tributario.