

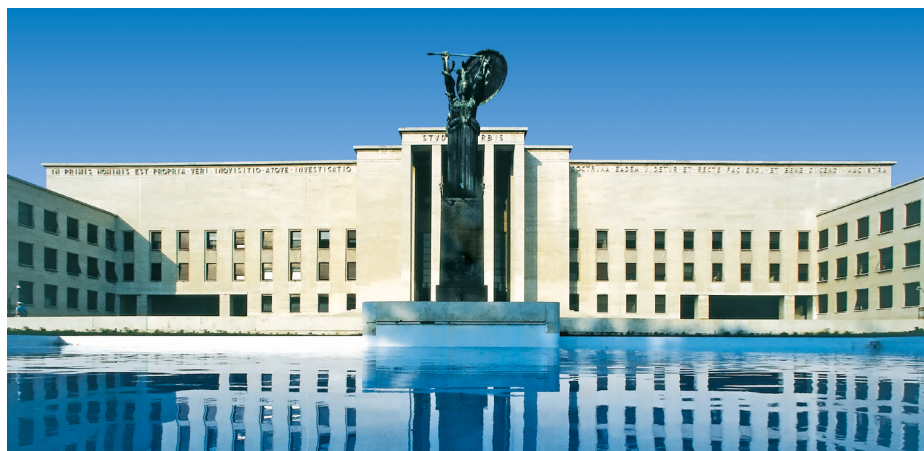
La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni

anche in una comparazione
con i sistemi sudamericani

In memoria di Giuliano Vassalli

a cura di

Antonio Fiorella, Alfredo Gaito, Anna Salvina Valenzano



Collana Materiali e documenti 43

La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni

anche in una comparazione
con i sistemi sudamericani

In memoria di Giuliano Vassalli

a cura di

Antonio Fiorella, Alfredo Gaito, Anna Salvina Valenzano



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2018

Il volume è pubblicato con i fondi della Sapienza Università di Roma,
“Ricerca di Ateneo 2015”.

Copyright © 2018

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-100-9

Pubblicato a dicembre 2018



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0
diffusa in modalità *open access*.

In copertina: Rettorato, archivio Sapienza.

Indice

Presentazione del volume in memoria di Giuliano Vassalli <i>Antonio Fiorella</i>	1
Un ricordo <i>Francesco Vassalli</i>	7
PARTE I – LA RESPONSABILITÀ DELL’ENTE DA REATO NEL SISTEMA PENALE, AMMINISTRATIVO E CIVILE	9
Note introduttive <i>Paola Severino</i>	11
La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo <i>Adelmo Manna</i>	15
La lacunosa organizzazione d’impresa quale fattore di responsabilità civile <i>Enrico del Prato</i>	35
Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei giorni nostri <i>Adolfo di Majo</i>	43
Il sistema sanzionatorio di diritto civile. Dalle pene private ai danni punitivi <i>Luca Di Donna</i>	49
PARTE II – OFFENSIVITÀ, COLPEVOLEZZA E SISTEMA SANZIONATORIO NELLA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E NELLA STRUTTURA DELL’ILLECITO DELL’ENTE DA REATO	67

Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato <i>Adelmo Manna</i>	69
Criteri di imputazione e struttura dell'illecito dell'ente <i>Stefano Preziosi</i>	83
La colpa per l'organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale <i>Antonella Massaro</i>	93
Modelli di responsabilità e pene per l'ente <i>Marco Gambardella</i>	105
Recenti percorsi giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'ente per i reati in materia di sicurezza sul lavoro <i>Roberto Borgogno</i>	125
I principi generali del sistema sanzionatorio <i>Massimiliano Masucci</i>	143
Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell'ente da reato <i>Massimiliano Masucci</i>	151
Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato <i>Andrea Sereni</i>	157
Illecito dell'ente da reato e garanzie penal-processualistiche <i>Tommaso Rafaraci</i>	167
PARTE III – APPROFONDIMENTI COMPARATIVI IN RELAZIONE AL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI DA REATO IN SUD AMERICA	175
Responsabilidad penal de las personas jurídicas: criterios generales y modelos comparados en Iberoamérica <i>Manuel Gómez Tomillo</i>	177
Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa <i>Vincenzo Militello</i>	197
Il ruolo dei modelli organizzativi nella nuova disciplina della responsabilità dell'ente da reato in Argentina <i>Andrea Castaldo</i>	217

Il rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino	225
<i>Anna Salvina Valenzano, Diva Serra Cruz</i>	
La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali	279
<i>Vincenzo Mongillo</i>	
Spunti di riflessione tratti dall'ordinamento colombiano in tema di responsabilità degli enti da reato e principio del <i>ne bis in idem</i>	317
<i>Annarita De Rubeis</i>	
Il regime cautelare a carico dell'ente nei principali sistemi sudamericani	329
<i>Elvira Nadia La Rocca, Naike Cascini</i>	
PARTE IV – LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E DEL DIRITTO CIVILE	343
Sulla pena. Brevi riflessioni, a partire dal pensiero di Giuliano Vassalli	345
<i>Luisa Avitabile</i>	
Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo	367
<i>Marcello Clarich</i>	
Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nel diritto civile: il problema dei c.d. risarcimenti punitivi	377
<i>Claudio Scognamiglio</i>	
PARTE V – LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE	389
Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato	391
<i>Vincenzo Nico D'Ascola</i>	
Responsabilità da reato degli enti tra globalizzazione e ordinamento interno	397
<i>Andrea Sereni</i>	

L'idoneità dei modelli organizzativi. Prospettive <i>de iure condendo</i> <i>Andrea Castaldo</i>	413
Discrezionalità dell'azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti <i>Oliviero Mazza</i>	421
La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale <i>Giulio Garuti</i>	429
Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente <i>Adolfo Scalfati</i>	435
<i>Considerazioni conclusive.</i> Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza <i>Antonio Fiorella</i>	445
Elenco autori	453

Presentazione del volume in memoria di Giuliano Vassalli

Antonio Fiorella

Il volume, che viene alla luce quale risultato finale della ricerca su *Pene per l'individuo e pene per l'ente: sistemi a confronto in Italia e nei Paesi latino-americani* – con finanziamento Sapienza – analizza le principali caratteristiche della disciplina dell'illecito dell'ente da reato, dal punto di vista del diritto sostanziale e del diritto processuale, con particolare riferimento anche al sistema sanzionatorio. Il volume costituisce il coronamento della ricerca di un gruppo internazionale di studiosi, progettata nel 2008, rappresentando la tappa ulteriore di pluriennali studi di diritto straniero e comparato, miranti a stabilire i possibili presupposti di un ravvicinamento e armonizzazione dei diversi sistemi dell'illecito dell'ente da reato. L'ottica è quella propria della 'globalizzazione'. L'approfondimento è partito dall'analisi della responsabilità dell'ente da reato nei diversi Paesi dell'Unione Europea; per poi svilupparsi con il progressivo esame delle proprietà e prospettive di molti altri ordinamenti, sempre in materia di responsabilità dell'ente, con pubblicazioni che hanno diffuso i risultati raggiunti¹. Le indagini sono proseguite

¹ Le acquisizioni conseguite dal citato gruppo di ricerca internazionale formatosi dal 2008 per la realizzazione di un progetto finanziato dall'Unione Europea – composto di quattro unità scientifiche universitarie con due sedi italiane, una a Roma Tre, quale sede amministrativa della ricerca (responsabile di progetto lo scrivente, A. Fiorella), una della Sapienza di Roma (con A.M. Stile quale responsabile), una francese (sotto la responsabilità di S. Manacorda e G. Giudicelli-Delage), espressione della Sorbonne di Parigi e l'altra, spagnola, espressione dell'Università di Castilla-La Mancha (sotto la responsabilità di L. Arroyo Zapatero e di A. Nieto Martín) – sono pubblicate nei seguenti volumi: A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability 'ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, vol. I, Naples, 2012; A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, Naples, 2012; nonché A. FIORELLA, A.M. STILE (eds.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Naples, 2012; G. GIUDICELLI-DELAGÉ, S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale*

con i lavori che trovano riscontro nei contributi pubblicati nel presente volume, mediante riflessioni che inquadrano l'argomento nel sistema più generale dei diversi tipi di illecito (civile, amministrativo e penale) e delle diverse tipologie di sanzioni.

Quanto all'Europa, è noto che la previsione della responsabilità dell'ente da reato è da tempo imposta da molteplici strumenti comunitari ed eurounitari, danti origine ai relativi vincoli di tutela. Fra tali strumenti storicamente fondamentale è il secondo protocollo alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Convenzione PIF), adottato nel 1997. Sono seguite numerose 'decisioni quadro' e direttive, sino alle più recenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, quali le: 2011/36/UE, per la prevenzione e il contrasto del traffico di esseri umani e per la protezione delle sue vittime, del 5 aprile 2011; 2013/40/UE, avverso gli attacchi contro i sistemi di informazione, del 12 agosto 2013; 2014/57/UE, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, del 16 aprile 2014; 2014/62/UE, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione, del 15 maggio 2014; 2017/541/UE, sulla lotta contro il terrorismo, del 15 marzo 2017; 2017/1371/UE, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, del 5 luglio 2017. In breve gli strumenti comunitari ed eurounitari hanno dato origine a vincoli per l'introduzione della responsabilità dell'ente in ordine a numerosi illeciti penali.

Come detto, uno degli obiettivi del progetto di ricerca promosso nel 2008 era lo studio dei presupposti e della misura del ravvicinamento e armonizzazione possibile tra le discipline dei Paesi dell'Unione Europea,

des personnes morales: perspectives européennes et internationales, Société de législation comparée, Paris, 2013. L'ulteriore sviluppo delle ricerche comparatistiche sul tema è condensato nei seguenti volumi che sono espressione delle forze accademiche del Dipartimento di Studi giuridici, economici e filosofici (DIGEF) (e pubblicati nella Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza) dell'Università Sapienza: A. FIORELLA, A.S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, Jovene, Napoli, 2015; A. FIORELLA, R. BORGOGNO, A.S. VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2015. Nel solco di questa indagine scientifica di carattere comparatistico, sono stati infine pubblicati i più recenti volumi: A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2016; A. FIORELLA, A.S. VALENZANO (a cura di), *Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017.

per garantire i quali il gruppo di lavoro ha anche concepito uno schema di *Guidelines*, nonché una più mirata proposta di direttiva, l'uno e l'altra pubblicati nel 2012².

Il lungo percorso di ricerca ha prodotto nel tempo molti risultati utili nell'analisi della materia, con convegni internazionali, tenuti anche presso l'Università Sapienza di Roma; i più recenti di essi hanno valorizzato profili di interesse globale. Vari volumi sono stati altresì pubblicati da studiosi della Sapienza o comunque da studiosi di area romana impegnati sui temi della responsabilità dell'ente da reato in connessione con gli sviluppi delle ricerche promosse dalla Sapienza³; lavori che hanno progressivamente esteso ed approfondito le acquisizioni conseguite nella realizzazione del progetto originario del 2008, pur non rappresentando, essi, una promanazione diretta del medesimo.

Nell'ottica di una rifinitura dei profili comparatistici globali, il presente volume analizza i sistemi di alcuni Paesi sudamericani, riprendendo contenuti di un recente convegno tenutosi a Roma, sempre presso la Sapienza, nel maggio 2018. Nei loro sviluppi le molteplici iniziative hanno contribuito a definire effettivamente una cornice conoscitiva che abbraccia le legislazioni più significative dell'intero globo.

A chiusura del ciclo di ricerche, il volume qui presentato approfondisce un profilo, pur esso in qualche modo conclusivo dei nostri lavori sul piano della teoria generale delle sanzioni, cercando di offrire un contributo in ordine a un problema davvero centrale; la cui adeguata soluzione sembra senz'altro richiesta, ove si voglia ridefinire con chiarezza l'intero sistema dei diversi tipi di illeciti e di sanzioni; volendo cioè stabilire se si tratti di illecito e sanzione penale ovvero amministrativa o civile. È inutile precisare che solo una corretta *actio finium regundorum*, consentendo la giusta definizione dei diversi tipi di illecito, permette anche di

² Cfr. A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, vol. II, cit.

³ Oltre i lavori cit. in nota 1, cfr., ad esempio, tra i lavori collettanei, A.M. STILE, V. MONGILLO, G. 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; A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, 2014. Tra gli altri contributi, non collettanei, cfr. i volumi di A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Roma, 2017; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016; S. MASSI, *Pubblico e privato nello statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli, 2011.

selezionare più puntualmente le caratteristiche e garanzie che riguardano i medesimi, nelle loro distinzioni; con ogni naturale conseguenza da acquisire in merito al sistema delle diverse sanzioni.

È a tutti noto che il diritto penale si è formato, in particolare dal 1930, con il Codice Rocco, fondando la definizione dell'area penalistica sulla tipologia formale delle pene (art. 17 e 39 c.p.). Ormai tuttavia la Corte Edu ha ridisegnato la materia sostituendo o integrando la definizione *formale* con altra di *natura sostanziale*: è dall'*effettivo scopo e contenuto afflittivo* della sanzione che va dedotta la natura della stessa, con le relative garanzie anche costituzionali. Le nuove prospettive hanno fatto, per così dire, 'deflagrare' i termini del problema, portando a confondere le tradizionali linee di confine, dovendo perciò riprendere il filo delle differenze per l'intelligenza del sistema complessivo. Il volume, in altre parole, vuole contribuire ad un avanzamento della ricognizione dei termini del problema, ruotando attorno ad uno dei temi più attuali e complessi, vale a dire quello dell'illecito dell'ente da reato con il relativo specifico sistema sanzionatorio: se penale, amministrativo o di altra natura (*tertium genus?*). Non dimenticando che il sistema dei modelli organizzativi (*compliance programs*) fa scaturire precisi problemi di responsabilità civile, da studiare con attenzione, ancora una volta allo scopo di contribuire alla chiarezza del sistema generale.

Il volume è dedicato alla memoria di un maestro di tutti i penalisti: Giuliano Vassalli. Da tale angolazione il volume vuol costituire un sigillo delle celebrazioni per il centenario dalla sua nascita (1915). Celebrazioni che sono iniziate nel 2015, anche con l'intestazione al Prof. Vassalli di una Sala dell'Istituto di diritto penale, procedura penale e criminologia presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza.

Giuliano Vassalli, ispirato per formazione dal rigore scientifico del metodo tecnico-giuridico, lo ha sempre correttamente interpretato con aperture ampie alle valutazioni imposte dalla realtà storica, con spirito liberale volto al concreto. In altri termini, a nessuno sfugge che componente essenziale del suo magistero sia stato lo studio del diritto penale e processuale penale *mai fine a se stesso*; sempre attento alle conseguenze pratiche della elaborazione teorica, comunque condotta con il massimo della precisione tecnica.

Uomo al servizio degli altri e dello Stato, Egli ha ricoperto cariche pubbliche di vertice assoluto, come quella di Ministro della Giustizia e di Giudice e poi Presidente della Corte Costituzionale.

Giuliano Vassalli è stato un promotore tenace delle riforme. Quale Ministro della Giustizia ha varato il codice di procedura penale del 1989, dando l'avvio anche ai nuovi progetti di riforma del Codice penale, nominando una Commissione di professori universitari presieduta dal Prof. Pagliaro nel 1988. A quest'ultima Commissione si deve un progetto fondamentale cui hanno attinto i progetti seguenti. Lo stesso legislatore ha sfruttato proposte lì contenute, modificando lo stesso sistema penale.

Alla memoria di Giuliano Vassalli, a me carissima, non posso dunque non richiamarmi, nell'introdurre anche i temi dell'attuale volume, che guarda alle riforme come ad un passo decisivo per il necessario ammodernamento del nostro sistema penale.

Il volume raccoglie molti scritti autorevoli, anche rivenienti da incontri convegnistici, che qui sono sistemati secondo un ordine logico unitario, non necessariamente legato alle caratteristiche e alla tempistica delle particolari occasioni di incontro scientifico.

Un ricordo

Francesco Vassalli

Vorrei soltanto esprimere un ringraziamento al Prof. Fiorella, prima di tutto per avere ricordato mio padre, ma anche a tutti coloro che hanno partecipato a questa iniziativa accademica ricordando alcuni eventi collegati a mio padre e alla Sua statura scientifica.

Mi riferisco in particolare alle brevi riflessioni fatte dalla Prof.ssa Severino e dal Prof. Fiorella, che hanno segnato la intitolazione di questa iniziativa alla memoria di mio padre, ma anche a quelle di tutti gli altri che lo hanno ricordato.

Il mio non è altro che un ringraziamento.

Mio padre si occupò della pena in tante circostanze, ma particolarmente in due scritti: uno che costituì la Sua Prolusione in questa Facoltà nel 1960, nella quale Egli svolse una ragionata e densa ricognizione sul tema della funzione della pena e delle insufficienze della stessa. Questa è una Prolusione molto complessa che offre diversi elementi su cui poi lavorare.

L'altro studio, di trent'anni dopo, fu scritto in memoria del Prof. Nuvolone, intitolato "*La pena in Italia, oggi*", cioè nel 1991, che sembra presagire quanto accaduto nei trent'anni che seguirono. Anche questo studio io lo raccomanderei ancora, perché costituisce un profilo evolutivo della pena ed è quindi in linea con tutto quello che poi è avvenuto e sta avvenendo. Per cui oggi, se Egli fosse vivo, trattandosi di evenienza assai rara perché avrebbe più di cento anni, sarebbe sicuramente tornato sul tema, se avesse ancora avuto le forze per continuare a ragionare (forze che ebbe sempre, anche all'età di 95 anni). Mio padre avvertiva sempre l'esigenza di una rimediazione sulla funzione delle pene e delle sanzioni e questo era un tema a cui pensava costantemente e che aveva particolarmente a cuore in quanto si domandava quale fosse in

definitiva la funzione della pena, a cosa servivano in sostanza le sanzioni e i diversi tipi che le stesse venivano ad assumere nel diritto positivo che via via si trasformava. Proprio perché aveva scritto tanto sul tema, in particolare riferendosi all'insufficienza delle pene, c'era già il prodromo della responsabilità da reato dell'ente nel suo pensiero.

Il tema della sanzione è necessariamente in continua evoluzione e continuerà ancora ad esserlo: è sempre stato uno dei temi fondamentali per il diritto penale e per mio padre.

Un punto di arrivo è proprio quello di occuparsi del senso funzionale delle pene, per ridefinire la sanzione nel sistema penale, in quello amministrativo e in quello civile.

Infine, ringrazio ancora il Prof. Fiorella per il suo impegno nell'aver organizzato questa importante iniziativa scientifica in memoria di mio padre.

PARTE I

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE DA REATO
NEL SISTEMA PENALE, AMMINISTRATIVO E CIVILE

Note introduttive

Paola Severino

Aver dedicato questa importante iniziativa scientifica a Giuliano Vassalli non è certamente la conseguenza di una scelta casuale, magari dovuta alla Sede in cui egli ha insegnato per anni, laureato alcuni di noi, guidato i nostri primi passi da borsisti e da assistenti.

Si tratta invece della meditata ricerca di un tema che, per il suo carattere interdisciplinare, per l'attenzione che richiede nell'equilibrare i sistemi sanzionatori, per il necessario riferimento a profili comparatistici e di armonizzazione delle regole internazionali, immediatamente ci riporta ai *leit motiv* della produzione scientifica di Giuliano Vassalli, particolarmente a quella della raccolta dei suoi scritti.

Già una scorsa ai soli titoli delle varie sessioni ci mostra quanto prismatica sia la proiezione del tema sugli aspetti più attuali e delicati della dogmatica penale moderna.

Si parte dal sistema sanzionatorio, sul quale il D.lgs. 231/2001 ha innestato una serie di scelte del tutto innovative.

In primo luogo, la creazione di una forma di responsabilità che sembra rappresentare un *tertium genus* tra l'amministrativo ed il penale, cui peraltro si sovrappongono le più tradizionali forme di responsabilità civile e risarcimento punitivo come conseguenza della lacunosa organizzazione di impresa.

In secondo luogo, la creazione di un sistema molto articolato, che va dalla "classica" sanzione patrimoniale a sanzioni interdittive che, nella loro massima estensione, sono equiparabili per la persona giuridica alla pena di morte per la persona fisica. Con un visibile scompensamento tra misure punitive previste per l'autore del reato e quelle previste per l'ente. Disarmonia ancor più accentuata se il reato presupposto è doloso, mentre la responsabilità della persona giuridica

poggia sull'addebito, sostanzialmente colposo, di non aver adottato misure organizzative idonee a prevenire l'illecito. Analogo squilibrio si può constatare tra termini di prescrizione per la persona fisica, che seguono l'ordinario regime penale, e termini di prescrizione per la persona giuridica. Con l'assurda conseguenza che il processo a carico di quest'ultima non si prescrive se vi è stata l'interruzione nei cinque anni dalla commissione del delitto (secondo le regole della prescrizione civile), mentre può prescriversi per gli imputati, grazie al più favorevole regime della prescrizione penale. E con l'ulteriore conseguenza che il diritto di difesa della persona giuridica incontrerà i limiti derivanti dalla assenza processuale degli autori del reato, il cui ruolo potrebbe assumere un valore determinante, o quantomeno rilevante, nella ricostruzione dei fatti su cui si fonda la responsabilità dell'ente.

In terzo luogo, il tema degli aspetti attenuanti della sanzione per l'ipotesi di collaborazione investigativa dell'ente ha segnato un cammino del legislatore che si è fermato a metà strada, non giungendo al riconoscimento di un pieno esonero da responsabilità per la società che spontaneamente denunci e consenta di scoprire un reato connesso allo svolgimento di funzioni da parte di dipendenti e apicali. Questa limitazione, unitamente agli effetti della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, rischia di non incentivare l'ente a rivelare e chiedere di perseguire fatti che, pur originariamente imputabili all'interesse o a vantaggio dello stesso, siano comunque correttamente valutati dai suoi organi di amministrazione e/o controllo come meritevoli di denuncia.

Sollecitare dunque il legislatore a riprendere in considerazione questi punti ancora critici della normativa in esame, rappresenta uno dei compiti più rilevanti per la dottrina. Aver suscitato un così ampio dibattito scientifico su di essi, rappresenta quindi certamente uno dei grandi meriti di questa iniziativa scientifica. Ma non il solo.

Il richiamo ai profili comparatistici dimostra infatti, laddove fosse ancora necessario farlo, come l'armonizzazione delle legislazioni rappresenti un altro dei pilastri di una efficace prevenzione di reati nell'ambito di una economia globalizzata.

Ho già avuto modo, in più occasioni, di affermare che l'assenza di regole di *compliance* o la loro disomogeneità tra Paesi europei ed extra-europei, rappresenta un serio fattore di rischio per imprese multinazionali destinate a subire la concorrenza sleale di mondi economici deregolamentati o meno regolamentati. In questa occasione vorrei ribadire

che una buona analisi comparatistica consente di svelare quanti falsi miti siano nati o siano stati coltivati intorno ad alcuni sistemi giuridici europei ed anglosassoni.

L'aver aperto lo sguardo anche sui Paesi dell'America Latina aggiunge almeno due altri grandi meriti a questa iniziativa scientifica.

In primo luogo, coinvolge e sollecita sui temi di *compliance* Stati nei quali le imprese multinazionali, italiane e non solo, hanno effettuato relevantissimi investimenti, alla cui tutela – in chiave di prevenzione dei reati – la comune osservanza delle *best practice* contribuirebbe in maniera molto significativa.

In secondo luogo, rivolge attenzione a sistemi normativi molto simili a quello italiano, o che addirittura da esso hanno trovato spunto, rendendo ancor più utile un confronto che può basarsi su una omogeneità di fondo dei parametri regolamentari.

Un apprezzamento conclusivo vorrei infine rivolgere all'approccio multi disciplinare dell'iniziativa scientifica.

In un'epoca in cui la contaminazione dei vari aspetti culturali rappresenta un incentivo a studi sempre più ampi, aver voluto trattare, in un contesto composito, sia gli aspetti processual-penali, che quelli penali sostanziali, che quelli amministrativi e civili, rappresenta uno spunto di modernità culturale volto a superare i vecchi schemi monotematici, che dividevano il mondo dei giuristi in categorie chiuse da muri invalicabili, impedendo quella comunicazione dei saperi che, soprattutto nel campo del diritto penale dell'economia, rappresenta il metodo più corretto per affrontare i complessi problemi che connotano oggi il mondo delle imprese.

La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo

Adelmo Manna

SOMMARIO: 1. Ricordando Giuliano Vassalli; 2. La responsabilità c.d. amministrativa dell'ente e l'art. 27, primo comma, Cost.; 3. (*segue*) e l'art. 27, terzo comma, Cost.; 4. La Relazione al d.lgs. 231 del 2001 e l'utilizzazione della categoria del c.d. *tertium genus*; 5. Necessità di risolvere la problematica attraverso il diritto comunitario ed in particolare la sua giurisprudenza, con riferimento alla c.d. *matière pénale*; 6. L'utilizzazione dei c.d. criteri *Engel* ed in particolare del secondo e di quello relativo dell'afflittività delle sanzioni previste per la responsabilità da reato dell'ente; 7. Le conseguenze di considerare la responsabilità da reato dell'ente di cui al d.lgs. 231/2001 come una responsabilità autenticamente penale.

1. Anche lo scrivente intende approfittare dell'occasione per ricordare il proprio Maestro, Prof. Giuliano Vassalli.

Non è ovviamente agevole descrivere sommariamente una figura così importante e poliedrica della Politica, della Cattedra e del Foro, cui lo scrivente è profondamente debitore, essendosi laureato con lui ed avendo proseguito a livello universitario, come suo assistente, e nello studio legale, come praticante e poi procuratore legale dal 1974 al 1981, quando, avendo vinto il concorso di ricercatore, non ha potuto più svolgere per tre anni la libera professione e, quindi, le rispettive strade si sono materialmente divise, anche perché il Prof. Vassalli divenne, all'incirca in quel periodo, deputato al Parlamento per il PSI.

La separazione fu soltanto materiale perché spiritualmente rimanemmo sempre legati, come è giusto che sia tra Maestro e allievo, fino alla scomparsa del Nostro in assai avanzata età.

Fatta questa doverosa premessa, solo per far comprendere la continuità dei rapporti con il Prof. Vassalli, l'intendimento è ora quello di descriverne sommariamente la figura.

Riteniamo che sia importante iniziare dalle origini, ovverosia da quando il giovane Vassalli, figlio del Prof. Filippo Vassalli, illustre civilista e preside della Facoltà di giurisprudenza dell'allora denominata "La Sapienza" di Roma, decise di recarsi in Germania ad un convegno sulla famigerata riforma del 1936 del principio di stretta legalità, che veniva profondamente alterato, in quanto, secondo tale novella, costituiva reato non solo la violazione di una specifica norma penale, ma anche tutto ciò che fosse contrario "al sano sentimento del popolo tedesco", ben nota "clausola vuota", dietro la quale si nascondeva, in realtà, il "Führer Prinzip". Giuliano Vassalli infatti, in età giovanile, come tanti altri coetanei dell'epoca, era stato attratto dalle nuove concezioni autoritarie e, poscia, totalitarie, ma se ne ebbe presto a ricredere, tanto è vero che partecipò attivamente alla Resistenza romana, tanto da falsificare con Massimo Severo Giannini il provvedimento di libertà provvisoria in lingua tedesca che consentiva la fuoriuscita dal carcere di *Regina Coeli* di Sandro Pertini e di Giuseppe Saragat. Il Nostro, infatti, faceva il c.d. "doppio gioco", nel senso che, frequentando i salotti romani altolocati, a cui partecipavano anche i più alti gerarchi nazisti, conoscendo bene la lingua tedesca, poteva poi riferire ai capi della Resistenza romana. In tal modo si espose troppo finché, forse inevitabilmente, fu arrestato il 9 aprile del 1944 nei pressi di Piazza Colonna, come d'altro canto all'alba fu arrestato un altro importante componente del PSI, Peppino Graceva.

Riteniamo a questo punto che sia importante lasciare la parola a Pietro Nenni che nei suoi *Diari* così descrive l'impressione che gli fece l'arresto di Giuliano Vassalli: *"Per il partito, e per me personalmente, la perdita di Giuliano Vassalli è quanto mai crudele e dolorosa. Questo giovane professore universitario era il migliore del gruppo di giovani intellettuali, venuto al socialismo dalle organizzazioni fasciste. Severo, apparentemente freddo, silenzioso, c'era in lui una febbre di Olocausto, quasi un bisogno fisico e morale di espiazione. Appunto perché aveva negli anni giovanili creduto nel Fascismo, appunto perché anche caduti i primi entusiasmi ne aveva in certa tal guisa moralmente profittato, si sentiva in dovere di riscattarsi. E nel partito aveva scelto gli incarichi più ardui, i più anonimi, i più difficili. Era visibilmente attanagliato dalla contraddizione fra l'esecuzione di compiti estremamente rischiosi e la sua tenerezza di padre, di sposo, di figlio. Eppure respingeva da una ventina di giorni i miei ripetuti, insistenti, consigli alla prudenza, l'avevo pregato di andarsene in Alta Italia, di chiudersi per qualche settimana in una casa amica, troncando ogni rapporto con l'organizzazione. Mi rispondeva: «Dopo la liberazione di Roma mi murerò in casa»¹.*

¹ NENNI P., *Tempo di guerra fredda-Diari 1943-1956*, a cura di G. Nenni e D. Zucàro,

L'interesse, però, da parte di Giuliano Vassalli per la norma penale e la sua interpretazione già si manifestava agli albori della sua carriera accademica come un tratto fondamentale del suo pensiero penalistico, tanto è vero che la seconda monografia attiene proprio ai limiti del divieto di analogia in materia penale². In tale opera il Nostro apre in modo particolarmente originale all'analogia con riguardo in particolare alle cause di giustificazione, da intendersi infatti né come norme penali, né come norme eccezionali, evidentemente fornendo al principio della stretta legalità una *ratio* di tutela della libertà personale e non già quella di certezza del diritto. Anche nella coeva monografia sulla potestà punitiva, Giuliano Vassalli mostra tutto il suo afflato garantista che contrassegnerà l'intero pensiero penalistico perché giustamente, innovando rispetto alla mentalità del tempo, ritiene che lo Stato non abbia un diritto di punire cui corrisponderebbe un obbligo per l'imputato di soggiacere alla punizione ma solo una potestà, cui corrisponde la soggezione e tale questione, che può apparire erroneamente solo di carattere terminologico, consente, invece, al Nostro di fornire la base dei rapporti fra Stato e cittadino inquisito, in chiave non più autoritaria, bensì aperta alle nuove esigenze di carattere liberale e tipiche di uno Stato sociale di diritto³.

Tornando al Vassalli politico, indissolubilmente legato al Vassalli giurista, si comprende, da queste premesse, il fatto che egli abbia partecipato, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, alla c.d. scissione di Palazzo Barberini, ove, insieme a Giuseppe Saragat, diede luogo al PSDI, che si poneva infatti in netta opposizione al c.d. *fronte popolare*, patrocinato da Nenni e da Togliatti, finalizzato ad instaurare in Italia un regime di stampo sostanzialmente social-comunista⁴ che, come tale, non poteva che essere avverso, come lo fu sempre, a Giuliano Vassalli

pref. di G. Tamburrano, Milano, 1981, 64 ss. e, quivi, 66.

² VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale: norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942; successivamente, v. anche, ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto IV ed.*, *Disc. Pen.*, I, 1987, 158 ss.; nonché anche in ID., *Scritti giuridici I*, Milano, 1997, 387 ss..

³ VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942; cui adde ID., voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 793 ss., nonché anche in ID., *Scritti giuridici, etc. cit.*, 347 ss..

⁴ In realtà, a detta dello stesso Vassalli, mentre l'On. Nenni davvero riteneva possibile la vittoria del *fronte popolare*, intendendo così "scavalcare a sinistra", come si usava affermare allora, lo stesso PCI, invece l'On. Togliatti, più realisticamente, intendeva strumentalizzare lo stesso *fronte popolare* per ottenere quanto meno la *legittimazione democratica* dello stesso partito di cui era il segretario generale.

stesso per il suo indomabile spirito liberale, tanto che aveva costantemente rifuggito dalle impostazioni anche solo vagamente autoritarie, come dimostrato, infatti, da tutto il pensiero, sia politico che penalistico, dell'intera sua vita.

Per quanto riguarda il Vassalli penalista, egli si laurea e diventa allievo di Arturo Rocco, per poi presto passare sotto l'egida dell'alfiere del diritto penale moderno, Giacomo Delitala, che infatti annovera tre principali allievi del calibro, oltre che di Giuliano Vassalli, di Giuseppe Bettiol e di Pietro Nuvolone. Ognuno dei tre, tuttavia, presenta caratteristiche precipue nel senso che Bettiol, alfiere di un diritto penale di stampo cattolico, lo orienta al sistema dei valori, sull'onda evidentemente del grande penalista tedesco Hans Welzel⁵, mentre Pietro Nuvolone si caratterizza per un suo approccio logico-sistematico al diritto penale, tant'è che diventerà celebre il suo manuale⁶. Giuliano Vassalli, invece, come abbiamo già potuto constatare, sviluppa, soprattutto nell'ambito della teoria generale del diritto penale, la parte attinente alla legge penale medesima, per cui può essere a buon diritto considerato un capostipite di tale tipo di approccio ermeneutico.

Altro settore in cui il Nostro ha sicuramente dato luogo ad opere particolarmente all'avanguardia riguarda la teoria generale della pena, ove è in particolare da segnalare la prolusione al corso di diritto penale che egli tenne per l'anno accademico 1960/61 appena fu chiamato a ricoprire la cattedra di diritto penale nell'Università La Sapienza di Roma, succedendo così al suo maestro Giacomo Delitala. Il saggio che ne deriva, egregiamente commentato anche in questa sede dalla collega Avitabile⁷, è particolarmente innovativo, per quell'epoca, non già per l'adesione alla nota teoria polifunzionale della pena e pertanto con un convincimento radicato sull'essenza retributiva della pena stessa, giustamente criticata perché troppo *eclettica* e, quindi, in definitiva, di difficile incisione sul tessuto della legislazione ordinaria⁸, bensì per un deciso orientamento a favore della funzione rieducativa della pena.

⁵ WEZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

⁶ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

⁷ AVITABILE, Intervento alla Tavola Rotonda: "Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto civile e del diritto amministrativo", nell'ambito del Convegno "Pene per l'individuo e pene per l'ente", Roma, Università Sapienza, 25 e 26 maggio 2018.

⁸ FIANDACA, Sub. Art. 27, comma 3 Cost., in Branca-Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 221 ss..

Per Vassalli, infatti, la funzione rieducativa non impegna soltanto il giudice dell'esecuzione, ma anche il giudice di cognizione, financo il legislatore ordinario, in quanto, per usare una sua icastica espressione, con l'art. 27, 3° comma, la funzione rieducativa è entrata "a vele spiegate" nel testo costituzionale medesimo⁹. Il Nostro, comunque, come è noto, si è occupato profondamente anche di misure di sicurezza tanto è vero che i suoi studi hanno poi dato luogo alla mini riforma penitenziaria, cioè alla c.d. Legge Gozzini del 1986, di abolizione totale della pericolosità presunta, nonché di misure di prevenzione, ove lo stesso Autore risulta particolarmente "moderno", perché si rende conto che il processo di giurisdizionalizzazione compiuto per le misure di sicurezza ed allora in corso per quanto attiene alle misure di prevenzione, non può che comportare l'appartenenza o comunque l'avvicinamento di entrambe al diritto penale, tanto è vero che nessuno attualmente sostiene la natura amministrativa delle misure di sicurezza, mentre purtroppo quella delle misure di prevenzione risulta ancora *sub iudice*¹⁰. Il Nostro, comunque, si è occupato abbondantemente anche del processo penale, tanto è vero che l'espressione "diritto di difendersi provando" è a lui attribuibile ed è antesignana del processo accusatorio che egli ha contribuito, come Ministro della Giustizia, decisamente a varare. In questa sede merita tuttavia di essere segnalato uno scritto assai importante in tema di misure cautelari, nell'ambito del quale per la prima volta viene assegnata alla misura cautelare non soltanto una funzione endoprocessuale, ma anche uno scopo *extra* processuale, di "tutela della collettività", che però si giustifica, a causa degli attacchi terroristici di quel periodo, ma meno in chiave costituzionale, per possibile conflitto con la presunzione di innocenza¹¹.

⁹ VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in RIDPP, 1961, 297 ss. ed anche, ora, in ID., *Scritti giuridici, etc. cit.*, II, 1361 ss.; dello stesso v. anche, trent'anni dopo, ID., *La pena in Italia oggi*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, I, 619 ss. ed ora anche in ID., *Scritti, etc., ult.cit.*, 1747 ss..

¹⁰ VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, Milano, 1972, III, 1593 ss., ed ora anche in ID., *Scritti giuridici, etc. cit.*, I, 171 ss..

¹¹ VASSALLI G., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, III, 1097 ss. ed ora anche in *Scritti giuridici, etc. cit.*, III, 543 ss.; in contrapposizione, in particolare, con GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, che invece assegnava alle misure cautelari, in modo più condivisibile, soltanto una funzione endoprocessuale. Va, però, precisato che lo sviluppo successivo della legislazione in materia ha dato ragione a Giuliano Vassalli.

L'ultima sua monografia, scritta ad un'età ragguardevole, cioè ad oltre ottant'anni, dimostrando una perfetta conoscenza della letteratura e della giurisprudenza tedesche, riguarda la formula di Radbruch¹². Il grande filosofo del diritto tedesco ed anche penalista Gustav Radbruch, com'è noto, subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, conìò questa *formula* che può essere, nel miglior modo, definita utilizzando proprio i termini usati dall'illustre giurista tedesco: «*Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto ed inadeguato, a meno che il conflitto tra legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile (o un grave tale di intollerabilità) da far sì che la legge, quale "diritto ingiusto" debba cedere alla giustizia*»¹³. A questo riguardo trattasi chiaramente dell'espressione del ben conosciuto contrasto tra giuspositivisti e giusnaturalisti ed è in questa prospettiva che il Nostro accetta in linea generale la formula in questione, esaminando, in particolare, la giurisprudenza formatasi dopo il secondo conflitto mondiale circa i crimini nazisti e, dopo la riunificazione tedesca, in relazione soprattutto ai crimini perpetrati dai *Vopos*. È evidente infatti che molte di tali leggi consentivano comportamenti che altrimenti, in un Paese democratico, sarebbero stati vietati e quindi ciò realizza l'espressione di un diritto profondamente ingiusto, per cui vale la nota formula. Giustamente, però, Vassalli per quanto attiene al diritto penale pone un limite all'applicazione della formula stessa, cioè il divieto di retroattività della norma penale, che è, come noto, l'unico dei corollari del principio di stretta legalità che dall'illuminismo in poi non è mai stato seriamente messo in discussione, proprio perché consente e garantisce "libere scelte d'azione", fossero queste ultime anche le più nefande, ma proprio quest'ultima riflessione spiega l'irretroattività anche nel caso di specie¹⁴. In definitiva, anche in quest'ultima importante opera monografica Vassalli si dimostra uno dei più importanti teorici della norma penale e dei correlativi principi costituzionali, che Egli amplia anche con riferimento al diritto inter-

¹² VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale-Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania post-nazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001.

¹³ RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, 107 ss..

¹⁴ Sul punto, VASSALLI G., *op. ult.cit.*, 292 ss. nonché 306 ss.; nonché, v. anche ID., *La formula di Radbruch*, in *Diritto romano attuale*, 2002, 89 ss., nonché anche in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 655 ss..

nazionale nonché, ovviamente, al diritto comparato. Da ultimo, per definire ancor meglio la figura del Nostro, vanno ricordate le celebri *Relazioni di sintesi*, celebri in quanto egli aveva la capacità di individuare e di spiegare le ragioni sottostanti alle tesi a lui contrarie e questa è un'ulteriore dimostrazione del suo alto spirito garantista.

Sia consentito allo scrivente, per concludere questo quadro, ci auguriamo quanto più espressivo possibile della personalità del Maestro, di soffermarsi su di un ricordo personale che dimostra anche il profondo senso di umanità di un uomo apparentemente così severo e distaccato come lo aveva all'inizio tratteggiato, ma sempre solo in apparenza, l'On. Pietro Nenni. Arrivò anche al sottoscritto un bel giorno la c.d. cartolina precetto per cui entro poco tempo sarebbe dovuto partire per espletare il servizio di leva e quindi naturalmente dovette avvertire il Prof. Vassalli che per un lungo periodo lo scrivente sarebbe stato assente dallo studio e dall'università. La reazione, per il sottoscritto, fu veramente impreveduta ed anche profondamente commovente in quanto Egli affermò: "*Beh... un altro figlio che se ne va sotto le armi*".

2. Entriamo ora *in medias res* e cerchiamo di rispondere al quesito di fondo posto circa la responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo. Per risolvere adeguatamente un problema siffatto, crediamo che sia utile innanzitutto affrontarlo all'interno dei lavori preparatori che diedero luogo al d.lgs. 321/2001, in quanto lo scrivente ha fatto parte della Commissione ministeriale e quindi può riferire direttamente le problematiche che si agitarono su questo particolare e delicato profilo della materia.

Il quadro internazionale era variegato in quanto mentre il codice penale francese, il codice penale olandese e il diritto penale belga¹⁵ avevano optato per una responsabilità penale delle persone giuridiche, viceversa i Paesi di lingua tedesca -ed in particolare la Germania Federale- era assolutamente ferma nel considerare soltanto amministrativa la responsabilità da reato dell'ente, né, d'altro canto, potevano risultare d'aiuto la Convenzione OCSE sulla corruzione dei funzionari stranieri e comunitari del '97 ed il secondo Protocollo della coeva Convenzione

¹⁵ In argomento cfr., in particolare nella dottrina italiana, MORONE, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: amministrativa in Italia e penale in Belgio*, in *Giur. it.*, 2006, 2451 ss.; per gli ulteriori riferimenti bibliografici agli altri Paesi, compresi quelli di lingua tedesca, sia consentito il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2ª, Milano, 2018, 65 ss..

PIF, perché entrambe non entravano in argomento, lasciando liberi gli Stati che avessero ratificato dette convenzioni, tra cui l'Italia, di utilizzare il modello più consono alla propria tradizione giuridica. A questo punto la preoccupazione principale che ci si pose fu quella per cui, se avessimo definito espressamente come penale la responsabilità da reato degli enti, saremmo probabilmente incorsi in notevoli difficoltà nel far approvare il decreto legislativo in questione, perché probabilmente sarebbero insorte obiezioni, invero tradizionali, ma esistenti, secondo cui la responsabilità *penale* delle imprese sarebbe in contrasto con gli articoli 27, primo e terzo comma, della Carta costituzionale.

Analizziamo partitamente detti argomenti per verificare anche oggi se risultano fondati oppure no.

Una responsabilità penale degli enti non può dirsi, a nostro avviso, in contrasto in primo luogo con il 27, primo comma della Carta costituzionale, in quanto non dà luogo, come pure di recente è stato sostenuto, ad una sorta di responsabilità per fatto altrui, soprattutto in quanto coinvolgerebbe soggetti innocenti, come la minoranza nell'ambito del consiglio di amministrazione e dell'assemblea dei soci e comunque i dipendenti ed i lavoratori non coinvolti nel reato che è stato commesso¹⁶. Pur se tale argomentare non è privo di una certa forza di suggestione, ad un più approfondito esame si rivela infondato, almeno nella misura in cui anche la pena che viene irrogata al soggetto persona fisica inevitabilmente coinvolge pure soggetti innocenti¹⁷, come, ad esempio, i familiari del soggetto inquisito che subiranno amari contraccolpi, soprattutto se il reato è di carattere infamante, sia a livello di reputazione, che anche economico. Se però dovessimo ragionare in questi termini, la conclusione cui dovremmo giungere è, paradossalmente, quella dell'abolizione del diritto penale ed in particolare della pena, argomento che sicuramente ha rappresentato una forte attrattiva per la corrente degli abolizionisti negli anni '70 dello scorso secolo¹⁸, ma che

¹⁶ Per tale prospettiva cfr., ad esempio, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penali*, Torino, 2018, spec. 72 ss..

¹⁷ In tal senso, in particolare, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4^a, Milano, 2012, 700 ss..

¹⁸ Cfr., per tutti, BARATTA, *Criminologia critica e critica del Diritto penale*, Bologna, 1982; va però osservato, a scanso di equivoci, che il pensiero degli abolizionisti non era nel senso di abolire *tout court* il diritto penale, ma solo la pena ed in particolare la pena detentiva, in ciò evidentemente anche ispirandosi alla nota tesi foucaultiana della critica alle c.d. istituzioni totali, cioè alle prigioni ed ai manicomi: FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

anch'esso si è dimostrato, in fin dei conti, sterile, proprio perché, come giustamente sosteneva proprio Radbruch, ancora non è stato *inventato* niente di meglio del diritto penale¹⁹.

In più il legislatore italiano non ha ritenuto di seguire il modello francese *par ricochette*, cioè di rimbalzo che da' inevitabilmente luogo ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma, al contrario, ha optato per la c.d. colpa dell'organizzazione²⁰, fondata sui *compliance programs*, che quindi è conforme alla responsabilità per colpa di cui all'interpretazione più moderna e fatta propria dalla Corte costituzionale²¹ dell'art. 27, primo comma.

3. Le perplessità nell'affermare esplicitamente che la responsabilità da reato dell'ente fosse di natura penale riguardavano anche la conformità, o no, con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione. Anche sul punto è necessario intendersi, giacché, laddove si interpreti la norma costituzionale in oggetto in chiave ancora eccessivamente antropomorfica, ovviamente non vi è spazio per la responsabilità da reato dell'ente. È tuttavia risaputo come le norme giuridiche ed a maggior ragione quelle costituzionali, non possono essere interpretate alla luce della *voluntas legislatoris* espressa al momento della loro entrata in vigore, bensì devono essere interpretate non solo in chiave "oggettiva" ma, soprattutto con riguardo alle norme costituzionali, anche in chiave "evolutiva". Tenendo conto di questi risultati dell'interpretazione, ormai difficilmente revocabili in dubbio, ne consegue che è ben possibile adattare l'art. 27, terzo comma, anche alla diversa realtà della responsabilità da reato dell'ente. Anzi, sotto questo profilo, è giusto affermare come proprio attraverso il meccanismo dei *compliance programs* è possibile rimettere *in bonis* un'impresa nell'ambito della quale è stato commesso un reato e quindi, sotto questo profilo, incidere molto di più in chiave risocializzatrice rispetto a ciò che normalmente avviene per quanto riguarda la responsabilità penale delle persone fisiche²². Se, infatti, l'impresa ha

¹⁹ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., Stuttgart, 1956.

²⁰ Elaborata, come è noto, dall'illustre penalista di recente scomparso, TIEDEMANN, *Die "Beübung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, 1169 ss..

²¹ Soprattutto con le ormai celebri sentenze nn. 364 e 1085 del 1988.

²² DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; nonché più di recente, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale* (dir. da), GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2008.

adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, un modello di organizzazione, gestione e controllo, idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, si applicheranno all'ente medesimo soltanto sanzioni pecuniarie, con esclusione delle sanzioni interdittive. Anche nel caso, assai problematico, della responsabilità penale delle posizioni apicali la *defence* costruita dall'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 inserisce fra le condizioni di esonero della responsabilità da reato dell'ente anche l'adozione e l'efficace attuazione, prima della commissione del fatto, di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, lett. a).

4. Evidentemente consapevoli che la responsabilità da reato dell'ente non potesse integralmente appartenere al ramo del diritto amministrativo, anche perché va aggiunto che gli amministrativisti non a caso non si occupano affatto di tale sottosistema, nella Relazione al d.lgs. 231 del 2001 troviamo una definizione diversa della natura giuridica della responsabilità da reato dell'ente, nel senso che quest'ultima apparterrebbe ad una sorta di *tertium genus*, nel senso che – contendo sia elementi di tipo schiettamente penalistico, sia anche norme che contrastano con i principi costituzionali del diritto e del processo penali, come, ad esempio, l'inversione dell'*onus probandi* per quanto attiene alla responsabilità apicale – si è appunto preferito utilizzare il modello del *tertium genus*. Il riferimento a tale tipo di modello, "a cavaliere" tra diritto penale e diritto amministrativo, tuttavia non convince, perché dà luogo, almeno a nostro sommesso avviso, ad una sorta di *escamotage*, che spesso si usa a livello di teoria dell'interpretazione quando, appunto, l'interprete non è sicuro se un determinato istituto appartenga all'uno, oppure all'altro ramo del diritto e quindi, per evitare di incorrere in un errore di classificazione, preferisce evidentemente creare questa sorta di terzo modello, che ha, però, tutto il sapore di un artificio logico-giuridico. Nel caso di specie, tuttavia, potrebbe spiegarsi con riferimento al concetto di *Sanktionenrecht*, ovvero sia di diritto punitivo e/o sanzionatorio, nel senso della sussistenza di un diritto punitivo che si affiancherebbe al diritto penale propriamente detto, comprendente sia il diritto amministrativo punitivo che anche il diritto civile a carattere punitivo²³. Trattasi di una teoria sicuramente

²³ LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafrecht?*, Frankfurt a.M., 1995, *passim*; HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*, in *ZRP*, 1992, 378 ss..

assai interessante che tuttavia non consente di evitare il problema più spinoso cui si trova di fronte l'interprete e cioè quello della c.d. *frode delle etichette*, nel senso che ovviamente in tal modo si ha la possibilità di non prender posizione in un senso o in un altro e quindi di aggirare in tal maniera ciò che c'è dietro al concetto di truffa delle etichette, oververosia il problema del *minus* di garanzie. Ecco la ragione per la quale non possiamo condividere tesi come quelle per cui la responsabilità da reato dell'ente non sarebbe di natura formalmente penale, ma strettamente connessa allo stesso diritto penale²⁴. D'altro canto nemmeno, da ultimo, può convincere la tesi, seppure più garantista, del Pelissero che, sebbene in altra materia, peraltro con indubbia affinità con la responsabilità da reato dell'ente, ha fatto riferimento alla categoria del "diritto penale al limite", che, se sicuramente preferibile rispetto al generico ed omnicomprensivo diritto punitivo, perché almeno inserisce la materia nell'ambito del diritto penale, pur tuttavia l'aggiunta del sintagma "al limite", sta a significare evidentemente che per il pensiero del chiaro Autore la materia in oggetto e più, in generale, i settori ad essa affini, come quello di cui stiamo trattando, sono ai *confini* dello stesso diritto penale e questa tesi, a nostro sommesso avviso, pur se preferibile rispetto ad altre, può tuttavia risultare intrinsecamente pericolosa perché rischia di non giustificare appieno l'applicazione alle materie in oggetto, quelle appunto "di confine", di tutte le garanzie proprie del diritto penale²⁵.

²⁴ Così da ultimo PICOTTI, *La responsabilità "amministrativa" da reato dell'ente per carenze di organizzazione nell'impresa*, in SCHMIDT-KESSEL e TRIOANO (a cura di), *Diritto e attuazione del diritto in Europa*, Napoli, 2017, 89 ss. e quivi 90; *contra*, tuttavia, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, in cui si legge: "A tale responsabilità dovrebbe essere invece riconosciuta una natura penale in quanto il D.Lgs. 23172001 ha introdotto nel nostro ordinamento uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi, dotato di apposite regole quanto alla struttura dell'illecito, all'apparato sanzionatorio, alla responsabilità patrimoniale, alle vicende modificative dell'ente, al procedimento di cognizione ed a quello di esecuzione"; sembrano invece più tendenti a sostenere l'autonomia della responsabilità delle persone giuridiche sia dal diritto penale che dal diritto amministrativo, da ultimo, ALESSANDRI-SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, I, *I principi generali*, Torino, 2018, 87 ss. e quivi 90.

²⁵ PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in RIDPP, 2017, 439 ss.; nonché, dello stesso, proprio in materia di responsabilità da reato dell'ente, cfr. ID., *Responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II – *Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, 14^a, a cura di C.F. GROSSO (con i contributi di A. ROSSI, RIVERDITI, F. ROMANO, PETRINI, MADEO, PECCIOLI, PELISSERO), Milano, 2018, 741 ss. e quivi 823, ove infatti l'Autore, non a caso, classifica la responsabilità

5. Il dialogo tra Corti, così intenso negli anni recenti, ha visto assumere sempre maggiore importanza alla nozione di *matière pénal*, elaborata ormai da molti anni dalla Corte EDU ed affinata poi fino al giorno d'oggi²⁶. Come è ormai risaputo, per stabilire se si è, o no, di fronte alla *materia penale*, non è sufficiente fare riferimento al *nomen iuris* utilizzato nei singoli ordinamenti perché, onde evitare proprio la c.d. truffa delle etichette, sin dal 1976 sono intervenuti i celebri criteri individuati con la pronuncia Engel contro i Paesi Bassi, cui hanno fatto seguito ulteriori pronunce di analogo segno²⁷. Oltre tali due fondamentali sentenze ne sono susseguite molte altre, che infatti troviamo puntualmente menzionate nel volume della Silva, cui, pertanto, per opportuni approfondimenti, anche rinviamo²⁸. Per risolvere, adunque, i problemi in oggetto, crediamo sia opportuno utilizzare i tre criteri Engel che consistono: a) nella classificazione dell'illecito nella legislazione nazionale, che ha tuttavia solo un valore relativo; b) nella natura dell'illecito, cioè nella prospettiva sia contenutistica (gravità del fatto sanzionato, danno prodotto e riprovazione sociale) che strutturale (valorizzando la portata generale ed astratta del precetto) ed infine finalistica della sanzione; c) nel grado di severità della sanzione medesima.

Intendendo ora mettere in relazione i criteri Engel, che, come è noto, possono essere considerati sia in maniera congiunta, che disgiunta, al problema che qui ci occupa, cioè a dire alla natura della responsabilità da reato dell'ente, di cui al d.lgs. 2312001, per quanto attiene al primo criterio, che, d'altro canto, è proprio quello meno rilevante, possiamo ricavare, da quanto sinora osservato, che esso comunque risulta un criterio incerto. Da un lato, infatti, il legislatore nella rubrica sceglie l'opzione della responsabilità amministrativa, ma notoriamente la rubrica non

dell'ente da reato nell'ambito dell'illecito punitivo, con applicazione delle relative garanzie, che tuttavia non escluderebbe, appunto, la diversificazione di disciplina rispetto all'illecito propriamente penale.

²⁶ La letteratura ormai sul punto è veramente notevole, per cui da ultimo rinviamo a quanto egregiamente citato da SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 71, nota 270.

²⁷ Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Conseil de l'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1976; Corte EDU, Grande Camera, sent. 24 febbraio 1984, Öztürk contro Germania, n. 8544/79, che ha chiarito come fosse proprio la finalità punitiva delle *Ordnungswidrigkeiten* a determinarne la riconducibilità alla materia penale; per un commento a tale ultima pronuncia cfr. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *RIDPP*, 1985, 894 ss..

²⁸ SILVA C., *op.cit.*, spec. 73 ss..

vincola l'interprete, mentre dall'altro, nella Relazione al decreto stesso, si opta per il modello del *tertium genus*, sostenuto anche di recente in dottrina²⁹, ma che, per le ragioni sinora esposte, non appare convincente.

È opportuno quindi passare al secondo criterio, che riguarda soprattutto la struttura dell'illecito e, da questo punto di vista, richiamandoci a recenti studi in materia³⁰, non possiamo che rilevare come la stessa *struttura* della responsabilità da reato dell'ente sia modellata sulla *struttura* dell'illecito penale. In primo luogo, infatti, da un punto di vista oggettivo, il rapporto di causalità viene proiettato nel criterio dell'interesse o del vantaggio, che non costituiscono altro che la trasposizione in chiave di persona giuridica del modello causalistico tipico della responsabilità penale della persona fisica. Da un punto di vista della colpevolezza, anche qui la struttura della responsabilità da reato dell'ente è modellata chiaramente sull'illecito penale, perché l'imputazione del reato all'ente avviene attraverso l'individuazione della c.d. colpa dell'organizzazione e siamo, quindi, pienamente nel campo della colpevolezza. Possiamo anche aggiungere che, per quanto riguarda, in particolare, il reato commesso dal dipendente, il meccanismo di imputazione del reato all'ente si avvicina al modello dell'agevolazione colposa proprio perché il mancato controllo dell'ente da parte della persona giuridica, attraverso i suoi organi, ha, per l'appunto, agevolato la commissione del reato. Sotto questo profilo, anzi, si può arrivare anche a profilare una misura "soggettiva" della colpa, nella misura in cui il reato possa dirsi concretamente prevedibile e/o evitabile, ovviamente mediante un giudizio *ex ante*.

Anche il sistema delle sanzioni, peraltro, è mutuato dall'armamentario penalistico, e lo stesso processo penale è regolato dalla regola del *simultaneus processus* che, come abbiamo in precedenza verificato, non si spiegherebbe sino in fondo se la responsabilità da reato dell'ente fosse di altra natura. Anzi, sotto questo profilo, possiamo ricordare l'insegnamento di Giuliano Vassalli, che come abbiamo rilevato, seppure in diversa materia, quale quella relativa alle misure di sicurezza ed alle misure di prevenzione, ebbe giustamente a sostenere come la giurisdizionalizzazione fosse un chiaro indice della natura penale delle misure stesse e naturalmente il discorso può essere agevolmente esteso anche al tema che qui ci occupa³¹.

²⁹ Cfr. ad es., RONCO, *Problemi attuali del diritto penale dell'economia*, in AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a, Bologna-Roma, 2016, 49 ss. e, quivi, 53.

³⁰ FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, spec. 651 ss.

³¹ VASSALLI G., *Misure di prevenzione, etc.loc.ult. cit.*

Proseguendo con il secondo criterio Engel, corrispondono anche gli ulteriori indici, elaborati dalla giurisprudenza, alla responsabilità da reato dell'ente in quanto: a) le relative norme sono certamente di natura generale ed astratta; b) i reati presupposti, per cui può essere punito l'ente, sono sicuramente di notevole gravità; c) conseguentemente, ci pare indubitabile come la responsabilità da reato dell'ente comporti una notevole riprovazione sociale, tenendo conto che la *ratio* che sta alla base di tale tipo di responsabilità, consiste nel fatto che, come suol dirsi, "il crimine non paga" nel senso, cioè, che il legislatore ha voluto introdurre un modello di responsabilità con sanzioni di notevole efficacia deterrente, proprio perché la loro minaccia possa, appunto, indurre a non commettere reati, nel senso che i "costi" risulterebbero superiori ai "benefici".

6. Si potrebbe, però, in teoria sostenere come il secondo criterio Engel non sia ancora sufficiente a ritenere sicuramente penale la responsabilità da reato dell'ente. Se così fosse, non possiamo che fare riferimento al terzo ed ultimo criterio, cioè quello relativo all'afflittività, o al grado di severità delle sanzioni, applicabili all'ente mediante il d.lgs. 231 del 2001.

In argomento non possiamo che rilevare che l'armamentario delle sanzioni previste per le persone giuridiche, a partire dalle sanzioni interdittive, per giungere alle sanzioni pecuniarie, senza ovviamente dimenticare la confisca, sono sicuramente sanzioni che già da un punto di vista del grado di severità dimostrano come, per dirla con Donini, posseggono sicuramente un contenuto afflittivo, nel senso che "fanno male", risultano cioè "dolorose", come perdita di diritti, *al di là del fatto* che ci sia prevenzione, riparazione, neutralizzazione³². Le sanzioni interdittive, infatti, sono particolarmente gravose per l'ente, tanto è vero che la collega Severino le ha, probabilmente in modo un po' eccessivo ed enfatico, quasi paragonate alla pena capitale per la persona giuridica, con ciò intendendo chiaramente come l'incapacità a contrarre con la pubblica Amministrazione rende sostanzialmente l'ente incapace di qualsiasi gestione³³. Tanto ciò è vero che l'adozione dei modelli di organizzazione

³² DONINI, Septies in idem. *Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, testo della Relazione svolta al Convegno annuale dell'AIDP, Sez. it., Modena, 30 marzo-1° aprile 2017, su: "La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo", in Donini e Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 225 ss.; in argomento, in un'ottica processuale, FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Milano, 2015.

³³ SEVERINO, *Salute istituzionale*, in Convegno presso l'Università Sapienza di Roma in memoria di Giuliano Vassalli, 25-26 marzo 2018: "Pene per l'individuo e pene per l'ente".

da parte dell'ente consente all'ente medesimo di evitare le più gravi sanzioni interdittive e, quindi, di subire soltanto sanzioni pecuniarie che tuttavia, con il sistema per quote, adottato, non senza qualche contrasto, dalla Commissione ministeriale, proprio perché consente di adattare la sanzione nel modo più consono alla capacità economica dell'ente medesimo, per tale ragione risultano assai più efficaci in chiave sia generalche special-preventiva, rispetto alla sanzione pecuniaria commisurata a somma complessiva per la persona fisica. Naturalmente analogo discorso va fatto per la confisca e per il commissariamento giudiziale, per cui sotto questo profilo si può concludere nel senso che anche secondo il terzo criterio Engel la responsabilità da reato dell'ente non può che definirsi di natura penale.

Certo, siamo ben consapevoli del fatto che si tratta di criteri di carattere giurisprudenziale, ma ciò non deve stupire in quanto il diritto comunitario è essenzialmente un *diritto senza codice*³⁴, per cui, volendo anche qui citare un'altra celebre opera, il giudice inevitabilmente si trova in un "labirinto", dovuto anche al fatto che bisogna trovare un punto di incontro a livello nazionale tra la Corte di Cassazione, generalmente più tendente alla prevenzione generale ed alla tutela delle vittime, e la Corte costituzionale, che invece è per sua natura più orientata alla tutela dei diritti della persona, e queste ultime, a loro volta, devono confrontarsi, da un lato, con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha tendenzialmente un approccio simile alla Corte costituzionale, nonché con la Corte di Giustizia della Comunità Europea, che possiede invece un orientamento di carattere "mercantilistico", che segue una logica tipica da "*lex mercatoria*"³⁵.

Di tutto ciò, però, non v'è da stupirsi perché è ben noto che la giurisprudenza comunitaria tenda più ad un modello di *common law*, rispetto a quello di *civil law*.

Se, come nel caso di specie, i criteri Engel hanno trovato accoglienza da parte della giurisprudenza comunitaria sino a diventare una sorta di *ius receptum*, ciò spiega perché, ad esempio, proprio in base a detti criteri, lo stesso Donini nel "*Septies in idem*"³⁶ abbia ritenuto che appartengono sicuramente al diritto penale: 1) le pene principali; 2) le pene

³⁴ SOTIS, *Il diritto senza codice-Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

³⁵ MANES, *Il giudice nel labirinto-Profilo delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; in argomento, da ultimo, BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2018, 557 ss..

³⁶ DONINI, *Septies in idem, etc., loc.ult.cit.*

accessorie; 3) le misure di sicurezza; 4) le sanzioni amministrative e disciplinari; 5) le decadenze, sospensioni, incapacità, indennità, etc.; 5) i risarcimenti civili; 6) le misure interdittive e cautelari; 7) nonché le misure di prevenzione.

Quanto alla responsabilità da reato dell'ente, in effetti non appare ricompresa, perché, secondo il chiaro Autore, il modello svolgerebbe esclusivamente una funzione general- e special-preventiva, senza alcun riferimento alla funzione retributiva. Ci permettiamo di dissentire dall'illustre Autore in quanto se, secondo un linguaggio penalistico moderno, si depura la retribuzione da ogni significato ontologico ed eticizzante e la si riduce, in chiave garantistica, soltanto al, peraltro necessario, *rapporto di proporzione tra pena e reato*, non può certo sostenersi che il legislatore non abbia tenuto presente anche tale doveroso rapporto nella prefigurazione del modello sanzionatorio previsto nell'ambito del d.lgs. 231/2001, tanto è vero che, ad es., alcuni reati-presupposto sono puniti sia con le sanzioni interdittive, che con quelle pecuniarie, ed altri invece, anche se in modo non del tutto ragionevole, come i reati societari, soltanto con le sanzioni di carattere pecuniario.

Tirando ora le conclusioni di questa nostra complessa analisi, che coinvolge sia l'esame della normativa di cui al d.lgs. 231/2001 in rapporto ai possibili modelli penalistici di riferimento, la correlativa analisi strutturale tra l'illecito penale commesso dalla persona fisica e l'estensione dello stesso anche alla persona giuridica, nonché, da ultimo, l'approfondimento dei criteri, di indole comunitaria, c.d. Engel, che costituiscono ormai *ius receptum*, nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale, non possiamo che concludere nel senso che la responsabilità da reato dell'ente, in base a tutti questi indici, da' sicuramente luogo ad una vera e propria responsabilità penale, per cui accezioni di tipo diverso scontano inevitabilmente l'addebito di "truffa delle etichette"³⁷.

³⁷ Così anche MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Diritto e giustizia*, 2001, 8 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7; nonché, più di recente, ID, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *RTDPE*, 2018, 175 ss.; *contra*, tuttavia, ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 394 ss.; nonché, più di recente MANNÒ, *Non è colpa mia! Alla ricerca della consapevolezza perduta della responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *RTDPE*, 2018, 123 ss.; DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, Testo della Relazione, con l'aggiunta delle note, al Convegno dell'AIPDP tenutosi a Roma nel novembre 2017, spec. 39 ss. (del dattil.); dello stesso cfr. anche ID, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple*

7. Per dimostrare tuttavia che non siamo di fronte ad una questione puramente classificatoria tant'è che, come abbiamo potuto constatare in precedenza, taluni erroneamente svalutano il problema, cerchiamo ora di individuare quali conseguenze si possono trarre da una conclusione così impegnativa.

In primo luogo, se anche alla responsabilità da reato dell'ente si debbano applicare le norme costituzionali e/o comunitarie in materia penale, ne consegue che la prima norma, fortemente sospetta, di illegittimità è proprio quella di cui all'art. 6 che prevede una sorte di *defence* consistente in un'inversione dell'*onus probandi*, nel senso che, se il reato è stato commesso da una posizione apicale, è l'ente che deve dotarsi di tutta una serie di requisiti previsti dallo stesso art. 6 per poter essere esonerato dalla responsabilità da reato, evidentemente valendo, al contrario, una presunzione, seppure *ius tantum* di responsabilità diretta dell'ente, proprio perché, per definizione, la posizione apicale agisce "in nome e per conto" dell'ente medesimo.

Ora, onde superare questa questione di legittimità costituzionale, non sembra possibile ricorrere al noto *escamotage* elaborato dalla giurisprudenza per cui sarebbe consentito distinguere tra "onere della prova" e "onere di allegazione", nel senso che quest'ultimo sarebbe immune da un possibile *vulnus* all'art. 27, comma 2, Cost..

A nostro avviso, infatti, tale distinzione presenta un *quid* di artificioso perché, a ben considerare, non esiste, in realtà, una differenza strutturale tra onere della prova e onere di allegazione perché entrambi si risolvono a sfavore dell'inquisito, che infatti deve adempiere all'onere stesso e, anzi, proprio questa circostanza fa, in definitiva, comprendere come si sia di fronte ad uno stesso fenomeno giuridico, seppure denominato in maniera diversa. In altri termini, come abbiamo già rilevato, è qui necessaria una semplificazione della normativa, anche per renderla meno onerosa, pure da un punto di vista economico, per le imprese, nel senso che sarebbe molto più opportuno, oltre che costituzionalmente più corretto, prevedere che il pubblico ministero indaghi direttamente sul se l'amministratore infedele, cioè colui che ha

nei modelli italiano ed europeo, ora anche in Cass. pen., 2018, 2284 ss., che infatti ritiene come la responsabilità da reato dell'ente sia di carattere amministrativo soprattutto perché incentrata sulla prevenzione e a suo avviso senza riferimento al momento retributivo; nel senso invece di una svalutazione, a nostro avviso erronea per quello che osserveremo da qui innanzi, del problema, PULITANO', La responsabilità da "reato" degli enti e criteri di imputazione, in RIDPP, 2002, 415 ss.; ALESSANDRI, Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche, in RTDPE, 2002, 33 ss..

commesso il reato, abbia eluso, o no, i controlli degli altri componenti del consiglio di amministrazione, nonché il collegio sindacale. Va da sé, naturalmente, che se vi è prova di tale elusione ne risponderà solo l'apicale infedele e non anche l'impresa; diversamente, ne risponderà anche l'impresa perché, di fronte ad una di tali ultime ipotesi, vale quanto già a suo tempo elaborato dal compianto Franco Bricola, nel senso che il reato diventa "espressione di una politica di impresa"³⁸.

In secondo luogo, nell'ottica anche di una maggiore attuazione del principio di offensività seppure *lato sensu* inteso, andrebbe probabilmente ripensato l'art. 17 del d.lgs. 231 del 2001, nel senso di attribuire alla riparazione delle conseguenze del reato un'efficacia maggiore dell'attuale diminuente, per giungere sino alla esclusione della responsabilità penale, soprattutto nelle ipotesi di ripristino dello stato dei luoghi, con particolare riferimento, ovviamente, ai delitti ambientali e ciò nell'ottica della c.d. *restorative justice*³⁹.

In terzo luogo, l'aver riconosciuto la natura penale alla responsabilità da reato dell'ente non può non possedere importanti ricadute anche sul procedimento e sul processo a carico dell'ente medesimo. Ciò nel senso che dovrà applicarsi inevitabilmente anche l'art. 112 della Costituzione, cosicché il Pubblico Ministero avrà l'*obbligo* di esercitare l'azione penale anche nei confronti della persona giuridica, oltre che, ben inteso, della persona fisica, dipendente o dirigente della persona giuridica medesima, persona fisica che ha, appunto, commesso il reato. In tal modo, si otterrebbe anche l'importante vantaggio di un'implementazione notevole del d.lgs. 231 del 2001 che, invece, attualmente è applicato in prevalenza nei Tribunali del Nord Italia e molto meno in quelli del Centro e del Sud Italia⁴⁰.

In quarto ed ultimo luogo, seppure il problema risulta più di politica criminale, è necessaria una chiara *actio finium regundorum* nell'ambito dei reati presupposto fra quelli che sono realmente espressione della criminalità del profitto, unici consoni al modello 231, rispetto

³⁸ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario* (1970), ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, II, II, Milano, 1997, 2975 ss..

³⁹ In argomento, per tutti, MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Annali Enc. Dir.*, Milano, 2017, 465 ss.; nonché sul tema specifico, sia consentito il rinvio a MANNA, *Le norme penali come argine all'alterazione irreversibile dell'ecosistema*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 659 ss..

⁴⁰ Cfr., in tal senso, MAZZA O., *Intervento alla tavola Rotonda: Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto penale sostanziale e processuale*, in AA.VV., *Pene per l'individuo e pene per l'ente, etc. cit.*

a quelli che, invece, sono espressione di un'associazione originariamente illecita che, quindi, sono di competenza di diversi sottosistemi penali. Da ultimo, due brevi notazioni a livello comparatistico: la prima riguarda il c.d. *corporate killing*, il cui *Act* è stato introdotto in Inghilterra come ipotesi di responsabilità *esclusiva* dell'ente per reati connessi agli infortuni sul lavoro⁴¹. Se è pur vero che anche nel nostro sistema esiste una forma di responsabilità autonoma dell'ente, ex art. 8, d.lgs. 231, soprattutto laddove l'autore del reato non sia stato identificato, riteniamo però che una responsabilità esclusiva dell'ente rischi di deresponsabilizzare i soggetti persone fisiche che pure compongono e fanno quindi parte dell'ente medesimo, per cui francamente preferiamo il nostro sistema, ove, infatti, l'ipotesi dell'art. 8 riguarda soprattutto quelle società, in genere multinazionali, in cui la decisione è presa a livello "orizzontale" e, pertanto, può risultare estremamente problematica l'individuazione del soggetto persona fisica che ha concretamente preso la decisione stessa, ovviamente se criminosa. In secondo luogo, non convince nemmeno la prassi invalsa presso i Tribunali nord-americani, ove si tende ad esonerare dalla responsabilità penale l'ente, solo laddove quest'ultimo, ovviamente attraverso i suoi organi, collabori con le autorità inquirenti, indicando il soggetto persona fisica autore del reato. Le nostre perplessità riguardano proprio questa forma, in un certo senso "anomala", di collaborazione processuale, che a nostro giudizio rischia di inserire in un modello di carattere accusatorio pericolosi elementi, viceversa, di carattere inquisitorio⁴², possibili evidentemente in un sistema di discrezionalità dell'azione penale, ma che proprio per questo rischiano anche di produrre vendette trasversali se non, addirittura, fenomeni di carattere calunnioso. Per questo complesso di ragioni non solo ci induce a qualche perplessità il seppur parzialmente diverso fenomeno del c.d. *whistleblower*, corredato comunque, almeno sino ad un certo limite, da garanzie protettive legate all'anonimità, ma soprattutto, tornando alla responsabilità da reato dell'ente, per le

⁴¹ In argomento TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penali degli enti: il corporate killing*, in *RTDPE*, 2009, 253 ss..

⁴² Per analoghe critiche, cfr. SERENI, *Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato*, in AA. VV., *Pene per l'individuo e pene per l'ente, etc. cit.*; in argomento, nella letteratura Nord-americana, cfr. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *RTDPE*, 2018, 1 ss..

ragioni sinora indicate ci sembra più equilibrato il sistema nostrano, ove vi è adeguato spazio sia per la responsabilità della persona fisica che per quella della persona giuridica, rispetto al sistema inglese ed alla prassi nord-americana, ove si incontrano limiti, invece, a nostro sommo giudizio, difficilmente giustificabili.

La lacunosa organizzazione d'impresa quale fattore di responsabilità civile

Enrico del Prato

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La responsabilità d'impresa. 3. Attività e imputazione del rischio. Estensione della regola tratta dall'art. 2049 c.c. all'imputazione del consenso contrattuale. 4. Danno, prevenzione e precauzione. 5. Regole di precauzione. 6. Effettività della precauzione. 7. L'adeguatezza delle regole di organizzazione: criteri. 8. Il danno da inadeguata organizzazione.

1. Una premessa. L'art. 1 del d.lgs. 8.6.2001 n. 231 contempla la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Ne è fuori la responsabilità dell'imprenditore individuale, il quale risponde personalmente sul piano penale. Il richiamo agli enti, nella sua ampiezza, deve ritenersi comprensivo di tutte le figure che non sono espressamente escluse (v. l'art. 1, 3° comma). Il 2° comma formula una distinzione per tipi (persone giuridiche, società e associazioni "anche prive di personalità giuridica"), omettendo i comitati non riconosciuti. Escludo che l'omissione sia decisiva per sottrarli alla responsabilità: la diversità di un'associazione non riconosciuta da un comitato si colloca su un piano del tutto estraneo a quello rilevante ai fini di questa normativa.

Il tema che mi è stato attribuito si riferisce all'impresa: un'attività che può essere esercitata, oltre che da una persona fisica, tanto da società –funzionalmente deputate all'esercizio collettivo dell'impresa– quanto da enti del primo libro del codice civile (associazioni, fondazioni, comitati). La demarcazione sta, come è noto, nella destinazione degli utili: nella società essi sono distribuiti ai soci, negli enti non lucrativi sono destinati alle finalità per cui l'ente è stato costituito.

2. Il problema di una specifica responsabilità civile dell'impresa sorge nel diritto contemporaneo. Agli albori della società industriale esso si esauriva nelle regole generali della responsabilità civile extracontrattuale. Nel XX secolo il regime della responsabilità si è dovuto confrontare con nuovi problemi, che attengono essenzialmente alla distribuzione del rischio che un danno scaturisca dall'esercizio di un'attività pur non essendo, o essendo scarsamente, preventivabile. Insomma, il problema era se questo danno, non ascrivibile a titolo di colpa all'impresa pur inerendo all'attività in cui essa si sostanzia, dovesse gravare su chi lo ha subito o su chi lo ha causato.

La responsabilità "classica", per dolo o per colpa, risolveva il problema sulla base dei criteri di imputazione. Criteri per il cui accertamento sono preziosi i contributi della dottrina penalistica: un limite di certi orientamenti della civilistica contemporanea è di tendere verso una oggettivizzazione quasi asfittica del diritto, mentre la proiezione verso l'approccio penalistico a determinate categorie aiuterebbe a comprendere che anche i "fatti di sentimento" – per adoperare un'espressione di Angelo Falzea –, e cioè gli atteggiamenti psicologici, possono essere tratti da circostanze obiettive.

Dalla responsabilità per colpa e per dolo si è passati poi alla responsabilità oggettiva, la quale fa leva sul rischio insito nell'attività addossandolo a chi la esercita. Il momento di passaggio era nell'idea che la responsabilità oggettiva sottendesse una colpa *in eligendo* o *in vigilando*, riaffiorando in ciò il classico modello di imputazione. E tuttavia è pacifico, almeno sin dagli anni '60, che i criteri di imputazione oggettiva della responsabilità, nel codice civile prima e nelle leggi speciali poi, prescindono da qualsiasi idea di colpa. In talune ipotesi è prevista una prova contraria, più o meno complessa – dal caso fortuito (artt. 2051 e 2052 c.c.) all'aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (artt. 2050 e 2054 c.c.)-, ma il caso caratteristico non l'ammette (art. 2049 c.c.; è la responsabilità, definita con terminologia decisamente antiquata, dei "padroni e committenti").

3. Il rischio insito nell'esercizio di un'attività ha avuto la sua emersione normativa nella responsabilità extracontrattuale. La ragione è ovvia: la responsabilità del debitore (cioè per inadempimento: art. 1218 c.c.) è tendenzialmente oggettiva; si colloca, cioè, sullo stesso piano delle ipotesi di responsabilità extracontrattuale che prevedono una prova liberatoria consistente nell'impossibilità di evitare il danno.

La responsabilità per inadempimento si estende ai cosiddetti doveri di protezione che germinano ai margini del rapporto obbligatorio: essi, in passato, hanno posto l'interrogativo se dovessero collocarsi in ambito extracontrattuale.

Una significativa esplicazione in forma specifica della responsabilità extracontrattuale di impresa si scorge là dove si afferma la vincolatività di contratti ed altri atti impegnativi posti in essere da un soggetto a vario titolo collocato nell'organizzazione imprenditoriale, ma privo del potere rappresentativo. In questo modo, superando l'art. 1398 c.c. –che sancisce l'inopponibilità al *dominus* del contratto concluso dal *falsus procurator*, salva la facoltà di ratifica-, si omologa alla conclusione del contratto il regime dell'art. 2049 c.c. La giurisprudenza tende a risolvere la questione con lo strumento dell'apparenza (c.d. rappresentanza apparente). Sono, ad esempio, i casi del promotore finanziario e del subagente assicurativo privi di legittimazione a concludere determinati contratti. Ora, in ambito assicurativo, l'art. 118 del d.lgs. 9.9.2005 n. 209 (codice delle assicurazioni private) risolve parzialmente il problema con riferimento al pagamento dei premi, imputando all'impresa "il pagamento del premio eseguito in buona fede all'intermediario o ai suoi collaboratori" (comma 1), se tale attività è prevista nell'accordo sottoscritto con l'impresa (comma 2) dall'intermediario in possesso dei requisiti di legge (art. 109, comma 2, lett. b).

Restano, dunque, aperti ampi spazi di applicazione del criterio dettato dall'art. 2049 c.c. nell'imputazione del consenso contrattuale all'impresa. Il suo fondamento è nel fatto che, così come risponde dell'illecito in quanto espressione della sua attività, l'impresa deve ritenersi vincolata a quei contratti stipulati da un soggetto collocato nell'organizzazione in modo tale da ingenerare nei terzi il convincimento che egli abbia il potere di impegnarla. Siccome questa situazione scaturisce dall'organizzazione creata dall'imprenditore, su di lui devono ricadere i rischi che ne conseguono.

4. La responsabilità civile si collega a un danno ingiusto (art. 2043 c.c.). Pertanto una lacunosa organizzazione dell'attività imprenditoriale non è, in sé, fonte di responsabilità, ma lo sono i suoi eventuali effetti dannosi. D'altra parte l'osservanza di modelli organizzativi idonei ad evitare di incorrere in responsabilità non la esclude se, ciononostante, si verifici un fatto illecito. Per quanto un'organizzazione esemplare possa indurre a negare la colpa, essa non menoma la responsabilità

oggettiva (art. 2049 c.c.) se è colposa o dolosa l'azione che ha concretamente causato il danno o ne è stata una concausa efficiente secondo il criterio del "più probabile che non".

Ciò non significa che le lacune organizzative siano irrilevanti ai fini della responsabilità. Siccome incidono sull'esercizio delle singole attività, esse possono costituire una concausa del danno cumulando alla responsabilità oggettiva (art. 2049 c.c.) una responsabilità colposa o dolosa dell'imprenditore (art. 2043 c.c.). Quest'ultima rileva su due piani: per il danneggiato, ampliando la platea dei responsabili dell'illecito, oltre all'autore, per colpa o dolo, e all'imprenditore, in via oggettiva, a quanti è ascrivibile l'adozione di soluzioni organizzative inadeguate; ai fini dell'imputazione della responsabilità nei rapporti interni tra i coobbligati in solido per l'esercizio del regresso da parte di chi abbia risarcito il danno (artt. 1298 e 2055 c.c.).

In ciò si esaurisce la rilevanza dell'organizzazione quando il danno si è prodotto. Ma occorre tener presente che il senso dei modelli organizzativi virtuosi si coglie essenzialmente nella loro funzione preventiva. L'idoneità dell'organizzazione alla prevenzione di reati e illeciti civili è espressione di una categoria giuridica, la precauzione, che, in verità, è sempre esistita, ma è affiorata all'attenzione dei civilisti soltanto negli ultimi vent'anni. Con la precauzione si intende evitare un rischio incerto, con la prevenzione un rischio certo o probabile (nell'art. 6, 1° comma, d.lgs. 231/2001, si legge "prevenire", ma la funzione non è tecnicamente di prevenzione giacché il rischio non è certo).

L'antica percezione di queste funzioni si coglie nelle azioni di rinuncia (artt. 1171 e 1172 c.c.), risalenti al diritto romano (*operis novi nuntiatio* e la *cautio damni infecti*) e funzionali a porre rimedio a un pericolo di danno. Possiamo dire che prevenzione e precauzione sono categorie della giuridicità perché strumentali ad evitare un danno: quindi il loro precipuo campo applicativo è nelle iniziative inibitorie e conformative, mentre, sul piano risarcitorio, esse sono componenti della responsabilità, rilevando ai fini della colpa e del nesso di causalità e, nelle ipotesi di responsabilità aggravata, come oggetto della prova liberatoria a carico del danneggiante (cfr. gli artt. 2050 e 2054 c.c.).

L'organizzazione dell'attività di impresa assolve a questa duplice funzione: preventiva e precauzionale. Mentre la prevenzione ha un'emersione normativa nella disciplina del fatto illecito (artt. 2050 e 2054 c.c.), dove rileva ai fini della responsabilità, la precauzione resta sullo sfondo.

L'autonomia della precauzione tra le categorie giuridiche emerge solo se si riesce a distinguerla dalla responsabilità. E ciò le è connotato: la responsabilità sorge a danno avvenuto; la precauzione lo precede. E siccome lo precede, la violazione del dovere precauzionale ha la sua autonomia in quanto legittima l'adozione di cautele preventive: cioè azioni inibitorie o volte ad imporre determinate cautele.

In ambito civilistico la precauzione opera tanto nel rapporto obbligatorio quanto nella responsabilità extracontrattuale. Nel primo la violazione di doveri precauzionali sostanzia un inadempimento: consente, dunque, a prescindere dalla produzione di un danno, il recesso dal contratto, quando è ammesso, o la risoluzione per inadempimento.

Ai fini della responsabilità, cioè quando il danno si è verificato, la violazione del dovere precauzionale rileva, come dicevo, sostanzialmente a due fini. In primo luogo, per l'imputazione dell'illecito o dell'inadempimento, in quanto la violazione della precauzione è imperizia, imprudenza e, quindi, colpa. In secondo luogo, per valutare il nesso di causalità.

Nesso di causalità e elemento soggettivo dell'illecito sono profili diversi: tuttavia, nella pratica giurisprudenziale, la violazione della precauzione viene spesso impiegata per colmare qualche eventuale vuoto probatorio del nesso di causalità. Diversamente dalla responsabilità penale, che presuppone il convincimento che l'imputato abbia commesso il reato "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.), nel diritto civile la causalità si fonda sulla regola, sensibilmente diversa, del "più probabile che non".

5. Da dove si attingono le regole precauzionali?

La normazione contemporanea, primaria e secondaria, è ricca di prescrizioni per l'esercizio di determinate attività con funzione preventiva e precauzionale. Pensiamo, ad esempio, alla disciplina antinfortunistica e, più ampiamente, a tutela della salute, alla disciplina a tutela dell'ambiente e in generale alle regole che presiedono all'attività sanitaria.

Le fonti normative sono ulteriormente arricchite da codici deontologici, linee guida e protocolli di elaborazione privata. Vi fa riferimento anche il d.lgs. 231/2001, dove rinvia alla possibilità di adottare un modello di organizzazione e gestione, sulla base di "codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti", sul quale il Ministero della giustizia, di concerto con altri Ministeri, deve fare osservazioni entro 30 giorni, in mancanza delle quali il codice si ritiene approvato e idoneo alla prevenzione di reati (art. 6, 3° comma).

Queste linee guida delineano *standards* qualitativi nell'esercizio di determinate attività, e quindi esprimono la diligenza gravante su coloro che le esercitano. L'osservanza di queste prescrizioni esclude, almeno in astratto, la colpa.

6. Si pone un problema specifico. Le norme precauzionali dettano dei criteri vincolanti per l'esercizio di determinate attività. Ad esempio: le emissioni di onde elettromagnetiche da stazioni radio base per l'esercizio della telefonia cellulare non devono superare una certa soglia. Se tale soglia non è superata, la regola precauzionale è osservata; una eventuale azione inibitoria dovrebbe essere respinta, e si dovrebbe anche escludere, a rigore, il nesso di causalità tra l'attività e l'eventuale danno che oggettivamente si è verificato.

Ma siamo davanti al problema dell'ignoto scientifico e tecnologico e alla conseguente esigenza di comprendere l'attitudine dei criteri precauzionali dati alla prevenzione dei danni. Quindi, ai fini dell'adozione di un modello organizzativo d'impresa, occorre plasmare il dovere precauzionale sulla concreta capacità dell'agente a comprendere la portata della sua attività.

In altri termini: il rispetto dei canoni normativi -generalmente dettati da fonti secondarie- esonera da colpa una piccola impresa; non altrettanto può dirsi per un'impresa *leader* in un certo segmento del mercato, che ha compiuto ricerche e investimenti in quel settore, e che, verosimilmente, prima di ogni altro è in grado di comprendere la sopraggiunta inadeguatezza delle regole dettate per l'attività che esercita. A quest'ultima si può chiedere un livello di diligenza più accentuato, anche oltre il dato normativo: lo si spiega in ragione dell'esigenza di addossare i rischi derivanti dall'ignoto scientifico a chi è munito delle competenze (e delle risorse) più adeguate a prevenire eventuali danni.

7. Una volta le norme erano poche, puntuali, forse "rozze": sfuggiva alla dimensione giuridica un ampio segmento della realtà. Bussando alla porta del diritto, nuove istanze vi hanno avuto accesso, a volte attraverso l'interpretazione, altre volte mediante previsioni normative. Spesso si tratta di imprimere rilevanza giuridica a fenomeni magmatici, la cui disciplina diviene spesso, e inevitabilmente, sfumata.

La rigorosa tipicità della fattispecie penale rischia di elasticizzarsi in maniera tale da sollevare problemi di legittimità costituzionale.

Il modello di organizzazione nel d.lgs. 231/2001 rileva ai fini dell'imputazione della responsabilità amministrativa che consegue all'illecito penale. L'adozione di quel modello, dunque, non sostanzia un obbligo, ma rappresenta un onere per evitare la responsabilità amministrativa. Una recente pronuncia del Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di imprese (ord., 15.12.2017, in *Giur. it.*, 2018, 4, 900, con nota di A. Bertolotti), ha escluso che possa costituire grave irregolarità, ai fini dell'art. 2409 c.c., la mancata adozione di un adeguato modello di organizzazione, confermando che non si tratta di un obbligo ma, piuttosto, di un onere.

Come si accerta l'adeguatezza di un modello di organizzazione? L'applicazione dei modelli attinti dai codici di comportamento predisposti dalle categorie interessate può ritenersi idonea allo scopo: pensiamo al codice di comportamento predisposto da Confindustria ed approvato dal Ministero della Giustizia.

In mancanza, quali sono i criteri a cui l'impresa si deve attenere per non incorrere in "colpa da carente organizzazione"? Sono criteri inevitabilmente elastici: si avvalgono di *standard* valutativi, possono essere attinti da categorie, di matrice pubblicistica, in progressiva espansione, quali la proporzionalità, l'adeguatezza, la ragionevolezza e il bilanciamento, ed esprimono lo sforzo concretamente esigibile. Questa è la sponda a cui si approda quando si legifera in queste materie. Dalle linee guida di Confindustria si attinge un esempio fondato sull'analisi economica del diritto: è uno sforzo sproporzionato assumere una guardia giurata per scongiurare il furto della propria autovettura. Con ciò si delinea il contenuto del dovere precauzionale e la responsabilità che deriva dalla sua violazione, fondata sulla negligenza e cioè sulla colpa.

8. C'è, infine, il problema del risarcimento del danno, che non tocca la sanzione amministrativa, ma la responsabilità civile conseguente al reato, e conduce ad indagare le variegate funzioni della responsabilità civile.

Si affacciano, da tempo, nuove istanze in materia di danno risarcibile, che trovano linfa nell'ampio novero dei danni non patrimoniali. L'art. 2059 c.c. imprime alla responsabilità una funzione sanzionatoria, preventiva e dissuasiva, mettendone in luce le possibili sfaccettature. Da qui l'interrogativo circa l'ammissibilità di "danni punitivi": l'espressione è infelice in quanto la funzione punitiva è del risarcimento, ma la questione ha ragione di porsi per quei danni evitabili con l'adozione

di adeguate cautele nell'organizzazione dell'impresa. Un tema, questo, oggetto dei molti contributi generati dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della S.C. (Cass., SS.UU., 5.7.2017 n.16601), la cui trattazione esula dal compito affidatomi.

Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei giorni nostri

Adolfo di Majo

Tra le letture e/o riletture “estive” mi è apparsa di attualità, proprio sul tema dei c.d. danni punitivi, il noto libro del Pandettista Augusto Thon (1839 – 1912), su “*Norma giuridica e diritto soggettivo*”, nella sua prima traduzione del 1939 per i tipi della Cedam).

Ed è da considerare che il *leit-motiv* del lavoro è proprio “la norma e le conseguenze giuridiche della sua trasgressione” (Cap. I).

1. Ebbene ragionando su tali *conseguenze* Thon ebbe a ribadire, in puro linguaggio pandettistico, come, risolvendosi l’intero diritto in un *complesso di imperativi*, la trasgressione della norma non può che dar vita a *nuovi imperativi giuridici*.

Il che ha luogo esemplarmente per i *negozi giuridici disapprovati*, ove la conseguenza è l’imperativo giuridico *sulla nullità del negozio*, così che all’ordinamento riesce di raggiungere il suo scopo e cioè che “accada ciò che esso comanda”, una probabile “conseguenza giuridica” della trasgressione delle norme può essere anche *la punizione del responsabile*.

“La comunità giuridica”, dice Thon, si propone per l’appunto *di infliggere un male di una qualsiasi natura* a chi ha disprezzato i suoi precetti sotto qualsiasi veste si presenti, la pena, secondo l’intenzione della Comunità: *essa deve essere sempre un male*, che l’azione anti-giuridica tiri addosso al suo autore” (pag. 26).

Ebbene, anche *la pena* presuppone che alla trasgressione della norma consegua un nuovo imperativo giuridico, che la imponga. “Per il concetto della pena è indifferente di quale specie sia *il male* che deve colpire il trasgressore della norma”. Per lo più, trattandosi di *pene private*, esse hanno l’aspetto *di decadenza* (da diritto o potestà). Ma essa può consistere

anche in “una obbligazione prestata a scopo di punizione del trasgressore della norma” e in genere “a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà per lo più colui che dal delitto è stato leso”.

2. Ma è a questo punto che ebbe ad inserirsi una polemica tra Windscheid e Thon. Il primo riteneva che tutte le pene dovessero essere di competenza del codice penale dell'Impero tedesco, mentre il Thon affermava che ciò non dovesse valere “*per le pene private* di diritto comune”.

Il contrasto tra i due grandi giuristi può essere di grande attualità, anche ai giorni nostri. Per l'una teoria tutte le sanzioni, aventi carattere di pena, dovevano essere previste nel diritto penale generale e cioè, all'epoca, nel codice Penale per la Confederazione germanica del Nord (per l'impero Germanico). Ma ciò avrebbe determinato l'abrogazione di tutte le pene private, con conseguenze incalcolabili. Ma per l'altra teoria ciò non poteva valere per le pene private di diritto comune (Thon, pag. 38): “Una distinzione tra le une e le altre non è arbitraria ma necessaria” (Thon, p. 38). In sostanza “soltanto il comando (Anordnung) di pubbliche pene costituisce il diritto penale, così si è determinato per tradizione tale concetto.

Ebbene, ancora ai giorni nostri, non sarebbe proponibile che le pene private debbano trovare sede e riconoscimento nel codice penale.

3. All'insegnamento del Thon è dovuta anche la distinzione, ormai ben conosciuta, tra i rimedi a carattere *punitivo* e quelli a carattere *compensativo*. La *compensazione*, e cioè il *mezzo di surrogazione* presuppone che il comando normativo, pur inadempito, sia ancora operante ed esso comprende la *coazione* all'adempimento ossia la possibilità di ottenerne l'osservanza attraverso l'adempimento (coattivo).

Precisa Thon: “per mezzo della condanna all'adempimento si deve avverare la situazione al cui conseguimento il primo comando non obbedito si è dimostrato un mezzo insufficiente” (pag. 44).

Ma anche il *risarcimento* è diverso dalla *punizione*. Giacché esso “ha il fine di procurare a colui che sia stato leso dalla trasgressione della norma una soddisfazione *in altra forma* in luogo di ciò che ha perduto”.

Esistono tuttavia “complicazioni di pena e risarcimento”, così come descritte da Thon, allorché “l'ordinamento giuridico mira in prima linea ad una punizione ma però, con la stessa, persegue lo scopo necessario di procurare una certa soddisfazione all'offeso” (pag. 61): “Una pena deve colpire il colpevole: ma come pena ... è scelta una conseguenza giuridica, la quale, in pari tempo torna a vantaggio dell'offeso”.

Secondo Thon *pena e risarcimento* in base al diritto romano non presentavano minimamente una contrapposizione. E, a causa del delitto e per conseguenza come pena, la *lex Aquilia* imponeva “al danneggiatore colpevole di una proprietà altrui l’obbligazione del risarcimento”.

Solo per quel tanto che l’obbligazione comprendeva *in più* dell’intera compensazione del danno arrecato la disposizione si poteva unicamente ricondurre *allo scopo della punizione* e quindi per conseguenza si poteva parlare di “mera pena” (pag. 19 de action bis, 4.6).

4. In altra sede ¹il sottoscritto ha avuto occasione di affermare che, se l’uso *della sanzione* – e la punizione non è altro che sanzione – a seguito delle numerose leggi che l’hanno adottata (v. legge *sui brevetti, sulla proprietà intellettuale* (l. n. 633/1941), il *cod. del consumo* sul lavoro subordinato (art. 3 d.lgs. n. 23/2015), la legge sul giudizio di ottemperanza nel processo amm.vo, art. 114 D.lgs. n. 104/2010, la disposizione *sull’astreinte* nel cod. di proc. civ. 614 bis. c.p.c.) dimostra che l’uso della sanzione si è rivelato una *tecnica di controllo sociale* di comportamenti o di condotte *contra legem*. In tal caso, non si vede ragione perché essa non possa essere impiegata nel modello principale della responsabilità civile, che è la *regula aurea* sulla violazione dei diritti.

Non esiste certo un ostacolo di ordine costituzionale affinché la responsabilità civile sia diversamente conformata in sede “polifunzionale”.

Né può ritenersi necessario, almeno stando al precetto costituzionale del *nullum crimen sine lege* (art. 25 Cost.) né a quello per cui “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in forza di legge” (art. 23 Cost.), l’intermediazione di una espressa norma di legge, come pure ha ritenuto Cass. 16601/17. Nell’un caso è nella stessa funzione della resp. civile, si è detto, che può rinvenirsi il fondamento normativo della misura punitiva e la misura punitiva da essa proposta non può naturalmente identificarsi con “una prestazione patrimoniale” che sia alla ricerca di un titolo (art. 23 Cost.)(!).

E rappresenta una vera e propria petizione di principio, quanto è dato leggere in un giovane Autore (Spoto, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e diritto privato*, 2018, p. 495), secondo il quale occorre tenere conto “di un fattore fondamentale: il risarcimento del danno mira sempre al ristoro del danneggiato e alla posizione di quest’ultimo che il sistema

¹ *La tutela civile dei diritti*, Milano 2014, nonché la voce *Tutela* (dir. privato) nell’*Enc. del diritto*, XLV, Milano 1992, 381 segg.

della regola di diritto civile italiano guarda specificamente, non certo alla punizione del danneggiante. Ma la polifunzionalità della resp. civile contrasta con siffatta enunciazione.

5. È da ritenere dunque che l'attuale presa di posizione della nostra Cassazione sul c.d. *danno punitivo* sia ancora tutta *dentro l'impostazione di Thon*.

Se la Cassazione è partita da lontano e cioè dal problema della delibazione di sentenze straniere recanti comminatoria di *un danno punitivo*, il messaggio lanciato da essa n. 16601/2017 e dalla ben articolata Ordinanza interlocutoria n. 9978/1986 che l'ha preceduta, e cioè che "nel vigente ordinamento alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, *perché sono interne al sistema anche la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*", coglie il carattere pluri-funzionale della responsabilità civile². Ed è evidente che *Il principio di diritto* così enunciato, va oltre il caso della delibazione della sentenza straniera giacché non sembra che essa sia enunciato solo per l'ordinamento straniero.

Resta allora, in tal caso, come l'unico e principale problema da risolvere resta quello delle *regole operazionali* che debbano presiedere alla concreta modulazione del risarcimento con valenza *punitiva*. E non sembra che tali regole debbano presupporre, come si è detto, necessariamente *una intermediazione legislativa*, come pure ritiene la sentenza n. 16601/2017, bensì l'impiego di criteri o di strumenti, già forniti di "copertura normativa" (così come richiesto da Cass. 16601/17) in sede di responsabilità civile.

Tali ad es. possono essere i criteri che valorizzano la condizione *soggettiva* del responsabile (dolo o colpa) o la *gravità e complessità del danno*, non sempre traducibile nella *forma riparatoria* per equivalente, specie ove il danno non possa essere sufficientemente dimostrato.

² Del resto, di modelli e funzioni della responsabilità civile ebbe già magistralmente a parlare RODOTA' in *Riv. crit. dir. Priv.*, 1984, 595 segg. recepito da MONATERI, *La resp. civile nel Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino 1998, 198 segg. E di "paradosso" ebbe anche a discorrere SALVI, *ivi* 1983, 123 segg. in relazione al fatto che, accanto alla funzione tradizionalmente riparatoria, si è assistito ad una vera e propria "trasmigrazione" dell'istituto su altri terreni sulla base di criteri, che possono essere quello dell'"efficienza economica" per l'ordinamento nord-americano o della finalità educativa per gli ordinamenti, in allora, socialisti.

Ma anche attingendo al serbatoio delle norme transnazionali, occorre richiamare l'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ove si richiamano "i principi di proporzionalità dei reati e delle pene".

E dunque, nel merito, il giudice dovrà chiaramente valutare in quale misura *proporzionale* (rispetto alla riparazione) sta la *valenza punitiva* del risarcimento, commisurata alla gravità dell'illecito, valutazione sindacabile in Cassazione, ove errata. Il criterio di *proporzionalità* può utilmente servire a stabilire in che misura la componente punitiva si colloca rispetto alla riparazione del danno, avendo riguardo alla gravità della condotta e alla dimensione del danno, quest'ultimo, non sempre sufficientemente coperto dal risarcimento.

Per questo aspetto, l'intera tematica della risarcibilità del *danno non patrimoniale* può insegnare qualcosa, almeno come linea di indirizzo.

Se il danno non patrimoniale è di dubbia consistenza sul terreno della *riparazione – compensazione* (e l'osservanza delle *tablette* lo dimostrano) il risarcimento di esso non può che avere sostanzialmente funzione *sanzionatoria* e tendenzialmente *punitiva* e/o meglio si tratta di non lasciare privo di risposta un danno – evento, ove privo del danno – conseguenza se non si voglia "appiattare" quest'ultimo sul danno – evento e/o sull'evento di danno ³.

6. In buona sostanza, andrebbe affermato che il risarcimento non è solo rimedio riparatorio del danno provocato, secondo una logica puramente *distributiva*, alla luce della quale va *restituita* al danneggiato solo la perdita, e non altro che essa, da esso subita, ma anche una risposta *all'illecito*, e cioè *al danno ingiusto*, la cui "ingiustizia" occorre anche reprimere e *prevenire* e ciò in funzione *di un male*, che si intende infliggere al responsabile, non solo restituendo al danneggiato il bene da esso perduto. Del resto già per il risarcimento del lucro cessante nella violazione *del diritto d'autore*, art. 158 l.n. 633/1941) si può dire che il lucro da restituire è qualcosa di diverso dalla perdita subita.

³ Ed ha poco senso affermare come afferma SPOTO, *op. cit.* p. 497 ricorrendo ad una petizione di principio, in base alla quale la disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale "rappresenta una conferma della tesi della funzione riparatoria, in quanto legittima il danneggiato a chiedere ed ottenere ristoro non solo per i pregiudizi patrimoniali ma anche per quelli non patrimoniali". Ma è più che evidente che la "riparazione" di un pregiudizio patrimoniale attraverso il danaro, data propria la natura del pregiudizio, non può costituire "riparazione".

Ma il vero è che, *dell'ingiustizia del danno*, ex art. 2043 c.c., si tende ad ignorare la valenza allorquando si declama che solo la riparazione è *l'interfaccia* del danno provocato. È evidente che la mera riparazione se *reintegra* la sfera del danneggiato, non rappresenta “un male” per il danneggiante.

In linea generale, si può osservare che, se la tutela civile ha sempre privilegiato la supremazia dei c.d. *mezzi di surrogazione* ossia dei mezzi che intendono garantire al soggetto colpito lo stesso “bene giuridico” cui esso ha diritto o valore ad esso equivalente è insopprimibile però l'esigenza, se non altro in ragione del principio di “effettività” della tutela, che, una volta che la trasgressione della norma si sia consumata e che il *mezzo di surrogazione* possa rivelarsi *insufficiente* e non all'altezza della risposta alla violazione del diritto, che la trasgressione possa essere *repressa*, cagionando un sacrificio al responsabile e, in ogni caso, in tal modo, anche *prevenuta*, per il sacrificio cui si va incontro in caso di trasgressione e ciò anche al di là *della mera surrogazione* di quanto si sarebbe ottenuto con l'osservanza della norma.

È questa dunque “il valore aggiunto” rappresentato dall'ultima giurisprudenza in tema di valenza *punitiva* che può avere, in sede di responsabilità civile, *il risarcimento del danno*.

Non si tratta di de-secolarizzare l'istituto, avvicinandolo al penale, così come era in antico, quanto di dotarlo di *effettività*, su di un terreno che non può essere quello meramente re-distributivo di una utilità di cui ci si è illecitamente appropriati.

Il sistema sanzionatorio di diritto civile. Dalle pene private ai danni punitivi

Luca Di Donna

Il tema delle “sanzioni” in ambito civilistico presuppone la risposta ad un interrogativo di fondo. Si deve, cioè, indagare se la pena privata¹ possa essere qualificata come un istituto dell’attuale sistema di diritto civile e non vi è dubbio che la risposta a questa domanda è prodromica rispetto al riconoscimento della potestà punitiva in capo ai privati. Esistono, dunque, delle pene private nel nostro ordinamento?²

Le difficoltà di studio della tematica emergono già ab origine, poiché manca una definizione normativa unitaria di pena privata³.

Secondo Friedrich Karl von Savigny la nozione di pena privata adottata nel diritto romano coincideva con «la somma di denaro che l’offensore doveva

¹ Il tema presenta profili di carattere giuridico, morale e filosofico, ed è assistito da una letteratura pressoché infinita (si veda ad esempio: K. KESSLER FERZAN e S. J. MORSE (a cura di), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths*, Oxford, 2016).

² Il problema si è riaperto a seguito della pronuncia della SS.UU. sui danni punitivi, di cui si dirà: a tale riguardo, si vedano F. D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; E. MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Milano, pp. 720 ss.; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; S. PATTI, *Pena privata*, in F. D. BUSNELLI, S. PATTI (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 235; E. GUERINONI, *Pene private e danni punitivi*, in P. CENDON (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, VIII, Torino, 2005, pp. 93 ss.; P.G. MONATERI, G.M. ARNONE, N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in *Trattato sulla responsabilità civile* diretto da P. G. MONATERI, Torino, 2014, pp. 61 ss.; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, pp. 825 ss.; M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.

³ Neanche in dottrina vi sono posizioni univoche sulla nozione in esame; si veda E. MOSCATI, voce *Pena Privata (diritto privato)*, cit., p. 770 ss., il quale afferma che «i detrattori della pena privata hanno detto veramente di tutto: che si tratta di un’espressione terminologicamente contraddittoria, di uno strumento anacronistico e senza futuro, di un’istituzione barbarica che esalta quel che di peggiore vi è nella natura umana. Nella migliore delle ipotesi si è visto nella pena privata un residuo di ordinamenti ormai scomparsi, una curiosità giuridica».

pagare all'offeso, di guisa che l'uno diventa più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero prima del delitto»⁴.

Ma questa è una definizione risalente e adatta all'epoca trattata da von Savigny, il quale ricostruisce dogmaticamente il sistema del diritto romano.

Difatti, potrebbe risultare riduttivo limitare la nozione di pena al mero pagamento di una somma di denaro superiore al danno patito, pertanto si adottano definizioni tra loro eterogenee.

Si può accogliere un'accezione ampia del termine e considerare le pene private come un genus all'interno del quale ricomprendere tutte le sanzioni civili, ossia i casi di privazione di un diritto o di costituzione di un'obbligazione volti a punire il trasgressore di una specifica norma⁵.

In alternativa, si può circoscrivere la nozione, considerando tali unicamente le sanzioni che si caratterizzano come private per la fonte o per l'applicazione⁶: quelle, cioè, comminabili da un privato nei confronti di un altro⁷, ovvero quelle irrogabili dal giudice su iniziativa e in favore di un privato⁸.

D'altra parte, si osserva come la formula "pena privata" sia locuzione «complessa ed apparentemente contraddittoria», in quanto lo stesso attributo "privata" posto vicino a "pena" sembra, prima facie, contraddire il sostantivo⁹.

In termini generali, accogliendo la definizione di Enrico Moscati, con l'espressione "pena privata" si intende una misura afflittiva o sanzionatoria, che trova la sua fonte in un atto negoziale e viene applicata in relazione ad una vicenda privata, la quale può essere irrogata dall'autorità giudiziaria su iniziativa e a vantaggio di un altro privato¹⁰. Le pene private sono dunque misure

⁴ Inoltre, l'A. afferma che alla nozione erano riconducibili due figure, accomunate dalla medesima funzione punitiva: la pena privata *ex maleficio*, che puniva l'autore di un illecito e la pena privata *ex stipulatu*, che era rappresentata dalla misura pecuniaria derivante dall'inadempimento contrattuale (F. K. VON SAVIGNY, *Le Obbligazioni*, II, Torino, 1915, p. 278). Si veda anche A. DERNBURG, *Pandette. II. Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1903, pp. 185 ss.; d'altra parte, la distinzione tra pena per illecito civile e pena per illecito penale era ben presente nelle Istituzioni di Giustiniano (si veda, ad es., l'edizione a cura di I. H. BOEHMER, Halle, 1728, IV.6, 18).

⁵ In tal senso, cfr. A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. Levi, Padova, 1951, spec. p. 35.

⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2002, p. 100.

⁷ In questo senso, F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. Impr.*, 1987, p. 531, spec. 523.

⁸ S. PATTI, voce *Pena Privata*, in *Digesto*, XIII, Torino, 1995.

⁹ Così M. G. BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., XI, che nelle riflessioni introduttive nota tale contraddizione, salvo poi aggiungere che: «Tuttavia, tale contraddizione è più apparente che reale, essendo la pena privata una misura ibrida, di natura privatistica, ma idonea a svolgere la funzione propria della sanzione pubblicistica».

¹⁰ Così E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, (a cura di) F.

sanzionatorie con funzione punitiva, ascrivibili al più ampio genus delle “sanzioni civili”; esse assolvono anche ad una funzione deterrente, perché volte a prevenire il ripetersi del comportamento oggetto di sanzione.

Non sono mancati i dubbi nell'ammettere la configurabilità, nel nostro sistema, di vere e proprie “pene private”; ciò in virtù del fatto che la pena, nei suoi aspetti tipici della prevenzione e della sanzione, non potrebbe rientrare nella disponibilità dei singoli¹¹, ma dovrebbe essere affidata alla mano pubblica.

Probabilmente dette incertezze sono state determinate, come si accennava, dall'opacità definitoria tant'è che vi è chi, più che alle pene private, preferisce riferirsi alla “potestà punitiva dei privati”¹².

La questione è stata affrontata con specifico riferimento alla funzione, o meglio alle funzioni, della clausola penale. La formulazione ambigua dell'art. 1383 c.c. che, nel disciplinare gli effetti, si limita a prevedere che «la clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore» ha metaforicamente prestato il fianco al proliferare di diverse tesi.

Si può considerare la clausola penale come uno strumento meramente risarcitorio, diretto alla forfettizzazione dei danni, riconoscendogli, al massimo, una funzione di coazione all'adempimento¹³; diversamente, si può attribuirle una funzione punitiva-afflittiva¹⁴.

La natura “penale” della clausola si potrebbe desumere dall'interpretazione letterale dell'art. 1382, comma 2, c.c., dove si afferma che

D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, pp. 235 ss. Si vedano anche, *ex multis* M. G. BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., *passim*; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 652; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, p. 301.

¹¹ Difatti, si possono reperire decisioni che, apoditticamente, escludono l'esistenza di qualsiasi forma di “pena privata” nel nostro ordinamento: cfr. Cass. civ., sez. lav., 22 novembre 2010, n. 23624.

¹² Detta locuzione individua il potere sanzionatorio che il privato, direttamente o per tramite dell'Autorità giudiziaria da egli stesso adita, può esercitare nei confronti di un altro privato, M. G. BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., p. 5.

¹³ Osservando come, il più delle volte, l'ammontare della penale è fissato in misura tale da mettere il debitore in condizione di dover evitare la sanzione. Si veda ad es. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1953, p. 346. In senso contrario, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 247, rileva che «questa coazione psicologica non ha rilievo autonomo ma è una conseguenza indiretta della preventiva e forfettaria liquidazione del danno, più o meno favorevole al creditore».

¹⁴ A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 190.

la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno: l'irrelevanza dell'esistenza e della misura del danno è indice della vocazione *afflittiva* dell'istituto.

In quest'ottica, è possibile distinguere tra una clausola penale c.d. pura, in cui la penale è prevista solo come sanzione per l'inadempimento e il ritardo, con funzione unicamente sanzionatoria, e una clausola penale c.d. non pura volta, per espressa volontà delle parti, a perseguire finalità anche risarcitorie¹⁵.

Diversamente, è possibile affermare che tale istituto assolve a una duplice funzione: *risarcitoria* e *punitiva*¹⁶. La giurisprudenza ritiene che la «preventiva e convenzionale liquidazione del danno» (*funzione risarcitoria*) non muti l'intrinseca *funzione punitiva della clausola penale*, secondo la quale «*si commina una sanzione per l'inadempimento consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno da quest'ultimo sofferto*»¹⁷. Altre pronunce hanno invece espressamente escluso la possibilità di rinvenire nella clausola penale la natura di *pena privata*¹⁸.

Infine, vi è chi nega che la clausola penale abbia funzione risarcitoria o sanzionatoria e afferma che la funzione della clausola penale consista: «*nella determinazione anticipata (rispetto all'inadempimento o al ritardo) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento di un'obbligazione*»¹⁹.

Occorre considerare, inoltre, che vige il divieto, per le parti, di sommare la penale al risarcimento del danno, ciò al fine di preservare l'inadempiente da un eccessivo aggravio economico; detta disposizione

¹⁵ Si veda M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 107.

¹⁶ Le finalità risarcitorie e penali sono mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive: G. MAZZARESE, *La clausola penale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, p. 186. Inoltre, l'A. afferma, in suo scritto più datato, che «*le funzioni forfettariamente risarcitorie e meramente afflittive si coniugano nella complessiva funzione penale secondo una relazione di mutua esclusività [...] l'ordinamento positivo non esclude [...] la possibilità di orientare la funzione penale sia in senso risarcitorio sia in senso meramente punitivo*» (G. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 152 ss.), A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, pp. 209 ss. Si veda, inoltre, la nozione di penale "mista" di V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, pp. 11 ss., 51 ss., 67 ss., 112 ss.

¹⁷ Cass. civ., 26 giugno 2002, n. 9295; cfr. anche Cass. civ., 17 ottobre 1985, n. 5122.

¹⁸ Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19702; Cass. civ., 19 gennaio 2007 n. 1183, secondo cui la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria.

¹⁹ A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, pp. 34 ss.

condivide la medesima *ratio* che ha ispirato l'art. 1384 c.c., laddove esso attribuisce al giudice il potere di ridurre l'ammontare della penale se questa è manifestamente eccessiva²⁰.

L'istituto della clausola penale è stato da molti considerato come la pena privata per antonomasia.

Di poi, desta grande interesse per gli interpreti il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile e sulla possibilità che essa possa assolvere anche a finalità preventive o deterrenti²¹.

Invero, come è noto, il sistema della responsabilità civile delineato dal nostro ordinamento si è profondamente evoluto. In origine si riteneva che la responsabilità aquiliana assolvesse ad una *funzione (essenzialmente) sanzionatoria*²². Si affiancava a quest'ultima la *funzione deterrente*, in virtù della quale i privati, intimoriti dalla sanzione, cercavano di evitare che il danno si verificasse²³.

Attualmente è più corretto affermare che la responsabilità civile assolve ad una funzione riparatoria-risarcitoria, ciò anche in virtù del fatto che il danno può essere liquidato in via stragiudiziale; inoltre, la

²⁰ La giurisprudenza ammette la riducibilità di ufficio della penale. Detta considerazione è il frutto di un contrasto che è stato composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2005 (Cass. civ., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128). La conclusione cui è giunta la Corte è stata accolta favorevolmente solo da una parte della dottrina, A. MARINI, *Riducibilità della penale e adeguatezza della sanzione*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, pp. 1011 ss. Mentre, altra parte della dottrina mantiene una posizione critica nei confronti di questo principio, si veda P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010, p. 217; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 94 ss.

²¹ Secondo G. ALPA, *Diritto della Responsabilità civile*, Bari-Roma, 2003, p. 289, la responsabilità civile assolve alle seguenti funzioni: (i) reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato arrecato; e, a questa correlata, (ii) ripristinare lo *status quo ante* nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio; (iii) riaffermare il potere sanzionatorio (o «punitivo») dello Stato, e nel contempo, (iv) rappresentare un «deterrente» per chiunque intenda, volontariamente o colposamente, compiere atti pregiudizievoli per i terzi. A queste si affiancano alcune funzioni sussidiarie, che più propriamente attengono agli effetti economici della responsabilità civile: (v) la distribuzione delle «perdite»; (vi) l'allocazione dei costi. Si veda, altresì, per un'analisi più recente anche G. ALPA, *Diritto Privato Europeo*, Milano, 2016, pp. 371 ss.; Id, *La responsabilità civile. Principi*, Milano, 2018.

²² G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Bari, 2007, pp. 48 ss.

²³ Invero, nella dottrina più recente, da qualche tempo vi è una discussione sulla "riscoperta" della funzione deterrente, soprattutto alla luce di alcune riforme straniere, si veda P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Atti Siena, 16-21 settembre 2007*, Milano, 2011.

sanzione pecuniaria ha perso la sua (originaria) forza intimidatoria e non rappresenta un efficace mezzo di prevenzione dei danni²⁴.

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale più recente si è inoltre concentrato sull'individuazione degli interessi meritevoli di tutela *ex art.* 2043 c.c.

È noto che la responsabilità aquiliana non limita la propria tutela ai soli diritti assoluti, ma la estende anche al caso di lesione dei diritti relativi, degli interessi legittimi e delle aspettative²⁵.

Fermo restando che l'ingiustizia del danno concerne l'*an* della risarcibilità, ed è dunque suo necessario presupposto (c.d. danno-evento), ai fini della definizione del risarcimento ci si è riferiti alle conseguenze derivanti dalle lesioni subite (c.d. danno-conseguenza), in un'ottica compensativo-riparatoria²⁶, accogliendo una concezione c.d. mono-funzionale della responsabilità civile²⁷.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è avvertita sempre di più l'esigenza di un cambio (*rectius*: ampliamento) di prospettiva che rispondesse alla necessità di garantire un «rimedio effettivo»²⁸ alla tutela dei diritti fondamentali dal momento che la condanna al risarcimento del danno in funzione puramente riparatoria risultava inadeguata allo scopo.

²⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; G. ALPA, *La responsabilità Civile. Principi, op. cit., passim*. All'esigenza sanzionatoria si è sostituita, dunque, quella risarcitoria che è connotata da un'endemica funzione riparatoria dai pregiudizi derivanti dagli atti illeciti (nonché di redistribuzione di essi tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.), con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come «perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva», Corte Cost. n. 372/1994. Si veda anche Cass. civ., n. 1183 del 2007, n. 1781 del 2012.

²⁵ Per una ricostruzione del tema si veda G. ALPA, *Il problema della responsabilità civile. Principi, op. cit.*, pp. 289 ss.

²⁶ I Principi elaborati dall'*European Group of Tort Law (PETL)*, nella norma di apertura della disciplina dei Damages (art. 10:101) enunciano la regola generale secondo cui «damages are a money payment to compensate the victim». Anche i Principi elaborati dallo *Study Group on a European Civil Code*, e ora inseriti nel *Draft Common Frame of Reference*, sono incentrati sull'attribuzione al danneggiato di un «right to reparation» (art. 1:101), consistente nel «reinstatement of the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred».

²⁷ Cass. civ., SS. UU., 22 luglio 2015, n. 1530.

²⁸ Il diritto ad un «*effective remedy*» è espressamente sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ed è ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza). Cfr. sul punto, G. ALPA, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, in www.consiglionazionaleforense.it.

Tale inadeguatezza è stata riscontrata, ad esempio, nelle ipotesi in cui il *quantum* risarcitorio, poiché fortemente inferiore all'ammontare dell'arricchimento del danneggiante, non era in grado di svolgere un'adeguata funzione dissuasiva (come nel caso delle c.d. *microviolazioni*²⁹), ovvero qualora la condotta dell'autore dell'illecito fosse connotata da una nota di gravità tale da richiedere una reazione dell'ordinamento sia in sede civile che penale (es. il caso dei vizi dei caschi dei motorini).

La questione dell'ammissibilità dei "*rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sostanzialmente sanzionatoria*", secondo la formula proposta dall'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione, del 16 maggio 2016, n. 9978, è stato oggetto di valutazione da parte delle Sezioni Unite, con la sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601³⁰, in materia di danni punitivi.

Nella pronuncia, si afferma, esplicitamente, la necessità di superare l'impostazione tradizionale, legata all'idea che la sanzione sia del tutto estranea al risarcimento del danno. Le Sezioni Unite aprono ad una concezione polifunzionale della responsabilità civile, associando alla funzione risarcitoria anche una di tipo sanzionatorio-deterrente, nell'ottica di rispondere a quella esigenza di effettività della tutela che, in molti casi, resterebbe sacrificata in quella che è stata definita "angustia monofunzionale"³¹.

Nello specifico, in tale pronuncia, la Suprema Corte ha riconosciuto che: «*accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale [...], che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*».

A sostegno di tale conclusione, la sentenza del 2017 richiama una serie di disposizioni normative che dimostrano la tendenza del legislatore ad introdurre, accanto al rimedio risarcitorio in funzione riparatoria, anche un risarcimento con funzione punitiva o vere e proprie sanzioni civili.

²⁹ M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 92 ss.

³⁰ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, pp. 1787 ss., con nota di A. Di Majo, e ivi, 2017, pp. 1365 ss., con nota di C. Consolo-S. Barone; in *Nuova giur. civ.*, 2017, pp. 1410 ss., con nota di P. G. Monateri-M. Grondona-A. Gambaro-G. Ponzanelli; in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2613 ss., con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi-S. D'alessandro-R. Simone-P. G. Monateri.

³¹ Cfr. Corte cost., n. 238/2014 e Cass. civ. n. 21255/2013.

Invero, l'ordinamento contempla varie fattispecie connotate da un carattere lato sensu sanzionatorio di cui la stessa giurisprudenza ha ammesso esplicitamente e pacificamente la funzione punitiva.

Anzitutto, il settore del diritto industriale e della proprietà intellettuale contiene una serie di norme che perseguono una spiccata finalità deterrente e general-preventiva. Ci si riferisce, in particolare, all'art 125, comma 3, del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. Codice della Proprietà Industriale), che prevede la possibilità di chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del danno. La previsione della retroversione dei guadagni è espressione della necessità di cercare dei rimedi che non rispondano a funzioni meramente riparatorie configurando, così, una tipica *misura di deterrenza*³².

Analogo intento sanzionatorio si rinviene nell'art. 158, comma 2, della l. 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. Legge sul Diritto d'Autore), che attribuisce al soggetto leso nell'esercizio del diritto di utilizzazione economica a questi spettante, la facoltà di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno che deve essere valutato avendo come parametro di riferimento il lucro cessante, tenendo conto degli utili realizzati a seguito della violazione del diritto.

Ancora, l'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma «*in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato*»³³. Tale somma è dovuta a titolo di riparazione, dal momento che non rientra nel risarcimento del danno né costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma «*integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge, che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidato in favore del danneggiato*»³⁴.

In ambito processuale è possibile riscontrare ulteriori istituti connotati dalla finalità punitiva-deterrente che sembrano delineare dei veri e propri esempi di *pena privata giudiziale*.

³² Cfr. Trib. Venezia, 12 febbraio 2012, secondo cui: «L'irreparabilità si lega all'oggettiva difficoltà di recupero della quota di mercato e eventualmente perduta ed all'elevato pericolo di una sottostima del danno nell'instaurando giudizio di merito, rispetto al quale la retroversione degli utili rappresenta solo un possibile indice da impiegare in chiave di deterrenza».

³³ Cfr. Cass. civ., 26 giugno 2007, n. 14761 e sentenze ivi riportate; Cass. civ., 7 novembre 2000, n. 14485.

³⁴ In questi termini, Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29640.

Il riferimento è all'art. 709 *ter* c.p.c. (introdotto dall'art. 2 della l. 8 febbraio 2006, n. 54) in base al quale, nelle controversie tra i genitori – in merito all'esercizio della responsabilità genitoriale o circa le modalità di affidamento della prole – il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive³⁵.

Nell'elenco si può includere anche l'art. 96 c.p.c., comma 3 (introdotto dall'art. 45 della l. 18 giugno 2009, n. 69), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una «*somma equitativamente determinata*», che assolve alla funzione di sanzione derivante dall'abuso del processo (nel processo amministrativo cfr. il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2). In particolare, con riferimento a quest'ultima norma, la giurisprudenza ne ha valorizzato l'aspetto di "sanzione", dal momento che la *ratio* è quella di «*presidiare il processo civile dal possibile abuso del processo e di soddisfare l'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione*»³⁶.

Espressione di un'esigenza sanzionatoria è inoltre l'istituto delle *astreintes* disciplinato dall'art. 614 bis c.p.c. (introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49), il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o per il ritardo nell'esecuzione del provvedimento, «*tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*». Le penalità di mora introdotte, nel nostro ordinamento, sulla base del modello francese delle *astreintes*, sono chiaramente ispirate ad una logica essenzialmente sanzionatoria³⁷.

³⁵ Vi hanno intravisto una "pena privata" Cass. civ., 16 ottobre 2013, n. 23532; Cass. civ., Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 38.

³⁶ Identificano in essa una pena privata Cass. civ., 18 aprile 2014, n. 9035 e Cass. civ., 30 luglio 2010, n. 17902. Si rammenta che il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, comma terzo, c.p.c. per contrasto con gli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione, osservando che con tale norma si è introdotto nel nostro ordinamento una peculiare fattispecie a carattere sanzionatorio con la "irragionevole" destinazione del *quantum* non all'erario ma al privato. La Corte costituzionale si è espressa con sentenza n. 152 del 2016, affermando esplicitamente che l'art.96, comma terzo, c.p.c. risponde ad una funzione sanzionatoria.

³⁷ Si rammenta che la Corte di Cassazione, con la sentenza del 15.4.2015 n. 7613 ha affermato il principio di diritto per cui «*le astreintes* previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italiano».

Nel processo amministrativo, l'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. attribuisce analogo potere al giudice dell'ottemperanza. La norma è stata letta dalla pressoché unanime giurisprudenza nel senso di perseguire una finalità sanzionatoria e non risarcitoria³⁸, in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza, ma sanziona la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e invita il debitore all'adempimento.

Un'ulteriore *pena privata giudiziale* viene individuata nel rimedio previsto dall'art. 140, comma 7, del codice del consumo, che, in caso di inadempimento dell'ordine giudiziale inibitorio, prevede il pagamento di una somma di denaro, che è compresa tra i 516,00 euro e i 1.032,00 euro per ogni inadempimento o giorno di ritardo, in relazione alla gravità del fatto, da destinare al bilancio dello Stato per poi confluire in un apposito fondo finalizzato a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.

Connotati sanzionatori sono stati riconosciuti anche all'art. 70 disp. att. c.c., in materia di sanzioni dei regolamenti condominiali, che prevede che per le infrazioni al regolamento di condominio può essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino ad euro 200,00 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800,00³⁹.

Nella categoria delle *pene private di fonte negoziale* viene fatta rientrare anche l'ipotesi degli interessi c.d. moratori. In proposito, il d.lgs. 231/2002 e succ. modifiche, introdotto in attuazione della direttiva 2000/35/CE, prevede un nuovo saggio legale di interesse moratorio che, diversamente da quello previsto dagli artt. 1224 e 1282 c.c., esprime una concezione della responsabilità risarcitoria in senso spiccatamente sanzionatorio⁴⁰.

L'art. 17, del d.l. n. 132/2014, che ha modificato l'art. 1284 c.c., introduce i nuovi commi 4 e 5 e dispone che, ove le parti non ne abbiano determinato la misura, «dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali» (di cui al detto d.lgs. n. 231/2002) e che la medesima disciplina «si applica anche

³⁸ In questo senso Cons. St., A.P., 26 maggio 2014, n. 15. Cfr. altresì Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3397; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 18 ottobre 2013, n. 9028.

³⁹ Cfr. Cass. civ., 17 ottobre 1995, n. 10837; Cass. civ., 21 aprile 2008, n. 10329, Cass. civ., 16 gennaio 2014, n. 820.

⁴⁰ Parla di «vera e propria sanzione civile punitiva o pena privata» A. RICCIO, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/04, p. 556.

all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale». In tal modo, oggi, anche a livello codicistico, si riconosce alla disciplina del ritardo nei pagamenti di obbligazioni pecuniarie una chiara funzione risarcitoria, oltre che deflattiva del contenzioso.

Si considerino ancora, in materia di tutela dei lavoratori, la l. 20 maggio 1970, n. 300 e, in particolare, l'art. 18, comma 2 (Statuto dei lavoratori), che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non possa essere inferiore a cinque mensilità; nonché l'art. 18, comma 14, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva⁴¹; e anche il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (art. 28, comma 2), in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la precedente norma di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183 (art. 32, commi 5, 6 e 7), che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento.

Da ultimo, occorre richiamare il recente d.lgs. n. 7/2016, recante *“Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili”*, con il quale il legislatore ha attuato una profonda opera di depenalizzazione.

La citata normativa abroga varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, affianca al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di *sanzioni pecuniarie civili*. Con tale intervento il legislatore ha dunque introdotto vere e proprie *sanzioni civili*, la cui funzione non è quella di risarcire il danno, bensì di sanzionare la condotta del danneggiante, con finalità sia preventiva che repressiva.

La Relazione al disegno di legge espressamente riconduce le *“sanzioni pecuniarie civili”* al concetto di *“pena privata”*, precisando che *«mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorquando l'illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato. In tali casi, se il legislatore si limitasse all'eliminazione dell'illiceità penale, gli autori – a prescindere dal risarcimento dovuto alla persona danneggiata – si gioverebbero del vantaggio patrimoniale provocato dal fatto illecito»*.

⁴¹ Su tale norma, in realtà, la giurisprudenza non si è pronunciata in modo univoco. Secondo Cass. civ., Sez. Un., 23 aprile 1987, n. 3957 avrebbe valore di *“sanzione (o penale) per l'illegittimo esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro”*, mentre Corte cost., 2 aprile 1992, n. 160 ne ha escluso la natura di *“pena privata”*.

A dispetto della qualificazione enunciata dalla Relazione, si nota tuttavia come si rinviengano nelle sanzioni neo-introdotte i caratteri dei *danni punitivi*.

Anzitutto, la sanzione civile deve essere versata dal danneggiante allo Stato, cosa che evidenzia la funzione pubblicistica, di tipo general-preventivo, della nuova misura. Di poi, l'importo di tali sanzioni è determinato dal giudice sulla base di criteri che prendono in considerazione la sola sfera dell'autore dell'illecito: gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente.

In sostanza, la nuova disciplina si avvicina al modello della responsabilità penale, come emerge dal fatto che la somma dovuta a titolo di sanzione è devoluta all'erario e dai criteri di determinazione del *quantum* riferiti all'agente.

L'introduzione di siffatta normativa è chiaramente espressione del mutamento in atto delle caratteristiche della responsabilità civile, che apre alla funzione punitiva-deterrente; mutamento che è stato riconosciuto, da ultimo, dalla citata sentenza del 2017 sui danni punitivi⁴².

Vero è che le Sezioni Unite hanno ritenuto «ontologicamente compatibile» con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, accogliendo una nozione evolutiva di “ordine pubblico”⁴³, ma non si sono spinte ad ammettere *tout court* detto istituto nel nostro ordinamento.

⁴² Il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite è il seguente: «*Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico*».

⁴³ Si legge nella pronuncia: «*la nozione di “ordine pubblico”, che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici” (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del “sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)”*».

Tuttavia, la sentenza acquista rilevanza nella misura in cui suggerisce un cambio di prospettiva, che potrebbe, nel futuro, giustificare un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale in ordine al problema dell'ammissibilità della figura dei danni punitivi in Italia o, addirittura, un intervento del legislatore.

Come è noto, infatti, ogni prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in ossequio al principio di riserva di legge stabilito dall'art. 23 Cost.; di talché il risarcimento "punitivo" potrebbe iniziare ad essere riconosciuto anche dai giudici italiani solo con l'introduzione di norma *ad hoc* che lo preveda.

Più in generale, la stessa risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* è stata ritenuta espressione di una funzione sanzionatoria-punitiva nei confronti del danneggiato⁴⁴.

Al riguardo, si osserva che il risarcimento del danno non patrimoniale, inteso come "*danno determinato da lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica*", non può avere l'effetto di ripristinare lo *status quo ante*, posto che il danno "alla persona", di per sé, è irreparabile, solo se si consideri la consistenza non economica del pregiudizio subito.

Inoltre, l'accezione più propriamente punitiva della disciplina si ricava dalla sostanziale impossibilità di determinare il *quantum* sulla base di parametri oggettivi. Invero, mentre per il danno biologico la medicina legale offre (la maggior parte delle volte) un criterio di misurazione obiettiva attraverso il quale è possibile instaurare un rapporto di corrispondenza tra danno e risarcimento, per il danno morale e il danno esistenziale mancano analoghi criteri di misurazione.

In questi ultimi casi, molto spesso, si utilizzano come parametri la gravità dell'offesa e le condizioni del danneggiato, che esulano dal pregiudizio subito di per sé considerato⁴⁵. In particolare, è frequente

⁴⁴ Ma vi è di più, l'art. 2059 c.c. è stato centro di un dibattito che ne ha, addirittura, messo in dubbio la conformità al dettato costituzionale, si veda Trib. Roma, 20 maggio 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 778 ss., con nota di P. ZIVIZ, *La compatibilità costituzionale dell'art. 2059 c.c.: una storia infinita.*; in *Danno resp.*, 2002, pp. 856 ss., con note di P. G. MONATERI, *Il brontosaurus alla resa dei conti? "I will survive"*, di E. NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, di G. PONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*; in *Foro it.*, 2002, pp. 2882, con nota di V. LA BATTAGLIA; in *Corr. Giur.*, 2002, pp. 1331 ss., con nota di A. BARENGHI, *Il danno morale di nuovo alla Consulta tra vecchi problemi e nuove categorie (e nomi)*; C. BARGELLI, *Usi giurisprudenziali dei modelli dottrinali in materia di danno alla persona (alla luce di una recente ordinanza del Tribunale di Roma)*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 1172 ss.

⁴⁵ Anche in periodi successivi alle note pronunce del 2008, la Suprema Corte ha avuto occasione di ribadire l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al

il richiamo al grado della colpevolezza del responsabile dell'illecito, nonché alla sua condizione patrimoniale o, ancora, all'arricchimento realizzato mediante il fatto ingiusto, qualora il vantaggio conseguito dall'autore dell'illecito superi il danno patito dal soggetto danneggiato.

Sul punto, ci si è domandati se – ed eventualmente con quali modalità – il danneggiato possa recuperare le utilità guadagnate dal danneggiante, ossia, il profitto ingiusto, ove questo ecceda il danno.

La tesi preferibile, indirettamente avallata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 11135/2012, in materia di locazione del comproprietario, ritiene che il rimedio possa desumersi dalla disciplina della *negotiorum gestio*.

Si tratterebbe, in sostanza, di una gestione abusiva, in quanto compiuta in assenza dei presupposti di cui all'art. 2032 c.c., in virtù del quale il gerito avrebbe la facoltà di non ratificare l'operato del gerente e chiedere il risarcimento dei danni subiti, oppure di ratificare il suo operato. In tale seconda evenienza, questi potrà agire con l'*actio mandati* per appropriarsi dei risultati della gestione, pretendendo che gli siano versati gli utili che questi ha percepito.

È evidente che il fatto che la giurisprudenza sia ricorsa ad una ricostruzione siffatta per riconoscere al soggetto leso la possibilità di recuperare i profitti realizzati dal danneggiante, mostra tutte le lacune derivanti dall'applicazione del principio per il quale i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva (c.d. criterio differenziale).

Peraltro, il riferimento a parametri "soggettivi" (es. grado della colpa) riferibili al responsabile della lesione o anche all'entità dell'arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto ha condotto alcuni interpreti a parlare del risarcimento del danno non patrimoniale come vera e propria "pena privata"⁴⁶. La tesi, seppur apprezzabile, pare da

danno biologico. Sul punto, Cass. civ., 28 novembre 2008, n. 28407, ha precisato che: «l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al danno biologico, in relazione alla diversità del bene protetto, appartiene ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte, che esclude il ricorso semplificato a quote del danno biologico esigendo la considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto e pervenendo ad una valutazione equitativa autonoma e personalizzata».

⁴⁶ Al riguardo P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., ritiene che la tesi secondo la quale il risarcimento del danno non patrimoniale integra gli estremi di una vera e propria pena privata sembrerebbe «trovare conferma, oltre che nelle indubbie difficoltà a quantificare in qualche modo il dolore, il patema d'animo, e così via, nei criteri utilizzati dai giudici al fine di determinare l'entità dell'obbligazione risarcitoria e/o sanzionatoria. In materia di danni non patrimoniali si fa infatti sovente riferimento non alla gravità della lesione, ma anche al grado della colpevolezza del responsabile dell'illecito,

respingere, in quanto sembrerebbe necessaria un'espressa previsione di legge affinché l'ammontare del risarcimento possa superare l'entità della lesione subita dal danneggiante.

In ogni caso, la mancata configurabilità del risarcimento del danno non patrimoniale come pena privata non esclude necessariamente la funzione punitiva del risarcimento stesso.

Già con la nota sentenza n. 184 del 1986, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che per giungere alla conclusione della compatibilità della funzione sanzionatoria con quella riparatoria «*non è neppure necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale, essendo sufficiente sottolineare la non arbitrarietà d'una scelta discrezionalmente operata, nei casi più gravi, d'un particolare rafforzamento, attraverso la riparazione dei danni non patrimoniali, del carattere preventivo e sanzionatorio della responsabilità penale*»⁴⁷.

Peraltro, proprio al fine di superare le incertezze nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale, di recente è stata presentata una proposta di legge (la n. 1063-A), intitolata "Disposizioni concernenti la determinazione e il risarcimento del danno non patrimoniale", con lo scopo di «*introdurre nuovi elementi legislativi in materia di danno non patrimoniale*», realizzando una base normativa «*rispondente al moderno concetto giurisprudenziale di tale specifico danno alla persona*» e, al tempo stesso, «*di fornire in maniera omogenea ed esaustiva i necessari parametri per la quantificazione, in sede giudiziaria, del risarcimento dello stesso*».

nonché ancora alla sua condizione patrimoniale o all'arricchimento realizzato mediante il fatto ingiusto. Il grado di colpevolezza del responsabile della lesione nonché ancora l'entità dell'arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto sono ovviamente circostanze che a rigor di logica esulano da un mero problema di accertamento della reale entità dei danni effettivamente inferti, e che quindi sono un chiaro sintomo del fatto che si è ormai varcata la linea di demarcazione tra semplice risarcimento e pene private».

⁴⁷ In tale sentenza si è inoltre precisato che: «*certo, ritenere che la responsabilità civile abbia carattere esclusivamente o prevalentemente sanzionatorio sarebbe oggi infondato oltretutto antistorico. Ma dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori. Né può essere vietato al legislatore ordinario, ai fini ora indicati, prescrivere, anche a parità di effetto dannoso (danno morale subiettivo) il risarcimento soltanto in relazione a fatti illeciti particolarmente qualificati e, più di altri, da prevenire ed ulteriormente sanzionare».*

La proposta prevedeva, in origine, di modificare direttamente il testo dell'art. 2059 c.c., introducendo al primo comma il seguente inciso: «Il danno non patrimoniale è risarcibile qualora il fatto illecito abbia leso interessi o valori della persona costituzionalmente tutelati». Si ridefiniva poi, al secondo comma, il danno non patrimoniale come avente ad oggetto «sia la sofferenza morale, sia l'alterazione dei precedenti aspetti dinamico relazionali della vita del soggetto leso». Inoltre, tra le altre innovazioni, si inserivano gli articoli 2059-bis e 2059-ter c.c., rispettivamente dedicati alla determinazione del danno non patrimoniale derivante da lesione del diritto alla salute e da lesione di altri diritti.

Tali previsioni sono state abbandonate durante l'iter di approvazione alla Camera e il d.d.l. 21 marzo 2017, n. 1063-A recante «*modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale*» (ora all'esame del Senato) si propone di intervenire sulla disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale non più modificando direttamente l'art. 2059 c.c., bensì aggiungendo il nuovo art. 84-bis, rubricato "Liquidazione del danno non patrimoniale", nella sezione IV del capo I delle disposizioni per l'attuazione del codice civile (R.D. 318/1942).

La disposizione prevede, in particolare, che il danno non patrimoniale, derivante dalla lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica, e il danno non patrimoniale, derivante dalla perdita del rapporto di tipo familiare, siano liquidati dal giudice con valutazione equitativa in base alle tabelle A e B allegate al provvedimento, che corrispondono a quelle redatte dal Tribunale di Milano.

Tali tabelle verranno inserite nelle disposizioni di attuazione del codice civile e serviranno per calcolare il danno da lesione e il danno da morte del congiunto o parte dell'unione civile. Se anche il Senato approverà il testo, si applicheranno, dunque, per legge, le tabelle del Tribunale di Milano. Tuttavia, l'ammontare del danno liquidato potrà essere aumentato dal giudice in misura non superiore al 50 per cento con equo e motivato apprezzamento delle *condizioni soggettive del danneggiato*.

La "personalizzazione" del valore tabellare viene dunque esplicitamente correlata alle "condizioni soggettive del danneggiato". In quest'ottica, la nuova previsione che consente di "adattare" il risarcimento alla "figura" dell'autore del danno pare possa dirsi avere una natura punitivo – sanzionatoria.

In conclusione, è innegabile che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni dimostri una trasformazione delle tecniche di tutela dalla funzione meramente riparatoria a finalità di tipo punitivo-deterrente.

Di questa tendenza è un esempio paradigmatico il recente d.lgs. n. 7/2016: l'istituzione nel formante legale di una nuova *species* remediale, a contenuto pecuniario e con funzione esclusivamente punitiva, potrebbe condurre al definitivo superamento della funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, con conseguente superamento degli ostacoli all'ammissibilità dei *punitive damages* nel nostro ordinamento.

Più in generale, tutte le norme aventi connotati *latu sensu* sanzionatori passate in rassegna evidenziano la necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di riparazione, che continua a assumere rilevanza primaria, e l'esigenza di punizione o, quantomeno, di deterrenza. Ciò al fine di prevedere rimedi adeguati soprattutto nelle ipotesi in cui l'illecito incida sui beni della persona, ove, come osservato dall'ordinanza interlocutoria, «*il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato*»⁴⁸. In tale ambito, più che mai, deve invece essere garantito il principio di effettività della tutela, che rappresenta «*una nozione imprescindibile per comprendere e giustificare ogni ordinamento giuridico*»⁴⁹.

⁴⁸ La recente Cass. civ., n. 1126 del 2015, ha visto nella "gravità dell'offesa" un "requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale".

⁴⁹ Cfr. S. M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 7. La Corte di Cassazione considera il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella (...) unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato» (Cass. civ., 27 giugno 2013, n. 21255). Sul tema dell'effettività della tutela la dottrina è vastissima. Si rimanda, esemplificativamente, a N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009, pp. 635 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, pp. 476 ss.; M. ACCETO – S. ZLEPTING, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Public Law*, 2005, pp. 375 ss.

PARTE II

OFFENSIVITÀ, COLPEVOLEZZA E SISTEMA
SANZIONATORIO NELLA RESPONSABILITÀ
INDIVIDUALE E NELLA STRUTTURA
DELL'ILLECITO DELL'ENTE DA REATO

Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato

Adelmo Manna

SOMMARIO: 1. La responsabilità da reato dell'ente: uno o due tipi di illeciti? 2. Sui criteri soggettivi di ascrizione del reato all'ente, laddove autore dello stesso sia un dipendente. 3. L'ascrizione all'ente del reato commesso dalle posizioni apicali e l'inversione dell'*onus probandi*. 4. L'autonomia della responsabilità da reato dell'ente ove l'autore del reato non sia identificabile. 5. Le novità del sistema sanzionatorio con precipuo riguardo alla pena pecuniaria ed al sistema per quote, nonché la sostanziale inapplicabilità del sistema con riferimento ai delitti di terrorismo e di criminalità organizzata. 6. La riparazione delle conseguenze del reato come causa estintiva dello stesso e, conseguentemente, anche della responsabilità da reato dell'ente, in prospettiva futura? 7. La "concorrenza" tra la responsabilità da reato dell'ente nei settori relativi ai reati di terrorismo e criminalità organizzata ed i codici antimafia del 2011 e del 2017: riflessioni conclusive

1. Tenendo conto della indubbia complessità della materia che andiamo trattando, non possono che svolgersi considerazioni rapsodiche, per l'appunto, su temi peraltro centrali della responsabilità da reato dell'ente come le tematiche indicate nel titolo del presente contributo.

Onde sgombrare il campo già da un primo nodo problematico, siamo dell'avviso che con riferimento al sottosistema disciplinato dal d.lgs. 231/2001 si sia in presenza non già di due illeciti, ovverosia il reato commesso dalla persona fisica, dipendente o dirigente dell'ente, e l'illecito amministrativo commesso direttamente dalla persona giuridica, bensì di un unico illecito penale, cioè, appunto, il reato commesso dai soggetti indicati, che, nell'ambito del sistema 231, viene imputato non solo alla persona fisica bensì anche alla persona giuridica.

Siamo perfettamente consapevoli che sia in dottrina, che anche in giurisprudenza viene sostenuta la tesi opposta¹, ma, per le ragioni che seguiranno, tale tesi non appare accoglibile.

In primo luogo va tenuto conto in particolare degli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, che attengono alle modalità attraverso le quali il reato commesso o dal dipendente o dal dirigente vien imputato anche alla persona giuridica. Siccome si tratta di criteri di imputazione, a nostro avviso non si può da essi arguire l'esistenza, o addirittura la costruzione, di un illecito amministrativo autonomo dell'ente e diverso dal reato commesso dalla posizione apicale o dal dipendente, perché in tale ultima prospettiva si rischierebbe di fraintendere il significato delle norme in oggetto. Se infatti iniziamo dall'art. 5, ci rendiamo conto che l'ente è responsabile del reato - e quindi non già di un illecito amministrativo proprio- nell'ipotesi in cui il reato stesso si dimostri commesso anche nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo.

Orbene, non v'è chi non veda che l'art. 5 non può che costruire *criteri ascrittivi* della responsabilità da reato all'ente, tanto è vero che l'ente risponderà del reato anche se la persona fisica ha agito nel prevalente interesse proprio ma al numero 2 dello stesso art. 5 giustamente il legislatore esclude una responsabilità dell'ente laddove le persone fisiche abbiano agito nell'interesse *esclusivo* proprio o di terzi. Da ciò, a nostro avviso, non può non comprendersi come trattasi di criteri ascrittivi tanto è vero che sarebbe una *summa iniuria* laddove l'ente dovesse rispondere di un reato commesso però non nel suo interesse o vantaggio, bensì nell'interesse o vantaggio esclusivo della persona fisica che ha commesso il reato o di terzi².

¹ Cfr. per una compiuta rassegna di tali opinioni sia dottrinali che giurisprudenziali, ADDANTE, La responsabilità da reato degli enti: focus sugli aspetti processuali, in MANNA (a cura di), Corso di diritto penale dell'impresa, 2^a, Milano, 2018, 139 ss.; nonché, su di un tema più specifico, v. anche NOCERINO, Il "nuovo" illecito amministrativo delle imprese sociali alla luce del d.lgs. 112/2017. Il valore probatorio del compliance program, in *ibid*, 163 ss.; da ultimo, appare propendere per l'unicità dell'illecito e quindi per una responsabilità penale anche dell'ente, autorevolmente PALIERO, La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale, in RTDPE, 2018, 175 ss.; sotto quest'ultimo profilo, *contra*, tuttavia, nel senso di una necessaria presa di distanza dal diritto penale, MANNO, Non è colpa mia! Alla ricerca della consapevolezza perduta nella responsabilità da "reato" degli enti collettivi, in *ibid*, 123 ss..

² In argomento, cfr., in particolare, SELVAGGIN., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; nel senso invece che il sistema 231 darebbe luogo ad un illecito amministrativo dell'ente, autonomo rispetto al reato commesso dalla persona fisica, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità*

2. Analoghe considerazioni vanno, a nostro avviso, effettuate, seppure in una prospettiva di più ampio respiro, sul problema dei criteri soggettivi di ascrizione del reato all'ente, laddove autore di quest'ultimo sia un dipendente oppure un dirigente. In argomento si poteva, in teoria, optare per il modello francese, ovvero sia la responsabilità "*par ricochet*", di rimbalzo, nel senso che laddove fosse stato commesso un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, quest'ultimo ne avrebbe risposto automaticamente³. Tale criterio di imputazione tuttavia, all'interno della commissione ministeriale che ha redatto il d.lgs. 231/2001, ha subito incontrato forti resistenze in quanto si è giustamente osservato come, nonostante la dizione poi utilizzata come responsabilità amministrativa, poteva in teoria essere eccepita la legittimità costituzionale di un siffatto modello ascrittivo, ritenendo evidentemente la responsabilità da reato di carattere in realtà penale, per contrasto con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, della Costituzione. A ciò comunque va aggiunto che quantomeno a livello di legge ordinaria la legge generale di depenalizzazione, la 689 del 1981, richiede anche per l'illecito amministrativo depenalizzato il dolo o quanto meno la colpa e quindi non la responsabilità oggettiva; trattasi, però, comunque, di una legge ordinaria che come tale potrebbe in teoria soffrire eccezioni. Da ciò la scelta, decisamente opposta, operata dal legislatore nostrano, ovvero sia il collegamento del reato commesso dal dipendente e/o dal dirigente alla c.d. colpa dell'organizzazione, consistente sostanzialmente in un mancato controllo da parte dell'ente medesimo, attraverso i suoi organi, circa l'operato del soggetto persona fisica autore del reato⁴.

La questione, tuttavia, si mostra più semplice per quanto riguarda ovviamente il dipendente che ha commesso un reato, perché in tal caso è possibile instaurare l'istituto dell'omesso controllo del dirigente sul dipendente, tanto è vero che sul punto le legge di delega ed il decreto legislativo delegato sono assolutamente conformi. Si può anzi, in rap-

penale, Torino, 2018; ad ogni buon conto, per un maggior approfondimento sul tema, nonché per l'indicazione delle voci dottrinarie e giurisprudenziali favorevoli alla tesi che qui si sostiene, sia consentito il rinvio a MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 65 ss..

³ In argomento, DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in RIDPP, 1995, 223; dello stesso v. anche, più ampiamente, ID., *Personne giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

⁴ Colpa dell'organizzazione elaborata, come è noto, da TIEDEMANN, *Die "Beubung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, 1169 ss..

porto, in particolare, all'art. 7 del d.lgs. 231/2001, fare riferimento non solo alla misura oggettiva della colpa, ma spingersi anche sul versante della misura soggettiva, nel senso di verificare se il reato del dipendente fosse in concreto prevedibile e/o evitabile in base anche al criterio, peraltro da taluni criticato, dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*⁵.

3. Il problema più spinoso ha riguardato però il reato commesso dalle posizioni apicali perché sotto questo profilo emerge una discrasia fra legge di delega e decreto legislativo delegato, nel senso che la prima fa riferimento sostanzialmente al criterio civilistico per cui il *management* agisce ovviamente in nome e per conto dell'ente e quindi impegna l'ente stesso, tanto che sembrerebbe potersi arguire dalla stessa legge delega che il criterio di origine civilistica di agire per nome e per conto conduca inevitabilmente ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva, quanto meno utilizzando gli stilemi di carattere penalistico. La questione però si complica, perché quando si tratta del vertice dell'impresa, inevitabilmente non può che risultare valido il ben noto interrogativo: "*quis custodiet custodiet?*", nel senso, cioè, che, non sussistendo un organismo sovraordinato che controlli il consiglio di amministrazione ed il collegio sindacale la responsabilità da reato sembrerebbe estendersi all'ente quasi automaticamente.

Pur tuttavia si è giustamente fatto presente, in seno alla commissione ministeriale che ha elaborato il decreto legislativo, come da un lato si sarebbe potuto eccepire il contrasto tra un'evidente responsabilità oggettiva e l'art. 27, comma 1, della Costituzione e soprattutto che in tal modo non si riuscirebbe a distinguere l'impresa sana dalla dirigenza incline a commettere reati giacché, come, ad esempio, avvenne diversi lustri fa quando il Corsera fu acquisito da Rizzoli e Tassan Din, poteva invece emergere, come peraltro è emerso, che in una società editrice di uno dei più importanti quotidiani italiani si era inserito un *management* "incline a commettere reati". Ecco dunque la ragione per cui è divenuto necessario cercare di separare l'impresa sana dal *management* malato attraverso l'introduzione di una speciale *defence* prevista

⁵ Di recente, in generale, per una rivalutazione della misura soggettiva della colpa CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; nonché, con particolare riguardo alla responsabilità da reato dell'ente, nel senso che sia possibile individuare anche in tale settore una misura soggettiva della colpa, FIORELLA, *La colpevolezza nella responsabilità dell'ente da reato*, Relazione al Convegno presso l'Università Sapienza di Roma, 23 marzo 2018, dal titolo "*Offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato*".

dall'art. 6 e consistente in: a) l'adozione e l'efficace attuazione da parte della dirigenza, prima della commissione del fatto di reato, di modelli di organizzazione e gestione idonea a prevenire reati di quel tipo, ovvero sia i c.d. *compliance programs*⁶. Va da sé, naturalmente, che i codici di comportamento nell'ambito della responsabilità dell'ente svolgono la precipua funzione di vere e proprie norme cautelari; b) l'ente, per poter sfuggire ai rigori delle norme in oggetto, deve anche dotarsi di un organismo sovraordinato, caratterizzato, quindi, da autonomi poteri di iniziativa e controllo, finalizzati a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei *compliance programs*; c) l'ente deve altresì dimostrare che le persone che hanno commesso il reato hanno eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) infine, l'organo di vigilanza deve avere in generale mostrato un buon funzionamento.

Orbene, a parte i delicati problemi che tale *defence* comporta relativamente soprattutto all'organo di vigilanza – perché bisogna chiedersi a chi debba riferire -ovviamente né al giudice penale perché inciderebbe sulla riservatezza dell'ente, né allo stesso consiglio di amministrazione se non sotto il profilo di organo di raccordo- da chi debba essere scelto, ovviamente non dal consiglio di amministrazione, perché altrimenti diventerebbe una farsa -a causa di un palmare conflitto di interessi- e da chi deve essere retribuito⁷ – da questa complessa architettura normativa emerge che la *defence* non solo comporta un notevole costo in termini *lato sensu* aziendalistici, ma soprattutto dà luogo ad un meccanismo di tipo probatorio particolarmente complesso e di difficile gestione, che a nostro avviso necessiterebbe di una decisa semplificazione. Partendo, infatti, appunto dalla giusta prospettiva di semplificare la normativa di cui stiamo discutendo⁸, sarebbe a nostro avviso opportuno che «l'onere di allegazione» che si richiede all'ente, che, in realtà, maschera un'inversione dell'*onus probandi*, a parte eventuali problemi di costituzionalità, ex art. 27, comma 2, Cost., potrebbe trovare *de iure condendo* una

⁶ Su tali istituti e più in generale sulla legislazione nord-americana, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, nonché, più di recente, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, dir. da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2008; da ultimo, in argomento, seppure in una prospettiva particolare ed assai stimolante, LABIANCA, *La responsabilità penale dell'impresa tra soft law e compliance programs: la codificazione etica al servizio dell'extrema ratio*, in MANNA (a cura di), *op.cit.*, 121 ss..

⁷ Cfr. su tali tematiche DE MAGLIE, *op.loc.ult.cit.*; cui *adde* ID., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in DPP, 2001, 1348 ss..

⁸ SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016.

netta semplificazione nel senso che, almeno a nostro parere, basterebbe che il pubblico ministero dimostrasse che la persona fisica, che pur ha commesso il reato almeno «formalmente» nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ne abbia però eluso fraudolentemente i controlli, perché ciò basterebbe a liberare dalla responsabilità diretta la persona giuridica, giacché quest'ultima risulterebbe al più *vittima* e giammai co-autrice dell'illecito penale commesso dal dipendente e/o dal dirigente. In tal modo otterremmo anche una più penetrante e più estesa applicazione del principio di colpevolezza giacché eviteremmo lo scoglio dell'attuale presunzione *iuris tantum*.

4. Un argomento che è stato speso per sostenere, al contrario, la duplicità degli illeciti, cioè il reato commesso dalla persona fisica e l'illecito amministrativo dalla persona giuridica, sarebbe rintracciabile nell'art. 8 che, prevedendo l'autonomia della responsabilità dell'ente, farebbe già comprendere come detta autonomia riguardi anche gli illeciti e la dimostrazione ulteriore la si ricaverebbe soprattutto dalla lettera a) dell'art. 8 medesimo, laddove è prevista la sussistenza della responsabilità dell'ente anche laddove l'autore del reato non sia stato identificato⁹.

Questa tesi, tuttavia, non appare accoglibile soprattutto perché, almeno a nostro giudizio, non focalizza adeguatamente la funzione dello stesso art. 8. Come, infatti, emerge chiaramente all'interno dei lavori preparatori della commissione ministeriale incaricata di redigere il d.lgs., la funzione della norma era stata pensata in modo del tutto diverso, perché riguardava l'ipotesi ben nota - e giustamente si faceva riferimento all'esempio paradigmatico dei reati ambientali, poi di recente introdotti nel codice penale- delle società multinazionali, ove ormai la decisione apicale è presa non già a livello «verticale», bensì a livello *orizzontale*, per cui può ben capitare come non riesca ad individuarsi un singolo soggetto persona fisica cui attribuire la decisione costituente reato. Se, però, il reato viene commesso, ecco dunque che emerge il senso e la funzione dello stesso articolo 8, giacché costituirebbe una *summa iniuria* che, a causa della mancata individuazione del soggetto persona fisica, non rispondesse del reato commesso nemmeno la persona giuridica, dando così luogo ad uno, a nostro avviso inammissibile, vuoto di tutela. Tutto ciò è anche confermato dalla giurisprudenza che, laddove si è trovata ad applicare l'art. 8, segnatamente in Corte di Cassazione,

⁹ In tal senso GAMBARDELLA, *op.loc.ult.cit.*.

ha fatto riferimento al sintagma “fatto di reato”, con ciò significando che, essendo ignoto l'autore del reato stesso, non si poteva certo trattare della colpevolezza, ma soltanto della corrispondenza al tipo legale ed alla mancanza di cause di giustificazione¹⁰.

5. Intendiamo svolgere alcune considerazioni, altresì, in materia di sistema sanzionatorio, ma in un'ottica molto particolare, ovvero sia collegata principalmente ai c.d. reati presupposto. Andiamo, però, per gradi. In primo luogo, il sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 231 del 2001 consta sostanzialmente di sanzioni interdittive, pecuniarie, cui si aggiunge la confisca, la pubblicazione della sentenza di condanna e, in particolare, il commissariamento giudiziale, pur se si potrebbe, in teoria, discutere se trattasi davvero di una sanzione, oppure no. Trattasi quindi di sanzioni chiaramente modellate sulle caratteristiche tipologiche dell'ente medesimo, ma che mutuano la loro conformazione indubitabilmente dal diritto penale. Ciò che comunque più rileva in questa sede è l'introduzione, per la prima volta nel nostro sistema giuridico, del meccanismo di commisurazione della pena pecuniaria non più in base al criterio tradizionale c.d. a somma complessiva, che ancora resiste irragionevolmente nel codice penale come un relitto del passato, bensì in base al nuovo criterio di origine nord-europea dei c.d. tassi giornalieri, nella responsabilità dell'ente denominato “sistema per quote”. Mentre, infatti, il sistema c.d. a somma complessiva non consente una commisurazione esatta della pena pecuniaria alle capacità economiche dell'imputato, tanto è vero che rientra soltanto nel potere discrezionale del giudice l'aumento fino al triplo o la diminuzione di un terzo in base alle condizioni economiche del reo, con il sistema a tassi giornalieri si ottiene una molto più precisa commisurazione della pena pecuniaria nel senso che l'entità del tasso, o della quota che dir si voglia, è parametrato alla gravità del fatto di reato e, *lato sensu*, alla capacità a delinquere del soggetto, mentre l'entità del tasso o della quota è commisurata alla capacità economica dell'imputato ovvero, nel caso di specie, dell'ente¹¹. La riprova che il sistema a tassi giornalieri costituisce in tal modo una *reale* alternativa alla pena

¹⁰ Sulla giurisprudenza in materia cfr. ADDANTE, *op.loc.ult.cit.*

¹¹ In argomento, ad esempio, MUSCO, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984; nonché MOLINARI, *La pena pecuniaria*, Verona, 1983 e, da un punto di vista comparatistico, per un esauriente quadro, JESCHECK-GREBING, *Die Geldstrafe in deutschen und ausländischen Recht*, Baden Baden, 1978.

detentiva lo ricaviamo proprio dal sistema sanzionatorio penale tedesco, ove infatti si stima che ormai l'85% delle pene irrogate dal giudice penale costituiscono pene pecuniarie e solo il 15% pene detentive, per la decisiva ragione che con il sistema da ultimo menzionato si ottiene un abbassamento stabile dello *standard* di vita del soggetto, per cui la pena pecuniaria non risulta più, come da noi, un'*ancella* della pena detentiva, bensì acquista una sua reale autonomia, perché, soprattutto, svolge efficacemente la funzione sia general- che special-preventiva.

Il vero problema, però, che vorremmo sottolineare è che questo importante catalogo di sanzioni rischia di risultare inefficace, almeno in molti casi a causa della conformazione dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. Con ciò intendiamo riferirci al fatto che il legislatore, negli anni successivi alla 231 sino ai tempi attuali, ha sempre di più aggiunto ulteriori reati presupposto, senza tuttavia rendersi del tutto conto come il sottosistema della responsabilità da reato dell'ente risponde ad una logica attinente alla criminalità del profitto e non può quindi essere esteso efficacemente ad altri tipi di sottosistemi penali, pena, come potremo constatare di qui appresso, la loro difficile implementazione e quindi applicazione nel settore che qui ci occupa. Sotto questo profilo dobbiamo in primo luogo ricordare non solo che il procedimento attinente alle persone giuridiche segue la regola del c.d. *simultaneus processus*, nel senso cioè che si procede contemporaneamente sia nei confronti della persona fisica, che nei riguardi della persona giuridica, anche se ovviamente ognuna delle parti è libera di scegliere riti alternativi e quindi discostarsi dalla regola del *simultaneus processus*. Questa regola, però, costituisce, a nostro sommo avviso, l'ulteriore riprova che non siamo di fronte a due illeciti distinti, cioè il reato della persona fisica e l'illecito amministrativo della persona giuridica, perché, se così fosse, la funzione del *simultaneus processus* perderebbe gran parte della sua funzione euristica¹². Premesso ciò, va altresì rilevato come la persona giuridica stia in giudizio per mezzo del suo rappresentante legale, a meno che quest'ultimo non costituisca a sua volta il c.d. testimone della corona, per cui deve essere sostituito da altro rappresentante legale. Ciò sta chiaramente a si-

¹² Per un'analisi più approfondita, in particolare LORUSSO, *La responsabilità «da reato» delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, 2522 ss.; FERRUÀ, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *DPP*, 2001, 1479 ss.; SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, in *AA.VV.*, *La responsabilità amministrativa degli enti - d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 55 ss..

gnificare che siamo di fronte alle imprese sane, che talvolta possono aver commesso reati e cioè quindi pienamente nell'alveo della c.d. criminalità del profitto. Il legislatore invece, nell'ambito dei suoi ripetuti interventi, sino addirittura ad oggi, ha introdotto sì reati che hanno a che fare con la dimensione in oggetto, come, ad esempio, la truffa nelle sovvenzioni, la frode informatica, i delitti informatici, la concussione, l'induzione indebita e la corruzione, ma anche reati che si inscrivono in una dimensione tutt'affatto diversa, cioè quella della c.d. associazione originariamente illecita¹³. Se infatti si fa, ad esempio, riferimento al falso nummario, risulta evidente, anche da un punto di vista empirico-criminologico, che si tratta di un classico reato commesso da associazioni illecite e non già da imprese. Come se non bastasse, il legislatore ha anche aggiunto, all'art. 24 *ter*, addirittura i delitti di criminalità organizzata, nonché all'art. 25 *quater* i delitti con finalità di terrorismo od eversione dell'ordine democratico, in relazione ai quali, è pur vero che esiste una norma nel d.lgs. 231 del 2001, cioè l'art. 16 che al terzo comma prevede: *"se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività..."*¹⁴, ma la norma diventa, a nostro avviso, di assai difficile applicazione, come di conseguenza anche l'accertamento della responsabilità per i reati presupposti "del secondo tipo" in quanto in questi casi manca, ovviamente, all'ente originariamente illecito la capacità di stare in giudizio, perché è privo di un rappresentante legale ma in tal modo non si vede come possa instaurarsi un valido rapporto processuale. Si ha, quindi, l'impressione che per tutta questa seconda categoria di reati la confusione concettuale in cui è incorso il legislatore renda questo settore della responsabilità da reato dell'ente connotata di una valenza c.d. simbolico-espressiva, piuttosto che di una reale capacità di implementazione, a causa, sempre a nostro giudizio, di un miscuglio fra sottosistemi penali profondamente diversi fra loro. Ciò, quindi, da' luogo ad un'evidente carenza in termini di offensività, *lato sensu* intesa, della responsabilità da reato dell'ente, che è anche da rivedere sotto un ulteriore profilo.

¹³ Cfr. in argomento, per tutti, PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, in RIDPP, 1976, 418 ss..

¹⁴ Cfr. in argomento PICOTTI, *La responsabilità "amministrativa" da reato dell'ente per carenze di organizzazione nell'impresa*, in SCHMIDT-KESSELL e TROIANO (a cura di), *Diritto e attuazione del diritto in Europa*, Napoli, 2017, 89 ss..

6. Intendiamo riferirci all'art. 17 cioè alla *riparazione delle conseguenze del reato*. La norma in oggetto prevede, infatti, che le sanzioni interdittive non si applichino laddove, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrano le seguenti condizioni: a) l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente abbia eliminato le carenze organizzative che abbiano determinato il reato, mediante l'adozione ed attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati del tipo di quello verificatosi; c) l'ente abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca. Orbene, a noi sembra che sul punto il legislatore si sia dimostrato ancora troppo "timido" in rapporto alla c.d. *restorative justice*¹⁵, nel senso che la funzione della riparazione appare limitata alla disapplicazione delle sanzioni interdittive, ma comunque permane l'applicazione delle sanzioni pecuniarie. Se, infatti, si riflette sui requisiti e, soprattutto, sul "peso" che la stessa riparazione riveste nell'ambito di un'economia aziendale, sorge spontaneo il quesito del se, come suol dirsi, "il giuoco valga la candela".

Fuor di metafora, se avviene una reintegrazione del bene giuridico offeso, attraverso una attività c.d. di contropinta¹⁶, ne consegue che il proseguire nel processo penale non appare più svolgere le fondamentali funzioni general- e special-preventive, ma rischia di risultare un residuo della vetusta e tanto criticata concezione retributiva. In questa prospettiva, ci sembrerebbe quindi più consono che la *restorative justice* svolga una funzione più ampia e cioè non meramente di attenuazione del carico sanzionatorio ma, addirittura, come causa estintiva del reato.

In tal senso lo scrivente, nell'ambito di una Commissione nominata all'interno della Procura della Repubblica di Roma, tendente a modificare in senso più efficientista la legge che ha introdotto i delitti ambientali nell'ambito del codice penale, aveva proposto infatti che, con riferimento sia all'inquinamento ambientale, che al disastro ambientale, in particolare, laddove l'autore del reato – sempre prima dell'apertura del dibattimento, ma con possibilità di proroghe- avesse ripristinato lo

¹⁵ In argomento, cfr. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Annali Enc. Dir.*, Milano, 2017, 465ss.; nonché, sia consentito anche il rinvio a MANNA, *La vittima del reato: a la "recherche" di un difficile modello di dialogo nel sistema penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 597 ss..

¹⁶ Sul punto autorevolmente, PADOVANI, *La "soave" inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in RIDPP, 1981, 529 ss..

stato dei luoghi, ciò avrebbe dovuto costituire una causa estintiva del reato e non una mera attenuante, come invece aveva deciso il legislatore che aveva introdotto i delitti ambientali medesimi¹⁷.

Se, dunque, il legislatore futuro ritenesse più opportuno seguire quest'ultima strada, non solo si risparmierebbe molto in termini di economia processuale, ma lo stesso diritto e processo penali perderebbero quel "residuo" eticizzante di retribuzione che, a nostro sommo avviso, potrebbe anche consentire una maggiore valorizzazione, in questa particolare prospettiva, dei principi di offensività e di effettività della tutela.

7. In conclusione, la responsabilità da reato dell'ente, con particolare riguardo ad alcuni settori relativi ai reati-presupposto, dimostra la sua inefficacia per le ragioni che abbiamo in precedenza esposto; questi settori però, come, in particolare, i delitti di criminalità organizzata ed in tema di terrorismo, attualmente li ritroviamo anche nei c.d. codici antimafia del 2011 e del 2017. Senza voler ora entrare nel merito specifico delle misure di prevenzione antimafia, non vi è dubbio che in argomento i due sottosistemi si incontrino, ma detto incontro va tutto a favore del procedimento di prevenzione, in quanto non è necessaria la presenza di un reato, trattandosi di misure *preter delictum*; il presupposto consistente in un divario fra il reddito dichiarato e quello concretamente manifestato comporta, altresì, un'inversione dell'*onus probandi*, perché spetta al proposto dimostrare la legittima provenienza del bene. Se questi sono, dunque, i *labili* presupposti su cui fondare la pericolosità, generica o specifica, ma comunque, ove possibile, almeno *attuale*, anche sul versante processuale la questione non è sicuramente messa in modo migliore. Il procedimento relativo all'applicazione delle misure di prevenzione antimafia, ormai estese a materie molto diverse da quella relativa alla criminalità organizzata, si dimostra concretamente molto rapido, ma a scapito delle più elementari garanzie a carico del proposto. In primo grado, infatti, pur se, ovviamente, è ammessa un'attività *lato sensu* di carattere probatorio, certamente siamo molto lontani dall'esame e dal c.d. controesame anche perché l'udienza si tiene in camera di consiglio; i termini di impugnazione sono estremamente ridotti, sia con riguardo al secondo grado, che con riferimento

¹⁷ Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, 2015; nonché, più in particolare, sul tema specifico, ID., *Le norme penali come argine all'alterazione irreversibile dell'ecosistema*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 659 ss..

al ricorso in Cassazione, fra l'altro limitato soltanto a motivi di pura legittimità. In questa situazione, durante il recente Convegno dell'Associazione fra i professori di diritto penale a Milano, avente come titolo "Pene senza delitto"¹⁸, un importante intervento del Cons. Magi¹⁹, della Prima Sezione penale della Cassazione, fece sicuramente impressione sull'uditorio perché sostanzialmente affermò come il diritto penale legato alla colpevolezza per il fatto costituisse uno strumentario oramai obsoleto perché troppo lungo e farraginoso ed era questa la ragione per cui la magistratura si andava già da qualche tempo orientando verso più il veloce e, quindi, efficace sistema delle misure di prevenzione e che comunque, se fossero risultate lacune normative al riguardo, ci avrebbe "pensato" la stessa giurisprudenza della Suprema Corte a colmarle, nonostante l'obiezione mossa, in tale sede, nella discussione orale, autorevolmente da Giovanni Fiandaca che replicò sul punto che avrebbe dovuto pensarci, più correttamente, il legislatore.

Di questa questione comunque non si può ormai non tener conto anche in rapporto alla responsabilità da reato dell'ente, giacché, nelle materie contigue, rischia anch'essa di essere "sopravanzata" da un sistema molto più celere, ma anche assai meno garantista²⁰, che tuttavia viene ormai accettato generalmente dalla giurisprudenza attraverso quella che ci permettiamo di definire una "truffa delle etichette", nel senso di considerare le misure di prevenzione antimafia sanzioni di carattere amministrativo, anziché, come ci sembra preferibile, tenendo conto degli ormai celebri "criteri Engel"²¹, – e soprattutto del secondo e del terzo, avente quest'ultimo ad oggetto il grado di afflittività della misura – vere e proprie sanzioni penali, in futuro auspicabilmente da ricondurre alle misure di sicurezza, in particolare di carattere patrimoniale.

¹⁸ SPECIALE "DELLE PENE SENZA DELITTO". *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto* – Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 18/19 novembre 2016), in *RIDPP*, 2017, 399 ss..

¹⁹ MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *RIDPP*, 2017, 490 ss..

²⁰ Sui codici antimafia del 2011 e del 2017 ed i loro limiti, cfr., di recente, FEBBO, *I codici antimafia*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa, etc. cit.*, 1133 ss. ed ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali cui pertanto, per eventuali maggiori approfondimenti, pure si rinvia.

²¹ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Conseil de l'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1976.

Bisognerà ora attendere il responso – che dovrebbe avvenire assai a breve – della Corte costituzionale che è stata adita dopo la sentenza della Corte EDU nel caso De Tommaso²², che pur condannando lo Stato italiano per l'utilizzazione in materia di sintagmi indeterminati, quali il “vivere onestamente” ed il “rispettare le leggi”, continua però, come del resto avviene nella giurisprudenza nostrana, a considerare le misure *de quo agitur* ancora di carattere amministrativo.

²² Corte EDU, Grande Camera, De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017.

Criteria di imputazione e struttura dell'illecito dell'ente

Stefano Preziosi

La materia della responsabilità da reato degli enti sembra trovarsi di fronte ad un bivio, ragione per cui occorre fare chiarezza e prendere una direzione univoca, altrimenti il *vulnus* alla razionalità politico-criminale del sistema potrebbe diventare molto profondo e ancor più profonda potrebbe essere la ferita al principio di legalità, già variamente dilacerato.

La natura della responsabilità in esame deve essere analizzata dalla prospettiva dei suoi elementi strutturali. Per stabilire se essa sia essenzialmente penale, occorre verificare se la struttura dell'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere, ripeta i caratteri propri dell'illecito penale oppure no. E, più in particolare – come si vedrà meglio in seguito – di quale specie di illecito penale.

Altra e diversa questione è se tale illecito possieda un carattere punitivo-penale ai fini delle garanzie che devono presidiarlo, sia al livello costituzionale che al livello convenzionale: pure estremamente importante, ma che va vista sotto altra prospettiva.

I criteri Engel¹ e le garanzie che da essi derivano servono per far sì che ad una sanzione fortemente afflittiva sia riconosciuto lo "statuto" di sanzione penale, ancorché strutturalmente (disgiuntività dei predetti criteri) l'illecito ad essa correlato non presenti i caratteri del reato e non venga nemmeno qualificato come tale dall'ordinamento nazionale. La *ratio* di tale affermazione è evidente.

Altro è interrogarsi in sede dogmatica circa la struttura dell'illecito e fornire risposte in ordine alla sua natura sulla base degli elementi che lo connotano.

¹ CorteEDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi bassi*.

E proprio a questo riguardo sembra che ormai non si possa sfuggire a delle alternative chiare. Cercherò di fornire qualche spunto ancora sommario che troverà più puntuale articolazione in un lavoro in corso di elaborazione.

1. Innanzitutto credo sia importante stabilire la *macroarea* in cui si snoda la responsabilità in questione: a quali "soggetti" si rivolge?

L'art. 1 D. Lgs. n. 231/2001 individua *gli enti forniti di personalità giuridica* e le *società e associazioni anche prive di personalità giuridica*. Dunque non qualsiasi *ente* collettivo, ma le società e le associazioni, ancorché prive di personalità giuridica: enti, questi ultimi, che condividono con quelli personificati il fatto di essere sottoposti ad una disciplina giuridica (in parte anche comune) e di formare oggetto di una tipizzazione da parte dell'ordinamento, il quale, anche quando tali enti non siano regolari (società *irregolari*), ne riconosce (e approva), seppure implicitamente, le finalità.

Ciò significa, a mio avviso, che rimangono estranee all'ambito applicativo della normativa in questione, le società di fatto e, soprattutto, ogni ente collettivo a carattere illecito o la cui attività e finalità siano vietate dall'ordinamento.

Perché questa premessa, che può apparire perfino scontata, è invece estremamente importante?

Perché rende evidente che la responsabilità da reato *si colloca nel campo delle attività lecite*: è, detto in altri termini, responsabilità che si incardina nel quadro di contesti di base leciti, in quanto vi si svolgono comportamenti socialmente utili anche se forieri di rischi di varia natura. Essa, pertanto, deve essere esclusa con riferimento ad attività che hanno a che fare con enti a carattere illecito o con enti meramente *di fatto*, che possono perseguire tanto scopi leciti quanto illeciti e che non sono disciplinati dall'ordinamento, se non (indirettamente) al limitato fine di tutelare i diritti e l'affidamento dei terzi.

L'art. 1, cit., menziona difatti *società e associazioni* anche prive di personalità giuridica. Ove avesse voluto indicare qualsiasi ente collettivo avrebbe detto *ogni altro ente privo di personalità giuridica*.

La questione essenziale è che il riferimento a società ed enti che godono di un "riconoscimento" giuridico (seppure non di vera e propria personificazione), fa sì che *l'imputazione della responsabilità debba avvenire riguardo a condotte che non esprimono una direzione finalistica totalmente estranea o addirittura disapprovata dall'ordinamento*.

La lettera dell'art. 5, comma 1, "l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio", esplicitando l'*interesse* quale principale criterio di imputazione dell'illecito, ricordato con il citato art. 1, porta a ritenere che l'interesse perseguito dall'esponente non possa essere totalmente estraneo agli interessi riconosciuti dall'ordinamento – e quindi legittimamente perseguibili – in capo agli enti alle società e associazioni, munite o non, queste ultime, di personalità giuridica.

L'amministratore che persegua un interesse totalmente estraneo a quelli che legittimamente possono essere perseguiti da tali enti, pone in essere un comportamento che non appare idoneo a fondare la responsabilità in oggetto. Così, ad esempio, l'interesse meramente locupletativo dell'amministratore che commetta un reato presupposto, non dovrebbe consentirne l'iscrizione all'ente, fermo restando che il profitto o il provento del reato medesimo dovranno essere confiscati a quest'ultimo (art. 6, comma 5).²

Altresì, il vantaggio, in chiave oggettiva e *a posteriori*, dovrebbe essere soltanto quello che l'ente effettivamente ottenga in conseguenza del commesso reato, come vantaggio proprio dell'ente e non solo apparentemente tale: gli amministratori che avendo commesso un reato presupposto, dopo che i suoi proventi siano entrati in seno alla società, assegnino illegittimamente un maxi dividendo ai soci, non hanno commesso il suddetto reato *a vantaggio* dell'ente: si tratta di un vantaggio solo apparente, perché in realtà l'illecito non è stato commesso nell'interesse dell'ente.

In sintesi, la collocazione della responsabilità da reato nel quadro delle attività lecite e l'individuazione, da parte del legislatore, degli enti con personalità giuridica o delle società o associazioni anche prive di personalità giuridica quali "soggetti" su cui può ricadere tale responsabilità,

² Secondo A. Fiorella, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 3-4/2016, p. 635: "I criteri dell'imputazione, se debbono valere a stabilire la connessione essenziale del fatto con l'ente collettivo, non possono non risalire ad una condotta che, in qualche modo, sia 'geneticamente' volta a realizzare l'interesse collettivo (e ciò, per la sua univoca direzione oggettiva, cui corrisponda l'intenzione del reo). Per comprendere il significato di questa precisazione, occorre tener presente che una qualsiasi condotta che nasca con un interesse divergente o addirittura in contrasto con quello dell'ente collettivo, potrebbe tuttavia produrre di fatto un vantaggio per il medesimo. Il che, comunque, stante l'attuale tenore letterale della formula di legge, condurrebbe alla responsabilità dell'ente. In altri termini, la ricaduta 'a vantaggio' può essere del tutto eventuale ed occasionale; non postulando di per sé alcun titolo 'forte', 'decisivo' per l'imputazione ragionevole della responsabilità dell'ente".

consente di circoscrivere la nozione “*nell’interesse dell’ente*”, perseguito dalla persona fisica solo a *quell’interesse che appaia compatibile con le finalità proprie di un ente* che, avendo natura di società o associazione, persegue finalità e interessi approvati dall’ordinamento e non contrari ad esso. Il reato, in tale prospettiva, può essere commesso nell’interesse dell’ente quando, ad esempio, venga realizzato per allargare la penetrazione sul mercato di un’azienda o per ottenere l’aggiudicazione di un appalto (interessi di per sé legittimi e approvati dall’ordinamento anche in funzione delle finalità tipicamente perseguite dalle società commerciali). Non così, invece, quando l’interesse perseguito sia di altra natura, estraneo alla sfera di interessi giuridicamente approvati e riconosciuti in capo ad una società o ad una associazione. Ciò anche nel caso in cui la società o l’associazione abbia conseguito un vantaggio che non potrà che essere del tutto apparente perché scollegato dagli *interessi propri della società*, nel senso anzidetto.

Questo rappresenta un ulteriore argomento a suffragio della tesi per la quale il vantaggio dell’ente, ancorché conseguito, non implica di per sé la responsabilità, ma va correlato all’interesse, nella prospettiva dell’*interesse societario*.

La comprensione del tessuto connettivo della responsabilità da reato, che vede da un lato il soggetto collettivo, dall’altro la persona fisica autore dell’illecito penale, dipende dalla messa a fuoco di una questione fondamentale e prioritaria rispetto ad ogni altra: *di quale ente parliamo e in funzione di quali obiettivi di politica criminale esso viene chiamato a rispondere*.

Le due questioni sono assolutamente correlate. A quasi un ventennio dall’introduzione nell’ordinamento, la responsabilità in parola rischia di smarrire i suoi connotati e la sua funzione, per diventare uno dei tanti strumenti giudiziari di contrasto del crimine al servizio della imperante e dilagante utopia punitiva.³

³ La previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche è legata storicamente e dogmaticamente non solo alle costruzioni teorico generali relative alla personalità giuridica e, quindi, alla contrapposizione fra teorie finzionistiche e realistiche, ma anche ad un tema di grande interesse – soprattutto per il penalista – che è quello delle premesse ideologiche da cui una simile responsabilità può scaturire. In particolare si è osservato che tale tipo di responsabilità nasce nell’ambito di ordinamenti democratici (Inghilterra, Francia), quasi a segnarne un codice genetico di tale natura. In realtà, però, se si guarda più a fondo, può emergere anche un rischio di ispirazione autoritaria nella estensione della responsabilità degli enti, già ben messo in evidenza dalla dottrina: cfr. F. C. Palazzo, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1976, p. 419.

Se lo scopo politico criminale di questa forma di responsabilità è quello, per un verso, di promuovere *compliance*, ossia comportamenti conformi a legalità (*osservanza delle leggi*) da parte di soggetti collettivi che abbiano come proprio “statuto” quello di realizzare interessi sociali apprezzabili e meritevoli di tutela; per altro verso, di predisporre uno strumentario sanzionatorio idoneo a colpire lo sviamento da quegli interessi o, più precisamente, il loro perseguimento attraverso modalità che determinano un disvalore economico sociale (alterando la concorrenza, generando rischi per i risparmiatori o per gli investitori, danneggiando o mettendo in pericolo l’ambiente o gli ecosistemi, etc.), ne consegue che le relative sanzioni devono rivolgersi a soggetti che perseguano interessi socialmente e giuridicamente meritevoli di tutela, ma che esplichino la loro attività in modo *patologico*, piegando le “regole del gioco” a loro vantaggio o disattendendole per conseguire dei vantaggi impropri che, pertanto, non gli spettano e che costituiscono, altresì, il lucro ottenuto con il danno.

Questa precisazione, che attiene ai fondamenti della responsabilità da reato, serve per circoscriverne l’ambito, rifuggendo dalla tentazione di farne uno *strumento generale* di contrasto alla criminalità, addirittura connotato da venature *securitarie*: quando la sua natura e la sua genesi sono diverse, ossia di uno strumento che persegue *finalità repressive non accessorie rispetto all’illecito della persona fisica*.

In altri termini, il vizio di fondo che può nascondersi dietro questa forma di responsabilità, snaturandone la sua *ratio* fortemente innovativa, è quello di concepire la funzione delle sanzioni a carico dell’ente e, dunque, la natura della responsabilità di questo, in chiave accessoria, servente e pedissequa rispetto alle finalità che sostengono le sanzioni penali a carico delle persone fisiche.

Proprio la natura penale o parapenale di questa responsabilità e la *ratio* ad essa sottesa, portano e ritengono, al contrario, che i caratteri e la razionalità di scopo della responsabilità dell’ente, debbano uniformarsi e divenire consentanei alla natura e alla funzione economico sociale di questo.

Ciò significa che le funzioni che la sanzione *de qua* deve assolvere, non sono mirate principalmente a prevenire l’illecito e a neutralizzare gli effetti dannosi del fatto commesso dalla persona fisica, ma, piuttosto, a prevenire – nell’ambito di un paradigma criminologico estremamente differenziato, peraltro, rispetto a quello della persona fisica – le “patologie” dell’azione degli enti nel perseguimento dei loro interessi (socialmente apprezzabili e approvati dall’ordinamento) e a rieducarli promuovendo lo sviluppo al loro interno di modelli organizzativi

idonei, anche qui attraverso un paradigma peculiare ad essi – incompatibile con le persone fisiche, non per ragioni *ontologiche* ma in virtù di fondamentali principi di garanzia – che concepisce la rieducazione non solo come *risocializzazione* ma anche come *socializzazione* anticipata in un processo permanente di adeguamento dell'ente ai valori dell'ordinamento, attraverso una sorta di prevenzione anticipata (che potrebbe trovare un modello teorico di riferimento nella cd. prevenzione generale integratrice).

In termini molto semplici: le sanzioni a carico degli enti non servono (almeno principalmente e direttamente) a reprimere con maggiore efficacia la persona fisica autore di reati, ma a prevenire (scoraggiando l'ente dal porre in essere tutte quelle condizioni che rendono possibile) la commissione di determinati reati nel suo interesse e a neutralizzare i vantaggi che derivino da essi (la confisca come sanzione principale è chiara espressione di ciò).

Il *fatto di connessione* fra il reato della persona fisica e l'ente deve dunque essere collocato, a cominciare dall'interesse in vista del quale la persona fisica abbia agito, in una prospettiva di coesione con gli interessi che l'ordinamento riconosce come legittimamente perseguibili mediante una struttura societaria o associativa: l'aver piegato questi interessi verso una direzione estranea a tale prospettiva e *disapprovata in radice* dall'ordinamento, pone l'ente al di fuori dell'ambito di responsabilità che ci occupa.

Non si deve dimenticare, infatti, il punto di partenza: la responsabilità da reato si iscrive in un contesto di base lecito, nelle coordinate che sono state tracciate dalla sua disciplina positiva.

Del resto ciò è del tutto rispondente alla *filosofia* che ispira tale disciplina. Quella, cioè, che vede l'ente chiamato ad un'azione di cooperazione con l'ordinamento giuridico, affidata ai suoi poteri gestori e alla sua autonomia decisionale. Qualcuno, a questo proposito, ha parlato addirittura di *logica della rispondenza fiduciaria*, che dovrebbe consentire l'affermazione di un regime di co-regolamentazione pubblico-privato delle attività economiche, volto a favorire la prevenzione del *corporate crime* non solo con gli strumenti repressivi mirati alla deterrenza verso le persone fisiche, ma anche con strumenti calibrati su di un rapporto di *agenzia* che legherebbe il pubblico al privato. Al di là del carattere utopistico di tali tesi e per nulla condivisibile nel suo impianto ideologico di fondo, vero è che il legislatore ha voluto istituire, con la responsabilità da reato, un *modello sinergico* della pre-

venzione dei reati d'impresa (non è un caso che questa responsabilità abbia fatto un trionfale ingresso proprio nell'ambito delle responsabilità datoriali in materia di diritto penale del lavoro).

Tutto ciò comporta che il *fatto di connessione* fra ente e reato non può basarsi sul perseguimento di interessi che sono per definizione contrapposti: se gli enti le società e le associazioni, in quanto non siano consorzi criminali o di mero fatto, possono perseguire solo ed esclusivamente interessi approvati dall'ordinamento, per la contraddizione che non lo consente *un comportamento che persegua un interesse radicalmente illecito non può definirsi realizzato nell'interesse di detti enti e società*. Un interesse di tal fatta non consente di considerare il reato della persona fisica *inerente* all'ente; opinando diversamente la responsabilità da reato si collocherebbe nel quadro di un contesto di base radicalmente illecito: il che, per le ragioni anzidette, non è.

2. Secondo punto. Non è possibile in questa sede esaminare le varie problematiche e le diverse impostazioni che sono alla base dell'inquadramento dell'illecito dell'ente nella sfera del reato della persona fisica o, alternativamente, in quella di un autonomo illecito del soggetto collettivo.⁴

Tuttavia quanto precede, ma più in generale la complessa disciplina d'insieme, consentono di affermare che l'illecito dell'ente non si identifica con il reato della persona fisica.

Questa affermazione, peraltro, ossia l'inquadramento del sistema della responsabilità da reato nella pluralità di illeciti anziché nell'unità, non implica affatto, come sua conseguenza necessaria, che l'illecito dell'ente vada qualificato come illecito amministrativo, secondo la denominazione che ne dà la normativa vigente.

Che si tratti di autonomo illecito dell'ente non esclude la sua natura penale. E ciò non significa nemmeno che la condivisione della medesima natura di illecito penale – quello dell'ente da reato e quello della persona fisica - legittimi l'impiego dell'analogia⁵, ossia l'importazione nel sistema della responsabilità da reato di istituti e norme previsti in

⁴ Sulla natura della responsabilità degli enti cfr. G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistica*, 2012, Pisa, p. 324 ss., con ampia bibliografia ivi citata; da ultimo, con una puntuale panoramica dei diversi approcci e ampi riferimenti bibliografici, cfr. C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. Dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 175 ss.

⁵ Sulle *dommatiche analogiche* nell'ambito delle opzioni ermeneutiche che abbracciano l'unità dell'illecito, cfr. C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione*, *cit.*, p. 192 ss..

relazione alla responsabilità penale delle persone fisiche, soprattutto quando tale analogia sia *in malam partem*. Ravvisare analogie strutturali fra l'illecito penale della persona fisica e l'illecito da reato dell'ente, non autorizza affatto l'uso dell'analogia giuridica, ma comporta soltanto che in presenza di una struttura simile (anche se non identica) dei due illeciti se ne debbano trarre le dovute conclusioni quanto a natura dell'illecito dell'ente e alla criteriologia ermeneutica ad esso adeguata.

Le ragioni a sostegno di questa tesi sono moltissime, di vario ordine. Ma credo che sia giunto il momento di enunciare quella che mi sembra più rilevante: se l'illecito dell'ente sorge, si radica, in un contesto di base lecito, ebbene *non è possibile sussumerlo nello schema della compartecipazione criminosa*.

Non tanto perché è discutibile (ancorché talvolta ammessa) la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso (e la maggior parte dei reati presupposto sono delitti dolosi), ma perché è inconcepibile il fatto di connessione fra reato doloso ed ente in un contesto di base lecito, in chiave di concorso *ex art. 110 c.p.* Mentre nel concorso colposo nel delitto doloso (ammessa e non concessa la sua configurabilità) il *fatto di connessione* sarebbe dato dall'obbligo di impedimento dell'evento (reato doloso) ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p., nell'illecito dell'ente non figura un simile fatto di connessione poiché la connessione è data da autonomi *fatti*, che sono quelli indicati dagli artt. 5 e 6, D. Lgs. n. 231/2001. E non potrebbe essere diversamente sulla falsariga delle linee politico-criminali pensate dal legislatore: nel reato commissivo mediante omissione *colposa* il concorrente è titolare di una posizione di garanzia e l'omesso impedimento equivale a causalità. Nulla di tutto questo riguardo all'ente.

Ciò è ben evidente considerando che nella posizione di garanzia vi è *estraneità delle sfere giuridiche* rispettivamente del garante e del "garantito": proprio in quanto uno è estraneo all'altro, può instaurarsi quel rapporto giuridico di garanzia, *sub specie* di controllo o di protezione di un soggetto rispetto all'altro. Nella responsabilità da reato, al contrario, vi è ineranza di posizioni giuridiche, fino al punto che vi può essere addirittura *immedesimazione organica* fra persona fisica ed ente, nell'ipotesi che la persona fisica che ha commesso il reato sia rappresentante legale dell'ente che deve risponderne. Ciò, evidentemente, esclude qualsivoglia posizione di garanzia.

La posizione dell'ente, nello schema della responsabilità da reato, non deve trarre in inganno.

Trattasi, in realtà, della posizione di un soggetto (sia o non sia persona) che, dovendosi necessariamente avvalere dell'azione di altri soggetti (persone fisiche), riceve in misura maggiore o minore gli effetti derivanti da tale azione. Ma, mentre per gli effetti civili l'esplicarsi nella sfera giuridica dell'ente delle conseguenze degli atti compiuti o dei fatti commessi da suoi esponenti è conseguenza necessaria e normale (nei limiti, naturalmente, stabiliti dal diritto positivo) per la vita stessa dell'ente (che altrimenti non potrebbe essere un soggetto dell'attività giuridica), che i fatti costitutivi della responsabilità penale producano le loro conseguenze tipiche (sanzioni penali) nella sfera dell'ente, non è affatto né normale né necessario.

Anche per tale ragione non è possibile il ricorso acritico all'applicazione (analogica) di norme ed istituti della responsabilità penale all'indirizzo degli enti, se non impingendo a piene mani nella responsabilità per fatto altrui.

L'unico dato certo è che la condizione alla quale l'ente può rispondere di un reato è che l'evento del reato presupposto dipenda causalmente da una lacuna dell'organizzazione dell'ente medesimo, poiché la "condotta del singolo in sé è ancora un 'fatto altrui' rispetto all'ente. È qui che la logica del sistema e i suoi principi indicano che il fatto di connessione, cioè il reato, nel suo elemento oggettivo e in specie nel suo evento, debba *dipendere causalmente* (a) da una *lacuna* dell'organizzazione dell'ente e quest'ultima, a sua volta, (b) debba dipendere dal manchevole comportamento collettivo illecito degli esponenti dell'ente".⁶

Dal punto di vista metodologico – e la considerazione non sembra superflua – la costruzione del modello di illecito dell'ente, pertanto, deve seguire un percorso che sia autonomo quanto alle sue basi normative e che, quindi, non importi automaticamente (e arbitrariamente) nella responsabilità da reato norme ed istituti applicabili alle persone fisiche in forza di espressi dettati legislativi (o anche, più spesso, almeno nella loro portata, in forza di discutibili interpretazioni giurisprudenziali) riferibili a queste ultime; ma che, in base alla constatazione che l'ente risponde del *reato* e quindi di una responsabilità che non può che avere natura penale, attinga le proprie fonti dallo statuto della responsabilità penale e dai limiti da esso imposti, disegnando la fisionomia dell'illecito dell'ente secondo le forme più coerenti con

⁶ A. Fiorella, *Dogmatica e responsabilità*, cit., p. 636 s.

le diverse tipologie di reato, a cominciare dalla fondamentale *summa divisio* fra reato colposo e reato doloso: a quale di queste categorie appartiene l'illecito dell'ente?

A me sembra che la risposta, a tal riguardo, non possa che andare nella prima direzione.⁷

La ragione principale sta congiuntamente in due elementi già accennati sopra, ossia la delimitazione dei soggetti che possono rispondere (art. 1), il criterio di imputazione dell'interesse o del vantaggio, nel senso che abbiamo già richiamato. Ulteriore ragione sta nel fatto che il modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6), nella sintassi giuridico penale non può che essere letto in chiave di *rischio non consentito*: il reato verificatosi deve rappresentare l'evento la cui (possibile) verifica rappresenta un rischio non consentito dall'ordinamento, nei termini di una relazione nota *ex ante*, secondo un modello di normale idoneità a prevenire quei reati e sul presupposto che vi sia un'area di rischio permesso, all'interno della quale non può sorgere alcuna responsabilità "penale".

In sintesi, seppure ancora in via provvisoria, l'illecito dell'ente è autonomo rispetto a quello della persona fisica, ma collegato ad essa dal *fatto di connessione*. Si tratta di illecito che sul piano strutturale presenta le caratteristiche del reato colposo di evento (anche in relazione, quindi, a reati presupposto dolosi), ciò non in ragione di una dommatica presa di posizione aprioristica, ma sulla scorta delle disposizioni che disciplinano quel sistema di responsabilità, a cominciare da quelle che ne individuano la platea dei destinatari (soggetti collettivi). La struttura di tale illecito deve essere ricostruita anche in relazione alla funzione delle sanzioni a carico dell'ente, che spesso sono state erroneamente lette in un'ottica accessoria o complementare rispetto alle pene comminate per le persone fisiche, nella prospettiva, più o meno avvertita consapevolmente, di un moltiplicatore sanzionatorio avente alla base un unico e medesimo fatto illecito, in chiave di rafforzamento della prevenzione generale e in una logica panpenalistica che agisce chiaramente come *vulnus* al sistema delle garanzie.

⁷ Analizza la possibilità di individuare un paradigma di colpevolezza colposa per la responsabilità dell'ente – almeno nelle ipotesi di deficit di autocontrollo organizzativo – e di utilizzare un "paradigma imputativo di tipo propriamente colposo" laddove, appunto, un modello organizzativo (MOG) esista, C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione, cit.*, spec. p. 205 e p. 215.

La colpa per l'organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale

Antonella Massaro

SOMMARIO: 1. La colpa individuale nelle indagini relative alla colpevolezza dell'ente. – 2. L'imputazione colposa tra funzione oggettiva e funzione soggettiva. – 3. La colpa per l'organizzazione come "modello" per la persona fisica? – 4. Un settore paradigmatico: l'attività medico-chirurgica.

1. La colpa individuale nelle indagini relative alla colpevolezza dell'ente

I rapporti tra la responsabilità penale della persona fisica e quella penale-amministrativa degli enti sono stati tradizionalmente impostati "a senso unico": le categorie della responsabilità individuale e, più in generale, quelle della teoria del reato di matrice "tradizionale", sono state esportate sul terreno della responsabilità dell'ente, al fine di spiegare, comprendere o, addirittura, giustificare il sistema di criteri di imputazione ricavabile dal d.lgs. n. 231 del 2001. Si pensi, per esempio, ai tentativi di inquadrare la responsabilità dell'ente per il reato commesso dalla persona fisica attraverso il riferimento ai collaudati (per quanto estremamente problematici) schemi dell'agevolazione colposa, del concorso necessario, dell'omesso impedimento di un fatto illecito altrui.

Anche con specifico riferimento alla colpa e/o alla colpevolezza si registra una tendenza che, sostanzialmente, conferma l'andamento di carattere generale: le categorie della colpa della persona fisica illuminano la colpevolezza della persona giuridica, al fine di garantire che anche la responsabilità dell'ente risulti in definitiva connotata dal carattere della personalità imposto dall'art. 27, primo comma Cost. Indipendentemente dal fatto che si seguano le premesse derivanti dalla teoria dell'immedesimazione organica o che, piuttosto, si valorizzi il

carattere autonomo della *Organisationsverschulden*¹, l'approccio prevalente sembra quello che ragiona in termini di omogeneità con il reato della persona fisica, soprattutto con l'obiettivo di mutuare le categorie dogmatiche che allo stesso fanno da sfondo.

Nell'ambito di questa cornice, in particolare, i modelli di organizzazione e gestione di vedono attribuito il ruolo di regola cautelare, individuando il modello di agire diligente cui il soggetto (in questo caso l'ente) deve adeguarsi per evitare conseguenze sfavorevoli.

2. L' imputazione colposa tra funzione oggettiva e funzione soggettiva

Può tuttavia registrarsi fin da subito un curioso disallineamento tra colpa individuale e colpa dell'ente, almeno per ciò che attiene alla tenuta del principio di personalità della responsabilità penale. Nell'ottica della responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, infatti, il modello della colpa penale, valorizzato anche solo implicitamente, rappresenta la panacea di tutti i mali, assicurando un pieno rispetto dell'art. 27 Cost. e, per certi aspetti, "sdrammatizzando" la *vexata quaestio* relativa alla natura amministrativa, penale, di *tertium* o di *quartum genus* della responsabilità da reato dell'ente. La Corte di cassazione, chiamata a valutare la conformità dell'impianto 231 rispetto ai principi costituzionali in materia penale, ha negato che lo stesso delinei un'ipotesi di responsabilità oggettiva, «prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo»².

La soluzione della colpa, per contro, non è altrettanto "piana e agevole" sul terreno della responsabilità individuale, posto che proprio la sistematica del reato colposo costituisce uno dei più insidiosi ricetta-

¹ Per tutti i necessari riferimenti O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2010, 3 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, 2012, 117 ss.

² Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 5/2011, 1856, con osservazioni di A. AGNESE.

coli di forme di responsabilità oggettiva o mascherata. Non è un caso che Gaetano Contento, commentando la proposta di riforma volta a eliminare esplicitamente dall'ordinamento le ipotesi di responsabilità oggettiva a favore di una responsabilità almeno per colpa, temeva che il rimedio in questione avrebbe potuto, paradossalmente, rivelarsi peggiore del male cui intendeva far fronte: fino a quando l'applicazione giurisprudenziale, particolarmente incline a cedere alle lusinghe derivanti dalle "semplificazioni probatorie" insite nella logica del *post hoc, ergo propter hoc*, andrà nel senso di una svalutazione del requisito della colpa – osservava l'Autore –, introdurre quest'ultima come condizione minima di imputazione soggettiva rischierebbe di rivelarsi un intervento del tutto inadeguato che, anzi, potrebbe condurre a un più deciso orientamento della prassi verso la totale identificazione tra colpa e responsabilità oggettiva³.

Il disallineamento tra responsabilità del singolo e responsabilità dell'ente, tuttavia, è solo apparente, posto che la (pretesa) colpa della persona giuridica risulta un criterio di imputazione, sembrerebbe, meno "complesso" rispetto al suo corrispondente terminologico chiamato a operare in riferimento alla persona fisica.

Le premesse più convincenti dalle quali muovere nell'inquadramento della colpa penale sembrerebbero quelle offerte dalle teoriche che si muovono nel solco della doppia funzione (cui dovrebbe corrispondere una doppia misura) della colpa stessa⁴, le quali hanno il merito di esplicitare, nel tentativo di ricondurla a sistema, la natura ibrida che caratterizza in maniera strutturale il criterio di imputazione in questione. Il primo "livello", dunque, è rappresentato dalla oggettiva violazione di una regola cautelare, predeterminata rispetto alla condotta posta in essere dall'agente. Affinché il rimprovero per colpa risulti conforme al canone di personalità della responsabilità penale imposto dall'art. 27 Cost., tuttavia, è necessario che si passi al secondo "livello" rappresentato dal giudizio "soggettivo in senso stretto" e consistente, in via di prima approssimazione, nella riferibilità della violazione della regola cautelare al singolo agente: una colpa "dimidiata", che si accontentasse cioè della oggettiva violazione

³ G. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale, in Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 1989, 517-519.

⁴ In argomento, per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, Giuffrè, 1965, 186-193 e H.H. JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Scuola Pos.*, 1963, 369-371.

della regola cautelare, si risolverebbe in una mera truffa delle etichette, ammantando della rassicurante veste della colpa vere e proprie forme di responsabilità oggettiva⁵.

Resta da verificare, ovviamente, se la distinzione tra funzione oggettiva e funzione soggettiva della colpa si riveli utile e, per certi aspetti, necessaria, non solo sul versante della colpa individuale, ma anche su quello della responsabilità dell'ente, posto che la spersonalizzazione del rimprovero che caratterizza questo secondo piano di indagine non sembrerebbe del tutto compatibile, almeno *prima facie*, con una effettiva soggettivizzazione dello stesso. Potrebbe forse ritenersi, a costo di incorrere in una semplificazione eccessiva, che per l'ente il carattere personale della responsabilità si risolva in quella "dimostrazione di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno" di ascendenza civilistica e alla quale si perviene attraverso la predisposizione di modelli idonei, senza che si renda necessario replicare in tutte le sue componenti il giudizio di responsabilità per colpa di stampo "tradizionale".

3. La colpa per l'organizzazione come "modello" per la persona fisica?

Al di là della questione relativa a quanto oltre possa essere spinto il parallelismo tra colpa del singolo e colpa dell'ente, il concetto di colpa di organizzazione⁶ o, meglio, di colpa *per* l'organizzazione, ha raggiunto un tale grado di approfondimento teorico in riferimento alla responsabilità della persona giuridica da prestarsi a una proficua

⁵ Cfr. A. FIORELLA, A. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Sapienza Università Editrice, 2016, 55, i quali rilevano come l'appello alla colpa per inosservanza rischia di apparire un "espediente", spesso usato dalla giurisprudenza, per evitare ogni accertamento effettivo della colpa. Sul piano della responsabilità dell'ente, quindi, «l'idea di una colpa "normativa" [...] combinata con quella della sua verifica alla stregua di una norma generalissima che il giudice possa manipolare come vuole, corrisponde in altri termini alla più chiara forma di responsabilità oggettiva (se non, sotto aspetti diversi, ad una vera e propria responsabilità per fatto altrui)».

⁶ K. TIEDEMANN, *Die „Bebufung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1172 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2006, 167 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, Jovene, 2012, 267 ss.; E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, Jovene, 2011, 1743 ss.; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, 2016.

esportazione sul versante della persona fisica. Se, altrimenti detto, l'orientamento più diffuso è quello di impiegare le categorie "tradizionali" per rendere più solide le fondamenta delle "nuove" forme di responsabilità da reato, sono forse maturi i presupposti per ipotizzare una inversione di tendenza: i risultati cui si è pervenuti nel tentativo di meglio delineare i tratti costitutivi della colpa per l'organizzazione, tanto negli ordinamenti stranieri quanto in quello italiano, potrebbero essere utilmente impiegati anche in riferimento alla colpa individuale, specie al fine di riempire di contenuto quella funzione/misura oggettiva della colpa penale che, pur risultando da sola insufficiente, resta nondimeno il necessario presupposto da cui muovere.

Si è già precisato che il modello di organizzazione e gestione dovrebbe assolvere, almeno in via preliminare, a una funzione paragonabile a quella svolta dalla regola cautelare nello schema di imputazione ricavabile dall'art. 43 c.p. La predeterminazione della regola cautelare risponde, nella colpa individuale, a un'istanza di certezza-garanzia del singolo imposta dalla teoria generale del reato (individuazione della condotta penalmente rilevante) e dai principi costituzionali in materia penale (principi di legalità e di colpevolezza); nel sistema 231, invece, la preventiva predisposizione di modelli di organizzazione e gestione risponde anzitutto allo scopo di prevenire la commissione di reati. Le differenze, dunque, sono evidenti e, per dir così, strutturali.

Ciò nonostante, i due sistemi di imputazione restano pur sempre riconducibili a una logica comune. Il *trait d'union* tra colpa individuale e colpa dell'ente, infatti, parrebbe potersi individuare nell'obiettivo di pervenire a una sempre più dettagliata "procedimentalizzazione dell'agire diligente", che, tracciando nella maniera più netta possibile l'area del rischio consentito, offra quanto meno un filo di Arianna cui affidarsi nell'altrimenti magmatico contenitore della *culpa in vigilando*, rispondente più alle logiche proprie del diritto civile che a quelle del diritto penale.

Sul piano della colpa individuale, l'obiettivo in questione si traduce nella necessaria valorizzazione del carattere modale della regola cautelare, la quale dovrebbe descrivere "per note interne" le modalità di svolgimento di un'attività pericolosa. I reati colposi, detto altrimenti, riprodurrebbero uno schema di tipizzazione assimilabile a quello che caratterizza i reati a forma vincolata⁷.

⁷ Cfr. F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*,

Le premesse in questione rivelano le proprie potenzialità applicative soprattutto quando a venire in considerazione sia un reato omissivo colposo: non è un caso, del resto, che l'omesso impedimento di un illecito altrui sia anche lo schema che, sia pur con innegabili peculiarità, fa da sfondo al sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001. In riferimento alla colpa individuale, una delle ipotesi in cui il carattere autenticamente personale della responsabilità fatica a emergere è indubbiamente quello dell'omissione colposa di un soggetto posto al vertice di un'organizzazione complessa.

La condotta omissiva colposa, come ampiamente noto, subisce una "doppia qualificazione normativa": prima ad opera dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, che assume portata generale, poi per effetto dell'obbligo di diligenza/regola cautelare⁸. Sebbene la condotta omissiva colposa mantenga una sua inscindibile unitarietà "sistematica"⁹, una distinzione tra l'obbligo di impedimento dell'evento e l'obbligo di diligenza risulta non solo possibile, ma anche auspicabile. L'obbligo di impedire l'evento, più esattamente, è costruito attorno al risultato da evitare e, dunque, individua la condotta penalmente rilevante come la condotta funzionalmente rivolta a impedire un certo evento; qualora si tratti di reati omissivi colposi sarà alla regola cautelare, formulata in relazione alla situazione concreta, che resterà affidato il compito di definire anche le modalità che completano la pretesa comportamentale definita dall'ordinamento. Potrebbe ritenersi che mentre l'obbligo di cui all'art. 40, secondo comma c.p. risponda alla domanda relativa all'*an* dell'intervento stesso del garante, la regola cautelare precisi il *quomodo* dell'intervento stesso, descrivendo per note interne la condotta diligente.

Con particolare riguardo alla responsabilità di un soggetto in posizione apicale, deve prendersi atto che l'obbligo giuridico di impedire l'evento non riesca ad assolvere a quella funzione di filtro dei soggetti responsabili capace di mantenere la responsabilità per omissione entro i rassicuranti confini di una responsabilità eccezionale.

2006, 235 e, con più specifico riferimento alla responsabilità dell'ente, A. FIORELLA, A. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento*, cit., 59-60.

⁸ C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 828. Sui complessi rapporti tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, 96; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 370 ss.

⁹ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 370. Sulla tendenziale identificazione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza v. anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 108.

Pur valorizzando una ricostruzione rigorosa dell'obbligo di garanzia, incentrata sulla sussistenza di un effettivo potere-dovere giuridico di intervento, resta il fatto che, nella maggior parte dei casi, il potere-dovere giuridico di cui si tratta è praticamente *in re ipsa* se il soggetto occupa una posizione di vertice. La responsabilità andrebbe esclusa nei soli (rari) casi in cui sia riscontrabile una impossibilità sul piano naturalistico di tenere la condotta doverosa omessa e solo se l'impossibilità in questione non sia conseguenza di una "scelta colposa" del vertice.

L'esito necessario, ad ogni modo, non sembra quello di una supina rassegnazione a ineluttabili scivolamenti nel terreno della responsabilità da posizione. Se l'obbligo giuridico di impedire l'evento, magari mascherato dietro l'etichetta dell'obbligo di vigilare sull'operato altrui, non riesce, in quanto tale, a distinguere tra soggetti ugualmente collocati in posizione di vertice, la prospettiva muta in maniera significativa qualora si riesca a valorizzare nella descrizione della condotta penalmente rilevante la funzione tipizzante affidata alla regola cautelare. Il comportamento diligente del vertice, in altri termini, non andrà modellato unicamente attorno a un generico obbligo di controllo sull'operato altrui, che nella maggior parte dei casi condurrebbe a ritenere sussistente la sua responsabilità per il solo fatto che uno dei sottoposti abbia commesso un reato. I contorni del comportamento alternativo diligente, infatti, possono essere efficacemente definiti solo attribuendo rilevanza anche alla regola cautelare che si assume violata nel caso concreto.

Questa, del resto, sembra anche la direzione seguita dalla giurisprudenza di legittimità, nelle cui pronunce sta diventando sempre più frequente l'affermazione del principio per cui in tema di reato omissivo improprio la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, posto che il principio di colpevolezza impone la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione, da parte del garante, di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola violata mirava a prevenire¹⁰.

¹⁰ Tra le più recenti Cass., Sez. I pen., 22 dicembre 2017, n. 3623, in *Guida dir.*, 15/2018, 98; Cass., Sez. IV pen., 30 maggio 2017, n. 34375, in in *Guida dir.*, 40/2017, 57; Cass., Sez. IV pen., 6 maggio 2015, n. 24462, in *Cass. pen.*, 3/2016, 891, con nota di M.C. AMOROSO, *La nozione di rischio nei reati colposi*; Cass., Sez. IV pen., 8 gennaio 2015, n. 5404, in *CED Cass.*, 262033.

Proprio in questo processo di progressiva precisazione della condotta omissiva colposa potrebbe tornare utile il riferimento alla “corretta organizzazione” della struttura complessa e piramidale che il soggetto si trova a dirigere e che si sostanzia in obblighi differenti a seconda dell'attività che di volta in volta viene in considerazione: le cadenze argomentative sono quelle che hanno scandito le riflessioni in materia di responsabilità degli enti e di predisposizione dei modelli, calate però nel contesto della responsabilità individuale¹¹. L'obiettivo è quello di assicurare una maggiore “controllabilità” di etichette, altrimenti evanescenti, come quelle della *culpa in vigilando* o della *culpa in eligendo*, le quali, anche se non evocate esplicitamente, aleggiano costantemente dietro l'accertamento della responsabilità per omesso controllo.

Si pensi, come possibili “manifestazioni” della corretta organizzazione, all'obbligo del vertice di ripartire correttamente i compiti dei sottoposti, in considerazione delle capacità e delle competenze di ciascuno; all'obbligo di impartire le direttive necessarie al diligente svolgimento dell'attività, predisponendo le misure opportune affinché le stesse vengano eseguite e rendendosi disponibile ad intervenire, qualora ne sia fatta richiesta, anche sostituendosi al soggetto competente, se ciò si riveli necessario; alla predisposizione di un sistema di controllo che, senza imporre una vigilanza personale ed ininterrotta, consenta nondimeno di monitorare l'attività dei collaboratori e, dunque, di intervenire in caso di necessità. Se l'obbligo di “corretta organizzazione” è stato adempiuto, il soggetto in posizione apicale non risponde, almeno come regola generale, del reato commesso da altri. Altrimenti detto, il vertice può fare “legittimo affidamento” sul corretto adempimento dei propri collaboratori, a meno che non sia dato ravvisare una sua “colpa per l'organizzazione”.

4. Un settore paradigmatico: l'attività medico-chirurgica

Il settore dell'attività medico-chirurgica, insieme a quello della sicurezza sui luoghi di lavoro, rappresenta indubbiamente un settore “privilegiato” sia per confermare quella tendenza a una sempre più spiccata procedimentalizzazione dell'agire diligente sia per verificare la possibilità di “esportare” sul versante della persona fisica alcuni dei tratti più significativi della colpa per l'organizzazione.

¹¹ Sul punto, soprattutto per maggiori indicazioni, sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, 2013, 349 ss.

Con particolare riferimento al perenne rischio di un *deficit* di determinatezza del reato colposo, in materia di responsabilità medica la tendenza è stata quella di (tentare di) meglio definire i contorni dell'agire diligente dell'esercente una professione sanitaria attraverso la valorizzazione delle regole di condotta contenute in linee guida e protocolli¹². Se l'art. 3 della c.d. legge *Balduzzi* (l. n. 189 del 2012) non risolveva la questione relativa alle linee guida "vincolanti", il nuovo art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla c.d. legge *Gelli-Bianco* (l. n. 24 del 2017) prevede che l'esercente una professione sanitaria debba aver rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali: la nuova legge, infatti, prevede anzitutto un sistema ufficiale di accreditamento delle linee guida. Tralasciando un'analisi costi-benefici derivante dalla pretesa vincolatività attribuita per legge ad alcune linee guida¹³, sono almeno due le questioni di carattere generale che si intravedono sullo sfondo.

In primo luogo, resta ancora irrisolta il nodo relativo alla possibilità di impiegare, in maniera utile, la distinzione tra colpa generica e colpa specifica quando a venire in considerazione sia il mancato rispetto di linee guida e buone pratiche. L'art. 590-*sexies* c.p., attraverso il riferimento alla colpa per imperizia, rischia infatti di dare per dimostrato quello che, a ben vedere, si deve ancora dimostrare: la colpa del medico, sembrerebbe suggerire la lettera della legge, si troverebbe ricondotta al solo orizzonte della colpa generica, con esclusione della colpa specifica¹⁴.

La giurisprudenza (specie *post Balduzzi*) ha mostrato sul punto una perentorietà che forse ha sottratto linfa vitale ad ulteriori discussioni:

¹² Per tutti A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore della colpa medica. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, 2012, 8 ss.; M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalcontemporaneo.it, 16 luglio 2012, 2 ss.

¹³ F. CENTONZE, M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1364-1365 e C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2017, 6 ss. G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 97; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 9 ss.; P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017, 5.

¹⁴ Sulla possibile configurabilità di una colpa per inosservanza, nella forma della colpa per inosservanza di disciplina, v. in particolare F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 1124 ss.

le linee guida non sarebbero regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica, non solo in ragione del diverso grado di qualificazione delle stesse, ma anche perché si tratta di meri strumenti di indirizzo e di orientamento privi di quella prescrittività che una regola cautelare, per quanto elastica, deve possedere¹⁵.

Considerazioni di questo tipo, però, rischiano di provare troppo. La “prescrittività” e la “vincolatività” sono attributi che non possono certo riferirsi alla fonte globalmente considerata (le linee guida e le buone pratiche, generalmente e genericamente intese): è solo rispetto alla singola regola di condotta della cui violazione si discute nel caso di specie che può affermarsi o negarsi la natura di regola cautelare. La regola che prescrive di controllare l'identità del paziente prima di un intervento chirurgico o quella che impone di conteggiare il numero di garze, bisturi e altri strumenti chirurgici per verificare che non ci siano corpi estranei “dimenticati” nelle viscere del paziente, per esempio, sono regole che ben potrebbero definirsi “rigide”, nel senso che descrivono in maniera puntuale e tendenzialmente inderogabile la condotta doverosa. Le linee-guida relative alla somministrazione di una terapia farmacologica a seguito di una diagnosi certa, invece, sono caratterizzate da un maggiore grado di elasticità, se non altro perché necessitano di precisazioni e integrazioni a seconda delle caratteristiche del singolo paziente.

La seconda questione alla quale si faceva riferimento è quella che attiene allo svolgimento dell'attività medica da parte di più soggetti organizzati in *équipe*. Sebbene, in effetti, la “forma di manifestazione” più ricorrente dell'attività medico-chirurgica sia quella plurisoggettiva, la ripartizione di ruoli, delle competenze e delle responsabilità nell'ambito di un'*équipe* (in senso stretto e in senso lato) non è stata oggetto di attenzione specifica, né da parte della legge *Balduzzi* né da parte della legge *Gelli-Bianco*. Proprio quando a venire in considerazione sia l'attività medica in *équipe*, tuttavia, diviene più consistente il rischio di sconfinare in quelle forme di responsabilità oggettiva o, addirittura, da posizione, derivanti da una valorizzazione pressoché esclusiva dell'obbligo di garanzia (a sua volta inteso in un'accezione particolarmente ampia) nell'accertamento della responsabilità penale. Tra le conseguenze più evidenti di questa tendenza può senza dubbio

¹⁵ Così, in particolare, Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, punto 8, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*. Sul punto, dopo la legge *Gelli-Bianco*, v. anche Cass., SU pen., 21 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, punto 3.

annoverarsi la sostanziale paralisi conosciuta in giurisprudenza dal principio di affidamento, che pure dovrebbe rappresentare la “regola” quando si tratti di accertare la responsabilità di soggetti che prendono parte a un'attività plurisoggettiva e caratterizzata da obblighi di diligenza “divisi”¹⁶.

Deve però segnalarsi un recente orientamento giurisprudenziale, più rispettoso del principio di personalità della responsabilità penale: il riferimento è, in particolare, a quelle pronunce che richiamano l'attenzione sulla necessità di accertare, caso per caso, il ruolo svolto dal singolo componente dell'*équipe*, giungendo a censurare il difetto di motivazione della sentenza impugnata che non chiarisca né il ruolo del preteso responsabile né la rilevanza causale della condotta posta in essere dallo stesso¹⁷.

Non sono ancora maturi i tempi per verificare se sia in atto una vera e propria inversione di tendenza rispetto al passato, ma di certo l'attenzione posta al “ruolo” svolto da ciascuno nell'ambito della organizzazione complessa di riferimento, unita alla necessità di specificare per note interne la condotta che, in ragione di quel ruolo, si pretende dal singolo operatore, traccia un sentiero che lascia intravedere in maniera (più) chiara il solco dell'art. 27 Cost.

A ciò si aggiunga che l'idea di una “colpa per l'organizzazione” sul versante della responsabilità individuale, in particolare come limite all'operatività del principio di affidamento anche a favore del soggetto che occupa una posizione apicale, sta trovando significativi riconoscimenti nella giurisprudenza della quarta sezione della Corte di cassazione. Pur prendendo atto che l'obbligo di controllo sull'operato altrui rappresenti una possibile eccezione all'operatività del legittimo affidamento, si è precisato che «ipotizzare un obbligo di controllo tanto pervasivo da non consentire alcun margine di affidamento sulla correttezza dell'operato altrui significa esporre a responsabilità penale il medico in posizione apicale per ogni evento lesivo possa occorrere nel reparto affidato alla sua direzione. Ciò, a prescindere da fattori quali le dimensioni della struttura, il numero di pazienti ricoverati, l'assegnazione degli

¹⁶ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997, spec. 103.

¹⁷ Cass., Sez. IV pen., 18 giugno 2013, n. 43988, in *Cass. pen.*, 10/2014, 332; Cass., Sez. IV pen., 8 luglio 2014, n. 7346, in *Cass. pen.*, 3/2016, 1040, con osservazioni di A. MARCHINI; Cass., Sez. IV, 30 marzo 2016, n. 18780, su cui G. FORTUNATO, *Ancora sui rapporti tra il principio di affidamento ed équipe medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5/2017; Cass., Sez. IV pen., 21 dicembre 2017, n. 2354, in *Guida dir.*, 14/2018, 54; Cass., Sez. IV pen., 20 aprile 2017, n. 27314, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017, 1225, con nota di S. TUNESI.

stessi a medici di livello funzionale inferiore ma comunque dotati per legge di un'autonomia professionale il cui rispetto è imposto alla stessa figura apicale. Pertanto deve ritenersi che allorché il medico apicale abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, direzione, coordinamento e controllo e, ciononostante, si verifichi un evento infau-
sto causato da un medico della propria struttura, di detto evento debba rispondere eventualmente unicamente il medico o i medici subordinati. Ravvisare infatti una responsabilità penale del medico in posizione apicale anche in questi casi significa accettare una ipotesi di responsabilità per posizione, in quanto non può pretendersi che il vertice di un reparto possa controllare costantemente tutte le attività che ivi vengono svolte, anche per la ragione, del tutto ovvia, che anch'egli svolge attività tecnico-professionale. In tal caso, appare evidente il rischio di contrasto col principio di responsabilità penale personale, *ex art. 27 Cost., comma 1*¹⁸.

¹⁸ Cass., Sez. IV pen., 21 giugno 2017, n. 18334, in *CED Cass.*, 272738.

Modelli di responsabilità e pene per l'ente

Marco Gambardella

Sommario: 1. Modelli di imputazione e responsabilità degli enti. – 2. L'autonomia della responsabilità dell'ente. – 3. La declaratoria di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. del reato-presupposto. – 4. Criminalità d'impresa, impresa criminale e impresa mafiosa. – 5. Impresa mafiosa in senso stretto e impresa ad infiltrazione mafiosa.

1. Modelli di imputazione e responsabilità degli enti

Richiamandomi al convegno in memoria dell'indimenticato Maestro Giuliano Vassalli, intitolato "Pene per l'individuo e pene per l'ente", e riprendendo il contenuto della mia relazione in quella sede, si tenterà nel prosieguo del contributo di intrecciare il discorso delle "pene" per l'ente con quello sui modelli di responsabilità¹.

Ora, nel nostro sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231 del 2001), le sanzioni per l'ente collettivo si aggiungono alle pene inflitte alla persona fisica per la commissione di un reato. Nel senso che «la responsabilità dell'ente "dipende" dal reato commesso da un "individuo"»².

¹ Come è noto nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 si parla sempre di "sanzioni" mai di "pene". È evidente la presa di posizione del legislatore del 2001 che – in coerenza con la definizione legislativa di "responsabilità amministrativa" dell'ente ovvero di "illecito amministrativo" dipendente da reato – tende ad escludere, almeno formalmente, che si tratti di una responsabilità di natura penale, altrimenti non si potrebbe far riferimento esplicitamente al concetto di "sanzione" bensì si dovrebbe far riferimento a quello di "pena" (sul sistema sanzionatorio, di recente, v. T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, Giappichelli, 2018, p. 86 ss.).

² Così A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2018, p. 651 ss.

Ma il modello di imputazione della responsabilità da reato degli enti che il legislatore nazionale ha pensato nel 2001, è un modello che evidentemente non possiamo intenderlo come ontologico. È un paradigma pertanto che può essere messo in discussione, e vi sono altri ordinamenti in cui le sanzioni all'ente non si aggiungono alle pene per il reato-presupposto commesso della persona fisica (soggetto apicale o sottoposto) nell'interesse o a vantaggio dell'ente; reato-presupposto collegato all'ente attraverso, come abbiamo fatto noi, dei criteri di ascrizione oggettivi/soggettivi.

Forse l'opzione italiana è stata pensata da qualcuno come un'ontologia, ma bisogna stare attenti a non confondere quello che è il piano normativo da quello che è il piano ontologico. Non siamo di fronte a una scelta dettata da una esigenza naturalistica, bensì è una scelta normativa del legislatore italiano: aggiungiamo la responsabilità degli enti rispetto a un reato commesso da un individuo in carne ed ossa. Insomma, la responsabilità "amministrativa" della persona giuridica in connessione con la realizzazione di un illecito penale da parte di una persona fisica.

Una scelta del legislatore italiano in linea con l'attuale sistema penale in cui le conseguenze sanzionatorie sono impiegate su pene e misure di sicurezza che, per larga parte, incidono sulla libertà personale, e sono pertanto incompatibili con la natura di un soggetto che non sia persona fisica. È evidente che non sia possibile infliggere a tali soggetti pene detentive incompatibili con la dimensione "non fisica" dell'ente collettivo³.

Eppure il modello di responsabilità degli enti lo possiamo benissimo anche ipotizzare in un'altra maniera. Sappiamo infatti che in altri ordinamenti sono stati costruiti modelli in cui, ad esempio, l'ente viene ritenuto responsabile dal punto di vista penale per un reato d'impresa indipendentemente dalla responsabilità anche solo in astratto della persona fisica. Si tratta così di ammettere la punizione dell'ente per l'illecito penale, senza il tramite necessario della responsabilità di una persona fisica. Un reato dunque autenticamente dell'ente⁴.

Proviamo allora ad approfondire quest'ultimo paradigma per verificare se sia davvero concepibile una responsabilità penale "tutta" dell'ente collettivo⁵.

³ Cfr. così, nella manualistica, T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 110 ss.

⁴ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 191 ss.

⁵ Per esempio, esistono modelli fondati sul principio di identificazione (*principle of*

Nella nostra cultura giuridica il dilemma che aleggia tradizionalmente inerisce alla semplice domanda: può un ente collettivo essere autore, colpevole, di un illecito penale?

Occorre a tal fine volgere lo sguardo sulla ricorrente, soprattutto nel passato, obiezione secondo cui le persone giuridiche sarebbero incapaci di "colpevolezza", e ciò osterebbe all'introduzione di una responsabilità propriamente penale.

D'altronde per superare il dilemma in modo rispondente ai canoni del nostro ordinamento, appare necessario affrontare seriamente il tema della "concettualizzazione" della colpevolezza della persona giuridica⁶.

Obiettivo fondamentale è perciò costruire un vero e proprio modello di responsabilità dell'ente, che muova dal presupposto che le persone giuridiche si distinguono dalle persone fisiche o dai gruppi di persone fisiche sulla base della loro struttura e complessità di organizzazione, del loro modo di prendere decisioni e di operare all'esterno⁷.

Bisogna, inoltre, logicamente individuare i presupposti e le condizioni che fanno dell'illecito commesso da una impresa un illecito "organizzativo", anziché un illecito commesso da un soggetto all'interno di un'organizzazione. Superando così la tentazione – sempre in agguato – di un modello della responsabilità degli enti "per fatto altrui", in relazione agli illeciti commessi dai loro rappresentanti.

identification, ovvero *identification theory*), come nei sistemi di area angloamericana di common law, dove vi è la responsabilità diretta della persona giuridica, per cui quest'ultima risponde di un fatto illecito autenticamente proprio (cfr. G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 74 ss.; A. Fiorella e A. Valenzano, *Colpa dell'ente e accertamento*, Sapienza Università editrice, 2016, p. 21 ss.). Mentre, nell'ordinamento francese l'opzione legislativa è basata sull'idea che la responsabilità degli enti "rimbalza" da quella degli individui (*par ricochet*, ossia di rimbalzo): 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 rappresentanti (cfr. R. Bernardini, *Personne morale*, in *Rép. pén. Dalloz, Enc. jur.*, Dalloz, 2001, p. 10 ss.; G. De Vero, *La responsabilità penale*, cit., p. 90 ss.). In proposito, si veda di recente A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto»*, Giappichelli, 2018, p. 93 ss.

⁶ Cfr. in proposito C.E. Paliero, *La personalità dell'illecito tra "individuale e collettivo", in Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G.A. De Francesco e A. Gargani, Giuffrè, 2017, p. 105 ss.; A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 177 ss.

⁷ W.S. Laufer, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, il Mulino, 2016, p. 9 ss.

Un modello di attribuzione della responsabilità dell'ente, dunque, che focalizzi l'indagine verso l'identificazione di atti/comportamenti e di una volontà dell'impresa (organizzata) in quanto tale, e non verso le condotte di un amministratore o di un dipendente della stessa impresa⁸.

Una ascrizione di responsabilità dell'ente, perciò, limitata a quei soli casi in cui le azioni e la volontà siano autenticamente ed effettivamente quelle dello stesso ente. D'altronde, l'esigenza di una reale colpevolezza della persona giuridica scaturisce dalla presa d'atto della differenza tra le intenzioni umane (proprie della persona fisica) e quelle di cui può essere considerato capace un ente, nonché della complessità della vita di una organizzazione.

Tutto ciò vuol dire costruire un modello di responsabilità della persona giuridica autonomo da quello della persona fisica. Orbene non solo si potrebbe prefigurare un paradigma che fissi l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica, ma ci si potrebbe spingere anche oltre: teorizzando un modello di illecito che rispetto all'ente abbia una struttura peculiare, la quale tenga conto dell'ontologica differenza tra persona fisica e persona giuridica.

Un modello di struttura di illecito per l'ente che dunque sia genuinamente autonomo e indipendente da quello della persona fisica. Tuttavia una tipologia di illecito che non dovrebbe essere costruita come illecito di mera agevolazione alla commissione del reato da parte della persona fisica. L'ente nel modello di mera agevolazione risponde infatti nella misura in cui una difettosa organizzazione interna di controllo non sia riuscita a prevenire la commissione del reato.

In altre parole, alla struttura di illecito prescelto per l'ente non si dovrebbe attribuire natura di mero illecito di agevolazione. Occorrerebbe viceversa costruire il modello di illecito in chiave positiva, sulla base di criteri, presupposti e requisiti che contribuiscano a rendere l'ascrizione di responsabilità all'ente coerente con l'organizzazione collettiva in quanto tale, e con la realtà concreta che caratterizza la persona giuridica nella sua esistenza, struttura e organizzazione⁹.

⁸ Cfr. W.S. Laufer, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 13 ss. V. inoltre G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, 2012, p. 156 ss.

⁹ Cfr., per approfondimenti, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 67 ss.

2. L'autonomia della responsabilità dell'ente

Si è accennato in precedenza come nel nostro ordinamento la responsabilità "amministrativa" dell'ente venga ad aggiungersi alla responsabilità penale del singolo che ha commesso il reato-presupposto. L'ente è responsabile per i crimini (previsti nel "catalogo" chiuso) realizzati nel suo interesse o a suo vantaggio dalla persona fisica qualificata (apicale/sottoposto)¹⁰.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando (i) l'autore del reato non è stato identificato o (ii) l'autore dello stesso non è imputabile o quando (iii) il reato commesso dalla persona fisica si estingue (per una causa diversa dall'amnistia) come ad esempio per l'intervenuta prescrizione¹¹.

Si parla in queste tre ipotesi di "autonomia" della responsabilità dell'ente. In pratica, la responsabilità dell'ente sussiste in questi casi a prescindere dall'accertamento della realizzazione di un effettivo e completo (in tutti i suoi elementi) reato-presupposto da parte di un soggetto persona fisica qualificata. Per esempio, la mancata identificazione dell'autore del reato-presupposto potrebbe precludere l'accertamento dell'elemento soggettivo in capo a quest'ultimo, ma non la responsabilità dell'ente da reato; ovvero il maturarsi della prescrizione del reato-presupposto durante il processo penale (e successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito "amministrativo") potrebbe determinare il mancato accertamento della responsabilità dell'autore dell'illecito penale per l'intervenuta prescrizione, e non già la responsabilità *ex crimine* dell'ente, poiché l'illecito dell'ente non si prescrive nel corso del giudizio una volta che lo si è contestato nel termine di cinque anni (artt. 22, 59, 60 d.lgs. n. 231 del 2001).

In particolare, 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 del 2001)¹². In

¹⁰ Cfr., in particolare, A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 654 ss.

¹¹ Cfr. al riguardo O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 135 ss.; M. Bellacosa, *Autonomia della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 216 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 353 ss.

¹² Cfr. U. Lecis, *Prescrizione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis-A. Perini, cit., p. 424 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 146 ss.

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 giuridica¹³.

Quanto alla *ratio* della disciplina relativa all'indipendenza della responsabilità dell'ente dall'identificazione del reo, questa è ben esplicitata nella Relazione al d.lgs. n. 231 del 2001: con riferimento a questo caso, si tratta di un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa e la sua omessa disciplina si sarebbe tradotta in una grave lacuna legislativa in grado di indebolire l'intero impianto del decreto n. 231. Cioché in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno specifico soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo.

A ben vedere però non si tratta di una totale autonomia della responsabilità dell'ente, perché non si può prescindere dall'obiettiva realizzazione di un fatto di reato della persona fisica. Il principio dell'autonomia della responsabilità non mette in discussione il necessario legame tra il reato presupposto e l'ente, anche se è evidente – ad esempio – che il mancato aggancio della responsabilità alla identificazione dell'autore del reato provoca ripercussioni sul piano operativo, ma non può vanificare del tutto il meccanismo imputativo della responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001¹⁴.

¹³ Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, in *C.E.D. Cass.*, n. 255415; Cass., sez. IV, 4 maggio 2018, n. 31641, *ivi*, n. 273085. Inoltre, secondo Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, *ivi*, n. 255369, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231 del 2001, deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato. Ancora, per Cass., sez. II, 15 dicembre 2011, n. 10822, *ivi*, n. 256705, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio. Parzialmente difforme su quest'ultimo punto Cass., sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 18257, *ivi*, n. 263171 secondo cui la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica interrompe il corso della prescrizione, in quanto atto di contestazione dell'illecito, solo se, oltre che emessa, sia stata anche notificata entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, dovendo trovare applicazione, ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. r), l. 29 settembre 2000, n. 300, le norme del codice civile che regolano l'operatività dell'interruzione della prescrizione.

¹⁴ Così Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299/2016, Bonomelli.

Riguardo al caso della mancata identificazione della persona fisica, può venire a mancare uno degli elementi del reato, cioè la colpevolezza del soggetto agente, ma quando si parla di autonomia ciò che deve precedere, in via pregiudiziale, l'accertamento della responsabilità dell'ente è il reato inteso come "tipicità" del fatto, accompagnato dalla "antigiuridicità oggettiva", senza esigere però la "colpevolezza"¹⁵.

Per quanto concerne poi la fattispecie complessa che determina la responsabilità dell'ente, deve comunque essere individuabile a quale categoria appartenga l'autore del reato non identificato, se cioè si tratti di un soggetto apicale ovvero di un dipendente, con conseguente applicazione dei diversi criteri di imputazione e del relativo regime probatorio; allo stesso modo dovrà essere possibile escludere che il soggetto agente abbia agito nel suo esclusivo interesse, dovendo quindi risultare che il reato sia stato posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente¹⁶.

3. La declaratoria di non punibilità ex art. 131-bis c.p. del reato-presupposto

A me sembra che l'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 non debba essere inteso quale ipotesi eccezionale nel sistema della responsabilità dell'ente collettivo; e possa inoltre essere pensato come uno spunto *in nuce* del legislatore italiano per costruire, eventualmente, in via autonoma e diretta, una responsabilità penale dell'ente.

Quindi non vedrei la disposizione di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 cit. come contenente un'ipotesi eccezionale non ampliabile ulteriormente tramite attività interpretativa; anche se in effetti il legislatore identifica, con precisione, i tre casi già menzionati in cui si configura una responsabilità autonoma dell'ente a prescindere dalla responsabilità penale di una persona fisica: (i) l'autore del reato non identificato, (ii) l'autore dello stesso non è imputabile e (iii) la presenza di una causa di estinzione del reato (diversa dall'amnistia).

¹⁵ Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299/2016, Bonomelli.

¹⁶ Cfr. ancora Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299/2016, Bonomelli, la quale ha precisato che nelle ipotesi di responsabilità ex art. 8, d.lgs. 231/2001, il problema della individuazione della categoria di appartenenza dell'autore «ignoto» del reato, deve essere risolto sul piano probatorio. Solo quando il giudice è in grado di risalire, anche a livello indiziario, ad una delle due tipologie cui si riferiscono gli artt. 6 e 7 d.lgs. cit., potrà pervenire ad una decisione di affermazione della responsabilità dell'ente, anche in mancanza dell'identificazione della persona fisica responsabile del reato, ricorrendo, ovviamente, gli altri presupposti.

A ben vedere, l'ambito di operatività della clausola può tuttavia essere esteso quando il legislatore nell'art. 8 cit. individua un'autonomia della responsabilità dell'ente in presenza dell'estinzione del reato per una causa diversa dall'amnistia.

È vero che qui stiamo prendendo in considerazione cause di estinzione del reato, ma la giurisprudenza consolidata vi include altresì l'istituto della prescrizione. Quindi sappiamo che in presenza dell'intervenuta prescrizione del reato commesso dalla persona in carne ed ossa il procedimento contro l'ente continua, e si può quindi arrivare ad avere una responsabilità autonoma dell'ente a prescindere da un giudizio di responsabilità penale accertato per la persona fisica (perché è stata pronunciata una sentenza di proscioglimento per prescrizione). Dobbiamo nondimeno stare attenti in quanto parliamo di prescrizione come causa di estinzione del reato, sappiamo invece che deve essere considerata nella sostanza come una causa di non punibilità.

A prescindere dalla scelta di un modello "processuale" o "sostanziale" della prescrizione, quello che appare fondamentale è la necessità di evidenziare la distinzione ontologica tra la prescrizione e gli elementi costitutivi del reato (fattispecie legale e sanzione)¹⁷.

In effetti non sembra felice la scelta del codice penale del 1930 di ricondurre la prescrizione nell'alveo del diritto penale sostanziale come causa di estinzione del reato, non attenendo in realtà la prescrizione agli elementi costitutivi dello stesso.

Ebbene, va ribadito che l'opzione sistematica del codice penale del 1930 non è allo stato corretta, il reato non può estinguersi a seguito di prescrizione: è solo l'interesse dell'ordinamento alla punizione del reo che viene meno. È una sopravvenienza che incide sulla necessità/opportunità di punire, sulla punibilità dunque¹⁸. Siamo all'esterno delle componenti della singola figura di reato: "fattispecie legale + sanzione".

La prescrizione non è un requisito dell'ente-reato, né tantomeno un elemento essenziale della singola incriminazione che completa il tipo penale; essa attiene alla punibilità (o meglio alla non-punibilità) di un fatto di reato¹⁹. Si tratta di un accadimento naturale ulteriore, esterno

¹⁷ In proposito, cfr. le interessanti considerazioni di F. Giunta – D. Micheletti, *Tempori cedere*, Giappichelli, 2003, p. 52 ss. V. inoltre, M. Gambardella, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2747 ss.

¹⁸ Così anche Corte cost. n. 393 del 2006.

¹⁹ Cfr. per approfondimenti M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, 2003, p. 348 ss.

e successivo rispetto al fatto antigiusdicco e colpevole che, escludendo la punibilità, comporta l'inapplicabilità di regola di qualsiasi sanzione penale prevista per quello specifico reato²⁰.

Ecco che pensare così la prescrizione, ha portato recentemente nel 2018 ad una sentenza della Corte di cassazione che sviluppa implicitamente questa idea di allargamento dell'art. 8 d.lgs. n. 231 cit., attraverso un ampliamento della ipotesi di non punibilità della persona che ha commesso il reato (o meglio di estinzione del reato).

Il caso è il seguente. Gli amministratori di una società venivano prosciolti per il reato ambientale loro ascritto (illecito penale incluso nel catalogo dei reati presupposti), configurandosi la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p. Di conseguenza si dichiarava anche l'assenza di responsabilità degli enti, perché l'illecito amministrativo contestato non sussiste. Il fatto di reato viene dunque accertato, ma gli amministratori vengono prosciolti per la scarsa offensività della loro condotta. Qui vediamo in azione il classico modello in cui il soggetto "apicale" che ha commesso il reato viene prosciolto, e quindi la sanzione per l'ente che si aggiunge alla pena del singolo non può essere applicata proprio perché le persone fisiche sono state prosciolte²¹.

Il procuratore generale presso la Corte di appello di Firenze impugna la sentenza ricorrendo per cassazione. Si afferma invero che il fatto di reato sussiste ed è riconducibile agli imputati, in quanto gli stessi sono stati dichiarati non punibili per la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). Istituito quest'ultimo che si applica quando il fatto è tipico antigiusdicco e colpevole e pure offensivo, ma scarsamente offensivo²². E dunque l'art. 131-*bis* c.p. non può escludere l'applicazione delle sanzioni all'ente²³.

²⁰ Inseriscono, ad esempio, tra le cause di non punibilità la prescrizione, A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 614 ss. (punibilità in astratto); G. Marinucci-E Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2015, p. 403 ss., p. 412 ss.; L. Stortoni, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 343 ss. In senso difforme, G. Vassalli, voce *Cause di non punibilità*, vol. VI, Giuffrè, 1960, p. 609 ss. Sul tema, cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, pre-art. 150, Giuffrè, 2011, p. 7 ss.; P. Veneziani, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Giuffrè, 2014, p. 305 ss.

²¹ Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072/2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 272447.

²² In giurisprudenza si è chiarito che l'art. 131-*bis* c.p. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato (Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254/2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 265642).

²³ Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072/2018, cit.

Ebbene, la Corte di cassazione si è trovata nel decidere sul ricorso senza una esplicita disciplina in proposito. Non si è pensato infatti, dopo la novella del 2015, di disciplinare il caso di proscioglimento ex art. 131-*bis* c.p. rispetto alla responsabilità degli enti da reato.

Per la suprema Corte le soluzioni alla questione, astrattamente, possono essere due.

La prima soluzione è quella di constatare che l'art 8 d.lgs. n. 231 cit. non ha preso in considerazione questo caso, e pertanto si dovrebbe concludere che l'operatività dell'art. 131-*bis* c.p. non lascia sopravvivere la responsabilità dell'ente da reato ex d.lgs. n. 231 del 2001.

La seconda soluzione – che viene accolta dalla Corte – è quella di riconoscere certamente che il legislatore ha preso in considerazione solo le cause estintive del reato e tra queste, consolidatasi anche nel diritto vivente, la prescrizione. Per cui in tema di responsabilità degli enti, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 231 cit., deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato²⁴. Ma escludere l'art. 131-*bis* c.p. dal campo applicativo dell'art. 8 d.lgs. n. 231 sarebbe irragionevole, perché la prescrizione è una causa di non punibilità e anche l'art. 131-*bis* c.p. integra una causa di non punibilità. Non possiamo perciò trattare questi due istituti (prescrizione/particolare tenuità del fatto) in modo diverso.

Pertanto ad avviso della Corte di cassazione all'interno dell'art. 8 d.lgs. n. 231 dobbiamo estendere l'autonomia della responsabilità dell'ente anche al caso della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p., lasciando sussistere la responsabilità da reato della persona giuridica. La suprema Corte sostiene cioè che non rileva se gli amministratori della società non sono stati qui condannati, perché comunque autonomamente si può accertare la responsabilità dell'ente.

E quindi la Corte sostanzialmente afferma che la responsabilità dell'ente può essere autonomamente accertata anche quando vi è stato il proscioglimento degli amministratori per la ricorrenza dell'art. 131-*bis* c.p. Essa estende questa potenzialità del sistema, nel senso che il

²⁴ Così Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, in *C.E.D. Cass.*, n. 255369.

sistema può avere una responsabilità della persona giuridica a prescindere dalla responsabilità della persona fisica²⁵.

In conclusione, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 231 cit., qualora nei confronti dell'autore del reato presupposto sia stata applicata la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.) il giudice deve procedere all'autonomo accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso, che non può prescindere dalla verifica della sussistenza in concreto del fatto di reato, non essendo questa desumibile in via automatica dall'accertamento contenuto nella sentenza di proscioglimento emessa nei confronti della persona fisica²⁶.

4. Criminalità d'impresa, impresa criminale e impresa mafiosa

Nel diritto penale dell'economia massima importanza deve essere assegnata all'art. 41 Cost.: il bene della libertà di iniziativa economica privata. Obiettivo della disciplina penale in materia economica non è certo quello di disincentivare le iniziative private o pubbliche, e nemmeno di moltiplicare le difficoltà che attanagliano le aziende che operano in Italia. Il diritto penale economico, infatti, non si pone in contrasto con i principi informatori dell'economia di mercato, ma al contrario ne costituisce un necessario baluardo²⁷.

È vero che l'art. 41 Cost. presidia la libertà privata di impresa, ma bisogna stare attenti che la libertà di impresa non diventi criminalità d'impresa.

Il confine può essere molto sottile perché in entrambi i casi al centro è collocata l'organizzazione dell'impresa. Quest'ultima può essere libertà di iniziativa economica, ma può essere anche criminalità d'impresa. Bisogna evitare che l'organizzazione d'impresa, elemento centrale dell'attività di impresa, trascenda in organizzazione criminale. Quando l'impresa diventa criminale si usa la libertà di iniziativa economica privata per organizzare un'impresa che ha quale *core business* della sua attività la commissione di illeciti.

²⁵ Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072/2018, cit.

²⁶ Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072/2018, cit.

²⁷ In tal senso, C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Diritto penale*, vol. III, Giuffrè, 2003, p. 131 ss.

Nel diritto penale dell'economia sovente ci imbattiamo in condotte poste in essere all'interno di una attività d'impresa, un'attività dunque che si svolge in un contesto organizzato, in cui vi è una organizzazione d'impresa. L'impresa è definita, secondo la descrizione legislativa di cui all'art. 2082 c.c., quale attività economica organizzata di produzione o di scambio, che consiste in quel complesso produttivo creato dall'imprenditore formato da persone e beni strumentali (locali, macchinari, materie prime, merci)²⁸.

Ebbene i modelli s'intrecciano con "le pene" per gli enti, per cui non solo il modello conforma l'ambito di applicazione della responsabilità da reato delle persone giuridiche, ma anche "la pena" individua a sua volta delle tipologie di impresa che devono essere sanzionate.

E così dalle pene (o meglio, dalle sanzioni come le chiama il d.lgs. n. 231 cit.) perviste per l'ente possiamo enucleare e tenere separato il fenomeno della "criminalità d'impresa" da quello della vera e propria "impresa criminale", nonché dalla c.d. "impresa mafiosa"²⁹.

Nella prima tipologia, denominabile "criminalità d'impresa", l'ente ha natura in sé lecita, esercita normalmente una attività di natura lecita, e soltanto episodicamente – strumentali alla sua attività d'impresa – vengono realizzati degli illeciti penali. Ad esempio, per ottenere il rilascio di una autorizzazione amministrativa, pur non avendone i requisiti di legge, l'amministratore della società paga una somma di denaro al funzionario pubblico competente per il rilascio della stessa che, a seguito della dazione indebita, adotta il provvedimento richiesto integrando così il delitto di corruzione propria (art. 319 c.p.).

L'impresa è qui responsabile in via amministrativa – *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, art. 5 – dei reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da parte degli amministratori (apicali) o sottoposti, a meno che queste persone non abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

L'autentica "impresa criminale" è invece quella struttura organizzata che svolge un'attività che ha come obiettivo principale la commissione di reati: si tratta di una vera e propria organizzazione criminale. Si pensi ad una impresa creata allo scopo di smaltire in

²⁸ Cfr. G.F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2017, p. 11 ss.

²⁹ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 134 ss. E di recente l'ampia analisi di T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 97 ss.

modo illegale i rifiuti oppure per riciclare il denaro proveniente dallo spaccio di stupefacenti, usura, gioco d'azzardo, prostituzione³⁰.

Soprattutto l'ingente quantità di ricchezza generata dalle attività illegali svolte in forma organizzata pone il conseguente problema di "ripulire" tale ricchezza (perlopiù costituita da denaro liquido). S'introducono così le tematiche dei delitti di riciclaggio e reimpiego dei proventi illeciti e delle nuove forme di confisca per la criminalità economica³¹.

L'impresa criminale intesa in questo modo – e mantenuta distinta, concettualmente, dal fenomeno della criminalità d'impresa – trova una sua considerazione propriamente normativa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 cit. se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente impiegato allo scopo (anche solo prevalente) di agevolare o consentire la commissione dei reati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e resta esclusa la possibilità di ricorrere alla riparazione delle conseguenze del reato di cui al successivo art. 17 (non vale quindi ad escludere la misura dell'interdizione definitiva, l'eliminazione da parte dell'ente delle carenze organizzative mediante l'adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi)³².

L'interdizione definitiva deve essere obbligatoriamente ordinata: non vi è discrezionalità stante la chiara formula normativa («è sempre disposta»). La prevalenza dello scopo illecito deve essere accertata dal giudice con particolare rigore, individuando gli indicatori dai quali possa desumersi che pure le eventuali attività lecite dell'ente siano strumentali alla realizzazione di quella illecita o al suo occultamento verso l'esterno³³.

5. Impresa mafiosa in senso stretto e impresa ad infiltrazione mafiosa

In un ambito ulteriore, dai due fenomeni ora descritti, va collocata la c.d. "impresa mafiosa", in cui è possibile distinguere due sottotipi:

³⁰ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 134 ss.

³¹ Cfr. R. Rampioni, *Diritto penale dell'economia e principi informativi del sistema penale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, Giappichelli, 2018, p. 31 ss.

³² Così A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 135. Cfr. inoltre T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 151 ss.

³³ Cfr. M. Panasiti, *sub art. 16*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis-A. Perini, cit., p. 350 ss.; G. Lasco, *sub art. 16*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di G. Lasco – V. Loria – M. Morgante, Giappichelli, 2017, p. 202 ss.

“l’impresa mafiosa in senso stretto”, definita, in giurisprudenza, come quell’impresa nella quale vi sia totale sovrapposizione fra la compagine associativa e la consorteria criminale; e “l’impresa ad infiltrazione mafiosa”, nella quale l’attività d’impresa sia “inquinata” dall’ingresso nelle casse dell’azienda di risorse economiche provenienti da delitto, cosicché risulti impossibile distinguere tra capitali illeciti e capitali leciti³⁴.

In particolare, poi, il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) prevede una specifica aggravante (al comma 6) che ricorre quando gli associati intendono assumere il controllo di attività economiche, finanziando l’iniziativa, in tutto o in parte, con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti³⁵. Questa circostanza ha, secondo costante giurisprudenza, natura oggettiva, dovendosi, perciò, valutare a carico di tutti i membri del sodalizio mafioso e senza che occorra la dimostrazione che il controllo delle attività economiche sia stato effettivamente assunto o mantenuto, essendo sufficiente l’idoneità al conseguimento di tale risultato³⁶. Affinché possa configurarsi l’aggravante, occorre, altresì, che l’attività economica abbia una dimensione tale da poter prevalere sulle altre strutture che, in quel territorio, offrono gli stessi beni o servizi, non potendosi esaurire in singole operazioni commerciali³⁷.

Il concetto di “impresa mafiosa” è preso, ad esempio, in esame in tema di misure di prevenzione patrimoniali. Si è così affermato che la confisca di una impresa costituita in forma societaria, della quale sia stato accertato il “carattere mafioso” per il fatto di avere stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un’associazione mafiosa e in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale (ivi comprese le quote sociali di terzi), nonostante l’origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione-

³⁴ Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911, in *C.E.D. Cass.*, n. 261588, secondo cui la confisca disposta ai sensi dell’art. 416-*bis*, comma 7, c.p. con riguardo ai beni strumentali alla realizzazione del delitto associativo e a quelli che ne costituiscono il prezzo, il prodotto, il profitto o il reimpiego, pur conseguendo automaticamente alla condanna, impone una motivazione rigorosa sul *quantum* da sottoporre ad ablazione, la quale, salvo il caso in cui si ravvisi la esistenza di una “impresa mafiosa”, deve evidenziare in modo puntuale il nesso di pertinenza fra cespiti oggetto di vincolo reale ed attività illecita.

³⁵ Cfr. al riguardo Cass., sez. V, 25 gennaio 2012, n. 12251, in *C.E.D. Cass.*, n. 252172.

³⁶ Cass., sez. V, 30 settembre 2014, n. 52094, in *DeJure*; Cass., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 24661, in *Cass. pen.*, 2015, p. 651.

³⁷ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1999, n. 856, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2347.

ne delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della impresa da parte del proposto e laddove l'attività economica posta in essere risulti condotta sin dall'inizio con mezzi illeciti³⁸.

Invero, per le realtà aziendali nelle quali il consolidamento e l'espansione dell'attività imprenditoriale siano stati da sempre agevolati da un'organizzazione mafiosa, il carattere lecito dei capitali inizialmente investiti diviene irrilevante e tutto il capitale sociale e l'intero patrimonio aziendale ne sono contaminati, divenendo essi stessi parti dell'impresa mafiosa, come tali soggetti a confisca³⁹. Questo perché l'ottica in cui si inserisce il sistema di prevenzione patrimoniale nazionale non è di tipo punitivo del singolo, bensì intende fronteggiare la pericolosità insita nel permanere delle ricchezze illecite in contesti mafiosi e nella possibilità che vadano ad alimentare ulteriori attività illecite. Per tale motivo è configurato come sistema autonomo rispetto a quello di prevenzione personale, giustificato, innanzitutto, dalla necessità di evitare il rischio di alterazione delle regole di mercato⁴⁰.

Il principio giurisprudenziale appena accennato incontra un temperamento nell'ipotesi in cui il giudice della prevenzione determini il momento iniziale e finale della pericolosità sociale del proposto: in questo caso, infatti, potranno essere sottoposti a misura di prevenzione soltanto i beni ricadenti in quell'arco temporale, secondo il principio della c.d. correlazione temporale⁴¹. Su questo aspetto è tornata, di recente, la Corte di cassazione, precisando come la confisca di prevenzione debba ritenersi applicabile anche rispetto a beni acquistati in un periodo successivo alla perdita della condizione soggettiva di pericolosità, purché dagli accertamenti risulti che tali acquisizioni patrimoniali siano state effettuate attraverso la «provvista formatasi nel periodo di illecita attività»⁴². Si segnala poi la recente pronuncia della Corte costituzionale che, in tema di confisca c.d. allargata, ha richiamato il criterio di origine giurisprudenziale della "ragionevolezza temporale", corri-

³⁸ Cass., sez. II, 11 febbraio 2015, n. 9774, in *C.E.D. Cass.*, n. 262622.

³⁹ Cass., sez. V, 23 gennaio 2014, n. 16311, in *C.E.D. Cass.*, n. 259871. V. tuttavia per alcune precisazioni e limitazioni in proposito Cass., sez. VI, 8 giugno 2017, n. 48610, *ivi*, n. 271485.

⁴⁰ Cfr. C. Visconti, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 4 ss. Per considerazioni non coincidenti, si veda tuttavia A.M. Maugeri, *La suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

⁴¹ *Principio definito a partire dalla nota sentenza "Spinelli"* (Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *C.E.D. Cass.*, n. 262605 e 262606); Cass., sez. VI, 8 giugno 2017, n. 48610, in *DeJure*.

⁴² Cass., sez. II, 13 marzo 2018, n. 14165, in *DeJure*.

spondente a quello in materia di confisca di prevenzione e secondo cui il momento di acquisizione del bene non deve essere oltremodo lontano dalla realizzazione del reato, risultando altrimenti illegittima la presunzione di provenienza illecita del primo⁴³.

Più in generale per "impresa mafiosa" può intendersi un'attività produttiva, commerciale o finanziaria riconducibile, giuridicamente o "di fatto", a un soggetto mafioso; impresa finanziata con l'utilizzo di capitali di provenienza illecita derivanti dalle attività delittuose dell'organizzazione, e svolta con metodi illegali o, comunque, con forme non rientranti nella c.d. economia di mercato.

Le imprese mafiose privilegiano settori caratterizzati da scarsa apertura verso la concorrenza estera, basso livello tecnologico, alta intensità di manodopera, forte deregolamentazione, elevato coinvolgimento di risorse pubbliche; si strutturano in imprese medio-piccole e, in caso di società, prevalentemente nella forma della s.r.l.⁴⁴.

L'oggetto dell'impresa rientra nell'ambito delle attività lecite, cosicché resta esclusa l'ipotesi in cui il finanziamento illecito sia impiegato in attività illegali, produttive di reddito, che l'associazione faccia rientrare nei propri obiettivi⁴⁵. Si tratta, dunque, di un'impresa in cui è esercitata un'effettiva attività economica: è il caso degli stabilimenti balneari, laddove dietro l'esercizio commerciale si celi, in realtà, un'attività di riciclaggio, o di imprese edili che impongano il proprio monopolio commettendo frodi nelle pubbliche forniture, utilizzando cemento depotenziato o ricorrendo a meccanismi di sovrapproduzione.

Richiamando l'art. 16 sopra citato in tema di impresa criminale, il d.lgs. n. 231 del 2001 dispone anche per l'impresa mafiosa – a seguito della riforma intervenuta con legge n. 94 del 2009 – l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività. Ciò, ai sensi dell'art. 24-ter, comma 4, d.lgs. n. 231 cit. nell'ipotesi in cui l'ente o una sua unità organizzativa vengano utilizzati stabilmente allo scopo (anche solo prevalente) di agevolare o consentire la commissione di reati in materia di criminalità organizzata, indicati nei commi 1 e 2 del medesimo articolo. Anche qui l'interdizione definitiva deve

⁴³ Così *Corte cost.*, 21 febbraio 2018, n. 33.

⁴⁴ I settori privilegiati dalla impresa mafiosa sono: appalti pubblici, agro-alimentare e abbigliamento, ristorazione/turistico alberghiero, c.d. settori protetti (ad esempio: smaltimenti rifiuti, energie rinnovabili).

⁴⁵ *Corte Ass. Torino*, 3 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1973.

essere obbligatoriamente disposta, e non vi è alcuna discrezionalità nella applicazione della misura, sulla scorta dell'esplicito rinvio all'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 cit.

Tra gli strumenti più efficaci di contrasto alle infiltrazioni mafiose nell'economia va ricordata la documentazione antimafia, disciplinata agli artt. 82 e ss. d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia). Il Prefetto, in particolare, in presenza del rischio che un'impresa possa essere condizionata dalla criminalità mafiosa o agevolare, anche indirettamente, attività delinquenziali, adotta, ai sensi dell'art. 89-*bis* codice antimafia, la c.d. "informazione interdittiva", con la quale dispone il divieto di intraprendere o proseguire rapporti con l'Amministrazione o ricevere sussidi, sovvenzioni e benefici economici; ciò sulla base di elementi che possono essere desunti anche da provvedimenti giudiziari, atti di indagine, accertamenti delle forze di Polizia e che devono essere gravi, precisi e, se plurimi, concordanti⁴⁶. La valutazione del Prefetto, che gode di un ampio margine discrezionalità, dev'essere unitaria, complessiva e seguire il criterio del "più probabile che non". Si prescinde, dunque, da prove di fatti di reato o accertamenti definitivi in sede penale⁴⁷ e ciò in considerazione della logica preventiva e interdittiva cui l'informativa antimafia è ispirata, volta a garantire la leale concorrenza nel mercato e il corretto utilizzo delle risorse pubbliche⁴⁸.

L'esigenza, laddove possibile, di non paralizzare completamente l'attività economica, con un intervento terapeutico che ristabilisca il rispetto delle regole del mercato e permetta, così, la prosecuzione del contratto di appalto o della concessione, è stata recepita dal legislatore con l'introduzione dell'art. 32 d.lg. n. 90 del 2014. Questa disposizione attribuisce al Prefetto, su proposta del Presidente dell'ANAC, il potere di provvedere alla rinnovazione degli organi sociali o alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa nelle ipotesi in cui questa sia coinvolta in procedimenti penali per gravi reati contro la pubblica amministrazione (ad es. corruzione e concussione) ovvero in presenza di situazioni "sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture" e purché sussistano fatti gravi

⁴⁶ Cons. St., sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109.

⁴⁷ Cons. St., sez. III, 13 marzo 2017, n. 1156, in *Foro amm.*, 2017, 3, p. 543; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. IV, 6 ottobre 2017, n. 1908.

⁴⁸ Cons. St., sez. III, 5 aprile 2016, n. 1328; Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465.

e accertati; ciò limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione, rispondendo, la previsione normativa, all'esigenza di garantire servizi essenziali e salvaguardare i livelli occupazionali o l'integrità dei bilanci pubblici⁴⁹.

L'introduzione di uno strumento di controllo pubblico delle imprese di questo tipo trova il suo fondamento nelle vicende corruttive che hanno investito le procedure di affidamento e realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per il Paese⁵⁰.

La stessa finalità è alla base del comma 10 dell'art. 32 d.lg. n. 90 cit., ai sensi del quale il Prefetto può ricorrere a tale potere di propria iniziativa, informando tempestivamente il Presidente dell'ANAC, nell'ipotesi di imprese che siano già state raggiunte da un'informazione interdittiva antimafia e sempre che si rinvenga "l'urgente necessità" di assicurare il completamento dell'esecuzione o la prosecuzione del contratto.

Dovrà essere effettuato, perciò, un bilanciamento tra la necessità che un'impresa vicina alla criminalità organizzata, come accertato nell'interdittiva emanata precedentemente, sia estromessa dall'ambito della contrattazione pubblica e l'esigenza che sia garantito, invece, l'adempimento dei contratti pubblici⁵¹.

La disposizione precisa che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovano applicazione "ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3" d.lgs. n. 159 del 2011, che impedisce la revoca o il recesso dal contratto nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero quando l'impresa appaltante non sia sostituibile in tempi rapidi e si tratti di fornitura di beni e servizi essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico. L'art. 94, comma 3, opera, in questo caso, come strumento di carattere residuale, prevalendo la disposizione di cui all'art. 32, comma 10, in virtù del rapporto di specialità; ciò in considerazione della sua capacità di assicurare una migliore tutela dell'interesse della sicurezza pubblica attraverso l'inserimento di presidi di controllo e di legalità nella società⁵².

⁴⁹ Cfr. G. Pignatone, *Mafia corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁵⁰ *Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, in *www.anticorruzione.it*, p. 2 ss.

⁵¹ Cfr. T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 210 ss.

⁵² *Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit., p. 7 ss.

Il Prefetto è oggi tenuto a verificare, una volta adottato il provvedimento interdittivo, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura suddetta ai sensi dell'art. 92, comma 2-*bis*, introdotto nel codice antimafia con il d.lgs. n. 153 del 2014.

Un accenno conclusivo merita l'art. 34-bis, introdotto con legge n. 161 del 2017 nel Codice antimafia, che disciplina il controllo giudiziario delle imprese che agevolino solo occasionalmente sodalizi mafiosi. Tra i profili di maggiore interesse vi è la possibilità, prevista al comma 6, di richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario da parte di imprese che, destinatarie di informazione interdittiva antimafia, abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto. A differenza del citato comma 10 dell'art. 32, il controllo giudiziario ha l'effetto di sospendere l'efficacia del provvedimento interdittivo e non si limita, perciò, a consentire la prosecuzione del contratto nelle ipotesi tassativamente previste⁵³.

Si segnala, per completezza, il d.lg. n. 113 del 4 ottobre 2018 (conv. con l. n. 132 del 2018, c.d. decreto Salvini), introduttivo tra l'altro di modifiche al codice antimafia. Si tratta di modifiche relative, in particolare, al funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, attraverso un suo rafforzamento a livello organizzativo. Tra le novità più rilevanti, la possibilità, prevista all'art. 48, comma 5, del codice antimafia di sottoporre a vendita i beni immobili di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di pubblico interesse.

⁵³ T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 168 ss.

Recenti percorsi giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'ente per i reati in materia di sicurezza sul lavoro

Roberto Borgogno

SOMMARIO: 1. I criteri di ascrizione del reato all'ente, secondo la disciplina dell'art. 5, D. Lgs. 231/2001, e il loro difficile adattamento ai reati colposi. – 2. Un primo intervento di «ortopedia interpretativa» operato dalle Sezioni Unite penali nel 2014. – 3. La successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità. – 4. Criteri di distinzione fra «interesse» e «vantaggio» secondo un più recente contributo della giurisprudenza di legittimità. – 5. Generali profili di criticità degli orientamenti espressi dalla Suprema Corte. – 6. Dubbi interpretativi circa i concetti di «interesse» e di «vantaggio» dell'ente nel campo dei reati colposi di evento. – 7. Il requisito del «vantaggio» come possibile «scorciatoia probatoria» rispetto all'ascrizione all'ente del reato colposo. – 8. Ancora sulla sentenza Cass., Sez. IV, n. 38363 del 2018: l'esame del caso concreto. – 9. «Sistematicità delle violazioni» e «risparmio di spesa» quali ulteriori elementi sintomatici del «vantaggio» dell'ente. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Nell'ambito della più vasta tematica relativa ai criteri di imputazione del reato alla persona fisica e all'ente particolare attenzione continua a destare il problema dell'applicazione del generale modello di ascrizione della responsabilità all'ente, in base alla previsione dell'art. 5, D.Lgv. 231/2001, nell'ipotesi in cui il reato commesso sia un reato colposo e, in particolare, un reato colposo di evento.¹

¹ V. su questa tematica, GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016; MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di STILE, FIORELLA e MONGILLO, Napoli, 2014, p. 19 ss.; AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013; PULITANÒ, *Responsabilità degli enti e reati colposi*, in *La responsabilità da reato degli enti*

Com'è noto, infatti, quando il legislatore ha proceduto con la L. 123/2007 all'estensione alle fattispecie colpose di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p. (se commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro) della disciplina generale in materia di responsabilità da reato degli enti collettivi, si è limitato semplicemente ad aggiungere tali fattispecie all'elenco dei reati presupposti,² senza in alcun modo porsi il problema del coordinamento fra i criteri generali di imputazione tipizzati nell'art. 5, D.Lgs. 231/2001 (originariamente pensati per i reati dolosi) e le particolari caratteristiche tipologiche dei reati colposi. E in modo analogo ha operato anche quando con il D.Lgs. 7 luglio 2001, n. 121 ha deciso, mediante l'introduzione dell'art. 25 *undecies* nel D.Lgs. 231/2001, di estendere la responsabilità dell'ente a numerosi reati ambientali, fra i quali alcuni colposi.

Non era difficile peraltro immaginare che tale omissione avrebbe comportato rilevanti problemi interpretativi e applicativi: il primo riguarda l'evidente incompatibilità logica fra la non volontà dell'evento che caratterizza i reati colposi e il finalismo che è sotteso all'idea di «interesse», quale criterio di collegamento fra reato commesso dall'individuo e responsabilità dell'ente; il secondo concerne la difficoltà di immaginare che un evento lesivo colposamente cagionato possa corrispondere a un «interesse» o a un «vantaggio» per l'ente, e ciò tanto più quando esso consista in un infortunio o addirittura nella morte di un lavoratore, eventi dai quali l'ente non può che subire danni (per di più potenzialmente ingenti) di natura patrimoniale e di immagine.³

collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma, Napoli, 2013, p. 248 ss.; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, p. 69 ss.; GARGANI, *Delitti colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro: responsabile «per definizione» la persona giuridica?*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 1958 ss.; EPIDENDIO – PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società, Gli Speciali, D.lgs. 231: dieci anni di esperienze*, 2011, p. 40 ss.; CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *www.archiviopenale.it*, 2011; VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 703 ss.; GUERRINI, *La responsabilità degli enti per i reati in materia di sicurezza*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA e MICHELETTI, Milano, 2009, p. 131 ss.; IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 60.

² Si tratta, com'è noto, dell'art. 25 *septies*, D.Lgs. 231/2001, intitolato «*Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*», introdotto dall'art. 9, comma 1, L. 3 agosto 2007, n. 123 e successivamente sostituito dall'art. 300, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

³ Va peraltro sottolineato che i problemi di coordinamento fra la disciplina generale

Sulla scorta di tali considerazioni, subito dopo l'entrata in vigore della novella normativa, si era affacciato l'argomento secondo il quale, data l'impossibilità di operare interpretazioni «ortopediche» del dettato legislativo in una materia dominata dal principio di legalità (in quanto comunque espressione del diritto punitivo), la nuova disciplina estensiva della responsabilità degli enti al campo dei reati colposi, in mancanza di un nuovo esplicito adeguamento normativo, avrebbe dovuto ritenersi del tutto inapplicabile.⁴

2. La giurisprudenza non ha tuttavia seguito questa strada e, sottolineando l'assurdità dei risultati, incompatibili con la volontà legislativa, cui avrebbe condotto l'interpretazione letterale della norma, ha preferito adattarla agli scopi politico-criminali che il legislatore aveva inteso perseguire. Di qui l'elaborazione, sin da una prima importante sentenza, pronunciata a Sezioni Unite, dell'unica possibile lettura alternativa della norma richiamata: quella cioè in base alla quale «i concetti di interesse e di vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico».⁵

della responsabilità degli enti e la struttura dei reati colposi non si limitano a quelli segnalati. Si pensi, solo per fare un esempio, all'avverbio «fraudolentemente» che, com'è noto, è impiegato dal legislatore per definire l'*animus* che deve sorreggere l'agire dei soggetti apicali al momento dell'elusione del modello perché l'ente possa andare esente da responsabilità. Ebbene, tale locuzione sembra implicare una volontà di inganno e una modalità di condotta incompatibile con la responsabilità di tipo colposo. Si pone dunque il problema se tale esimente risulti del tutto inapplicabile o se, viceversa, la si possa adattare al caso della responsabilità colposa, ritenendo sufficiente l'elusione semplicemente «volontaria» dei protocolli di controllo previsti dal modello. Si veda in proposito Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, Giud. Altieri, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, con nota di Lox, *In tema di responsabilità dell'ente e reati colposi d'evento* (art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001).

⁴ Si veda sul punto, ampiamente, AMARELLI, *op. cit.*, p. 15 ss., che esprime forti riserve sulla possibilità di conciliare le operazioni di «ortopedia interpretativa» realizzate dalla giurisprudenza in merito al nuovo art. 25 septies, D.Lgs. 231/2001 con alcuni principi fondamentali del diritto penale (in particolare il principio di tassatività, con il connesso divieto di analogia, e il principio di personalità della responsabilità penale) ai quali anche la disciplina della responsabilità degli enti – in quanto finalizzata all'applicazione di sanzioni «sostanzialmente penali» – è naturalmente soggetta.

⁵ Cfr. Cass., SS.UU., sent. n. 38343, del 24.4.2014, Espenhahn, rv. 216117, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, (con note di RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, p. 1953 ss. e di FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale*, p. 1938 ss.). Vedila altresì in *Giur. it.*, 2014, p. 2565 ss., con nota di BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*. Sui principi espressi dalla citata sentenza in tema di responsabilità dell'ente, v. altresì BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del «sistema 231»*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215 ss.

Tale soluzione non comporterebbe infatti, secondo le Sezioni Unite, alcuna difficoltà di carattere logico, essendo ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare, e quindi colposa, sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio. *«D'altra parte tale soluzione interpretativa – si legge ancora nella sentenza citata – oltre ad essere logicamente obbligata e priva di risvolti intollerabili dal sistema, non ha nulla di realmente creativo, ma si limita ad adattare l'originario criterio di imputazione al mutato quadro di riferimento senza che i criteri di ascrizione ne siano alterati. L'adeguamento riguarda solo l'oggetto della valutazione, che coglie non più l'evento, ma solo la condotta, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito; e senza quindi alcun vulnus ai principi costituzionali dell'ordinamento penale. Tale soluzione non prevede incongruenze: è ben possibile 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».*

In effetti, il criterio indicato dalle Sezioni Unite, pur attraverso le sintetiche argomentazioni qui esposte, segue una logica obbligata: essendo impossibile ravvisare una qualsiasi forma di interesse o di vantaggio per l'ente in un infortunio o addirittura in un incidente mortale sul lavoro che si verifichi nell'ambito dell'attività aziendale, la sussistenza del criterio di imputazione della responsabilità indicato nell'art. 5 non potrà che essere verificata con riferimento alla condotta tenuta dai responsabili aziendali. Ove quest'ultima, infatti, sia stata ispirata a una consapevole trascuratezza rispetto all'implementazione di tutti i necessari presidi antinfortunistici (e da tale trascuratezza sia derivato l'infortunio a carico del dipendente), sussisterà una base giuridica per estendere la responsabilità all'ente, che ha mostrato di voler privilegiare i propri interessi patrimoniali rispetto alla tutela della vita, della salute e dell'integrità fisica dei propri dipendenti.

3. Sulla base argomentativa fornita dalle Sezioni Unite penali, la più recente giurisprudenza di legittimità ha fornito ulteriori contributi, diretti ad arricchire e precisare le indicazioni contenute in quell'auto-revole precedente.

Significativo, in particolare, è il tentativo di puntualizzare se, rispetto alla declinazione della responsabilità dell'ente per il reato colposo, i parametri dell'«interesse» e del «vantaggio», indicati nell'art. 5, D.Lgs.

231/2001, debbano essere considerati in modo indifferenziato – come sembrerebbe emergere dalla decisione delle Sezioni Unite – o se, viceversa, rispetto ad ognuno di essi la condotta dei soggetti apicali o dei dipendenti possa assumere rilievo sulla scorta di specifici criteri di valutazione.⁶

La strada imboccata dalla giurisprudenza più recente è, come noto, la seconda.

È la sentenza Cass., Sez. IV, n. 2544 del 17.12.2015, Gastoldi e altri, Rv. 268065, a ricordare infatti, dopo aver richiamato i principi espressi dalla sentenza Espenhahn, che i termini «interesse» e «vantaggio» esprimono concetti giuridicamente diversi e possono essere alternativi: «ciò – secondo la citata sentenza – emerge dall'uso della congiunzione "o" da parte del legislatore nella formulazione della norma in questione e, da un punto di vista sistematico, dalla norma di cui all'art. 12, che, al comma 1, lett. a), prevede una riduzione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'autore ha commesso il reato nell'interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo, il che implica astrattamente che il reato può essere commesso nell'interesse dell'ente, ma non procurargli in concreto alcun vantaggio».

Ribadito dunque l'assunto, più volte fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il concetto di «interesse» attiene a una valutazione antecedente alla commissione del reato presupposto, mentre il concetto di «vantaggio» implica l'effettivo conseguimento dello stesso

⁶ Com'è noto, in dottrina, due posizioni principali si contendono il campo circa la natura monistica o dualistica dei criteri di imputazione del reato all'ente richiamati dall'art. 5, D.Lgs. 231/2001. Secondo una prima tesi, il criterio del «vantaggio» non avrebbe un'autonoma rilevanza ascrittiva, ma esprimerebbe la sua valenza essenzialmente sul piano probatorio, risultando utile a verificare, in un'ottica *ex post*, l'effettiva sussistenza dell'«interesse» dell'ente alla commissione del reato (v. in dottrina, fra gli altri, PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 425; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 332; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 156 ss.; MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA, Padova, 2010, p. 55; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 28 ss.; VITARELLI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., p. 703 ss.). Altra parte della dottrina privilegia invece una visione dualistica (o alternativa) dei criteri dell'«interesse» e del «vantaggio» – visione largamente recepita e condivisa dalla giurisprudenza di legittimità e di merito – in forza della quale a ognuno dei due criteri dovrebbe essere riconosciuta una autonoma valenza ascrittiva (si vedano, fra gli altri, MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, Torino, 2009, p. 204; BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 161 ss.; ASTROLOGO, «Interesse» e «vantaggio» quali criterio di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 656; DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 97 ss.).

a seguito della consumazione del reato (e, dunque, una valutazione *ex post*), la sentenza citata passa a esaminarne le implicazioni rispetto alla tematica della responsabilità dell'ente per i reati colposi di evento.

Il principio affermato è nel senso che, nei reati colposi di evento, il finalismo della condotta prevista dall'art. 5, D.Lgs. n. 231/2001 è compatibile con la non volontarietà dell'evento lesivo, sempre che si accerti che la condotta che ha cagionato quest'ultimo sia stata determinata da scelte rispondenti all'interesse dell'ente o sia stata finalizzata all'ottenimento di un vantaggio per l'ente medesimo.

Più in particolare, secondo l'indicata sentenza, ricorrerebbe il requisito dell'interesse *«quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica; ciò accade, ad esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito (non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma) di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa; pur non volendo il verificarsi dell'infortunio a danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio, far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione)»*.

Il requisito del «vantaggio» sarebbe invece integrato quando *«la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica di impresa disattenta alla materia della sicurezza del lavoro, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto; il criterio del vantaggio, così inteso, appare indubbiamente quello più idoneo a fungere da collegamento fra l'ente e l'illecito commesso dai suoi organi apicali ovvero dai dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi»*.⁷

⁷ La sentenza citata ha affermato i riportati principi in relazione all'imputazione elevata a carico dell'amministratore unico e del direttore tecnico di una società di costruzioni, chiamati a rispondere, in cooperazione colposa fra loro, di omicidio a danno di un dipendente che, operando alla guida di un'autogru in prossimità del cancello di uscita dal cantiere, per un difetto di funzionamento del freno, non era riuscito ad arrestarne la marcia e ad evitare che la stessa retrocedesse lungo una scarpata per poi precipitarvi e ribaltarsi, così causando al suddetto dipendente lesioni gravissime che ne avevano provocato la morte. La Suprema Corte ha respinto il ricorso proposto dall'ente anche sotto il profilo della non configurabilità dei criteri di ascrizione della responsabilità di cui all'art. 5, D.Lgs. 231/2001, osservando che la sentenza di merito aveva ritenuto provate – oltre alla sussistenza del delitto di cui all'art. 589 in danno del dipendente – anche «la

Analoghi principi di diritto sono stati poi confermati, in modo pressoché testuale, da Cass., Sez. IV, sent. n. 24697 del 20.4.2016, Mazzotti e altro, Rv. 268066, con la precisazione che *«la responsabilità dell'ente non può essere esclusa in considerazione dell'esiguità del vantaggio o della scarsa consistenza dell'interesse perseguito, in quanto anche la mancata adozione di cautele comportanti limitati risparmi di spesa può essere causa di lesioni personali gravi»*.⁸

4. Un più aggiornato quadro delle posizioni giurisprudenziali sino ad ora espresse ci viene fornito dalla recente Cass. Sez. IV, sent. n. 38363, del 23.5.2018, depositata in data 9.8.2018 (inedita) che, dopo aver nuovamente ricapitolato la breve evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità dell'ente da reato colposo di evento, ha ritenuto di poterne sintetizzare gli attuali esiti in tre autonomi principi:

protratta sistematica violazione delle normativa prevenzionistica a vantaggio dell'ente, che aveva risparmiato i costi connessi all'acquisto di una attrezzatura di lavoro moderna, efficiente e sicura [...] con la quale sostituire la vetusta autogru [...] ovvero i costi delle modifiche necessarie a rendere quel macchinario sicuro per i lavoratori; nonché la circostanza che la società aveva risparmiato i costi (in termini sia di retribuzione dei formatori che di mancato impiego degli operai in cantiere per attività produttive) connessi a un'adeguata attività di formazione ed informazione dei lavoratori».

⁸ Nella vicenda oggetto della sentenza citata erano stati chiamati a rispondere di cooperazione nel reato di lesioni personali gravi, aggravato dalla violazione della normativa antinfortunistica, commesso a danno di un lavoratore il presidente del consiglio di amministrazione di una società di lavori stradali, il dirigente responsabile di un impianto di frantumazione attivo presso la stessa società e un altro lavoratore addetto all'impianto. In concreto era accaduto che la vittima, coinvolta da un suo collega in un'attività di ripristino dell'impianto (allorquando lo stesso, per l'avvenuta sostituzione di parte del grigliato con tavoloni di legno e per la successiva rimozione di questi tavoloni, presentava ampi spazi vuoti sul piano del calpestio), si era determinata, per quanto imprudentemente, a testare il funzionamento dell'impianto, finendo per cadere da una delle dette aperture, riportando le suddette gravi lesioni. La Suprema Corte anche in questo caso ha rigettato il ricorso dell'ente, che eccepiva, fra l'altro, l'assenza dei requisiti previsti dall'art. 5, D.Lgs. 231/2001, osservando che «le previsioni della società in tema di sicurezza erano "oltre modo lacunose", soprattutto con riferimento alle misure adottate per il controllo delle prescrizioni previste dai piani di sicurezza, tanto da considerare "normale" che il datore di lavoro, responsabile in materia [...] non fosse informato di una circostanza così rilevante come la mancanza per lungo tempo (e non come fatto estemporaneo) del piano di calpestio di una delle due torri dell'impianto di frantumazione e delle concrete procedure per far fronte alla situazione. [...] L'uso dei pannelli d'armo era soluzione assolutamente inadeguata e contraria alle stesse prescrizioni che l'azienda si era data per ovviare al macroscopico rischio di caduta dei lavoratori dall'alto, ed era stata adottata perché offriva una soluzione di immediata praticabilità, ed economica, ai problemi di utilizzo dell'impianto anche in caso di necessità di riparazione: essa, infatti, evitava di programmare il fermo dell'impianto, e si avvaleva di mezzi (i pannelli) che non dovevano essere procurati, in quanto già a disposizione dell'azienda».

- a) in tema di responsabilità da reato degli enti, i criteri di imputazione oggettiva del reato all'ente, di cui all'art. 5, D.Lgs. n. 231/2001, sono fra loro giuridicamente diversi. L'interesse è criterio soggettivo, da valutare *ex ante*, consistente nella proiezione finalistica che caratterizza l'agire del reo, il quale spera nel raggiungimento di un qualche profitto per l'ente come conseguenza della commissione del reato, indipendentemente dall'effettivo ottenimento di tale profitto. Il vantaggio, invece, è criterio oggettivo, accertabile *ex post* e consistente nell'oggettivo e concreto vantaggio derivato all'ente dall'agire del reo come conseguenza del reato;
- b) in tema di responsabilità da reato degli enti, in relazione ai reati colposi contro la vita e l'incolumità personale commessi in violazione della normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro, di cui all'art. 25-*septies*, D.Lgs. 231/2001, i criteri dell'interesse e del vantaggio devono essere indagati in riferimento alla sola condotta del soggetto agente, e non anche all'evento del reato;
- c) in tema di responsabilità da reato degli enti, in relazione ai reati colposi contro la vita e l'incolumità personale commessi in violazione della normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro, di cui all'art. 25-*septies*, D.Lgs. n. 231/2001, i criteri dell'interesse e del vantaggio di cui all'art. 5 del medesimo decreto devono essere intesi nel senso che il primo sussiste in ogni caso in cui la persona fisica penalmente responsabile abbia violato la normativa antinfortunistica con il consapevole intento di ottenere un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento; mentre il secondo sussiste in ogni caso in cui la persona fisica abbia sistematicamente violato la normativa antinfortunistica, ricavandone, oggettivamente, un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio. L'entità del vantaggio, che non può certo essere irrisoria, è rimessa alla valutazione del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità ove congruamente ed adeguatamente apprezzata.

5. Se i principi *sub a)* e *sub b)* non paiono offrire particolari dubbi interpretativi ed applicativi, risolvendosi anzi nella riproposizione, in termini chiari e lineari, di concetti già più volte affermati nella giurisprudenza di legittimità, non altrettanto può dirsi per le più articolate indicazioni circa i criteri di accertamento dell'«interesse» o del «vantaggio» nei casi di responsabilità dell'ente per i reati colposi di evento espresse *sub c)*.

Un primo dubbio, in relazione al concetto di «interesse», riguarda infatti la precisazione, contenuta nel richiamato principio, che esso potrebbe ritenersi integrato anche nel caso in cui l'intento del soggetto agente di ottenere, attraverso la violazione della normativa antinfortunistica, un risparmio di spesa per l'ente non sia stato poi di fatto raggiunto.

Si tratta evidentemente del «trapianto», nel campo della responsabilità per reati colposi di evento, della generale definizione del concetto di «interesse» utilizzato nell'ambito della responsabilità dell'ente per reati dolosi, espressamente richiamata del resto nel principio espresso *sub a*). Se tuttavia, nel campo dei reati dolosi, è logico affermare la responsabilità dell'ente anche quando l'intento di avvantaggiarlo patrimonialmente attraverso la commissione del reato non è stato effettivamente conseguito dal soggetto agente, sia esso soggetto apicale o dipendente, meno agevole è l'adattamento dello stesso principio al campo dei reati colposi.

Posto infatti che, in relazione a questi ultimi, l'ascrizione della responsabilità all'ente deriva dal fatto che la mancata predisposizione del presidio antinfortunistico che avrebbe potuto evitare l'evento è riconducibile a una precisa scelta del soggetto agente, diretta a far ottenere all'ente un risparmio di spesa, sfugge come la responsabilità dell'ente possa essere affermata anche nel caso in cui il risparmio di spesa non sia stato ottenuto. La logica suggerisce infatti che se non vi sono manchevolezze nelle strategie antinfortunistiche attuate dall'ente, tanto che nessun intenzionale risparmio, rispetto a quanto doveva essere investito, è stato accertato, nessun rimprovero potrà essere mosso all'ente per l'evento lesivo che si è, nonostante tutto, verificato.

Ragionare diversamente significherebbe, del resto, punire l'ente per la mera prava intenzione di ottenere risparmi di spesa a scapito della salute dei lavoratori, manifestata (poniamo) dai soggetti apicali dell'ente in un determinato momento storico, anche quando tale intenzione non si sia mai successivamente tradotta in pratica, il che è evidentemente inammissibile.

6. Un più ampio ventaglio di dubbi interpretativi riguarda i criteri di accertamento del requisito del «vantaggio» che, secondo la sentenza citata, si dovrebbe ritenere sussistente *«in ogni caso in cui la persona fisica abbia sistematicamente violato la normativa antinfortunistica, ricavandone, oggettivamente, un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio»*.

Un primo interrogativo, rispetto a tale definizione, riguarda il coefficiente soggettivo richiesto in relazione alla «sistematica violazione» della normativa antinfortunistica. Dal confronto con la definizione del criterio dell'«interesse» sembrerebbe doversi ricavare che, mentre per l'integrazione del primo occorre una consapevole violazione di una regola cautelare finalizzata al risparmio di spesa e, dunque, un coefficiente soggettivo parificabile alla colpa cosciente rispetto all'evento che si è successivamente verificato per effetto di tale violazione, il secondo potrebbe ritenersi integrato anche a seguito di una serie di violazioni sostenute da mera colpa incosciente, purché non isolate o sporadiche, ma aventi carattere «sistematico».

La correttezza di tale lettura interpretativa trova esplicita conferma nella recente sentenza della Suprema Corte giacché, a p. 15 della motivazione, con riferimento al caso della persona fisica che abbia violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa, si legge testualmente: *«in tale schema, marcatamente obiettivo [quello cioè del «vantaggio»], non è necessario che il reo abbia volontariamente violato le regole cautelari al fine di risparmiare, in quanto la mancanza di tale volontà rappresenta la sostanziale differenza rispetto all'interesse, ma solamente che risulti integrata la violazione delle regole cautelari contestate».*

L'assunto esprime, in effetti, su un piano generale, una certa coerenza di carattere logico: se, nel primo caso (criterio dell'«interesse»), la colpa cosciente che caratterizza la violazione della regola cautelare è di per sé sufficiente, in quanto volta a far prevalere l'interesse patrimoniale dell'ente sui doveri connessi alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, per l'ascrizione della responsabilità dell'evento dannoso all'ente medesimo, nel secondo caso, per giustificare lo stesso risultato, alla minor gravità della violazione della regola cautelare – in quanto sorretta appunto da mera colpa incosciente – deve quantomeno accompagnarsi la «sistematicità» della violazione.

Per quanto quindi si comprendano le ragioni (anche, sotto un certo profilo, «garantistiche») che sono alla base dell'elaborazione del criterio necessario per ascrivere il reato colposo di evento all'ente sotto il profilo del «vantaggio», non può tuttavia dirsi che il risultato raggiunto sia del tutto appagante e scevro da alcuni significativi margini di imprecisione e di ambiguità.⁹

⁹ Sottolinea in linea generale i pericoli insiti nell'utilizzo del criterio del «vantaggio»

7. Che cosa deve intendersi, innanzitutto, per «sistematicità» della violazione? Il concetto sembra lasciare un eccessivo margine alla valutazione del giudice senza peraltro tracciare una linea di confine così netta con i parametri utilizzati per definire il criterio dell'«interesse». Più, infatti, la violazione delle norme antinfortunistiche assume carattere «sistematico», più arduo è ritenere che essa sia frutto del caso e non rientri invece in una consapevole strategia aziendale volta a minimizzare i costi di una corretta politica antinfortunistica. A ben vedere dunque, criterio dell'«interesse» e criterio del «vantaggio» sembrano, nel campo delle responsabilità dell'ente per i reati colposi di evento, assai più vicini di quanto, a prima vista, la lettura delle suddette definizioni possa far pensare, il che induce, fra l'altro, a mettere in discussione la visione rigidamente «alternativa» dei suddetti criteri che la giurisprudenza di legittimità ha, forse, troppo frettolosamente elaborato.¹⁰

In definitiva, infatti, si tratta sempre di accertare se alla base dell'evento che si è verificato vi è solo una colpa incosciente individuale (il che evidentemente esclude la responsabilità dell'ente) ovvero se esso è anche il risultato di una organizzazione produttiva che ha colpevolmente privilegiato i propri interessi economici rispetto a quelli relativi alla tutela della salute dei lavoratori (cosa che giustifica invece l'iscrizione all'ente dell'evento che si è verificato).¹¹

e la sua scarsa compatibilità con il principio di «personalità della responsabilità penale», nella sua più moderna accezione di «rimproverabilità per il fatto proprio colpevole di cui all'art. 27, comma 1, Cost», SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 82 ss. Rileva infatti l'A. che, data la sua natura «oggettiva», il dato rappresentato dal conseguimento di «vantaggio», se considerato da solo, può risultare del tutto indipendente dall'atteggiamento soggettivamente rimproverabile (sotto forma di «colpa di organizzazione» dell'ente).

¹⁰ Evidenza sotto questo profilo AMARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., p. 9 che se è vero che, preso da solo, il requisito del «vantaggio» è privo di un'adeguata capacità selettiva, con il conseguente rischio di ascrivere agli enti collettivi tutti quei comportamenti penalmente rilevanti dei singoli che, ad avviso dell'interprete, abbiano arrecato all'ente un vantaggio (anche fortuito), sia economico che non economico, tale rischio, nel campo della responsabilità dell'ente per reati colposi, è comunque più remoto perché la valutazione di tale aspetto è solo un tassello di un più ampio giudizio che deve coinvolgere, sul piano c.d. «soggettivo», anche la colpa di organizzazione. Sulla stessa problematica cfr. altresì SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 9 e IELO, *Lesioni gravi*, cit., p. 59.

¹¹ Corretto, sotto questo profilo, risulta l'approccio di Trib. Cagliari, sent. 4 luglio 2011, cit. nonché di Trib. Torino, Sez. I, sent. 10.1.2013, MW Italia S.p.a., in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, con nota di TRINCERA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001: un'altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?*, che mostrano di sapere tenere distinti i

Un secondo dubbio interpretativo riguarda l'ampiezza della verifica circa la «sistematicità» delle violazioni che, in base al criterio sopra citato, dovrebbe essere demandata al giudice. Riguarda tale verifica le sole violazioni rilevanti ai fini dell'incidente che si è verificato o può invece estendersi a tutto il panorama della politica antinfortunistica aziendale, al fine di coglierne più generali profili di inadeguatezza?

La risposta sembra chiaramente espressa nel passo della sentenza che si è sopra riportato, dove si afferma che essenziale, ai fini dell'ascrizione del reato all'ente sotto il profilo del «vantaggio» che esso ne avrebbe ricavato, è la sistematica violazione, anche inconsapevole, delle sole regole cautelari *contestate*. E ciò, del resto, è coerente con l'altro principio espresso dalla giurisprudenza sin qui citata, in forza del quale i criteri dell'interesse e del vantaggio, nel campo dei reati colposi di evento, devono essere indagati in riferimento alla *sola condotta* del soggetto agente; estendere l'analisi oltre tale limite significherebbe dunque ascrivere la responsabilità all'ente non per la specifica condotta contestata, ma per un difetto di organizzazione che non ha in alcun modo inciso sulla realizzazione dell'evento lesivo che si è, nel caso specifico, verificato. Vedremo tuttavia, esaminando proprio il caso oggetto della sentenza, che non sempre l'applicazione pratica dei suddetti principi – peraltro non di immediata comprensibilità – segue i binari della loro astratta enunciazione.

Infine, un terzo punto problematico riguarda il concetto della «non irrisorietà» del vantaggio conseguito in termini di risparmio aziendale o di massimizzazione della produzione. La sentenza sembrerebbe qui propendere per la valutazione di tale «non irrisorietà» in termini assoluti, quando probabilmente un approccio di natura relativa, riferibile al rapporto fra il vantaggio conseguito e il complesso degli investimenti eseguiti in materia antinfortunistica, risulterebbe più adatto per verificare l'esistenza o meno di quella «colpa di organizzazione» che giustifica l'ascrizione all'ente del reato.

8. I dubbi interpretativi ed applicativi sin qui segnalati ben si riflettono sulla soluzione che, in base agli enunciati principi, la recente sentenza qui da ultimo analizzata ha adottato nella vicenda sottoposta al suo esame.

diversi piani di indagine (individuale e collettivo) coinvolti nel giudizio relativo all'ascrizione all'ente del reato colposo di evento.

Riassumiamo brevemente il caso: si tratta dell'infortunio occorso a un lavoratore incaricato di installare un ventilatore in una cella frigorifera vuota. Nel compiere tale operazione, eseguita con una piattaforma elettrica semovente per raggiungere l'altezza necessaria, il lavoratore aveva avuto un malore e aveva perso i sensi. Un collega di lavoro, dopo circa un'ora, non avendolo più visto tornare, si era affacciato nella cella vedendo la piattaforma in posizione ancora elevata; si era allarmato e aveva riportato a terra la piattaforma sulla quale era stato rinvenuto il lavoratore esanime; inutile era risultato ogni tentativo di rianimazione.

All'esito degli accertamenti medico legali, la causa della morte era stata individuata nell'asfissia alla quale il lavoratore era andato incontro per effetto di una bolla di azoto che, alla sommità della cella, aveva ridotto la concentrazione di ossigeno sino a una percentuale incompatibile con la vita. Le cause della formazione della bolla erano state individuate nell'accensione di due generatori di azoto per immetterlo in alcune celle frigorifere limitrofe (che avrebbero dovuto essere riempite di sostanze alimentari) e dall'assenza dell'afflusso di aria calda, determinata dall'accensione di una cappa di aspirazione posta proprio sopra la sommità dei generatori. L'afflusso di azoto nella cella in cui si era verificato l'incidente, che avrebbe dovuto invece rimanere vuota, era stato ritenuto riconducibile al fatto che la valvola di immissione era rimasta accidentalmente aperta.

Sulla scorta di tali acquisizioni di fatto il Pubblico Ministero precedente aveva elevato una serie di contestazioni, sia ai responsabili aziendali, per non aver adeguatamente valutato il rischio relativo alla formazione di atmosfere modificate all'interno delle celle e per non aver adottato le cautele necessarie a prevenirlo, sia al consulente esterno incaricato dall'azienda di redigere il DUVR, al quale veniva rimproverato di non avere adeguatamente segnalato al datore di lavoro il rischio di asfissia derivante dall'esposizione ad atmosfere modificate in caso di guasti e/o anomalie degli impianti di generazione e di trasporto dell'azoto.

L'ente, chiamato a rispondere ex D.Lgs. 231/2001, aveva optato per il giudizio abbreviato e il G.U.P. ne aveva escluso la responsabilità, sottolineando che l'iscrizione, in base allo stesso capo di imputazione, di una condotta negligente al consulente incaricato dalla società di redigere il DUVR (per non avere appunto preso in considerazione il genere di rischio che si era poi in concreto verificato) non consentiva di dedurre che da tale condotta l'ente avesse tratto vantaggio, né che

fosse sussistente un'intenzione di illecito risparmio sulle spese per la sicurezza e, quindi, un oggettivo interesse patrimoniale della società.

Aveva infatti osservato sul punto il giudice di primo grado che se il consulente esterno, nell'adempimento del suo incarico professionale, aveva omesso di valutare uno dei profili di rischio di cui avrebbe dovuto farsi carico (e proprio dalla mancata valutazione di quel profilo di rischio era derivato l'incidente), doveva essere il consulente a rispondere di tale omissione, sia pure in concorso con i responsabili aziendali, ai quali doveva imputarsi di non aver correttamente controllato l'operato del consulente. *«Ma anche tale seconda omissione – osservava la sentenza di primo grado – non potrà imputarsi a consapevole finalità di risparmio della società, perché essa invece appare determinata solo da colpevole negligenza nell'acquiescenza all'errore del professionista, da parte di chi lo poteva e doveva controllare e non anche ad una politica economica di risparmio aziendale in materia di sicurezza. E questo per la semplice ragione (logicamente evidente) che non si può neppure parlare di una scelta di risparmio di spesa, dovuta alla mancata installazione d'impianti di sicurezza che nessuno in concreto ha proposto, e che quindi non sono stati mai neppure presi in considerazione».*

Aveva sottolineato inoltre il Tribunale che la somma necessaria per demandare al consulente lo studio del profilo di rischio che non era stato considerato sarebbe stata pari a circa 250-300 euro, importo quindi assolutamente modesto rispetto al fatturato dell'ente. Né avrebbe potuto essere considerato come «vantaggio» conseguito dall'ente quello relativo al mancato impiego della somma (di circa ventimila euro) che sarebbe stata necessaria per installare gli adeguati presidi antinfortunistici. Ad avviso del G.U.P., infatti, il risparmio «noto» era solamente quello che la società poteva avere presente al momento dell'omissione, ossia quello della redazione del DUVR, non essendo state le altre spese mai previste e considerate.

Di avviso diverso si era invece dimostrato il Giudice di secondo grado che, su appello del Pubblico Ministero, aveva riformato la sentenza ritenendo illogico limitare l'interesse o il vantaggio dell'ente alle spese attinenti alla formazione del documento di valutazione del rischio. Secondo la Corte di Appello, gli organi di vertice imputati, tutti ed ognuno nel proprio ruolo, avevano un autonomo obbligo specifico non solo di valutare il rischio, ma anche di adottare tutte le misure necessarie per evitarlo. La sentenza di secondo grado aveva pertanto ritenuto che il risparmio di circa ventimila euro doveva essere considerato

come interesse effettivamente realizzato per l'ente a seguito della mancata predisposizione delle necessarie protezioni antinfortunistiche, essendo stata pertanto raggiunta la prova della colpa di organizzazione rilevabile in capo alla persona giuridica.

9. Ebbene, a prima vista il caso concreto appena esaminato, confrontato con i criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità per la verifica della sussistenza dei criteri di collegamento necessari, ex art. 5, D.Lgs. 231/2001, per l'affermazione della responsabilità dell'ente, sembra rientrare fra quelli in cui tale responsabilità dovrebbe essere esclusa.

Premesso infatti che dalla lettura delle sentenze di merito non emerge che nell'esperienza aziendale altri incidenti analoghi si fossero in precedenza verificati, lo stesso capo di imputazione sottolineava per di più l'esistenza di un decisivo profilo di colpa ascrivibile al consulente esterno all'azienda che, nella predisposizione del documento unico sulla valutazione dei rischi, aveva omesso di considerare proprio quello specifico profilo di rischio che si era poi concretizzato nel caso in questione, dando luogo alla morte del lavoratore.

Esclusa quindi la configurabilità di un profilo di colpa cosciente (o, se si vuole, di un interesse specifico al risparmio di spesa) in capo agli esponenti aziendali, cui poteva casomai rimproverarsi solo il negligente controllo sull'operato del tecnico incaricato della predisposizione del documento sulla prevenzione dei rischi, tutti gli elementi rilevanti del caso sembravano dover condurre verso l'inconfigurabilità anche del criterio di imputazione fondato sul «vantaggio» aziendale.

Pertinente appariva del resto, sotto questo particolare profilo, l'affermazione contenuta nella sentenza di primo grado, secondo la quale non doveva essere confusa la responsabilità penale dei vertici della società per omesso controllo ed iniziativa sul documento predisposto dal consulente esterno con quella tipica dell'ente, che richiede altro tipo di valutazioni e accertamenti: *«va ribadito, in altri termini, che non ha importanza, o meglio non basta, che una o più delle persone fisiche ai vertici della società versi in responsabilità colposa per quanto accaduto; occorre che tale omissione sia stata consumata in adempimento di una dolosa o almeno consapevole scelta di risparmio aziendale in materia di sicurezza, e non per banale negligenza o imperizia»*.

La Suprema Corte si è dimostrata tuttavia di contrario avviso. Essa infatti, dopo aver preso in considerazione le complessive condizioni di sicurezza presenti nelle stabilimento, dove si era verificato l'evento e dove si erano rilevate varie carenze delle misure antinfortunistiche (tutte pe-

raltro collegate, è bene notarlo, all'assenza di una specifica profilatura del rischio relativo alla creazione di «atmosfere modificate»), ha poi rapidamente concluso che la presenza stessa di tali carenze rendeva evidente un atteggiamento di noncuranza dei vertici aziendali verso la tematica della sicurezza e che *«tale noncuranza era evidentemente funzionale a privilegiare esigenze di profitto»*, tanto che *«la condotta posta in essere dai coimputati persone fisiche ha permesso il concretizzarsi per l'ente di un vantaggio economico indiretto, derivante dal risparmio conseguente alla posposizione delle esigenze della sicurezza del lavoro a quelle della produzione [...] stimato in 20.000,00 euro»*.

La valutazione negativa espressa dalla Corte sull'organizzazione aziendale non sembra tuttavia tenere in sufficiente conto la diretta influenza che, sulle carenze riscontrate nelle misure antinfortunistiche aveva avuto, nel caso di specie, l'errore commesso dal consulente esterno incaricato della profilazione dei rischi. Sembra infatti discutibile parlare di «sistematicità» delle violazioni antinfortunistiche, concetto che richiama appunto una generalizzata noncuranza aziendale, quando quelle stesse violazioni si pongono tutte in rapporto di derivazione con l'errore commesso da un terzo, dotato delle necessarie qualifiche e competenze tecniche, al quale la società si era rivolta proprio per conformarsi esattamente ai dettami della normativa antinfortunistica.

Né l'elemento rappresentato dall'entità, non irrisoria, dell'effettivo «risparmio di spesa», tanto più se valutato in termini assoluti, sembra idoneo in casi di questo genere a colmare tale lacuna probatoria. È ovvio, infatti, che ad ogni violazione della normativa antinfortunistica può ricollegarsi, almeno in astratto, un risparmio di spesa. Ciò che dovrebbe valutarsi, tuttavia, ai fini dell'ascrizione del reato all'ente è se tale risparmio di spesa sia riconducibile ad un occasionale errore di valutazione da parte degli esponenti aziendali o sia invece espressione di una «politica» aziendale diretta a risparmiare sui costi della sicurezza. Ed è evidente che, ai fini di una simile valutazione, il dato numerico non è decisivo se non lo si considera in termini relativi e percentuali, ponendolo a confronto con il volume complessivo degli investimenti che l'ente usualmente dedica alla prevenzione degli infortuni.

10. Volendo dunque trarre alcune conclusioni dalla lettura della sentenza testé commentata, che sembra rappresentare in modo paradigmatico i potenziali rischi insiti nell'utilizzo, *ex se* e senza adeguati correttivi, del criterio del «vantaggio», esse potrebbero essere sintetizzate come segue:

a) per quanto sia certamente apprezzabile lo sforzo della giurispru-

- denza di legittimità nel tentare di puntualizzare i criteri di ascrizione della responsabilità all'ente in relazione ai reati colposi di evento, gli importanti risultati sino ad ora raggiunti non sono ancora scevri da alcuni preoccupanti margini di incertezza e di opinabilità, anche per gli effetti applicativi che possono derivarne;
- b) in tale contesto, i maggiori profili di criticità sembrano appuntarsi sui principi dettati dalla Suprema Corte in merito all'applicazione del criterio di imputazione del «vantaggio per l'ente». Essi infatti, in quanto essenzialmente basati sul parametro della «sistematicità» delle violazioni cautelari che hanno dato causa all'evento, sembrano da un lato non consentire una adeguata differenziazione fra criterio dell'interesse e criterio del vantaggio e, dall'altro, consegnare all'interprete uno spazio di valutazione troppo ampio rispetto alle esigenze di certezza cui devono ispirarsi le norme in tema di responsabilità degli enti;
 - c) ciò che infatti conta, al di là delle definizioni generali, è che nel campo dei reati colposi d'evento, risulti ben chiara la distinzione fra i criteri di imputazione dell'evento al singolo o ai singoli esponenti aziendali che vi hanno dato colpevolmente causa e quelli che presiedono all'ascrizione del reato all'ente: perché questi ultimi siano integrati occorre la prova che le violazioni cautelari che hanno dato corso all'evento siano espressione di una politica aziendale – della cui effettiva esistenza occorre tuttavia fornire autonoma e positiva dimostrazione – tale da far prevalere (per precisa scelta o per diffusa trascuratezza) gli interessi economici dell'ente su quelli relativi alla salvaguardia dei lavoratori;
 - d) in questo ambito, la verifica dell'effettivo «vantaggio» conseguito dall'ente (sotto forma di risparmio di spesa o di incremento della produzione) potrà certamente essere tenuto in considerazione quale elemento ausiliario di prova rispetto alla dimostrazione di tali scorrette politiche aziendali, ma tanto più risulterà probante, quanto più sarà considerato non già in termini assoluti, ma in comparazione con il complessivo volume di spese e di investimenti effettuati dall'ente nel perseguimento di una corretta politica antinfortunistica.

Inutile sottolineare, infine, che in questo contesto di perduranti incertezze interpretative, un intervento del legislatore diretto a rimodulare i criteri di ascrizione del reato all'ente in relazione ai reati colposi, rendendoli autonomi da quelli originariamente previsti per i reati dolosi, sarebbe oltremodo opportuno.

I principi generali del sistema sanzionatorio

Massimiliano Masucci

1. Il tema a me assegnato impegna un quesito generale: se le sanzioni previste per l'ente nel d. lgs. 8.6.2001, n. 231 si lascino ricondurre a un modello penalistico, con la conseguente applicazione dei principi di riferimento.

Al riguardo, nessuno ignora come il dibattito sulla natura della responsabilità da reato degli enti sia stato fin dall'origine orientato dall'analisi del contenuto delle sanzioni.

È stato messo in luce che si tratti di contenuto marcatamente afflittivo, come testimonia, tra l'altro, con riferimento alle sanzioni pecuniarie, l'articolo 10, co. 3, del d. lgs. 8.6.2001, n. 231, che esclude il pagamento in misura ridotta, praticabile invece per le sanzioni amministrative *stricto sensu*. L'applicazione delle medesime sanzioni pecuniarie è collegata a un meccanismo per quote, determinate in base alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurarne l'efficacia (art. 11, co. 2).

Quanto alle sanzioni interdittive, esse intervengono ad inabilitare specifiche espressioni dell'attività dell'ente, potendo giungere fino all'interdizione definitiva.

Connessa alla sanzione interdittiva è la pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18): ancorché soggetto a una valutazione facoltativa, il cui parametro di esercizio appare ragionevolmente da rinvenirsi nei presupposti della efficacia e della proporzione della sanzione.

La confisca del profitto o del prezzo del reato è sempre disposta con la condanna (art. 19).

2. Benché le sanzioni a carico dell'ente siano dette dalla legge «amministrative» (ma non senza eccezioni: eloquente l'art. 15, che si riferisce alle «pene interdittive»), consolidati criteri diagnostici di matrice europea conducono a riconoscere in esse vere e proprie pene.

Se, d'altronde, volesse valorizzarsi quello che viene talora indicato come il principale criterio di verifica dell'appartenenza delle sanzioni alla sfera penale o extrapenale, cioè la finalità o l'insieme delle finalità che ad esse presiedono, si arriverebbe a conclusioni conformi, sebbene forse in misura non altrettanto precisa.

Sembra in effetti che, al di fuori dell'interdizione definitiva, centrata su scopi neutralizzanti, le sanzioni previste dal d. lgs. 231/2001 puntino alla prevenzione del reato e dell'illecito che da esso dipenda; specie se si guardi ai presupposti sui quali intenda radicarsi l'effetto preventivo preso di mira.

Il decreto 231 sembra accentuare finalità preventive collegate all'adozione di un'adeguata organizzazione, tramite la quale vengano superate carenze che si siano rivelate cause di reati.

Emerge, dunque, da un lato la classica prospettiva della prevenzione cosiddetta "speciale", intesa come prevenzione di reati da parte dello specifico ente; valorizzandosi al contempo la peculiare logica della prevenzione tramite una consapevole, vigile organizzazione per evitare che siano realizzati fatti di reato.

È quanto si coglie con nettezza anzitutto dall'art. 12, co. 2, lett. a), che sollecita l'ente ad attivarsi per eliminare le conseguenze del reato e adottare un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello commesso. Così pure il successivo art. 13, che identifica i presupposti della sanzione interdittiva nell'aver conseguito un profitto rilevante e nella sussistenza di gravi carenze organizzative, oppure nella reiterazione dell'illecito (sintomo essa stessa di una grave carenza rimproverabile all'ente): così dimostrando come obiettivo della legge sia indirizzare l'ente a munirsi di una organizzazione "non carente".

Appare, in altri termini, un modello legislativo orientato alla prevenzione mediante un'efficiente organizzazione, in vista della quale l'ente è sollecitato a condursi ovvero, se occorre, a modificarsi in direzione di una virtuosa sintonia con la legge penale.

Sotto questo profilo il quadro dei principi penalistici, certamente compatibile con il contenuto delle sanzioni previste dal d. lgs. 231/2001, si propone altresì come il corpo sistematico nel quale più propriamente collocare la disciplina complessiva delle sanzioni medesime.

In altri termini, dovrebbe senz'altro concordarsi nel senso di un'applicazione tendenziale dei principi penalistici, salvo che ricorrano puntuali ragioni ostative, espresse dalla legge o almeno da essa desumibili con sicurezza.

3. All'interno di questa cornice sistematica, posizione centrale occupa il principio di "individualità" della pena, riflesso del generale principio di personalità, convalidato per l'ente dall'art. 27 del decreto 231. La pena non dovrebbe produrre effetti a carico di terzi estranei al reato; se prodotti, quegli effetti dovrebbero essere eliminati o, se impossibile, temperati, secondo il disegno tracciato nell'articolo 11, co. 1, lett. l) della legge delega (n. 300 del 2000).

4. Dall'esame degli artt. 14 e 15 del d. lgs. 231/2001 traspare la logica complessiva seguita dalla legge in materia di sanzioni interdittive: ad essere interdetta è infatti la 'specificata' attività dell'ente (art. 14).

Identica ispirazione ha d'altronde l'art. 69, co. 2, allorché si fa carico di esprimere un doppio parametro, raccordato al principio di "individualità" della pena: l'interdizione ha ad oggetto un certo "luogo" o un certo "tipo" di attività.

L'art. 15 condivide e sviluppa un'impronta comune, limitando gli effetti negativi della sanzione nei confronti dei terzi ogni qual volta possa derivarne grave pregiudizio alla collettività o rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

La giurisprudenza mostra di interpretare la vigente disciplina in conformità a tali premesse, enucleando l'ulteriore principio di "frazionabilità" delle sanzioni, con importanti conseguenze.

Nel caso "Tempa Rossa", pur riferendosi al commissariamento disposto nella fase cautelare, la Cassazione ha infatti statuito un onere di motivazione specifica – e, dunque, un onere di accertamento per l'accusa – sulla estensione della sanzione interdittiva, anche a carico dell'ente che svolge esclusivamente un certo tipo di attività. Ha precisato, in particolare, la Cassazione che «la valutazione sulla frazionabilità della misura non è condizionata dalla differenziazione dell'attività dell'impresa (...) in quanto anche ad un ente che svolge un'unica attività può essere applicata una misura limitata solo ad una parte dell'attività stessa»¹.

5. Non in sintonia con il principio di personalità, anche per le evoluzioni concretamente impresses alla disciplina del decreto 231 dagli indirizzi della politica legislativa e dalla sensibilità interpretativa maturata, sembra invece la cosiddetta "indefettibilità" della sanzione verso

¹ Cfr. Cass., sez. VI, 25.1.2010, dep. 31.5.2010, n. 20560.

l'ente, frutto di riflessioni intese a convalidare particolari disposizioni della legge vigente, affrancandole da dubbi di incostituzionalità.

Oggetto principale del problema è se possa concedersi all'ente la sospensione condizionale della sanzione.

Vi è chi opina nel senso di dedurre tale possibilità dal rinvio generale, «in quanto compatibili», alle norme del codice di procedura penale ed a quelle sull'imputato, dettato negli artt. 34 e 35 del d. lgs. 231/2001. Il rinvio, è stato sostenuto, in quanto esteso alle disposizioni in tema di patteggiamento, permetterebbe all'ente di chiedere di applicare la sanzione, subordinando la richiesta alla sua sospensione condizionale². La Cassazione ha tuttavia più volte ritenuto precluso all'ente questo beneficio, in virtù della natura amministrativa della sanzione, che la renderebbe soggetta ai principi della l. 689/1981³.

Si manifesta, dunque, un'energica *revanche* della concezione che nega natura penalistica alla sanzione "da reato" dell'ente, con il singolare effetto di una divaricazione tra l'autore del reato, verso il quale operano le istanze rieducative e non de-socializzanti proprie (anche) della sospensione condizionale, e l'ente, che risponde "comunque", sfuggendo all'applicazione di istituti non governati certo da ragioni pietistiche ma da precise scelte di politica penale.

Del resto, i limiti dettati nell'art. 22 del decreto 231 in punto di prescrizione della sanzione approfondiscono la distanza tra l'ente e l'autore del reato, estromettendo quest'ultimo, quando intervenga a suo favore la prescrizione del reato, dal campo utile alla verifica della responsabilità dell'ente.

È vero, come mette in rilievo la giurisprudenza, che non sono radicalmente compromesse le possibilità dell'ente di "difendersi provando"; ma non meno vero è che l'oggetto della prova subisce un'evidente contrazione, venendo a mancare il fatto (e la correlativa prova, appunto) che costituiscono il fondamento dell'addebito nei confronti dell'ente.

² In questa chiave può vedersi la pronuncia del Tribunale di Bologna, 02/11/2011, n. 3849, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2273 (nota GALLUCCIO MEZIO).

³ *Cass.*, sez. IV, 25.6.2013, n. 42503; *Cass.*, sez. II, 15.12.2011, n. 10822.

6. La confisca, prevista dall'art. 19⁴, ha ad oggetto il profitto o il prezzo del reato.

Si pone il problema di stabilire se il legislatore abbia voluto ammettere l'ablazione del profitto o del prezzo anche quando sia stata, in precedenza, irrogata nei confronti della persona fisica, autrice del reato dal quale dipenda l'illecito ascritto all'ente.

Il principio di proporzionalità suggerirebbe una risposta negativa: dovrebbe cioè guardarsi al profitto o al prezzo che esprimano un vantaggio "proprio" dell'ente, per evitare "duplicazioni" della pena.

Tendenze estensive si manifestano d'altronde nel determinare l'oggetto della confisca. Ad avviso di alcune sentenze, esso potrebbe consistere in vantaggi solo indirettamente e mediatamente scaturiti dalla commissione del reato. Di contrario avviso è tuttavia la giurisprudenza prevalente, che, nel richiamare un nesso di diretta e immediata derivazione dal reato, distingue tra il profitto che può essere legittimamente confiscato in quanto frutto dell'illecito («diretto beneficio indebitamente ottenuto») ed il complesso delle utilità patrimoniali che l'ente abbia acquisito per effetto di un'attività contrattuale⁵.

Le decisioni così espresse si inseriscono in un quadro di sviluppo coerente con una serie di sentenze delle sezioni unite in materia di confisca del profitto del reato.

Già nel 2007 le medesime sezioni unite, interrogate sulla possibilità di disporre la confisca per equivalente in rapporto alle fattispecie previste dall'art. 322 *ter*, co. 1, c.p., avevano aderito a un'interpretazione 'estensiva' del profitto suscettibile di confisca diretta, includendo in tale nozione il bene derivante dalla trasformazione del denaro ricavato dal reato (nel caso che era oggetto della sentenza, un immobile acquistato versando il prezzo di una precedente corruzione). La regola reperita suonava: «qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia col-

⁴ Le sezioni unite della Cassazione, pur senza assumere posizioni più esplicite, escludono che la confisca prevista dall'art. 6, co. 5, abbia natura sanzionatoria, sottolineandone la differenza con la confisca disciplinata dall'art. 19 del d. lgs. 231/01, fondata sulla responsabilità dell'ente: cfr. Cass., sez. un., 27.3.2008 (dep. 2.7.2008), n. 26654, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1738, con note di MONGILLO e LORENZETTO, punto 5; in *Cass. pen.*, 2008, 4544, con nota di PISTORELLI.

⁵ Cass., sez. VI, 14/07/2015, dep. 28.7.2015, n. 33226.

legabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediatamente conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto»⁶.

Eppure, un'incontrollata dilatazione dei contenuti del profitto, nella quale si sarebbe potuto vedere il non auspicabile frutto della richiamata interpretazione estensiva, sembrava scongiurata: oltre ogni ambiguità formale, il nesso di immediatezza che orientava la definizione del profitto non risultava spezzato, ma solo modulato in ragione di una *species* del profitto, cioè il denaro: bene fungibile per eccellenza e parametro di valore di qualsiasi utilità acquistata per suo tramite. Secondo la Cassazione, dunque, la spendita del denaro sarebbe il medio di un processo di trasformazione che non ostacolerebbe la confisca del prezzo 'convertito', altrimenti minacciata da facili elusioni.

A patto di rispettare questi limiti, ed ammettendo perciò la confisca nel solo caso di immediata trasformazione del denaro ottenuto mediante il reato, non si è avallato, del resto, un irreversibile distacco dai principi. Tanto che in una decisione di poco posteriore, nota alla prassi come sentenza "Impregilo", è stato chiarito che la precedente sentenza del 2007 abbia inteso confermare «la necessità di un rapporto diretto tra profitto e reato», escludendo «che l'autore di quest'ultimo possa sottrarre il profitto alla misura ablativa ricorrendo all'*escamotage* di trasformare l'identità storica del medesimo profitto, che rimane comunque individuabile nel frutto del reimpiego, anch'esso causalmente ricollegabile in modo univoco, sulla base di chiari elementi indiziali evincibili dalla concreta fattispecie, all'attività criminosa posta in essere dall'agente»⁷.

Nel ribadire, quindi, l'esigenza di un nesso di immediata consequenzialità tra reato e profitto da sottoporre a confisca, la sentenza "Impregilo" ha rinvenuto nell'art. 19 del d. lgs. 231/2001 precisi limiti all'area degli incrementi patrimoniali suscettibili di ablazione. A quest'ultima sfuggirebbe il prezzo versato dalla vittima del reato quale corrispettivo di una prestazione utile dell'ente: come nel caso dell'impresa che ottenga un appalto con meccanismi fraudolenti, ma esegua il lavoro a regola d'arte, traendo un corrispettivo non sproporzionato.

In chiave di analisi tecnica, le motivazioni spese dalla Cassazione a sostegno di tale conclusione restano parziali. L'idea che il contratto ge-

⁶ Cass., sez. un., 25.10.2007 (dep. 6.3.2008), n. 10280, in Guida al diritto, 26.4.2008, n. 17,69, con nota di G. Amato.

⁷ Cfr. Cass., sez. un., 27.3.2008, cit., in chiusura del punto 5.

nerato da una truffa, ad esempio, sia fonte di un rapporto «assolutamente lecito»⁸, come si legge nella sentenza, si espone a riserve. Il problema deve, a mio avviso, trovare sistemazione nel terreno concettuale che gli è proprio: l'analisi del profitto non solo come potenziale oggetto di confisca, ma quale "evento" della truffa, con il suo verso rappresentato dal danno per il soggetto passivo. Così impostato il tema, si apre la strada alla presa d'atto che il danno patrimoniale, evento costitutivo della truffa e di altri illeciti che offendono il patrimonio come "insieme", va definito con spirito di massimo realismo, decurtando dall'arricchimento conseguito dall'autore del reato il valore della corrispettiva prestazione resa nell'ambito di un rapporto di scambio.

Ci si è chiesti per altro verso se possano essere confiscati i cosiddetti risparmi di spesa ottenuti dall'ente, evitando di sostenere esborsi per adeguarsi agli *standard* di esercizio che le norme o l'esperienza impongono. A fronte del *distinguishing* operato nel caso "Ilva"⁹, secondo cui il risparmio confiscabile si identifica nella componente di un arricchimento introitato, non "abbattuto" dei costi che si sarebbero dovuti affrontare, una conclusione molto più ampia è stata raggiunta all'esito della vicenda Thyssenkrupp e mostra, oggi, di insediarsi con stabilità¹⁰.

Va confermato in ogni caso che il profitto dell'ente non può sottrarsi ad una quantificazione: e ciò non solo ai fini del giudizio di "rilevanza" del profitto, dal quale dipende, secondo l'art. 15 del d. lgs. 231/2001, la possibilità o meno di applicare sanzioni interdittive. Il profitto va determinato almeno nel suo ammontare minimo per contrastare tendenze a "presumere" che l'ente abbia conseguito un vantaggio, anche là dove ne manchi la prova processuale. Sotto questo profilo, anzi, il difetto di prova circa la misura del profitto si traduce in una carenza di dimostrazione del "vantaggio" richiesto per imputare all'ente l'illecito da reato, ogni qual volta esso sia identificato con un incremento o un mancato decremento patrimoniale.

⁸ Cass., sez. un., 27.3.2008, cit., punto 7.

⁹ Cass., sez. VI, 20.12.2013, dep. 24.1.2014, n. 3635, in *Cass. pen.*, 2014, n. 1534 (nota SILVESTRI).

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 24.4.2014, dep. 18.9.2014, n. 38343, § 64 della motivazione, con richiami alle precedenti pronunce di Cass., sez. II, 6.11.2008, n. 45389, e Cass., sez. un., 30.1.2014, n. 10561. Da notare che, pur soffermandosi lungamente sulla sentenza "Impregilo", che interpreta come espressione di un indirizzo «estensivo» nella giurisprudenza sul profitto confiscabile, la sentenza Thyssenkrupp fonda la propria conclusione in merito alla confisca dei "risparmi di spesa" sulla nozione del profitto quale «vantaggio economico che si ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza della attività criminosa alla stessa riferibile».

Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell'ente da reato

Massimiliano Masucci

1. Devo alla benevolenza della direzione e degli organizzatori di questa importante iniziativa scientifica, che commemora la figura del prof. Giuliano Vassalli, un'immeritata occasione di intervento.

Rinviando alle considerazioni rassegnate in altro contributo qui pubblicato, darei in certa misura per acquisito che la disciplina delle sanzioni per l'illecito dell'ente da reato si informi "tendenzialmente" ai principi penalistici.

Dico "tendenzialmente" perché residuano difformità nelle tecniche di irrogazione delle sanzioni, come quelle derivanti dalla loro cosiddetta "indefettibilità", che difficilmente troverebbero legittimazione in una compiuta attuazione verso l'ente dei presupposti regolativi della pena a carico degli individui.

Quanto al ruolo delle sanzioni interdittive, sul quale mi è stato affidato il compito di riferire, credo si possa partire da un assunto condiviso. Che, cioè, le inabilitazioni concepite dalla legge sollecitano l'ente a rimuovere le cause che nell'esercizio di specifiche attività abbiano favorito la commissione del reato. In altre parole, una finalità di tipo "preventivo", per evitare che, sino a quando le modalità di esercizio delle attività non siano incisivamente rinnovate, altri reati siano commessi.

È doveroso evidenziare – anche su questo penso si possa essere un po' tutti d'accordo – come la prevenzione, obiettivo della legge, non si attui semplicemente per l'impatto "naturale" di sanzioni che, in quanto "afflittive", spingano l'ente a sottrarsi, in futuro, al "male" che esse comportino, in quanto ne comprimano riconosciute libertà.

Tanto meno sarebbe corretto ritenere che la sanzione si proponga semplicemente di modificare "in qualche modo" l'atteggiamento

dell'ente nel prosieguo, deviando il percorso che ha condotto al reato; sebbene – credo – neppure questo tipo di effetto, meccanicamente prodotto dalla sanzione applicata, possa escludersi.

La prevenzione, è facile constatare, postula nell'ente un impegno diretto a perfezionare la propria organizzazione, così da scongiurare potenziali illeciti penali. È dunque prevenzione "speciale", perché indirizzata a un ente particolare, e "specificata", perché intesa ad evitare determinati reati; non apparendo da sopravvalutare i richiami alla prevenzione generale, pure rinvenibili nella giurisprudenza. Né è difficile aderire con convinzione all'invito a collegare gli scopi preventivi, tipici delle sanzioni nei confronti dell'ente, non alla sua pericolosità¹, bensì, laicamente, all'esito "obiettivo" della correzione della sua condotta organizzativa.

Ciò posto, l'esame del "ruolo" delle sanzioni interdittive può indurre a chiedersi se ad esse sia sottinteso o quanto meno non estraneo uno scopo "rieducativo", come avviene per l'individuo².

Il richiamo alla "rieducazione" dell'ente come obiettivo delle sanzioni ad esso applicate può avere un merito: non certo di innestare, nella riflessione sulle tecniche sanzionatorie, nozioni schiettamente umane, dalla resipiscenza all'emenda; bensì di segnalare, dalla specifica prospettiva della punizione dell'ente, che essa non debba assumere alcun contenuto neutralizzante, neppure sotto il profilo della sua incapacitazione o dell'ostacolo alla relativa azione, non strettamente collegato o persino superfluo al ripristino di un'adeguata organizzazione.

La prevenzione, cioè, va intesa nel limite (a) della proporzione e (b) di quanto risulti indispensabile per evitare «reati della specie di quello verificatosi».

2. È da sempre stigmatizzato, nelle analisi criminologiche e giuridiche, il limite di efficacia – vuoi in termini di deterrenza, vuoi di prevenzione – delle sanzioni pecuniarie a carico dell'ente, vista la possibilità di trasferirne il costo sul pubblico dei consumatori o dei fruitori dei servizi prestati dal destinatario della sanzione. Limite che si avverte

¹ Come sottolineato in FIORELLA, SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, Torino, 2018, 90.

² Prescindo dal tentativo di scendere sul terreno delle interazioni tra pene per l'individuo e pene per l'ente. Un effetto tangibile di questa interazione si misura nel processo: la "complessità" dell'accertamento e l'allungamento dei tempi necessari ad accertare l'illecito dell'ente sortiscono una minore "attrattiva" per la pubblica accusa nel perseguire quest'ultimo, oltre all'individuo: sta a testimoniarlo un'eloquente statistica elaborata dalla Procura di Milano: cfr. "Bilancio di responsabilità sociale 2014/15", consultabile all'indirizzo <https://www.procura.milano.giustizia.it/files/BRS-Procura-2015.pdf>, pag. 57.

pure dinanzi al perfezionato meccanismo di irrogazione per quote concepito dal d. lgs. 231/2001: e che è facile immaginare resista agevolmente ad eventuali incrementi della risposta sanzionatoria (comunque da contenere nel perimetro della “proporzione”).

Si comprende, quindi, la tendenza dei sistemi che configurano la responsabilità dell’ente “da reato” sul calco della responsabilità penale a privilegiare il ricorso a sanzioni di tipo interdittivo.

Occorre tuttavia, a mio avviso, precisare quale “filosofia” ispiri questa scelta. Soprattutto è necessario chiarire che l’applicazione della sanzione interdittiva non sembra affatto rappresentare il fine che l’ordinamento si prefigge nel reagire all’illecito da reato dell’ente.

Dalla lettura attenta dell’art. 14, anche in rapporto al successivo art. 17, del d. 231/2001 appare netta la volontà di prevenire la commissione di nuovi reati: rispetto alla quale, l’interdizione dall’esercizio di una o più attività – altrimenti consentite – si pone come uno strumento.

Proprio dall’art. 17 si desume inoltre che il ricorso all’interdizione non rappresenta per il legislatore una soluzione ottimale. Non lo è nel caso di sanzioni temporanee, dato che al termine dell’esecuzione torna a proporsi il problema della capacità dell’ente di “riprendere” l’attività prima interdetta senza incorrere in nuovi reati; ma neppure lo è quando la sanzione sia definitiva, atteggiandosi propriamente come misura neutralizzante, in quanto essa inevitabilmente disperde le eventuali, residue capacità dell’ente di operare positivamente nel circuito economico.

Soluzione ottimale è per contro l’adozione di un’efficace organizzazione preventiva, che blocchi sul nascere o serbi nei limiti della misura permessa il “rischio-reato”.

Ora, è risaputo il “dilemma” che cade sull’ente, il più commendevole, che intenda organizzarsi per conformarsi ai precetti penali (o para-penali): l’idoneità del modello a prevenire reati potrà essere sancita solo *ex post* dall’autorità giudiziaria, con un tangibile decadimento della certezza operativa o almeno dell’affidamento che l’ente possa riporre nella non censurabilità della propria azione.

Meno sviluppata è la riflessione sul seguente aspetto: l’ente interessato a scongiurare la sanzione interdittiva dovrebbe modificare il proprio modello organizzativo prima della sentenza che ne accerti la responsabilità (anzi, prima ancora dell’apertura del dibattito: art. 17 d. lgs. 231/2001): sommandosi, per ciò, all’incertezza sulla “bontà” di quanto abbia fatto “prima” dell’ipotetica commissione del reato, l’incertezza sull’opportunità e/o necessità di attivare tempestivi cambiamenti nella

propria organizzazione; non sapendo, l'ente, neppure se i mutamenti che, eventualmente, avesse ad adottare possano propiziare, da parte del giudice penale, quel conclusivo responso di idoneità preventiva del modello dal quale viene a dipendere l'esclusione di sanzioni interdittive³.

Non mi soffermo sul punto, anch'esso controverso, degli strumenti dei quali la magistratura giudicante disponga per esprimere un giudizio di questo tipo. Ognuno può constatare come siano mancate fino ad oggi indicazioni sui criteri che dovrebbero indirizzare una valutazione di evidente delicatezza e complessità, anche per la progettualità che la ispira (è un giudizio *de futuro*, sull'adeguatezza organizzativa dell'ente, di fronte al quale le incognite sul giudizio di "pericolosità sociale" dell'autore individuale appaiono di entità ben minore)⁴. E, si noti, l'alternativa è drastica, perché in caso di valutazione positiva nessuna interdizione può essere applicata; in caso negativo, essa si applicherà senz'altro.

Da questa angolazione si comprende perché recenti proposte di riforma, recuperando un'esperienza maturata nel dibattito statunitense alla fine del secolo scorso, si siano spinte sulla strada di incentivare la denuncia "informata" dell'illecito da parte dell'ente, corredata dall'introduzione di istituti a forte premialità, che "in contraccambio", sul presupposto che l'informazione trasmessa abbia reale rilevanza, ne escludano la punibilità⁵.

³ Incertezza non ridotta dalle possibilità – per di più subordinate a un'ammissione giudiziale nella quale potrebbero vedersi tratti di vera e propria discrezionalità – offerte all'ente, nel corso del processo, di provvedere, in quanto sia sottoposto a misure cautelari (art. 49) o dimostri l'impossibilità di adempiere prima (art. 65), o anche dopo la sentenza (art. 78), alle attività riparatorie previste nell'art. 17.

⁴ È ineccepibile il richiamo ad evitare, nel giudizio sull'adeguatezza del modello organizzativo, «personali convincimenti o soggettive opinioni» del giudice. Meno stringente è il rinvio alle «direttrici generali dell'ordinamento (*e in primis* a quelle costituzionali: cfr. art. 41. comma 3, Cost.), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza»: cfr. Cass., sez. V, 18.12.2013, n. 4677; ripresa da Cass., sez., 27.9.2016, dep. 2.12.2016, n. 52316.

⁵ Per quanto si apprende al di fuori dell'ufficialità, una proposta attuale si articolerebbe nella previsione di un nuovo art. 17-bis, così formulato:

«1. Quando il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, l'ente non risponde se prima della notifica dell'informazione di garanzia in relazione al predetto reato, abbia fornito all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli autori.

2. In ogni caso, l'esclusione della responsabilità è subordinata alla riparazione delle conseguenze dell'illecito ai sensi dell'art. 17.

3. È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente».

Mi preme dire che questa scelta può non essere produttiva, almeno se il traguardo che ci si ponga è quello della prevenzione efficace, più che l'allerta dell'autorità giudiziaria.

L'osservazione conduce a ridosso di quello che – mi è parso di dire in precedenti incontri ospitati da questa Università – si presenta come un nodo di fondo, ancora oggi non percepito o solo parzialmente avvertito: il costo della rinuncia a meccanismi di *probation*, diffusi invece in gran parte dei sistemi contemporanei, nel disciplinare la responsabilità dell'ente da reato. Su di essi il nostro sistema penale ha mostrato di essere pronto a puntare non solo nel trattamento della delinquenza minore ma anche nella reazione alla criminalità degli "adulti"; mentre nessuno spazio continua a concedersi alla *probation* a favore degli enti.

A me sembra che essa rappresenti una risorsa le cui capacità si apprezzano soprattutto nel raccordo con le sanzioni interdittive, in rapporto all'attitudine a stimolare la corretta azione organizzativa dell'ente: più esattamente, pur a grandi linee, nel senso che segue.

In luogo dell'*aut-aut* che l'ente si trova oggi a sperimentare nel procedimento penale, perché si affretti a rimuovere lacune organizzative ancora non accertate dal giudice penale, meriterebbe considerazione un meccanismo che consenta di irrogare, sì, sanzioni interdittive, ma al contempo preveda la possibilità di una loro sospensione, condizionata all'efficace attivazione dell'ente, da provvedere in un termine congruo, intesa ad eliminare, secondo la formula di legge, «le carenze organizzative che hanno determinato il reato», accertate con la condanna (benché non definitiva).

Il meccanismo avrebbe quali vantaggi:

- primo, di incentivare un rinnovato impegno organizzativo da parte dell'ente condannato, facendone discendere, in caso positivo, l'effetto della estinzione dell'illecito "da reato";
- secondo, di favorire un rinnovamento calibrato sui difetti organizzativi che si siano dimostrati "cause" del reato, così da scongiurare modifiche organizzative "al buio", magari non necessarie;
- terzo, di alleggerire l'onere del giudice penale nel processo di cognizione, sgravandolo dal peso di un giudizio di sopravvenuta "adeguatezza" organizzativa dell'ente, da rendere già con la sentenza;
- quarto, di trasferire la valutazione in sede esecutiva, sulla base di un'opportuna acquisizione informativa, costruendo, magari con l'impiego di risorse professionalmente specializzate nel corpo della magistratura, un ambito di valutazione "dedicato", comunque sganciato dall'urgenza del processo di merito;

- quinto, svincolare il giudizio sulla idoneità preventiva dall'alternativa secca "sì-no", istituendo un percorso di "monitoraggio" della *compliance*, imperniato sul dialogo tra autorità giudiziaria ed ente interessato.

La proposta, che potrebbe su questa base essere costruita, dovrebbe d'altronde calarsi nella più estesa considerazione dell'impianto, altresì, di istituti di *diversion*, che, in un percorso di riforma, traggano dall'interlocuzione con le autorità amministrative di controllo o con l'organo del Pubblico Ministero, anche con l'impiego di professionalità ausiliarie, equilibrate ipotesi di esiti procedimentali alternativi al processo di merito.

Uno schema utile potrebbe essere quello di un "patteggiamento" retto da criteri determinati dalla legge (penso, al di là del nocciolo dell'accordo sul tipo e sulla misura della sanzione, alla necessità delle restituzioni, del risarcimento del danno e della ablazione del profitto tratto dal reato, oltre che al riequilibrio organizzativo dell'ente).

Mi sembra che attorno a questi contenuti di possibile riforma si giochi la partita decisiva della prevenzione: cioè far sì che agire nella legalità penale divenga appetibile per l'ente, sì che esso vi nutra un reale "interesse" (logicamente antitetico a quello al reato).

La regolazione della cosiddetta dichiarazione non finanziaria, nell'ambito della responsabilità sociale d'impresa (d. lgs. 254/2016), sembra procedere in questa direzione.

Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato

Andrea Sereni

SOMMARIO: 1. Il mutamento della colpa di organizzazione alla luce del paradigma anglosassone di valutazione della responsabilità degli enti da reato. – 2. Le proposte di regolamentazione della collaborazione investigativa delle società nell'ordinamento italiano. – 3. Rilievi critici e una breve controproposta.

1. Il mutamento della colpa di organizzazione alla luce del paradigma anglosassone di valutazione della responsabilità degli enti da reato

Sono forti le influenze provenienti dal mondo anglosassone, segnatamente dagli Stati Uniti d'America e dal Regno Unito, in ordine alla responsabilità *ex crimine* degli enti. Parte non trascurabile della dottrina penalistica italiana e degli esperti legali delle nostre imprese risentono del "fascino" emanato dai sistemi di *common law* in questa materia specialmente, sia per ragioni di ordine culturale, sia per considerazioni di carattere pratico, sia infine perché si tratta di paesi che hanno, notoriamente, grande influenza politica ed economica a livello globale.

Tale "fascino" non riguarda peraltro i criteri di imputazione del reato all'ente previsti in particolare nel sistema nordamericano; nel senso che la responsabilità oggettiva lì adottata non è generalmente oggetto di "attrazione" da parte dei nostri cultori del diritto penale. C'è infatti ampio consenso, tra i penalisti italiani, circa la "preferenza" per la c.d. colpa (o colpevolezza) di organizzazione come elemento necessario ai fini dell'affermazione di responsabilità (altro il problema delle diverse classificazioni proposte di tale forma di colpa ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001). D'altra parte, questa "preferenza" per il

modello di imputazione per colpa rispetto a un modello di mera imputazione oggettiva è imposta dall'art. 27, comma 1, Cost. ("La responsabilità penale è personale"), per lo meno, è ovvio, nella misura in cui la responsabilità degli enti da reato è ricondotta nell'alveo del diritto penale (sia pure inteso in un senso più ampio che in passato).

Il paradigma nordamericano, da questo punto di vista, è molto distante dalla nostra normativa attuale. La responsabilità penale degli enti negli USA è una *strict liability*, caratterizzata da un'ampiezza di tiro assai maggiore di quella di altri Stati fra cui appunto l'Italia. Oltreoceano, come è noto, una società va incontro a responsabilità anche se il reato è commesso da impiegati di basso livello gerarchico; anche se l'ente ha adottato un modello organizzativo efficace e il dipendente ha trasgredito le direttive impartitegli¹; e perfino se la società si autodenuncia e coopera alle indagini dell'organo pubblico inquirente².

Tali ultimi fattori (modello preventivo efficace e cooperazione) consentono tuttavia di ridurre entità e numero delle sanzioni, specialmente se l'ente riesce a ottenere dalla pubblica accusa, con un accordo di transazione, la rinuncia a una formale incriminazione: in tal caso, vengono meno le severe pene accessorie previste dal diritto statunitense, e la sanzione pecuniaria, sebbene sempre applicata, risulta comunque più contenuta (taluni commentatori lamentano peraltro la vaghezza delle linee guida destinate ai *prosecutors* sui benefici concedibili alle imprese cooperanti e la modestia delle riduzioni di pena di cui possono godere le società maggiori).

Pur nella consapevolezza delle differenze con l'ordinamento italiano i fattori 'cooperativi', rilevanti nel determinare la sanzione penale negli Stati Uniti, sono all'attenzione della nostra dottrina in una prospettiva di riforma, peraltro immaginando adattamenti consoni alla disciplina del d.lgs. 231/2001, cioè ipotizzando di agire innanzitutto sull'*an* della responsabilità degli enti.

In effetti, dopo il recepimento nel decreto 231, con un rilievo maggiore che negli U.S.A., dei *compliance programs*, ora è la volta di saggiare – secondo alcuni, appunto, – ulteriori *steps* del sistema nordamericano di responsabilità penale delle società.

¹ V., per esempio, *United States v. Ionia Mgmt. S.A.*, 555 F.3d 303 (2d Cir. 2009).

² Naturalmente resta fermo il principio che l'ente risponde del reato commesso da un suo indipendente, in quanto quest'ultimo abbia agito con l'intento, almeno in parte, di favorire l'ente stesso.

L'attività di *compliance*, cioè il conformarsi a un programma etico, non è più soltanto vista nell'ottica del darsi prima, o al più tardi dopo la commissione di un reato, un assetto organizzativo efficace nella prevenzione criminale, ma viene proiettata in una sequenza più ampia. Ora, le fasi rilevanti della attività di conformità vengono articolate in un'ottica di più completa cooperazione con l'autorità giudiziaria (e con le agenzie di controllo). La sequenza completa dell'etica della legalità, capace di generare benefici penali per l'ente collettivo, può riassumersi, di fronte alla commissione di reati, nella triplice azione di: 1) organizzare la prevenzione, 2) autodenunciarsi, 3) cooperare alle investigazioni.

Come si vede, alla più "tradizionale" colpa di organizzazione, collegata alla mancata adozione di modelli preventivi, si aggiunge una *colpa di reazione* ove l'ente non faccia tutto quanto in suo potere per scoprire gli illeciti eventualmente commessi, non allerti tempestivamente l'autorità giudiziaria di quanto scoperto ovvero, una volta che un'indagine esterna sia già avviata, non cooperi lealmente con l'organo inquirente nella ricerca delle fonti di prova (mettendo a disposizione documentazione, posta elettronica aziendale, interviste investigative fatte ai dipendenti, ecc.)³.

Questo complesso di attività proattive di *internal investigation*, come già si è detto, è estremamente importante, nell'ordinamento statunitense⁴, per concludere transazioni sulla sanzione penale tra procure e imprese: i c.d. accordi di non incriminazione (NPA) o di differimento dell'incriminazione (DPA)⁵.

Lo schema è piuttosto semplice: garantire alle imprese vantaggi, in termini di trattamento penale, in cambio di un impegno fattivo nel debellamento della criminalità economica e nella dimostrazione di una totale lealtà verso le autorità inquirenti nella ricerca dei soggetti responsabili dei reati commessi all'interno delle strutture aziendali. Una giustizia negoziata, quindi, in funzione dell'ottenimento di risultati efficaci nella prevenzione/repressione della criminalità d'impresa; l'ente ha il vantaggio, come poc'anzi accennato, di un trattamento sanzionatorio più favorevole.

³ Senza attendere perquisizioni e sequestri.

⁴ Analogamente nel Regno Unito, v. il *Crime and Courts Act 2013*, e le modifiche ivi introdotte il 24 febbraio 2014 a regolare i *deferred prosecution agreements*, su cui, per tutti, BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, 33.

⁵ Per un esame dei *non prosecution agreements*, *deferred prosecution agreements* e *plea agreements*, RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12.10.2015, 3 ss.

Il senso ultimo di questo sistema può essere riassunto così: lo Stato persegue 'alleanze' con il mondo imprenditoriale. Muovendo dal presupposto che le attività pubbliche di prevenzione arrancano di fronte alla complessità dei mercati globali e dei meccanismi di funzionamento delle multinazionali in particolare, la strategia prescelta è quella di mutare per così dire natura alle imprese, trasformandole da luoghi rischiosi, dal punto di vista criminale, in "tutori dell'ordine societario", in guardiani (non solo notturni) della legalità.

A questo punto, l'obiettivo è una cooperazione integrale. Un'organizzazione è davvero trasparente, priva di opacità, e perciò meritevole di 'comprensione' penale, se non mostra resistenze alla collaborazione con l'autorità giudiziaria portando alla luce i reati scoperti. Nella visuale efficientista, etica della trasparenza ed etica della collaborazione finiscono col coincidere.

Infatti, in questa visuale, non ci si può fermare alla prevenzione, organizzandosi in modo virtuoso, ma il passo successivo 'obbligato' per l'ente è quello di dimostrare, a illecito avvenuto, la propria assoluta lealtà, il pieno 'appoggio' agli organi inquirenti non solo non ponendo ostacoli alle indagini, ma anzi facilitandone il buon esito attraverso investigazioni interne, anche sacrificando di fatto le proprie esigenze difensive⁶.

Tra gli studiosi statunitensi, a questo proposito, emerge un doppio impegno teorico: far sì che in futuro si riconosca all'organizzazione un ruolo cardine in ordine già al 'se' della responsabilità⁷, e far sì che alle imprese vengano riconosciuti benefici maggiori e più certi, rispetto all'attuale eccessiva discrezionalità dei *prosecutors*, in conseguenza della cooperazione prestata. La strategia, in tal senso, è chiara: rinsaldare la collaborazione tra Stato e impresa precisando preventivamente la cornice della negoziazione tra pubblico e privato, e i vantaggi a tal fine concedibili alle imprese collaboranti in sede di patteggiamento.

Resta tuttavia come presupposto 'politico' non in discussione, la convenienza dell'impresa a trattare, e prima ancora a cooperare, in considerazione dell'estrema severità, in caso contrario, della reazione punitiva pubblica.

⁶ Negli U.S.A. le persone giuridiche, a differenza delle persone fisiche, non godono della garanzia costituzionale contro l'autoincriminazione, cfr. BOURTIN-HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e Mas. Mantovani, Bologna, 2016, 202.

⁷ Cfr., ad es., LAUFER, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 9 ss.

2. Le proposte di regolamentazione della collaborazione investigativa delle società nell'ordinamento italiano

Dicevo all'inizio (§ 1) come questo paradigma "collaborativo" stia facendo proseliti anche in Italia in una prospettiva di riforma della responsabilità degli enti da reato.

Si sottolineano al riguardo, da più parti, i dati statistici e le prese di posizione di organismi internazionali che giocano a favore della implementazione più larga possibile, negli ordinamenti nazionali, del paradigma statunitense in esame.

Per esempio, si ricordano le raccomandazioni del B20 *Anti-corruption Working Group* rivolte al G20 tenutosi in Australia nel 2014, con cui si invitavano i governi del G20 ad armonizzare le rispettive normative interne al fine non solo di creare incentivi alle imprese che adottino un robusto programma anticorruzione aziendale, ma anche al fine di incentivare le segnalazioni spontanee delle aziende alle autorità competenti di condotte illecite (c.d. *self-reporting*). In tal senso, citando una ricerca dell'OCSE del 2014, *Foreign Bribery Report*, si fa notare che, rispetto a 427 casi di corruzione internazionale esaminati in diversi paesi aderenti alla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997, oltre il 30% di questi casi sono emersi grazie proprio alle attività di *self-reporting*, e che il 69% dei procedimenti penali avviati si è concluso con un accordo tra autorità giudiziaria e impresa coinvolta⁸.

Soprattutto, poi, la presa d'atto degli scarsi incentivi per le imprese italiane ad adottare un modello di organizzazione, considerata, com'è noto, la severità della giurisprudenza nel riconoscere l'esonero da colpa ai sensi degli artt. 6, 7 d.lgs. 231/2001, fa caldeggiare l'introduzione anche in Italia di forme di negoziazione "all'americana"⁹, e di premi per la cooperazione dell'ente alle indagini sull'eventuale reato commesso¹⁰.

Da questo punto di vista si propone anche, *de iure condendo*, di «disciplinare le modalità e i requisiti delle indagini interne su potenziali

⁸ MAS. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 119-120.

⁹ Oltre quindi i limiti dell'attuale patteggiamento *ex art.* 63 del d.lgs. n. 231 del 2001.

¹⁰ MAS. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 130-131; sul ruolo crescente che la giustizia negoziata dovrebbe avere nei procedimenti riguardanti gli enti collettivi, CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148 ss.

condotte illecite realizzate in ambito societario, valorizzando soprattutto i risultati delle investigazioni svolte dagli organi di controllo e vigilanza», che esulino dalle attività difensive della società¹¹.

Si stabiliscono, poi, analogie con il rapporto di agenzia, al fine di costruire una proficua *partnership* tra Stato e imprese nella «cogestione dei rischi legati alla criminalità d'impresa e giungere alla più efficace prevenzione dell'illecito economico con i minori oneri possibili, rispetto allo scopo, a carico delle organizzazioni private». Per questo, si sollecita il legislatore a progettare una disciplina «credibile» sulla responsabilità degli enti da reato, che faciliti e promuova, tra le parti, «l'adesione alla comune meta della prevenzione e la condivisione delle informazioni rilevanti»¹².

Il modello premiale proposto all'attenzione del futuro legislatore si ricongiunge idealmente alle ipotesi "collaborative" già presenti nel sistema penale delle persone fisiche, e prevede che le segnalazioni dell'ente all'autorità giudiziaria si dimostrino utili e tempestive al fine di ottenere benefici, e che dunque il *reporting* «intervenga in un momento in cui l'autorità giudiziaria risulti ancora priva della *notitia criminis*».

A tal proposito si propone l'introduzione di una vera e propria causa di non punibilità quando appunto, in presenza di un reato commesso dai soggetti indicati dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 231/2001, l'ente, prima della notifica dell'informazione di garanzia, «abbia fornito all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli autori», subordinando in ogni caso l'esclusione della responsabilità alla riparazione delle conseguenze dell'illecito ai sensi dell'art. 17 del decreto e alla confisca del profitto anche nella forma per equivalente¹³.

Si prospetta, inoltre, l'eventualità di prevedere «una seconda *chance* a favore dell'ente volenteroso: spostando il termine della cooperazione al momento della notifica della contestazione dell'illecito amministrativo, ma con l'offerta, in tal caso, solo di una forte riduzione della sanzione pecuniaria, oltre alla non applicazione delle sanzioni interdittive»¹⁴.

¹¹ MAS. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 131; MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 217 ss.

¹² F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945.

¹³ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 986.

¹⁴ F. CENTONZE, *op. loc. cit.*

Si avrebbe così un sistema decrescente di benefici, a seconda della tempistica della 'collaborazione'.

3. Rilievi critici e una breve controproposta

Allo stesso proponente di queste ipotesi di riforma non sfuggono immediate obiezioni di ordine pratico.

In particolare, il rischio di impieghi distorti di un simile sistema premiale potrebbe favorire la creazione di "capri espiatori". Non è evidentemente da escludere, infatti, che «l'organizzazione possa "sacrificare" il singolo per "salvare" l'ente, canalizzando verso l'individuo responsabilità anche della persona giuridica»; d'altra parte, il premio della 'impunità' potrebbe scattare anche se il reato dell'apicale o del subordinato sia stato favorito dalla inefficienza preventiva della politica aziendale interna.

Per scongiurare o per ridimensionare tali criticità, da un lato si invoca il vaglio accurato dell'autorità giudiziaria (del pubblico ministero prima e del giudice poi) sulla serietà ed ampiezza degli accertamenti investigativi svolti dall'ente, e sulla «corretta imputazione della responsabilità alla persona fisica». D'altro lato, si tende a escludere un'inerzia deliberata delle società nell'attivare la prevenzione, in considerazione della non punibilità ottenibile in ogni caso con la cooperazione investigativa *post delictum*, perché questo risultato comporterebbe pur sempre oneri rilevanti per l'ente: il «travaglio reputazionale» conseguente all'emersione del reato, l'investimento di risorse nelle indagini interne e nell'eliminazione delle carenze del controllo, infine la messa a disposizione del profitto eventualmente conseguito.

Si tratterebbe, in altre parole, «di una non punibilità conseguita comunque a caro prezzo»¹⁵.

Non è possibile in questa sede compiere un esame completo in merito alla efficacia riposta nel vaglio accurato dell'autorità giudiziaria o sull'entità dei costi comunque rilevanti che affronterebbero le società anche nel caso di non punibilità per la collaborazione prestata. Osservo tuttavia che i problemi che un tale modello esimente porterebbe con sé non sembrano risolvibili per questa via.

La questione del "capro espiatorio" sopra evidenziata resta sul tappeto, e non sembra certo sufficiente affidarsi al controllo giudiziario

¹⁵ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 986-987.

(ancorché accurato) del comportamento investigativo dell'ente, tanto più in situazioni nelle quali si stabilisca una collaborazione tra inquirenti e azienda coinvolta nelle indagini.

Il potere del pubblico ministero e del giudice, poi, verrebbe caricato di ulteriori aspettative nonostante che proprio in tema di responsabilità degli enti si lamenti come la discrezionalità giudiziale risulti già troppo ampia e soverchiante rispetto agli spazi di autonomia lasciati alle aziende e alle associazioni di categoria nel predisporre le strategie di *compliance*.

D'altra parte, è ipotizzabile che perfino nei casi più problematici rispetto alla stessa configurazione di un reato, la previsione di premi significativi per la collaborazione alle indagini potrebbe indurre l'ente a investigare in ogni caso sull'autore del fatto e quindi a non coltivare la propria difesa in sinergia con la persona fisica, 'accettando' subito l'ipotesi accusatoria, ancorché dubbia, che fosse formulata dalla procura, pur di raggiungere un esito celere, comunque conveniente e più certo del procedimento penale.

La mancata cooperazione alle indagini, d'altra parte, potrebbe essere considerata, a rovescio, indizio di opacità e ambiguità di comportamento della persona giuridica. Si rischierebbe cioè che lo stesso esercizio del diritto di difesa, inteso anzitutto come diritto al silenzio e alla non collaborazione¹⁶, venga valutato dal giudice come colpa per omessa reazione all'illecito, cioè sintomo a posteriori della inefficace attuazione del modello preventivo eventualmente adottato.

Insomma, potrebbe offuscarsi la stessa linea di demarcazione tra rischio consentito, legato all'esercizio delle proprie prerogative difensive, e rischio non consentito sanzionabile¹⁷.

Inoltre, mobilitare l'ente a un'azione di investigazione interna e di auto-denuncia di eventuali illeciti, e soprattutto mobilitare ogni membro dell'organizzazione a cooperare, mediante non solo incentivi ma anche obblighi di segnalazione, può indurre a una sorta di caccia all'uomo che, specie all'interno di megastrutture aziendali, potrebbe assumere contorni ben poco rispondenti ai principi liberal-democratici

¹⁶ Diritto difensivo, questo, garantito nel nostro ordinamento anche all'ente.

¹⁷ Neppure l'introduzione nel nostro ordinamento di uno statuto delle investigazioni interne, in aggiunta a quello delle indagini difensive già presente nel codice di procedura penale, credo risolverebbe il problema di fondo, evidenziato sopra nel testo, circa la difficile differenziazione tra rischio lecito e illecito in rapporto alla mancata cooperazione investigativa dell'ente.

della nostra Costituzione¹⁸. Questa, anzi, mi sembra la questione decisiva: se ritenere consona una politica criminale che richieda alle imprese, sfruttando la loro aspettativa di un lasciapassare sicuro, di adibire le unità lavorative e i presidi di vigilanza al ruolo di “collaboratori sul territorio” della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

Un simile indirizzo di politica criminale non mi sembra auspicabile né, come accennavo sopra, in linea con il volto liberale del diritto penale costituzionale.

Nel tessere le fila di complesse politiche della prevenzione, come appunto nella materia che qui ci impegna, risulta necessario fermarsi al punto giusto; oltrepassare questo punto vorrebbe dire cadere in una “deriva efficientista” che, a tacer d’altro, peggiorerebbe non poco la qualità di vita delle persone.

Il concetto della colpevolezza di organizzazione necessita dunque di una sana politica dei limiti.

La difficile dialettica tra individuo ed ente, nell’ambito del diritto ‘penale’ delle società, è certamente destinata ad atteggiarsi anche in modo conflittuale: basti pensare alle sanzioni disciplinari che l’ente collettivo può e deve infliggere ai responsabili di illeciti per dimostrare la propria estraneità agli illeciti stessi. La trasparenza organizzativa, d’altra parte, può effettivamente mettere a nudo le infrazioni compiute dai singoli apicali o subordinati, lasciandoli più facilmente in balia di indagini esterne. Tuttavia, ciò non implica ancora un onere di ‘collaborazione’ investigativa: è un passo ulteriore, questo, non privo, come si è tentato di dimostrare, di controindicazioni.

In settori delicati come questo, dove il rapporto triangolare tra Stato, ente e individuo è così intricato, e dove le tentazioni della prevenzione sono così fortemente presenti, è davvero essenziale tenere a mente quello che Albert Camus chiamerebbe la «legge della misura»¹⁹ nella ri-definizione del sempre precario equilibrio tra autorità e libertà²⁰.

¹⁸ Per una difesa forte dei principi costituzionali in materia penale, per tutti, MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 107 ss.

¹⁹ CAMUS, *L’uomo in rivolta*, Milano, 2014, 323.

²⁰ Per ricostruzioni equilibrate, attente al rapporto tra individui e strutture collettive, della responsabilità degli enti da reato, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 651 ss.; MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in AA.VV., *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di A. Manna, 2° ed., Milano, 2018, 65 ss.

In conclusione, volendo offrire un modesto contributo in chiave di riforma della responsabilità da reato degli enti collettivi, mi sembra che resti prioritaria l'esigenza di migliorare il contenuto del d.lgs. 231/2001 in ordine alla configurazione della colpa di organizzazione, e della rilevanza esimente dei modelli preventivi, riducendo la discrezionalità giudiziaria attuale, anche introducendo forme di certificazione dell'idoneità del modello. Non mi sembra viceversa opportuno aprire nuove frontiere della colpa, segnatamente in rapporto alla colpa di 'reazione', ancorché collegata alla non punibilità, o a una significativa riduzione della sanzione, in caso di proficua cooperazione dell'ente alle indagini dell'autorità giudiziaria.

Illecito dell'ente da reato e garanzie penal-processualistiche

Tommaso Rafaraci

SOMMARIO: 1. Una scelta di alto profilo per il modello penalistico. – 2. L'attuazione e la realtà applicativa. – 3. Il titolo di responsabilità dell'ente per il reato commesso dai soggetti in posizione apicale. – 4. Presunzione *contra reum*. – 5. *Segue*: ricadute sul sistema cautelare. – 6. Indebita disinvoltura su diritto al silenzio e diritto di difesa. – 7. Un rito oscillante tra cognizione e prevenzione.

1. Il sistema delineato dal decreto legislativo n. 231 del 2001 affida, com'è noto, alla giurisdizione penale l'accertamento della responsabilità dell'ente e l'applicazione delle relative sanzioni. Ciò risponde a una scelta "alta", fatta a suo tempo dal legislatore delegante: una scelta non scontata, eppure del tutto giustificata dall'esigenza di un accertamento il più accurato e senza residui di tutti gli elementi essenziali (innanzitutto il reato presupposto ma certamente non solo quello¹) di un illecito che, comunque qualificato, denota per le sue conseguenze connotati eminentemente punitivi.

In conformità alle direttive della legge delega n. 300 del 2000, a conoscere dell'illecito "amministrativo" dell'ente è il medesimo giudice competente per il reato presupposto, nell'ambito di un procedimento di regola simultaneo a quello propriamente penale (art. 38 d. lgs.). Quanto alla disciplina del procedimento, la legge delega prescriveva l'applicazione, «in quanto compatibili», delle disposizioni del codice di procedura penale. La clausola di compatibilità veniva a preservare i necessari

¹ Oltre al reato presupposto, sono elementi della complessa fattispecie il rapporto qualificato del suo autore con l'ente, l'interesse e il vantaggio dell'ente alla condotta criminosa, le carenze della sua organizzazione per la prevenzione dei reati (artt. 5-7 d. lgs. 231).

marginari di adattamento delle regole codicistiche alle peculiarità della persona giuridica. Ma, a segnalare che l'operazione adeguatrice non potesse attingere esiti riduttivi delle prerogative spettanti all'ente nel "suo" processo, si prescriveva, subito di seguito, che la disciplina applicabile assicurasse «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale» (art. 11 co.1 lett. q l. n. 300 del 2000). Insomma, l'adesione convinta al paradigma penalistico, del tutto trasparente già nelle direttive della delega, indicava, per un verso, l'intenzione di istituire un accertamento "a tutto tondo" anche in ordine alla distinta e autonoma fattispecie di illecito dell'ente e, per altro verso – ma specularmente – la volontà di assicurare all'ente tutte le fondamentali garanzie stabilite proprio dal modulo penale prescelto a favore dell'imputato.

2. Senonché l'attuazione e la prassi applicativa del d. lgs. n. 231 del 2001 danno conto di una realtà diversa. Il legislatore delegato, lungi dal limitarsi ad adattare all'ente il modello di accertamento penale, non è sfuggito alla tentazione di delineare un sistema distinto e sotto diversi aspetti – come si vedrà – ingiustificatamente derogatorio rispetto ad essenziali principi di garanzia propri dell'universo penalistico. In tal senso è rivelatore l'art. 34 d. lgs. n. 231, il quale subordina l'applicazione delle disposizioni del codice di rito penale al previo vaglio di compatibilità con l'intero complesso delle norme dettate nel Capo III del d. lgs. n. 231 medesimo. Questa previsione generale getta poi un preoccupante velo di ambiguità su quella, di per sé alquanto infelice, che la segue: l'art. 35 (intitolato «Estensione della disciplina relativa all'imputato») dispone che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili». Occorre infatti chiedersi di quale compatibilità si tratti. L'estensione è anch'essa subordinata alla compatibilità con le disposizioni del Capo III o s'impone quale garanzia prioritaria, bisognosa solo dei limitati adattamenti richiesti dalla natura del soggetto ente? Non pare dubbio che, nonostante l'ambiguità della formula, si tratti di una clausola di garanzia operante in quest'ultimo senso, quale limite all'interprete, volto a rinsaldare la posizione dell'ente nel "suo" processo, anziché come mero canone integrativo dell'apparato normativo "speciale" configurato nel Capo III².

² V. in proposito M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2015, p. 40 ss.

3. L'assunto ha invero un impatto cruciale: evitare cedimenti in ordine al pieno accostamento dell'ente all'imputato è essenziale presidio, sotto svariati aspetti, per la credibilità del sistema di responsabilità punitiva della persona giuridica. A partire dagli stessi profili di configurazione della fattispecie sostanziale che si riversa nel processo.

Di ciò è prova, purtroppo in negativo, il titolo di imputazione che risulta dagli artt. 5 e 6 d. lgs. 231 in relazione ai reati commessi dai soggetti che nell'ente rivestono posizione apicale. A norma dell'art. 6 d. lgs. 231, l'ente risponde se il soggetto in posizione apicale ha commesso il reato «nel suo interesse o a suo vantaggio». Tuttavia «l'ente non risponde se prova che: l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)». Si tratta, evidentemente, di una fattispecie direttamente declinata in chiave processuale, in cui il fatto costitutivo non consiste altro che nella commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte del soggetto in posizione apicale. Solo in ordine a ciò l'onere della prova (il rischio della mancata prova) grava sull'accusa. Gli altri elementi assumono infatti il ruolo di fatti impeditivi: in ordine ad essi, l'onere della prova (il rischio della mancata prova) grava sull'ente³.

4. Di fronte a simile assetto, far capo alle garanzie processuali dell'imputato è la via più affidabile per censurare fondatamente una semplificazione probatoria impressa alla fattispecie sostanziale che relega nella pratica inanità l'elemento del rimprovero all'ente⁴. Per vero, fuori della teoria della c.d. immedesimazione organica, non si rinuncia, di solito, a configurare la colpa di organizzazione come base necessaria del rimprovero all'ente per il reato commesso dal soggetto in posizione apicale.

³ V. P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.* 2016, p. 706

⁴ Sul fenomeno delle fattispecie plasmate dal legislatore in chiave prettamente probatoria, anche con riferimento al caso considerato in questa sede, v. A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. DE FRANCESCO e E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, 2016, p. 90 ss.

Ciò infatti consente di sfuggire alla conclusione, altrimenti inevitabile, che l'ente risponda a titolo di responsabilità oggettiva e, anzi, per fatto altrui. Senonché non serve scansare labialmente la censura *ex art. 27* comma 1 Cost. se, nel processo, il fatto costitutivo della responsabilità dell'ente non include gli elementi indicativi della colpa di organizzazione e, in coerenza con ciò, questi non compaiono nell'imputazione (essendo estranei alla regiudicanda), non assurgono a tema di prova né quindi devono essere effettivamente provati; toccando, semmai, all'ente, se vuole evitare la condanna, assumere l'onere di prova – non di mera allegazione ma di prova piena – della loro insussistenza⁵.

È ben strano – ma le cose stanno proprio così – che, nel mentre si postula la colpevolezza dell'ente quale elemento dell'illecito, indispensabile per la tenuta garantistica del sistema a mente dell'art. 27 comma 1 Cost., il rischio della sua mancata prova non gravi sull'accusa. L'operazione mascherata la sottaciuta rinuncia ad attribuire alla colpa di organizzazione un ruolo effettivo di limite alla responsabilità dell'ente nell'ipotesi di reato commesso dall'apicale, ma va denunciata proprio sul terreno processuale nel quale essa si manifesta: chiamare l'ente, affinché scansi la responsabilità, alla prova di fatti impeditivi della sua colpevolezza, vuol dire presumere quest'ultima, in palese violazione dell'art. 27 comma 2 Cost. È evidente, tuttavia, come la critica supponga che l'estensione all'ente delle garanzie dell'imputato – prima fra tutte proprio la presunzione di non colpevolezza – costituisca canone non cedevole. A questa condizione, apparirà chiaro come la circostanza che, in concreto, il tema della colpevolezza entrerà comunque il più delle volte a pieno titolo nello scenario dell'accertamento (essendo prevedibile che l'ente farà di tutto per fornire la prova dei fatti che la escludono) non riporta per nulla in equilibrio il sistema rispetto all'art. 27 comma 1 Cost. Un elemento dell'illecito – qui, appunto, la colpa di organizzazione – non può dirsi genuinamente costitutivo della responsabilità se esso non figura fra quelli che è onere dell'accusa provare (o, meglio rischio dell'accusa non provare).

⁵ Diversa, com'è noto, si presenta la fattispecie costitutiva della responsabilità dell'ente per il reato commesso dai soggetti in posizione subordinata. In proposito l'art. 7 d. lgs. 231 include tra gli elementi da provare per la diagnosi di responsabilità la colpa dell'ente per inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Una presunzione di assenza di colpa opera invece, quale fatto impeditivo, a favore dell'ente, essendo esclusa la sua responsabilità (a prescindere da ogni indagine sull'inosservanza o meno dei predetti obblighi) ove prima della commissione del reato abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. In tema v., per tutti, P. FERRUA, *op. cit.*, p. 706 s.

5. Simili rilievi non hanno certo il pregio della novità. Su questi aspetti si sono invero concentrate fin da subito diffuse critiche e il tema concernente il titolo costitutivo della responsabilità dell'ente per il reato del soggetto apicale è tra quelli già oggetto di proposte di riforma orientate a ricondurre senza ambiguità gli indicatori della colpa di organizzazione all'interno della fattispecie da provare.

Il punto è, comprensibilmente, della massima delicatezza: la struttura "di sospetto" di un titolo d'imputazione a colpa sostanzialmente presunta, quale quello tuttora vigente, non sbilancia ingiustificatamente *contra reum* solo la cognizione del merito, di là da venire, del processo all'ente ma impone analoghi effetti in sede di valutazione cautelare. Il che è tanto meno accettabile nel contesto di un sistema giurisdizionale che connette in stretto rapporto, ravvicinandole funzionalmente fino ai limiti del consentito, la valutazione cautelare con quella sulla responsabilità. Com'è noto, il sistema cautelare *ex d. lgs. n. 231* è in buona parte fondato sull'adozione anticipata delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9 d. lgs. 231, in veste, appunto, di misure cautelari a finalità spiccatamente preventiva (art. 45 d. lgs. 231), a loro volta inserite, come tali, a norma dell'art. 49 d. lgs. 231, in una auspicata dinamica premiale-riparatoria (anch'essa anticipata rispetto a quella esperibile in sede di merito ai sensi dell'art. 17 d.lgs.), che permette di sospenderne l'applicazione.

Orbene, è proprio, e innanzitutto, in tema di misure cautelari che, nella prassi, la presunzione stabilita nell'art. 6 d. lgs. 231 ha evidenziato le sue più preoccupanti rifluenze. Per l'adozione della sanzione interdittiva quale misura cautelare si richiede, in primo luogo, ai sensi dell'art. 45 d. lgs. 231, la ricorrenza di «gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato». Il *fumus boni iuris* è riferito, cioè, al tema della (probabile, allo stato degli atti) responsabilità dell'ente. Il presupposto cautelare si rivolge, così, correttamente, alla fattispecie costitutiva della prospettata responsabilità della persona giuridica. Senonché, proprio per questo, già in fase cautelare opererà a pieno regime l'inversione dell'onere probatorio stabilita all'art. 6 d. lgs. 231. Pur ammesso al contraddittorio preventivo rispetto alla decisione sulla domanda cautelare (art. 47 d. lgs. 231), l'ente subirà quella presunzione di colpevolezza che attraversa tutto il procedimento e ne pregiudica la posizione difensiva.

Analoghe conseguenze, quanto meno, si determinano in tema di sequestro nei confronti dell'ente, finalizzato alla confisca del prezzo o del profitto del reato (art. 53 d. lgs. 231, in relazione all'art. 19 d.lgs.

231). Pure ammesso che si consolidasse – ma, allo stato, non è proprio così – l'indirizzo giurisprudenziale che, muovendo dalla esplicita attribuzione a detta confisca della qualifica di sanzione per l'ente (che il sequestro *ex art. 53 d. lgs.* non fa che applicare anticipatamente, in via d'urgenza), riconosce come il *fumus boni iuris* debba anche al riguardo attestarsi sulla ricorrenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente⁶, a compromettere gli spazi del diritto di difesa dell'ente resterebbero tali e quali le strettoie dell'art. 6 d. lgs. 231.

6. Occorre riconoscere che è stato alla fine più agevole superare il dogma *societas delinquere non potest* che raccogliere in positivo i frutti di questo percorso di maturazione. Nella configurazione dei descritti assetti hanno avuto certo un peso inevitabili incertezze sulla fisionomia dell'illecito che si andava per la prima volta a delineare, benché la consacrazione del principio di autonomia della responsabilità da reato della persona giuridica rispetto a quella dell'autore fosse essa stessa indice della volontà di concepire tale illecito tutt'altro che come una *fictio*, bensì come una realtà corposa.

Le opacità si manifestano anche sul terreno più squisitamente processuale, dove si colgono diverse difficoltà ad assimilare un modello che trovi necessario assicurare all'ente tutti gli autonomi attributi di garanzia consoni ad un titolo di responsabilità che è geneticamente altrettanto autonomo. Il processo all'ente stenta invero in più occasioni a riconoscere quest'ultimo quale suo diretto protagonista, nel ruolo di vero imputato.

Talvolta il difetto sta effettivamente nel testo normativo (e persino nella *voluntas* del legislatore delegato). In questo senso, viene ad esempio in considerazione l'art. 44 d. lgs. 231, là dove, quanto al rappresentante dell'ente, l'incompatibilità a testimoniare è prevista solo per il rappresentante che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato; da ciò sembra ricavarsi che, invece, abbia l'obbligo di testimoniare il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al tempo del reato. La conclusione pare avallata anche dalla relazione al decreto legislativo, in cui si afferma che «l'equiparazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale per il quale è previsto un regime peculiare...». Viene spontaneo

⁶ Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, Codelfa, s.p.a., secondo la cui condivisibile ricostruzione non osta a questa lettura che l'art. 53 d. lgs. 231, a differenza dell'art. 45 d. lgs. 231, taccia in ordine alla situazione di gravità indiziaria, potendo ciò attribuirsi alla pedissequa trasposizione delle disposizioni codicistiche sul sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.).

replicare che, poiché, ai sensi dell'art. 39 d. lgs. l'ente partecipa al procedimento con il suo rappresentante legale, stabilire l'obbligo testimoniale per quest'ultimo significa in realtà imporlo all'ente. In questo contesto distinguere tra ente e suo rappresentante comporta una lesione del diritto al silenzio, riconducibile ad esigenze di assicurazione del contributo probatorio, che spacca il fronte difensivo dell'ente in suo danno.

Talaltra è la giurisprudenza di legittimità a fornire letture poco conformi al diritto di difesa. Esempolari, in proposito, le vere e proprie diatribe in tema di difesa e partecipazione dell'ente al proprio procedimento. Secondo l'art. 39 comma 1 d. lgs. 231, l'ente partecipa al procedimento con il proprio rappresentante legale (salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo), costituendosi mediante dichiarazione e contestuale deposito di procura rilasciata al difensore (commi 2 e 3). Si sostiene, al riguardo, che tale costituzione sia necessaria non solo per la partecipazione attiva dell'ente al procedimento (la c.d. autodifesa) ma altresì per l'esercizio del diritto di difesa *tout court*. Per contro, all'ente non costituito (come tale «contumace» – oggi «assente» – nel giudizio), o il cui atto di costituzione sia stato dichiarato inammissibile per essere stata la procura rilasciata dal legale rappresentante imputato del reato, l'autorità giudiziaria nominerà un difensore d'ufficio. Il *pendant* tra costituzione ed esercizio dei diritti difensivi suona tuttavia improprio, ove si consideri che la costituzione è espressione della scelta autodifensiva dell'ente, che dimostra così di voler partecipare attivamente al procedimento. Senonché anche l'ente non costituito è ovviamente soggetto/parte essenziale del procedimento, a prescindere dalla sua costituzione⁷, e tanto basta ad assicurargli l'esercizio del diritto di difesa (esclusi gli atti c.d. personalissimi, riservati all'ente) e, a tal fine, il diritto a nominare in qualsiasi momento un difensore di fiducia, analogamente a quanto può fare l'indagato/imputato, a norma dell'art. 96 c.p.p.

Nondimeno l'indirizzo contrario risulta in sostanza accreditato dalle Sezioni unite della Cassazione, pur con qualche temperamento che ammette una (temporanea) nomina difensiva di fiducia – da “convalidare” con la successiva costituzione e il conferimento della procura speciale – essenzialmente rivolta a fronteggiare le esigenze di immediata difesa scaturenti da atti a sorpresa che rendano difficoltoso provvedere

⁷ A tal riguardo M. CERESA GASTALDO, *op. cit.* p. 58, rileva non a torto l'incongruità del conferimento di una procura speciale al difensore in sede di costituzione dell'ente.

alla costituzione in tempo utile⁸. Persino questo spiraglio, aperto per i casi di urgenza, resta comunque precluso al rappresentante legale che sia indagato/imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Il divieto è, astrattamente, giustificato con l'esigenza di tutela dell'ente rispetto al possibile conflitto d'interesse con il rappresentante imputato ma questa totale chiusura (indifferente all'eventualità che il rappresentante legale possa anche non sapere del proprio coinvolgimento personale), risalta come la più rigida e indiscriminata intrusione nel diritto dell'ente all'assistenza difensiva fiduciaria.

7. Simili preoccupanti disallineamenti rispetto allo standard di essenziali garanzie dell'imputato (diritto al silenzio; diritto – e libertà – di difesa) sembrano tradire la promessa di assicurare all'ente un giusto processo; il che, forse, non era nemmeno in cima alle manovre di politica legislativa che hanno presieduto alla caratterizzazione del sistema.

L'immagine di un rito sensibilmente distolto dalla cognizione accurata ed equa del proprio tema e visibilmente orientato ad altre finalità, emerge, invero, dalla speciale vocazione della giurisdizione nei confronti dell'ente a promuovere in forma spinta preminenti obiettivi di recupero dell'ente alla legalità, di riparazione e prevenzione, attraverso la leva persuasiva della premialità. Una leva che agisce secondo moduli i quali, come si è accennato, prevedono, fra l'altro, la non applicazione delle temibili sanzioni interdittive (art. 17 d. lgs.) e, ancor prima, la loro sospensione quando siano applicate come misure cautelari (art. 49 d. lgs.): ciò che chiama il giudice a delicate valutazioni tecniche in ordine agli adempimenti richiesti per asseverare che l'ente sia pronto a ritornare "sulla retta via". Diagnosi e profilassi si rincorrono, così, dentro l'involucro processuale penale, in un percorso ibrido dalle molte variabili⁹.

⁸ V. Cass., Sez. Un. 28 maggio 2015, Covalm Biogas s.c.r.l..

⁹ La finalità repressiva, radicata com'è noto nell'esigenza di punire l'ente, evitando che esso, come in passato, resti indenne, scaricando sulla persona fisica autore del reato responsabilità per condotte maturate in seno ad esso e nel suo interesse o vantaggio) cede terreno e fiducia a più ambiziosi obiettivi di politica criminale che puntano sul recupero dell'ente alla legalità.

PARTE III

APPROFONDIMENTI COMPARATIVI
IN RELAZIONE AL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ
DEGLI ENTI DA REATO IN SUD AMERICA

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: criterios generales y modelos comparados en Iberoamérica

Manuel Gómez Tomillo

1. Introducción

Como es conocido, la tendencia dominante en los países iberoamericanos viene siendo la de superar el viejo brocárdico *Societas delinquere non potest* o *Universitas delinquere nequit*. El reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta imparables, si bien, como veremos, por una parte, dicho reconocimiento se introduce con notable timidez en cuanto a su alcance, y, por otra, hasta la fecha, son muy escasos los procedimientos significativos en los que se ha empleado. A título ejemplificativo, la citada responsabilidad se reconoció de forma pionera en Brasil en su Constitución de 1988 y de forma efectiva en la Ley de delitos ambientales en febrero de 1998; le siguieron Chile en 2009 con la Ley 20.393; en Argentina con la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011 (artículo 304 CP), si bien ya contaba con precedentes en leyes 26.683 (lavado de dinero), 24.769 y 26735 (penal tributaria) y 26.733 (de orden económico y financiero), pese a lo cual se habían planteado ciertas dudas, en cuanto a tales precedentes; a día de hoy, hay que tener en cuenta la Ley 24.701 de 27 de noviembre de 2017 régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y cohecho transnacional; en Ecuador en 2014¹; en Perú, por medio de la Ley N° 30424 en 2016 introdujo responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificada el 6 de enero

¹ En efecto, el art. 49 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (en lo sucesivo CP) reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas «en los casos previstos en este Código». Sin embargo, luego es limitada a pocas figuras: art. 205, insolvencia fraudulenta; art. 243, falta de afiliación al Instituto acuatoriano de Seguridad Social; art. 258, delitos medioambientales; enriquecimiento privado no justificado, defraudación tributaria, etc. Hasta donde alcanzo, no se incluyen los

2017, día en que se publicó el Decreto Legislativo 1352 que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para delitos de cohecho transnacional, doméstico, lavado de activos y financiación del terrorismo (entra en vigencia el 1 de enero de 2018); en México a nivel federal en 2016 (publicación el 17 de junio de 2016 en el Boletín Oficial de la Federación que modifica el Código Penal Federal y Código Nacional de Procedimientos Penales) a lo que hay que sumar ya algunos Códigos Penales de los estados, como es el caso de Ciudad de México; a ellos hay que añadir países como República Dominicana (arts. 7-13 CP dominicano, introducidos por la Ley 550-2014, declarada inconstitucional por motivos procedimentales).

Pese a todo, existe todavía cierto grupo de países renuentes, como es el caso de Costa Rica y Colombia. Sin embargo, mi impresión es que con el tiempo el fenómeno es imparable y acabará reconociéndose prácticamente en todos los sistemas.

Globalmente se puede decir que el sistema es generalizado, con las excepciones vistas, de alcance muy limitado, por hecho propio y con un cierto, pero no unánime, reconocimiento de la causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad de la implementación de *compliance programs* idóneos para la prevención de ilícitos.

Los factores que han determinado la expansión del fenómeno desde luego son múltiples. Yo citaría tres: por un lado, la influencia anglosajona (seguramente también la española, si bien cabe recordar que en España se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por medio de la LO 5/2010 de 22 de junio, siendo modificado el sistema por medio de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo). Por otra parte, las exigencias de la OCDE que para el ingreso del país venía requiriendo la implementación de responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos de corrupción. Finalmente, un cierto clima dogmático, que ha superado las reticencias tradicionales muy determinadas por el pensamiento alemán.

Con carácter previo merece la pena hacer alguna precisión.

1. Todos los sistemas se caracterizan por el reconocimiento de la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas administrativamente, responsabilidad, pues, muy anterior en el tiempo, a la penal. Por ello, si tradicionalmente los principios del Derecho penal se aplican al Derecho administrativo sancionador, en este punto en concreto

delitos centrales en materia de corrupción: cohecho, concusión, peculado y tráfico de influencias.

parece que se puede producir el fenómeno inverso y los criterios que se venían aplicando a las sanciones administrativas a personas jurídicas, al final, se podrán extrapolar al Derecho penal. Merece la pena en este contexto la cita de la Ley Colombiana 1778, del 02 de febrero del 2016, que regula la «responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para prevenir el delito de soborno transnacional», en la medida en que en Colombia no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sancionan por medio de sanciones administrativas puras a las organizaciones por hechos típicamente penales, como son los actos de corrupción. Algo semejante ocurre en Brasil, donde tan sólo hay responsabilidad de las personas jurídicas por delitos mediambientales, de muy reducida aplicación y, sin embargo, contemplan infracciones administrativas puras a las entidades por hechos de corrupción, por medio de la Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013. Por fin, en México, la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 18 de julio de 2016, sanciona administrativamente a personas físicas y jurídicas por hechos que normalmente se atribuyen al Derecho penal, como cohecho, peculado, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, etc.

2. Algunos países denominan a sus sistemas de «responsabilidad administrativa», aunque materialmente las sanciones son penales y formalmente su imposición se le asigna al poder judicial, de forma próxima a lo que acaece en Italia (caso del Perú). Sin embargo, materialmente, estamos ante responsabilidad penal, como lo demuestran diversos factores. Las sanciones se imponen por la jurisdicción penal, conforme a las reglas de investigación, procesamiento y sanción del Código Procesal Penal; la persona que sanciona es el juez penal (arts. 5 al 11); las reglas de prescripción son las de materia penal (art. 4). Así, por ejemplo, la multa y la inhabilitación prescriben a los 2 años (interpretación sistemática por comparación de art. 4 de la ley y art. 80 del CP), etc.

Obviamente, en todos los países se detecta la discusión relativa a si estamos ante hipótesis de autorresponsabilidad, de responsabilidad por el hecho propio, o si por el contrario, se trata de heteroresponsabilidad, de responsabilidad por el hecho ajeno. Supongo que se trata de una discusión propia de fenómenos nuevos. Seguramente, el criterio dominante es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo es por un

injusto y una culpabilidad propias, en la medida en que la heterorresponsabilidad es incompatible con el principio de personalidad de las penas o prohibición de sancionar *ex iniuria tertii*, por hechos ajenos. Nada diferente a lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho penal como puede ser la coautoría². En todo caso, es significativo que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos incluyan una cláusula en virtud de la cual no es necesaria la condena de la persona física realmente actuante para que se pueda hacer lo mismo con la entidad en nombre o por cuenta y en beneficio de la cual se actúa (vid. artículo 4 del Decreto Legislativo 1352 peruano; artículos 4 y 6 de la Ley 27.401 argentina; artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, art. 29.párrafo quinto, del Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano, etc. etc.).

Desde una perspectiva material, los problemas que se plantean son, esencialmente, a cuatro niveles: a) delitos a los que se aplican; b) sujetos responsables; c) criterios de imputación; d) culpabilidad. Dejaré en mi exposición cuestiones como las sanciones aplicables y los problemas procesales para otra ocasión.

2. Delitos imputables a las personas jurídicas

En primer lugar, a nivel de delitos imputables a las entidades, hasta donde alcanzo ningún sistema ha adoptado el modelo holandés, en virtud del cual todo delito imputable a las personas físicas, en abstracto, puede imputarse también a las personas físicas³. Formulado en otros términos, todos los sistemas adoptan un modelo de *crimina societatis* o de *numerus clausus*. De hecho, es en este ámbito donde se pone de manifiesto la timidez con la que se va introduciendo el nuevo sistema, ya que en muchos ordenamientos jurídicos es realmente limitado el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

² Sobre la cuestión nos remitimos a M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, Capítulo 6.3.

³ En Holanda las personas jurídicas pueden ser hechas responsables de cualquier delito: al respecto, vid. J. Vervaele, «Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda», *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (M. Ontiveros Alonso, coord.), Valencia, 2014, p. 535; en sentido próximo, aunque con matices, acaece en Francia y Bélgica; al respecto, vid. las referencias que proporciona M.A. Boldova Pasamar, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos XXXIII*, 2013, p. 250, n. 55); o Australia, (vid. la S. 12.1 (2) de la Criminal Code Act australiana; sobre la cuestión vid. Jonathan Clough, «Bridging the theoretical gap: the search for a realist model of corporate criminal liability», *Criminal Law Forum*, 2007, 278).

Así, por ejemplo, en Chile, tan sólo se reconoce la posibilidad de sancionar por cuatro grupos de delitos (vid. el reducidísimo catálogo del artículo 1 de la Ley 20393: «La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, en síntesis, lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho activo o soborno y, posteriormente añadido, el delito de receptación); en Brasil, tan sólo por delitos medioambientales, ciertamente amplios, pero sólo por esos delitos por imposición constitucional; en Perú, inicialmente sólo se reconoció por delito de cohecho internacional en la Ley N° 30424 en 2016 introdujo responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo para el delito de cohecho pasivo internacional⁴; sin embargo, se ha ampliado, el 6 de enero 2017 se publicó el D. Leg. 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para delitos de cohecho transnacional, doméstico, lavado de activos y financiación del terrorismo (entra en vigencia el 1 de enero de 2018); en Argentina por ley 27.401 (B.O. 1/12/2017): a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal; en México, el artículo 421, párrafo sexto, establece que las personas jurídicas «serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas».

⁴ Artículo 584: «El que con cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas, comerciales o de cualquier otra índole de carácter internacional, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del artículo 42».

En ninguno de los sistemas cabe que las personas jurídicas sean sancionadas por homicidio o por lesiones. Sin embargo, habría sido perfectamente concebible construir una responsabilidad penal por tal clase de ilícitos. Y, seguramente, una vez abierta la espita de la responsabilidad de las personas jurídicas acabe planteándose tal opción político-criminal, desde mi punto de vista tanto por homicidio o lesiones culposas como por homicidio o lesiones dolosas⁵.

En definitiva, con carácter general se va a hacer un esfuerzo regulativo muy notable para una aplicación real marginal. Sin embargo, mi impresión es que progresivamente se irá ampliando tal responsabilidad de las entidades. La cuestión es si se ha aceptado la sanción penal a las personas jurídicas por estos delitos, ¿porqué no ampliar el catálogo a otros?

3. Sujetos responsables

En segundo lugar, por lo que concierne a los sujetos a los que alcanza, la dispersión es notable. Cada una opta por un esquema propio. Sin embargo, hay dos notas comunes.

Por una parte, se suele entender excluida expresa o tácitamente la responsabilidad de las entidades públicas, si bien con un distinto alcance en cuanto a la posibilidad de punir a entidades empresariales públicas.

Por otra, ninguna regulación proporciona una definición general de persona jurídica propio del Derecho penal, que responda a los fines del Derecho Penal y que sería el modelo que personalmente creo debería imponerse⁶. Más allá, como digo, se imponen diversos criterios.

⁵ Vid. el caso clásico británico del *Herald of Free Enterprise*, el cual ciertamente, concluyó con la absolución por no poderse acreditar la intervención de un *senior officer* en los hechos (lo que tiene que ver con el sistema inglés de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la *identification theory*). Sobre el caso, por ejemplo, vid. Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, 1993, pp.; 44-48, 68-72, 111-13. Precisamente en Canadá fue un accidente minero el que determinó la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1992, en el caso de una explosión acaecida en nueva Escocia en la que murieron 26 trabajadores (vid. Jonathan Clough, «Bridging the theoretical gap: the search for a realist model of corporate criminal liability», *op. cit.*, 283. En la práctica no son tantos los procedimientos que acaban siguiéndose por esta clase de delitos, como pone de relieve Jonathan Clough, «Bridging the theoretical gap: the search for a realist model of corporate criminal liability», *Criminal Law Forum*, 2007, 273. En general, sobre la cuestión de la ampliación de la responsabilidad penal a delitos como los citados de homicidio, etc., vid. M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 1.

⁶ Un ejemplo de Derecho comparado en el que no existe una vinculación entre el

- a) El español, emplea el concepto de persona jurídica, pero no lo define en absoluto, por lo que se suele entender que es válido el concepto de persona jurídica propio del Derecho privado, si bien se encuentra abierta la puerta a una creación jurisprudencial de un concepto propio⁷.
- b) Las que se remiten, sin más, al Derecho privado: como ocurre con el artículo 49 del Código Ecuatoriano⁸ y, seguramente el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano que diferencia entre personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, a las que, por ejemplo, se les impone pena de multa, de las personas jurídicas sin tal personalidad a las que se les impone otras consecuencias jurídicas.
- c) Los que amplían la responsabilidad más allá de la personas jurídicas privadas a otras entidades distintas (artículo 2 de la Ley 20.393 chilena⁹, artículo 2 Decreto Legislativo 1352 peruano¹⁰), lo que dificulta dicha creación de una idea de persona jurídica propia¹¹.

concepto penal y el civil de persona jurídica, siendo más amplio el primero que el segundo, es el artículo 51 del Código Penal holandés; al respecto, vid. J. Vervaele, «Societas/universitas delinquere et puniri potest...», *op. cit.*, pp. 534-535.

⁷ Sobre los problemas que ello suscita, vid. M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 4.

⁸ Artículo 49: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica»

⁹ En su artículo 2 se refiere a personas jurídicas de Derecho privado y empresas del Estado.

¹⁰ «Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, entidades que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta».

¹¹ Por ejemplo, el Código Penal australiano. Ampliamente, vid. Cristina de Maglie, «Models of Corporate criminal liability in comparative Law», *4 Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 547 (2005), 550, donde se proporcionan muy amplias referencias positivas. Vid., asimismo, el artículo 51 del CP holandés; al respecto, vid. J. Vervaele, «Societas/universitas delinquere et puniri potest...», *op. cit.*, *passim*.

Desde mi punto de vista, el Derecho penal no debería estar subordinado al concepto de persona jurídica característico de otras ramas del Derecho y, singularmente, del Derecho civil, en la medida en que persigue sus propios fines, distintos de los de otras ramas del ordenamiento jurídico. Entiendo, pues, que para que se pueda exigir responsabilidad se deben reunir tres requisitos¹². Por una parte, que posea alguna clase de reconocimiento por parte del Derecho, de forma que se pueda mantener su condición de persona «jurídica», al tiempo que sea posible que le sean imputados derechos y deberes. Por otro, que tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma. Por último, que posea la capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, la cual en el sistema posee un papel central (otra cosa es que en concreto esa capacidad sea real en un caso en concreto)¹³. Probablemente esa sea la idea del citado artículo 2 peruano «Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, entidades que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta». Queda claro, pues, que no coinciden el concepto de persona jurídica propio del Derecho penal y el del Derecho civil y que entidades como las joint ventures o las comunidades de bienes son personas jurídicas a efectos penales.

¹² Sugiere la posibilidad de utilizar un concepto de persona jurídica característico del Derecho penal, como ocurre con el funcionario público, L. Zúñiga Rodríguez, «*Societas delinquere potest*», *La reforma penal de 2010*, -L. Zúñiga et al. coords., Salamanca, 2011, p. 15. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 opta por utilizar un concepto de persona jurídica extraído directamente del Derecho privado (p. 16). Y en cuanto a las entidades extranjeras se remite a su propio ordenamiento jurídico, con cita del art. 9.11 CCo. Quizá, precisamente para estas entidades hubiera sido idóneo el art. 129.

¹³ Existen modelos de Derecho comparado que permiten la sanción de cualquier clase de organización, sin restricción alguna. Por ejemplo, el Código Penal australiano. Ampliamente, vid. Cristina de Maglie, «Models of Corporate criminal liability in comparative Law», *op. cit.*, 550, donde se proporcionan muy amplias referencias positivas. Vid., asimismo, el artículo 51 del CP holandés; al respecto, vid. J. Vervaele, «*Societas/universitas delinquere et puniri potest...*», *op. cit.*, *passim*

4. Requisitos para imputar objetivamente un delito a una persona jurídica

4.1. Planteamiento

Obviamente estamos ante una cuestión que se encuentra sometida a una viva discusión dogmática. En mi exposición partiré, sin más, de la idea conforme a la cual, la tipicidad de las conductas imputables a las personas jurídicas requieren cumulativamente dos requisitos. Por un lado, la actuación de una o más personas físicas, lo que se viene llamando hecho de conexión o *Anknüpfungstat*. En segundo lugar, que tal actuación aparezca externamente como hecho de empresa, en palabras del Código Penal español que aparecen con alguna variante en prácticamente todos los ordenamientos, que se lleve a cabo la actuación «en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica¹⁴.

4.2. Hecho de conexión

En cuanto a lo primero, la exigencia de un hecho de conexión, la cuestión central es quién puede llevar a cabo ese hecho de conexión determinante de la responsabilidad penal de la organización. Aquí se detectan claramente dos bloques. Por una parte, Brasil y el fallido proyecto de República Dominicana¹⁵ que adoptan un modelo muy restrictivo, próximo al inglés y que yo denominaría de *alter ego*. Y, por otra, el resto de los ordenamientos jurídicos.

1. En cuanto al modelo del *alter ego*, consiste en estimar que la responsabilidad de la empresa se desencadena sólo por actos u omisiones cometidos por los órganos o representantes legales, esto es, formal-

¹⁴ Desde mi punto de vista, pues, no cabe estimar que el defecto de organización constituye el núcleo de lo injusto. El Derecho penal está para proteger bienes jurídicos. Desde esa perspectiva, sólo las acciones u omisiones peligrosas para bienes jurídicos son relevantes para el Derecho penal. En el caso de las personas jurídicas, es la acción peligrosa para bienes jurídicos cometida utilizando las sinergias, las especiales oportunidades que le otorga a la persona física la persona jurídica, lo que determina su punición. Por el contrario, el déficit de organización se ajusta más al concepto de culpabilidad entendido como reprochabilidad. Sobre la cuestión, ampliamente, M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 6.

¹⁵ Art. 7 CP Dominicano: «Las personas jurídicas son penalmente responsables de las infracciones cometidas por los actos u omisiones de sus órganos o representantes que hayan sido incurridos por cuenta de aquellas, según lo previsto en este código».

mente cualificados para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en la medida en que se estima que tales órganos son el *alter ego* de la sociedad (*the directing mind and will*)¹⁶. Tal posición da lugar a múltiples problemas. Por una parte, semejante diseño favorece la impunidad ya que basta para eludir la responsabilidad con nombrar formalmente como representante a quien de hecho no ejerce funciones directivas. Por otra, deja sin resolver los problemas que se plantean en los casos de sociedades de hecho o en formación. En tercer lugar, no responde correctamente a la compleja estructura que presentan las grandes sociedades contemporáneas en las que resulta difícil la delimitación de la responsabilidad, ya que, por una parte, ésta se encuentra difuminada y, por otra, las decisiones se toman muchas veces en niveles intermedios¹⁷. En cuarto lugar, parece requerirse la propia responsabilidad del sujeto individual, lo que no es conciliable con alguno de los fines perseguidos con la sanción de las personas jurídicas¹⁸. Finalmente, adolece del defecto de restringir excesiva e innecesariamente la responsabilidad, en la medida en que los trabajos de la empresa son visualizados socialmente como empresa misma¹⁹.

2. El resto de ordenamientos se aproximan al norteamericano, *respondeat superior*. Conforme al modelo citado, *respondeat superior*, habitualmente se requiere la presencia de tres requisitos²⁰: a) La comisión

¹⁶ Conforme al artículo 3 de la Ley 9605 de 12 de febrero de 1998: «As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade». No hay, pues, referencia alguna a los trabajadores de la persona jurídica.

¹⁷ Sobre el particular, en la literatura anglosajona, vid. Pamela H. Bucy, «Why Punish? Trends in Corporate Criminal Prosecutions», 44 *Am Crim. L. Rev.* 1287 (2007), 1290; E. Colvin, «Corporate Personality and Criminal Liability», 6 *Crim. L.F.* 1, (1995), 15; John C. Cofee Jr., «Corporate criminal liability. An introduction and comparative survey», *Criminal responsibility of legal and collective entities* (A. Eser, G. Heine, B. Huber, eds.), Freiburg I Br., 1999, pp. 16-7. Refleja tal opinión, en España, por ejemplo, M.J. Guardiola Lago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código Penal*, Valencia, 2004, p. 52. Excluía de lege ferenida expresamente la responsabilidad en caso de actuación de simples operarios S. Bacigalupo Sagesse, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 394.

¹⁸ G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, 1995, p. 225.

¹⁹ Sostiene A. Nieto Martín que los sistemas de responsabilidad como el descrito en el texto normalmente van asociados a modelos de responsabilidad objetiva (*strict liability offences*). B. Lozano Cutanda, «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991)», *RAP* 129, 1992, p. 227.

²⁰ Por todos, vid. M. Kremnitzer, K. Ghanayim, «Die Strafbarkeit von Unternehmen»,

de un hecho punible por parte de un empleado de la empresa. b) Que el hecho se ejecute en el ejercicio de su actividad y en su seno (se suele utilizar la expresión *within the scope of his employment*) y no como mera persona privada²¹ (lo que expresamente se acoge en la regulación penal de Chile)²². c) Que el hecho se lleve a cabo con la intención de favorecer a la empresa (donde se suele aceptar que el sujeto obre también con la intencionalidad de beneficiarse él mismo)²³.

En lo que a nosotros nos interesa ahora, esencialmente, cualquier persona vinculada con la entidad desde el presidente del Consejo de Administración, hasta el último de los trabajadores puede comprometer con su conducta a la persona jurídica. Entre las ventajas que presenta el sistema se encuentra el que no es preciso aislar la concreta responsabilidad del sujeto físico que llevó a cabo materialmente el comportamiento punible, cuando precisamente uno de los argumentos empleados a favor de la responsabilidad de las personas jurídicas radica en la dificultades de prueba asociadas a los hechos llevados a cabo

«Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW*, 113, 2001, pp. 547-9, con expresión de posiciones críticas; en el sistema estadounidense resulta casi un tópico: las referencias son inagotables, vid., por ejemplo, Richard S. Gruner, *Corporate criminal liability and prevention*, New York, (updated 2010), § 2.03, 2-20, especialmente, en cuanto al sistema federal; Pamela H. Bucy, «Why Punish?..., *op. cit.*, especialmente 1289 donde se revisan los estándares legales tradicionales en la materia; se aproxima el modelo austriaco, vid. R. Robles Planas, «¿Delitos de personas jurídicas?», *InDret* 2-2006, pp. 12-13.

- ²¹ Vid. Kathleen B. Brickey, *Corporate criminal liability*, 2 ed., 1992, § 3.01, quien se encarga de subrayar que la idea de que el hecho se lleve a cabo dentro del alcance de su trabajo se limita a exigir que el hecho tenga que ver con el desarrollo del empleo o relacionado con él; J. Gobert; M. Punch, *Rethinking corporate crime*, 2003, p. 57. Sobre la importancia del criterio de la actuación en interés de la persona jurídica, vid. S. Bacigalupo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, p. 396-7; H. Achenbach, «Sanciones con las que se pueden castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», *Libro homenaje a Claus Roxin*, 1995, p. 394; A. Heitzer, *Punitive Sanktionen in Europäischen Gemeinschaftrecht*, Heidelberg, 1997, pp. 128-130.
- ²² El artículo 3 de la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009 dispone: «Que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente *en interés de* la persona jurídica o *para su provecho*, lo que viene reiterado luego cuando se señala que las entidades “no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero».
- ²³ Vid. Kathleen B. Brickey, *Corporate criminal liability*, *op. cit.* § 4.,02, donde refleja algún supuesto excepcional en la jurisprudencia estadounidense que ha rechazado tal elemento generalmente admitido; J. Gobert; M. Punch, *Rethinking corporate crime*, *op. cit.*, p. 57; no obstante, en el derecho inglés no se requiere tal intención (vid., por ejemplo, p. 78).

en complejas estructuras sociales²⁴. Asimismo, el estándar *respondeat superior* es una manera de impulsar a los que tienen responsabilidades directivas a tomar medidas que impidan la comisión de ilícitos por parte de todos los sujetos físicos que se integran en la persona jurídica y no sólo la de los que ocupan tales puestos de dirección²⁵. Finalmente, el empleado que actúa para la empresa y dentro de sus competencias es visto como su personificación o encarnación de la persona jurídica.

En el caso de Chile, el artículo 3 de la Ley 20.393 se refiere, por una parte, a los «dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión» y, por otra, a «las personas naturales que estén bajo la dirección y supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior». En el caso peruano, el artículo 3 del Decreto Legislativo 30.424 se refiere a tanto a los «socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados», como a «las personas naturales que estando sometuda a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización» (a lo que se añade los casos de incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre ellos». En Ecuador el artículo 49 CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales

²⁴ No obstante hay autores que dudan de esas especiales dificultades de prueba, vid. H. Otto, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, 1993, p. 8.

²⁵ Vid., por todos, Richard S. Gruner, *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 1.2, 1-8. Entre esas medidas se suele destacar la necesidad de una política de selección del personal y entrenamiento del personal eficaz: J. Gobert; M. Punch, *Rethinking corporate crime*, op. cit., p. 55. Algún autor añade, asimismo, la necesidad de las grandes empresas de delegar funciones, hasta el punto de que los altos o medios directivos puede que no tengan relación directa con la operación que desencadena el hecho imputado a la empresa; Kathleen B. Brickey, *Corporate criminal liability*, op. cit. § 3.04.

o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas».

En cuanto a los trabajadores de la empresa, todas las leyes requieren un plus, para exigir responsabilidad penal a la empresa, cual es expresado en diversos términos, cual es el incumplimiento de los «supervisión, vigilancia y control de su actividad». Este último es un elemento puramente normativo que sólo puede ser dotado de contenido valorativamente en contacto con las circunstancias del caso concreto. No obstante, debe indicarse que ausencia de control no es lo mismo que una defectuosa selección del personal²⁶, de forma que cabe que haya habido esta última y, sin embargo, no haya existido un deficiente control²⁷. En todo caso, la citada exigencia va a plantear un problema de carga de la prueba. Es decir, se va a discutir a quién le concierne acreditar si hubo o no un deficiente control sobre el trabajador, si a la acusación o, por el contrario, corresponde a la defensa acreditar que la empresa hizo todo lo posible para controlar a su trabajador que actuó al margen de tales medidas²⁸.

4.3. Apariencia externa de hecho de empresa

El segundo requisito del que he hablado para poder imputar un delito a una persona jurídica, en el plano de la tipicidad, pues, es que el hecho de conexión se presente externamente como hecho de empresa, lo que se expresa por medio de cláusulas análogas a la prevista en el artículo 31 bis CP español, esto es, que los hechos se lleven a cabo «en nombre o por cuenta y en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica. Se trata de un requisito que incluyen todos los sistemas con unos matices u otros.

Así, el artículo 3 de la Ley brasileña se refiere a que la actuación deberá serlo «nou interesse ou beneficio da sua entidade»; el artículo 49 de la Ley ecuatoriana incluye la expresión «para beneficio propio o

²⁶ Cuestión que debería valorarse en el marco de la culpabilidad de la persona jurídica, entendido como defecto de organización. Al respecto, con detalle, vid. *infra* cuando nos ocupemos del juicio de culpabilidad.

²⁷ Elemento que se integra en el juicio de culpabilidad, entendida, nuevamente, como defecto de organización. Por consiguiente, la carga de la prueba de que se actuó son aquél concierne a quien lo alega.

²⁸ Sigue nuestro criterio de que se puede presumir y de que compete a quien lo alega su prueba (Cap.11), la Circular de la FGE 1/2011, p. 48.

de sus asociados»; en el caso chileno el artículo 3 de la Ley 20.393: «en su interés o para su provecho»; en el caso peruano, el artículo 3 del Decreto Legislativo 30.424 «en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto»²⁹; en Argentina el artículo 2 dispone que «Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio»; en México: el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales: «a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen»

En todos los casos se presenta el problema de la interpretación de dichas cláusulas, Por ejemplo, «en provecho» o «en beneficio directo o indirecto» ¿quiere decir con la intención de beneficiar a la empresa?³⁰ O, por el contrario, ¿se requiere que objetivamente se derive un beneficio para la persona jurídica?³¹ ¿Es posible interpretar que basta con

²⁹ En Chile se prefirió la expresión que figura en el artículo 3: «que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho». Art. 3º Ley 9605/1998: «As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade».

³⁰ En contra de esta intelección se encontraría la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle tal sentido subjetivo probablemente hubiese optado por una redacción alternativa como, por ejemplo, «con la intención de beneficiar» o «para beneficiar». Asimismo, se encontrarían las dificultades de prueba de los elementos subjetivos, junto con la idea de que resultan expresión de la actitud interna del sujeto que es ajena al Derecho penal, por lo que deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Por último, no son claras las razones por las que los motivos del sujeto actuante, u omitente, deban ser un factor decisivo para determinar la responsabilidad de la organización para la que trabaja.

³¹ Entendemos que probablemente no tenga mucho sentido una intelección que requiriese el efectivo beneficio social por múltiples motivos. Por una parte, el que lleva a cabo la acción puede calcular pésimamente las consecuencias sociales de su conducta que, sin embargo, determina un resultado socialmente muy lesivo. Por otra parte, se subordinaría la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por el que despliega la acción, por lo que se introduciría en el Derecho penal un inaceptable factor aleatorio. En tercer lugar, un criterio de esa naturaleza debería concretar cómo medir ese beneficio social, el cual no necesariamente ha de ser tomado en términos económicos (por ejemplo, la imagen social es un beneficio, aunque menos tangible). Finalmente, un vertido contaminante, por ejemplo, pudo beneficiar a la empresa a corto plazo al eliminar un problema para ésta. Sin embargo, a largo plazo, factores como la apertura de diligencias penales, con el consiguiente estigma social, la exigencia de responsabilidades civiles, etc. afectan tan negativamente a la sociedad que se podría afirmar que globalmente la acción no resultó positiva. No está claro que ello deba condicionar la responsabilidad de la sociedad.

la idoneidad de la conducta? Ello que no puede ser aquí abordado con detalle, pero esta última perspectiva sería la que yo defendería en la mayor parte de los casos. Nos inclinamos por entender que cuando la Ley exige que la acción u omisión se lleve a cabo «en provecho» de la persona jurídica está requiriendo la objetiva tendencia de la acción a conseguirlo. Se estaría requiriendo la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo, por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese. Como en el caso de las personas físicas, para verificarlo debería recurrirse al criterio de un espectador objetivo³². Entiendo que dicho criterio puede ayudar a la intelección de cláusulas habituales, como la que del artículo 3 inciso último de la ley chilena, la cual excluye la responsabilidad «en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero» (vid. en términos semejantes, el artículo 3, párrafo último del D. leg. 1352 peruano).

5. Culpabilidad

Dejando la cuestión de la tipicidad, se plantean problemas también a nivel de culpabilidad. En definitiva, se debe responder a la pregunta ¿en qué consiste la culpabilidad de las personas jurídicas y cuándo se puede excluir? Aceptaré, pues, sin discusión, el criterio de TIE-DEMANN, conforme a la cual la culpabilidad social debe concebirse como un defecto de organización, con dos importantes matices. *De lege ferenda*, dicha culpabilidad, no asumible que se pueda presumir *iuris et de iure*. *De lege lata* no se puede decir que los diversos ordenamientos que analizo asuman tal presunción³³.

³² Ampliamente, M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 6.7.2.

³³ M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 9.5. Lo afirmado pone de relieve lo inaceptable del criterio de la Circular de la Fiscalía General del estado española 1/2011, p. 39 que lleva a la responsabilidad objetiva. La Fiscalía acepta que hay que partir del la culpabilidad, también de la persona jurídica, citando la STC 59/2008 y después, sin embargo, rechaza aplicarla sin proporcionar una alternativa: «En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su

Entiendo que la adopción de *compliance programs* supone una manera de excluir la culpabilidad entendida como defecto de organización: mal puede reprocharse a una empresa un defecto organizativo, cuando se dotó a sí misma de un programa de tales características. No tiene sentido preventivo que si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un hecho delictivo se le sancione por ese hecho. Se trataría, pues, de un irracional, inaceptable e inconstitucional supuesto de responsabilidad objetiva³⁴.

En cuanto a esto último, en Iberoamérica un grupo de ordenamientos jurídicos vienen admitiendo, con diversos matices, que la adopción de un *compliance program ex ante* idóneo para prevenir la comisión de delitos en el seno empresarial excluye la responsabilidad penal.

En el caso chileno, el artículo 3, párrafo tercero de la Ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009, dispone que se entenderán cumplidos los deberes de dirección y supervisión «cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos...»³⁵; en el caso peruano, el artículo 17 del Decreto Legislativo 30.424 establece una eximente por implementación de modelo de prevención: «La persona jurídica está exenta de responsabilidad...si adopta e implementa voluntariamente en su organización y con ante-

formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad».

³⁴ Con razón, se ha afirmado que *due diligence* es lo contrario de culpabilidad (fault), vid. J. Gobert; M. Punch, *Rethinking corporate crime, op. cit.*, p. 100. Entiendo que es la posición mayoritaria en la doctrina española; vid., además, de los que citaremos a continuación, por ejemplo, J.A. Lascurain Sánchez, «Compliance, debido control y unos refrescos», *El derecho penal económico en la era compliance*, (L. Arroyo Zapater; A. Nieto Martín, dirs.), Valencia, 2013, p. 212. Por el contrario opina que la responsabilidad de la persona jurídica debe ser objetiva, por ejemplo, G. Stratenwerth, «Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda», *ZStR* 126, 2008, p. 12, empleando la expresión anglosajona, *strict liability*.

³⁵ «A lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, esto es, más sintéticamente, de un *modelo de prevención de delitos*» (H. Hernández Basualto, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Política Criminal* 5, 9, 2010, p. 218).

rrioridad a la comisión del delito un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión»; en Argentina, el art. 9 de la Ley 24.701 dispone la exención de pena, «...cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido».

No obstante, existen importantes excepciones. Por una parte, en el derecho ecuatoriano, donde no se encuentra referencia alguna a la materia en su Código Orgánico Integral Penal. Por otra, tampoco Brasil prevé en la actualidad la operatividad de tales programas como causas de exclusión de la responsabilidad penal (si bien, sí en la responsabilidad administrativa por hechos de corrupción en la Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013, artículo 7.VIII). En tercer lugar, República Dominicana, ni cuyo CP vigente ni proyectado contienen prevision alguna al respecto. Por fin, tampoco hay previsión en México, salvo en la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 18 de julio de 2016 que, como he señalado, impone sanciones administrativas para la represión de conductas típicamente delictivas, como el cohecho, el peculado, la malversación de caudales públicos o el tráfico de influencias (arts. 23 y 24) y, aparentemente, sólo como circunstancia atenuante.

En los ordenamientos que contemplan tal posibilidad, seguramente la efectiva exención de tal responsabilidad será un fenómeno excepcional, pero en abstracto está prevista la posibilidad. Es probable, que lo que acabe siendo más frecuente sea la mera atenuación de responsabilidad, supuesto que, asimismo, se prevé con cierta frecuencia (vid. artículo 6.3 de la Ley chilena; artículo 7.VIII de la Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013 brasileña, en materia administrativa; art. 8 de la Ley 27.401 argentina³⁶; en México, arts. 23 y 24 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 18 de julio de 2016).

³⁶ Artículo 8: «Para graduar las penas previstas en el artículo 7° de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la

Los problemas a los que se enfrentan los diversos sistemas de *compliance* son múltiples. Entre ellos destaca el problema de la carga de la prueba de su idoneidad para prevenir la comisión de delitos. En el caso español, la Ley no ha resuelto el problema, dejando la cuestión en manos de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha defendido hasta la fecha que es a la acusación a la que concierne acreditar la inidoneidad del programa para prevenir la comisión de ilícitos. Desde mi perspectiva, tiene relevancia partir de la apuntada idea de que la culpabilidad equivale a un defecto de organización y que un elemento central para decidir la presencia o ausencia de tal defecto de organización es la existencia de un *compliance program*. Si ello es así, como todas las cuestiones atinentes a la culpabilidad, la carga de la prueba de la concurrencia de circunstancias que la excluyen recae sobre quien lo alega, en nuestro caso, sobre la misma persona infractora³⁷. Es a la persona jurídica, pues, a la que compete acreditar que poseía un programa de cumplimiento eficaz y no a la acusación acreditar que no lo tenía o que, teniéndolo era insuficiente. Dicho con otras palabras, se puede presumir lo que es normal: que verificado un delito imputable a la persona jurídica, se ha producido por un defecto organizativo en su seno³⁸.

cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior...».

³⁷ M. Gómez Tomillo, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley* 8861, 2016.

³⁸ Es lo que, en el mundo jurídico anglosajón, se conoce como *due diligence defence*: con un alcance diferente en los USA y en UK, allí se admite la posibilidad de probar que la persona jurídica se organizó convenientemente para impedir que en seno se cometieran delitos. En los Estados Unidos no se admite a nivel federal la llamada *due diligence defence*; no obstante, se pone de manifiesto que la sanción económica se puede modular en función de la existencia de tal organización diligente orientada a impedir la comisión de delitos, hasta el punto de llegar a una aminoración de la multa de hasta el 90% (vid. John C. Cofee Jr., «Corporate criminal liability. An introduction and comparative survey», *Criminal responsibility of legal and collective entities* (A. Eser, G. Heine, B. Huber, eds.), Freiburg I Br., 1999, p. 11). Sin embargo en ese país, también hay propuestas doctrinales que permiten excluir la responsabilidad penal a las empresas acreditando la ausencia de defectos organizativos, especialmente en el caso de delitos cometidos por sus empleados; *vid.*, por ejemplo, note «Developments in the Law-Corporate crime: regulating corporate behavior through criminal sanctions», 92 *Harvard L. R.* 1227 (1979); Pamela H. Bucy, «Corporate criminal liability: When does it make sense?», *op. cit.*, 1442 y *passim*; Ellen S. Podgor, «A New Corporate World Mandates a "Good Faith" Affirmative Defense», 44 *Am. Crim. L.R.* 1537 (2007). Esa

En Latinoamérica, la cuestión se ha resuelto de muy diversas maneras, pero destacamos dos interesantes perspectivas contrapuestas.

Por una parte, se encuentra el modelo chileno. El artículo 4.4 de la Ley 20.393 dispone la posibilidad de certificación del modelo de prevención por empresas privadas de auditoría, empresas clasificadoras del riesgo u otras entidades externas registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros. Se suele entender que dicha certificación altera la carga de la prueba, de forma que sólo acreditando que la certificación fue irregular se puede condenar a la empresa³⁹.

Una segunda solución es la del artículo 18 de la Ley peruana, en el cual es la comisión del delito la que da pie a que se examine la idoneidad del programa, lo cual tiene lugar por medio de un informe de la Superintendencia del Mercado de Valores, el cual, si dispone la idoneidad del modelo, determinará que el fiscal proceda al archivo.

Cuestión diversa es la del estándar de prueba necesario para eximir de responsabilidad. No podemos entrar en detalles que requerirían un tratamiento monográfico⁴⁰.

prueba de diligencia se admite en el *Model Penal Code* § 2.07 (5), si bien añade la cláusula «this paragraph shall not apply if it is plainly inconsistent with the legislative purpose in defining a particular offence». Incluso en los derechos francés y japonés en los casos de hechos cometidos por operarios con relevancia jurídico penal para la empresa, aun presumiéndose la vulneración del deber de control empresarial, se admite prueba en contrario (vid. G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, *op. cit.*, p. 224, donde destaca que si el ámbito de responsabilidad fue delegado por completo, sin posibilidad de control por parte de la empresa, prácticamente se descarta la posibilidad de tal prueba en contrario en el derecho japonés; vid., asimismo, p. 231). En relación con el derecho inglés, vid. J. Gobert; M. Punch, *Rethinking corporate crime*, *op. cit.*, pp. 100-102, donde pone de manifiesto que en ese ordenamiento jurídico resulta admisible a «defence of due diligence»; Celia Wells, *Corporations and criminal responsibility*, 2 ed., *op. cit.*, p. 102, con cita del caso de referencia, *Tesco v. Natrass*, si bien en ocasiones expone que se acepta que estamos ante *strict liability offences* (*R v. British Steel*). En el Derecho australiano se acepta, siempre que no se trate de un delito imprudente, vid. Jonathan Clough, «Bridging the theoretical gap: the search for a realist model of corporate criminal liability», *op. cit.*, 282).

³⁹ Al respecto, vid. J.P. Matus Acuña, «La certificación de los programas de cumplimiento», *El derecho penal económico en la era compliance*, (L. Arroyo Zapater; A. Nieto Martín, dirs.), Valencia, 2013, pp. 145 y ss. Como indica Nieto Martín, la empresa adquiere el estatus de cliente frente a la certificadora, lo que, evidentemente, puede comprometer su imparcialidad («Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», *Compliance y teoría del Derecho penal* (L. Kuhlen et al, eds.), 2013, 43; algunas referencias pueden verse en M. Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Berlin, 2010, 171, 173).

⁴⁰ En general, nos remitimos a M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 11.

Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa¹

Vincenzo Militello

Introduzione

Nell'ambito di una riflessione dedicata al rapporto fra "pene per l'individuo e pene per l'ente", almeno duplice risulta l'interesse della scelta – operata da chi ha strutturato la presente iniziativa di studio – di rivolgere un'attenzione privilegiata al continente latino-americano per arricchire la riflessione sulla responsabilità da reato delle persone giuridiche con il particolare apporto teorico-conoscitivo proprio della comparazione².

In primo luogo, benché l'individuazione di sanzioni efficaci a contrastare la criminalità d'impresa sia il motore politico-criminale che ha sospinto il trend internazionale in materia, la considerazione del profilo sanzionatorio non appare fra i temi più arati nell'ambito della nostra pur cospicua ricerca in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, dedicata in prevalenza alle questioni attinenti alla relativa natura, alla struttura dell'imputazione al soggetto collettivo ed ai relativi criteri di fondamento ed esclusione, alla relazione fra le due responsabilità – individuale e collettiva – derivanti dal reato³.

¹ Testo, integrato dei riferimenti essenziali, della relazione al Convegno "Pene per l'individuo e pene per l'ente" (Università di Roma La Sapienza, 25-26 maggio 2018). Per la collaborazione nella raccolta del materiale ringrazio Micaela Raimondo e Salvatore Orlando (dottori di ricerca nell'Università di Palermo) e i colleghi Javier De Luca (Argentina), Miguel A. Girao (Peru), Ricardo Posado Maya (Colombia), Luciano Nascimento da Silva (Brasile).

² Il riferimento è a quella forma di comparazione penalistica che viene indicata come teorica (Eser, *Comparative criminal law*, München 2017, 16, 28 s.) o "di base" (Sieber, *Strafrechtsvergleichung im Wandel*, in Sieber/Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin, 2006, 94 s).

³ A livello monografico cfr. da ultimo l'ampia indagine di Mongillo, *La responsabilità penale fra individuo e ente collettivo*, Milano 2018, così come in precedenza l'approfondito studio di De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012. Più limitati

Davvero innovativa è poi la considerazione dei sistemi penali dell'America del Sud tanto rispetto alla direzione eurocentrica (ed in specie alla elaborazione tedesca) della nostra tradizione dogmatica sulla teoria generale del reato⁴, quanto in relazione al nuovo e specifico settore della responsabilità degli enti, che ha attinto soprattutto dalla ricca esperienza della famiglia giuridica di *common law*⁵.

Il tema si presta peraltro ad una considerazione dei processi di armonizzazione in campo penalistico indotta dalle fonti sovranazionali: come meglio si vedrà di seguito, proprio nei paesi dell'America del Sud si è assistito ad una rapida implementazione di strumenti internazionali che hanno previsto forme di responsabilità degli enti da reato. Da qui l'interesse, non tanto ad approfondire un singolo ordinamento nazionale fra quelli dell'America del Sud, magari in quanto particolarmente originale nell'arsenale sanzionatorio conosciuto o innovativo rispetto agli strumenti per rendere efficaci le sanzioni minacciate, quanto piuttosto ad una verifica delle tendenze complessive che in quel continente si possono individuare in sede di attuazione interna delle indicazioni sovranazionali in tema di sanzioni per gli enti.

Se poi si considera che nei pur distinti sistemi penali degli stati sudamericani si rintraccia un comune radicamento storico-culturale e che i rispettivi ordinamenti partecipano a processi di armonizzazione normativa stimolati da varie organizzazioni regionali⁶, la comparazione fra le direttrici che emergono nei suddetti sistemi rispetto al tema

i contributi dedicati invece al versante sanzionatorio della disciplina: sempre a titolo esemplificativo Guerini, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Siena 2006, 140-188; Gargani, *La tendenza eccentrica della disciplina sanzionatoria di cui al d.lgs. n. 231/2001 tra 'ibridazioni' normative e nuovi sottosistemi*, in Pisa (cur.), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Torino, 2008, 79 s. La tendenza che privilegia i fondamenti della responsabilità trova riscontro anche a livello internazionale: in una letteratura ormai sconfinata e solo a titolo di esempio di uno studio pure attento alla dimensione comparata in materia, cfr. Kremnitzer/Ghanayin, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, *ZStW* 113 (2001), 539-564 (brevi cenni sulle sanzioni a 553).

⁴ In proposito cfr., se si vuole, un mio precedente contributo: *Il dialogo fra la dogmatica penale italiana e tedesca alla luce del contributo di M. Maiwald*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 2012, 348 s. (e ivi 352 nt. 20 riferimenti agli autorevoli precedenti).

⁵ Esempiare l'ampia considerazione dell'esperienza nei sistemi di *common law* ad apertura della prima monografia dopo l'introduzione della responsabilità da reato nel nostro ordinamento: De Maglie, *L'etica e il mercato, La responsabilità penale della società*, Milano 2002, 12 s. (per il sistema americano), 145 s. (inglese), 163 s. (australiano), 177 s. (canadese), 180 (olandese). Per una ipotesi particolare v. anche Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino 2009.

⁶ Come l'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), l'Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR), o il Mercato comune del Sur (Mercosur).

indagato va operata non tanto in relazione ad un singolo ordinamento di confronto, ad esempio quello nostro interno, quanto piuttosto aprendola al confronto con le corrispondenti soluzioni nei sistemi penali europei, nei quali la responsabilità delle persone giuridiche ha da tempo assunto un ruolo fra i più significativi nel processo di europeizzazione ormai diffuso in vari settori, anche per la presenza – almeno in seno all’Unione Europea – di strumenti di armonizzazione interna ben più stringenti di quelli operanti fra i sistemi sudamericani.

Di seguito, si muoverà dal dato che molti Paesi dell’America del Sud, nel dare attuazione a interventi normativi sovranazionali, si sono dotati nell’ultimo ventennio di misure punitive nei confronti delle persone giuridiche. Ciò soprattutto in relazione all’introduzione di norme comuni per contrastare gravi fenomeni criminali, come criminalità organizzata, corruzione, reati ambientali, la cui matrice, portata operativa ed effetti negativi hanno una dimensione transnazionale. Nei sistemi penali sudamericani permangono peraltro resistenze teoriche al riconoscimento di una natura penale di tale responsabilità, specie in paesi dove più influente è l’apporto dei dogmi tradizionali (ad es. in Brasile ed in Argentina).

Obiettivo dell’indagine è verificare in particolare il versante sanzionatorio di tale responsabilità, al fine di valutare se la sua armonizzazione fra i vari Paesi di tale contesto presenti un grado meno sviluppato di quanto non avvenga per il riconoscimento della stessa. Non si assumerà dunque come oggetto specifico del presente contributo la questione generale della natura riconosciuta alla responsabilità in questione, che – almeno se non si segue il criterio formale della denominazione da parte del legislatore – finisce per essere condizionata da molteplici fattori, tanto relativi ai requisiti di imputazione quanto ai caratteri delle sanzioni rispettive, oltre che dalle elaborazioni teoriche delle varie dogmatiche seguite nei singoli Paesi, il che travalicherebbe di gran lunga i limiti imposti al presente intervento.

1. La base-dati: la selezione di sistemi penali in Sud-America e in Europa che prevedono sanzioni per le persone giuridiche

Come in qualsiasi comparazione, è necessario operare una preventiva individuazione del materiale da analizzare. Ciò per rendere praticabile la ricerca sulla base delle risorse esistenti, senza trascurare la primaria esigenza di individuare una base di dati tale da rendere la

relativa valutazione significativa per i due bacini di riferimento: quello sudamericano, che comprende 14 stati nazionali; quello europeo, che anche solo nella sua portata più “piccola” – quella segnata dall’Unione Europea, a sua volta sottoinsieme della più grande cerchia di Paesi del Consiglio d’Europa – arriva a circa il doppio (27, dopo la nota vicenda della Brexit peraltro ancora in corso di attuazione)

A tal fine per il Sud-America è sembrato opportuno – per evitare di estendere troppo i confini della presente analisi – adottare un metro essenzialmente dimensionale, riferito all’entità della popolazione del Paese da analizzare. L’indagine ha dunque preso in considerazione i seguenti dieci sistemi nazionali: **Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perù, Uruguay, Venezuela**. Non sono stati invece studiate le esperienze in materia nei quattro Stati meno popolati: Suriname, Trinidad e Tobago, Guyana, Guyana Francese⁷.

Il primo dato che si evince dall’analisi dei sistemi penali considerati è l’assoluta prevalenza fra essi di apposite sanzioni in caso di reato per gli enti, che -indipendentemente dalla *vexata questio* della relativa natura, qualificata come penale in alcuni Paesi⁸ e amministrativa in altri⁹, mentre altri ancora conoscono entrambe le tipologie sanzionatorie¹⁰ – sono ormai state introdotte in tutti i paesi considerati, con la sola eccezione dell’**Uruguay**.

Una posizione particolare riveste la **Bolivia** dove le previsioni relative sono attualmente confinate in alcune leggi speciali, sebbene di recente la materia fosse stata organicamente regolata nel “*codigo do si-*

⁷ A parte quest’ultimo, che appartiene alla Francia, come Dipartimento in Sudamerica e dunque afferisce al relativo sistema giuridico, gli altri tre Stati menzionati nel testo hanno complessivamente una popolazione di circa 2.5 milioni di abitanti, vale a dire di poco superiore nel loro insieme alla sola meno popolata capitale degli altri stati sudamericani qui considerati (Quito-Ecuador: circa 2,3 milioni di abitanti).

⁸ **Cile** (in relazione ai reati di terrorismo, corruzione e riciclaggio: Ley 20.393/2009), **Ecuador** (nel “Codigo Organico Integrado Penal” del 2014 il Capitolo V è dedicato alla Responsabilità Penale della persona giuridica: Art. 49-50, separata invece la previsione in merito alle sanzioni apposite: art. 71) e **Argentina** (Ley 27.401/2017 in relazione ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione: corruzione; traffico di influenze; concussione; negozi incompatibili con l’esercizio di funzioni pubbliche. Peraltro l’espressa qualificazione legale come penale viene negata da parte della dottrina).

⁹ **Colombia** (per reati contro la pubblica amministrazione Ley 1474/2011), **Paraguay** (un potere sanzionatorio è attribuito alla Banca centrale: Ley 1474/2011).

¹⁰ **Brasile** (sanzioni penali per reati ambientali previste nell’art. 225 Costituzione e Legge 9.605/1998 ‘Lei dos crimes ambientais’; sanzioni amministrative per i reati di corruzione ex Legge 13.846/2013); Paraguay e Venezuela (art. 31 e 32 “Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo”: LOCDOFT)

stema penal” approvato dal Parlamento nel dicembre 2017 (Ley n.1005 del 15.12.2017), ma che prima ancora della sua entrata in vigore è stato abrogato su richiesta del Presidente Evo Morales, dopo le proteste nate nel Paese pur in relazione ad aspetti diversi del nuovo codice (Ley n.1027 del 25.1.2018). Nel suo titolo IV della parte generale (art. 65-78) il suddetto testo regola ampiamente la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, indicandone la natura penale, i criteri di imputazione e le clausole di esenzione in caso di adozione di *compliance programs*, oltre a contenere in particolare specifiche previsioni sulle relative sanzioni (art. 71-78). I relativi contenuti sono dunque stati qui considerati, segnalandosi però fin d’ora la peculiarità di tale vicenda rispetto agli altri ordinamenti, per i quali si è invece fatto riferimento allo stato attuale del diritto vigente nei rispettivi sistemi. Peraltro anche la Bolivia è interessata a questo approccio di diritto positivo nell’esame del tema, in quanto a partire dal 2003 ha adottato norme speciali che interessano la materia, inserendole in tre diverse leggi complementari al codice penale in vigore dal 1997¹¹.

Quanto all’ambito europeo, sono stati considerate le sanzioni per gli enti in alcuni dei sistemi che conoscono una forma di responsabilità da reato: **Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Norvegia, Olanda, Portogallo, Svezia, Spagna**. È bene peraltro chiarire che nell’Unione Europea esistono anche altri Paesi che conoscono una responsabilità penale delle persone giuridiche, ma che non sono stati considerati perché i limiti della presente ricerca non consentivano una adeguata analisi delle fonti relative al profilo sanzionatorio qui specificamente considerato: ad esempio Malta, Romania, Slovenia, Slovacchia, Ungheria, Estonia, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca¹². Si è scelto d’altra parte di comprendere nell’indagine sulle sanzioni per gli enti sia **Regno Unito ed Irlanda**, sia la **Svizzera**: le ragioni per le prime sono la loro lunga tradizione

¹¹ Código Tributario (Ley Nº 2492 – 02.8.2003); Ley de Lucha contra la corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigaciones de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” (Ley Nº 004 – 31.3.2010); Ley de Servicios Financieros (Ley Nº 393 – 21.8.2013).

¹² Per riferimenti alle previsioni in tali sistemi penali della responsabilità degli enti rispetto al reato di organizzazione criminale (oltre che a quello di Malta) sia consentito rinviare alla nostra precedente ricerca *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell’Unione europea: percorsi di armonizzazione* pubblicata da EU-Parlament group Socialists & Democrats Bruxelles, 2015 (ISBN 978-88-6149-092-5) e reperibile su www.caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2016/01/RapportoSDNozioneCrimEU.pdf.

in materia di responsabilità delle *corporations*, che le rende di sicuro interesse anche al di là della loro recente decisione di fuoriuscire dalla Unione Europea; d'altra parte, la tradizionale estraneità a quest'ultima della Svizzera non esclude un interesse a studiarne il regime sul tema qui considerato, anche alla luce della scelta di molte imprese europee di operare in tale territorio (ad es. nell'industria chimica e farmaceutica e nel settore finanziario ed assicurativo).

Si tratta ora di considerare le varie tipologie sanzionatorie conosciute nei singoli ordinamenti, per verificare l'esistenza di elementi di comunanza e punti invece di differenza. Ciò dapprima all'interno di ciascun bacino di ordinamenti e quindi raffrontandoli reciprocamente nel loro complesso, con una comparazione di secondo livello che permette ulteriori considerazioni sui rispettivi processi di armonizzazione normativa nel settore in esame.

2. Le tipologie sanzionatorie in Sudamerica

a) le sanzioni pecuniarie

Le sanzioni pecuniarie rientrano fra le sanzioni principali dei sistemi di responsabilità da reato per gli enti, assumendo un carattere centrale nei rispettivi arsenali sanzionatori e sostituendo in tale ruolo le pene detentive previste per le persone fisiche. Anche negli ordinamenti del Sud-America tale costante riceve una significativa conferma, con l'unica eccezione del **Perù**. Qui la pena della multa, pur prevista fra le sanzioni conosciute dall'ordinamento (art. 41-44 CP PER) non è inserita fra le "misure applicabili alle persone giuridiche" (elencate all'art. 105 e 105a CP PER).

Gli altri sistemi invece prevedono sempre la multa come specifica sanzione per gli enti, distinguendosi solo nelle modalità di determinazione dell'importo. Questo viene riferito o ad una entità ancorata alla capacità economica del reo o piuttosto ad una caratteristica del reato ed in particolare al vantaggio indebito (variamente denominato) che ne scaturisce.

Nel primo caso, è interessante notare che il parametro di riferimento è un valore fisso e determinato ufficialmente in via generale: si tratta dello stipendio minimo mensile o stipendio base che ciascuno stato pubblica e va aggiornando nel tempo. In particolare, la multa può andare in **Brasile** da una a trecentosessanta volte tale unità di misura (art.8, L. 9.605/1998); in **Colombia** da cinquecento a duemila (art. 34 L. 1474/2011); in **Paraguay** da cento a mille (Art. 94 n. 3, L. 489/1995); in

Equador l'ambito edittale della multa viene determinato non in generale ma in relazione alle singole incriminazioni: ad esempio, per i reati ambientali va da cento a trecento stipendi base (art. 258 CP ECU).

Una variante di questo primo modello è offerta dal **Cile**, che la denomina "multa a beneficio fiscale", la cui particolarità sta però essenzialmente nella diversa unità di misura assunta per la relativa determinazione: si tratta dell'unità tributaria mensile, un indicatore pubblico che viene mensilmente determinato dallo Stato e serve al pagamento appunto di multe e tributi (Art. 8 n. 4, e per la relativa determinazione art. 12 Ley 20.393/2009).

Riferiscono invece la multa al profitto connesso al reato l'**Argentina**, che ne fissa l'importo da due a cinque volte e permette di considerare anche quello che si sarebbe potuto ottenere dal reato (Art. 7 n.1, Ley 27.401/2017) ed anche il **Venezuela**, dove peraltro la multa viene definita in termini fissi e di equivalenza con il valore dei capitali, dei beni o averi realizzati con il reato, il che finisce per assimilare tale sanzione alla funzione svolta dalla confisca nella forma appunto per equivalente (Art. 32 n. 5, *Ley Organica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*).

b) la confisca

Già in relazione all'ablazione dei profitti come specifica sanzione il quadro di fondamentale riconoscimento comune delle pene pecuniarie a carico degli enti comincia ad incrinarsi. Solo una parte dei sistemi considerati ha inserito la confisca fra le sanzioni specifiche per le persone giuridiche: si tratta dell'**Argentina**, del **Cile**¹³, dell'**Equador** e del **Venezuela**.

La prevedeva anche il già ricordato *codigo penal Boliviano*, abrogato ma mai entrato in vigore, mentre nelle leggi speciali vigenti che prevedono singole ipotesi di tale responsabilità degli enti, una forma di confisca è prevista nella legge del 2010 contro la corruzione e l'illecito arricchimento per il delitto, di "*Enriquecimiento Ilícito de Particulares con afectación al Estado*" (art. 28), che prevede la restituzione allo stato dei beni ottenuti come prodotto del delitto, oltre ad una multa pari al 25 % del patrimonio della persona giuridica.

Una posizione particolare assume sul punto il **Brasile**, che rientra fra gli altri Paesi che non prevedono invece la confisca come sanzione

¹³ La confisca viene qui prevista come pena accessoria dall'art. 13 Ley 20.393/2009.

ordinaria per gli enti (**Colombia, Ecuador, Paraguay, Perù**). Tuttavia, essa viene inserita in **Brasile** per l'ipotesi particolare in cui la persona giuridica sia stata costituita o utilizzata principalmente allo scopo di permettere, facilitare o occultare la commissione di reati ambientali: in tale caso, ne viene disposta la liquidazione e il suo patrimonio è considerato strumento del reato e come tale attribuito al "*Fundo Penitenciario Nacional*".

c) le sanzioni interdittive

Anche le sanzioni interdittive rivestono un ruolo importante nel panorama delle sanzioni specifiche per gli enti, puntando a colpire l'interesse dell'ente a continuare a svolgere la propria attività. In proposito, però la varietà delle scelte compiute dai singoli sistemi nazionali sudamericani aumenta ulteriormente e, in relazione ad alcune tipologie non è possibile neanche individuare una tendenza prevalente nell'una o nell'altra direzione.

Così, a fronte della scelta comune verso la forma estrema della liquidazione, o dissoluzione o interdizione definitiva, presente in tutti i sistemi con l'eccezione del **Paraguay** anche se con declinazioni specifiche (come la perdita della personalità giuridica in **Argentina, Cile e Colombia**, oltre che nel codice abortito **Boliviano**), invece la misura meno grave della interdizione temporanea o sospensione dell'attività è prevista solo da cinque sistemi di responsabilità: **Argentina, Brasile, Paraguay** (come limitazione dell'esercizio di determinate attività e divieto temporaneo di divisione dei dividendi), **Perù e Venezuela**. Lo stesso numero di Paesi, ma questa volta comprensivo di **Argentina, Brasile, Cile, Paraguay e Venezuela**, riconosce invece forme di perdita di autorizzazioni statali e di benefici fiscali. Nonostante la vicinanza contenutistica con quest'ultima sanzione, la cerchia varia nuovamente in relazione al divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, che si trova previsto in **Argentina, Brasile, Cile ed Ecuador**.

Analogamente, la misura della chiusura dei locali è espressamente prevista solo in **Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela**, ed ancora minore il numero di Paesi che prevedono la specifica sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna, sia pure in estratto: **Argentina, Cile e Venezuela**.

d) soluzioni specifiche incidenti sul sistema sanzionatorio

Vi sono infine alcune specificità dei sistemi sanzionatori sudamericani in materia che appaiono degne di considerazione, specie su un piano comparatistico.

In primo luogo, la possibilità di applicare all'ente prestazioni sociali, o di pubblica utilità, che è riconosciuta tanto in **Brasile** quanto in **Equador**. Sempre in **Brasile** nello specifico ed importante ambito dei reati ambientali è prevista la misura specifica del "*Recolhimento domiciliar*", che consiste in una sorta di procedura rieducativa della persona giuridica condannata, attraverso sorveglianza della sua gestione e obbligo al suo personale dirigente di frequentare corsi sulle modalità di esercizio dell'attività pericolosa. Ancora in relazione alla tutela dell'ambiente, il risarcimento e il ripristino dei relativi danni sono previsti espressamente in **Venezuela** e in **Equador**.

Un ruolo limitato rivestono ancora i modelli organizzativi per prevenire il rischio di reati: in **Cile** si prevedono fra le misure correttive i *compliance programs*, mentre in **Argentina** sono regolati degli "*accordi di collaborazione efficace*", che sono forme di giustizia riparativa: in particolare, si prevede che "la persona giuridica ed il Pubblico Ministero possono procedere ad un accordo di collaborazione efficace, attraverso il quale la prima si obblighi a cooperare attraverso la rivelazione delle informazioni o dati precisi, utili e comprovati per l'accertamento dei fatti, l'identificazione dei suoi autori o partecipi o il recupero del prodotto o il guadagno illecito, l'adempimento delle condizioni che si stabiliscono in virtù di quanto previsto" dalla stessa legge (art. 16 Ley 27.401/2017).

3. Le tipologie sanzionatorie in Europa

I caratteri principali del quadro sanzionatorio fin qui delineato in relazione al Sudamerica trovano riscontri significativi se si rivolge l'attenzione ai sistemi penali europei che conoscono un sistema di responsabilità da reato per gli enti. In primo luogo, le sanzioni pecuniarie sono previste in tutti i quindici paesi rilevanti nel presente confronto, sebbene la divisione sia sulla relativa qualificazione come amministrativa o penale, dove ancora una volta influiscono oltre che elementi delle relative discipline positive, anche considerazioni di carattere dogmatico connesse alle singole tradizioni scientifiche nazionali. Ad esempio,

notoriamente in **Germania** permane un vasto fronte contrario alla considerazione della responsabilità degli enti come terreno per il ricorso a sanzioni penali, benché vi siano state iniziative anche legislative in questa direzione, rimaste però finora solo a livello progettuale.

Anche in Europa la confisca patrimoniale non è parimenti diffusa fra i sistemi considerati e solo la metà di essi la prevede come sanzione specifica per le persone giuridiche: essa si riscontra in **Svizzera, Finlandia, Francia, Italia, Norvegia, Germania, Spagna**, peraltro con varietà di determinazione della relativa portata (a secondo che si tratti dell'utile netto derivante dal reato, o dell'intero ammontare delle entrate).

Ancora più frammentata è poi la mappatura del terzo gruppo di sanzioni per gli enti, quelle interdittive, rispetto alle quali si riscontrano solo alcune scelte comuni per le varie tipologie e sempre fra stati diversi, fino a esperienze specifiche proprie di un singolo ordinamento.

In specie, la più ampia condivisione si registra per la *pubblicazione della sentenza di condanna*, conosciuta in **Belgio, Francia, Gran Bretagna e Irlanda, Italia, Norvegia, Olanda, Portogallo e Spagna**. Tranne Gran Bretagna e Irlanda, gli stessi sistemi prevedono anche *l'interdizione all'esercizio di un'attività*, sia pure con alcune specificità: così il **Belgio** l'esclude però se si tratti di pubblico servizio; in **Olanda** è configurata come privazione di diritti, in **Spagna** come sospensione dell'attività. A questa misura gli stessi sistemi, ma senza **Italia e Norvegia**, affiancano anche quella, contenutisticamente simile, della *chiusura dei locali*,¹⁴ che è dunque scelta minoritaria rispetto all'insieme dei paesi considerati, ed ancora minore è il numero di quelli che conoscono l'estrema soluzione della *liquidazione o dissoluzione dell'ente*, che è prevista solo da quattro sistemi: **belga, francese, italiano** (ma solo in caso di rilevante entità del profitto e di ripetute interdizioni temporanee in un arco temporale specifico), **spagnolo**. Lo stesso numero limitato di sistemi prevede il *divieto di contrattare con la pubblica amministrazione*, ma questa volta comprende quelli appena ricordati senza il **Belgio** ma con il **Portogallo**; composizione quest'ultima che si rinviene anche per la misura della *nomina di un commissario giudiziale*.

¹⁴ In Italia, è prevista anche la sospensione e/o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività (il che può equivalere ad una chiusura dei locali), tuttavia come sanzione non principale ma accessoria all'interdizione.

Soluzioni specifiche, talvolta anche originali, sono poi rinvenibili in **Belgio** (*ammonizione*), **Francia** (*divieto di tenere animali e relativa confisca*), **Italia** (*divieto di pubblicizzare beni e servizi*).

L'adozione da parte dell'ente di programmi di prevenzione del rischio di reati è poi una misura che indirettamente incide sul versante sanzionatorio, in quanto può escluderlo o limitarne l'entità: essa viene regolata da ancora pochi Paesi (**Italia** oltretutto **Gran Bretagna** ed **Irlanda**), sebbene vi sia un interesse diffuso anche in altri sistemi a recepirne il fondamentale meccanismo (un ampio dibattito si registra in proposito ad es. in **Spagna** ed in **Germania**).

Specificità di regime sono poi previste in alcuni sistemi per le sanzioni applicate agli enti rispetto a quelle corrispondenti delle persone fisiche: in specie, la relativa commisurazione delle pene pecuniarie viene regolata secondo modalità particolari in **Italia**, oltre che in **Gran Bretagna** e **Irlanda**.

Anche in Europa dunque, forse persino di più che in Sud-America, all'osservatore si presenta un quadro sanzionatorio del tutto variegato, dove non è facile rintracciare le scelte che hanno portato i singoli ordinamenti, una volta abbracciata la fondamentale idea di introdurre una responsabilità da reato degli enti, a riconoscere l'una piuttosto che l'altra delle sanzioni adottabili in materia e dove dunque il versante in esame del sistema della responsabilità degli enti presenta un bisogno di armonizzazione ancora maggiore.

4. L'armonizzazione delle sanzioni da reato per le persone giuridiche negli strumenti internazionali

A fronte del quadro delineato, un osservatore estraneo al dibattito penalistico internazionale dell'ultimo trentennio, potrebbe concludere che il tema trattato sia rimasto fuori dal trend generale all'armonizzazione fra i diversi sistemi giuridici nazionali. La sua sorpresa sarebbe allora grande nel leggere invece che "la responsabilità delle persone giuridiche costituisce un tema guida della politica criminale degli inizi del XXI secolo. Non esiste trattato internazionale o, nel nostro ambito regionale [Nda: l'Unione Europea], decisione quadro o direttiva europea che non richieda la sanzione per le società".¹⁵

¹⁵ Nieto Martin, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid 2008, 37.

La contraddizione così evidenziata è però solo apparente: ad una considerazione più ravvicinata degli strumenti internazionali che sempre più frequentemente hanno richiesto l'introduzione di forme di responsabilità da reato per gli enti specie in relazione a settori di criminalità più grave, ci si accorge che l'attenzione è essenzialmente posta su tale fondamentale opzione di politica criminale, volta a superare il *societas delinquere non potest*, tradizionalmente conosciuto e considerato anzi un dogma in molti ordinamenti di *civil law* ancora nella seconda metà del secolo scorso. Per evitare però di mettere in pericolo il raggiungimento dell'obiettivo, si lascia aperta tanto la questione della natura penale o amministrativa della relativa responsabilità quanto una descrizione analitica dei fondamenti della stessa e dei relativi criteri di imputazione, mentre rispetto al non meno rilevante profilo sanzionatorio le previsioni si riducono a indicazioni generali, che hanno assunto il carattere di clausola di stile in numerose convenzioni universali.

Esemplare in proposito risulta la Convenzione Onu di Palermo sul crimine organizzato transnazionale, che ha avuto un significato di impulso per gli ordinamenti sudamericani qui specificamente considerati.

In particolare, all'art. 10, dopo aver previsto in apertura che gli Stati parte debbano introdurre una responsabilità – ulteriore rispetto a quella delle persone fisiche (co. 3) -per le persone giuridiche che partecipano a reati “gravi”(punibili cioè con una pena non inferiore ad un massimo di quattro anni) che coinvolgono un gruppo criminale organizzato e ai reati specificamente regolati dallo stesso testo (agli art.5, 6, 8 e 23), richiede agli stessi anche di assicurare “sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprese sanzioni pecuniarie”, avendo cura di precisare che esse possono essere “di natura penale o non penale”(co.4), ribadendo così quanto già espresso in relazione all'indifferenza della natura della relativa responsabilità, “penale civile o amministrativa” (co.2).

Formule quasi identiche si trovano del resto nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1999 per la soppressione del finanziamento del terrorismo (art. 5) e in quella sempre delle Nazioni Unite del 2003 di Merida contro la corruzione (art. 26).

L'ampiezza di una formula come quella richiamata è verosimilmente collegata alla cautela con cui si è inteso intervenire sugli ordinamenti nazionali in materia: si è cioè evitato che l'estrema varietà delle scelte sanzionatorie a livello globale, unitamente alla tradizionale considerazione delle pene come elemento riservato alle autodeterminazioni del singolo

sistema giuridico, potesse mettere a rischio il recepimento di uno strumento internazionale che contenesse indicazioni più stringenti sul catalogo delle sanzioni, sul relativo livello e modalità di determinazione.

Sbaglierebbe tuttavia chi vedesse nella vicenda in esame una riprova a livello globale di un supposto fallimento delle politiche di armonizzazione in materia penale, già rilevato ad esempio in alcuni settori dell'azione in materia penale dell'Unione Europea¹⁶. A parte la necessità di una riflessione sulla reale portata di una tale affermazione, che sembra dovere essere ridimensionata già in relazione al contesto europeo al quale era inizialmente riferita, l'incidenza dei suddetti strumenti delle Nazioni Unite sulla situazione degli stati sudamericani sul terreno della responsabilità da reato degli enti appare particolarmente evidente.

Basti segnalare che prima di essi solo due dei paesi considerati conoscevano apposite disposizioni in materia: il **Brasile** prevedeva una responsabilità penale per reati ambientali a carico delle imprese e la relativa normativa (Lei 9.605/1998) si appoggiava su una apposita previsione a livello di Costituzione Federale in materia (art.225). Il **Paraguay** affidava al Banco centrale un potere sanzionatorio e regolamentare (dunque amministrativo) nei confronti dei soggetti persone fisiche e giuridiche soggetti alla sua supervisione, in caso di commissione da parte di essi di illeciti bancari, creditizi, finanziari e cambiari (art. 83 e 91 Ley N° 489/95 *Orgánica del Banco Central*).

Dopo le Convenzioni ONU sul crimine organizzato transnazionale e sulla corruzione, anche in relazione alla rispettiva recezione nei rispettivi ordinamenti nazionali, registra una vera impennata il numero di paesi che hanno introdotto la forma di responsabilità in esame, sempre indipendentemente dalla natura ad essa attribuita, ed ha ormai raggiunto, come già segnalato, la quasi totalità di quelli presi in esame.

Così il **Perù** dopo la ratifica della convenzione di Palermo il 23.1.2002 e quella di Merida il 16.11.2004, nel 2007 ha modificato il codice penale,

¹⁶ In generale, Satzger, *Internationales und europäisches Strafrecht*, Baden-Baden 2010, 123 s.; Weyembergh, *Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales*, in *Rev. int. dr. pén.* 2006, 188; Pastor Muñoz, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der EU*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, p. 86 s., 90. Con particolare riferimento alla punibilità della partecipazione ad una organizzazione criminale, cfr. Manacorda, *La « parabole » de l'harmonisation pénale: à propos de dynamique d'intégration normatives relatives à l'organisation criminelle*, in Delmas-Marty/Pieth/ Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris 2008, 267 s.

novellando l'art. 105 relativo alle sanzioni da applicare alle persone giuridiche nel cui ambito è stato commesso il reato (Decreto Legislativo N° 982, 22 luglio 2007).

A sua volta il **Cile**, che ha ratificato la Convenzione di Palermo il 29.11.2004 e quella di Merida il 13.9.2006, nel 2009 ha adottato la responsabilità penale degli enti per reati di terrorismo, corruzione e riciclaggio (Ley 20.393/2009).

Ancora, la **Colombia** ha adottato la legge sulla responsabilità penale enti per reati contro la pubblica amministrazione solo dopo il recepimento interno delle due suddette Convenzioni ONU (ley 1474/2011, laddove le ratifiche alle suddette convenzioni sono del 4.8.2004 e rispettivamente del 24.10.2006).

Nella stessa direzione il **Venezuela** ha previsto in due ambiti diversi la responsabilità in questione, con provvedimenti normativi distinti ma significativamente collegati temporalmente e proprio nella materia in esame (*Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo-LOCDOFT*, pubblicata su G.O. N° 39.912 del 30.4.2012; e *Ley Penal del Ambiente* G.O. N° 39.913 del 2.5.2012): tali leggi del 2012 sono dunque entrambe successive alla ratifica nazionale delle Convenzioni ONU più volte ricordate (risalente la prima al 13.5.2002, l'altra al 2.2.2009).

Anche in **Equador**, l'introduzione della responsabilità degli enti nel *Codigo Penal Integrado* (art. 49-50, Ley N. 180 del 10.2.2014) ha alle spalle le ratifiche in tale paese delle due citate Convenzioni, risalenti la prima al 17.9.2002 e la seconda al 15.9.2005.

Da ultimo, l'**Argentina** ha introdotto nel 2017 la responsabilità penale per una serie di reati contro la pubblica amministrazione (*Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos*) ed anche in questo caso la ratifica delle due Convenzioni delle Nazioni Unite era precedente: quella sul crimine organizzato del 19.11.2002, la seconda, sulla corruzione del 28.8.2006.

Solo la **Bolivia** rappresenta una pur limitata eccezione alla indefettabilità della segnalata sequenza temporale fra l'adesione all'obbligo internazionale e l'implementazione in una disciplina positiva, perché una delle già richiamate fonti di responsabilità per le persone giuridiche, il codice tributario del 2003, è in effetti precedente alle ratifiche ai due più volte richiamati testi convenzionali, avvenuta nel 2005 (rispettivamente il 10.10 e il 5.12). Non va però trascurato che le altre due fon-

ti attualmente vigenti in materia sono invece successive, confermando dunque anche per questo paese il trend evidenziato (*Ley de Lucha contra la corrupción* del 2010 e *Ley de Servicios Financieros* del 2013).

Sarebbe dunque una patente sottovalutazione dell'effetto che le Convenzioni ONU hanno prodotto sui sistemi penali della regione sudamericana negare la loro influenza rispetto all'introduzione di forme di responsabilità degli enti: anche ad ammettere che sull'infittirsi negli ultimi quindi anni delle iniziative legislative in materia nei paesi in esame abbiano pesato fattori anche locali o comunque diversi, l'esistenza degli obblighi internazionali suddetti non pare possa ragionevolmente negarsi senza ridurre a mera casualità la sequenza temporale che si è ricostruita in relazione ai i due livelli normativi.

Piuttosto, una rappresentazione equilibrata dei due punti qui evidenziati – per un verso, l'impulso ai vari sistemi sudamericani ad introdurre forme di responsabilità da reato per gli enti derivante degli obblighi internazionali contenuti nelle richiamate Convenzioni delle nazioni Unite, e, per altro verso, la frammentarietà dei sistemi sanzionatori adottati in materia nei singoli sistemi nazionali – può essere quella che nel riconoscere l'armonizzazione fin qui realizzata, la rappresenta come un'armonizzazione pur sempre debole. Essa infatti anche in ambiti regionali sufficientemente omogenei, ha operato per così dire a macchia di leopardo, lasciando alcune tipologie sanzionatorie del tutto non riconosciute in alcuni sistemi, in altri differenze di configurazione astratta della sanzione o anche solo di commisurazione giudiziale, con conseguente lacune o quantomeno diversità di efficacia nella risposta complessiva del sistema di responsabilità da reato per gli enti. Un tale stato del percorso di riconoscimento della responsabilità da reato è comunque più avanzato rispetto alla situazione precedente gli strumenti internazionali di armonizzazione e dunque conferma che essi hanno svolto una tale funzione, almeno se questa viene intesa come principio, cioè come direttrice di azione che tende progressivamente a realizzarsi sempre meglio, e non come rigida regola, che può essere integrata e meno senza possibilità di graduazione rispetto al suo adempimento¹⁷.

¹⁷ Ho cercato di approfondire tale concezione dell'armonizzazione in materia penale (sia pure con specifico riferimento all'azione dell'Unione Europea) nel mio *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in RIDPP 2014, 118 s.

5. Spunti valutativi di sintesi

Il quadro fin qui delineato, se non è certo in grado di rappresentare con completezza le specifiche soluzioni nazionali nei due bacini ordinali considerati, sembra tuttavia almeno sufficiente per tracciare alcune rapide valutazioni di sintesi, che vengono di seguito formulate essenzialmente come spunti per ulteriori e più approfonditi studi, che qui avrebbero di gran lunga superati i limiti assegnati al presente intervento.

In primo luogo, la fotografia della situazione attuale nella materia considerata restituisce una immagine che indica con nettezza la scelta a favore della responsabilità degli enti e dell'applicazione di sanzioni correlate, ormai condivisa nella maggioranza dei Paesi dell'America del Sud ed in Europa.

Si tratta di una scelta che rimane indipendente dalla natura della responsabilità, e ciò consente di evidenziare una divaricazione fra politica criminale e dogmatica, in quanto non solo nei paesi in cui i dogmi tradizionali su azione colpevolezza e capacità di sottoposizione a pene e alle relative funzioni vi è una resistenza all'adozione da parte del legislatore nazionale di sistemi di responsabilità penale da reato per gli enti (un esempio per tutti la Germania), ma anche dove sono state adottate leggi che espressamente qualificano come penale la responsabilità in materia, la lettura fornita dalla dottrina prevalente rileva il carattere di "truffa delle etichette" di una tale operazione (anche qui a titolo esemplificativo, l'Argentina). La forza trainante delle esigenze di politica criminale nella trasformazione del quadro positivo è però comprovata dal dato che il riconoscimento di tale forma di responsabilità avviene da parte dei legislatori nazionali in relazione a forme di criminalità cd. grave, che catalizzano l'interesse e la sensibilità della collettività a livello internazionale e/o nazionale (ad es. corruzione, riciclaggio, ambiente). D'altra parte, una volta introdotta per alcune ipotesi, la tendenza è quella ad un graduale ampliamento del numero di ipotesi in cui gli enti sono chiamati a rispondere (qui sono esemplari per l'Europa, le vicende della Francia e del nostro ordinamento).

Sul versante specifico delle sanzioni per gli enti, le risposte nazionali qui considerate si presentano significativamente differenti. Una vera e propria comunanza si registra solo in relazione alla tipologia delle sanzioni pecuniarie e ciò tanto all'interno nei bacini omogenei considerati (sia pure per il Sudamerica con l'eccezione del Perù),

quanto in un'ottica di macro-comparazione fra sistemi del Sud-america e quelli europei. Per tutte le altre forme di sanzioni, confisca e sanzioni interdittive, il grado di riconoscimento è molto variegato in relazione alla tipologia ed ai contenuti concreti della singola sanzione. Ancora, i sistemi sanzionatori per gli enti qui considerati si differenziano non solo talvolta in relazione alle corrispondenti sanzioni previste per le persone fisiche (per es. le pene pecuniarie in Italia: a somma unica per queste ultime, a tassi giornalieri per gli enti), ma anche in relazione alle modalità con cui sono declinate le stesse sanzioni per gli enti fra sistemi diversi. Così la commisurazione delle sanzioni pecuniarie nei sistemi sudamericani può assumere i caratteri della multa commisurata al vantaggio indebito (Argentina e Venezuela), o piuttosto in relazione al salario minimo mensile determinato legalmente (Brasile, Colombia Paraguay ed Equador) o ancora nella forma del beneficio fiscale (Cile); e la varietà aumenta se il raffronto è ampliato al bacino europeo, dove mancano tali modalità di commisurazione, ma si oscilla fra i due sistemi già menzionati della somma unica e del tasso giornaliero.

Si può dunque parlare di una 'armonizzazione debole' delle sanzioni per le persone giuridiche rispetto alle istanze sovranazionali in materia: a livello di iniziative globali, la formula di riferimento adottata "sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive" lascia intenzionalmente nel vago le sue possibili declinazioni in una concreta tavola sanzionatoria, cosicché non ci si può poi stupire nel rilevare a livello di concretizzazione nei singoli sistemi nazionali del Sudamerica una rilevante diversificazione di soluzioni positive.

Meno comprensibile è però l'analogia disparità nel contesto europeo, dove esistono strumenti anche vincolanti, almeno in relazione ad un significativo numero di fenomeni criminali ormai rientranti nella previsione di cui all'art. 83 TFUE. È però interessante che anche nei numerosi casi in cui interventi normativi dell'Unione abbiano previsto la specifica forma di responsabilità in esame, le indicazioni rispetto alle corrispondenti non mutino significativamente fra le fonti meno garantite rispetto al raggiungimento dei propri obiettivi di armonizzazione (le decisioni quadro¹⁸) e quelle più recenti e più

¹⁸ Significative ad esempio le previsioni contenute in proposito nella Decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro [GUCE n. L 140 del 14/06/2000], la quale

garantite nella loro vincolatività (come le direttive¹⁹ e persino i regolamenti²⁰). È così che, rispetto alla tendenza internazionale ed anche europea all'introduzione di una responsabilità in materia progressivamente implementata da un numero crescente di sistemi nazionali, la specificazione di una disciplina sovranazionale sul versante sanzionatorio appare più statica: non può non colpire il dato che ancor attualmente il catalogo di sanzioni per le persone giuridiche più articolato nel contesto europeo si ritrovi nel primo degli interventi in materia, la cui natura è appunto solo di *soft law*: la Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (88)18²¹.

nel prevedere per le condotte ivi descritte la responsabilità degli enti, sul versante sanzionatorio alla tradizionale formula di "effettive, proporzionate e dissuasive", nel caso di fatto dei dirigenti, responsabili e controllori (ex art. 8 par.1) non solo affianca l'espreso riferimento alle sanzioni pecuniarie (lasciandone aperta la natura penale o amministrativa), ma anche specifica una lista di ulteriori sanzioni (pur se solo come eventuali): *l'esclusione dal godimento di un vantaggio o sussidio pubblico; l'interdizione temporanea o permanente di esercitare un'attività commerciale; l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; provvedimenti giudiziari di scioglimento*. A tale lista, la successiva Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25.10.2004 riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti [GU L335 -11/11/2004], ha aggiunto anche la chiusura temporanea o permanente delle sedi usate per commettere il reato, oltre alla confisca delle sostanze oggetto di reati di traffico, dei relativi strumenti e dei connessi proventi.

¹⁹ Una formula identica a quella contenuta nelle decisioni quadro menzionate nella nota precedente ed in particolare alla versione più estesa prevista da quella in materia di traffico di stupefacenti, ed anzi rispetto a quest'ultima priva dell'importante riferimento alla confisca dei proventi del reato, si ritrova ad esempio nell'art. 7 della direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15.5.2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione (che ha sostituito la Decisione quadro 2000/383/Gai succitata); ancora nell'art. 6 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5.4.2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI); fino all'art. 18 della recente Direttiva 2017/541 del parlamento europeo e del consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo.

²⁰ In alcuni regolamenti UE la formulazione delle norme sanzionatorie per gli enti è addirittura più generica di quelle contenute nelle decisioni quadro e nelle direttive richiamate nelle due note precedenti, limitandosi alla formula delle sanzioni "effettive, dissuasive e proporzionate" senza alcuna ulteriore specificazione tipologica: cfr. art. 9 Regolamento CE n. 2580/2001 del Consiglio, del 27.12.2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone ed entità, destinate a combattere il terrorismo [GUCE n. L 344 del 28/12/2001]; art. 2. Regolamento CE N. 1338/2001 del Consiglio del 28.6.2001 che definisce talune misure necessarie alla protezione dell'euro contro la falsificazione

²¹ È pubblicata in italiano in *Riv.trim.dir.pen.ec.* 1991, 653 s.

È tuttavia da rilevare che, tanto in Sudamerica quanto in Europa, un processo di diffusione della responsabilità da reato per gli enti, se rappresenta una condizione necessaria per realizzare un fronte comune di contrasto alla criminalità delle imprese, non è sufficiente ad eliminare il diverso rischio sanzionatorio delle relative persone giuridiche nei vari stati e ciò ha rilevanti conseguenze sulle rispettive scelte di azione a livello transnazionale, che potranno essere influenzate dai sistemi che presentano minore efficacia nel contrastare i relativi illeciti.

Rispetto poi alla constatazione di parametri di armonizzazione ancora molto generici sul versante delle sanzioni per gli enti (la nota formula generalissima di sanzioni “effettive, dissuasive e proporzionate”), sembra necessario segnalare infine alcune esigenze minime da colmare sollecitamente.

In primo luogo, individuare un catalogo sovranazionale di sanzioni minime, sufficientemente articolato e distinto quantomeno fra pene pecuniarie, confisca e sanzioni interdittive. L'utilità di un tale schema prescinde tanto dalla loro qualificazione come sanzioni penali amministrative o miste/autonome, ma anche dalla loro introduzione come pene principali o accessorie, che sono questioni fortemente collegate a scelte che possono restare di competenza del singolo ordinamento nazionale e della rispettiva tradizione dogmatica.

In questa stessa linea, sembra utile individuare sempre in sede sovranazionale livelli minimi e livelli massimi comuni delle varie sanzioni pecuniarie, interdittive e di pubblicità negativa, che servano a evitare scompensi eccessivi, verso il basso o verso l'alto, del grado di efficacia di un singolo sistema nazionale in materia rispetto agli altri.

Allo stesso modo, opportuno sarebbe estendere la ricerca di un valore minimo comune anche all'efficacia premiale di condotte riparatorie e di prevenzione di offese ulteriori, dando così un riconoscimento di fondo al valore di strumenti come i *compliance programs* e accordi di collaborazione. In prospettiva sarebbe anzi auspicabile provvedere ad ampliare le tipologie sanzionatorie conosciute per gli enti, sviluppando forme di prestazione a favore delle collettività colpite da determinate condotte illecite degli enti: ad esempio, in materia ambientale imponendo forme di ripristino dell'equilibrio di una certa zona danneggiata dall'inquinamento prodotto da una certa impresa.

È facile osservare che rispondere a tali esigenze non sarà certo facile: alla riflessione teorica compete però un compito importante nell'avan-

zamento del dibattito sulle sanzioni per gli enti. Rispetto allora al giudizio di *Klaus Tiedemann* – maestro per tutti in queste discipline ed al cui ricordo sia consentito conclusivamente dedicare queste brevi note – secondo cui la questione della responsabilità delle persone giuridica sarebbe ormai da alcuni anni “più una questione di volontà politica che di analisi scientifica”²², la fruttuosità di una riflessione come quella sviluppata in questa occasione di studio e comparazione sembra piuttosto dirci che anche la scienza penalistica ha ancora un compito non secondario sui temi qui tratteggiati.

²² TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union (Freiburg-Symposium)*, Köln-Berlin-München 2002, 17.

Il ruolo dei modelli organizzativi nella nuova disciplina della responsabilità dell'ente da reato in Argentina

Prof. Andrea R. Castaldo

In un panorama internazionale caratterizzato dalla crescente considerazione delle persone giuridiche quali soggetti in grado di influenzare con il proprio comportamento l'andamento del mercato e, di conseguenza, lo sviluppo sociale, l'Argentina è approdata solo recentemente allo scoglio della affermazione della responsabilità degli enti da reato.

Adeguandosi all'ormai prevalente orientamento normativo europeo ed extraeuropeo, il Parlamento argentino ha emanato lo scorso 8 novembre 2017 la *Ley de responsabilidad penal empresarial* (n° 27.401), con la quale sono stati definiti i confini dell'attribuzione di responsabilità penale in capo all'ente che abbia ricevuto un vantaggio in forza del comportamento illecito di un suo componente.

Le ragioni che sottostanno all'intervento normativo sono di non poco momento: attualmente l'Argentina si trova nel bel mezzo del processo di ammissione all'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico). In tal senso, occorre rilevare che l'obiettivo fondamentale dell'Organizzazione è quello di promuovere politiche che migliorino il benessere economico e sociale dei cittadini, ragion per cui la partecipazione alla stessa è preclusa a quei Paesi che non abbiano adottato norme idonee a garantire la trasparenza e la lotta alla corruzione, anche in relazione ai reati commessi dalle (*rectius*: a vantaggio delle) persone giuridiche.

La *Ley* in esame non rappresenta, ad ogni modo, una novità in grado di sconvolgere il preesistente ordine normativo; invero, già prima della riforma esisteva un art. 144 *quinto* del *Codigo penal* il quale sanzionava la partecipazione colposa del responsabile *de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo* nel fatto doloso altrui. Prevedendo un'ipotesi inscrivibile nella logica della "responsabilità da

organizzazione", l'articolo appena citato punisce con la reclusione da sei mesi a due anni e l'interdizione speciale da tre a sei anni il *funcionario responsable della divisione, stabilimento, departamento, dependencia o qualsiasi altro organismo* qualora venga commesso il fatto previsto dall'art. 144 *ter* Cod. pen. (che punisce il pubblico ufficiale che impone a chiunque, legittimamente o illegittimamente privato della libertà, qualsiasi tipo di tortura) *se le circostanze del caso consentono di stabilire che l'atto non sarebbe stato commesso se il suddetto funzionario avesse attuato la necessaria supervisione o le opportune precauzioni*¹.

Peraltro il sistema penale argentino già prevedeva sanzioni specificamente dirette alle imprese in relazione a delitti di matrice economico-tributaria con particolare riferimento al riciclaggio², affermando tuttavia la stretta condizione della dipendenza della responsabilità dell'ente da quella della persona fisica imputata in quanto materiale responsabile dell'illecito, condizione ora espunta dalla disciplina generale che prevede l'autonoma imputabilità dell'ente.

La riforma attuata tramite la *Ley* n° 27.401 ha dato dunque il via ad una significativa rivoluzione anche rispetto alla qualificazione della *responsabilidad*, che, a differenza di quella amministrativa (*para-penal*) italiana, è a tutti gli effetti di carattere penale.

Le caratteristiche della responsabilità dell'ente da reato argentina sono infatti solo in parte assimilabili alla più familiare disciplina italiana: la prima importante differenza risiede appunto nell'appena citato carattere strettamente penale della *responsabilidad*.

Quanto ai soggetti interessati dalla nuova disciplina, la *Ley de responsabilidad penal empresarial* li individua nelle persone giuridiche *de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*, ricavando in questo modo uno spazio di responsabilità anche per gli enti partecipati dallo Stato stesso.

¹ J. M. RODRIGUEZ ESTÉVEZ, *El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa*, in *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 31/2017, p. 11 ss.

² L'art. 24 della *Ley* n° 25.246 stabilisce che: 1. *La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera creada por esta ley será sancionada con pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave.* 2. *La misma sanción sufrirá la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor.* Più in particolare, la UIF in Argentina con risoluzione del 25.2.2013 ha previsto che: "El nombramiento de un funcionario de alto nivel, lo hace responsable de velar por la observancia e implementación de los procedimientos y controles necesarios para prevenir el lavado de activos".

Tali enti sono destinatari di una rosa piuttosto ampia di sanzioni: i) multa dal doppio al quintuplo del valore del beneficio indebitamente ottenuto o che si sarebbe potuto ottenere; ii) sospensione totale o parziale dell'attività dell'ente per un massimo di 10 anni; iii) interdizione dalla partecipazione a concorsi o appalti pubblici o a qualsiasi altra contrattazione con lo Stato per un tempo massimo di 10 anni; iv) scioglimento o liquidazione della persona giuridica qualora sia stata creata al solo fine di commettere il delitto; v) perdita o sospensione dei benefici statali eventualmente percepiti; vi) pubblicazione della sentenza di condanna.

Accanto a sanzioni di carattere meramente economico (nella forma della multa o della perdita o sospensione dei benefici statali percepiti), si prospettano presidi maggiormente idonei a scongiurare (anche in chiave general-preventiva) l'attività illecita dell'ente, potendone paralizzare provvisoriamente o – addirittura – annullarne perpetuamente l'attività; la stessa pubblicazione della sentenza di condanna è in sé funzionale a limitare l'affidabilità dell'ente nei confronti dei terzi interlocutori, contestualmente circoscrivendo la sua spendibilità sul mercato economico.

La Ley n° 27.401, ad ogni modo, perimetra l'area della *responsabilidad penal empresarial* includendovi una limitata serie di illeciti, che comprende unicamente i reati di *Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional* (artt. 259 e 28 bis cod. pen.), *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas* (art. 265 cod. pen.), *Concusión* (art. 268 cod. pen.), *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados* (artt. 268.1 e 268.2 cod. pen.), *Balances e informes falsos agravados* (art. 300 cod. pen.). Se, da un lato, la scarsa ampiezza dell'elenco appena richiamato è da apprezzare in quanto la *responsabilidad empresarial* resta limitata alla sola criminalità economica e amministrativa di maggiore allarme sociale, dall'altro, non si esclude che anche la disciplina argentina possa essere investita in futuro dallo stesso effetto ampliante che ha colpito l'elenco dei reati incluso nell'ambito dell'italiano d.lgs. 231/2001.

Naturalmente, perché uno dei reati enumerati dalla Ley possa essere imputato alla persona giuridica, è necessario che sia stato posto in essere direttamente o indirettamente con l'intervento dell'ente stesso oppure a suo nome, interesse o beneficio³.

³ Art. 2. – Responsabilidad de las personas jurídicas. *Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese*

Tanto è ampio, poi, il raggio della sanzione, che vi sono incluse anche le persone giuridiche “terze” che, pur non essendo strettamente “parte” dell’ente raggiunto dalla giustizia penale, abbiano comunque agito per la realizzazione dell’illecito beneficio a suo vantaggio.

Ampia è anche la persistenza della *responsabilidad*, che permane in capo all’ente nell’ipotesi in cui lo stesso vada incontro a trasformazione, fusione, assorbimento, scissione o altre modifiche societarie che lascino comunque invariata l’organizzazione dell’impresa “colpevole” quanto a fornitori, clienti, impiegati o sistema direttivo.

Per quanto stringente e potenzialmente perpetua nelle sue conseguenze sanzionatorie, la *responsabilidad penal empresarial* argentina presenta un’ulteriore caratteristica peculiare (che la rende assimilabile alla disciplina italiana) consistente nella causa espressa di non punibilità dell’ente descritta all’art. 9 della *Ley* dell’8.11.2017.

In particolare la punibilità dell’ente è esclusa qualora lo stesso abbia simultaneamente: denunciato immediatamente la commissione di uno dei delitti previsti dalla legge scoperta in conseguenza della propria attività di investigazione interna; sviluppato un sistema di controllo e vigilanza adeguato nei termini degli artt. 22 e 23 della legge, anteriormente alla commissione del delitto, per la cui violazione sia stato necessario un particolare impegno dei soggetti agenti; restituito il beneficio indebito ottenuto⁴.

Anche da una lettura superficiale della norma emerge chiaramente il parallelismo tra il *programa de integridad* argentino descritto agli artt. 22 e 23 della *Ley* e i modelli di organizzazione e gestione di italiana esperienza. Appare infatti evidente come il fulcro del sistema dell’esenzione della responsabilità per la persona giuridica risieda appunto nella attuazione del programma di integrità, che riveste quindi la medesima funzione dei MOG italiani, con i quali condivide anche la non obbligatorietà.

de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

⁴ Art. 9. – Exención de pena. *Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebito obtenido.*

L'art. 22 della *Ley*⁵ prevede infatti, mediante l'utilizzo del termine "podrán", la facoltatività dell'istituzione del *programa de integridad* da parte delle persone giuridiche.

Qualora istituito, il *programa* sarà articolato in un "insieme di azioni, meccanismi e procedure interne per la promozione dell'integrità, della supervisione e del controllo, volte a prevenire, individuare e correggere le irregolarità e gli atti illeciti coperti da questa legge".

Emerge palesemente la limitazione dell'ambito inclusivo del *programa* alla rosa minima di reati individuati dalla legge quali fonti di responsabilità penale della persona giuridica, secondo il ragionato meccanismo della previsione di aree di rischio.

La norma prende infatti anche in debita considerazione la necessità che i meccanismi e le procedure individuati dal *programa* siano strutturati diversamente in rapporto "con i rischi inerenti all'attività svolta dalla persona giuridica, le sue dimensioni e la sua capacità economica", con ciò richiedendo, che la valutazione circa l'idoneità del *programa* venga svolta in concreto, considerando la diversa articolazione della compagine societaria.

Del programma di integrità, poi, la legge impone – all'art. 23⁶ – un contenuto minimo (come si evince dal testo della norma che impone

⁵ Art. 22. – Programa de Integridad. *Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.*

⁶ Art. 23. – Contenido del Programa de Integridad. *El programa de integridad podrá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados. Asimismo, también podrá contener los siguientes elementos: I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad. II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia. III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos. IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias. V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta. VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial. VII. La*

al menos los siguientes elementos) in soli tre punti riguardanti: a) la predisposizione di un codice etico di condotta; b) l'individuazione di regole specifiche inerenti la prevenzione degli illeciti nel corso della contrattazione pubblica; c) lo svolgimento della formazione periodica sul programma di integrità per direttori, amministratori e dipendenti.

La scarsa indicazione del contenuto minimo trova quale contraltare una ben più definita elencazione, al comma secondo dell'art. 23, di ulteriori elementi che possono (eventualmente) entrare nel *programa*. Tra questi figura, oltre all'obbligo di un costante aggiornamento del programma di integrità, anche la previsione di canali di denuncia delle irregolarità aperti a terzi e adeguatamente diffusi, nonché di politiche di protezione dei denunciatori contro eventuali ipotesi di *retaliation*. È dunque la stessa legge istitutiva della responsabilità degli enti da reato pertanto a prevedere, significativamente sebbene in forma facoltativa, la tutela (ancora in forma primordiale) della figura del *whistleblower*.

Tra le novità introdotte dalla riforma argentina appare degna di nota anche la nascita dell'*acuerdo de colaboracion eficaz*. Disciplinato dagli artt. 16 e ss. della *Ley*, l'*acuerdo* coinvolge la persona giuridica ed il *Ministerio Publico Fiscal* e può essere siglato in seguito all'apertura delle indagini e fino alla citazione a giudizio al fine di collaborare nella ricerca della persona fisica colpevole dei reati individuati e nel recupero del prodotto o profitto derivante dal reato, ottenendo in cambio il beneficio della riduzione della sanzione.

A fronte degli evidenti aspetti positivi risiedenti nella neo-introduzione della responsabilità degli enti da reato, che garantirà senz'altro all'Argentina un più agevole ingresso tra i Paesi OCSE, occorre evidenziare alcuni aspetti controversi della *Ley*.

In primis, sul piano applicativo, è degna di valorizzazione critica la circostanza dell'assenza in Argentina di un registro unico nazionale delle persone giuridiche, con grave nocumento in termini di individuazione dell'ente del quale s'intende indagare la responsabilità di un reato⁷.

debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas. VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa de Integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

⁷ "La deuda más seria es que al día de hoy la Argentina no implementó un único registro nacional de personas jurídicas, a pesar de que la ley 26.047 dispuso su creación en 2005. Ello

Ancora, in relazione alla pur rilevante causa di non punibilità legata all'adozione del *programa de integridad*, si è già evidenziato come la *Ley* individui elementi fondamentali nella sua redazione, oltre che elementi di facoltativa introduzione, ma non si chiariscono parimenti le conseguenze della mancata previsione degli elementi accessori. La domanda è la seguente: nel caso in cui il programma contenga gli elementi fondamentali e non anche quelli accessori – pur codificati – lo si potrà dire comunque efficace, idoneo e quindi scriminante?

Del resto, il dibattito circa il significato di “idoneità” dei modelli organizzativi è notoriamente ancora aperto anche in Italia, ove la giurisprudenza fatica a interpretare una norma nebulosa e dai confini eccessivamente frastagliati⁸.

Le perplessità sinora accennate si rinvergono chiaramente nei primi commenti alla *Ley de responsabilidad penal empresarial* da parte degli addetti ai lavori argentini.

Il sentimento prevalente dell'opinione pubblica – che riteniamo di dover riportare conclusivamente – si àncora all'idea che senza dubbio la legge in esame sia un importante passo avanti nella repressione della criminalità ma una legge, da sola, è inadeguata e non può essere decontestualizzata da altri strumenti indispensabili per la garanzia della sua efficacia.

Difatti, condivisibile: “*una visión integradora que armonice ésta decisión con el buen y pronto funcionamiento de la justicia en la investigación; con políticas de monitoreo y control de dichos estándares por parte de algún organismo; así como también la concientización de las empresas en que la rentabilidad no puede ser el único objetivo, pues el control de riesgos legales y una fuerte impronta de valores y ética en los negocios, también contribuyen a la rentabilidad del negocio a largo plazo y a la reputación de la empresa*”⁹.

dificulta la obtención de información en casos de corrupción empresarial y pone en riesgo las laudables intenciones del proyecto que tanto debate cuesta sancionar.” C. LAMELA, La ley de responsabilidad penal empresarial, otra vez a Diputados, in La Nacion online, 8 ottobre 2017.

⁸ Sul punto, A. FIORELLA – N. SELVAGGI, Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014, pg. 105; A. FIORELLA, Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’, in A. M. STILE – V. MONGILLO – G. 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*, Napoli, 2013, pg. 359 ss.

⁹ ABOGADOS PENALISTAS, INTEGRANTES DEL ESTUDIO LISICKI, LITVIN Y ASOCIADOS, *Corrupción: ya es ley la responsabilidad penal de la empresa*, in *La Nacion online*, 12 novembre 2017.

Il rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino

Anna Salvina Valenzano, Diva Serra Cruz

SOMMARIO: 1. Premessa per la delimitazione del perimetro dell'indagine: sintetico *excursus* sui tratti caratterizzanti la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche da reato nei sistemi sudamericani. – 2. L'individuazione della 'natura' della responsabilità dell'ente da reato quale premessa per la ricostruzione di un modello ascrittivo compiutamente 'personale'. – 3. Sul rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato all'ente nei sistemi cileno, peruviano e argentino: posizione del problema. – 4. L'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza quale criterio di collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica nel sistema cileno. Il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura ascrittiva. – 5. Il 'programma di integrità' nella struttura dell'imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica nel sistema argentino e il significato dello 'sforzo' richiesto all'autore del reato nel violarne le regole. Il perimetro del giudizio di 'adeguatezza preventiva' in rapporto agli elementi minimi 'necessari' e 'facoltativi' del programma. – 6. Il rilievo del 'modello di prevenzione' nel sistema peruviano di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, anche in rapporto alla sua 'fraudolenta elusione' da parte dell'agente. – 7. La 'validazione preventiva' della idoneità dei modelli organizzativi: alla ricerca del perimetro dell'oggetto della certificazione nel sistema cileno. – 7.1. La controversa efficacia della certificazione del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno, anche in relazione alla corretta distribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa. – 8. La 'validazione *post factum*' dell'adeguatezza preventiva delle cautele organizzative attraverso la perizia sul modello nell'ordinamento peruviano. Il rilievo sistematico della 'esimente incompleta' nei sistemi cileno e peruviano. – 9. Il vuoto normativo, nonostante una proposta di certificazione nel sistema argentino. – 10. Rilievi conclusivi.

1. Premessa per la delimitazione del perimetro dell'indagine: sintetico *excursus* sui tratti caratterizzanti la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche da reato nei sistemi sudamericani

Negli ordinamenti sudamericani si sta di recente assistendo ad un movimento riformatore trasversale, simile a quello che ha scosso nell'ultimo ventennio il continente europeo, diretto all'introduzione di sistemi di responsabilità degli enti, pur a diverso titolo (penale o extrapenale), per fatti di reato commessi dai suoi esponenti nell'esercizio delle attività collettive.

Muovendo da questa premessa, l'idea di fondo che anima la presente indagine è quella di analizzare alcuni ordinamenti giuridici sudamericani, allo scopo di verificare la relativa struttura del sistema di imputazione della responsabilità all'ente, non dimenticando, accanto all'analisi dogmatica, anche la valutazione degli esiti giurisprudenziali, allo scopo di eventualmente individuare i principi ispiratori di un modello di disciplina che possa ritenersi 'virtuoso' nel contrasto ai reati commessi attraverso gli enti giuridici, nel pieno rispetto delle garanzie, sostanziali e processuali, per l'ente accusato di un illecito da reato. Anche nella più generale prospettiva di un'eventuale riforma del sistema italiano di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che, in una più ampia ottica 'globalizzata'¹, tenga altresì conto delle esperienze maturate in ordinamenti giuridici extra-europei, nella specie sudamericani.

Il criterio seguito per selezionare gli ordinamenti sudamericani di interesse è stato quello di individuare, nella molteplicità dei sistemi giuridici, quegli ordinamenti che, muovendosi nell'alveo di una tradizione giuridica continentale, attribuiscono un valore essenziale ai principi di 'personalità' e 'colpevolezza' della responsabilità penale e che, dunque, abbiano esercitato opzioni di politica criminale nel tentativo di garantire una scelta sintonica con il rispetto di detti principi nella specifica materia della responsabilità dell'ente da reato.

Da questo punto di vista, l'obiettivo dell'indagine si concentrerà sugli ordinamenti che, a valle di un sintetico *excursus* comparatistico, possano essere individuati quali sistemi di imputazione della respon-

¹ Per un approfondimento del ruolo dei sistemi di responsabilità dell'ente da reato nel diritto penale 'globalizzato', cfr. Fiorella e Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, Napoli: Jovene, 2015; Fiorella, Borgogno, e Valenzano (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli: Jovene, 2015.

sabilità all'ente edificati sul concetto di 'difetto di organizzazione', pur con articolazioni ed esiti differenti. Questo perché, non paghi di quei sistemi che attribuiscono rilievo ai soli criteri di identificazione organica per i fatti di reato commessi dai vertici dell'ente, ovvero di responsabilità vicaria per gli illeciti penali commessi dai sottoposti, si è cercato di individuare modelli di disciplina da ritenersi, sotto questo profilo, più maturi, per aver comunque tentato di individuare un criterio 'autonomo' di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che consenta di garantire l'attribuzione di una responsabilità 'propria', cioè 'personale' all'ente, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, nel rispetto dei fondamentali principi di 'personalità' e 'colpevolezza', pur con gli inevitabili accenti diversi collegati alle peculiarità di ciascun ordinamento giuridico.

Muoviamo chiedendoci, pur a grandi linee, quale sia il quadro normativo attuale in Sud America nella specifica materia della responsabilità dell'ente da reato, per selezionare, tra i diversi ordinamenti, quelli maggiormente fecondi per il raggiungimento degli obiettivi dell'indagine.

Tra gli ordinamenti nei quali è storicamente emersa l'esigenza di introdurre un sistema di responsabilità dell'ente da reato, si colloca innanzi tutto il Brasile, la cui Costituzione, sin dal 1988, già contemplava la responsabilità penale delle persone giuridiche². Di conseguenza, dieci anni dopo è stata pubblicata la prima legge sulla responsabilità penale delle persone giuridiche³, con la quale si è stabilito che le persone giuridiche possano essere responsabili in sede amministrativa, civile e penale, secondo le disposizioni della stessa legge, nel caso in cui il reato sia commesso per decisione del suo rappresentante legale o contrattuale, o del suo organo collegiale, nell'interesse o a vantaggio dell'ente giuridico⁴. Detta legge, sotto certi profili ancora grossolana nella ricostruzione del telaio dell'imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, sembra non riconoscere alcun valore

² Il riferimento è, in particolare, all'art. 225 n. 3) della Costituzione brasiliana, nel quale si stabilisce che le condotte e le attività considerate dannose per l'ambiente, riferibili alle persone fisiche o giuridiche, vengono punite attraverso sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare il danno causato.

³ Si tratta della legge n. 9605 del 12 febbraio 1998, che prevede sanzioni penali e amministrative per le condotte e le attività dannose per l'ambiente («*sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente*»).

⁴ Il riferimento è, in particolare, all'articolo 3 della citata legge brasiliana del 1998.

all'adozione ed attuazione di modelli di prevenzione dei reati da parte dell'ente nel quale il reato è stato commesso, né per escludere la sanzione penale, né per attenuarla.

Tuttavia, nell'ordinamento brasiliano è possibile individuare un'evoluzione del quadro giuridico di riferimento, dal momento che sono state successivamente adottate due leggi, nel 2012 e 2013⁵, che hanno introdotto a carico della persona giuridica degli obblighi di adozione e attuazione di misure per prevenire la commissione di taluni illeciti, anche penali. Ciò nonostante, il legislatore brasiliano non sembra aver ricollegato all'attuazione di dette misure preventive un'efficacia di esenzione dalla responsabilità 'amministrativa' da reato per la persona giuridica, dovendosi invece giungere a conclusioni parzialmente differenti con riferimento al ruolo delle misure, quali circostanze attenuanti, nel giudizio di commisurazione della sanzione da irrogare all'ente.

Più in dettaglio, la prima di tali leggi, finalizzata alla prevenzione dei reati di riciclaggio, impone una serie di obblighi alle persone giuridiche, tra cui rileva in particolare l'adozione di politiche, procedure e controlli interni compatibili con la dimensione e il volume di operazioni del soggetto collettivo⁶. L'inosservanza di detto obbligo organizzativo di autoregolamentazione è punita attraverso una sanzione amministrativa pecuniaria che può essere irrogata a carico dell'ente inadempiente⁷; pur tuttavia, non sembra che il legislatore abbia ricollegato alcuna efficacia all'adempimento dell'obbligo organizzativo da parte dell'ente nel giudizio di attribuzione della responsabilità da reato al medesimo soggetto collettivo.

Quanto alla seconda legge, diretta alla prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, invece, nello stabilire una serie di

⁵ Si tratta, in particolare, dei seguenti atti normativi:
– legge n. 12.683 del 9 luglio 2012, che modifica la legge n. 9.613 del 3 marzo 1998, finalizzata alla prevenzione dei reati di riciclaggio di denaro ovvero di occultamento di beni, diritti e valori, al fine di rendere più efficace il contrasto penale di tali reati;
– legge n. 12.846 del 1° agosto 2013, che prevede la responsabilità amministrativa e civile oggettiva delle persone giuridiche per illeciti commessi a danno della pubblica amministrazione, sia essa nazionale o estera, e dello Stato, per prevenire la commissione di fatti di corruzione nel contesto della pubblica amministrazione.
– decreto n. 8420 del 18 marzo 2015, che detta norme di dettaglio della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche prevista dalla legge n. 12.846 del 2013.

⁶ Il riferimento è, in particolare, all'art. 10, comma 3, della legge n. 12.683 del 2012, mentre il novero degli enti collettivi cui si applica la disciplina è stabilito dall'art. 9 della stessa legge.

⁷ Le sanzioni e i criteri di irrogazione della sanzione amministrativa a carico dell'ente sono stabiliti dall'art. 12 della medesima legge.

criteri per la determinazione della sanzione amministrativa da irrogare a carico dell'ente, il legislatore brasiliano ha attribuito rilievo all'adozione, da parte della persona giuridica, di meccanismi e procedure interne di integrità, monitoraggio ed incentivo alla denuncia di irregolarità, nonché all'effettiva applicazione di codici etici e di condotta⁸. Da quanto precede può desumersi che l'attuazione di un programma di integrità può operare quale circostanza di attenuazione della sanzione amministrativa prevista per la persona giuridica, pur non avendovi il legislatore ricollegato un'efficacia di esenzione dalla responsabilità per l'ente, là dove venga commesso un illecito di corruzione a danno della pubblica amministrazione, sia essa nazionale o estera, ovvero dello Stato.

Proseguendo nell'*excursus*, nel sistema giuridico boliviano si rinviene un recentissimo tentativo di introduzione della responsabilità penale della persona giuridica, che è tuttavia abortito. Il legislatore boliviano aveva infatti adottato il codice del sistema penale⁹, nel quale aveva inserito un capitolo IV dedicato al sistema di imputazione della responsabilità penale alle persone giuridiche per un ampio catalogo di reati¹⁰. È assai interessante rilevare che l'articolato normativo prevedeva una causa di esonero dalla responsabilità penale per la persona giuridica, a fronte della commissione di un reato da parte di un suo esponente nel suo interesse, là dove fosse stato adottato ed effettivamente attuato, prima della commissione del reato, un modello di organizzazione e gestione contenente idonee misure di prevenzione, supervisione e controllo debitamente certificate, da parte di un competente organismo, come adeguate a prevenire reati della stessa natura ovvero a ridurre significativamente il rischio di commissione¹¹. Tuttavia, nel gennaio del 2018, cioè dopo circa un mese dall'adozione, il codice è stato abrogato e,

⁸ Il riferimento è, in particolare, all'art. 7 della legge n. 12.846 del 2013. Volendo approfondire, il decreto n. 8420 del 2015 stabilisce che nel caso in cui la persona giuridica a sua difesa fornisca informazioni e documenti relativi all'esistenza e al funzionamento del programma di integrità, la Commissione procedente («*procesadora*») è tenuta ad esaminarli secondo i parametri indicati nel capitolo IV del medesimo decreto, al fine di determinare la sanzione da irrogare all'ente [si v. l'art. 5, n. 4) del decreto]. Il capitolo IV fa espresso riferimento ai programmi di integrità, stabilendo che, per gli scopi indicati nell'articolo 5 paragrafo 4, l'esistenza e l'applicazione di un programma di integrità debbono essere valutate secondo i parametri stabiliti nei numeri da I a XVI dell'art. 42 del medesimo decreto.

⁹ Si tratta del codice contenuto nella legge n. 1005 del 17 dicembre 2017, che è stata abrogata dalla legge n. 1027 del 25 gennaio 2018.

¹⁰ Il catalogo dei reati è contenuto nell'articolo 66 del citato codice.

¹¹ Il riferimento è, in particolare, all'art. 68, I.1 del citato codice.

con esso, è venuta meno la previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche, pur residuando nel sistema boliviano talune leggi speciali che, nel disciplinare specifici settori, contemplano sanzioni amministrative a carico dei soggetti collettivi per illeciti anche penali¹².

Venendo al sistema colombiano, pur in assenza di una disciplina organica che sanzioni penalmente una persona giuridica per un fatto di reato, il legislatore ha introdotto 'misure accessorie' nei confronti delle persone giuridiche allo scopo di «contrastare le condotte che violino l'ordinamento giuridico penale»¹³, con l'intento di porre rimedio ad un ritenuto «deficit di punibilità»¹⁴. Si tratta in particolare della misura della sospensione e cancellazione della personalità giuridica, prevista dal codice di procedura penale, quale strumento giuridico che può essere utilizzato dalla pubblica accusa, in qualsiasi momento e anche prima della formale incriminazione, purché vi siano seri motivi di ritenere che la persona giuridica abbia partecipato, in tutto o in parte, ad attività criminali¹⁵.

Andando oltre, in Ecuador il codice penale¹⁶ prevede espressamente la responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto privato, nazionali o estere, per i reati commessi a vantaggio loro, o dei propri associati, da chi è titolare del patrimonio sociale oppure esercita la gestione o il controllo societario, ovvero dai loro organi sociali o amministrativi, oppure dagli agenti, rappresentanti e altri soggetti che agiscano per conto della persona giuridica¹⁷. La responsabilità dell'ente non si configura quando

¹² Tra le leggi speciali che prevedono sanzioni amministrative a carico delle persone giuridiche, si v., a titolo di esempio, l'art. 28 della legge n. 004 del 31 marzo 2010, nonché l'art. 41 della legge n. 393 del 21 agosto 2013 in materia di servizi finanziari.

¹³ In questo senso, cfr. Petro, Mosquera, e Torres, "La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia", in *Revista Criminalidad*, 2014, 56 (3), p. 87-102 (92).

¹⁴ Il rilievo è riferibile a Petro, Mosquera e Torres, "La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia", 2014, 95.

¹⁵ Tale misura è prevista dall'art. 91 della legge n. 906 del 2004 (codice di procedura penale colombiano) e può anche essere applicata in via definitiva con la sentenza di condanna nel caso in cui sia risultata, al di là di ogni ragionevole dubbio, la prova sulle circostanze che l'hanno determinata. Inoltre, l'art. 34 della legge n. 1474 del 2011, che prevede norme volte a rafforzare i meccanismi di prevenzione, indagine e sanzione degli atti di corruzione, stabilisce che le misure di cui all'art. 91 della legge n. 906 si applicano alle persone giuridiche che hanno inteso trarre profitto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione, o da qualsiasi comportamento punibile in materia di beni pubblici, da parte del loro rappresentante legale o dei loro amministratori.

¹⁶ Il riferimento è al «*código orgánico integral penal*» che è stato pubblicato il 3 febbraio 2014.

¹⁷ L'ampio novero dei soggetti attivi che, sulla base di determinati presupposti,

l'individuo agisca per conto di un terzo diverso dalla persona giuridica. In linea di principio, la responsabilità del soggetto collettivo si affianca a quella della persona fisica autrice del reato, senza ad essa sostituirsi¹⁸.

Quanto al Venezuela, pur non essendo stato stabilito dal legislatore un sistema generale di attribuzione della responsabilità da reato alle persone giuridiche, sono state previste alcune sanzioni contro gli enti collettivi da talune leggi speciali che regolano specifici settori in materia penale, ma solo in relazione a determinati fatti di reato. Si può, a titolo di esempio, trattare di reati informatici¹⁹, ovvero di criminalità organizzata e finanziamento del terrorismo²⁰, nonché di illeciti penali in materia ambientale²¹.

Sinteticamente, pur non volendo escludere altri ordinamenti sudamericani che prevedano sanzioni, anche di natura penale, per le persone giuridiche a fronte della commissione di fatti di reato – muovendo generalmente dai fenomeni corruttivi – da parte dei propri esponenti, attraverso schemi di generalizzata applicazione di una sanzione acces-

possono trasmettere la responsabilità alla persona giuridica è indicato dall'art. 49 del codice penale.

¹⁸ Le sanzioni applicabili alle persone giuridiche ritenute penalmente responsabili sono stabilite dall'art. 71 dello stesso codice penale e possono essere di carattere pecuniario oltre che interdittivo, essendo altresì previsto lo scioglimento della persona giuridica («*disolución*»).

¹⁹ Sotto questo profilo, si v. la legge n. 37.313 del 30 ottobre 2001 sui reati informatici, il cui art. 5 stabilisce la responsabilità delle persone giuridiche per i reati previsti dalla medesima legge, commessi sia da dirigenti, amministratori o direttori dell'ente, sia da suoi dipendenti. Le sanzioni principali che possono essere applicate alle persone giuridiche sono di natura pecuniaria, a differenza delle sanzioni accessorie stabilite dall'art. 29, che possono avere natura interdittiva.

²⁰ Il riferimento è alla legge organica in materia di criminalità organizzata e finanziamento del terrorismo, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 39.912 del 30 aprile 2012, che, sulla base di diversi presupposti, stabilisce la responsabilità civile, amministrativa e penale delle persone giuridiche, con esclusione dello Stato, per fatti di reato in materia di criminalità organizzata e di finanziamento del terrorismo, commessi per conto della persona giuridica, dai suoi organi di governo ovvero dai suoi rappresentanti. L'art. 32 della medesima legge prevede, accanto alla sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive consistenti nella chiusura definitiva della persona giuridica e nel divieto di svolgere attività commerciali, industriali, tecniche o scientifiche; oltre che la confisca degli strumenti, beni e proventi del reato e la pubblicazione della sentenza di condanna, nonché la comunicazione dei presupposti per la revoca delle concessioni e autorizzazioni amministrative rilasciate dallo Stato.

²¹ Ci si riferisce alla legge penale a tutela dell'ambiente, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 39.913 del 2 maggio 2012, che stabilisce la responsabilità penale delle persone giuridiche in materia ambientale, là dove venga commesso un reato in occasione della violazione di una norma obbligatoria. Tuttavia, stabilisce come pena principale, accanto alla pena pecuniaria, lo scioglimento della persona giuridica, nonché lo smantellamento dell'impianto o dello stabilimento (articolo 5), oltre alle sanzioni accessorie (articolo 6).

soria, ovvero con la previsione di sanzioni per l'ente solo per specifici reati, occorre ribadire che la preoccupazione dei legislatori nazionali di estendere la responsabilità da reato alle persone giuridiche sta diventando sempre più sentita, anche se la risposta legislativa talora tarda ad affermarsi a causa di resistenze dottrinali o politiche.

Senza poter anticipare troppo, può ritenersi che, a valle del sintetico *excursus* comparatistico, l'obiettivo dell'indagine si concentrerà sugli ordinamenti cileno, peruviano e argentino che, nel complesso degli ordinamenti sudamericani, e tenendo conto delle peculiarità di ciascuno di essi, possono essere individuati quali sistemi di imputazione della responsabilità all'ente radicati sul perno del 'difetto di organizzazione', nel suo ruolo di criterio di collegamento – munito di rilievo non soltanto oggettivo ma anche soggettivo – tra il fatto di reato dell'individuo e la persona giuridica. Con il dichiarato obiettivo di tracciare 'autonomi' criteri di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che consentano di garantire l'attribuzione di una responsabilità 'propria', cioè 'personale' al soggetto collettivo, nel rispetto dei principi di 'personalità' e 'colpevolezza'.

2. L'individuazione della 'natura' della responsabilità dell'ente da reato quale premessa per la ricostruzione di un modello ascrittivo compiutamente 'personale'

L'introduzione della responsabilità dell'ente da reato nei tre ordinamenti selezionati, pur essendo frutto dell'adempimento di preesistenti obblighi internazionali di incriminazione²², è piuttosto recente, soprattutto in riferimento ai sistemi peruviano e argentino.

²² Tra le fonti degli obblighi internazionali di incriminazione, si segnala, in primo luogo, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, che obbliga gli Stati a stabilire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive anche nei confronti delle persone giuridiche coinvolte nel reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri. Pur avendo il Cile ricevuto un invito formale ad essere membro dell'OCSE nel 2007, ha dovuto adeguare il proprio ordinamento agli standard di tutela stabiliti dalle fonti internazionali prima del suo effettivo ingresso nella medesima organizzazione. Il Perù, a sua volta, ha manifestato all'OCSE la sua volontà di divenirne membro nel 2009, dando la sua disponibilità a partecipare al gruppo di lavoro sulla lotta contro la corruzione nelle operazioni economiche internazionali. Tuttavia detto gruppo di lavoro ha invitato il Perù a prendere parte ai lavori solo nel dicembre 2013, dichiarando che per diventare membro dell'organizzazione a pieno titolo avrebbe dovuto migliorare la sua legislazione dando adempimento agli obblighi di incriminazione contenuti nella Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con specifico riferimento alla necessità di

Il primo paese a regolare la materia è stato il Cile, con la pubblicazione della legge n. 20.393 (del 2 dicembre 2009), che ha stabilito la responsabilità 'penale' delle persone giuridiche per i reati di riciclaggio²³, finanziamento del terrorismo²⁴, corruzione di un pubblico ufficiale nazionale ovvero internazionale²⁵; con un successivo inserimento nel catalogo normativo del delitto di ricettazione²⁶, e, più di recente²⁷, tra gli altri, dei reati di appropriazione indebita²⁸ e corruzione tra privati²⁹.

Sette anni dopo, è stata pubblicata in Perù la legge n. 30.424/2016 che regola la responsabilità 'amministrativa' delle persone giuridiche per il reato di corruzione attiva internazionale, entrata in vigore solo nel gennaio del 2018, per il susseguirsi di interventi normativi nella specifica materia, in particolare del Decreto Legislativo n. 1.352/2017 che ha posticipato l'entrata in vigore della prima legge³⁰. Tra i diversi profili di riforma, il nuovo decreto legislativo peruviano ha esteso la responsabilità amministrativa della persona giuridica ai reati di corruzione attiva nazionale³¹ e transna-

attuare un sistema che consentisse di ritenere le persone giuridiche autonomamente responsabili per fatti di corruzione. Quanto all'Argentina, uno dei riconosciuti obiettivi della legge che ha introdotto la responsabilità penale della persona giuridica è stato quello di adattare il sistema penale «agli standard internazionali ai quali la Repubblica argentina si è obbligata aderendo alla Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali».

²³ Nel sistema cileno, il «*lavado de activos*» è previsto e punito dall'art. 27 della legge n. 19.913.

²⁴ Si tratta di reato previsto dall'art. 8 della legge n. 18.314 nel sistema cileno.

²⁵ Nell'ordinamento cileno, tali delitti di «*cohecho*» sono previsti dagli artt. 250 e 251-*bis* del codice penale.

²⁶ Si fa riferimento al reato di «*receptación*» che, nel sistema cileno, è punito dall'articolo 456-*bis* A del codice penale, trattandosi di fattispecie di reato introdotta nel catalogo con la legge n. 20.931 del 5 luglio 2016.

²⁷ Si tratta della legge n. 21.121, pubblicata il 20.11.2018, che ha modificato l'art. 1 della legge cilena (n. 20.393) introducendo ulteriori fattispecie penali, tra le quali possono altresì annoverarsi i reati di «*administración desleal*» (art. 470 n. 11 c.p. cileno) e «*negociación incompatible*» (art. 240 c.p. cileno).

²⁸ Il riferimento è, in particolare, al reato di «*apropiación indebida*», punito dall'art. 470 n. 1 c.p. cileno.

²⁹ Nell'ordinamento cileno, il delitto di corruzione tra privati è stato di recente introdotto dalla legge n. 21.121, pubblicata il 20.11.2018, agli artt. 287 *bis* e *ter* del codice penale.

³⁰ La prima disposizione (aggiuntiva) finale della legge n. 30.424, pubblicata il 21 aprile 2016, stabiliva che la medesima legge sarebbe entrata in vigore il 1° luglio 2017, tuttavia il 7 gennaio dello stesso anno (2017) è stato pubblicato il decreto legislativo n. 1.352 che ha sancito la posticipazione dell'entrata in vigore della legge al 1° gennaio 2018.

³¹ Il riferimento è al reato di «*cohecho activo genérico*» che è punito dall'art. 397 del codice penale peruviano.

zionale³², alla corruzione attiva specifica³³ (che grossomodo corrisponde alla corruzione in atti giudiziari nel sistema italiano), ai reati in materia di riciclaggio³⁴ e in materia di finanziamento del terrorismo³⁵. Più di recente, il legislatore peruviano ha ulteriormente esteso la disciplina, tra gli altri, al traffico di influenze illecite³⁶.

Il legislatore argentino ha seguito la strada già percorsa dai legislatori cileno, brasiliano e spagnolo³⁷, nell'introdurre la responsabilità da reato delle persone giuridiche, con l'adozione della legge n. 27.401/2017³⁸, che ha previsto la responsabilità 'penale' delle persone giuridiche per alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (corruzione del pubblico ufficiale nazionale ovvero internazionale³⁹, traffico nazionale o internazionale di influenze illecite⁴⁰, interesse privato in atti di ufficio⁴¹, concussione⁴², illecito arricchimento del pubblico agente⁴³), oltre che per le false comunicazioni sociali⁴⁴.

³² Nel sistema peruviano, si tratta del reato di «*cohecho activo transnacional*», previsto dall'art. 397-A del codice penale.

³³ Ci si riferisce al reato di «*cohecho activo específico*», punito dall'art. 398 del codice penale peruviano.

³⁴ Si tratta, in particolare, dei reati previsti nel sistema peruviano dagli artt. 1, 2, 3, e 4 del d. lgs. n. 1106/2012, di contrasto al riciclaggio, alla criminalità organizzata e ad altri reati collegati alla estrazione illecita (*minería ilegal*).

³⁵ Il riferimento è, nel sistema peruviano, al reato previsto dall'art. 4-A del d. lgs. n. 25475/1992, il quale prevede i reati di terrorismo e le regole per il relativo accertamento processuale.

³⁶ Il riferimento è alla recente legge peruviana n. 30.835/2018, che ha esteso la disciplina al reato di «*tráfico de influencias*», punito dall'art. 400 c.p. peruviano e al reato di «*colusión*», punito dall'art. 384 del medesimo c.p.

³⁷ Il progetto di legge argentino, n. 127 del 2016, fa espresso riferimento alla già citata legge brasiliana (n. 12.846) e a quella cilena (n. 20.393) che regolano la specifica materia, oltre che alla legge spagnola di riforma del codice penale, n. 1/2015.

³⁸ Si tratta della legge n. 27.401, che è stata pubblicata in Argentina il 1° dicembre 2017.

³⁹ Nel sistema argentino, i delitti di «*cohecho*» sono previsti e puniti dall'articolo 258 del codice penale, in combinato disposto con gli artt. 256, 256 *bis* e 257 dello stesso codice.

⁴⁰ Il riferimento è al reato di «*tráfico de influencias*» che, nel sistema argentino, è regolato dall'art. 258 *bis* del codice penale.

⁴¹ Si tratta, più in particolare, del reato di «*negociación incompatible*», che nel sistema argentino è previsto dall'art. 265 del codice penale.

⁴² Ci si riferisce al reato di «*conculsión*», punito dall'art. 268 del codice penale argentino.

⁴³ Nel sistema argentino, il reato di «*enriquecimiento ilícito de funcionario y empleador*» è previsto dall'art. 268 (1) e 268 (2) del codice penale.

⁴⁴ Più specificamente, il riferimento è al reato di «*balances e informes falsos agravados*» punito dall'art. 300 *bis* del codice penale argentino.

Quale premessa per la ricostruzione di un modello di imputazione della responsabilità da reato all'ente compiutamente 'personale', occorre, pur con criteri di sintesi, interrogarsi sull'effettiva 'natura' della responsabilità, dato che si pone quale ineludibile baluardo delle garanzie fondamentali il rispetto dei principi di 'personalità' e 'colpevolezza', proprio nella misura in cui si giunga a riconoscere una responsabilità 'penale' o, quanto meno, 'para-penale' in capo alla persona giuridica per il fatto di reato che venga commesso da un suo esponente nell'esercizio delle attività dell'ente.

In via di prima approssimazione, può innanzi tutto evidenziarsi come, tra i tre ordinamenti giuridici selezionati, Cile e Argentina abbiano espressamente regolato la responsabilità 'penale' delle persone giuridiche⁴⁵, mentre il legislatore peruviano abbia, almeno formalmente, etichettato la responsabilità della persona giuridica come 'amministrativa'. Occorre perciò chiedersi quale sia l'effettiva 'natura' della responsabilità del soggetto collettivo nel sistema peruviano, dovendosi stabilire se l'espressa qualifica della responsabilità possa celare una 'truffa delle etichette', là dove dovesse giungersi alla conclusione che si tratti di responsabilità penale, o quanto meno 'para-penale', come è accaduto in alcuni sistemi europei, tra cui, ad esempio, quello italiano⁴⁶ o polacco⁴⁷.

Per rispondere al quesito posto, i principali criteri possono essere rinvenuti nei seguenti due, senza tuttavia escluderne astrattamente altri: il

⁴⁵ Anche se il codice di procedura penale cileno (pubblicato il 12 ottobre 2000), all'art. 58, stabilisce il principio per il quale «*societas delinquere non potest*»: «La responsabilità penale può essere accertata solo nei confronti delle persone fisiche. Per le persone giuridiche sono responsabili coloro che abbiano contribuito alla commissione del fatto di reato, ferma restando l'eventuale responsabilità civile dell'ente. In questa prospettiva, la previsione della responsabilità penale dell'ente per fatti di reato rappresenterebbe una eccezione al principio posto dal codice di procedura penale cileno. In senso conforme si è espresso anche il Messaggio Presidenziale con il quale il progetto della legge che ha introdotto la responsabilità 'penale' della persona giuridica fu inviato al Congresso, nell'affermare che lo stesso progetto «non pretendeva di instaurare un sistema generale di sanzioni (a carico dell'ente?), ma solo di prevedere quei reati che a livello internazionale sono valutati come particolarmente insidiosi. Questo perché c'è piena consapevolezza che si vuole rispettare la tradizione prevalente nel paese».

⁴⁶ Sull'ampio dibattito che si è sviluppato nella dottrina italiana, e sulle ragioni ad esso sottese, cfr. Manna, "La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo", in questo volume, p. 15 ss.

⁴⁷ Per il dibattito emerso nel sistema polacco in riferimento alla natura della responsabilità dell'ente da reato, sia consentito rinviare a Valenzano, "Main Aspects of Corporate Liability 'ex Crimine' in Eastern European Countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia". In *Corporate Criminal Liability and Compliances Programs. Liability 'ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, a cura di Fiorella, Vol. 1, Napoli: Jovene, 2012, p. 497-562 (499).

primo guarda al contenuto delle sanzioni previste per la persona giuridica e il secondo alle norme processuali applicabili per l'accertamento della sua responsabilità.

Quanto alle sanzioni, la legge peruviana⁴⁸ stabilisce che il giudice penale possa irrogare alla persona giuridica pene pecuniarie e altre 'misure amministrative' di carattere interdittivo, che transitano dalla temporanea sospensione dall'esercizio delle sue attività, alla chiusura, anche permanente, dei suoi stabilimenti, sino al definitivo scioglimento dell'ente.

Le garanzie processuali a tutela dell'ente sono le stesse già previste per l'individuo, avendo il legislatore stabilito che le indagini, il giudizio e la punizione delle persone giuridiche si effettuano nel quadro del processo penale, applicando le norme del codice di procedura penale peruviano con le connesse garanzie già previste a favore dell'imputato⁴⁹. D'altronde, l'esigenza di soddisfare, a tutela dell'ente, gli standard di garanzia propri della 'materia penale' finisce con il coincidere con la stessa necessità che è stata posta, nella pur diversa sede europea, dalla Corte EDU, la quale, nell'interpretare i principi di garanzia stabiliti dall'art. 6 della Convenzione, ha attribuito rilievo all'"effettività" della sanzione penale, nello specifico al suo grado di incisività, superando le 'etichette' definitorie poste dai legislatori nazionali e fornendo indici di riconoscimento della 'materia penale', a partire dai noti criteri Engel⁵⁰.

⁴⁸ Il riferimento è all'art. 5 della legge peruviana, che prevede le seguenti sanzioni per la persona giuridica (per il reato di corruzione di un pubblico ufficiale straniero e per gli altri delitti introdotti dal già citato decreto di riforma n. 1352/2017): a) sospensione dall'esercizio dell'attività dell'ente tra 6 mesi e 2 anni; b) divieto dall'esercizio in futuro di attività dello stesso tipo o natura di quella nel cui esercizio sia stato commesso, agevolato o scoperto il reato; c) divieto permanente di contrattare con la pubblica amministrazione; d) annullamento di licenze, concessioni, diritti e altre autorizzazioni amministrative o comunali; e) chiusura temporanea o permanente dei suoi locali o stabilimenti (da 1 a 5 anni); f) scioglimento dell'ente.

⁴⁹ Il riferimento è, in particolare, alla terza disposizione finale della legge peruviana (Ley n. 30.424 del 2016), la quale, nel testo originario, stabilisce che: «*La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo N° 957 (c.p.p. peruviano, adottato mediante il d. lgs. n. 957 del 2004), gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado*».

⁵⁰ Numerose sono le sentenze in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato il principio per il quale gli illeciti extrapenalici cui siano ricollegate sanzioni 'punitive' appartengono alla 'materia penale' e debbono perciò essere circondati dalla medesima cinta di garanzie, sostanziali e processuali, stabilite dall'art. 6 Cedu. Proprio in forza di questa disposizione, la Corte di Strasburgo, in diverse sentenze, si è trovata a dover stabilire la 'fondatezza di un'accusa penale' formulata nei confronti del ricorrente e, perciò, a dover verificare che l'"accusa" sollevata rientrasse nella nozione di 'materia penale'. A

Ora, a noi sembra che, guardando agli 'effettivi' contenuti e al conseguente grado di 'afflittività', le sanzioni interdittive previste per l'ente dalla legge peruviana, seppur formalmente etichettate come 'amministrative', rivelino in realtà un elevato contenuto afflittivo tale da dover essere considerate sanzioni 'punitive', ovvero sostanzialmente 'penali'⁵¹. Si consideri che la sanzione interdittiva più grave, consistente nello scioglimento dell'ente, è prevista in tutti e tre gli ordinamenti considerati: a fronte di un equivalente contenuto afflittivo, detta sanzione interdittiva, qualificata come 'amministrativa' nel sistema peruviano, viene invece, più correttamente, qualificata come 'penale' dalle leggi cilena⁵² ed argentina⁵³.

questo scopo la giurisprudenza di Strasburgo ha sostanzialmente elaborato tre criteri per orientare l'interprete nella definizione dei confini della 'materia penale' (a partire da C.edu, Engel e altri c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8.6.1976), che consistono nel verificare: a) se le norme che definiscono l'illecito appartengano al diritto penale nel sistema giuridico dello Stato convenuto; b) quale sia la natura dell'illecito; c) quale grado di severità abbia la sanzione relativa all'illecito contestato. Tra le sentenze della Corte EDU che enunciano detta nozione di 'materia penale', cfr. C.edu, Menesheva c. Russia, n. 59261/00, 9.3.2006; C.edu, Ezech e Connors c. Regno Unito, n. 39665/98, 9.10.2003; C. edu, Lauko c. Repubblica Slovacca, n. 4/1998/907/1119, 2.9.1998; C. edu, Kadubec c. Repubblica Slovacca, n. 27061/95, 2.9.1998; C. edu, Öztürk c. Germany, n. 8544/79, 21.2.1984. Per lo sviluppo di detti criteri, in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, cfr. Bartole, De Sena, e Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (sub art. 6), Padova: Cedam, 2012, 181 ss.; Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2006, 39 ss.

- ⁵¹ È interessante segnalare che nel sistema peruviano la differenza tra sanzione penale e sanzione amministrativa si fonda essenzialmente su un criterio formale, imperniato sull'autorità che irroga la sanzione: se è competente il giudice penale, la sanzione è considerata una pena, se è invece una pubblica autorità, allora la sanzione è ritenuta amministrativa, fermo restando che solo la sanzione penale può privare il destinatario della libertà personale. A detti criteri fa espresso riferimento il Governo peruviano nella "Guida pratica sul procedimento amministrativo sanzionatorio" (aggiornato con il testo della legge n. 27.444, legge sul processo amministrativo generale), reperibile nel sito web <https://www.minjus.gob.pe>. In dottrina, sul tema, cfr. Cordero, Eduardo, "El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal", in *Rivista de Derecho Chileno*, Vol. XXV, N° 2 – Dicembre de 2012, 131-157; Id., "Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena", in *Rivista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, Año 20 – N° 1, 2013, 79-103; Soto Kloss, Eduardo, "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?". In: *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, pp. 29-49.
- ⁵² La citata legge cilena, all'art. 8, prevede come sanzioni principali, oltre alla pena pecuniaria a favore dell'erario, lo scioglimento della persona giuridica o la cancellazione della sua personalità giuridica, il divieto – temporario o permanente – di contrattare con la pubblica amministrazione, nonché l'esclusione totale o parziale da finanziamenti o sussidi dello Stato ovvero il divieto di riceverli per un periodo determinato di tempo.
- ⁵³ A sua volta, la citata legge argentina, all'art. 7, stabilisce le seguenti sanzioni interdittive

Con riferimento all'ulteriore indice di riconoscibilità della 'natura' della responsabilità del soggetto collettivo, individuabile nelle regole stabilite dai legislatori nazionali per il suo accertamento, nonostante la già segnalata diversità definitoria di carattere formale, è proprio il processo penale, nei tre ordinamenti, la sede deputata alla verifica giudiziale, con la conseguente applicazione alla persona giuridica dei principi e delle garanzie già previste per l'individuo in ciascun sistema processual-penale⁵⁴.

Dal raffronto fra i tre ordinamenti giuridici, sulla base dei proposti indici di riconoscibilità, a noi sembra risulti che la 'natura' della responsabilità dell'ente da reato sia sostanzialmente assimilabile, dovendosi ritenere si tratti di responsabilità 'penale' o, quanto meno, 'para-penale', nonostante la diversa 'etichetta' di 'amministrativa', nell'ordinamento peruviano, e di 'penale', in quello cileno e argentino. Ciò, in sintesi, alla luce di quanto emerso dalla comparazione tra le sanzioni interdittive previste per la persona giuridica nei tre sistemi giuridici, rivelandone, per l'oggettiva gravità, una sostanziale identità dal punto di vista dell'elevato livello di afflittività. Oltre che per le regole applicabili all'accertamento della responsabilità dell'ente, trattandosi nei tre ordinamenti giuridici delle norme del diritto processuale penale: il processo penale risulta essere l'alveo prescelto quale sede della verifica giudiziale (con azione esercitata contro l'ente dalla pubblica accusa penale), con la conseguente applicazione a favore del soggetto collettivo delle norme e garanzie stabilite per l'individuo, in forza dell'assimilazione della persona giuridica alla persona fisica indagata, imputata o condannata.

a carico delle persone giuridiche: la dissoluzione, la sospensione dall'esercizio dell'attività, la sospensione dalla partecipazione ad appalti pubblici e l'esclusione da finanziamenti, contributi o sussidi dello Stato.

⁵⁴ Con riferimento alle norme processuali applicabili nel processo a carico della persona giuridica, la terza disposizione finale della legge peruviana (Ley n. 30.424 del 2016), come detto, stabilisce che le indagini, il giudizio e la punizione delle persone giuridiche si effettuano nel quadro del processo penale, applicando le norme del c.p.p. peruviano, con le connesse garanzie già previste a favore dell'individuo indagato, imputato e condannato. Allo stesso modo, gli artt. 20 e ss. della legge cilena (Ley n. 20.393) stabiliscono che la responsabilità della persona giuridica viene accertata nel procedimento penale, prescrivendo che, per quanto non espressamente regolato dalla presente legge, sono applicabili all'ente tutte le disposizioni contenute nel c.p.p. cileno (e nelle leggi speciali), relative alle garanzie dell'indagato, accusato e condannato, nella misura in cui risultino compatibili con la natura del soggetto collettivo. Nello stesso senso, l'art. 11 della legge argentina stabilisce che la persona giuridica è titolare degli stessi diritti ed obblighi previsti per l'indagato dalle norme processuali: il c.p. e il c.p.p. si applicano, in modo complementare, per quanto non già espressamente regolato dalla legge n. 27.401 (artt. 27 e 28).

3. Sul rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato all'ente nei sistemi cileno, peruviano e argentino: posizione del problema

Dopo aver stabilito quale sia l'effettiva 'natura' della responsabilità da reato della persona giuridica nei tre ordinamenti considerati, occorre verificare se ed in qual misura siano rispettati i principi di 'personalità' e 'colpevolezza' nell'ascrizione della responsabilità 'penale' (o 'para-penale') all'ente per un fatto di reato di un suo esponente, quale garanzia ineludibile di un modello di imputazione della responsabilità da reato all'ente compiutamente 'personale'.

Dovendosi, perciò, stabilire se ed in qual misura nei sistemi giuridici considerati possano ritenersi superati modelli di imputazione puramente organicistici o vicariali, che, a seconda del punto di riferimento dell'osservatorio, restino dietro la trincea della responsabilità per fatto altrui o della responsabilità oggettiva, a favore di schemi di imputazione, più evoluti, che consentano un collegamento 'personale' del fatto di reato all'ente, sia sul piano oggettivo che sul quello soggettivo. Sotto questo profilo, può rilevarsi che nei tre sistemi considerati i legislatori nazionali, quanto meno nei rispettivi lavori preparatori delle leggi (cilena⁵⁵, peruviana⁵⁶ e argentina⁵⁷), sembrano

⁵⁵ Nella letteratura cilena è stato affermato, seppur con riferimento al progetto di legge prima della sua definitiva approvazione, che il testo normativo «risponde alle attuali tendenze del diritto nordamericano ed europeo, in particolare di quello italiano, diretto a ottenere la collaborazione delle imprese nel prevenire il reato, attraverso l'innesto dei 'modelli di organizzazione, gestione e controllo' la cui effettiva attuazione dovrebbe risultare sufficiente a evitare sanzioni penali per l'ente»: cfr. Matus, "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje 018-357", in *Rivista Ius et Praxis*, año 15, n. 2, Santiago, Chile, 2009, p. 285-305 (295). Nello stesso senso si è espresso l'Autore nella discussione della legge n. 20.393 avanti il Congresso cileno, come risulta dalla *Historia de la Ley 20.393*, 123, reperibile sul sito web www.bcn.cl.

⁵⁶ Nel sistema peruviano, il Messaggio del progetto di legge (cioè la proposta di legge elaborata dal Presidente della Repubblica) chiarisce che si segue il criterio di imputazione della colpa per il difetto di organizzazione ('culpabilidad por defecto de organización'): nei seguenti termini: «il modello di imputazione esige il collegamento del reato all'ente attraverso l'esistenza di un difetto di organizzazione che permetta di provare il ricorrere della 'colpevolezza per difetto di organizzazione' (...). Nel caso in cui sia stato adottato e attuato in maniera efficace un modello di prevenzione dei reati che adempia gli standard proposti dal progetto di legge, ma, nonostante il modello preventivo, un amministratore o un dipendente commettano un reato, si dovrà escludere la responsabilità dell'ente e sarà responsabile solo la persona fisica che abbia agito» (Progetto di legge n. 4054/2014-PE, p. 25).

⁵⁷ Anche nell'ordinamento argentino, il progetto di legge (la proposta di legge

aver fatto espresso riferimento al criterio della 'lacuna organizzativa' o 'difetto di organizzazione'⁵⁸ («*defecto de organización*»): si tratta perciò di stabilire quale sia l'effettivo rilievo di detto criterio di collegamento tra l'illecito penale e la persona giuridica, per verificare se l'ente risponda solo se vi sia una lacuna organizzativa e solo se lo specifico fatto di reato dipenda da essa nei diversi sistemi, o se invece i legislatori nazionali si siano riferiti al criterio della lacuna organizzativa soltanto attraverso mere dichiarazioni di principio, formule di stile che non si siano tradotte in precetti normativi.

4. L'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza quale criterio di collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica nel sistema cileno. Il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura ascrittiva

Nel sistema cileno, ai fini dell'imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, è necessario che venga commesso un reato – tra quelli inclusi nel catalogo legislativo – nell'interesse o a vantaggio⁵⁹ del

elaborata dal Presidente della Repubblica) precisa che «*ha per scopo di rendere responsabile la persona giuridica per una lacuna organizzativa ('defecto de organización'), là dove consenta ai soggetti elencati dalla legge di commettere un reato tra quelli contemplati dalla medesima legge, a causa di un controllo e di una sorveglianza inadeguati dell'ente nei loro confronti e di cui la persona giuridica possa beneficiarsi*» (Progetto di legge n. 127).

⁵⁸ Sul rilievo sistematico della lacuna organizzativa, nel capostipite sistema italiano, cfr. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Milano: G. Giappichelli Editore, 2018, 656-657.

⁵⁹ L'art. 3 della legge cilena n. 20.393/2009, nel fissare i criteri di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, richiede che il reato venga commesso da un suo esponente «direttamente e in via immediata» nell'interesse o a vantaggio del medesimo ente, escludendone perciò la responsabilità nel caso in cui il fatto sia stato commesso nell'interesse esclusivo della persona fisica che abbia agito o di un terzo (art. 3, ult. co.). Il sintagma normativo «direttamente e in via immediata» è stato percepito dalla dottrina cilena come una formula legislativa di difficile comprensione, anche se il suo significato avrebbe dovuto ritenersi chiarito alla luce del citato ultimo comma dell'articolo 3: in questo senso, cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", in *Rivista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 207-236 (221). La letteratura ha sottolineato che detto criterio di connessione tra fatto di reato e persona giuridica rappresenterebbe un elemento di carattere soggettivo, nel senso che collegherebbe la responsabilità dell'ente direttamente a quella di una persona fisica; ragion per cui ne è stata dalla medesima dottrina proposta l'eliminazione dal progetto di legge: cfr., in tal senso, Matus, "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", 2009, 299.

soggetto collettivo, da un suo esponente (apicale o sottoposto⁶⁰), purché la commissione del reato sia conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'ente, dei suoi obblighi di direzione e vigilanza⁶¹.

Il collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica viene dunque garantito nel sistema cileno dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza che è da considerarsi elemento centrale del modello di imputazione cileno⁶². Più in profondità, per l'ascrizione della responsabilità penale all'ente non è sufficiente verificare, accanto alla commissione del reato, l'inosservanza degli obblighi dell'ente, ma è necessario accertare che la commissione del fatto da parte dell'individuo sia 'conseguenza' di detta inosservanza, vale a dire, che i due presupposti siano tra loro eziologicamente collegati⁶³. In altri termini, là dove, pur a fronte dell'inosservanza degli obblighi, e della realizzazione di un fatto di reato, non sussista un oggettivo nesso causale di collegamento tra i due elementi di fattispecie, la responsabilità dell'ente non potrà ritenersi perfezionata.

È interessante evidenziare che la legge cilena attribuisce espresso rilievo, ai fini dell'ascrizione della responsabilità all'ente, non all'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti in posizione apicale, ma, più a monte, all'inosservanza di detti obblighi da parte dello stesso ente, per chiarire, a nostro avviso, che sia nel caso in cui agisca un apicale, come nel caso in cui agisca un sottoposto, il reato deve essere comunque conseguenza dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza della persona giuridica, di cui la stessa è, almeno in via originaria, titolare.

⁶⁰ La persona giuridica può essere responsabile per i reati commessi da soggetti che rivestano una posizione apicale, potendosi trattare di un socio, controllore, amministratore, rappresentante o soggetto che comunque eserciti attività di amministrazione e controllo, ovvero da soggetti sottoposti, che cioè si trovino sotto la direzione e vigilanza di un apice, in forza del già citato art. 3 della legge cilena. È interessante rilevare che il legislatore non ha differenziato il regime giuridico di ascrizione della responsabilità all'ente, potendo indifferentemente il fatto di reato esser stato commesso da un soggetto in posizione apicale o da un sottoposto alla direzione o vigilanza di un apice: in entrambe le ipotesi l'ente potrà rispondere del fatto di reato alle medesime condizioni («*bajo los mismos presupuestos*»).

⁶¹ Univoca in tal senso la formula utilizzata dal legislatore cileno: «*siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión*» (art. 3, comma 1, legge n. 20.393/2009).

⁶² In questo senso, cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 225.

⁶³ Nella letteratura cilena, in tal senso, v. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago: Thomson Reuters, 2012, 7.

A noi sembra che il legislatore cileno, nel tipicizzare, almeno apparentemente, in modo diverso gli elementi costitutivi dell'illecito penale dell'ente rispetto agli ordinamenti peruviano e argentino, abbia inteso esprimere con chiarezza la necessità che, ai fini dell'attribuzione della responsabilità all'ente, il fatto di reato dell'individuo sia eziologicamente collegato ad una 'lacuna organizzativa' che si concreti nell'inosservanza di un obbligo di supervisione riferibile all'ente medesimo. Nel richiedere, espressamente e 'in ogni caso', che il reato dell'apice o del sottoposto si sia realizzato quale conseguenza della violazione dell'obbligo di sorveglianza da parte dell'ente, senza circoscrivere detto nesso di collegamento alla sola ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione sottoposta.

Gli obblighi di direzione e vigilanza sembrano peraltro rappresentare il contenuto del più generale obbligo di organizzarsi dell'ente, quale punto di riferimento per il perfezionamento del 'rimprovero soggettivo' che concreti la 'colpa' del soggetto collettivo⁶⁴, vale a dire per la violazione dell'obbligo di corretta organizzazione, che risulti allo stesso ente in concreto 'rimproverabile'. In altri termini, a noi sembra che il legislatore cileno abbia inteso chiarire che l'obbligo di corretta organizzazione è rivolto non ai singoli, ma alla medesima persona giuridica⁶⁵, destinataria nel diritto cileno dell'obbligo di organizzarsi adeguatamente per prevenire sia il reato dell'esponente apicale sia quello del suo sottoposto.

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 verificatosi⁶⁶, che contengano i seguenti 'elementi minimi'⁶⁷: 1) la nomina di un incaricato (o responsabile) della prevenzione; 2) l'espressa attribuzione di mezzi e poteri all'incaricato della prevenzione, strumentali all'esercizio delle sue funzioni di sorveglianza; 3) la costituzione di un sistema di prevenzione dei reati; 4) la supervisione, oltre che la certificazione del sistema preventivo.

⁶⁴ In questo senso, cfr. Gómez Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005, 150.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Il riferimento è all'art. 3 della legge n. 20.393/2009, che, secondo parte della dottrina cilena, costituirebbe una norma secondaria il cui destinatario andrebbe individuato nel giudice, dato che si tratterebbe di «un mandato al juez que le impone la obligación de considerar que la organización de la empresa está inmunizada y que por ello su conducta es atípica»: cfr. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 10.

⁶⁷ Si tratta dei parametri stabiliti dall'art. 4 della citata legge cilena.

Anche se il legislatore ha stabilito taluni 'elementi minimi' che un modello preventivo deve contenere affinché si considerino adempiuti gli obblighi di direzione e vigilanza dell'ente (e quindi la persona giuridica non risulti responsabile per il fatto di reato commesso), nel sistema cileno non è previsto un obbligo giuridico di adozione del medesimo modello preventivo.

Sotto questo profilo, bene ha chiarito la più attenta dottrina cilena che l'adozione e attuazione del modello preventivo non è l'unico modo possibile per adempiere agli obblighi di direzione e vigilanza dell'ente⁶⁸, con il conseguente effetto di escludere la responsabilità penale del soggetto collettivo, potendo la persona giuridica disporre di altri strumenti di direzione e vigilanza, diversi dal modello organizzativo in senso stretto per come strutturato dal legislatore nei suoi elementi minimi, che purtuttavia soddisfino la medesima funzione di prevenzione della commissione di reati, e, dunque, producano il medesimo effetto di esonero dalla responsabilità per l'ente⁶⁹. Diversamente, la legge cilena avrebbe dovuto prevedere l'inesistenza di un modello di prevenzione quale criterio di imputazione della responsabilità per il fatto di reato alla persona giuridica e non invece, come ha fatto, l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Peraltro, la conclusione è altresì confermata dalla circostanza che è stata stabilita dalla legge un onere – e non un obbligo giuridico – per l'ente di adottare un proprio modello preventivo⁷⁰. Rimane tuttavia da stabilire quali possano essere, in concreto, le alternative per l'ente per l'adempimento di detti obblighi di supervisione, a prescindere da un modello preventivo in senso stretto.

Questa idea è stata ben compresa dalle Procure cilene là dove gli organi di pubblica accusa (i «*Fiscales*»), nel formulare l'imputazione contro le persone giuridiche (nei pochi processi penali a cui la legge ha dato origine), hanno accusato il singolo ente quando sia stato commesso un reato come «conseguenza della inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza» da parte della medesima persona giuridica, ove l'ente non abbia adottato ed attuato un modello preventivo prima della commissione del reato, secondo i parametri stabiliti dall'art. 4 della legge cilena, ma non abbia neppure adottato, prima della commissione

⁶⁸ Cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 225.

⁶⁹ In questo senso, cfr. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 8.

⁷⁰ Ci si riferisce a quanto stabilito dal medesimo art. 4 della citata legge cilena.

del reato, «un altro meccanismo preventivo» oppure «un'altra misura adeguata» a prevenire reati della stessa specie di quello commesso⁷¹.

Tirando le fila, la persona giuridica potrà essere esonerata dalla responsabilità penale là dove, nonostante la commissione di un fatto di reato da parte di un suo esponente, abbia osservato i propri obblighi di direzione e vigilanza attraverso l'attuazione *ex ante* di un modello preventivo, ovvero attraverso strumenti equivalenti.

Fermo restando che, in ogni caso, non sarebbe sufficiente per l'ente adottare solo formalmente un modello di prevenzione dei reati, dato che l'efficacia di esonero dalla responsabilità non può essere riconosciuta ad un mero «modello di carta»⁷², ma, al contrario, è necessario che le regole cautelari in esso previste vengano effettivamente ed efficacemente applicate a scopi preventivi, tenendo presente che l'eventuale commissione di un illecito penale da parte di un esponente non implica necessariamente, di per sé sola, l'inefficacia del sistema preventivo e, quindi, la responsabilità dell'ente⁷³.

Rimane tuttavia da chiarire quale sia il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura del sistema cileno di imputazione della responsabilità alla persona giuridica, muovendo dal presupposto che la letteratura⁷⁴ è quasi unanime nel riconoscere l'efficacia esonerante

⁷¹ In questo senso, nella giurisprudenza prevalente, cfr., ad esempio, Constructora Pehuenche del 7° Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 11862-2014), Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica (Rit 33-2014), Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca (Rit 9211 - 2012). In senso conforme, si segnala invece un caso in cui la pubblica accusa si è riferita al reato come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza per il solo fatto di non aver l'ente adottato ed attuato un modello preventivo, senza prevedere alcun possibile ulteriore modo di adempiere detti obblighi: Comisión Nacional de Acreditación del 8° Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 4799-2012).

⁷² Cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 226.

⁷³ In tal senso, cfr. Neira, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", in *Rivista Política criminal*, Vol. 11, N° 22 (dicembre 2016), Art. 5, p. 467-520 (478).

⁷⁴ Cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 225, il quale afferma che se la persona giuridica osserva i suoi obblighi, così come stabilito dalla legge, non avrà responsabilità alcuna; nello stesso senso, Neira, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", 2016, 478 s., la quale chiarisce che se l'ente osserva i suoi obblighi, attraverso l'effettiva attuazione di un programma di prevenzione efficace, non dovrà essere ritenuto penalmente responsabile; in sintonia, Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 17. In senso contrario, cfr. Matus, "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",

dalla responsabilità all'adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello preventivo, quale strumento principale, sebbene non esclusivo, di adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza dell'ente, mentre diverse sono le posizioni in dottrina sul rilievo sistematico di detta causa di esclusione della responsabilità dell'ente.

Una prima opinione ritiene che l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza costituisca una 'causa di atipicità', perché il legislatore ha stabilito che, ai fini del perfezionamento dell'illecito penale dell'ente, è necessaria la violazione di detti obblighi di gestione e controllo, quale elemento positivo della fattispecie per cui l'ente è responsabile⁷⁵. Perciò, se tali obblighi vengono osservati dalla persona giuridica, il fatto risulterebbe atipico⁷⁶, dovendone conseguire l'assoluzione sul piano processuale.

La seconda opinione dottrinarica ritiene invece che l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza possa escludere la 'colpevolezza' dell'ente⁷⁷, perché detti obblighi ne costituirebbero il riflesso. Sembra tuttavia che tale impostazione non sia del tutto coerente con i lavori preparatori della legge n. 20.393, poiché durante l'elaborazione del disegno di legge sarebbe emerso che la volontà del legislatore non fosse quella di stabilire una circostanza di esclusione della 'colpevolezza' della persona giuridica⁷⁸.

in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 8 ss. e Matus, "El valor de la defensa de cumplimiento", in *La Semana Jurídica*, Thomson Reuters, Vol. 51, 2013, p. 7 s, il quale ritiene invece che l'adozione e attuazione di un modello organizzativo, anche se certificato, non potrà esonerare la persona giuridica dalla responsabilità per il fatto proprio, là dove il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale.

⁷⁵ In questo senso, cfr. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 7.

⁷⁶ Nello stesso senso, cfr. Neira, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", 2016, 481, la quale afferma che l'efficace attuazione di un modello di prevenzione dei reati della stessa specie di quello commesso «supone una presunción a favor del adecuado cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, que implicaría la atipicidad o la irrelevancia penal de la conducta de la persona jurídica».

⁷⁷ Cfr. Salvo, "Principales aspectos de la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)", in Pieth e Ivory (a cura di), *Corporate Criminal Liability, Ius Gentium: 289 Comparative Perspectives on Law and Justice 9*, Springer Netherlands, Springer Science+Business Media B.V., 2011, 293, che fa espresso riferimento ad una circostanza di «*exculpación de la empresa*».

⁷⁸ Si tratta, in particolare, del rilievo evidenziato del Senatore Gómez, che è stato accolto con favore dalla Commissione Costituzione, Legislazione e Giustizia, come risulta dalla *Historia de la Ley 20.393*, 145, reperibile sul sito web www.bcn.cl.

A noi sembra che, da una corretta ricostruzione sistematica, si debba giungere al risultato di attribuire un 'duplice rilievo', sul piano sia oggettivo che soggettivo, all'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte della persona giuridica, attraverso l'adozione di un adeguato modello preventivo, ovvero mediante strumenti equivalenti.

Nel senso che l'osservanza di detti obblighi da parte dell'ente fa in primo luogo venir meno l'essenziale collegamento, sul piano dell'elemento materiale, tra una 'lacuna organizzativa' – che in siffatta ipotesi risulta oggettivamente inesistente – e il fatto di reato dell'individuo, che proprio dalla 'lacuna' dell'ente dovrebbe derivare, a garanzia di una 'ascrizione personale', in primo luogo sul piano oggettivo, del fatto di reato a carico della persona giuridica. Di conseguenza, l'osservanza degli obblighi di gestione e supervisione da parte dell'ente fa anche venir meno, sul piano soggettivo, la possibilità di muovere un 'rimprovero' a carico del soggetto collettivo, quale base imprescindibile ai fini di un'attribuzione 'compiutamente personale' di un fatto di reato ad una persona giuridica.

5. Il 'programma di integrità' nella struttura dell'imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica nel sistema argentino e il significato dello 'sforzo' richiesto all'autore del reato nel violarne le regole. Il perimetro del giudizio di 'adeguatezza preventiva' in rapporto agli elementi minimi 'necessari' e 'facoltativi' del programma

Per quanto concerne l'ordinamento argentino, con l'adozione della già citata legge n. 27.401/2017, è stata solo di recente introdotta la responsabilità penale della persona giuridica per taluni reati⁷⁹, commessi, direttamente o indirettamente⁸⁰, con il suo intervento, oppure

⁷⁹ Per il catalogo dei reati, v., *supra*, nota n. 35, 36, 37, 38, 39 e 40.

⁸⁰ Il sintagma normativo viene interpretato dalla dottrina argentina nel senso che i reati commessi 'indirettamente' sarebbero quelli di un terzo esterno all'ente, che tuttavia sia in qualche misura collegato alla persona giuridica da un qualsiasi vincolo formale (senza essere parte della persona giuridica, come ad esempio i soci di affari), in forza del quale possa esercitare il potere di rappresentarla, mentre, *a contrario sensu*, i reati commessi 'direttamente' con il suo intervento, oppure a suo nome, nel suo interesse o vantaggio, consisterebbero in quelli di chiunque abbia un vincolo formale con l'ente, senza alcuna distinzione tra apici e sottoposti: in tal

a suo nome, nel suo interesse o vantaggio⁸¹. Con previsione eccentrica rispetto ai sistemi cileno e peruviano, il legislatore argentino non ha specificato quale ruolo debba rivestire l'autore del reato nell'organizzazione dell'ente, lasciando quindi intendere che la condotta illecita di qualsiasi individuo possa implicare la responsabilità penale dell'ente, sino al punto di aver incluso anche la condotta illecita del 'terzo' privo del potere di agire in rappresentanza della persona giuridica, sempre che questa ne avesse, anche in modo tacito, ratificato la gestione⁸².

Tra i criteri di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, emerge il 'difetto di organizzazione', che postula la necessità di un collegamento – che a nostro avviso dovrebbe operare sul duplice piano oggettivo e soggettivo – tra una 'lacuna organizzativa' e lo specifico fatto di reato che sia stato commesso dall'individuo, quale effetto condizionalistico della medesima lacuna. Detto criterio è, a nostro avviso, ricavabile da una corretta interpretazione dell'art. 9 della legge argentina, che – come già quello cileno (e, come vedremo, anche il peruviano) – prevede l'esonero dalla responsabilità per l'ente, là dove, tra le diverse condizioni poste dal legislatore⁸³, la persona giuridica abbia

senso, cfr. Papa, "La nueva ley de responsabilidad penal empresarial", in *La Ley*, año LXXXII, n° 26, 2018, p. 1-6 (4).

- ⁸¹ Con previsione parzialmente difforme rispetto alle discipline cilena e peruviana, il legislatore argentino, all'art. 2 ult. co. della legge n. 27.401/2017, ha stabilito che la persona giuridica non sia penalmente responsabile per il reato commesso, là dove l'autore del reato abbia agito nel suo esclusivo interesse, senza aver prodotto alcun vantaggio per la persona giuridica. Il che potrebbe in concreto produrre un effetto a nostro avviso distortivo, là dove, nonostante un individuo abbia agito nel suo esclusivo interesse, ovvero nell'interesse esclusivo di un terzo soggetto, e ne sia comunque derivato un qualsiasi vantaggio per la persona giuridica, anche del tutto occasionale, questa ne potrà rispondere penalmente, pur in assenza di un vincolo di destinazione 'genetica' della condotta dell'individuo nell'interesse del soggetto collettivo.
- ⁸² Il riferimento è, in particolare, all'art. 2 della citata legge argentina, in forza del quale la persona giuridica risponde del reato anche là dove «*quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita*». Per il rilievo della condotta illecita del 'terzo' ai fini dell'eventuale ascrizione della responsabilità da reato all'ente, in prospettiva comparata nei sistemi giuridici dell'Unione europea, sia consentito rinviare a cfr. Valenzano, "Triggering persons": the Role of the Offender in 'ex Crimine' Liability of Legal Entities. A comparative Study on member States' Legal Systems. In *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, a cura di Fiorella, Vol. 2, Napoli: Jovene, 2012, 213-248.
- ⁸³ L'esonero dalla responsabilità per l'ente è stabilito dall'art. 9 della citata legge argentina, il quale pone quali ulteriori condizioni il cui verificarsi è cumulativamente richiesto ai fini dell'esonero dalla responsabilità per l'ente, la spontanea denuncia della commissione del reato quale conseguenza della propria attività interna

adottato e attuato un «programma di integrità» prima della commissione del fatto di reato, vale a dire un adeguato sistema di controllo e vigilanza in conformità ai parametri stabiliti dal medesimo legislatore, la cui violazione abbia richiesto un effettivo impegno (un «*esfuerzo*»⁸⁴) da parte dell'agente nel commettere il reato.

Nel sistema argentino, anche se l'adozione di un programma d'integrità non costituisce un obbligo giuridico per l'ente (ma solo un onere)⁸⁵, il legislatore, nel definirne i contenuti, ha differenziato gli elementi minimi 'necessari' da quelli 'facoltativi'.

Sorge perciò la necessità di stabilire quali siano gli elementi che dovrà contenere il programma per il riconoscimento della sua adeguatezza, e, dunque, dell'efficacia esimente dalla responsabilità per l'ente, dato che, ai fini dell'esonero, il legislatore non sembra aver indicato alcuna distinzione tra i contenuti del programma, ma ha soltanto richiesto che la persona giuridica abbia adottato, prima della commissione del fatto di reato, un idoneo sistema di controllo e supervisione in conformità ai parametri normativi (stabiliti dagli artt. 22 e 23)⁸⁶.

Fermo restando che il programma è costituito dal complesso delle azioni, meccanismi e procedure interne per la promozione dell'integrità e degli strumenti di controllo diretti a prevenire, individuare e correggere le condotte illecite richiamate dalla legge⁸⁷ e deve essere articolato in relazione ai concreti rischi di reato connessi alle attività dell'ente, nonché alle sue dimensioni e capacità economica, il legislatore ha richiesto tre 'elementi minimi necessari', consistenti: 1) nell'adozione, da parte della medesima persona giuridica, di un codice etico o

d'indagine [art. 9, *sub a*), della citata legge argentina] e la restituzione del beneficio indebito risultante dal reato [art. 9, *sub c*)].

⁸⁴ Più precisamente, l'art. 9 lett. b) della già citata legge argentina richiede, testualmente, ai fini dell'esonero dalla responsabilità della persona giuridica, che l'ente abbia «*implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito*».

⁸⁵ È importante tuttavia evidenziare che l'art. 24 della citata legge argentina prevede invece un'ipotesi in cui risulta obbligatoria l'adozione di un programma d'integrità adeguato, in conformità ai parametri normativi posti dagli artt. 22 e 23, quale condizione necessaria per la persona giuridica che intenda stipulare un contratto con lo Stato, là dove si tratti di un contratto che presenti determinate caratteristiche stabilite dal legislatore.

⁸⁶ L'argomento si ricava dall'art. 9 della citata legge argentina.

⁸⁷ Nel citato testo normativo argentino, l'art. 22 statuisce che i programmi d'integrità consistono «*en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley*».

di condotta, ovvero di politiche e procedimenti di integrità applicabili a vertici e sottoposti, che regolino la gestione e l'esecuzione dei compiti aziendali per la prevenzione dei reati; 2) in regole e procedimenti specifici per prevenire illeciti nell'ambito di gare pubbliche o comunque in settori di interazione con il settore pubblico; 3) e, infine, nella formazione periodica dei lavoratori sui contenuti del programma di integrità⁸⁸.

Tutti gli altri elementi, tra i quali spiccano l'aggiornamento nel tempo del programma d'integrità, la sorveglianza sulla sua concreta applicazione da parte di un incaricato, nonché la predisposizione di canali informativi interni, sono stati invece ritenuti dal legislatore 'elementi facoltativi'⁸⁹, con una scelta normativa che può apparire priva di ragionevolezza dal punto di vista del rapporto strumentale che corre tra talune condizioni e gli obiettivi di prevenzione che il programma è diretto a perseguire.

A fronte della segnalata incertezza in ordine ai parametri necessari per stabilire l'adeguatezza preventiva del programma d'integrità, parte della dottrina auspica un intervento normativo che chiarisca quali siano le condotte esigibili da una persona giuridica affinché possa ritenersi

⁸⁸ L'art. 23 della legge argentina afferma, testualmente, che il programma di integrità 'deve' contenere per lo meno i seguenti elementi 'minimi': «a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados».

⁸⁹ Gli elementi minimi 'facoltativi' che un programma di integrità può contenere sono, in particolare, identificati dall'art. 23 nelle seguenti dieci condizioni: «I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica».

che la stessa abbia fatto tutto ciò che poteva per creare una cultura interna di «*cumplimiento*»⁹⁰, cioè di osservanza dei parametri normativi.

Altra parte della letteratura argentina critica la bipartizione adottata dal legislatore tra elementi 'necessari' e 'facoltativi' del programma d'integrità, che mostra di aver ignorato le pratiche aziendali là dove ha stabilito la necessità che detto programma venga integrato da un codice etico, ma non anche da un *compliance officer* o da un sistema di denuncia degli illeciti⁹¹. Giunge, infine, a suggerire che sarebbe stato più opportuno che le diverse condizioni, necessarie e facoltative, operassero tutte congiuntamente ai fini del giudizio di valutazione dell'idoneità preventiva del programma⁹².

Qualche ulteriore spunto interpretativo sul tema può ricavarsi da un recentissimo documento contenente «Linee guida di integrità», che è stato pubblicato il 4 ottobre 2018 dall'Ufficio anticorruzione del Governo argentino, in esecuzione degli obblighi previsti dal decreto 277/2018⁹³.

Dette 'linee guida' di carattere tecnico affermano che l'osservanza, da parte del singolo programma adottato, dei tre elementi obbligatori⁹⁴ non garantisce, di per sé, che il programma sia adeguato, in quanto ulteriori elementi potranno essere egualmente ritenuti necessari in diverse imprese, come ad esempio la nomina di un responsabile interno per l'esercizio della sorveglianza sull'applicazione delle cautele pre-

⁹⁰ In questo senso, cfr. Papa, "La nueva ley de responsabilidad penal empresarial", 2018, 4.

⁹¹ In tal senso, cfr. Montiel, "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad", in Durrieu e Saccani (a cura di), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Buenos Aires: Thomson Reuters, 2018, 73-83 (76).

⁹² Ídem.

⁹³ Il regolamento della legge n. 27.401, adottato con decreto nazionale n. 277/2018 il 6 aprile 2018, ha affidato il compito di stabilire principi e linee guida necessari per l'applicazione degli artt. 22 e 23 della medesima legge n. 27.401 all'Ufficio anticorruzione del Ministero della Giustizia e dei diritti umani, il quale ha, perciò, recentemente pubblicato le «*Linee guida di integrità per la migliore osservanza delle prescrizioni degli articoli 22 e 23 della legge n. 27.401 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche*» («*Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley n. 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*»), quale documento (approvato con la risoluzione n. 27/2018, pubblicata il 4 ottobre 2018 in www.boletinooficial.gob.ar) che intende fornire linee guida di natura tecnica alle imprese e agli operatori del sistema giudiziario, che contemplino strumenti interpretativi per l'adeguamento delle strutture organizzative, con i relativi processi, per prevenire, rilevare e rimediare i fatti di corruzione, nonché per l'attuazione di adeguati programmi di integrità.

⁹⁴ Il riferimento, dovrebbe esser chiaro, è ai tre 'elementi minimi obbligatori' stabiliti dall'art. 23, lett. a), b) e c), per il contenuto dei quali, v. *supra*, nota n. 83.

ventive, dovendosi in ogni caso valutare come il programma sia stato in concreto congegnato e attuato.

In altri termini, secondo il documento governativo, nulla impedisce alla persona giuridica di inserire nel proprio programma di integrità ulteriori elementi, anche diversi rispetto a quelli 'facoltativi' previsti, purché tale scelta gestoria sia appropriata in relazione ai rischi, alle dimensioni e alla capacità economica dell'ente. Anche la qualificazione formale degli 'elementi' del programma di prevenzione è da ritenersi non assoluta, comunque non vincolante, ben potendo la persona giuridica mantenere schemi organizzativi diversamente qualificati, secondo la propria cultura organizzativa, purché siano orientati a prevenire la commissione di reati.

A noi sembra chiaro che l'effetto che discende dall'articolato quadro normativo argentino, oltre a risultare piuttosto frammentario, è, per la sua oggettiva indeterminatezza, tale da privare le persone giuridiche di qualsiasi, almeno potenziale, certezza circa gli elementi costitutivi essenziali di un programma di prevenzione adeguato, rimettendo perciò ogni valutazione dei parametri di 'idoneità preventiva' del programma all'apprezzamento giudiziale, nell'oggettiva impossibilità per l'ente di calcolare preventivamente gli effetti ricollegabili alla propria condotta organizzativa in funzione della prevenzione dei reati-tipo.

Occorre, infine, chiarire quale sia il rilievo sistematico della condizione posta dal legislatore, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per l'ente, nel richiedere che per la violazione del programma di integrità si sia reso necessario un effettivo impegno («*hubiera exigido un esfuerzo*»⁹⁵) da parte dell'autore del reato.

Trattandosi di principio eccentrico rispetto alla disciplina cilena, e in parte anche a quella peruviana, a noi sembra che, in una prospettiva comparatistica di più ampio respiro, possa farsi riferimento per un utile raffronto al sistema italiano della responsabilità da reato dell'ente, nel quale, come noto, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per il soggetto collettivo, è richiesta l'elusione fraudolenta' del modello preventivo da parte dell'apice che abbia commesso un reato⁹⁶.

⁹⁵ Il riferimento è, più in particolare, all'art. 9 lett. b) della citata legge argentina.

⁹⁶ Sui contenuti e rilievo sistematico dell'elusione fraudolenta' del modello da parte dell'apice [prevista dall'art. 6, co. 1, lett. c) del d. lgs. 231/01], in rapporto ai reati dolosi e colposi, in letteratura, cfr. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova: Cedam, 2013, 22 ss.

Nella letteratura italiana possono evidenziarsi posizioni diverse con riferimento al significato sistematico dell'elusione fraudolenta'. Secondo una prospettiva 'soggettiva', l'elusione fraudolenta postula un dolo di frode dell'apice che agisca con l'intenzione di aggirare il modello organizzativo⁹⁷. Mentre, in una diversa prospettiva 'oggettiva', l'elusione deve essere oggettivamente fraudolenta, nel senso che la condotta abbia una propria valenza ingannatoria⁹⁸; dovendosi, in altri termini, trattare di una condotta di 'aggiramento' di norma imperativa e non di una semplice e 'frontale' violazione della stessa⁹⁹, non potendo la condotta fraudolenta consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello¹⁰⁰.

Infine, una terza posizione, muovendo dal presupposto secondo il quale potrebbe esserci un accordo tra l'autore del reato e l'ente per eludere il modello, interpreta la locuzione 'elusione fraudolenta' come 'elusione non concordata', ovvero 'non simulata' nel senso che non sia preconstituita, non sia cioè il frutto di una programmazione sorta nel contesto di un riprovevole accordo collusivo¹⁰¹.

Del resto, se l'autore per realizzare il reato non ha dovuto agire fraudolentemente, ne discende che il modello è risultato in concreto inidoneo alla prevenzione, mentre se, al contrario, in assenza di frode, il modello non sarebbe stato eluso, se ne ricava che rappresenta una misura preventiva 'seria', cioè un meccanismo pronto a reagire contro il rischio di reati¹⁰², poiché richiede, appunto, un comportamento fraudolento dell'individuo per essere aggirato.

In altri termini, volendo tirare le fila, a noi sembra che si tratti di un elemento la cui funzione sia quella di provare la volontà dell'ente di contrastare il reato¹⁰³, ovvero la 'divaricazione' tra volontà individuale e 'volontà collettiva', che, dal punto di vista dell'imputazione

⁹⁷ Per il rilievo delle diverse posizioni, cfr. Salcuni, *Brevi cenni sull'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, 12, 1-10 (4), reperibile nel sito web http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/Salcuni_gp_2017_12.pdf.

⁹⁸ Per il rilievo delle diverse posizioni, cfr. Salcuni, *Brevi cenni sull'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, 12.

⁹⁹ In questo senso, si v. Cass. pen., sez. V, 18.12.2013, n. 4677.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ In questo senso, cfr. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, 2013, 81 s.

¹⁰² In tal senso, cfr. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, 2018, 662.

¹⁰³ Ídem.

soggettiva, impedisce il perfezionarsi di un 'rimprovero' nei confronti dell'ente, non potendosi peraltro esigere in concreto una condotta differente dal soggetto collettivo là dove, appunto, si sia reso necessario un comportamento fraudolento dell'individuo per superare gli argini preventivi posti dall'ente e commettere in modo indisturbato il reato.

Tornando ai sistemi sudamericani in esame, può rilevarsi come la necessità di prevedere strumenti che consentano l'accertamento della eventuale 'divaricazione' della volontà dell'autore del reato rispetto a quella, virtuosa, dell'ente, è emersa, pur con accenti diversi, nei sistemi argentino, e, come meglio vedremo, peruviano¹⁰⁴, a differenza di quello cileno nel quale detta esigenza non sembra sia stata soffissata.

In particolare, volendo il legislatore argentino evidenziare la necessità che, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, l'ente abbia adottato 'serie' misure preventive, ma, con tutta probabilità, nel tentativo di superare le difficoltà interpretative che sono emerse nel sistema italiano quanto al corretto significato da attribuire al requisito della 'frode' nell'"elusione" del modello, ha richiesto che per la violazione del programma di integrità, cioè delle sue cautele preventive, si sia reso necessario un effettivo impegno, cioè uno 'sforzo', da parte dell'autore del reato. L'individuo, nel commettere il reato, deve aver superato gli argini edificati dall'ente a scopi preventivi, con una condotta che riveli, sì, un serio impegno elusivo nel violare i meccanismi di controllo previsti, ma non necessariamente connotata da note fraudolente (come invece richiesto nel sistema italiano); il che, sotto diverso profilo, potrà rendere più agevole la difesa della persona giuridica in sede giudiziale nell'accertamento della condizione di esonero dalla responsabilità per il fatto commesso da altri.

Inoltre, presumibilmente nella medesima ottica di semplificazione probatoria a garanzia dell'ente, la legge argentina ha richiesto che la regola preventiva posta dal programma sia stata 'violata', e non necessariamente 'elusa', potendo il concetto, sotto una certa prospettiva più ampia, di 'violazione' ricomprendere al suo interno sia le condotte di contrasto frontale nei confronti della regola preventiva non osservata, sia le condotte di elusione in senso stretto, vale a dire di aggiramento dei contenuti prescrittivi del modello, per sottrarsi all'applicazione delle regole dallo stesso stabilite.

¹⁰⁴ V. l'art. 17 n. 4 della legge peruviana, sul quale, *infra*, nota n. 109.

6. Il rilievo del 'modello di prevenzione' nel sistema peruviano di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, anche in rapporto alla sua 'fraudolenta elusione' da parte dell'agente

In riferimento all'ordinamento giuridico peruviano, con l'adozione della già citata legge n. 30.424/2016, è stata stabilita la responsabilità 'amministrativa' della persona giuridica per taluni reati¹⁰⁵ commessi da chi, apicale o sottoposto¹⁰⁶, agisca in nome o per conto della persona giuridica e nel suo interesse, in via diretta o indiretta¹⁰⁷, per garantire una connessione 'genetica' tra la condotta dell'agente e la persona giuridica¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Per il catalogo dei reati, v., *supra*, note nn. 28, 29, 30, 31 e 32.

¹⁰⁶ Quanto al novero dei soggetti attivi che possono trasmettere la responsabilità per il fatto di reato all'ente, l'art. 3 della citata legge peruviana distingue tra: a) soggetti in posizione apicale, identificati come i suoi soci, direttori, amministratori di fatto o di diritto, rappresentanti legali o procuratori della persona giuridica, ovvero di una sua filiale o di una società controllata; b) soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza di uno degli apici già indicati [*sub a*)], a condizione che il reato sia stato commesso su suo ordine o con la sua autorizzazione; c) soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza di uno degli apici già indicati [*sub a*)], là dove la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza, da parte di un apice, degli obblighi di supervisione o vigilanza sull'esercizio dell'attività affidata al sottoposto. Pur distinguendo tra le posizioni attive, tuttavia, similmente al sistema cileno, anche quello peruviano non sembra ricollegare differenze di trattamento alla posizione soggettiva dell'autore del reato, essendo previsti i medesimi presupposti ai fini dell'esonero dalla responsabilità per la persona giuridica «sia se il reato sia stato commesso da un superiore che da un soggetto in posizione sottoposta»: in questo senso, cfr. Fernández e Chanjan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú", in *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Lima, Perú, n. 77, año 2016, p. 349-379 (369).

¹⁰⁷ Più precisamente, la citata legge peruviana, all'art. 3, postula che il reato sia stato commesso «*en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto*», riferendosi il femminile plurale alle persone giuridiche. La dottrina peruviana, nel rinvenire un parametro interpretativo nel raffronto con la disciplina spagnola nella specifica materia, ha ritenuto che il riferimento normativo al «*beneficio (directo o indirecto)*» abbia natura oggettiva, trattandosi di una qualità della condotta, dovendosi perciò determinare se l'azione al momento della sua esecuzione fosse 'idonea' a generare un vantaggio per la persona giuridica e non se, a seguito degli eventi, si sia generato un effetto positivo per la persona giuridica: in questo senso, cfr. Fernández e Chanjan, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú*, 2016, 362. È stato inoltre chiarito che l'espressione «indiretto» vada interpretata nel senso che la condotta dell'agente non debba necessariamente diretta ad un beneficio immediato per l'ente, ma possa anche trattarsi di un «vantaggio competitivo a lungo termine, un aumento di reddito, un risparmio di costi o di spese, ovvero un miglioramento della posizione di mercato»: Fernández e Chanjan, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú*, 2016, 362.

¹⁰⁸ Dal punto di vista della struttura dell'imputazione del fatto di reato all'ente, a noi sembra che il criterio di collegamento consistente nell'aver l'esponente dell'ente agito «*en beneficio*

Tra i criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, emerge il 'difetto di organizzazione', essendo necessario che vi sia un collegamento – che, a nostro avviso, dovrebbe operare sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo – tra una 'lacuna nell'organizzazione' e lo specifico fatto di reato, che sia stato commesso quale effetto della lacuna. Il criterio è desumibile dalla corretta interpretazione dell'art. 17 della legge peruviana, che prevede «un'esimente per l'attuazione del modello di prevenzione», riconoscendo l'esonero dalla responsabilità per la persona giuridica che abbia adottato e attuato, 'prima' della commissione del reato, un 'modello di prevenzione' adeguato alla natura della persona giuridica, ai suoi rischi, alle sue necessità e caratteristiche¹⁰⁹.

Anche l'ordinamento peruviano, similmente a quelli cileno e argentino, non prescrive un 'obbligo' di adozione del modello preventivo, trattandosi di un 'onere' per la persona giuridica, la quale può vantare un interesse nell'adottarlo 'prima' della commissione del reato per poter eventualmente beneficiare dell'effetto esonerante dalla responsabilità.

Quanto alla sua struttura, il modello di prevenzione consiste in misure di vigilanza e controllo idonee a prevenire i reati richiamati nel catalogo legislativo o comunque a ridurre significativamente il rischio della loro commissione¹¹⁰. Anche il legislatore peruviano ha stabilito taluni

directo o indirecto» della persona giuridica indichi la necessità che la condotta della persona fisica sia 'geneticamente' diretta a produrre un vantaggio per l'ente, dovendosi perciò valutare, per l'imputazione della responsabilità all'ente, *ex ante*, la 'idoneità della condotta' dell'individuo a produrre un vantaggio per l'ente, non costituendo il mero vantaggio eventualmente conseguito criterio sufficiente per decretare l'appartenenza del fatto all'ente. Con esclusione altresì del rilievo delle ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nell'interesse esclusivo dell'agente, ovvero di un terzo distinto dalla persona giuridica, come stabilito dal medesimo art. 3 della citata legge peruviana.

¹⁰⁹ Diversamente, là dove il modello preventivo sia adottato 'dopo' la commissione del reato, ma prima dell'inizio del giudizio penale, è prevista nel sistema peruviano una circostanza di attenuazione della responsabilità amministrativa della persona giuridica e, quindi, della sanzione da irrogare alla persona giuridica, in forza dell'art. 12 comma d) della citata legge.

¹¹⁰ Secondo quanto stabilito dall'art. 17 n. 1), in forza del quale il modello preventivo non deve essere infallibile, nel senso che è sufficiente che venga ridotto in misura significativa il rischio di commissione dei reati, anche se il rischio medesimo non venga del tutto annullato, non potendosi esigere dalla persona giuridica una condotta oggettivamente impossibile. Proprio in forza del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, la commissione di un reato non elimina automaticamente, e di per se stessa, la possibilità di esimere dalla responsabilità la persona giuridica: in questo senso, nella dottrina cilena, cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 225.

'elementi minimi' che costituiscono i contenuti tipici del 'modello preventivo', senza tuttavia aver fatto ricorso alla complessa distinzione tra elementi 'obbligatori' e 'facoltativi' come nell'ordinamento argentino. Tra gli elementi che debbono connotare un modello idoneo alla prevenzione, si segnalano la nomina di un soggetto incaricato della prevenzione («*encargado de prevención*»), l'individuazione, valutazione e riduzione dei rischi per prevenire la commissione dei reati, la previsione di canali di segnalazione, la formazione dei dipendenti sui contenuti del modello, nonché la valutazione e il monitoraggio dello stesso¹¹¹.

Inoltre, con tutta probabilità traendo spunto dal sistema italiano di disciplina, il legislatore peruviano ha stabilito l'esclusione dalla responsabilità per la persona giuridica, là dove il suo esponente abbia commesso il reato 'eludendo fraudolentemente' il modello di prevenzione attuato¹¹².

Tuttavia, vi è una significativa differenza con il sistema italiano, il quale postula, ai fini dell'esclusione dalla responsabilità per l'ente, l'elusione fraudolenta del modello solo là dove venga commesso un reato da un suo apice; mentre nel sistema peruviano l'elusione fraudolenta del modello è richiesta anche nel caso si tratti di un reato di un sottoposto all'altrui direzione e vigilanza, sotto certi profili similmente al sistema argentino che non distingue le posizioni soggettive degli autori del reato nel richiedere un loro 'sforzo' nel violare la regola preventiva adottata dall'ente.

Trattandosi di sistema di disciplina di recente introduzione, non è allo stato possibile registrare significative reazioni da parte della dottrina peruviana, anche se, sulla base dell'elaborazione dogmatica che è maturata nel parallelo sistema italiano, a noi sembra chiaro che il criterio di imputazione dell'elusione fraudolenta' delle regole cautelari contenute nel modello preventivo segni l'appartenenza del fatto com-

¹¹¹ Gli 'elementi minimi' del modello preventivo sono stabiliti dall'art. 17 n. 2), in forza del quale: «*El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos: 1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía (...); 2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.; 3. Implementación de procedimientos de denuncia; 4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; 5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención*».

¹¹² Il riferimento è all'art. 17.4 della citata legge peruviana, in forza del quale viene esclusa la responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato, se l'autore «*comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado*».

messo all'ente dal punto di vista della sua 'colpevolezza'¹¹³, consentendo l'accertamento di una 'divaricazione' tra la 'volontà criminosa' dell'autore del reato e la 'volontà virtuosa' dell'ente che abbia adottato cautele preventive così 'serie' da richiedere una 'fraudolenta elusione' per il loro superamento.

7. La 'validazione preventiva' della idoneità dei modelli organizzativi: alla ricerca del perimetro dell'oggetto della certificazione nel sistema cileno

Un profilo di rilevante interesse che emerge da un'attenta analisi comparatistica dei sistemi selezionati attiene, a nostro avviso, all'apprezzabile tendenza dei legislatori nazionali a concepire meccanismi di 'validazione' dell'idoneità dei modelli a prevenire i reati-tipo. Si tratta di strumenti che, pur attraverso meccanismi differenti, puntano ad accertare l'effettiva 'volontà' dell'ente 'prima' dell'eventuale commissione di un reato, ovvero nel momento in cui viene progettata la regola cautelare e spontaneamente sottoposta dall'ente 'virtuoso' ad un procedimento di validazione, diretto a vagliarne l'efficacia preventiva.

Strumenti, in altri termini, idonei a consentire l'accertamento della eventuale 'divaricazione' tra la volontà dell'autore del reato e la 'volontà' dell'ente che si sia 'correttamente organizzato' e che, perciò stesso, abbia ottenuto un vaglio positivo circa l'effettiva adeguatezza a prevenire reati delle regole cautelari di cui si sia dotato, attraverso un meccanismo di 'validazione preventiva' dei contenuti cautelari delle prescrizioni del modello organizzativo.

L'esito logico del procedimento di validazione preventiva dovrebbe essere quello di garantire, con ragionevole calcolabilità, l'effetto di esonero dalla responsabilità per l'ente, là dove venga comunque commesso un reato da un suo esponente, nonostante il soggetto collettivo abbia, *ex ante*, adottato un modello organizzativo adeguato, la cui idoneità preventiva sia stata cioè riconosciuta attraverso un serio e obiettivo vaglio che ne abbia 'validato' i contenuti come idonei alla prevenzione.

Si tratta ora di stabilire se ed in qual misura questi principi, che consentirebbero l'accertamento dell'effettiva 'volontà dell'ente', e quindi l'ascrizione più compiutamente personale della responsabilità penale

¹¹³ In questo senso, cfr. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, 2018, 670.

al soggetto collettivo nel rispetto del principio di 'colpevolezza', abbiano trovato attuazione negli ordinamenti cileno, peruviano e argentino.

Vi è da premettere che, nel sistema cileno, la 'certificazione' dell'adozione e attuazione del modello di prevenzione dei reati costituisce un'attestazione 'facoltativa', e non obbligatoria, che può quindi essere richiesta dalla persona giuridica e rilasciata da un terzo esterno ad essa – da società o altri enti muniti nella necessaria indipendenza e professionalità registrati presso la «*Superintendencia de Valores y Seguros*»¹¹⁴ – là dove il modello preventivo in concreto attuato dal singolo ente giuridico venga ritenuto dal certificatore conforme ai parametri normativi¹¹⁵.

La domanda a cui occorre fornire risposta è quale sia l'efficacia della certificazione del modello preventivo nel sistema di attribuzione della responsabilità penale all'ente.

Per poter soddisfare il quesito, a noi sembra occorra rispondere dapprima ad un altro interrogativo, diretto a stabilire quale sia il perimetro dell'attività certificatoria rimessa al terzo, per circoscriverne l'oggetto. Più precisamente, si deve a nostro avviso stabilire se la certificazione debba attestare soltanto che il modello contenga gli 'elementi minimi' espressamente richiamati [dall'art. 4, n. 4), lett. b)], consistenti in: 1) nomina di un incaricato della prevenzione; 2) espressa definizione dei mezzi e poteri dello stesso incaricato per l'esercizio della sorveglianza;

¹¹⁴ Più in particolare, i soggetti autorizzati ad emettere i certificati, secondo la citata legge cilena [art. 4), n. 4), lett. b) comma 2], sono: «*empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros*», in quanto siano risultati idonei ad esercitare l'attività di validazione dei contenuti preventivi del modello [v. l'art. 4), n. 4), lett. b) della già citata legge cilena]. A garanzia della serietà del procedimento di validazione preventiva dei modelli, occorre tener presente che, nel registrare un ente presso la «*Superintendencia de Valores y Seguros*» (SVS), è lo stesso organismo ad attestare che l'ente medesimo possa adempiere a tale compito, in conformità alle norme di dettaglio stabilite dalla medesima SVS, ai sensi dell'articolo 4 n. 4) lett. b), comma 2, della citata legge n. 20.393. Tali regole sono state pubblicate, il 25 gennaio 2011, dalla SVS attraverso una «*norma de carácter general*», la n. 302 (reperibile nel sito web http://www.cmfchile.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf), che ha stabilito una serie di requisiti a garanzia dell'indipendenza e professionalità degli organismi di certificazione che debbono essere rispettati dalle società di revisione esterna, dalle società di classificazione dei rischi e dagli altri enti abilitati per poter essere iscritti nel registro tenuto dalla SVS e, quindi, per svolgere l'attività di certificazione dei modelli di prevenzione dei reati.

¹¹⁵ Il modello preventivo viene certificato se ritenuto conforme ai requisiti stabiliti dalla legge cilena al medesimo art. 4, nn. 1), 2) e 3), valutati in relazione alla concreta struttura della persona giuridica, tenendo cioè conto delle sue dimensioni, livello di reddito e complessità delle sue attività.

3) costituzione di un sistema di prevenzione dei reati; oppure, se il perimetro dell'oggetto della certificazione debba estendersi, come un elastico, sino a ricomprendere anche l'attestazione della sua effettiva applicazione e supervisione [come stabilito dall'art. 4, n. 4), lett. a)¹¹⁶].

Da una più ampia lettura sistematica, a noi sembra che la certificazione debba necessariamente attestare non soltanto la conformità ai tre 'elementi minimi' menzionati, ma anche che la persona giuridica abbia stabilito metodi per l'effettiva applicazione e sorveglianza del modello preventivo, poiché l'attestazione del certificatore si riferisce sia all'adozione' che all'attuazione' delle regole preventive («*certificación de la adopción e implementación*»¹¹⁷).

D'altronde, non potrebbe ragionarsi diversamente, proprio perché stringente è il collegamento, dal punto di vista logico, tra l'adozione e l'attuazione di un modello preventivo, il quale non può ritenersi 'idoneo' a prevenire reati là dove non sia 'effettivamente applicato', risultando la mera adozione di regole cautelari, in assenza di concreta applicazione, del tutto insufficiente a perseguire gli obiettivi di legalità preventiva sottesi al sistema di disciplina.

D'altro canto, la soluzione da noi proposta si fonda anche su un ulteriore dato interpretativo di carattere sistematico, ove si tenga presente che gli 'obblighi di direzione e vigilanza' si considerano adempiuti là dove la persona giuridica, prima della commissione del reato, abbia adottato ed attuato modelli preventivi, che contengano 'tutti' gli 'elementi minimi' già indicati, i quali includono anche l'effettiva attuazione e supervisione del modello [richiesta dall'art. 4, n. 4), lett. a)¹¹⁸].

¹¹⁶ La questione ermeneutica trae origine dalla circostanza che, con tutta probabilità per una svista del legislatore, l'art. 4 n. 4) lett. b), nel definire l'oggetto dell'attività di certificazione, si limita a richiamare espressamente l'art. 4, nei soli numeri 1), 2) e 3), omettendo di includervi, almeno formalmente, anche i contenuti specificati dal medesimo art. 4 n. 4) lett. a), il quale richiede che il modello sia 'effettivamente applicato' oltre che vigilato (là dove, come detto, prescrive che l'incaricato di prevenzione, con l'organo di amministrazione dell'ente, stabilisca metodi per l'effettiva applicazione del medesimo modello preventivo e per la sua supervisione).

¹¹⁷ Il riferimento è all'art. 4 n. 4) lett. b), con il quale è stata inserita la certificazione del modello preventivo nel sistema cileno.

¹¹⁸ L'argomento è ricavabile dall'art. 3, comma 3, della legge cilena, che testualmente recita: «*se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente*», cioè in conformità all'art. 4 della stessa legge, che stabilisce gli 'elementi minimi' che connotano un adeguato

Ulteriore conforto alla nostra ricostruzione sistematica può rinvenirsi anche in un orientamento della dottrina cilena, secondo il quale, per validare il contenuto preventivo del modello, l'accertamento devoluto al certificatore dovrà articolarsi secondo due direttrici: da un lato, dovrà verificare «l'astratta adeguatezza del modello di prevenzione adottato» e, dall'altro lato, dovrà attestare «l'effettivo funzionamento del modello e che sia adeguatamente controllato»¹¹⁹; il che sembra perciò confermare che, ai fini della certificazione, non sia sufficiente un controllo formale sull'osservanza dei primi tre 'elementi minimi' del modello posti dal legislatore¹²⁰, dovendosi invece accertare anche la sua effettiva applicazione e la sorveglianza sullo stesso.

7.1. La controversa efficacia della certificazione del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno, anche in relazione alla corretta distribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa

Dopo aver circoscritto l'oggetto della certificazione, possiamo tentare di rispondere al quesito iniziale, per stabilire quale sia l'efficacia della certificazione del modello nel sistema di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica. Nonostante risulti assai controverso il ruolo della certificazione del modello di prevenzione dei reati nella dottrina cilena, è tuttavia possibile evidenziare due principali orientamenti.

L'uno relega il rilievo sistematico della certificazione a mera circostanza di attenuazione della sanzione penale da applicare all'ente¹²¹, mentre l'altro, seppur tra le righe, identifica nella certificazione del modello una possibile causa di esonero dalla responsabilità dell'ente, «che tuttavia andrebbe liberamente apprezzata dal giudice penale», là dove

modello preventivo, tra cui anche l'effettiva attuazione e supervisione del modello stabilita dall'art. 4 n. 4) lett. a).

¹¹⁹ Cfr. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 90. Nello stesso senso Neira, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", 2016, 497, riconosce questa duplice dimensione della certificazione, aggiungendo che la seconda è senza dubbio la più complessa, anche perché richiede un aggiornamento permanente, il che implica, tra l'altro, che le certificazioni nascano con una data di scadenza.

¹²⁰ Il riferimento, è chiaro, è all'art. 4, numeri da 1) a 3).

¹²¹ Cfr. Matus, "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", 2012, p. 12 ss., reperibile nel sito web <https://www.penalcontemporaneo.it>.

ritiene che alla certificazione vada riconosciuto un valore di «presunzione» relativa «della corretta organizzazione dell'ente», suscettibile perciò di ammettere la prova contraria da parte della pubblica accusa¹²².

Il primo orientamento a noi sembra arrivi a conseguenze non del tutto condivisibili, poiché prende le mosse dall'erroneo presupposto che nel sistema cileno la responsabilità dell'ente non sia in via di principio una responsabilità per un 'fatto proprio' della persona giuridica, 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', cioè per un fatto di reato commesso da altri, ovvero dagli esponenti della persona giuridica, siano essi in posizione apicale ovvero sottoposta all'altrui autorità («*responsabilidad 'por el hecho ajeno'*»)¹²³.

Secondo tale prospettiva, la dottrina ritiene che la persona giuridica 'virtuosa', che cioè abbia 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 circostanza di attenuazione della sanzione da irrogare alla persona giuridica (e non di esonero dalla responsabilità), applicando sostanzialmente per analogia *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 diligente («*irreprochable conducta anterior*»).

Non potrebbe inoltre, in questa prospettiva, riconoscersi alla certificazione efficacia di esonero dalla responsabilità per la persona giuridica quale «*eximente anticipada*»¹²⁴, perché, in caso contrario, durante l'arco

¹²² In questo senso, cfr. Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 227. Nello stesso senso, cfr. Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 89.

¹²³ Secondo questa impostazione, l'art. 3 della legge cilena non prevederebbe un'ipotesi di responsabilità "per il fatto proprio", ma di responsabilità "per il fatto altrui", sia pur con il limite del requisito che tale atto sia conseguenza della mancata adozione e attuazione di un modello organizzativo per prevenire fatti simili. Solo in talune ipotesi in cui è prevista un'"autonoma" responsabilità della persona giuridica, in forza dell'art. 5, si configurerebbe un'effettiva responsabilità "per un fatto proprio" direttamente imputabile alla persona giuridica: cfr. Matus, "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", 2012, 5.

¹²⁴ Nel sostenere la tesi secondo la quale non possa riconoscersi efficacia esonerante alla certificazione, il Matus utilizza come altro criterio guida quanto affermato dalla

temporale di vigenza della certificazione, l'ente sarebbe legittimato ad arrolare dirigenti e dipendenti pronti a delinquere e ad assumere il ruolo di 'capri espiatori' in un'eventuale indagine penale, risultandone comunque esclusa ogni sua responsabilità penale¹²⁵. Non senza ironia, si giunge infine a paragonare la certificazione del modello ad una «*Bula papal*»¹²⁶ (bolla papale) che consentirebbe alle imprese di acquistare il perdono divino, ovvero l'indulgenza, attraverso l'ottenimento di una certificazione dietro versamento di un prezzo, che può essere anche molto elevato.

Questa prima interpretazione proposta da parte della dottrina cilena si scontra, a nostro avviso, con il dato ermeneutico che emerge da una lettura sistematica della disciplina cilena, là dove è stabilito (dall'art. 3) che gli «obblighi di direzione e vigilanza» sono da ritenersi osservati se la persona giuridica abbia adottato e attuato, prima della commissione del reato, modelli per prevenire reati, venendo perciò stesso meno la 'lacuna' dell'organizzazione quale elemento costitutivo essenziale dell'illecito ascrivibile alla persona giuridica e, quindi, venendo in primo luogo a mancare l'essenziale collegamento oggettivo tra l'organizzazione e il fatto di reato. E sembra a noi chiaro che la disposizione debba essere intesa come facente riferimento a tutti i modelli preventivi, siano essi stati certificati o meno – costituendo peraltro la certificazione un'attività facoltativa – purché rispettino comunque i requisiti essenziali stabiliti dal legislatore¹²⁷. Tuttavia, là dove il modello organizzativo

Procura Nazionale nella sua circolare sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, là dove viene affermato che «l'effettiva adozione e attuazione del modello di prevenzione sarà sempre oggetto di indagine e prova» (Fiscalía General Instrucción General, n. 440/2010, p. 7), nonostante l'Autore sottolinea che, a suo parere, l'espressione 'effettiva' non figuri nel testo giuridico e che ne sia necessaria solo l'adozione e l'attuazione dei modelli (Matus, "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", 2012, 9). Per quanto riguarda il requisito dell'effettività, è bene tuttavia precisare che non è vero che sia assente dalla legge 20.393, in quanto l'art. 4, n. 4, lett. a), nel riferirsi alla vigilanza sul sistema di prevenzione dei reati, prescrive che l'incaricato della prevenzione («*encargado de prevención*»), assieme al titolare del potere di gestione dell'ente, stabilisca metodi per l'effettiva applicazione del modello di prevenzione dei reati e per la sua vigilanza al fine di individuarne e correggerne gli errori, nonché di aggiornarlo nel tempo in relazione ai mutamenti intervenuti.

¹²⁵ In questo senso, cfr. Matus, "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", 2012, 13.

¹²⁶ Id., *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷ Si tratta, come detto, degli elementi stabiliti dall'art. 4, nn. 1), 2) e 3) della citata legge cilena.

venga certificato, la attestazione ha proprio ad oggetto il pieno rispetto dei medesimi requisiti normativi, fornendo perciò una garanzia dell'efficacia preventiva del modello adottato ed attuato in concreto.

Questo primo orientamento sembra non tener conto di un altro dato essenziale ricavabile dal sistema: la legge cilena prevede, tra le «circostanze di attenuazione della responsabilità penale» e, di conseguenza, della pena, la adozione da parte della persona giuridica, 'dopo' la commissione del fatto di reato ma prima dell'inizio del giudizio, di misure efficaci per prevenire la reiterazione di delitti della stessa specie di quello che sia stato commesso¹²⁸. Si tratta, in sostanza, dello strumento che, ad esempio nel sistema italiano, suole essere definito quale modello riparatore o *'post factum'*.

Ora, se è vero come è vero, che la legge cilena ricollega all'adozione di un modello *'post factum'* una efficacia di attenuazione della pena da applicare alla persona giuridica, se accettassimo l'idea che l'adozione di un modello organizzativo *'ante factum'*, anche ove certificato, abbia anch'esso efficacia quale mera causa di attenuazione della sanzione penale per l'ente, allora il legislatore avrebbe dovuto includere espressamente nel catalogo delle circostanze attenuanti anche il modello adottato *'ante factum'*, cioè 'prima' della commissione del reato. Il campo di applicazione della citata disposizione risulta invece circoscritto al solo modello di prevenzione dei reati adottato 'dopo' la commissione del reato, come anche desumibile, in via interpretativa, dal testuale riferimento all'indagine penale («*investigación*»), che non può che essere relativa ad un fatto di reato che sia stato già commesso.

Mentre la seconda interpretazione, a nostro avviso più condivisibile, ritiene si tratti di una presunzione posta dal legislatore di conformità del modello di prevenzione adottato ed attuato da una persona giuridica ai parametri previsti dalla legge medesima. La 'presunzione di idoneità preventiva' delle regole contenute nel modello sarebbe relativa, vale a dire *iuris tantum*¹²⁹ (definita 'semplicemente legale' nel

¹²⁸ Il riferimento è all'art. 6, n. 3), della citata legge cilena, il quale include tra le circostanze attenuanti: «*La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación*».

¹²⁹ A favore di una presunzione relativa, si è espresso nella letteratura cilena Piña, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, 90. Tuttavia, la dottrina ha sollevato l'obiezione per la quale basare una presunzione di adeguatezza del modello sulla certificazione possa risultare discriminatorio per gli enti che dispongano di minori risorse, in quanto si tratta di un certificato rilasciato da un ente privato: cfr. Neira, "La

sistema cilen), e potrebbe perciò esser superata dalla pubblica accusa fornendo la prova contraria. Il dato sembra possa ricavarsi da un'interpretazione non soltanto letterale, ma anche sistematica delle norme, corroborata dai lavori preparatori della medesima legge¹³⁰.

Nonostante gli indicati snodi concettuali siano a nostro avviso condivisibili, questo secondo orientamento giunge tuttavia a taluni approdi che a noi sembrano non corretti, in materia di distribuzione dell'onere della prova, là dove ritiene che nell'ipotesi in cui la persona giuridica non abbia una certificazione, dovrà essa stessa dimostrare di aver osservato i suoi obblighi di direzione e vigilanza. Poiché considera che quando un esponente commette un reato nell'interesse del soggetto collettivo sia probabile che qualcosa non abbia funzionato bene nell'ente, al punto che il reato costituisca un forte indizio di violazione di uno degli obblighi che gravano su di esso. Secondo questa interpretazione, la pubblica accusa può, almeno in via di principio, fondarsi (addirittura 'riposare', «*descansar*», nel lessico dell'autore) su questo 'indizio probatorio' (quale 'indizio di inosservanza', «*indicio de incumplimiento*»), limitandosi a provare gli altri due criteri oggettivi per l'attribuzione della responsabilità all'ente, cioè la posizione soggettiva dell'autore e la sua condotta nell'interesse dell'ente, là dove il soggetto collettivo non fornisca prove plausibili dell'osservanza dei suoi obblighi di direzione e vigilanza¹³¹.

efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", 2016, 500. Nello stesso senso, cfr. Matus, "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", 2012, 13, il quale eccepisce la possibile violazione del principio di eguaglianza, posto a fondamento della maggior parte degli ordinamenti giuridici occidentali, per la circostanza che le certificazioni possano essere ottenute dietro pagamento di una somma di denaro. Tuttavia, a noi sembra che tale problema, seppur fondato, potrebbe essere risolto in due possibili modi alternativi: o rimettendo l'attività di validazione dei contenuti preventivi di un modello ad un soggetto pubblico (sulla scorta del modello peruviano come a breve vedremo), ovvero, forse più ragionevolmente, ammettendo gli enti bisognosi (che producano ricavi inferiori ad una determinata soglia) ad una sorta di 'gratuita certificazione' che venga effettuata dai medesimi enti certificatori a spese dello Stato.

¹³⁰ Cfr., in tal senso *Historia de la Ley 20.393, 149 ss*, reperibile sul sito web www.bcn.cl.

¹³¹ Cfr., in questo senso, Hernández, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2010, 227. Una solo parzialmente diversa posizione dottrinale, anch'essa sotto questo profilo non condivisibile, ritiene che la certificazione possa essere valutata soltanto come un elemento favorevole al fatto che l'ente osserva la legalità, però non possa in nessun caso esser ritenuta prova autosufficiente dell'efficacia del modello preventivo: in questo senso, cfr. Neira, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", 2016, 514.

A nostro avviso tale conclusione non può risultare condivisibile, dato che il sistema cileno prevede, in modo non equivoco, la responsabilità 'penale' delle persone giuridiche, prescrivendo¹³² che sono applicabili al soggetto collettivo tutte le disposizioni relative all'imputato, accusato e condannato, tra cui, e in primo luogo, quella relativa alla 'presunzione di innocenza'¹³³, per la quale nessuna persona può essere considerata colpevole se non dopo una condanna irrevocabile. Perciò, non è a nostro avviso condivisibile l'idea che la pubblica accusa possa 'riposare' su alcun – in realtà presunto – 'indizio di inosservanza', perché grava sulla stessa pubblica accusa l'obbligo di provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la esistenza del fatto di reato e la sua ascrivibilità, oggettiva e soggettiva, allo specifico individuo¹³⁴; così come, *mutatis mutandis*, grava parimenti sull'accusa l'obbligo di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale dell'ente e la sua ascrivibilità, oggettiva e soggettiva, allo specifico soggetto collettivo.

La corretta distribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa è stata bene messa a fuoco dalla Procura Nazionale nella già citata circolare, per la quale «se la società non ha adottato un modello di prevenzione come quello previsto dalla legge, ciò non significa che il presupposto dell'imputazione sia stato configurato, ma deve necessariamente essere provata dalla pubblica accusa»¹³⁵ la violazione dei suoi obblighi di direzione e vigilanza. Nel riferirsi alla validazione dei contenuti preventivi, la Procura Nazionale ha ritenuto che nel caso in cui la persona giuridica abbia un modello e questo sia stato certificato «sarà più complesso dimostrare che l'impresa non abbia osservato i suoi obblighi di direzione e supervisione», anche se viene pur sempre lasciata alla discrezionalità dell'organo giudicante la valutazione circa l'idoneità preventiva del singolo modello adottato dalla persona giuridica, dovendo il giudice in concreto accertare l'esistenza del modello, il suo grado di

¹³² Ci si riferisce all'art. 21 della legge n. 20.393.

¹³³ Il principio di presunzione di innocenza è stabilito dall'art. 19, n. 3), comma 7, della Costituzione cilena («*Constitución Política de la República de Chile*») e dall'art. 4 c.p.p. cileno.

¹³⁴ Si v., in tal senso, l'art. 340 c.p.p. cileno.

¹³⁵ In questo senso, si v. l'Istruzione Generale della Pubblica Accusa, che fornisce criteri per le indagini e l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone giuridiche («*Instrucción General del Ministerio Público que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*»), n. 440/2010, del 23 agosto 2010, p. 7, reperibile nel sito web <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>.

applicazione e la sua adeguatezza preventiva, in relazione agli elementi di prova apportati dalla pubblica accusa nel processo penale¹³⁶.

A nostro avviso, in sintonia con la lettura del sistema cileno di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica da noi proposta, occorrerebbe spingersi oltre sino ad affermare che, là dove la pubblica accusa intenda far valere in giudizio che il modello certificato non corrisponda al modello effettivamente attuato dalla persona giuridica, dovrebbe dimostrare che vi sia uno 'iato' tra la realtà aziendale e l'organizzazione per come attestata nel procedimento di validazione preventiva, oppure dovrebbe provare l'eventuale accordo criminoso tra l'ente e il soggetto certificatore, o in alternativa l'induzione in errore di quest'ultimo, il cui effetto sia stato l'ottenimento di una certificazione favorevole alla persona giuridica, nonostante non ne ricorressero i presupposti¹³⁷. Anche tenendo presente che il certificatore è un sogget-

¹³⁶ Cfr. l'Istruzione Generale della Pubblica Acusa, *cit.*, p. 10, la quale segnala che la persona giuridica evidentemente «sosterrà che per il fatto di avere una certificazione attuale ha adempiuto al proprio obbligo di adottare ed attuare un sistema preventivo e che esso è operativo». Tuttavia, la Procura Nazionale conclude il suo iter argomentativo nel senso che non possa riconoscersi alla certificazione, di per sé, efficacia esonerante della responsabilità per l'ente, dato che l'obiettivo della certificazione sarebbe solo quello di assicurare l'effettiva applicazione del modello, tenendo presente che potrebbero esistere modelli solo apparentemente conformi ai parametri normativi.

¹³⁷ Sotto questo profilo, può essere interessante richiamare un progetto di riforma del sistema italiano di imputazione della responsabilità all'ente, con il quale è stata proposta l'introduzione della certificazione preventiva del modello nel corpo del d. lgs. 231/2001: v. "Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia di modifica del d. lgs. n. 231/2001", pubblicato in Pinza (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, 2010, Roma, p. 9 ss., anche reperibile nel sito web <https://www.penalecontemporaneo.it>. Il progetto propone, con chiarezza, che nel caso in cui l'idoneità preventiva del modello adottato dall'ente sia stata certificata, la sua responsabilità per il fatto di reato commesso venga esclusa, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. Il che comporta che si tratterebbe di una presunzione di idoneità preventiva delle regole del modello di carattere 'relativo', perché ammetterebbe la prova contraria, fondata sulla mancata corrispondenza tra il modello certificato e quello attuato, ovvero su significative violazioni delle sue prescrizioni. Il medesimo progetto suggerisce inoltre l'introduzione dello specifico reato di abuso di funzioni del certificatore a fronte di una falsa dichiarazione di idoneità preventiva del modello, a tutela della serietà e veridicità delle validazioni preventive che, in tal modo, non dovrebbero risultare 'addomesticate' ad arte da eventuali accordi criminali tra ente e soggetto certificatore che siano diretti ad eludere le reali finalità preventive del sistema. Per un approfondimento dei contenuti essenziali del progetto, anche in rapporto ai meccanismi certificatori previsti in Cile, sia consentito rinviare a Valenzano, *Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena*, in Fiorella, Borgogno, Valenzano (a cura di), *Prospettive di riforma*

to privato che, nella misura in cui eserciti una pubblica funzione certificatoria, viene assimilato al pubblico agente, con conseguente applicazione al medesimo dello statuto penale del funzionario pubblico¹³⁸.

Ulteriore e complesso problema è inoltre quello di stabilire se vi sia differenza tra la presunzione di innocenza che protegge l'ente *sempre*, e la presunzione della corretta organizzazione dell'ente attraverso la certificazione.

Ebbene, in sintonia con i principi generali dell'ordinamento penale cileno, sull'organo di accusa grava sempre ed in ogni caso l'onere di provare la colpevolezza della persona giuridica al di là di ogni ragionevole dubbio, per superare la presunzione della sua innocenza. Perciò l'onere della prova grava a carico della pubblica accusa sia che il modello preventivo sia stato certificato, sia che non lo sia stato, ma anche là dove manchi del tutto il modello medesimo.

Tuttavia, per meglio comprendere il fenomeno, potremmo metaforicamente rappresentare il modello preventivo come un muro di cinta che 'protegge' l'ente dai rischi di commissione di reato, nel senso di rendere permessa, in quanto lecita, l'azione dei suoi esponenti che agiscano 'in sintonia' rispetto alle prescrizioni del modello, restando la loro condotta metaforicamente racchiusa 'dentro la cinta delle mura'. Il modello, ancor più se certificato, costituisce una 'barriera di legalità preventiva' che circonda e qualifica il corretto operato dell'ente.

Spetta in ogni caso alla pubblica accusa dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza della persona giuridica, dalla quale sia dipeso il reato dell'individuo, e a noi sembra evidente che, fermo restando in ogni caso l'onere della prova della colpevolezza dell'ente in capo alla pubblica accusa (sia ove il modello vi sia, sia ove non vi sia), la prova da rendere sarà assai più ardua per il P.M. là dove il modello preventivo sia stato già certificato, dato che il modello certificato è da presumersi, *ipso iure*, conforme ai parametri di adeguatezza posti dal legislatore cileno, e quindi tale da costituire prova dell'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dell'ente, proprio per effetto della presunzione relativa di idoneità del modello asseverato.

del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato, anche alla luce della comparazione tra ordinamenti, Napoli, 2015, 166 ss.

¹³⁸ In base al combinato disposto dell'art. 4, n. 4), lett. c) della citata legge n. 20.393 e dell'art. 260 c.p. cileno.

Venendo al piano applicativo, il dilemma in ordine all'efficacia da ricollegare alla certificazione nel sistema cileno non risulta sia stato tuttora affrontato dalla giurisprudenza: non è perciò possibile stabilire quale sia la posizione delle Corti cilene né sull'oggetto né sugli effetti della certificazione, dato che i diversi casi giurisprudenziali si sono conclusi nella fase predibattimentale attraverso riti alternativi e quindi non c'è stata la possibilità di valutare, in concreto, il rilievo del modello preventivo nel sistema di attribuzione della responsabilità all'ente, né tanto meno la rilevanza di meccanismi alternativi di adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza.

È tuttavia interessante evidenziare che, in quasi tutti i (poco numerosi) processi a carico delle persone giuridiche in Cile, le Procure hanno formulato l'accusa contro gli enti esplicitando nei capi di imputazione che la persona giuridica risulta responsabile per non aver adottato un modello preventivo e per non aver nemmeno previsto 'altre misure' (diverse dal modello in senso stretto) per adempiere i propri obblighi di direzione e vigilanza¹³⁹, con ciò dimostrando, anche in sede applicativa, di concepire metodi alternativi al modello preventivo di spontaneo adempimento degli obblighi di gestione e sorveglianza della persona giuridica.

8. La 'validazione *post factum*' dell'adeguatezza preventiva delle cautele organizzative attraverso la perizia sul modello nell'ordinamento peruviano. Il rilievo sistematico della 'esimente incompleta' nei sistemi cileno e peruviano

Per quanto concerne l'ordinamento peruviano, nonostante l'originaria previsione della certificazione del modello nel testo normativo al momento della sua adozione¹⁴⁰, l'istituto è stato subito dopo soppresso con l'intervenuto decreto di riforma¹⁴¹.

¹³⁹ In questo senso, si v. Constructora Pehuenche del 7° Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 11862-2014), Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica (Rit 33-2014); nonché Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca (Rit 9211 – 2012).

¹⁴⁰ Prima della riforma, l'art. 19 della già citata legge peruviana prescriveva che il modello di prevenzione del reato potesse essere certificato da un soggetto terzo a ciò autorizzato, con lo scopo di asseverare l'osservanza, da parte della persona giuridica, degli elementi previsti dall'art. 17 comma 2 della medesima legge.

¹⁴¹ Il riferimento è al già citato d. lgs. n. 1352 del 2017, che ha riformato la legge peruviana n. 30424/2016 prima ancora della sua entrata in vigore.

È stato tuttavia introdotto nel sistema peruviano un diverso meccanismo di validazione '*post factum*' dell'adeguatezza preventiva del modello, che opera cioè 'dopo' l'eventuale commissione del reato ma 'prima' dell'esercizio dell'azione penale. In forza del quale l'organo di pubblica accusa («*el Fiscal*»), prima di notificare alla persona giuridica l'esistenza di indagini preliminari a suo carico, deve chiedere una relazione tecnica («*informe técnico*») alla Sovrintendenza del Mercato dei Valori («*Superintendencia del Mercado de Valores*»), con valore probatorio di perizia («*pericia institucional*»), il cui obiettivo sia quello di valutare l'attuazione del modello preventivo in concreto adottato dall'ente¹⁴².

Quanto al rilievo della relazione tecnica dal punto di vista dell'efficacia probatoria, vi è da considerare che la «*pericia institucional*», che è quella emessa da un soggetto pubblico (come la Sovrintendenza o un'altra pubblica autorità), ha, nel sistema peruviano, valore di prova parificabile a quello di una qualsiasi perizia di parte.

Con scelta assai incisiva dal punto di vista degli effetti processuali, il legislatore peruviano ha stabilito che la perizia costituisce una 'condizione di procedibilità' per la formalizzazione delle indagini preliminari («*formalización de la investigación*») a carico della persona giuridica¹⁴³.

Per approfondire ruolo e funzionamento di detta 'condizione di procedibilità', fondata sulla 'validazione *post factum*' della idoneità preventiva delle regole cautelari contenute nel modello organizzativo, possiamo ricavare dal sistema le seguenti articolazioni procedurali.

Può formularsi una prima ipotesi, nella quale la perizia asseveri che, nonostante un reato sia stato commesso, il modello preventivo in concreto attuato dall'ente, 'prima' della commissione del fatto illecito, fosse adeguato: l'organo di pubblica accusa dovrà perciò disporre l'archiviazione dell'indagine preliminare¹⁴⁴, e dunque del procedimento penale, attraverso una decisione motivata.

¹⁴² L'istituto è previsto dall'articolo 18 della legge peruviana.

¹⁴³ Ai sensi dell'ottava disposizione finale della legge peruviana.

¹⁴⁴ Secondo quanto stabilito dall'art. 334 c.p.p. peruviano, l'archiviazione può essere decretata dopo il ricevimento di una denuncia o dopo la conclusione delle «*diligencias preliminares*», (il cui termine di conclusione è pari a 20 giorni). Schematizzando gli snodi essenziali, quando il P.M. («*el Fiscal*») riceve una denuncia di reato: 1) può decidere anche immediatamente di disporre l'archiviazione della notizia di reato (con un proprio decreto di archiviazione); 2) può dare l'avvio alle «*diligencias preliminares*», quali primissime indagini preliminari che dovrebbero durare solo 20 gg. (salvo un più lungo termine fissato dal P.M. medesimo), nel corso delle quali l'organo di pubblica accusa deve richiedere el *Informe técnico* alla Sovrintendenza per poter procedere con l'avvio delle indagini preliminari vere e proprie a carico

Può rinvenirsi una seconda ipotesi, là dove la perizia asseveri che il modello preventivo in concreto attuato dalla persona giuridica 'prima' della commissione del reato non fosse idoneo: la pubblica accusa darà l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la «*formalización de la investigación*», che tuttavia ancora non rappresenta l'esercizio dell'azione penale.

Residua ancora un'ipotesi che potremmo definire di 'ravvedimento operoso' dell'ente, il quale, 'post factum', può aver adottato un idoneo modello preventivo di carattere 'riparatore', nonostante ne fosse privo – o avesse attuato cautele inadeguate – prima della commissione del fatto di reato. Quindi, là dove la perizia accerti che la persona giuridica abbia attuato un idoneo modello preventivo solo 'dopo' la commissione del reato (ma prima dell'inizio del giudizio penale), l'organo di pubblica accusa darà l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la già menzionata «*formalización de la investigación*», perché l'attuazione di un c.d. 'modello riparatore', 'post factum', ha efficacia quale mera circostanza di attenuazione della pena per l'ente¹⁴⁵, non costituendo una causa di esonero dalla responsabilità per il soggetto collettivo; perciò rimane ferma la responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato che sia stato commesso, sia pur con applicazione di una pena attenuata.

Infine, l'ordinamento peruviano prevede, con soluzione originale rispetto agli altri sistemi oggetto della comparazione, l'ipotesi in cui la perizia asseveri che, nonostante il modello preventivo in concreto attuato non fosse idoneo a prevenire reati, riceva tuttavia una 'validazione parziale' («*acreditación parcial*»). Là dove la perizia accerti che il modello adottato rispetti solo alcuni dei parametri di idoneità¹⁴⁶, ma non tutti, esso potrà operare quale 'esimente incompleta' («*eximente incompleta*»), cioè non più quale causa di esclusione della responsabilità dell'ente ma solo quale mera circostanza di attenuazione della sua responsabilità e,

dell'ente; 3) trascorsi i 20 gg. (o il diverso più lungo termine che il P.M. abbia ritenuto necessario), l'organo di accusa può disporre l'archiviazione del procedimento penale oppure può dare l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie a carico dell'ente attraverso la «*formalización de la investigación*», che ancora non rappresenta l'esercizio dell'azione penale, collocandosi all'interno della fase delle indagini preliminari (il P.M., cioè, non ha ancora in questa fase formalizzato l'accusa penale vera e propria, trattandosi di attività ad essa prodromica).

¹⁴⁵ In forza dell'art. 12, lett. d), della citata legge peruviana.

¹⁴⁶ Per l'esistenza parziale degli 'elementi minimi' stabiliti dall'art. 17, comma 2, della citata legge peruviana.

quindi, della pena da irrogare¹⁴⁷. In altri termini, nell'ordinamento peruviano si configura una 'esimente incompleta' là dove non si realizzino 'tutti' gli elementi costitutivi di una circostanza di esclusione della responsabilità, ma se ne configurino solo alcuni; non potendo perciò la circostanza, per la sua incompiutezza, operare nel senso di escludere la responsabilità ma soltanto nel senso di attenuarla, con i relativi riflessi sul piano sanzionatorio. Il codice penale peruviano qualifica dette ipotesi quali «*responsabilidad restringida*»¹⁴⁸, consentendo al giudice penale di ridurre la pena al di sotto del minimo legale.

L'effetto processuale di queste previsioni sostanziali è tale per cui, in caso di 'validazione parziale' dei contenuti preventivi del modello, l'organo di pubblica accusa dovrà dare l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la «*formalización de la investigación*», perché, come detto, la pena per la persona giuridica verrà diminuita in forza dell'esimente incompleta, ma non sarà esclusa per il mancato effetto di esonero dalla responsabilità.

Sotto questo specifico profilo, è interessante rilevare che, a differenza dell'ordinamento peruviano, nel quale è stata specificamente prevista l'esimente incompleta nel sistema di imputazione della responsabilità da reato all'ente, nell'ordinamento cileno l'esimente incompleta è prevista, più in generale, nel codice penale¹⁴⁹, ma non nella legge speciale che struttura il sistema di responsabilità da reato della persona giuridica (così come anche la legge argentina sulla responsabilità penale degli enti non la prevede).

Perciò può a nostro avviso prevedersi che si porrà, nel sistema cileno, la questione dell'applicabilità dell'esimente incompleta, quale possibile causa di attenuazione della responsabilità penale dell'ente che abbia adottato un modello preventivo che soddisfi solo parzialmente i

¹⁴⁷ In forza del combinato disposto dell'art. 21 c.p. peruviano con l'art. 12 lett. e) della citata legge, che prevede, quale circostanza attenuante, la «*acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención*».

¹⁴⁸ L'art. 21 del codice penale peruviano, rubricato «*responsabilidad restringida*», stabilisce che, anziché escluderla, attenuano la responsabilità penale le cause di esclusione della medesima, quando non si realizzino tutti gli elementi costitutivi.

¹⁴⁹ Nel Codice Penale cileno, l'art. 11 n. 1) stabilisce che, anziché escluderla, attenuano la responsabilità penale le esimenti previste dall'art. 10, là dove non si realizzino tutti gli elementi costitutivi della singola causa di esclusione della responsabilità penale. In questo senso, cfr. Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 185.

requisiti posti dal legislatore cileno¹⁵⁰. Si tratterà perciò di stabilire se, ed in qual misura, possa estendersi la portata applicativa della disposizione codicistica che prevede l' 'esimente incompleta' [cioè dell'art. 11 n. 1) c.p.] sino a ricomprensivi anche il mancato perfezionamento degli 'elementi minimi' di un modello di prevenzione, pur considerando che, nel prevedere un catalogo di circostanze attenuanti applicabili alle persone giuridiche, la citata legge speciale non ne ha fatto menzione.

Tornando al sistema peruviano, per concludere sul punto, occorre rilevare che l' articolato sistema di 'validazione *post factum*' dell'efficacia preventiva, nonostante la sua incisività nel considerare gli effetti liberatori per l'ente, anche in sede processuale, di una netta demarcazione tra la volontà dell'autore del reato e quella dell'ente, è stato parzialmente criticato dalla dottrina peruviana, per il ruolo attribuito dalla legge alla Sovrintendenza del Mercato dei Valori, che è stata ritenuta organismo privo delle necessarie competenze per valutare l'adeguatezza preventiva del modello¹⁵¹.

A noi sembra, tuttavia, che la valutazione sull'innovativo sistema di 'validazione *post factum*' dell'efficacia preventiva del modello debba essere maggiormente articolata. In altri termini, è da apprezzare la circostanza che il legislatore peruviano abbia identificato una condizione di procedibilità dell'azione penale contro l'ente nella perizia, la cui richiesta costituisce un obbligo della pubblica accusa, o, più precisamente, nell'esito negativo della perizia che, cioè, escluda nel singolo caso l'efficacia delle regole cautelari concepite e adottate in concreto dall'ente.

A contrariis, la prevista condizione di procedibilità dell'azione penale contro l'ente può, a nostro avviso, rivelarsi strumento idoneo all'accertamento di una effettiva 'divaricazione' tra la volontà dell'autore del reato e quella, virtuosa, dell'ente, là dove la perizia abbia un esito positivo che riconosca l'efficacia delle regole preventive in concreto adottate dall'ente. Si tratta di uno 'iato' tra le due 'volontà', in presenza del quale la pubblica accusa deve richiedere l'archiviazione del procedimento penale per il soggetto collettivo, per la ragione che non può muoversi alcun 'rimprovero' nei confronti dell'ente che si sia cor-

¹⁵⁰ Si tratta degli elementi del modello preventivo stabiliti dall'art. 4 della citata legge cilena.

¹⁵¹ In questo senso, cfr. Balmaceda, "Las personas jurídicas y su responsabilidad 'administrativa' autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n. 1352", in *Revista Actualidad Penal*, n. 33, marzo 2017, Lima, Perú, p. 15-36 (31 s).

rettamente organizzato 'prima' della commissione del reato, stante il venir meno del collegamento 'soggettivo' tra il fatto di reato commesso dall'individuo e il soggetto collettivo, in applicazione dei principi di personalità e, quindi, di colpevolezza.

Ferma restando la valutazione, a nostro avviso tendenzialmente positiva, di un meccanismo liberatorio per l'ente virtuoso, imperniato sulla specifica condizione di procedibilità dell'azione penale contro l'ente, può tuttavia porsi una riserva in relazione al 'tempo' in cui debba richiedersi la perizia sulla adeguatezza del modello, trattandosi di un momento 'successivo' rispetto a quello in cui la pubblica accusa abbia 'già' deciso di avviare le «*diligencias preliminares*» (le quali, di per se stesse, costituiscono attività di indagine). Vale a dire, a seguito dell'emersione di almeno un indizio di commissione di un reato, a parere della pubblica accusa, quale contesto che perciò potrebbe in qualche misura 'inquinare' l'«obiettività di giudizio» del perito. Il problema può sorgere, in altri termini, perché la circostanza che sia già stato commesso un reato in nome o per conto della persona giuridica, e nel suo interesse, può essere intesa dal valutatore come presunzione di mancato adeguamento del modello alle finalità previste dalla legge.

Una soluzione potrebbe essere percorsa riconoscendo 'anche' in capo alla persona giuridica non l'obbligo, ma la facoltà di richiedere alla pubblica autorità (la Sovrintendenza) una relazione tecnica, con il medesimo valore giuridico di perizia, 'dopo' l'adozione del modello ma 'prima' della commissione del reato, in un tempo che cioè non possa considerarsi 'sospetto', per ottenere una 'validazione preventiva' che possa comunque in futuro operare quale 'condizione di procedibilità' di un'eventuale azione penale contro l'ente. Il proposto meccanismo, in una prospettiva di riforma del sistema, consentirebbe di porre l'ente 'virtuoso' al riparo da giudizi della pubblica autorità che potrebbero essere in qualche misura inquinati dal contesto di riferimento, consentendogli di accedere, con livello di certezza, al 'beneficio' dell'archiviazione delle indagini preliminari che venissero eventualmente in futuro avviate a fronte della commissione di un reato nell'esercizio delle sue attività, là dove le cautele progettate e attuate dall'ente fossero state ritenute, *ex ante*, efficaci dalla medesima perizia.

Certamente occorrerebbe più compiutamente strutturare un meccanismo di tutela che, per evitare comode 'scappatoie' per l'ente che voglia soltanto 'fingere' di organizzarsi virtuosamente, contenga l'efficacia liberatoria della validazione '*ante factum*' ai soli casi in cui il modello preventivo concretamente attuato corrisponda a quello che sia

stato validato e non siano, nel frattempo, sopravvenute 'significative violazioni' delle sue prescrizioni che abbiano reso manifesta la 'lacuna organizzativa' che abbia cagionato il reato dell'individuo, a fronte delle quali l'ente avrebbe dovuto correttamente reagire¹⁵². Si tratterebbe, in definitiva, di un più compiuto strumento che, così come la certificazione nel sistema cileno ove venisse correttamente interpretata nei suoi confini ed efficacia sistematica, consentirebbe l'accertamento dell'"autonoma volontà virtuosa" dell'ente, ove divaricante da quella dell'autore materiale del reato. E che, di conseguenza, in assenza di 'rimprovero', condurrebbe all'esonero dalla responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato eventualmente commesso.

9. Il vuoto normativo, nonostante una proposta di certificazione nel sistema argentino

La legge argentina sulla responsabilità penale delle persone giuridiche non prevede la possibilità di certificare o validare preventivamente il programma di integrità, anche se le già citate "linee guida" fanno espresso riferimento al monitoraggio e alla valutazione dell'efficacia del programma, suggerendo a ciascun ente di effettuare revisioni periodiche per verificare se il programma in concreto adottato individui i rischi di reato in misura sufficiente, se le politiche e le procedure siano effettivamente applicate nelle attività quotidiane e quali siano i risultati dei controlli¹⁵³.

Nonostante il segnalato vuoto normativo sullo specifico profilo considerato, può essere tuttavia interessante evidenziare che il progetto delle "linee guida", poi emendato nella versione approvata in via definitiva, nel riferirsi al monitoraggio continuo e alla valutazione dell'efficacia del programma preventivo, indicava che l'ente potesse ricorrere a un supporto professionale esterno per certificare, o comun-

¹⁵² Analoga formulazione, in sintonia con la logica qui evidenziata, è stata proposta nel diverso sistema italiano di attribuzione della responsabilità da reato all'ente, per la riforma del d. lgs. 231/2001, attraverso lo "Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia" del 2010, pubblicato in Pinza (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, 2010, p. 9 ss., per approfondimenti sul quale, cfr. A. Fiorella, A.S. Valenzano, "Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato", Roma, Giappichelli Editrice, 2016, p. 88 ss.

¹⁵³ Ci si riferisce, in particolare, al capitolo 3.12 delle citate "linee guida", nel quale viene altresì specificato che tali revisioni possono aver luogo con forma e periodicità da stabilire in relazione alle concrete caratteristiche e risorse dell'ente e possono consistere in molteplici azioni, tra cui le indagini, le revisioni di *audit*, nonché l'analisi aggregata dei dati statistici.

que validare, la corretta applicazione delle regole preventive stabilite dal programma adottato, ovvero per aiutare l'ente medesimo nel procedimento di validazione.

La validazione del sistema di prevenzione dei reati operata dal consulente esterno alla persona giuridica mirava a conferire al programma maggiore credibilità nei confronti dei terzi o delle autorità. Tuttavia, lo stesso progetto chiariva che la decisione di certificare un programma (o di ottenere un parere professionale indipendente sulla sua idoneità preventiva) per la legislazione argentina non avrebbe fornito una piena garanzia dell'adeguatezza ed efficacia del programma preventivo, restando detta valutazione di esclusiva competenza dell'organo giudicante.

10. Rilievi conclusivi

Dal raffronto fra i tre ordinamenti giuridici considerati, è emerso che, nonostante la – almeno apparentemente – diversa natura giuridica della responsabilità dell'ente da reato, i legislatori nazionali, pur con accenti parzialmente diversi, hanno imperniato il sistema di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica sul 'difetto di organizzazione', postulando che il reato dell'esponente sia condizionalmente conseguenza di una specifica 'lacuna organizzativa'.

Il piano oggettivo dell'imputazione, seppur con talune diversità di disciplina, si snoda lungo le fondamentali direttrici consistenti nella posizione soggettiva dell'autore del reato (con accenti più elastici nel sistema argentino), nel collegamento finalistico tra la condotta criminosa e l'interesse (o vantaggio) della persona giuridica, e, in modo più incisivo, nella connessione oggettiva tra il fatto di reato commesso e una specifica 'lacuna organizzativa' che lo abbia cagionato.

Tutti e tre gli ordinamenti selezionati prevedono invero l'esclusione della responsabilità della persona giuridica, là dove abbia adottato, 'prima' della commissione del fatto di reato, un modello di prevenzione dei reati dello stesso tipo (ovvero un altro meccanismo preventivo) che, al momento in cui è stato progettato e attuato, risultasse 'idoneo' a prevenire tali reati.

Oltre a contemplare la possibilità per la persona giuridica di adottare, 'post factum', un modello preventivo che assume i contorni di un 'modello riparatore', poiché diretto a ripristinare condizioni

di legalità 'dopo' la commissione di un fatto di reato. Con ciò mostrando, i sistemi cileno, peruviano ed argentino, di aver attribuito un qualche rilievo alla c.d. «*reactive fault*¹⁵⁴» della persona giuridica, che si configura in caso di mancata adozione, da parte dell'ente, di sufficienti misure di 'reazione' a seguito dell'illecito penale che sia stato commesso, anche attraverso l'omesso ripristino di una 'corretta organizzazione' per prevenire la commissione di ulteriori reati. In sintonia con gli obiettivi propri di un modello organizzativo che dovrebbero consistere non soltanto nella prevenzione degli illeciti penali, ma anche nella loro individuazione affinché vengano sanzionati, con conseguente reazione dell'ente per il ripristino delle condizioni di legalità nell'organizzazione¹⁵⁵.

I legislatori nazionali degli ordinamenti oggetto del raffronto comparatistico hanno perciò stimolato le persone giuridiche ad adottare meccanismi di contenimento del rischio penale elaborando, attraverso regole cautelari, un perimetro all'interno del quale considerare l'attività dell'ente permessa, e perciò lecita, nonostante un soggetto collettivo sia, per sua stessa natura, generatore di rischi.

La violazione delle regole cautelari di cui si sia dotata la persona giuridica costituisce la base per un 'rimprovero', sul piano soggettivo, e quindi per un giudizio di 'colpevolezza' a carico dell'ente, nella misura in cui fosse, *ex ante*, rappresentabile e prevedibile che dalla condotta lacunosa dell'ente potesse derivare l'evento-reato dell'individuo, oltre che, nella misura in cui fosse in concreto esigibile un comportamento diverso da parte del medesimo soggetto collettivo.

Tuttavia le ricostruzioni dogmatiche della letteratura sudamericana sui profili 'soggettivi' dell'imputazione della responsabilità da reato all'ente, e quindi sulla necessità e sui fondamenti del 'rimprovero soggettivo' dello stesso, allo stato ancora non sembrano presentare

¹⁵⁴ I padri dell'innovativo concetto, Fisse e Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability. (Theories of Institutional Design)*, Melbourne: Cambridge University Press, 1993, 48, definiscono la «*reactive corporation fault*» come un 'difetto dell'organizzazione' («*corporate failure*») nell'adottare soddisfacenti misure preventive o correttive in risposta alla commissione dell'*actus reus* di un reato da parte di un esponente dell'ente che agisca per suo conto. In sede processuale, il giudice penale potrà di conseguenza valutare la condotta 'colpevole' tenuta dalla persona giuridica 'dopo' la commissione del fatto per meglio determinare la sanzione da irrogare all'ente.

¹⁵⁵ Sotto questo profilo, nella dottrina spagnola, cfr. Nieto, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal", in *Rivista Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 171-200 (196).

un significativo grado di elaborazione, con tutta probabilità perché si tratta di sistemi di disciplina molto innovativi e di recente introduzione nei relativi ordinamenti giuridici.

Ciò nonostante, i sistemi peruviano e argentino, seppur con accenti diversi, contemplano interessanti strumenti per l'accertamento della eventuale 'divaricazione' della volontà dell'autore del reato rispetto a quella, virtuosa, dell'ente. Richiedendo il sistema argentino, ai fini dell'attribuzione della responsabilità da reato all'ente, che la violazione delle regole cautelari, frutto dell'auto-normazione del soggetto collettivo, non abbia comportato un effettivo impegno da parte dell'agente, e postulando il sistema peruviano che non vi sia stata una 'fraudolenta elusione' delle medesime regole preventive da parte dell'autore del reato. Il perfezionarsi del giudizio sull'elusione non-fraudolenta delle regole preventive, ovvero sulla non-difficoltosa violazione delle stesse, consente, in altri termini, di formulare un 'rimprovero personale' nei confronti della persona giuridica che abbia progettato e attuato cautele preventive inidonee, in quanto suscettibili di essere eluse o violate senza sforzo alcuno da parte dell'autore del reato, quale possibile spia di una 'sintonia' tra le due volontà, o comunque dell'assenza di contrasto dell'una nei confronti dell'altra.

A contrariis, l'aver riconosciuto nei due sistemi giuridici l'esonero dalla responsabilità per l'ente, là dove l'autore del reato abbia eluso fraudolentemente (in Peru), o abbia comunque violato con uno 'sforzo' le regole cautelari di cui il medesimo si sia dotato (in Argentina), rappresenta un meccanismo che, seppur con differenti sfumature, consente di attribuire rilievo allo 'iato', tra la 'volontà criminosa' dell'autore del reato e la 'volontà virtuosa' dell'ente di conformarsi all'ordinamento. Ciò significa che l'agente non ha potuto contare né sulla 'connivenza' né, tanto meno, sulla 'complicità' dell'ente, dei suoi esponenti e meccanismi di controllo, al punto tale da aver dovuto necessariamente aggirarli, cioè eluderli, nel sistema peruviano, o comunque violarli, in quello argentino.

Ulteriore elemento di rilievo emerso dal raffronto comparatistico, in particolare tra i due ordinamenti cileno e peruviano, attiene all'inserimento di meccanismi di validazione dell'idoneità delle regole cautelari stabilite dal modello (quale attestazione 'preventiva' nel sistema cileno e 'post factum' in quello peruviano), che mirano a 'garantire', sia sul piano sostanziale che processuale, l'ente 'virtuoso' che si sia correttamente organizzato per prevenire la commissione di reati. Particolarmente interessante risulta l'innovativo meccanismo congegnato

dal legislatore peruviano, che ha identificato una 'condizione di procedibilità' dell'azione penale contro l'ente nella perizia (la cui richiesta costituisce un obbligo della pubblica accusa) sull'idoneità preventiva delle regole cautelari stabilite dal modello in concreto attuato dal medesimo soggetto collettivo; subordinando l'esercizio dell'azione penale contro l'ente all'esito negativo della medesima perizia, cioè all'attestazione della inidoneità preventiva del modello in concreto adottato.

In conclusione, i meccanismi di validazione dell'idoneità preventiva del modello, se correttamente interpretati, fungono, da un lato, da strumento di stimolo e garanzia dell'effettivo innesto di idonei meccanismi di prevenzione dei reati nell'ente 'virtuosamente' organizzato, e, dall'altro, dovrebbero fornire certezza giuridica alle persone giuridiche sugli effetti da ricollegare nel singolo caso alla validazione medesima, evitando l'attribuzione pressoché 'automatica' della responsabilità da reato all'ente per il solo fatto che sia stato commesso un reato, da un suo esponente, nel suo interesse.

Su un più ampio piano sistematico, dal punto di vista degli effetti, la validazione potrebbe escludere l'elemento oggettivo dell'illecito dell'ente, ove risultasse in concreto insussistente il 'rischio non permesso' derivante, cioè, da una 'lacuna nell'organizzazione'; mentre invece potrebbe escludere l'elemento soggettivo, nella diversa prospettiva di verifica *ex ante* dell'idoneità preventiva del modello, nel caso in cui il rischio fosse stato accertato, dovendosi allora attribuire rilievo alla 'buona fede' dell'ente che, incolpevolmente, abbia fatto affidamento sulla attestazione regolarmente ottenuta.

In altri termini, i meccanismi di validazione, ove correttamente interpretati in chiave sistematica, consentono ai giudici nazionali di accertare e valutare l'atteggiamento soggettivo dell'ente che si sia correttamente organizzato, come attestato dalla asseverazione '*post factum*', o che abbia comunque 'in buona fede' riposto la propria fiducia in una certificazione regolarmente ottenuta '*ante factum*' che asseveri la correttezza della sua organizzazione, con l'effetto di escludere, nella concreta situazione, la possibilità di muovere un 'rimprovero' all'ente per l'assenza di 'colpevolezza dell'organizzazione'. Rappresentando i meccanismi di validazione (*ante* o *post factum*) della idoneità preventiva dei modelli uno strumento essenziale per un effettivo innesto dei sistemi di legalità nelle organizzazioni e per un impianto della responsabilità dell'ente da reato che sia realmente osservante dei principi di 'personalità' e, quindi, di 'colpevolezza' della responsabilità penale (o para-penale).

La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali¹

Vincenzo Mongillo

SOMMARIO: 1. Prologo – 2. La funzione della responsabilità *ex crimine* dell'ente: l'orientamento alla compliance *ex ante* ed *ex post*. – 3. Il modello di prevenzione dei reati: dall'elaborazione all'implementazione e al controllo – 3.1. La sorveglianza sul *compliance program*: il paradigma statunitense del *compliance officer* – 3.2. La via italiana alla sorveglianza sul modello organizzativo: l'organismo di vigilanza quale presidio indipendente – 4. Circolazione di modelli normativi: l'importazione del paradigma italiano negli ordinamenti ispanoparlanti – 4.1. La responsabilità penale delle persone giuridiche in Cile e la figura dell'*encargado de prevención* – 4.2. La responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna: importazione e trasfigurazione interpretativa dell'organismo di vigilanza italiano. La norma tecnica UNE 19601:2017 – 4.3. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in Perù: consolidamento del modello sudamericano dell'*encargado de prevención* – 4.4. La legge argentina del 2017 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche: la figura del *responsable interno del programa de integridad* – 5. Ricadute penalistiche dei diversi paradigmi di sorveglianza sul sistema di prevenzione dei reati. – 6. Conclusioni. L'indipendenza del controllo quale fattore cardine nel processo di convergenza dei modelli normativi.

1. Prologo

La vigilanza endoaziendale sui modelli organizzativi per la prevenzione dei reati è un punto focale della nuova strategia di contrasto ai crimini d'impresa, la quale attinge ai principi della *compliance* penale e sta avendo larga diffusione a livello internazionale¹.

¹ Il testo riproduce, con aggiornamenti e integrazioni, la relazione tenuta il 25 maggio 2018 al convegno «Pene per l'individuo e pene per l'ente», organizzato dal

Difatti, un efficace sistema gestionale del rischio di illeciti imprenditoriali è un congegno – oltre che idoneo in astratto – realmente applicato, presidiato quotidianamente, ben radicato nella struttura e nelle dinamiche decisionali ed operative dell'ente di cui deve essere intima espressione e non semplice ornamento esteriore.

Intendo, dunque, articolare il mio intervento in tre punti essenziali.

Innanzitutto, mi preme fare una digressione preliminare e di contesto sul *significato della responsabilità penale o para-penale dell'ente collettivo*, oggi riconosciuto dal nostro sistema giuridico e, con accenti speculari, in svariati ordinamenti ispanoparlanti, che dal regime italiano – direttamente o in via mediata – hanno tratto ispirazione.

In secondo luogo, mi soffermerò sull'oggetto precipuo del mio ragionamento: il *ruolo* centrale che, nell'assetto punitivo italiano, riveste *l'organismo di vigilanza* sull'attuazione del modello di organizzazione avente funzione esimente della responsabilità della *societas*.

Di seguito, mi concentrerò sul profilo comparatistico della *circolazione del modello di disciplina italiano* nella legislazione spagnola e in vari ordinamenti dell'America Latina (soprattutto sudamericani): un flusso esportativo che sta coinvolgendo anche l'istituto dell'organismo di vigilanza, sebbene – come vedremo – recepito in termini non pienamente sovrapponibili alla versione interna. Farò quindi riferimento, soprattutto, ad alcune esperienze latinoamericane, segnatamente a quelle cilena, peruviana e argentina, senza poter trascurare, ovviamente, la matrice spagnola, che sta fungendo da giunto di collegamento tra il sistema genetico italiano e i detti ordinamenti sudamericani.

Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici dell'Università Sapienza di Roma. Si rimanda, per più estese riflessioni, al nostro Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anti-corruzione, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 febbraio 2015, p. 1 ss. In tema di contrasto alla corruzione, cfr., per tutti, S. MANACORDA – F. CENTONZE – G. FORTI (a cura di), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Heidelberg, 2014. Sul tema della compliance penale, tra i testi più significativi, v., nella letteratura spagnola, L. KUHLÉN – J.P. MONTIEL – I. ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO (a cura di), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013; J.M. SILVA SANCHEZ (a cura di), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013; A. NIETO MARTÍN (a cura di), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015. Nella letteratura tedesca, in particolare, T. ROTSCH (a cura di), *Criminal Compliance, Handbuch*, Baden-Baden, 2015.

2. La funzione della responsabilità *ex crimine* dell'ente: l'orientamento alla compliance *ex ante* ed *ex post*

Partiamo, allora, dalla cornice del mio discorso: la *funzione della responsabilità* penale o punitiva *dell'ente* e delle *sanzioni* ad esso irrogabili.

A prescindere dalla contingente *etichettatura giuridica* prescelta dai singoli legislatori nazionali, è a mio avviso netto il diaframma tra il nuovo sistema punitivo a destinatario "collettivo" e il diritto penale tradizionale, e conseguentemente l'impossibilità di un assorbimento automatico, privo di adattamenti, delle regole penali classiche nel comparto della responsabilità *ex crimine* della persona giuridica².

Sappiamo che larga parte della scienza penalistica europea, soprattutto continentale, sin dagli albori dell'Illuminismo, è alla ricerca del suo "eden" penalistico, rappresentato da un *diritto penale razionale* e a orientamento preventivo, contrapposto al paradigma penale premoderno di stampo eticizzante o metafisico-religioso: un approccio che ha avuto, nella seconda metà del Novecento, un fondamentale approdo, com'è noto, nel sistema teleologico roxiniano orientato ai principi e ai valori della politica criminale di matrice costituzionale³.

Semplifico all'estremo, per osservare come ad onta della condivisibilità e degli innegabili successi di quest'impostazione metodologica, il diritto penale individuale pare non essersi mai interamente affrancato da una componente di rimprovero etico-retributivo, dall'idea che il giure penale serva anche a stigmatizzare, biasimandoli (*blaming*), comportamenti ritenuti di particolare gravità. Un po' perché anche le impostazioni funzionalistiche ricevono declinazioni assai diverse o comunque tuttora convivono – contendendosi il campo della scienza penale – con visioni antitetiche o rivali, un po' perché delle idee retribuzionistiche continua a essere intrisa la coscienza collettiva, che sovente anzi indulge a una visione vendicativa della giustizia criminale. Più che *malum passionis propter malum actionis* o, secondo la più recente accezione anglosassone, *just desert*, si tratta,

² Per una diffusa dimostrazione di questo asserto, sia consentito rinviare alla nostra recente indagine monografica, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

³ In lingua italiana, si veda dell'illustre penalista tedesco la raccolta di saggi contenuta in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, in cui compare anche la traduzione del celebre *Berliner Programm* del 1970. In Italia, v., per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

sotto quest'ultimo profilo, della visione della pena come vendetta legalizzata, incanalata in binari pubblicitistici informati, quantomeno, al principio di proporzione.

Di contro, se può dirsi realmente esistente, nell'esperienza contemporanea, un diritto punitivo giustificato e fondato su basi *in toto* preventive, nel caso di specie – direi più precisamente – cautelative o prevenzionali, a mio avviso questo è proprio il diritto *lato sensu* penale dei soggetti collettivi.

Possiamo qualificarlo come un secondo o terzo binario del diritto penale, o – meglio – un diritto penale “altro”, para-penale o “punitivo” (ma pur sempre *ex crimine*): sta di fatto che le sanzioni rivolte agli enti sono scevre da qualsiasi connotazione eticizzante. Sicuramente lo sono nella declinazione giuridica italiana, giacché orientate alla prevenzione e riparazione, alla *compliance* penale *ex ante* ed *ex post*.

Certo le collettività organizzate non possono essere considerate meri “oggetti”, *instrumenta sceleris*. Al contempo, però, solo qualche esponente della cultura giuridica anglo-americana pare ancora disposto a credere alla persona giuridica come un *moral agent* e alle pene corporative come strumento per veicolare messaggi di disapprovazione etico-sociale motivati dalla *blameworthiness* dell'ente. Ma ciò accade solo perché in quei sistemi giuridici – e specie in quello statunitense – la *corporate criminal responsibility* è, allo stato, in larga parte un surrogato della responsabilità penale individuale, specie nel campo della criminalità economica. La meritevolezza del castigo morale, in questi ambiti, è traslato sulla *corporation*, che diviene quasi oggetto di un'ipostatizzazione umanizzante: l'“omone” o “macroantropo”, oggetto degli strali ironici – tra gli altri – di Francesco Galgano⁴.

Per questo ritengo che l'uso dell'espressione “colpevolezza”, già problematica – quasi un “mistero”⁵ – rispetto a persone fisiche in carne ed

⁴ Ad es., da una prospettiva accentuatamente riduzionistica, F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, Bologna, 2010, p. 40. Contro l'immagine del “macroantropo”, nella dottrina penalistica più recente, v. A. FIORELLA, *From 'Macro-Anthropos' to 'Multi-Person Organisation'. Logic and Structure of Compliance Programs in the Corporate Criminal Liability*, in Id. (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a common model in the European Union*, vol. II, 2012, p. 373 ss.

⁵ Osserva, ad esempio, George Fletcher che il concetto di *guilt* costituisce uno dei due «misteri centrali» del diritto penale, l'altro essendo il significato di *punishment*: G.P. FLETCHER, *Romantics at War. Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton, 2002, XIV; Id., *Punishment, Guilt, and Shame in Biblical Thought*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 18, 2004, 343.

ossa, rappresenti, in qualche modo, una contaminazione semantica del linguaggio tecnico-penalistico ove riferita a soggetti privi di autocoscienza, cioè della consapevolezza di essere una persona separata dalle altre e distinta per il comportamento da tenere nei rapporti intersoggettivi⁶.

Mi sembra più proficuo ed appropriato, allora, ricorrere al concetto di *responsabilità* (*Verantwortlichkeit*), in accezione dommatica e politico-criminale, quale categoria improntata al *bisogno di pena* (o sanzione).

Quella appena tratteggiata è, a mio avviso, anche la lettura più rispettosa del senso di un congegno responsabilizzante come quello delineato dal nostro d.lgs. n. 231/2001, che trova la sua pietra angolare nel *difetto di organizzazione* dell'ente, che abbia reso possibile o sensibilmente agevolato la commissione di un reato vantaggioso da parte di un soggetto apicale o sottoposto.

Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi rispetto agli ordinamenti ispano-latinoamericani che a breve passeremo in rassegna.

La responsabilità della *societas* punta a colpire e correggere l'*interazione disfunzionale*, sincronica e diacronica, delle componenti umane della struttura organizzata⁷: un'organizzazione fatta di plurimi livelli gerarchici, aree di competenza, sistemi informativi, processi decisori e strutture operative.

L'interazione inadeguata crea una *lacuna organizzativa*, non importa se deliberata o meno, purché correlata al reato commesso nell'interesse o a vantaggio del soggetto collettivo (art. 5 d.lgs. n. 231/2001). Essa non si esaurisce nella mera carenza di vigilanza dell'organo amministrativo, di Tizio, Caio o Sempronio al vertice della piramide aziendale; tanto più che i titolari delle posizioni di responsabilità possono mutare e succedersi nel tempo all'interno di una stessa compagine societaria.

Il *deficit* gestionale-operativo imputabile all'ente, in termini giuridici, non sarebbe di per sé in grado di fondare un'autonoma responsabilità penale individuale e, in questo senso, è esclusivo, *personale* dell'ente, di un soggetto giuridico concepibile, ad un tempo, come astrazione giuridica e collettività di persone in carne ed ossa.

In ciò si sostanzia, dunque, il *fatto colposo* proprio della persona collettiva, compendiabile nell'omessa prevenzione di un reato,

⁶ Tale approccio alla "personalità", nel pensiero filosofico, risale almeno a J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, 1692, libro II, cap. XXVII, § 11.

⁷ Dettagliatamente, ancora, V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 36, 42, 137, 192, 436 ss. e *passim*.

potenzialmente o realmente vantaggioso, in violazione di *standard* cautelativi doverosi, rapportati alle "capacità" decisionali ed operative della stessa organizzazione plurisoggettiva. Si tratta di un paradigma ricostruttivo che appare valido sia per i reati commessi da un soggetto apicale sia per quelli commessi da un soggetto sottoposto, sicché la c.d. *colpa organizzativa* dell'ente è in grado di assumere, nel sistema italiano 231, una valenza unificante⁸.

Porto a conclusione il primo punto del mio discorso: l'intero sistema della responsabilità dell'ente collettivo in Italia e negli ordinamenti affini è orientato alla prevenzione organizzativa *ex ante* o correttiva *ex post*: richiamo/orientamento alla legalità dell'ente sociale e riparazione/riorganizzazione.

È in gioco, dunque, una prevenzione che si persegue non mediante la promessa di punizione, ma attraverso un approccio cautelativo focalizzato sulle attività a rischio degli enti collettivi.

3. Il modello di prevenzione dei reati: dall'elaborazione all'implementazione e al controllo

Con queste note introduttive, mi è ora più agevole passare al secondo snodo del mio intervento, entrando nel vivo della problematica specifica da affrontare.

Occorre, dunque, comprendere, in via preliminare, perché il legislatore italiano abbia avvertito l'esigenza di richiedere anche l'istituzione, all'interno delle organizzazioni societarie o genericamente collettive, di un organo precipuamente deputato a «vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento» (art. 6, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 231/2001).

Come si è già accennato, l'idea ispiratrice è abbastanza semplice: non basta un documento ben confezionato, *ergo* un modello idoneo in astratto; occorre, in concreto, anche implementarlo e realizzarlo efficacemente.

Ma perché l'attuazione sia realistica, è altresì necessario che un *organismo indipendente* (dallo stesso vertice amministrativo), «dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo», libero da qualsiasi condizionamento e da compiti operativi, professionalmente attrezzato, sia messo in

⁸ Sul piano dommatico è enucleabile un ulteriore momento di "soggettivizzazione" del fatto obiettivamente colposo dell'ente; in questa sede possiamo solo rinviare alle tesi sviluppate altrove: cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 136 ss.

condizione di sorvegliare il rispetto del programma di prevenzione dei reati da parte di tutti i suoi destinatari, inclusi i membri dell'organo di governo e dell'alta direzione. Pertanto, anche l'*oversight*, la sorveglianza sull'implementazione e la funzionalità del *compliance program* approvato, è ingrediente essenziale di un'efficace attività preventiva.

D'altro canto, l'assetto organizzativo dell'attività di controllo può, nella realtà, variare anche sensibilmente.

3.1. La sorveglianza sul *compliance program*: il paradigma statunitense del *compliance officer*

Ci si potrebbe dunque chiedere, a questo punto del discorso, se il legislatore interno avrebbe potuto limitarsi ad esigere la *sorveglianza sull'effettiva attuazione del modello*, nei modi ritenuti, volta per volta, più appropriati dal singolo ente collettivo.

Per rispondere a questo interrogativo, è utile svolgere una breve riflessione che evoca il nesso indissolubile tra discipline dell'attività di impresa e realtà socio-economica di riferimento.

L'Italia nel 2001, al momento di confezionare il decreto legislativo n. 231, si è com'è noto ispirata all'esperienza statunitense dei *compliance programs*, alla filosofia della prevenzione del rischio-reato attuata mediante i c.d. "programmi di conformità": sistemi gestionali che, attraverso un apparato di regole, procedure e strumenti di controllo interno, puntano a prevenire e scoprire illeciti e ad assicurare che le attività societarie si svolgano nel pieno rispetto delle regole (penali, amministrative e civili) applicabili.

Tuttavia, il contesto produttivo-societario nordamericano, la patria del *capitalismo manageriale*, è notoriamente assai diverso dal nostro, come emerge dai suoi tratti identitari: a) diffusione della grande *corporation* e comunque soglie dimensionali di piccola, media e grande impresa ben più cospicue delle corrispondenti imprese europee; b) separazione tra proprietà e controllo almeno nelle società ad azionariato diffuso (profilo magistralmente tematizzato già da Berle e Means nel 1932⁹); c) modello monistico di *corporate governance*, imperniato sul *board of directors*¹⁰ ed, eventualmente, sulla costituzione al suo interno di comitati di controllo; d) ridotto interventismo pubblico nell'economia.

⁹ A. BERLE – G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

¹⁰ Cfr. H.H. MEIER – N. C. MEIER, *Corporate Governance: An Examination of U.S. and*

Nella grande *corporation* statunitense, il *board of directors* (consiglio di amministrazione) è espressione dell'assemblea degli azionisti e provvede, tra l'altro, alla nomina del CEO (*chief executive officer*), assimilabile al nostro amministratore delegato. Al *board* fa capo il governo societario e al CEO la gestione operativa, esercitata secondo gli indirizzi e sotto il controllo costante dell'organo di governo.

Per supervisionare l'attuazione del *compliance program*, l'organo amministrativo tende ad avvalersi dell'operato di un *compliance officer*¹¹.

Tale presidio soggettivo è qualcosa di ben diverso dall'organismo di vigilanza in salsa italiana (di seguito anche "OdV"), che come vedremo sta riscuotendo un significativo credito nelle prime esperienze latinoamericane di responsabilizzazione penale delle persone giuridiche¹².

Il *compliance officer* costituisce, infatti, un *ufficio di controllo*¹³, una *funzione* ricoperta di regola da un *manager* interno all'azienda, che secondo le migliori prassi andrebbe individuato tra i dirigenti di più alto livello (*senior managers*). Esso, peraltro, può assumere anche una composizione collegiale, di dipartimento della *compliance*, con al vertice il *chief compliance officer* (anche detto *chief ethics and compliance officer*).

European Models, in *Corporate Board: Role, Duties & Composition*, vol. 9, 2013, 6 ss.

¹¹ Storicamente, è soprattutto dopo l'entrata in vigore del *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 (SOX) che si è registrata una proliferazione di *chief compliance officers* nel panorama societario statunitense. Si è radicata in questo periodo storico la convinzione che un «*officer with ownership of corporate compliance and ethics issues*» sia parte essenziale di una buona *corporate governance*. Cfr., ad es., GLASSMAN, *SEC Commissioner's Speech: Sarbanes-Oxley and the Idea of "Good" Governance*, pubblicato su www.sec.gov/news/speech/spch586.htm.

¹² Per maggiori dettagli, sia permesso il rinvio al nostro contributo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2015, n. 4, p. 83 ss. Sulla figura e il ruolo del *compliance officer*, nella letteratura spagnola, v. PUYOL, *El Compliance Officer*, in *En Guía para la implantación del Compliance en la empresa*, p. 371-397; in quella statunitense, D.C. БОЕВМЕ, *Structuring the Chief Ethics and Compliance Officer and Compliance Function for Success: Five essential Features of an Effective CECO Position*, in *The Complete Compliance and Ethics Manual*, a cura di D. Childers - C. Lee Essrig - L. Kuca - G. Triguba, Minneapolis, Society of Corporate Compliance and Ethics, 2ª ed., 2016, 3.131 ss.

¹³ Sul tema degli "uffici di controllo" all'interno dell'organizzazione imprenditoriale, con precipuo riferimento alle normative italiane di settore, v. P.D. SFAMENI, *Organizzazione dell'impresa, uffici di controllo e responsabilità*. *Appunti*, in U. Tombari (a cura di), *Corporate governance e 'sistema dei controlli' nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 65 ss. La figura del *compliance officer* ha trovato riconoscimento, nel nostro ordinamento, anche in specifici settori normativi, come quelli finanziario, bancario e assicurativo: cfr. F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 1, 115 ss., che sottolinea anche le differenze tra le due figure.

Sul piano funzionale, al *compliance officer* compete la supervisione continuativa sull'intero processo di gestione del "programma di conformità", dalla progettazione all'implementazione, sino all'esecuzione.

Per raggiungere i suoi obiettivi, il funzionario della *compliance* verifica l'efficace attuazione del programma, anche svolgendo *audit* e indagini sulle violazioni rilevate; fornisce pareri su questioni concernenti le politiche e procedure preventive (quindi è anche fonte di cognizioni specialistiche a beneficio delle altre articolazioni aziendali); è coinvolto nella valutazione dei rischi e nella conseguente elaborazione ed implementazione delle politiche, linee guida e procedure di *compliance* aziendale; sovrintende ai programmi formativi in materia; raccoglie la documentazione rilevante, concernente ad es. la formazione, i controlli interni, eventuali "incidenti" occorsi; ecc.

È evidente, dunque, il diretto coinvolgimento di questa struttura di controllo in tutte le questioni concernenti la *compliance* alle norme. A tal fine, secondo gli auspici della dottrina specialistica, la persona a cui è assegnata la funzione di conformità dovrebbe "avere un posto al tavolo" (*seat at the table*) in cui sono prese tutte le decisioni più rilevanti per il *business* e potenzialmente impattanti sugli obiettivi di prevenzione. Il *compliance officer* non dovrebbe limitarsi a controllare, ma comunicare costantemente il suo punto di vista ai centri nevralgici dell'organizzazione, ad esempio partecipando agli incontri del *top management*¹⁴.

Per assicurarne la funzionalità operativa, il *compliance officer* deve disporre del tempo e delle risorse sufficienti ad implementare efficacemente il programma preventivo formalizzato dall'organo amministrativo e dal *management* apicale.

Circa i suoi referenti aziendali, il *compliance officer*, secondo le migliori pratiche, dovrebbe riportare direttamente al *board* (o una sua articolazione interna), all'*high level management* ed altri eventuali organi o funzioni di controllo societario.

Sulla base di quanto precede, il (*chief*) *compliance officer* può essere descritto come un *fiduciario* del vertice strategico che lo nomina e gli delega specifiche funzioni in tema di *compliance*. La sua istituzione, la creazione di un canale diretto di comunicazione, l'assegnazione di risorse adeguate rappresentano la principale cartina di tornasole del c.d. *top level commitment*. Cosicché, gli organi apicali delle società americane vi ricorrono

¹⁴ Cfr. T.L. Banks – F. Z. Banks, *Corporate Legal Compliance Handbook*, 2ª ed., New York, 2018-2 Supplement, § 5.14-8 s.

abituamente, proprio per rendere tangibile il proprio impegno a favore del sistema di *compliance* aziendale avente finalità di prevenzione degli illeciti, assicurando un controllo efficace e costante sulla sua attuazione.

Ma come può una funzione aziendale così concepita assicurare un controllo realmente indipendente sul rispetto delle prescrizioni adottate dall'ente anche ai livelli più elevati, quindi da parte degli amministratori e *manager* di più alto rango da cui il controllore dipende?

In realtà, l'autonomia e l'indipendenza della funzione di conformità nei confronti del vertice aziendale è tradizionalmente un problema poco sentito dalla prospettiva della *corporate criminal liability 'made in USA'*. Nel sistema penale statunitense, la *corporation* risponde per la commissione di reati secondo l'elementare meccanismo della *vicarious liability*. Un eventuale sconto di pena per la virtuosa organizzazione interna è tendenzialmente ammissibile solo in caso di illecito commesso da soggetti diversi da quelli posizionati nella parte alta della piramide aziendale.

Negli ultimi anni, però, si notano alcuni segnali di cambiamento, come lascia intravedere, in particolare, l'evoluzione di un testo cardine nella materia della responsabilità penale delle organizzazioni negli Stati Uniti, vale a dire le *Federal Sentencing Guidelines* (di seguito, *FSGO*) elaborate dalla *Sentencing Commission*, il cui *chapter 8* concerne la condanna delle organizzazioni.

Pur non facendo testuale riferimento alla figura del *compliance officer*, già nella versione originaria del 1991 le *FSGO* annoveravano tra gli assi portanti di un «efficace programma per prevenire e scoprire violazioni della legge», l'individuazione di «uno o più individui specifici all'interno del personale di alto livello dell'organizzazione», ai quali assegnare la «responsabilità complessiva di supervisionare la conformità agli standard e procedure» volti al contenimento del rischio di condotte penalmente rilevanti (§8A1.2(k)(2)).

Le modifiche apportate nel 2004 hanno delineato un sistema più stratificato e policentrico di responsabilità in materia di sorveglianza sulla *compliance* aziendale, esperibile, in tutte le sue articolazioni interne, soprattutto nelle organizzazioni di maggiori dimensioni.

Lo scopo è duplice: assicurare sia un maggior coinvolgimento dell'organo di governo dell'ente nell'attività di supervisione sul sistema di *compliance*, sia la nomina di figure propriamente riconducibili al paradigma del *compliance officer* interno all'ente.

Il disegno governativo prevede, così, tre livelli di controllo, facenti capo rispettivamente:

alla *governing authority*,
all'*high level personnel*,
e a *specific individual(s) within the organization*¹⁵.

In particolare, il testo emendato¹⁶ colloca al vertice del sistema di *compliance* l'*organo di governo dell'ente*¹⁷, il *board of directors* o organi assimilabili. Esso deve essere a conoscenza del contenuto e del funzionamento del *compliance and ethics program* ed esercitare una sorveglianza ragionevole (*reasonable oversight*) sulla sua implementazione ed efficace attuazione.

Il cerchio intermedio è occupato del "personale di alto livello dell'organizzazione"¹⁸, tenuto ad assicurare che l'ente abbia un efficace programma di etica e conformità e al cui interno devono essere selezionati uno o più individui a cui assegnare la responsabilità generale per il programma di conformità (*overall responsibility for the compliance and ethics program*).

Il cerchio minore, infine, racchiude la responsabilità quotidiana e operativa sull'attuazione e la funzionalità del modello preventivo (*day-to-day operational responsibility*), la quale deve essere delegata a una o più persone all'interno dell'organizzazione, tenute altresì a riportare periodicamente all'*high-level personnel* e, quando appropriato, al *board*¹⁹ in merito all'efficacia del *compliance and ethics program*. Tali soggetti devono quindi disporre di poteri sufficienti (*appropriate authority*) e risorse adeguate (*adequate resources*), nonché avere accesso diretto all'organo direttivo.

Dal *Commentary* alle FSGO si evince che ai medesimi soggetti appartenenti al "personale di alto livello" dell'organizzazione, ai quali – come si è detto – deve essere attribuita la *overall responsibility* per il programma di conformità, potrebbe essere affidata, se del caso, anche la *day-to-day operational responsibility*²⁰.

¹⁵ Cfr. GRUNER, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, New York, 2004, 10-19.

¹⁶ Cfr. §8B2.1(b)(2).

¹⁷ Secondo le definizioni fornite nelle *Application Notes* alle FSGO, «"Governing authority" means the (A) the Board of Directors; or (B) if the organization does not have a Board of Directors, the highest-level governing body of the organization».

¹⁸ Ad es., «a director; an executive officer; an individual in charge of a major business or functional unit of the organization, such as sales, administration, or finance; and an individual with a substantial ownership interest» (*Application Notes*).

¹⁹ Precisamente, alla «governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority».

²⁰ Quanto precede si evince implicitamente dalle *Application Notes*, § 3.

Ogni scelta al riguardo sarà motivata, evidentemente, dalla dimensione e complessità organizzativa dell'ente, come chiarisce anche la *Guide* in materia di corruzione internazionale (*Foreign Corrupt Practices Act 1977 – FCPA*), elaborata nel 2012 dalla *Criminal Division* del *Department of Justice (DOJ)* e dalla *Securities and Exchange Commission*.

Tale documento, tra l'altro, elenca i dieci pilastri (*hallmarks*) di un *effective ethics and compliance program* di cui i *prosecutors* statunitensi tengono abitualmente conto per decidere se astenersi dal procedere contro una società per violazioni del *FCPA* o nel fissare le condizioni di un *deferred prosecution agreement* e strumenti negoziali analoghi. Tra questi criteri figura anche l'istituzione di un *compliance officer*, chiamato a sovrintendere all'intero sistema di gestione dei rischi corruttivi transfrontalieri²¹. Si ritiene, dunque, imprescindibile l'attribuzione della «responsabilità per la vigilanza (*oversight*) e l'implementazione del programma di conformità aziendale ad uno o più specifici *senior executives*», i quali devono disporre «di poteri appropriati all'interno dell'organizzazione, di adeguata autonomia²² dal *management* e di risorse sufficienti per assicurare l'efficace implementazione del programma di conformità »²³; si aggiunge, poi, che la delega ad altri “specifici individui” della responsabilità operativa quotidiana in materia di *compliance* debba essere valutata alla luce delle «dimensioni e dalla struttura dell'organizzazione»²⁴.

²¹ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, p. 78 e *passim*.

²² Nella *Guida* si precisa, citando le *FSGO*, che «un'autonomia adeguata include in genere l'accesso diretto all'autorità di governo dell'organizzazione, come il consiglio di amministrazione e i comitati interni (ad es., l'*Audit Committee*)».

²³ Questa indicazione ricalca una delle buone prassi in materia di prevenzione aziendale della corruzione internazionale individuate dai Paesi che hanno sottoscritto la Raccomandazione dell'OCSE del 2009 e l'allegato del 2010 dedicato proprio al tema dei *compliance programs*: OECD, Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Annex II: Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, in *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2010: «La sorveglianza dei programmi e delle misure di etica e conformità concernenti la corruzione internazionale, incluso il potere di riferire direttamente a organi di monitoraggio indipendente come i comitati di *audit* interni al consiglio di amministrazione o i consigli di sorveglianza deve essere attribuita a uno o più dirigenti apicali (*senior corporate officers*), con un adeguato livello di autonomia dal *management*, risorse e autorità».

²⁴ *A Resource Guide*, cit., p. 58. Dati statistici, al riguardo, sono reperibili nel “Compliance and Ethics Program Environment Report”, una *survey* condotta nel 2014 da Society of Corporate Compliance and Ethics e NYSE Governance Services,

In conclusione, alla stregua della normativa federale statunitense, l'alta sorveglianza sull'implementazione e l'efficacia del "programma di conformità" spetta al *board*; all'interno del personale di più elevato livello deve essere selezionato il "responsabile generale" della *compliance* aziendale, il quale potrà o meno coincidere con il soggetto o i soggetti investiti della responsabilità operativa quotidiana della *compliance* penale.

Possiamo tornare, a questo punto, al quesito sollevato poc'anzi: come può una *corporation* dimostrare la propria "estranità" ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale, al fine di ottenere l'abbattimento del *culpability score* e la conseguente riduzione di pena (fino al 90%) prospettata dalle *FSGO* in caso di adozione ed efficace implementazione di un programma di conformità?

Tale interrogativo poteva ritenersi ozioso sino alla novella delle *FSGO* intervenuta nel 2010. Nel precedente quadro normativo, infatti, l'attenuante in discorso era insuscettibile di applicazione qualora avesse concorso nel reato – o lo avesse tollerato o deliberatamente ignorato – proprio un soggetto appartenente all'*high-level personnel* dell'organizzazione (o di un'unità dell'organizzazione con 200 o più dipendenti) oppure uno degli individui investiti di responsabilità generali od operative in materia di *compliance*²⁵.

Con la riforma del 2010, però, si è pensato di concedere all'ente una *chance* di mitigazione punitiva anche nei casi di coinvolgimento di soggetti apicali nella commissione del reato. Di riflesso, però, è sorta la necessità di garantire una maggiore indipendenza e autonomia al *compliance officer* nei confronti dei soggetti da controllare.

La soluzione escogitata dall'*U.S. Sentencing Commission* resta confinata all'interno del paradigma funzionale e si sostanzia nell'attribuzione al soggetto o ai soggetti investiti della responsabilità operativa quotidiana del *compliance program*²⁶ di "obblighi informativi diretti" (*direct*

in cui può leggersi, tra l'altro, che nel 67% dei soggetti intervistati alla persona investita della «overall responsibility for the compliance and ethics function» era affidata anche la «day-to-day responsibility». Nel 56% dei casi la persona con la *overall responsibility* era denominata "Chief Compliance and/or Ethics Officer or Compliance and/or Ethics Officer".

²⁵ In più, l'applicazione dell'attenuante – anche oggi – è esclusa "se, dopo l'acquisita consapevolezza di un reato, l'organizzazione ritarda irragionevolmente la denuncia del reato alle autorità pubbliche competenti" (§8C2.5(f)(2)).

²⁶ Testualmente «l'individuo o gli individui con la responsabilità operativa per il *compliance and ethics program*».

reporting obligations), e quindi anche del potere di accedere senza filtri al *board* o a un suo sottogruppo come l'*audit committee*²⁷, sì da svincolarlo da eventuali condizionamenti o pressioni del *management* di più alto rango, potenzialmente partecipe di illeciti aziendali²⁸. In questi termini, un *chief compliance officer* che riporti solo in via mediata al *board*, ad esempio mediante il responsabile degli affari legali (*general counsel*) o altro *senior manager*, secondo le *Sentencing Guidelines*, non può ritenersi parte di un *effective compliance and ethics program*²⁹.

Tale sforzo di valorizzazione della figura del responsabile aziendale della *compliance* sembra assottigliare, almeno in parte, le distanze dalla *ratio* dell'organismo italiano munito di autonomi poteri di iniziativa e controllo³⁰.

²⁷ In particolare, §8C2.5(f)(C)(i): «l'individuo o gli individui con la responsabilità operativa per il *compliance and ethics program*» deve avere «direct reporting obligations» all'autorità di governo o a un sotto-gruppo di essa (ad es. l'*audit committee* costituito in seno al *board*); nel *Commentary* si chiarisce che il *compliance officer* dovrebbe disporre di «espressa autorità di comunicare personalmente» al *board* o al suo *audit committee* «tempestivamente su qualsiasi questione che implichi una condotta criminale o una potenziale condotta criminale»; inoltre esso «dovrebbe, con cadenza almeno annuale, informare il *board* o il suo *audit committee* sull'implementazione e l'efficacia dei *compliance and ethics programs*».

²⁸ Sulle caratteristiche che il funzionario della *compliance* dovrebbe soddisfare, v. D. BOEHME, *Five Essential Features of the Chief Ethics and Compliance Officer Position*, in *Compliance Today*, HCCA, 2012, 22 ss. Sulla più recente propensione prasseologica a separare le funzioni del *chief compliance officer* e del *chief legal officer* (in passato, invece, i due ruoli tendevano a coincidere quasi regolarmente nelle società americane), cfr. M. VOLKOV, *Empowering the Chief Compliance Officer: A Recipe for Effective Compliances*, in *www.lexisnexis.com*, 17.3.2013.

²⁹ Nello stesso senso anche la norma tecnica sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione ISO 37011:2016, § A.6.3: «La funzione di conformità per la prevenzione della corruzione non dovrebbe solo riferire a un altro manager nella catena il quale poi a propria volta riferisce all'alta direzione, in quanto ciò aumenta il rischio che il messaggio fornito dalla funzione di conformità per la prevenzione della corruzione non sia recepito in modo completo e chiaro dall'alta direzione»; inoltre, «la funzione di conformità per la prevenzione della corruzione dovrebbe anche poter intrattenere scambi comunicativi diretti con l'organo direttivo (se presente), senza dover passare per l'alta direzione».

³⁰ Come si è già accennato, però, la filosofia preventiva delle *FSGO* è assai più stringente: non ci si accontenta dell'istituzione di un *compliance officer* il più possibile indipendente affinché l'ente possa andare esente da responsabilità penale nel caso di commissione di un reato da parte di un *manager* apicale: quale riprova dell'efficacia del sistema preventivo e dei flussi informativi interni all'ente, si esige altresì che il reato sia stato scoperto mediante il *compliance program* (prima di qualsiasi intervento esterno) e prontamente denunciato alle autorità pubbliche competenti, nonché – com'è ovvio – che nell'illecito non siano coinvolti gli stessi soggetti deputati all'attività di controllo (§8C2.5(f)(C)(ii-iv)).

L'impressione è suffragata anche da due recenti documenti licenziati dalla *Criminal Division – Fraud Section* del *DOJ*, i quali attestano i progressi compiuti, negli ultimi anni, nello sviluppare i dieci pilastri di un efficace *compliance program* già tracciati dalla *FCPA Guide* del 2012.

Il primo documento che mette conto di menzionare è intitolato *Evaluation of Corporate Compliance Programs* e fornisce una lista – non esaustiva – di temi e questioni normalmente scandagliati dalla Sezione Antifrode del Dipartimento di Giustizia al momento di valutare l'adeguatezza e la tenuta dei programmi di conformità adottati dalle società sottoposte ad una *criminal investigation*³¹. I profili investigativi concernenti la funzione di *compliance* mirano a verificarne il livello di autonomia e indipendenza³², autorità e prestigio (remunerazione, posizione gerarchica, accesso ai decisori chiave dell'organizzazione, ecc.), professionalità, esperienza e dotazione finanziaria³³.

Il secondo documento da considerare riflette la recente strategia del *DOJ* nel perseguire fatti di *foreign bribery*, la cui "natura intrinsecamente internazionale" pone peculiari difficoltà di indagine penale. Con il *Pilot Program* pubblicato il 5 aprile 2016, la *Fraud Section* del *DOJ* ha cercato di rafforzare gli incentivi rivolti alle società americane coinvolte in fatti di corruzione transfrontaliera per indurle ad autodenunciare gli illeciti scoperti alle autorità, cooperare alle indagini e rivedere i propri *compliance programs* a seguito di un'approfondita analisi delle cause del reato.

³¹ Secondo quanto dichiarato in apertura del testo, molti dei temi segnalati recepiscono indicazioni rivenienti da vari documenti prodotti da organismi statunitensi o internazionali: l'*United States Attorney's Manual*, le *U.S. Sentencing Guidelines*, i *corporate resolution agreements* stipulati dalla *Fraud Section* dell'*U.S. DOJ*, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* del 2012, la *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance* adottata dal Consiglio dell'OCSE il 18 febbraio 2010, l'*Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business* pubblicato nel 2013 dall'OCSE, l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine e la Banca Mondiale.

³² L'enfasi riposta su tale requisito, secondo alcuni attenti osservatori, ha di fatto sconfessato la risalente tendenza della prassi far coincidere le funzioni del *chief compliance officer* e del *general counsel*: cfr. T. Fox, *CCO Authority and Independence*, 3 gennaio 2018, in <http://fcpacompliancereport.com>.

³³ Tra i profili meritevoli di attenzione viene segnalata anche l'eventuale esternalizzazione, integrale o parziale, delle funzioni di *compliance*: una soluzione organizzativa dettata, di norma, dalla volontà di contenere i costi aziendali ma che pare vista con sospetto dal *DOJ*, probabilmente muovendo dall'assunto che soggetti esterni di rado hanno le medesime possibilità di accesso alle funzioni e informazioni aziendali e sono, altresì, valutabili con maggiore difficoltà: per questa interpretazione, cfr. T. Fox, *The Compliance Function in an Organization*, 4 gennaio 2018, in <http://fcpacompliancereport.com>.

Il *Programma Pilota*, su impulso del nuovo *Deputy Attorney General* Rod Rosenstein, è stato reso permanente, facendolo confluire – con alcune modifiche – in un'apposita sezione dell'*United States Attorneys' Manual* (USAM – 9-47.120), sotto il titolo "FCPA Corporate Enforcement Policy".

In questa sede, il *DOJ* non ha mancato di rimarcare, tra i criteri a cui informarsi per la redazione in chiave correttiva di un *effective compliance and ethics program*, anche «l'autorità³⁴ e l'indipendenza della funzione di *compliance*»³⁵, unitamente alla professionalità del personale incaricato, all'adeguatezza delle politiche di remunerazione e promozione, all'assegnazione di risorse sufficienti, al *reporting* diretto al vertice aziendale.

Tali documenti rivelano un progressivo affinamento nel modo di concepire la *compliance function* da parte delle autorità di *enforcement* statunitensi, inclini a rimarcare soprattutto tre fattori chiave: indipendenza, poteri (*authority*) e risorse.

È chiaro comunque che, rispetto al rischio di "reati apicali", l'impostazione statunitense potrà assicurare un controllo realmente indipendente sull'operatività del *compliance program* solo qualora il *board* sia pienamente svincolato dal *management* operativo. In queste situazioni, non è escluso che il *compliance officer* possa presidiare in modo efficace le aree di rischio facenti capo al *management*, riferendo direttamente al suo delegante, vale a dire al *board* nominato dagli azionisti, meglio ancora all'*Independent Audit Committee* eventualmente costituito al suo interno.

Ma se il consiglio di amministrazione, in luogo del controllo sul *management*, passa ad assumere una funzione prettamente manageriale³⁶, come non di rado accade nelle ipotesi in cui i ruoli di CEO e Presidente

³⁴ Il profilo dell'*authority* è stato aggiunto in sede di incorporazione del *Pilot Program* nell'USAM.

³⁵ Anche altri fattori specificati possono contribuire al rafforzamento di una funzione di *compliance* indipendente: la struttura di *reporting* di qualsiasi appartenente al personale addetto alla *compliance* impiegato o contrattualizzato dalla società; la destinazione di risorse sufficienti alla *compliance*; l'idoneità e l'esperienza del personale addetto alla *compliance*; le politiche di remunerazione e promozione di tale personale.

³⁶ Su queste due diversi modelli di *board*, cfr. J.M. MACEY, *Corporate governance. Quando le regole falliscono*, Princeton-Oxford, 2008, p. 178, che riferisce come nel 70% delle grandi società statunitensi il CEO sia contemporaneamente anche presidente del *board*. Nel Regno Unito, dove prevale un approccio più flessibile alla *corporate governance*, basato su principi e meccanismi '*comply or explain*', il codice di *corporate*

del *board* siano concentrati in un'unica persona, le possibilità di una sorveglianza indipendente del *compliance officer* – nominato dall'organo amministrativo – sui dirigenti apicali diminuiscono esponenzialmente. E neppure la presenza di consiglieri indipendenti nel *board* – che il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 (SOX) ha richiesto in numero maggioritario nelle imprese emittenti (*SEC registrants*) – pare in grado, in codesta costellazione di casi, di sanare questa debolezza, assicurando un equilibrio di poteri più fecondo in chiave preventiva.

3.2. La via italiana alla sorveglianza sul modello organizzativo: l'organismo di vigilanza quale presidio indipendente

Nel contesto produttivo italiano, assai distante da quello nordamericano, l'opzione di affidare la sorveglianza sul modello organizzativo ad un dirigente interno, vale a dire al *compliance officer*, non potrebbe che rivelarsi sterile o persino impraticabile.

Ciò che connota il sistema imprenditoriale italiano è una netta prevalenza di piccole e medie imprese; le imprese con meno di 10 dipendenti sono più del 90%. Nella maggior parte dei casi, inoltre, anche le grandi società appartengono al c.d. capitalismo familiare, per cui l'organo dirigente è sovente espressione della proprietà, o almeno degli azionisti di controllo.

A fronte di queste configurazioni organizzative e strutture proprietarie, un delegato, quindi un fiduciario dell'organo amministrativo, non potrebbe controllare in modo credibile il delegante. Tanto più che l'esperienza giudiziale italiana rivela come nella maggior parte dei reati di impresa siano a vario titolo coinvolti soggetti apicali della società.

Da tale groviglio di questioni è originata l'idea di prevedere l'istituzione di un organismo autonomo e specializzato, interno all'organizzazione societaria. Nella nostra realtà imprenditoriale, solo un siffatto presidio indipendente potrà permettere alla persona giuridica di dissociarsi (anche) dal reato dell'amministratore o altro soggetto apicale che sia derivazione del socio o della coalizione dominante. Non è un caso, al riguardo, che la nuova struttura di vigilanza sia contemplata nella disposizione del d.lgs. n. 231 concernente la prevenzione dei reati commessi da soggetti in posizione apicale (art. 6).

governance noto come *Hampel Report* (1998) raccomanda una chiara distinzione tra questi due ruoli.

Tuttavia, neppure l'invenzione italiana dell'organismo di vigilanza è apparsa immune da insidie applicative.

L'indeterminatezza del dettato legislativo, che gli dedica poche parole (art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001), ha fatto sorgere forti incertezze in merito ai suoi requisiti, composizione, poteri e responsabilità (civili o persino penali)³⁷.

Nella dialettica tra due paradigmi di vigilanza, da un lato quello *istituzionale-societario* dell'organo di controllo nominato dall'assemblea, e dall'altro quello *funzionale* del *compliance officer* nominato dall'organo amministrativo, la dottrina e la prassi italiane hanno optato per una *terza via*, e quindi per un'interpretazione originale dell'organismo in parole³⁸. Ha prevalso cioè l'idea di un *nuovo presidio ad hoc*, nominato dall'organo dirigente e dotato della professionalità e della specializzazione tipiche di un *compliance officer*, ma collocato in una posizione – più che di staff³⁹ – pressoché parificata⁴⁰

³⁷ V. per un'approfondita disamina, tra i tanti saggi sull'argomento, il volume collettaneo AA.VV., *Esperienze di avvio degli Organismi di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, Quaderno n. 244, a cura del Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale, 2008; P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643 ss.; C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 173 ss.; F. MUCCIARELLI, *Funzioni e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 197 ss.; S. GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'Organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le soc.*, 2012, 1220 ss.; C. PAONESSA, *Il ruolo dell'organismo di vigilanza nell'implementazione dei modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale*, in *La Giust. pen.*, 2014, p. 440 ss.; F. CONSULICH, *"Vigilantes puniri possunt". I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 425 ss.; M. CENTONZE, *D.Lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina?*, in F. Centonze – M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 262; V. SALAFIA, *Responsabilità dell'Organismo di vigilanza delle società*, in *Le Società*, 2017, p. 541 ss.

³⁸ Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2015, n. 4, p. 83 ss.

³⁹ La descrizione dell'OdV come «unità di staff» ancorché «in una posizione gerarchica la più elevata possibile» (presente anche nelle *Linee guida* di Confindustria, ed. 2008, p. 57) non pare realmente cogliere i tratti distintivi di tale struttura, posto che il personale di staff all'interno di un'organizzazione include soggetti privi di reale autonomia, in quanto investiti di una funzione consulenziale di supporto all'autorità di *line* (c.d. "staff di supporto" o "personale di sostegno"), o al più di un ruolo di standardizzazione tecnica (c.d. 'tecnostuttura'): cfr. H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, p. 49 ss., 54 ss.; Id., *Management. Mito e realtà*, Torino, 1991, p. 134 ss.; v. anche S. SCIARELLI, *Il processo decisionario nell'impresa*, Padova, 1967, p. 91 ss.

⁴⁰ Cfr. A.S. VALENZANO, *Modelli organizzativi ed organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, Roma, 2007, p. 27 s.

all'organo di governo e ai responsabili della gestione; una posizione dunque di piena autonomia funzionale e indipendenza⁴¹, assimilabile sotto questo profilo all'organo di controllo societario (il collegio sindacale, che costituisce una specificità del diritto societario italiano, o organi assimilabili), del quale condivide normalmente anche la composizione collegiale, almeno in parte estesa a professionisti esterni⁴². Nella sostanza, una figura intermedia, o se si vuole ibrida tra le due tipologie paradigmatiche di controllo⁴³.

Tale impianto si è col tempo consolidato nella prassi aziendale ma si è leggermente incrinato, a livello legislativo, a seguito di una novella del 2011, nel nome di un'auspicata semplificazione dei controlli societari. La legge 12 novembre 2011, n. 183 (art. 14, comma 12) ha infatti autorizzato, nelle società di capitali, l'attribuzione delle funzioni dell'OdV al collegio sindacale o a organi equiparati quali il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione, a seconda del sistema di governo societario prescelto dalla singola impresa societaria (nuovo comma 4-bis dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001). Un'opzione facoltativa che ricalca apertamente il paradigma istituzionale-organico di vigilanza sul modello di *compliance* penale.

4. Circolazione di modelli normativi: l'importazione del paradigma italiano negli ordinamenti ispanoparlanti

Vengo ora al terzo punto che mi ero proposto di esplorare, concernente i profili comparatistici della *circolazione dei modelli*.

Nel 2001 la disciplina italiana ha assunto una valenza pionieristica nel panorama internazionale. Nessun sistema di *corporate criminal liability*

⁴¹ Cfr. N. PISANI, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 1, p. 159 ss.; volendo anche V. MONGILLO, *The Supervisory Body ("Organismo di vigilanza") under Legislative Decree no. 231/2001. Substantive Requirements*, in A. Fiorella (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I, *Liability 'Ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, Napoli, 2012, p. 57 ss.

⁴² Sulla provenienza *mista* – sia esterna che interna – dei membri dell'OdV, quale soluzione ottimale, giacché in grado di assicurare sia la conoscenza approfondita del tessuto societario sia il requisito dell'indipendenza, cfr., perspicuamente, C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, cit., p. 170, che suggerisce anche di far cadere la nomina del presidente dell'OdV su un membro esterno all'ente.

⁴³ Dal punto di vista formale, tuttavia, in forza del principio di tipicità degli organi sociali, appare più pertinente la qualificazione dell'OdV come "ufficio" dell'ente: cfr. A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza nelle società di capitali*, Torino, 2015, p. 16 ss.

ammetteva, a quel tempo, una piena esclusione di responsabilità dell'ente in caso di buona organizzazione preventiva e tantomeno consentiva una *chance* di salvezza alla *societas*, qualora il reato fosse stato perpetrato da un soggetto in posizione dominante.

Da allora in poi, la regolamentazione italiana è divenuta un *modello da esportazione*: un meccanismo di imputazione capace di sprigionare una sorprendente *vis attractiva*, soprattutto nei paesi di lingua ispanica. La ragione essenziale è che il vento del cambiamento, a livello internazionale, ha cominciato a soffiare proprio in direzione della *compliance* penale, che costituisce il perno ideologico attorno a cui ruota il sistema italiano.

Questo processo imitativo si è compiuto prima in Cile (2009⁴⁴), poi in Spagna (2010⁴⁵ e soprattutto 2015⁴⁶), Messico (2016⁴⁷), Perù (2016-2017⁴⁸) e da ultimo in Argentina (2017-2018⁴⁹).

E si fa strada il sentore che tale proposta progettuale possa propagarsi anche nei sistemi di *common law*, a partire dall'epicentro dell'*U.K. Bribery Act* 2010⁵⁰, il nuovo *corpus* organico di repressione penale della corruzione che, sul versante della *corporate criminal liability*, ha forgiato

⁴⁴ Ley n. 20.393 del 2 dicembre 2009, sulla «responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho».

⁴⁵ Ley Orgánica 5/2010, del 22 giugno, di modifica del Código Penal spagnolo.

⁴⁶ Ley Orgánica n. 1/2015, del 30 marzo, che ha rivisto il regime della responsabilità penale delle persone giuridiche. Per un commento, cfr., per tutti, A. NIETO MARTÍN, *El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno*, in *Diario La Ley*, 2014; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in AA.VV., *Memento Penal*, 2016, p. 3111 ss.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas*, in *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 125 ss.

⁴⁷ Sulle riforme messicane del 2016, concernenti anche la responsabilità penale e amministrativa delle persone giuridiche, le quali non verranno approfondite nel testo, rinviamo all'esauritivo quadro informativo fornito da J. CORTINOVIS – E. COLAROSI, *La responsabilità penale ed amministrativa delle persone giuridiche in Messico*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 2-2017, p. 195 ss.

⁴⁸ Ley n. 30424 del 21 aprile 2016, che «regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo Transnacional», modificata dal Decreto Legislativo n. 1352 del 6 gennaio 2017, entrato in vigore il 1 gennaio 2018.

⁴⁹ Ley n. 27.401 dell'8 novembre 2017, entrata in vigore il 1 marzo 2018, contenente il «Régimen de Responsabilidad Penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y cohecho transnacional».

⁵⁰ Per maggiori dettagli, volendo, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 431 ss.

un inedito meccanismo di responsabilizzazione dell'ente: il *failure to prevent bribery*, di fatto sovrapponibile alla mancata adozione ed attuazione del modello organizzativo che costituisce il fulcro del nostro d.lgs. n. 231/2001.

Nei paesi ispanici, questa tensione imitativa ha finito per lambire anche l'istituto – tutto italiano – dell'organismo di vigilanza sull'attuazione del sistema di *compliance* penale. Sennonché, tale recepimento, come mi accingo a comprovare, è avvenuto con significative peculiarità che possono essere pienamente comprese solo collocandoci nella prospettiva comparatistica dei “formanti”⁵¹.

4.1. La responsabilità penale delle persone giuridiche in Cile e la figura dell'*encargado de prevención*

Giova partire, anche per ragioni cronologiche, dalla succitata legge cilena del 2 dicembre 2009, n. 20.393, che ha introdotto la responsabilità penale delle persone giuridiche per alcune figure di reato, oggetto di vari obblighi internazionali d'incriminazione: corruzione, ricettazione, riciclaggio, finanziamento del terrorismo.

In questa legge può cogliersi l'innescio non solo del *trend* ispanico di responsabilizzazione penale delle persone giuridiche, ma anche del processo metamorfico dell'organismo di vigilanza di matrice italiana.

La normativa cilena, infatti, richiede la designazione di un *encargado de prevención* dei delitti da parte della “massima autorità amministrativa dell'ente”. Si puntualizza, poi, per tener conto delle esigenze delle realtà organizzative minori, che «nel caso di persone giuridiche il cui fatturato annuo non superi centomila unità di fomento (*unidades de fomento*), il proprietario, il socio o l'azionista di controllo possono assumere personalmente i compiti del responsabile della prevenzione».

L'asimmetria strutturale tra *encargado de prevención* cileno e organismo di vigilanza italiano può essere colta già considerando che la prima figura si sostanzia, essenzialmente, in una *funzione monocratica*, più affine dunque al *compliance officer* di matrice anglosassone. Sicché nella prassi l'*encargado* tende a essere identificato con un funzionario interno all'ente, denominato – appunto – *oficial de cumplimiento* o espressione

⁵¹ In generale, F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, 44 ss.

analoga. Tale asserzione trova conferma nelle soluzioni organizzative adottate dalle multinazionali straniere operanti in Cile, a prescindere dalle specificità dell'ordinamento di provenienza⁵².

Il profilo cruciale dell'*indipendenza* del delegato alla prevenzione non è ignorato, trovando udienza in varie disposizioni normative. La legge cilena declama che tale ufficio deve essere *autonomo* rispetto agli amministratori, proprietari, soci, azionisti, o controllori⁵³; prescrive una *permanenza minima* nella carica, pari a tre anni, prorogabili per periodi di uguale durata; rimarca la necessità di dotare l'*encargado* di risorse, mezzi finanziari e facoltà sufficienti per il disimpegno delle sue funzioni, incluso l'*accesso diretto* all'organo amministrativo per la reportistica – almeno – semestrale e i flussi informativi concernenti l'assolvimento dell'incarico.

Va notato che la legge non impone espressamente la designazione, quale incaricato della prevenzione, di un soggetto incardinato nella struttura dell'ente; ciò ha indotto gli operatori a ritenere che l'incarico possa essere affidato anche a un professionista esterno, se ritenuto appropriato⁵⁴.

Ad ogni modo, il dato più saliente è rappresentato dai *compiti* che la legge attribuisce all'*encargado*, che sono quelli caratteristici di un preposto alla *compliance* penale e in parte certamente esulano dalla sfera funzionale tipica dell'OdV italiano. Ci si spinge ben oltre la vigilanza sull'applicazione effettiva e l'adeguatezza del *sistema de prevención de los delitos*, del quale la disciplina cilena ammette anche la certificazione da parte di organi terzi autorizzati⁵⁵. All'incaricato della prevenzione, difatti, è affidato – «congiuntamente all'organo amministrativo della

⁵² Ad es., da una verifica sul web emerge che Enel Chile ha qualificato *responsable de cumplimiento* il proprio *encargado de prevención de delitos*, che nel caso di specie coincide con il *gerente de auditoría interna*: www.enelchile.cl. Del pari, Siemens Chile ha designato quale *encargado* il proprio *Regional Compliance Officer* per il Cile.

⁵³ Nondimeno – aggiunge l'art. 4, n. 1, lett. b) della legge n. 20.393 – «podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna».

⁵⁴ Cfr., ad es., l'interpretazione fornita da una società cilena di consulenza: <https://prelafit.cl/encargado-de-prevencion-de-delitos-externo>.

⁵⁵ «Empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros». Sull'esperienza della certificazione dei modelli organizzativi in Cile, cfr., nella nostra dottrina, A. VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei Modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena*, in A. Fiorella – R. Borgogno – A. Valenzano (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 161 ss.; nella dottrina cilena, da ultimo, 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*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n. 11, luglio dicembre 2017, p. 38 ss.

persona giuridica» – l'intero processo di costruzione e implementazione delle misure preventive, a partire dall'identificazione e valutazione dei rischi di commissione di reati⁵⁶.

4.2. La responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna: importazione e trasfigurazione interpretativa dell'organismo di vigilanza italiano. La norma tecnica UNE 19601:2017

In Spagna, la figura dell'organismo di vigilanza ha fatto breccia nel quadro regolatorio della responsabilità penale delle persone giuridiche solo cinque anni dopo la storica introduzione del nuovo congegno punitivo nel codice penale, vale a dire con la riforma contenuta nella *Ley Orgánica* n. 1/2015.

Per effetto di quest'ultima novella, l'art. 31-*bis* è stato riscritto mutando varie previsioni dal nostro d.lgs. n. 231/2001.

Si richiede ora, affinché l'ente possa andare esente da responsabilità, anche l'istituzione di un «organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención» (art. 31-*bis*, comma 5, n. 4). Come in Italia, si precisa poi che «nelle persone giuridiche di piccole dimensioni, le funzioni di supervisione [di tale organismo] potranno essere assunte direttamente dall'organo di amministrazione»; diversamente dalla disciplina nostrana, però, ci si è premurati di fornire anche i parametri quantitativi in base ai quali selezionare le persone giuridiche di piccole dimensioni, individuate in «quelle che, secondo la legislazione applicabile, sono autorizzate a presentare conti profitti e perdite abbreviati» (comma 3).

Senonché, all'interpretazione "forte" affermatasi nell'esperienza italiana, pare contrapporsi finora una lettura più "leggera" o riduttiva del ruolo e della posizione dell'organismo di vigilanza nel contesto spagnolo, soprattutto a cagione della presa di posizione della *Fiscalía General*.

In una *Circolare* del 2016, volta ad istruire i pubblici ministeri sulla valutazione dei *compliance programs* aventi funzione esimente della responsabilità delle persone giuridiche⁵⁷, la Procura Generale spagnola ha interpretato l'organismo di vigilanza sul modello nei termini di un

⁵⁶ In dettaglio: l'identificazione delle attività e dei processi a rischio di commissione dei delitti-presupposto; l'apprestamento di protocolli, regole e procedimenti specifici di prevenzione; la previsione di un sistema sanzionatorio interno, ecc.

⁵⁷ *Circular* 1/2016, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, § 5.4.

oficial de cumplimiento, quindi – anche in questo caso – secondo la morfologia anglosassone del *compliance officer*. Nella *Circolare* si precisa, però, che esso non deve essere necessariamente monocratico: «a seconda delle dimensioni della persona giuridica potrà essere costituito da una o più persone, con sufficiente formazione e autorità».

Ad ogni modo, com'è tipico di un preposto alla *compliance* penale, tale strumento di controllo endosocietario non dovrà limitarsi a vigilare sull'attuazione e funzionalità del modello di organizzazione e gestione dei rischi, ma dovrà anche «partecipare alla sua elaborazione», sovrintendendo perciò all'intero processo di prevenzione dei reati.

Peraltro, quale soggetto delegato – e pertanto controllato⁵⁸ – dallo stesso organo amministrativo, il *responsabile della conformità* «difficilmente godrà di piena autonomia nello svolgimento delle sue funzioni», come la stessa *Circolare* della Procura Generale finisce per ammettere⁵⁹. E in effetti un sottoposto, per quanto qualificato e alto in grado, non potrà mai controllare credibilmente il superiore che lo nomina.

L'indirizzo della Procura Generale è stata vivacemente contestato nella dottrina penalistica spagnola, tra gli altri, da studiosi autorevoli come Adán Nieto⁶⁰, Juan Antonio Lascuráin⁶¹ e Jacobo Dopico⁶², che

⁵⁸ Anche nel contesto giuridico spagnolo è radicata la convinzione secondo cui un soggetto delegato (nel caso di specie alla *compliance*) debba rendere conto al delegante (qui l'organo amministrativo) dell'assolvimento del suo incarico; quest'ultimo, dal canto suo, deve supervisionare il delegato, non potendo disinteressarsi *in toto* del suo operato. Cfr., per tutti, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, in N.J. De La Mata Barranco – J. Dopico Gómez-Aller – J.A. Lascuráin Sánchez – A. Nieto Martín, *Derecho penal económico*, cit., p. 123.

⁵⁹ *Circular* 1/2016, cit., p. 49: «Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función» (corsivo nostro).

⁶⁰ A. NIETO MARTÍN – J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*, 3 giugno 2016, in <http://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas>, secondo cui, in base alla legge, il *compliance officer* deve essere diversificato dall'organo specificamente deputato alla supervisione sul modello organizzativo.

⁶¹ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa*, in N.J. De La Mata Barranco – J. Dopico Gómez-Aller – J.A. Lascuráin Sánchez – A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2018, p. 123, che correttamente distingue il *responsable de cumplimiento* (oppure il *comité ético o comité de prevención*) delegato dagli amministratori dell'impresa dall'organo *de cumplimiento* previsto dall'art. 31-*bis*, comma 2, n. 2, c.p.

⁶² J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in N.J. De La Mata Barranco – J. Dopico Gómez-Aller – J.A. Lascuráin Sánchez – A. Nieto Martín, *Derecho penal económico*, cit., p. 150, il quale sottolinea come l'organismo di

non hanno mancato di rilevare come la fisionomia dell'organismo di vigilanza italiano sia diversa da quella dell'*oficial de cumplimiento*, sicché l'impostazione genetica andrebbe preservata anche rispetto all'omologa struttura aziendale spagnola, proprio per assicurare la massima indipendenza del controllo sull'osservanza del modello da parte dei vertici aziendali.

Peraltro, deve riconoscersi che la visione – a nostro avviso insoddisfacente – della Procura Generale è tutto sommato in linea con la prassi finora prevalente a livello internazionale (supportata sia da norme di *hard law* che di *soft law*, nazionali o sovranazionali) e forse è stata fomentata dal retroterra giuridico-societario iberico.

Difatti, il modello spagnolo di *corporate governance* è sostanzialmente monistico e non conosce nelle società di capitali un organo di controllo terzo e indipendente dal consiglio di amministrazione, come il nostro collegio sindacale.

Per di più, gli artt. 242 ss. della *Ley de Sociedades de Capital* (LSC)⁶³, che regola il funzionamento delle società di capitali in Spagna, non prevede neppure l'obbligo di creare un comitato di controllo interno in seno al consiglio di amministrazione.

Solo le società quotate sono espressamente tenute, a mente dell'art. 529-*quaterdecies* della LSC, all'istituzione di una *comisión de auditoría*, «composta esclusivamente da consiglieri non esecutivi nominati dal consiglio di amministrazione, la maggioranza dei quali, almeno, deve essere indipendente e uno dei quali va designato tenendo conto delle sue cognizioni e esperienze in materia di contabilità, revisione o entrambe». Tra i compiti del comitato di *audit* rientra anche quello di «supervisionare l'efficacia del controllo interno della società, la revisione interna e i sistemi di gestione dei rischi [...]».

Si tratta, dunque, di un comitato interno al consiglio di amministrazione, simile all'omologo *audit committee* delle nostre società

vigilanza deve essere una struttura in grado di «controlar la actuación de sus máximos responsables», in quanto indipendente dal potere di gestione dei soggetti vigilati. L'A. sottolinea anche che sarebbe privo di poteri autonomi di iniziativa e controllo un organismo di vigilanza che dipendesse gerarchicamente e funzionalmente dall'alta direzione (ad es. una direzione finanziaria) o che per accedere ai documenti necessari per lo svolgimento della sua attività avesse bisogno dell'autorizzazione di un dirigente.

⁶³ Testo approvato con il *Real Decreto Legislativo* 1/2010, del 2 luglio, successivamente modificato dalla *Ley* 31/2014, del 3 dicembre. La costituzione di una *comisión de auditoría* è stata richiesta anche per gli enti di interesse pubblico dalla *Ley de Auditoría de Cuentas* (LAC) 22/2015, del 20 luglio.

quotate, che in base al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana dovrebbe, di regola, essere composto interamente da amministratori indipendenti⁶⁴ e che dal 2011 è stato denominato “comitato controllo e rischi”⁶⁵.

Sul versante della *soft law* spagnola, invece, merita menzione soprattutto il *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, elaborato nel 2015 dal *Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, il quale richiede, altresì, la creazione di «una funzione di controllo e gestione dei rischi esercitata da un'unità o un dipartimento interno, sotto la supervisione diretta della *comisión de auditoría*».

La costituzione di una funzione di *compliance*, investita del dovere di controllare e valutare regolarmente l'adeguatezza e l'efficacia dei procedimenti stabiliti per la rilevazione dei rischi, è altresì richiesta, in linea con la normativa eurolunitaria, in tutte le imprese di investimento, a mente dell'art. 193 del *Real Decreto Legislativo* del 23 ottobre 2015 n. 4 e successive modifiche.

A queste ultime situazioni, verosimilmente, ha inteso riferirsi il legislatore codicistico spagnolo quando, nel 2015, ha richiesto l'attribuzione dei compiti propri dell'organismo di vigilanza sull'attuazione del modello organizzativo a un «organo della persona giuridica con poteri autonomi di iniziativa e controllo» o, in alternativa, ad un organo «a cui sia legalmente affidata la funzione di supervisionare l'efficacia dei controlli interni della persona giuridica».

Ad ogni modo, questa sommaria descrizione del diritto societario spagnolo conferma l'assenza, nella tradizione iberica, di una radicata

⁶⁴ Cfr. G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiana e i problemi aperti*, Consob, n. 4, settembre 2013.

⁶⁵ Va ricordato che l'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 39/2010, il quale si applica agli “enti di interesse pubblico” (e quindi anche alle società quotate), ha previsto, con riferimento al sistema tradizionale di amministrazione e controllo, l'identificazione del «comitato per il controllo interno e la revisione contabile» con il collegio sindacale, che notoriamente non costituisce una articolazione interna al consiglio di amministrazione, ma un organo di controllo separato da quest'ultimo. Proprio per evitare che da tale terminologia legislativa possano scaturire confusioni linguistiche, la denominazione contenuta nella prima edizione del codice di autodisciplina di Borsa italiana (1999), vale a dire “comitato per il controllo interno”, è stata variata, a partire dalla versione del dicembre 2011 (l'ultima edizione è del luglio 2018), in “comitato controllo e rischi”. Cfr. M. STELLA RICHTER, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 669, secondo cui il mutamento di nome del comitato in discorso e della stessa rubrica dell'art. 7 («Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi») punta a rimarcare anche la correlazione tra controlli endosocietari e rischi aziendali.

cultura del controllo indipendente sull'organo di amministrazione, sicché, in molte società per azioni, il controllo sulla gestione si riduce a quello esercitato dai revisori contabili⁶⁶.

Tale *background* ha reso più complesso l'innesto di un plesso organizzativo di nuovo conio come quello afferente alla vigilanza sui sistemi di conformità penale. La soluzione più semplice è apparsa allora ripiegare, riduttivamente, sulla più nota figura del *compliance officer*, un funzionario o un dipartimento interno deputato alla sorveglianza sull'elaborazione, implementazione e attuazione del programma di *cumplimiento penal*.

Non sorprende, dunque, che anche la recente UNE⁶⁷ 19601 del maggio 2017, una norma tecnica – la prima nel suo genere – precipuamente dedicata ai sistemi di gestione della *compliance* penale, divenuti così suscettibili di certificazione su basi volontarie da parte di un organismo terzo, sembri prospettare un'interpretazione minimalistica dell'organismo di vigilanza, comunque distante dalla *best practice* italiana⁶⁸.

Infatti, nel richiedere la nomina da parte dell'organo di governo dell'organizzazione di un organo *de compliance penal*, la UNE 19601 ne declina la composizione e le funzioni in linea con la suddetta esegesi della *Fiscalía General* spagnola.

Tra i requisiti del sistema di gestione della *compliance* penale, si prevede così anche un organo interno all'organizzazione, unipersonale o collegiale, dotato di poteri autonomi di iniziativa e controllo, al quale affidare la responsabilità di supervisionare il funzionamento e l'osservanza del sistema.

Lo *standard* tecnico in disamina, sviluppando il dettato codicistico spagnolo, precisa che tale organo di conformità penale può essere fatto coincidere, alternativamente, con: 1) l'organo dell'organizzazione a cui sia legalmente affidata la funzione di supervisionare l'efficacia dei controlli interni all'organizzazione; nelle società quotate, emittenti titoli o di interesse pubblico, la *comisión de auditoría* (di costituzione cogente); 2) un organo o

⁶⁶ Analogamente, J. CORTINOVIS – E. COLAROSI, *Ruolo e funzioni dell'Organismo de Supervisión spagnolo*, in www.escura.com/archivos/pdf/ruolo-e-funzioni-organismo-supervision-spagnolo.pdf.

⁶⁷ La norma è stata pubblicata dall'Associazione spagnola di normazione, equivalente all'UNI italiano.

⁶⁸ Circa tale documento, v. la puntuale descrizione di J. CORTINOVIS – E. COLAROSI – F. ESCURA, *La certificazione dei modelli organizzativi in spagna: la UNE 19601:2017*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 4-2017, p. 287 ss.

unità dell'organizzazione istituito *ad hoc*, al quale l'organo di amministrazione attribuisca poteri di iniziativa e controllo; 3) nel caso delle persone giuridiche di ridotte dimensioni, lo stesso organo amministrativo (§ 3.21).

Non viene enfatizzata la necessaria presenza nell'organismo di professionisti esterni all'azienda, liberi da qualsiasi vincolo organico o di subordinazione; aspetto, invece, a cui la prassi italiana dà grande risalto, specialmente nelle aziende medio-grandi.

Ma è nella formulazione dello statuto funzionale dell'organo *de compliance penal* (§ 5.1.2) che si palesa la sua derivazione dall'archetipo anglo-americano del *compliance officer*, giacché esso è sostanzialmente concepito come un referente dell'organo di governo, tenuto ad occuparsi su basi continuative, assieme all'alta direzione, del sistema di gestione del rischio-reato.

Pertanto, tale presidio non è tanto tratteggiato come un controllore dell'organo amministrativo, quanto come l'organismo che, «trabajando conjuntamente con la dirección», assume la responsabilità di tutte le componenti e fasi essenziali di un adeguato sistema di gestione dei rischi penali: identificazione e gestione dei rischi; impulso e supervisione continua sull'implementazione e efficacia del sistema; formazione continua; integrazione delle responsabilità in materia di *compliance* penale nei processi di lavoro; informazione e documentazione; canali di denuncia interna; indicatori di *performance*; azioni correttive; revisione periodica; flussi informativi verso l'organo di governo.

In definitiva, l'organismo in discorso è «il massimo garante della supervisione, vigilanza e controllo degli obblighi di *compliance* penale nell'organizzazione» (§ 5.1.2).

In chiara sintonia con gli *standard* statunitensi (cfr. *supra* § 3.1), la UNE 19601 rimarca, altresì, la necessità di dotare l'organismo in esame di personale privo di conflitti di interesse, con competenze, prestigio, autorità e indipendenza adeguate (*competencias, estatus, autoridad e independencia adecuadas*), ed altresì di assicurare un accesso diretto ed immediato all'organo di governo e una collocazione gerarchica che gli consenta di sollecitare e ottenere una piena collaborazione da parte di tutti gli altri organi dell'ente.

L'aspetto gestionale (della *compliance*) sembra, comunque, prevalere sull'istanza di supervisione indipendente sul rispetto del modello organizzativo anche da parte dei soggetti apicali dell'ente (organo di governo e alta direzione). Anzi, in quanto delegato dell'organo di governo, gli stessi procedimenti e controlli direttamente seguiti dall'organo di conformità penale andranno sottoposti ad *audit* interni (§ 9.2).

4.3. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in Perù: consolidamento del modello sudamericano dell'*encargado de prevención*

La trasformazione dell'organismo di vigilanza di matrice italiana in un funzionario incaricato della prevenzione dei reati (*rectius* della gestione⁶⁹ di un modello di prevenzione) è nitidamente percepibile anche in Perù, dove un recente Decreto Legislativo (n. 1352 del 7 gennaio 2017), entrato in vigore il 1 gennaio 2018, ha modificato in più punti la *Ley* n. 30424 del 21 aprile 2016, che aveva introdotto per la prima volta nell'ordinamento peruviano la *responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*, inizialmente prevista per il solo delitto di *cohecho activo transnacional* e ora estesa anche alla corruzione domestica, al riciclaggio, ad altri reati collegati alla criminalità organizzata e al terrorismo.

Pure tale disciplina, sulla scia del regime normativo italiano, riconosce una causa di esenzione da responsabilità alla persona giuridica che, su base volontaria e prima della commissione di un reato da cui tale responsabilità possa discendere, «adotti e implementi nella sua organizzazione un modello di prevenzione adeguato alla sua natura, rischi, bisogni e caratteristiche, consistente in misure di vigilanza e controllo idonee a prevenire tali reati o a ridurre significativamente il rischio della loro commissione» (nuovo art. 17, sostituito nella legge del 2016 e rubricato *eximente por implementación de modelo de prevención*)⁷⁰.

Orbene, la novella del 2017, specularmente alla legge cilena, ha incluso tra le componenti essenziali del *modelo de prevención* la nomina di un *encargado de prevención*⁷¹ da parte del «massimo organo di amministrazione della persona giuridica o chi ne faccia le veci, a seconda dei casi, che deve esercitare *autonomamente* le sue funzioni» (corsivo nostro). Anche in questo caso, inoltre, si autorizza, nel caso delle micro, piccole e medie imprese, l'assunzione diretta del ruolo del responsabile della prevenzione da parte dell'organo dirigente.

⁶⁹ *Gestione*: disegno, implementazione, aggiornamento e controllo.

⁷⁰ L'art. 3, lettere *a)*, *b)* e *c)* del Decreto Legislativo n. 1352/2017 riproduce *in toto* anche la distinzione soggettiva tra reati commessi dagli apicali e dai sottoposti contenuta nel d.lgs. 231/2001 italiano. L'esimente di cui all'art. 17 sembra trovare applicazione anche nel caso di reati commessi da soggetti in posizione verticistica.

⁷¹ Nella legge del 2016 si parlava, più genericamente, di «una persona u órgano, designado...»; nel passaggio all'espressione «encargado de prevención» è evidente l'influenza del vicino cileno.

L'art. 17, n. 17.2, demanda a un regolamento governativo⁷² la specificazione degli *standard* e dei requisiti cogenti del modello di prevenzione, oltre a quelli soltanto raccomandati.

Il 27 febbraio 2018 è stato pubblicato un *progetto di Regolamento*, non ancora approvato in via definitiva⁷³, che all'art. 34 fornisce qualche rapida delucidazione anche sulla figura del responsabile interno della prevenzione.

In particolare, sotto la rubrica «designazione di una persona o organo di prevenzione», si enuncia che «il massimo organo di governo e/o amministrazione della persona giuridica deve designare una persona o organo di prevenzione, incaricato di vigilare sull'applicazione, esecuzione, rispetto (*cumplimiento*) e miglioramento continuo del modello di prevenzione». In sostanza, anche in questo caso l'*encargado de prevención* è raffigurato come il soggetto investito della responsabilità di gestire il modello di prevenzione formalmente adottato dall'organo amministrativo dell'ente.

Circa i requisiti soggettivi dell'*encargado*, la bozza di regolamento non manca di sottolineare la necessità che gli sia riconosciuta «autonomia nel controllo e nella verifica (*auditoría*) dei processi della persona giuridica», ed altresì che tale soggetto sia dotato di risorse sufficienti ad assicurarne l'adeguato funzionamento operativo.

Il documento in esame affida, inoltre, al responsabile della prevenzione l'implementazione dei procedimenti reattivi, volti a rimediare alle violazioni del modello di prevenzione, tra cui le sanzioni e misure disciplinari (art. 37, u.c.); un compito che la UNE 19601 spagnola affida, di contro, all'alta direzione.

A differenza di norme tecniche come la ISO 37001:2016 in materia di anticorruzione e la suddetta UNE 19601, il testo ministeriale resta, invece, silente in merito alle competenze che deve possedere il titolare della funzione per assolvere adeguatamente alle sue funzioni⁷⁴.

⁷² Il regolamento in discorso deve essere emanato dal Governo su proposta del *Ministerio de la Producción* e con il consenso dei *Ministros de Economía y Finanzas y Justicia y Derechos Humanos*.

⁷³ *Resolución Ministerial* 00061-2018-JUS: «Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional».

⁷⁴ Ad es. nella UNE 19601 si richiedono le seguenti qualità in capo all'organo di *compliance* penale: «(i) integrità e impegno nella *compliance*, (ii) abilità di comunicazione efficace e capacità di influenza, (iii) capacità e prestigio affinché i

Ad ogni modo, il dubbio principale che solleva anche l'incaricato alla prevenzione peruviano è come possa vigilare credibilmente sul rispetto del *programa de cumplimiento* da parte degli organi apicali.

4.4. La legge argentina del 2017 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche e il *responsable interno del programa de integridad*

Particolare interesse desta, da ultimo, la *Ley* argentina n. 27.401, del 27 novembre 2017, entrata in vigore il 1 marzo 2018, a cui si deve la storica epifania in questo Paese del «Régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y cohecho transnacional».

Per quanto concerne il profilo più pregnante in questa sede, può dirsi che la legge in esame ha segnato la definitiva consacrazione, in Sudamerica, del processo d'identificazione del soggetto deputato alla vigilanza sul modello con la figura del *compliance officer* di derivazione anglosassone.

Infatti, tra i requisiti del "programma d'integrità" che può assumere – ma solo in presenza di altre stringenti condizioni (autodenuncia del reato e restituzione del profitto illecito) – valore esimente della responsabilità della persona collettiva, figura anche la nomina di un «responsabile interno incaricato dello sviluppo, coordinamento e supervisione del Programma di Integrità».

Tale elemento, peraltro, non è indicato tra i requisiti cogenti, ma tra quelli rimessi alla libertà di auto-organizzazione dell'ente.

D'altro canto, le linee guida per elaborare e implementare un *Programa de Integridad*, pubblicate di recente dall'Autorità argentina anticorruzione (denominata *Oficina Anticorrupción*, istituita presso il *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*)⁷⁵ avvertono che «nelle organizzazioni di maggiori dimensioni e capacità economica è praticamente impossibile concepire un'adeguata strutturazione del Programma senza una persona o équipe che sia responsabile a tempo pieno del suo sviluppo, implementazione e funzionamento».

suoi consigli e direttive siano rispettati, e (iv) competenza necessaria». È evidente al riguardo l'influenza della norma ISO 37001:2016, § A.6.

⁷⁵ *Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, 4 ottobre 2018 (Resolución 27/2018).

L'equivalente argentino dell'organismo di vigilanza italiano è una figura ben distinta dall'organo di controllo societario richiesto – analogamente al nostro diritto societario – dalla *Ley 19.550*, vale a dire la legge generale delle società. Nella società per azioni (*sociedad anónima*) è infatti obbligatoria la nomina di *síndicos*, soggetti equiparabili ai membri del collegio sindacale italiano, giacché deve trattarsi di persone esterne alla società, in possesso di determinati requisiti professionali, ecc. (artt. 284 ss.). Inoltre, si prevede anche la figura del *consejo de vigilancia* (obbligatorio solo se il capitale sociale della società anonima sia superiore ai 10 milioni di *pesos*), un comitato composto da azionisti eletti dall'assemblea, che svolge specifiche funzioni di vigilanza nei confronti dell'organo di amministrazione (il *directorio*: artt. 255 ss.).

Benché, quindi, il sistema argentino di *corporate governance* riveli, nelle società per azioni, significativi punti di contatto con il sistema tradizionale italiano, anche in questo contesto giuridico ci si è ispirati, nel configurare il soggetto deputato al controllo sull'attuazione del programma di prevenzione dei reati, al modello anglosassone della funzione aziendale di *compliance*.

Ciò trova conferma nelle raccomandazioni dell'*Oficina Anticorrupción*, che attribuisce al responsabile dell'integrità una cerchia di compiti estesa a pressoché tutte le fasi del sistema di gestione dei rischi di commissione di reati, ad eccezione delle revisioni periodiche di competenza dell'alta direzione: l'analisi dei rischi, il disegno e l'implementazione delle politiche e procedure di integrità, la gestione del sistema di denuncia interna, la conduzione di investigazioni aziendali, la supervisione del funzionamento e dell'adeguatezza del Programma e il suo miglioramento continuo.

Il *responsable de integridad* dovrebbe, inoltre, fornire il suo supporto consulenziale a tutti i livelli dell'organizzazione, inclusa l'alta direzione. Nelle linee guida, si auspica un ruolo proattivo del funzionario della *compliance*, sino al punto di prefigurare una sorta di potere di veto rispetto ai corsi di azione reputati dissonanti con le politiche d'integrità definite dalla persona giuridica.

Circa la dislocazione gerarchica nell'architettura societaria, i *Lineamientos de Integridad* caldeggiavano la collocazione del responsabile in posizione analoga a quella dei dirigenti apicali, come il direttore generale, il direttore finanziario, il direttore degli affari legali o l'*internal auditor*, sottolineando al contempo l'importanza di un accesso diretto all'organo di amministrazione della società e alla direzione generale⁷⁶.

⁷⁶ *Lineamientos de Integridad*, cit., p. 56-59.

A garanzia dell'indipendenza dell'ufficio, si suggerisce altresì la previsione di una linea alternativa di *reporting* per i casi più critici o nei quali sia implicata la responsabilità di un superiore, nonché guarentigie speciali in merito alla stabilità dell'incarico.

5. Ricadute penalistiche dei diversi paradigmi di sorveglianza sul sistema di prevenzione dei reati

Sul finire della nostra indagine, non possiamo sottrarci dal verificare se le diverse configurazioni del soggetto incaricato della vigilanza sul modello di prevenzione dei reati siano suscettibili di ricadute penalistiche sul versante delle responsabilità individuali.

Ebbene, un dato significativo emergente dalle esperienze dei Paesi ispanoparlanti sin qui esaminati è che alla ri-configurazione dell'organismo di vigilanza come un soggetto delegato dall'organo dirigente alla gestione del sistema di *compliance* penale fa da *pendant* l'attribuzione di una posizione di garanzia, che può essere fonte di responsabilità penale vuoi per una difettosa analisi dei rischi (nei reati colposi), vuoi per un contegno inerte a fronte dell'acquisita consapevolezza di un reato doloso evitabile mediante un intervento tempestivo.

Sotto quest'ultimo profilo, è opinione diffusa che il responsabile della *compliance* sia gravato da una posizione di garanzia di vigilanza sull'operato di altri soggetti aziendali e come tale possa rispondere per un contributo concorsuale omissivo che abbia agevolato il reato del soggetto sottoposto a sorveglianza⁷⁷. Si tratta di un costrutto non dissimile da quello che, nel nostro sistema giuridico, conduce a ritenere plausibile – sia pure entro certi limiti – la responsabilità penale del responsabile del servizio di prevenzione e protezione per i reati lesivi dell'incolumità dei lavoratori⁷⁸, oppure di un membro del collegio sindacale per l'omesso impedimento di reati societari o fallimentari realizzati dagli amministratori⁷⁹.

⁷⁷ Per un celebre caso di responsabilità penale a titolo di omissione impropria ex § 13 *StGB* di un dirigente aziendale qualificato come *compliance officer*, v., nella giurisprudenza tedesca, *BGH 5 StR*, 17 luglio 2009, n. 394/08, LG Berlin, in *Cass. pen.*, 2010, 2435 ss., nonché il commento di A. Nisco, «Compliance» e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca.

⁷⁸ *Cass.*, sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, rv. 261107.

⁷⁹ Cfr., ad es., *Cass.*, sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399, in *Cass. pen.*, 2015, 1559; *Id.*, 21 aprile 2010, n. 15360, rv. 246956.

La configurabilità di obblighi di agire penalmente rilevanti a carico dei membri dell'organismo di vigilanza è stata esplicitamente affermata in Spagna dalla *Fiscalía General* nella più volte citata *Circolare* del 2016. In quella sede si è osservato che, sebbene l'esposizione al rischio penale dell'*oficial de cumplimiento* non sia di per sé superiore a quella degli altri dirigenti della persona giuridica, egli nei fatti ha maggiori probabilità di venire a conoscenza della commissione di comportamenti delittuosi, specialmente attraverso la gestione dei canali interni di denuncia «e sempre che la denuncia si riferisca a fatti in corso di realizzazione e che, pertanto, il funzionario della *compliance* possa impedire mediante il proprio intervento»⁸⁰.

Sappiamo, al contrario, che l'ipotesi della responsabilizzazione (anche) penale dei membri dell'OdV per omesso impedimento di reati-presupposto *ex d.lgs. n. 231/2001*, commessi violando le regole del modello organizzativo adottato dalla società, è stata risolutamente rigettata dalla dottrina italiana maggioritaria e non ha avuto finora alcun riscontro giurisprudenziale⁸¹. In quest'ordine di idee, fonte d'imputazione penale potrebbero essere solo condotte *attive*, realizzate in concorso (materiale o morale) con altri soggetti interni od esterni

⁸⁰ *Circular* 1/2016, cit., p. 49 s. Sulla possibile responsabilità penale di un *compliance officer* la dottrina spagnola è concorde: cfr. J.A. LASCURAÍN, *Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*, in S. Mir – M. Corcoy – V. Gómez (a cura di), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Buenos Aires – Montevideo, 2014, 305 ss.; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica*, in M. Maroto Calatayud – E. Demetrio Crespo (a cura di), *Crisis financiera y derecho penal económico*, Madrid, 2014, p. 507 ss.

⁸¹ Tra i tanti Autori che negano la titolarità di una posizione di garanzia in capo all'ODV, v. A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002*, n. 61, a cura di Id., Milano 2002, 42; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv.trim.dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 610; Id., *Diritto penale societario*, Torino, 2010, 38 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 118 (i due ultimi autori adducendo che la volontà privata non può creare nuovi obblighi penalmente sanzionabili, ma soltanto trasferirli dal centro di imputazione primario ad altri); N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, p. 106 s.; G. DE SANTIS, *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il «Correttivo» (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 2, 147; C. PAONESSA, *Il ruolo dell'Organismo di vigilanza*, cit., 94 ss.; V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza*, cit., 101 ss. Ravvisano, di contro, poteri mediati di intervento impeditivo, A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 386; D. FONDAROLI, *Organismo di vigilanza ex art. 6 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penali*, in *Studi in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, p. 309 ss. Problematicamente, A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061 ss.

alla compagine organizzativa. Viceversa, l'omessa o carente vigilanza sul modello di prevenzione dei reati, se esclude *sine dubio* il beneficio della esenzione da responsabilità per la persona giuridica, non renderà punibili i membri dell'OdV ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Essi potranno al più essere chiamati a rispondere *in sede civile*, per responsabilità contrattuale nei confronti della società di appartenenza, qualora la responsabilità di quest'ultima sia stata processualmente riconosciuta anche "per omessa o insufficiente vigilanza" dell'organismo.

In effetti, le funzioni di vigilanza generale spettanti all'OdV non riguardano in via immediata i comportamenti dei membri dell'ente, al fine di prevenire singoli episodi delittuosi, quanto la verifica generale dell'osservanza e concreta idoneità del modello organizzativo a minimizzare il rischio-reato. L'OdV non interviene direttamente nei processi decisionali a rischio; non ha alcun potere di veto sulle decisioni o condotte sintomatiche di un illecito⁸². La sorveglianza da espletare equivale ad un "meta-controllo" orientato alla tenuta – sincronica e diacronica – del modello nel suo insieme, non a una supervisione puntuale sulle specifiche azioni e scelte concrete operate dai membri aziendali.

Tale struttura, inoltre, opera per conto dell'ente non in forza di poteri-doveri legalmente stabiliti, ma per effetto di un incarico privatistico-contrattuale⁸³ che, dal lato della *liability* dell'ente, gravita nell'orbita giuridica dell'onere (e non di un dovere cogente di nomina, direttamente sanzionato).

Anche nel settore antinfortunistico (cfr. art. 30 del d.lgs. n. 81/2008), è compito dell'OdV solo la sorveglianza sull'attuazione e l'adeguatezza dei protocolli preventivi pertinenti, inclusi quelli informativi e di *audit* sull'efficace attuazione delle deleghe rilasciate; esula invece dalla sua sfera funzionale la supervisione diretta sull'adempimento degli obblighi di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, e tantomeno il

⁸² Una sentenza della Corte di Cassazione italiana, forzando a nostro avviso il dettato legale, assevera la necessità di riconoscere all'OdV la possibilità di manifestare *ex ante* la propria contrarietà al contenuto di decisioni societarie sintomatiche di un reato, mediante una *dissenting opinion* in grado di «mettere in allarme i destinatari»: Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in *Le soc.*, 2014, n. 4, 46, con nota critica di PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?* Ad ogni modo, tale decisione della Suprema Corte ha anche affermato in modo chiaro che non è idoneo ad esimere la società un organismo di vigilanza che non sia provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato (nel caso di specie si trattava del responsabile dell'*internal audit* della società).

⁸³ Sottolinea perspicuamente questo aspetto, F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, fasc. 1-2, p. 19

compimento di valutazioni tecniche sulle scelte e l'operato del *manager* delegato sicurezza sul lavoro; e ciò dovrebbe escludere anche rischi di addebiti penali a titolo di cooperazione colposa⁸⁴.

Infine l'eventuale attribuzione delle funzioni dell'organismo di vigilanza al collegio sindacale o organo equiparato, ai sensi dell'art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 231/2001, può certo avere l'effetto di moltiplicare le occasioni in cui si attiva, per il sindaco-garante, un obbligo di impedimento⁸⁵; ma ciò si collega, non allo statuto funzionale proprio dell'OdV, ma ai poteri impeditivi che la giurisprudenza ritiene – sia pure in modo discutibile – di poter riconoscere al sindaco o al collegio sindacale nel suo complesso.

6. Conclusioni. L'indipendenza del controllo quale fattore cardine nel processo di convergenza dei modelli normativi

È il momento di tirare le fila delle considerazioni svolte, cercando di sintetizzare le risultanze del nostro *excursus* comparatistico.

In estrema sintesi, possiamo trarre i seguenti insegnamenti fondamentali.

L'attività di vigilanza intraziendale è un *fattore decisivo* affinché la strategia preventiva della *compliance* penale, possa avere successo.

Le *tecniche di controllo* possono variare sensibilmente e nel disegnarle non si può non tener conto, a livello macro, del *contesto economico-produttivo* di riferimento e, a livello micro, delle *singole realtà aziendali* in cui vanno incardinate.

⁸⁴ *Amplius*, sul punto, V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2012, 101 ss. Per una ricostruzione analoga, v. F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizionialistiche classiche*, in G. Casaroli – F. Giunta – R. Guerrini – A. Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci ed ombre del sistema vivente*, Pisa, 2015, p. 78. Anche F. CONSULICH, "Vigilantes puniri possunt", cit., 445 ss., concorda sull'inesistenza di una posizione di garanzia *ex art. 40 cpv. c.p.* in capo ai membri dell'OdV, limitandosi ad ammettere la configurabilità di una responsabilità a titolo di agevolazione o compartecipazione colposa attiva nel fatto illecito altrui.

⁸⁵ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 414, il quale esprime anche la preoccupazione che la giurisprudenza possa applicare all'OdV i risultati cui è pervenuta in punto di responsabilità omissiva colposa in materia antinfortunistica del RSPP (p. 413 s.).

Tra i fattori decisivi di un controllo efficace si staglia l'*indipendenza* e l'*assenza di conflitti di interesse* in capo al vigilante, che devono coniugarsi con un'adeguata *professionalità* e la disponibilità di *risorse* sufficienti.

Allo stato, la disamina comparatistica dei modelli di vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione degli illeciti penali mostra vistosi salti di qualità più che un *continuum* di soluzioni, con una chiara preminenza del paradigma anglosassone del *compliance officer*.

In futuro, la ricerca di una maggiore convergenza a livello internazionale dovrà necessariamente passare per il crinale dell'*indipendenza*, quindi della credibilità dell'organismo di controllo interno.

Nel celebre romanzo *the Jungle* del 1906, in cui Upton Sinclair racconta le oscenità del capitalismo selvaggio della Chicago di inizio Novecento, troviamo questo celebre aforisma: «È difficile far capire qualcosa ad un uomo se la sua retribuzione dipende proprio dal non riuscire a capire».

Anche i membri dell'organismo chiamato a vigilare sulle strategie aziendali di prevenzione dei reati vanno messi in condizione di comprendere in profondità le dinamiche interne all'organizzazione, di indagare eventuali non conformità e le cause di comportamenti illeciti, infine di assumere le decisioni necessarie alla salvaguardia del sistema di *compliance* penale deliberato dall'organo amministrativo dell'ente.

Senonché, pure nella prassi italiana non di rado può riscontrarsi un *deficit* di indipendenza nell'attività di sorveglianza sul modello di prevenzione dei reati: la figura dell'OdV viene talvolta sminuita a semplice collaboratore fiduciario del CdA o dell'amministratore "dominante" in seno all'organo di governo, smarrendo l'*animus* di supervisore/controllore attento ed imparziale anche nei confronti delle sfere decisionali apicali.

La soluzione a questo problema non mi pare possa venire dalla leva degli incentivi negativi (sanzioni penali), escogitando l'ennesima posizione di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse, nella specie per assecondare addebiti *ex art. 40, cpv., c.p.* a carico dei membri dell'OdV.

La reale indipendenza di giudizio dell'OdV resta però un nodo cruciale, che deve essere portato necessariamente a soluzione, se si vuole evitare che la strategia della *compliance* penale crolli come un castello di carte.

Giacché a quel punto, il progetto politico-criminale dell'autoregolamentazione aziendale finirà verosimilmente per sterezare verso una supervisione esterna di tipo pubblicistico, una sorta di meta-controllo extragiudiziale di secondo livello su sistemi di *compliance* resi obbligatori.

Del resto, un passo in questa direzione è già stato compiuto, di recente, da un Paese a noi vicino come la Francia, che con la *Loi Sapin II* del 2016⁸⁶ ha assegnato all'*Agence française anticorruption* incisivi poteri di controllo sui modelli anticorruzione che le grandi società francesi sono tenute – e non semplicemente incentivate – ad adottare.

⁸⁶ *LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.*

Spunti di riflessione tratti dall'ordinamento colombiano in tema di responsabilità degli enti da reato e principio del *ne bis in idem*

Annarita De Rubeis

1. Il problema del *ne bis in idem* per la punizione dell'ente e della persona fisica per lo stesso fatto. La disciplina tributaria italiana in materia di omesso versamento

Nell'ambito del dibattito teorico attorno alla responsabilità penale degli enti collettivi nei Paesi latino-americani ricorre frequentemente un tema divenuto di grande attualità in Italia soltanto in tempi recentissimi. Si tratta della questione se la duplicazione di responsabilità per l'ente e per la persona fisica per il medesimo reato costituisca o meno una violazione della garanzia del *ne bis in idem*.

Nel nostro ordinamento il problema, così posto, è emerso come filone del più ampio dibattito sulla garanzia del *ne bis in idem*, che si è aperto a seguito di alcune sentenze della Corte EDU e della CGUE, che hanno censurato – appunto come violazione del divieto *bis in idem* – l'esistenza di c.d. doppi binari sanzionatori, nei quali un medesimo illecito determina una duplice responsabilità, una di natura propriamente penale e l'altra di natura formalmente amministrativa (ma sostanzialmente punitiva). L'origine della questione, infatti, si rinviene in quell'orientamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – invero oramai consolidato e recepito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – che ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha elaborato una c.d. «nozione autonoma di materia penale», la quale ricomprende non soltanto le sanzioni che i legislatori nazionali qualificano formalmente come penali, ma anche tutte quelle che, pur avendo un diverso *nomen iuris*, tuttavia possono essere

sostanzialmente considerate penali in base ad una serie di criteri (i c.d. criteri Engel)¹. Tra le garanzie rilevanti, l'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione prevede anche il principio del *ne bis in idem*, dal che sorge – appunto – il problema del rispetto di tale canone in tutti i casi in cui il medesimo fatto sia oggetto di una doppia qualificazione, una come illecito penale ed una come illecito amministrativo (i c.d. doppi binari sanzionatori)². Il medesimo profilo rileva anche nell'ambito del diritto UE, nel quale l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (c.d. Carta di Nizza) riconosce il principio del *ne bis in idem* e la Corte di Giustizia ha recepito la nozione autonoma di materia penale elaborata dalla Corte di Strasburgo³.

Il problema, ancorché molto diffuso in Europa, ha avuto importanti evoluzioni proprio con riferimento all'ordinamento italiano, nel quale la tecnica del doppio binario sanzionatorio è stata utilizzata in diversi settori. Uno dei casi più problematici, affrontato anche dalla giurisprudenza europea, riguarda il sistema tributario, che per alcune fattispecie – e segnatamente in materia di omesso versamento dell'IVA, punito come reato dall'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 e come illecito amministrativo dall'art. 13 d.lgs. 471/1997 –, per via di un'interpretazione ormai consolidata dopo due noti pronunciamenti delle Sezioni Unite, ammette il concorso tra i due illeciti nonostante la sostanziale coincidenza degli elementi costitutivi⁴.

¹ Il tema della c.d. nozione autonoma di materia penale è ormai oggetto di ampi studi: v. sul punto, nella manualistica, FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, Torino, 2018, p. 15, nonché F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Milano, 2018.

² Il problema dei c.d. doppi binari sanzionatori è emerso originariamente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: v. Corte EDU, GC, 10 febbraio 2009, app. no. 14939/03, *Sergey Zolotukhin c. Russia*; Corte EDU, sez. II, 2 marzo 2014, app. no. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*; Corte EDU, GC, 15 novembre 2017, app. nos. 24130/11 and 29758/11, *A. e B. c. Norvegia*.

³ Il tema ha avuto recentissimi sviluppi anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE: v. CGUE, GS, sent. 26 febbraio 2012, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*; CGUE, GS, sent. 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; CGUE, GS, sent. 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; CGUE, GS, sent. 20 marzo 2018, C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Zecca*. Per un primo commento alle ultime tre sentenze della Grande Sezione, che hanno riguardato diversi doppi binari sanzionatori italiani, v. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 286 e ss., nonché RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus*, 22 marzo 2018.

⁴ Si tratta delle coeve sentenze Sez. un. 28.3.2013 n. 37424, Romano e n. 37425, Favellato, molto criticate in dottrina, ma costantemente riaffermate dalla giurisprudenza

Benché, come è noto, i reati tributari non rientrano nel catalogo previsto dal d.lgs. n. 231/2001 e dunque non possano essere presupposto della responsabilità dell'ente da reato in senso stretto, tuttavia, il tema si lega a quello della responsabilità da reato degli enti collettivi, poiché vi è una norma in materia tributaria che sancisce che, nel caso in cui le sanzioni amministrative siano relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica, esse sono esclusivamente a carico della persona giuridica stessa, così di fatto prevedendo una sorta di responsabilità amministrativa "diretta" dell'ente collettivo, ossia fondata sulla sola circostanza che l'omesso versamento sia compiuto dal legale rappresentante dello stesso (art. 7 d.l. 30 settembre 2003, n. 269). Dunque, nel caso specifico in cui il fatto consistente nell'omesso versamento riguardi il rapporto fiscale proprio di una società o di un ente dotato di personalità giuridica, il doppio binario sanzionatorio si articola nel senso che la persona fisica-legale rappresentante risponderà della fattispecie penale, mentre la persona giuridica risponderà dell'illecito amministrativo. In definitiva, ciò che si verifica per il singolare combinarsi della disciplina normativa e dell'interpretazione giurisprudenziale è che lo stesso fatto configura un reato dell'apicale ed una responsabilità formalmente amministrativa (ma sostanzialmente punitiva) della persona giuridica, in modo non dissimile da una responsabilità "da

successiva. Infatti, in teoria, lo stesso ordinamento prevede una esplicita disciplina dei rapporti tra illecito amministrativo e reato, al fine di evitare duplicazioni sanzionatorie, sancendo il principio di specialità (art. 19 d.lgs. 74/2000). Tuttavia, le SS.UU. della Suprema Corte affermano che la fattispecie penale costituisce «una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima (poiché senza almeno una violazione del termine mensile non si possono evidentemente determinare i presupposti del reato), la arricchisce di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali (in riferimento al rilascio della certificazione – che erroneamente la sentenza Germani colloca nell'anno di effettuazione delle ritenute – e al protrarsi della condotta omissiva) che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo». Non essendovi specialità, secondo la Suprema Corte non vi è identità del fatto e, dunque, non vi è violazione del divieto di *bis in idem*. Tuttavia, è già nella stessa argomentazione della Corte che è possibile ravvisare la contraddittorietà di una tale affermazione: affermare che il reato contiene necessariamente l'illecito amministrativo vuol dire in sostanza affermare l'assorbimento di quest'ultimo, sul piano del contenuto di disvalore, nel primo e, di conseguenza, la palese violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Su questi profili, v., da ultimo, F. MAZZACUVA, *I rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti*, in BRICCHETTI-VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 581 e ss.

reato" vera e propria, con la peculiarità, tuttavia, che la responsabilità dell'ente deriva in modo "automatico" da quella della persona fisica, senza alcun ulteriore criterio di imputazione che non sia – appunto – la qualifica della persona fisica all'interno dell'organizzazione.

2. La soluzione della Corte di Giustizia nel caso Orsi e Baldetti e la contraddizione con la teoria dell'immedesimazione organica

Ebbene, la Corte di giustizia dinanzi alla quale la questione del rispetto del *ne bis in idem* da parte della disciplina italiana è stata sollevata⁵, l'ha risolta, in modo laconico potremmo dire, affermando che non vi sarebbe violazione del principio poiché le due sanzioni riguardano l'una l'ente e l'altra l'individuo che (testualmente) «*non sono la stessa persona*»⁶.

L'argomento della CGUE è molto suggestivo, ed ha la forza di persuasione delle argomentazioni all'apparenza lampanti⁷. A ben vedere, tuttavia, si fonda su una marcata contraddizione. Infatti, nega un principio che appartiene alla teoria generale della persona giuridica ed è diffuso pressoché in tutti gli ordinamenti continentali, la c.d. immedesimazione organica, secondo la quale «*la persona giuridica agisce per mezzo dei suoi organi*»⁸, che è il principio in base al quale è possibile ad esempio dire che una persona giuridica «*sottoscrive un contratto*» oppure che «*non adempie ad un'obbligazione*». Nell'ambito della responsabilità punitiva, invece, questo non accade e l'immedesimazione è utilizzata per imputare la responsabilità all'ente *cumulativamente* con quella dell'organo. Quindi, quella che si verifica è una sorta di immedesimazione "a metà": l'organo è considerato l'ente in quanto tale quando si tratta di imputare la responsabilità all'ente, ma torna ad avere la sua autonomia soggettiva quando si tratta di imputare la responsabilità individuale.

⁵ CGUE, sentenza del 5 aprile 2017, Cause C-217-15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*

⁶ In questi termini, si esprime l'Avvocato generale (§37 delle conclusioni), le cui conclusioni sono richiamate in senso adesivo dalla Corte al §22.

⁷ Ed in effetti i primi commenti alla sentenza sono stati adesivi: v. ad es. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, p. 333.

⁸ In questi termini, GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 37. In generale, sull'immedesimazione organica in teoria generale v. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, p. 40 e ss., FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 31, FODERARO, *Organo (teoria dell')*, in *Nss.D.I.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 214.

Del resto, questa “deformazione” del meccanismo dell'immedesimazione che avviene nel campo della responsabilità punitiva – deformazione sicuramente dettata da ben note ragioni di politica criminale legate all'esigenza di non deresponsabilizzare la persona fisica⁹ – anche sul piano teorico è in una certa misura comprensibile, poiché, come già notava la dottrina tradizionale¹⁰, cancellare *d'emblé* la responsabilità della persona fisica in virtù di una “teoria” stride con un principio fondamentale della responsabilità penale, quello di personalità, che sancisce che nessuno può essere chiamato a rispondere di un fatto altrui e che, dunque, letto in “positivo”, impone che ciascuno sia chiamato a rispondere di un proprio fatto¹¹, principio di personalità che, più in generale, collide con qualunque costruzione teorica che alteri il sostrato naturalistico della soggettività giuridica¹².

In realtà, il punto è che in termini penalistici ente e individuo non sono né la stessa persona, né due soggetti completamente diversi. Il concetto di soggettività giuridica (e quello connesso di personalità giuridica), a ben vedere, altro non è che un criterio (civilistico) di imputazione giuridica di atti e fatti e l'argomento della giurisprudenza europea gioca proprio sull'ambiguità insita in tutti i casi in cui sia possibile distinguere l'imputazione naturalistica di un fatto da quella giuridica dello stesso¹³. Allora, la questione deve essere posta proprio in termini

⁹ Ben note le ragioni per cui la configurazione di una responsabilità penale dell'ente collettivo non deve far venir meno quella della persona fisica: v. nella dottrina italiana, ad es., DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, p. 277; nella dottrina anglosassone il classico, COFFEE, “No soul to damn: no body to kick”: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in 79 Mich. L. Rev. [1980-1981], p. 393.

¹⁰ GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Nss.D.I.*, vol. XV, 1968, p. 712. Nota inoltre che la teoria organica sarebbe inadeguata alla responsabilità penale proprio perché, se rigorosamente accolta, porterebbe alla deresponsabilizzazione della persona fisica SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 65. Parla di inadeguatezza della teoria organica anche MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 120 e ss.

¹¹ È del resto un principio generale dell'ordinamento che l'autore di un fatto di reato, cui sia possibile ascriverlo in termini sia oggettivi che soggettivi, debba essere punito (è il c.d. principio di inderogabilità della pena, su cui v. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p. 106, nonché MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2018, p. 85.

¹² In questo senso, GALLO, voce *Capacità penale*, in *Nss.D.I.*, vol. II, 1958, p. 885

¹³ FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, cit., p. . In generale, sul fatto che concetto di personalità giuridica sia utilizzato come fondamento della punizione del soggetto collettivo senza una vera analisi critica della sua congruità, nell'ordinamento americano v. LAUFER, *Corporate body and guilty minds. The failure or corporate criminal liability*, Chicago, 2006,

di imputazione e ci si deve chiedere, in particolare, se imputare alla persona giuridica una responsabilità che discende da un reato sulla sola base della posizione della persona fisica che lo ha materialmente commesso all'interno dell'organizzazione non comporti nella sostanza una (surrettizia) doppia punizione per il medesimo fatto, in violazione – appunto – del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

3. L'immedesimazione organica al cospetto dei principi della responsabilità punitiva, tra *ne bis in idem* e colpevolezza. La *identification theory* nella giurisprudenza inglese

La questione posta in questi termini, dunque, è relativamente nuova nell'ambito del dibattito sulla responsabilità da reato degli enti nel nostro ordinamento. Infatti, la dottrina che storicamente si è occupata della possibilità di ricorrere al meccanismo dell'immedesimazione in materia penale si è più che altro posta il problema della sua compatibilità con il principio di personalità della responsabilità, ma non con quello del *ne bis in idem*¹⁴. Al riguardo la tesi che sembra prevalsa anche in virtù dell'accoglimento che ne è stato fatto dal legislatore del d.lgs. 231/2001¹⁵, è stata quella per la quale l'immedesimazione sarebbe in grado di definire *un fatto proprio dell'ente*, ma non una sua colpevolezza, che invece andrebbe diversamente ricostruita: da qui il meccanismo dei modelli organizzativi previsti dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001¹⁶.

p. 44 e ss.; in quello inglese, v. WELLS, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future*, in PIETH-IVORY, *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Dordrecht Heidelberg London New York, 2011, p. 94, nonché con riferimento specifico alla disciplina italiana della responsabilità dell'ente da reato, v. MASSI, *'Veste formale' e 'corpo organizzativo' nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Napoli, 2012, p. 19. Sulla necessità e sull'opportunità di distaccarsi dalle soluzioni valide in ambito civilistico, con riferimento in particolare alle vicende modificative dell'ente, v. anche MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para-)penale dell'ente modificato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2015, p. 177.

¹⁴ Il riferimento è, in particolare, a Grosso, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 707 e al celebre BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951

¹⁵ Stando almeno alla relazione di accompagnamento allo stesso: v. Relazione governativa di accompagnamento al decreto al § 3.2

¹⁶ In questo senso, la stessa relazione governativa già richiamata in nota 15, ma anche la giurisprudenza dominante: *Sez. Un., sent. del 24/4/2014 (dep. 18/9/2014), n. 38343, imp. Espenhahn e altri, C.E.D. Cass. n. 261112, p. 204*, che afferma che «è senz'altro da escludere che sia violato il principio della responsabilità per fatto proprio. Il reato

I due profili, quello del principio di personalità e quello del *ne bis in idem* nell'ambito della teoria dell'immedesimazione organica sono in realtà strettamente correlati, sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, risulta quasi banale sottolineare l'interconnessione tra il divieto di responsabilità per fatto altrui e il divieto di doppia punizione per lo stesso fatto: infatti, se si nega la *fictio* dell'immedesimazione (e dunque si nega che ente e organo siano la stessa persona), allora l'ente sarà chiamato a rispondere del fatto della persona fisica, cioè *di un fatto altrui*; mentre mantenendo la *fictio*, e dunque affermando che ente e persona fisica sono la stessa persona, allora inevitabilmente sorgerà il problema di come giustificare il fatto che entrambi vengono puniti (è come se la stessa persona fosse punita due volte).

Un secondo profilo di interconnessione riguarda invece proprio il rispetto del principio di colpevolezza. Infatti, in termini generali (e cioè nei contesti originari in cui è stata teorizzata) l'immedesimazione organica è fondata su un automatismo presuntivo: l'immedesimazione viene definita come «generale ed astratta idoneità all'imputazione di fattispecie»¹⁷ e, dunque, si imputa all'ente automaticamente qualsiasi attività che rientra nella competenza dell'organo, essendo proprio il carattere della riconoscibilità *ex ante* ed in astratto dell'attività dell'ente che si vuole garantire con il meccanismo dell'immedesimazione¹⁸. Evidentemente, un tale automatismo non appare in linea con il carattere più pregnante del principio di personalità che richiede che il rimproverò alla base dell'imputazione soggettiva del reato all'autore avvenga sulla base di un giudizio individualizzato e concreto, che tenga conto di quel particolare agente con riferimento a quel particolare fatto commesso¹⁹. Ebbene, per rendere coerente il meccanismo dell'immedesimazione con il carattere pregnante del principio di personalità della responsabilità penale, dovrebbe superarsi un tale automatismo presuntivo, procedendo anche con riferimento alla colpevolezza dell'ente collettivo, sia pur ricostruita per mezzo di quella del suo organo, ad un

commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione».

¹⁷ GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 42.

¹⁸ GIANNINI, *Organi*, cit., p. 47

¹⁹ FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1307

giudizio in concreto, con riferimento a quella specifica azione che integra il reato. Questa “concretizzazione” del meccanismo dell'immedesimazione, tuttavia, porterebbe la teoria ad operare in pochi casi in cui vi sia una vera coincidenza tra la volontà dell'organo e quella dell'ente: casi in cui l'immedesimazione tra ente e organo è quasi 'reale', nel senso che il soggetto collettivo coincide e si esaurisce con la persona fisica, andando così a collidere con il principio del *ne bis in idem*.

Questo emerge con chiarezza guardando, ad esempio, all'ordinamento inglese, nel quale esiste un principio ispirato all'immedesimazione organica (il c.d. *identification principle*), che viene applicato in materia penale ormai dagli anni '70 e costituisce per alcune fattispecie di reato l'unico criterio di imputazione della *mens rea* alla *corporation*²⁰. Ebbene, la giurisprudenza inglese, coerentemente con il fatto che per mezzo dell'identificazione deve individuarsi, appunto, anche la *mens rea* della società, la concepisce come un modello di imputazione genuinamente soggettivo, assolutamente scervo da ogni meccanismo presuntivo connesso con la mera qualifica soggettiva dell'agente. Questo necessariamente sposta l'accertamento su un piano concreto e riduce l'operatività del principio a pochi, rari casi, in cui l'identificazione tra persona fisica e ente è quasi reale, non fittizia: i casi di condanna più noti, invero, riguardano piccole società, unipersonali o comunque costituite da una base personale ristretta, cui fosse possibile ricondurre per intero la decisione da cui era derivato il reato.

Il caso più eclatante è quello del Sig. Kite, che gestiva una società (con lui unico socio e unico dipendente, la OLL Ltd, della quale «nessuno aveva mai sentito parlare prima»²¹) che organizzava escursioni in canoa, durante una delle quali morirono due ragazzi, vicenda nota come la tragedia di Lyme Bay. L'identificazione, in questo caso, operava in pieno, soltanto che quello che si è verificato nei fatti è che il sig. Kite è stato punito due volte per omicidio colposo, una volta come persona fisica e una volta come soggetto collettivo²².

²⁰ La teoria appartiene alla *common law* ed il *leading case* in materia penale è *Tesco Supermarket Ltd. v. Natrass* [1971] 2WLR 166. Su questo, nella dottrina italiana, v. TRAPASSO, *Corporate Criminal Liability in the United Kingdom: general outlines*, in FIORELLA (a cura di), *Liability 'ex crimine' of legal entities in Member States*, Napoli, 2012, p. 244 e ss; LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p. . Nella dottrina anglosassone, fra i tanti, WELLS, *Corporation and Criminal Responsibility*, 2nd ed., Oxford, 2001, p. ; GOBERT – PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge, 2003, p. 55.

²¹ WELLS, *Corporation and Criminal Responsibility*, cit., p. 115.

²² Il caso è *R. v. Kite and OLL Ltd, Independent*, 9 dicembre 1994. La sentenza di primo

Come sottolinea la dottrina anglosassone, l'identificazione funziona soltanto quando è inutile, perché sicuramente in quei casi c'è già una persona fisica che è integralmente responsabile di quel reato²³. E, si può aggiungere, in violazione del divieto di doppia punizione per il medesimo fatto.

L'esempio delle piccole società è potremmo dire estremo, ma segnala l'insufficienza del criterio dell'immedesimazione/identificazione per attribuire la responsabilità all'ente collettivo.

4. Il dibattito nella dottrina colombiana su *ne bis in idem* e responsabilità penale degli enti collettivi. La soluzione suggerita: il superamento dell'immedesimazione per l'imputazione all'ente di fattispecie punitive

Diversamente da quanto avviene in Italia, come già accennato, il tema del rispetto del *ne bis in idem* sostanziale è un argomento affrontato in maniera ricorrente dalla dottrina in alcuni paesi latino-americani (il cui ordinamento, peraltro, è ispirato dai medesimi principi che informano il nostro, come dimostra il sovente richiamo alla dottrina europea ed in particolare a quella tedesca). In particolare, la questione è approfondita dalla dottrina colombiana, ordinamento più pervicacemente ancorato al principio *societas delinquere non potest*, tanto da quegli autori che intendono negare l'ammissibilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche, quanto da quelli che, invece, ritengono che essa non sia radicalmente incompatibile con il sistema, purché vengano individuati criteri di imputazione che evitino una surrettizia duplicazione sanzionatoria²⁴.

grado del dicembre 1994 – l'unica che ha riguardato l'ente – non è riportata, pur essendo molto nota nei contenuti: v. WELLS, *Corporation and Criminal Responsibility*, cit., p. 115. È riportata, invece, la sentenza d'appello proposta dal solo *Sig. Kite* e dunque relativa alla sola responsabilità individuale: *R. v. Kite* [1996] 2 Cr. App. R.(S.) 295. Per la ricostruzione dei fatti, si veda WELHAM, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance*, 2nd Ed., Bloomsbury Professional, 2007, p. 153. La condanna di *Mr. Kite* fu riformata in appello e divenne di 2 anni di reclusione, in ragione del fatto che costui era un incensurato, nonché una persona dalla condotta di vita irreprensibile fino a quel momento: *R. v. Kite* [1996] 2 Cr. App. R.(S.) 295.

²³ In questi termini, WELLS, *Corporation and Criminal Responsibility*, cit., p. 162; GOBERT, *Corporate criminality: four models of fault*, 14 *Legal Stud.* [1994], p. 401; FISSE, *The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model*, 13 *Sydney L. Rev.* [1991], p. 278.

²⁴ Con riferimento alla teoria dell'immedesimazione afferma ad es. PERCY GARCIA CAVERO, *La Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas*, 26 *Derecho Penal y*

La strada suggerita da questi autori è, in effetti, l'unica possibile in questa prospettiva, vale a dire ricostruire un illecito dell'ente che sia autonomo e distinto da quello della persona fisica e questo non soltanto per quel che riguarda la colpevolezza (come suggerito da larga parte della dottrina europea), ma anche per quel che riguarda il fatto. In altri termini, proprio il profilo del rispetto del *ne bis in idem* mostra che anche il *fatto* della persona giuridica deve essere ricostruito autonomamente e che attraverso criteri semplicistici come quello della posizione significativa dell'autore dell'illecito all'interno dell'organizzazione non è possibile imputare neppure l'elemento materiale del reato alla persona giuridica²⁵.

In questa prospettiva, deve allora essere senz'altro letta anche la disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001 che, forse al di là delle intenzioni del legislatore (almeno per come espresse nella relazione di accompagnamento), presenta già elementi che consentono di ricostruire un *fatto* dell'ente che, pur ruotando attorno al reato della persona fisica, non si esaurisce in questo e presenta dei propri autonomi contenuti materiali ed offensivi²⁶.

Sarà allora interessante seguire gli sviluppi che ci saranno nell'ordinamento colombiano, in cui questo profilo è già così chiaramente delineato. Infatti, sebbene ancora non esista una disciplina generale della responsabilità da reato dell'ente collettivo, di recente sono state introdotte forme di responsabilità (formalmente) amministrativa della

Criminologia (2005), p. 144 che «El principal problema de este planteamiento es que impediría atribuir una responsabilidad conjunta a los órganos de la persona jurídica y a la persona jurídica misma. Si el órgano ha actuado como la persona jurídica, entonces no podrá imputársele ninguna responsabilidad penal al órgano, pues quien ha actuado en todo momento ha sido la persona jurídica. El uso abusivo de las formas jurídicas podría llevar a utilizar la persona jurídica de las corporaciones para liberar de responsabilidad penal a los sujetos individuales actuantes». Anche FERNANDO VELASQUEZ, *La Responsabilidad Penal de los Entes Colectivos en el Derecho Colombiano – A Proposito del Artículo 2 de la Ley 365 de 1997*, 19 *Derecho Penal y Criminologia* 31 (1997), afferma che è in ogni caso necessario curarsi di evitare duplicazioni sanzionatorie punendo sia la persona fisica che quella giuridica per il medesimo fatto.

²⁵ In generale, per una analisi della struttura dell'illecito dell'ente v. FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Torino, 2018, *passim* ma in particolare p. 177.

²⁶ In questo senso, FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2005, p. 5101 e, più di recente, ID, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2016, p. 633 e ss, nonché VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016, p. 208.

persona giuridica per fatti di reato, che prevedono come meccanismo di imputazione – di nuovo – essenzialmente la posizione significativa dell'autore dell'illecito²⁷. Ebbene, il legislatore si è curato di creare una responsabilità “quanto più possibile amministrativa”, ad esempio attribuendo la competenza all'irrogazione delle sanzioni non al giudice penale ma ad una autorità amministrativa. Tuttavia, la descrizione del fatto coincide esattamente con quella dell'analogata fattispecie prevista per la persona fisica, con l'unica aggiunta che questa deve ricoprire uno specifico ruolo all'interno della società. Lo stesso legislatore richiama in realtà tutti i principi penalistici, tra i quali espressamente quelli di responsabilità, proporzionalità della sanzione, giusto processo²⁸ e, d'altra parte, anche la Corte costituzionale colombiana ha più volte affermato che, al di là della formale qualificazione, si applicano i principi penalistici anche al diritto amministrativo c.d. sanzionatorio²⁹ e che la Costituzione colombiana non osta al riconoscimento di una responsabilità penale delle persone giuridiche purché ciò avvenga nel rispetto degli stessi principi che governano la responsabilità penale individuale, tra cui viene espressamente annoverato il divieto di *bis in idem*³⁰

Sarà allora interessante vedere se questa disciplina sarà ritenuta legittima anche sotto il profilo del rispetto del principio del *ne bis in idem* e se anche dal dibattito colombiano potranno emergere spunti che suggeriscano nel concreto un superamento di meccanismi di imputazione grossolani e antropomorfici, come quelli basati sulla mera posizione significativa dell'autore dell'illecito all'interno dell'organizzazione.

²⁷ Si tratta della ley n. 1778 del 2 febbraio 2016 «*por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*», che prevede un intero sistema normativo dedicato al tema della corruzione transnazionale delle persone giuridiche; nonché dell'art. 34 della ley n. 1474 del 12 luglio 2011, che prevede l'applicazione alla persona giuridica di sanzioni amministrative per i reati di corruzione.

²⁸ Così espressamente l'art. 1 ley n. 1778 del 2 febbraio 2016.

²⁹ Su questi profili, v. MERLANO SIERRA, *La identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa*, in *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Núm. 30, Dicembre 2008, pp. 343-360.

³⁰ Su questi profili, con particolare riferimento alla giurisprudenza cospicua della Corte costituzionale in materia, v. BAZZANI MONTÓYA, *Análisis Constitucional de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 22 *Derecho Penal y Criminología* (2001), p. 89.

Il regime cautelare a carico dell'ente nei principali sistemi sudamericani*

Elvira Nadia La Rocca, Naike Cascini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le cautele a carico dell'ente nel sistema normativo interno: cenni. – 3. Le misure cautelari a carico dell'ente nei principali sistemi sudamericani (Brasile, Argentina, Cile, Perù).

1. Premessa

Il D.lgs. n. 231 del 2001 regola la responsabilità amministrativa da reato dell'ente e contiene, per la disciplina delle misure cautelari, un sottosistema del tutto autonomo che riveste un'importanza cruciale nell'ambito del processo *de societate*, poiché è volto a prevenire l'irrogazione della sanzione definitiva in capo all'ente.

È la sezione IV dell'articolato del 2001 a delineare il sistema di cautele irrogabili all'ente nei confronti del quale si procede per responsabilità dipendente da reato, con il duplice scopo: da un lato, «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato» e, dall'altro, «paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati»¹. Al primo

* L'elaborato riproduce il testo della relazione in occasione del Convegno di studi su "Pene per l'individuo, pene per l'ente", tenutosi all'Università di Roma "La Sapienza" il 25-26 maggio 2018.

¹ Alle misure interdittive sono dedicati gli articoli dal 45 al 52 d.lgs. 231/2001, che disciplinano presupposti e condizioni, criteri di scelta, procedimento applicativo, vicende successive, durata e mezzi di impugnazione; alle cautele reali sono riservate due sole disposizioni (gli artt. 53 e 54), etero-integrate con la disciplina codicistica. Evidenzia la distonia PERONI, Il sistema delle cautele, in AA.VV., La responsabilità degli enti, a cura di Garuti, p. 246, il quale prefigura un «sistema cautelare tendenzialmente asimmetrico», preconizzando possibili problemi di coordinamento rispetto alle cautele reali.

obiettivo fa fronte lo strumento del sequestro conservativo, mentre la seconda esigenza viene perseguita mediante il sequestro preventivo e, ancor di più, tramite l'applicazione delle misure interdittive elencate dall'art. 45 d.lgs. 231/2001.

Guardando a queste ultime² ci si accorge come non integrino autonome figure cautelari, ma coincidano geneticamente con le sanzioni irrogabili in via definitiva. Non a caso, l'art. 45 citato prevede che al ricorrere di determinati presupposti, si debba procedere all'applicazione, quale misura cautelare, di una delle sanzioni previste dall'art. 9³ del medesimo D.lgs. n. 231 del 2001.

Ciò lascia trasparire la peculiarità non solo del sistema cautelare predisposto per la tipica procedura a carico dell'ente, ma di tutto l'impianto dedicato alla disciplina della responsabilità dipendente da reato dal legislatore del 2001, nella sua connotazione specialpreventiva. Anche per tale ragione, ed a differenza di quanto è stabilito dall'art. 274 c.p.p. per il regime delle cautele personali, l'unica esigenza cautelare evocata nel sistema del D. lgs. n. 231 del 2001 è quella che guarda alla pericolosità dell'ente ed al bisogno di prevenzione⁴. Si tratta di peculiarità giustificata dalla funzione strumentale alle finalità di prevenzione delle cautele stesse, che presidiano gli aspetti sostanziali della responsabilità delle persone giuridiche⁵ e della quale si rinviene traccia anche guardando alla disciplina oltre confine e, in particolare, a quella dei principali Paesi del sud America che presentano, come si potrà osservare, un regime sia pur differenziato ma, per finalità e funzioni, assai assimilabile a quello interno.

² FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*. In *Il processo de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2007, p. 106; MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1126; BALDUCCI, *Le misure interdittive nei confronti delle persone giuridiche nella prospettiva europea*, in *Libri di Archivio penali*, Roma, 2012.

³ Interdizione dall'esercizio dell'attività (lett. a); sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (lett. b); divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (lett. c); esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi (lett. d); divieto di pubblicizzare beni e servizi (lett. e).

⁴ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 456. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 47 s. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (d.lgs. 231/2001)*; Torino, 2005, p. 122; FIORELLA, *Intervento*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 5.

⁵ Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 457.

2. Le cautele a carico dell'ente nel sistema normativo interno: cenni

Avendo come punto di partenza la normativa interna, può osservarsi come la disciplina relativa alle misure cautelari predisposta dal D.lgs. n. 231 del 2001⁶ non possa definirsi completamente autonoma rispetto a quella delineata dal codice di procedura penale. Infatti, non sono previste né misure cautelari specifiche e diverse da quelle codificate, né assumono denominazioni diversificate quei provvedimenti cautelari di contenuto analogo alle sanzioni⁷.

La disciplina cautelare delineata collega l'applicabilità delle misure interdittive agli enti collettivi alla sussistenza dei due presupposti classici, mutuati dal codice di rito e dalla disciplina prevista per l'applicazione delle cautele personali, e cioè il "*fumus commissi delicti*" e l'esigenza di prevenzione dalla commissione di ulteriori illeciti.

Quanto al presupposto di gravità indiziaria, può estendersi anche al procedimento a carico delle persone giuridiche il significato insito nella nozione già contenuta nell'art. 273 c.p.p. Per gravi indizi di colpevolezza si intendono tutti quegli elementi a carico di natura logica o rappresentativa la cui consistenza consente di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di nuovi elementi, saranno idonei a dimostrare [la] responsabilità, fondando nel frattempo [...] una qualificata probabilità di colpevolezza"⁸.

Se, tuttavia, il *fumus commissi delicti* non assume tratti specializzanti per quanto concerne la sua definizione, il percorso valutativo che il giudice è chiamato a compiere si presenta, nello specifico contesto, assai più articolato rispetto a quello necessario per le cautele personali.

Primariamente poiché tra le esigenze cautelari considerate dall'art. 45 non figura né quella funzionale ad evitare l'inquinamento probatorio, né quella volta a contrastare il pericolo di fuga dell'imputato, ma viene prevista solo un'esigenza di prevenzione dalla commissione di altri illeciti. L'art. 47, comma 2, dell'articolato del 2001 prevede che

⁶ MANNA, *la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, un primo sguardo d'insieme*, in *Cass. pen.*, 2003 p. 517

⁷ Alla stregua di quanto fatto dal legislatore del codice riguardo ai binomi reclusione/arresto-custodia cautelare in carcere, arresti domiciliari-detenzione domiciliare.

⁸ Obbligato il riferimento a *Cass., Sez. un.*, 21 aprile 1995, Costantino ed altro, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2837 Con riferimento agli enti, da *Trib. Milano* 14 dicembre 2004, *Soc. C.*, in *Foro it.*, 2005, p. 357 e *G.i.p. Tribunale Roma*, 21 novembre 2002, *F.*, in *Foro it.*, 2004, p. 326.

quando la richiesta di applicazione della misura cautelare sia presentata fuori udienza, ipotesi che comprende in primo luogo la fase delle indagini preliminari, il giudice debba procedere ai sensi dell'art. 127 c.p.p., in camera di consiglio, sentite le parti⁹. Successivamente alla richiesta avanzata dal pubblico ministero, il giudice fissa l'udienza al fine di discutere circa l'applicazione della misura. A questa udienza potranno partecipare, oltre al pubblico ministero, l'ente e il suo difensore, ai quali deve essere consentito il tempestivo esame della richiesta e degli elementi sui quali si fonda. Sul punto deve evidenziarsi che il contraddittorio assume un ruolo centrale nella applicazione delle misure cautelari interdittive. La struttura bifasica del procedimento applicativo delle misure viene superata però dalle disposizioni contenute nel citato art. 47, commi 2 e 3, in quanto introducono il contraddittorio in una fase antecedente all'emanazione del provvedimento preventivo, così perdendo la peculiarità di "atto a sorpresa" che generalmente contraddistingue le cautele. In tal modo il contraddittorio non è differito, non segue, cioè, una decisione già assunta, ma è anticipato in funzione della stessa decisione circa l'applicazione della misura richiesta. Infatti, solo dopo aver udito le parti contrapposte il giudice è in grado di pronunciare una decisione, la quale deve esser presa a seguito del vaglio sui presupposti richiesti dalla complessa fattispecie oggetto dell'accertamento incidentale che si avvantaggia del contributo dialettico di ciascuna parte. In questo caso "la dialettica tra le parti costituisce lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica; la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria, con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilateralmente reperito"¹⁰. Nel sistema delle misure cautelari, l'orizzonte conoscitivo del giudice, ai fini della decisione, è definito dunque da due elementi fondamentali: da un lato la richiesta del pubblico ministero, dall'altro le "ragioni" della persona giuridica raggiunta dal provvedimento cautelare.

⁹ FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit. 457.

¹⁰ *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, consultabile in www.studiolegale231.it.

La maggiore complessità della decisione del giudice circa l'irrogazione di una misura cautelare per l'ente non è altro che l'inevitabile conseguenza della struttura composita che caratterizza l'illecito attribuibile all'ente. Se la sottoposizione a cautela presuppone una prognosi sulla responsabilità del soggetto collettivo, tale giudizio prognostico non può che investire i molteplici elementi che concorrono a fondarla.

Procedendo oltre nell'analisi, emerge che nel sistema cautelare dedicato non compare una disposizione analoga a quelle contenute dagli articoli 280 e 287 del codice di rito¹¹. L'art. 45 del D. lgs. n.231 del 2001, infatti, si limita a sancire l'impiego delle sanzioni interdittive come misure cautelari senza, però, specificare quali illeciti contestati all'ente – o meglio quali tra le ipotesi delittuose che stanno alla base della fattispecie complessa imputabile all'ente – consentano l'intervento cautelare, nonché se a ciascuno dei reati presupposto conseguano tutte le tipologie sanzionatorie contemplate dall'art. 9 dell'articolato del 2001.

Cosicché non tutte le fattispecie comprese nel catalogo normativo consentono il ricorso all'armamentario interdittivo: molte vengono sanzionate con la sola pena pecuniaria¹², altre comportano l'applicazione di alcune soltanto tra le sanzioni interdittive meno gravose, con esclusione di quelle più onerose¹³.

La ricostruzione più corretta appare quella che eleva la questione dei limiti di applicabilità delle misure cautelari a pregiudiziale indefettibile rispetto alla verifica circa la sussistenza della gravità indiziaria e del pericolo di reiterazione criminosa.

Si recupera così il rispetto di quel presupposto che nel codice di rito trova espressione negli articoli 280 e 287 e che, invece, non risulta esplicitamente sancito nel *corpus* della normativa speciale, pur essendo enucleabile dai principi fondanti il sistema cautelare. Deve pertanto

¹¹ Come noto, tali disposizioni prevedono, per le misure cautelari personali, limiti di applicabilità collegati alla misura della sanzione stabilita, individuando così una griglia di fattispecie in relazione alle quali, ricorrendo gli altri presupposti, è consentito l'uso dello strumento coercitivo.

¹² Si tratta delle fattispecie di cui agli artt. 318, 321 e 322 commi 1 e 3 c.p.; i nuovi reati in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato e tutti i reati societari, tra cui rientrano fattispecie che avrebbero meritato un trattamento sanzionatorio più severo (per questa opinione FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 467).

¹³ Ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 316 *bis*, 316 *ter*, 640 co. 2 n. 1, 640 *bis* e 640 *ter* c.p. non comportano l'applicazione della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione e revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito.

propendersi per la preclusione dell'applicazione dell'interdizione in via cautelare qualora il titolo di reato non rientri fra quelli per cui è espressamente prevista l'interdizione come sanzione¹⁴.

Per quanto attiene al potere decisorio conferito al giudice per la valutazione circa l'applicazione della misura, l'art. 46 del D.lgs. n. 231 del 2001 indica alcuni requisiti sui quali appuntare il giudizio.

Tali criteri di scelta delle misure risultano non dissimili da quelli che il codice di rito disciplina con riferimento alle cautele personali, anche se vi sono alcuni opportuni adattamenti. Il primo criterio che viene in considerazione è quello di idoneità: il dovere del giudice è quello di valutare la specifica funzionalità della misura richiesta a scongiurare i *pericula* sussistenti nel caso concreto; in secondo luogo, la valutazione del giudice dovrà essere orientata da un criterio di proporzione rispetto al fatto contestato ed alla sanzione applicabile all'ente in via definitiva; da ultimo, la decisione dovrà tener conto dell'adeguatezza della cautela, con riferimento all'interdizione dall'esercizio dell'attività¹⁵.

3. Le misure cautelari a carico dell'ente nei principali sistemi sudamericani (Brasile, Argentina, Cile e Perù)

Guardando alla disciplina oltre confine e, in modo peculiare, a quella dei Paesi del sud America, ci si accorge come la fisionomia della responsabilità delle persone giuridiche dipendente da reato sia qualcosa di inedito nel panorama giuridico: sconosciuta fino al passato più recente, si è evoluta rapidamente per combattere soprattutto l'incidenza dei fenomeni corruttivi nel rispetto di Accordi e Carte internazionali.

Soffermando l'attenzione su quattro ordinamenti – Brasile, Argentina, Cile e Perù – è agevole, stante anche l'evoluzione normativa, tracciarne alcuni tratti salienti con particolare riguardo alla disciplina delle cautele e delle misure preventive adottabili nella prima fase di accertamento della responsabilità dipendente da reato degli enti.

¹⁴ COMPAGNA, *L'applicazione di misure cautelari nei confronti degli enti collettivi*, nota a Tribunale di Milano, 28 aprile 2004 in *Giur. Merito*, 2005, p. 1616; si veda anche PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi di accertamento della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2006.

¹⁵ *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, cit.

Per quanto riguarda il Brasile, deve sottolinearsi che la responsabilità penale delle persone giuridiche era originariamente prevista solo in casi eccezionali, legati alla commissione di crimini contro l'ambiente¹⁶.

Più precisamente, le caratteristiche di un gerarchico modello organizzativo e principio di divisione del lavoro inerente all'attività aziendale hanno sempre ostacolato l'identificazione degli individui responsabili delle infrazioni. Ciò ha favorito una politica criminale di responsabilità della persona giuridica per evitare l'impunità. Proprio con precipuo riferimento ad alcuni tipi di reati come l'inquinamento e la deforestazione perpetrati dalla persona giuridica è stata concepita la possibilità di applicare delle misure limitative dei diritti come l'interruzione delle attività (che corrisponde allo schema della interdizione).

La situazione di partenza, tuttavia, sembra essere cambiata con le novità introdotte dalla legge n. 12.846/2013¹⁷, denominata legge anti-corruzione, che ha stabilito un nuovo modello sanzionatorio per le persone giuridiche coinvolte in atti illeciti di corruzione e che ha coinvolto tutti i Paesi del sud America.

Per la persona giuridica da condannare al pagamento di una multa sarà sufficiente una relazione di attribuzione dell'atto illecito, indipendentemente dall'indagine sulla sua colpevolezza con incidenza anche sulla possibilità di applicare una misura preventiva prescindendo dal *fumus commissi delicti*.

In questo modo, in linea con gli impegni assunti dallo Stato brasiliano nel modello della lotta alla corruzione attraverso il rafforzamento della legge, la responsabilità della persona giuridica per atti di corruzione è stata creata quasi con una rinuncia alla prova di colpevolezza. Tuttavia, questo scenario creato dalla legge n. 12.846/13 ha

¹⁶ Ai sensi dell'articolo 3 della *legge n. 9605/1998* (reati ambientali), la responsabilità penale delle società viene attivata quando un reato è: (i) commesso in base a una decisione dei suoi rappresentanti legali o del consiglio di amministrazione; e (ii) commessi nell'interesse della società o a suo vantaggio. Oltre alla responsabilità penale, i reati ambientali possono anche comportare responsabilità amministrative e civili. La Corte Suprema brasiliana ha recentemente deciso che la responsabilità penale delle società è indipendente dalla responsabilità penale della persona che ha commesso, o in qualche modo assistito, il reato. Ciò significa che anche se le autorità non perseguono le persone coinvolte in un crimine ambientale, le autorità possono avviare procedimenti penali contro la società se ritengono che i requisiti legali della Sezione 3 della *legge federale n. 9.605 / 1998* siano soddisfatti.

¹⁷ *Clean Companies Act*.

caratteristiche che superano la sfera della responsabilità amministrativa in modo che la sua natura giuridica dovrebbe essere analizzata sotto un prisma materiale e non solo formale.

La Corte Suprema brasiliana ha recentemente stabilito che la responsabilità penale delle società è indipendente dalla responsabilità penale della persona che ha commesso, o in qualche modo ha contribuito a commettere, il reato. Ciò significa che anche se le autorità non perseguono le persone coinvolte in un crimine, possono avviare procedimenti penali contro la società se ritengono che siano soddisfatti i requisiti di legge della sezione 3 della legge federale che contiene il sistema di reati e pene.

Tuttavia, atti criminali di individui possono innescare responsabilità amministrative o civili per una società.

I principali reati da cui può derivare la responsabilità amministrativa sono quelli di corruzione, reati fiscali, reati contro i consumatori. Per questi è prevista la possibilità di applicare cautele e misure preventive.

Oltre a quanto appena delineato, appare interessante da analizzare sul tema un ulteriore segmento di legislazione, ovvero, la legge n. 8666/93 ("Legge sugli appalti pubblici"), che regola i contratti con la pubblica amministrazione: in caso di sospetto di reati di corruzione è prevista l'interdizione temporanea della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione stessa e, in tali casi, le autorità competenti rilasciano un certificato di ineleggibilità [*Declaração di inidoneidade*], che costituisce un divieto ufficiale di celebrare i contratti con la pubblica amministrazione (comunale, statale e a livello federale) per un periodo di tempo certo. Secondo questa legge, le sanzioni vengono applicate attraverso diversi canali.

In primo luogo, l'autorità pubblica responsabile della procedura di gara, a livello comunale, statale o federale, applica la sanzione. In alternativa, le sanzioni possono essere imposte da un altro organismo interno della pubblica amministrazione, l'ufficio del controllore [*Controladorias*] o un ente esterno, come le Corti dei conti [*Tribunais de Contas*].

Quindi si tratta di un modello giuridico procedurale diverso da quello disciplinato dal codice di rito italiano e dal testo che disciplina la responsabilità dell'ente che a quest'ultimo fa riferimento (D. Lgs. n. 231 del 2001).

La dottrina ed i commentatori hanno evidenziato come queste leggi siano chiaramente insufficienti per stabilire un efficace sistema di

deterrenza contro la corruzione¹⁸. L'attuale codice penale sembra non essere in grado di stabilire un sistema efficiente di responsabilità penale per le società che commettono tali tipologie di reato.

Invero, sebbene imponga le sospensioni temporanee dalla contrattazione con la pubblica amministrazione, la legge 8.666/93 è troppo limitata nel suo campo di applicazione per poter cambiare lo *status quo*. La legge sulla cattiva condotta amministrativa, la cui portata è più generale, non sembra punire le società corrotte, per gli *standard* attualmente in vigore sull'onere della prova. Non senza ragione gli esperti dell'OCSE hanno recentemente concluso che in Brasile manca di un adeguato quadro giuridico dotato di sanzioni dissuasive per stabilire un sistema efficace contro la corruzione societaria.

Ad ogni modo esiste un sistema di misure anche applicabili in via cautelare e precauzionale a fronte del sospetto di determinati fatti criminali anche diversi dalla corruzione.

Anche nel sistema brasiliano vi è un'osmosi tra misure precauzionali e sanzioni, nel senso che alcune misure che costituiscono anche pene possono essere applicate "nel frattempo".

Si rintraccia, inoltre, un forte utilizzo di misure interdittive e di misure patrimoniali (quali sequestro, confisca e sequestro conservativo per il risarcimento del danno nel caso di reati commessi ai danni dei consumatori).

Tra le misure che sono assimilabili alle nostre interdittive troviamo la sospensione parziale o totale delle attività, l'interdizione temporanea del sito (nel caso di reati ambientali), la sospensione dell'esecuzione di contratti con il governo, la sospensione degli incentivi fiscali, l'interdizione delle attività commerciali, il divieto di ottenere linee pubbliche di credito o divieto di contrattare con le autorità pubbliche. Inoltre, possono essere imposte misure provvisorie a seconda del tipo di responsabilità e delle circostanze del caso¹⁹.

La legge Antitrust stabilisce anche che le autorità Antitrust possono imporre misure provvisorie per garantire che la condotta oggetto dell'inchiesta sia interrotta e la normativa ambientale consente l'imposizione di misure provvisorie quali, ad esempio, la sospensione parziale delle attività o l'interdizione temporanea del sito.

¹⁸ V. F. TODOROV, *Corporate Liability in Brazil*, in www.globalcompliancencnews.com.

¹⁹ Ad esempio, i pubblici ministeri possono chiedere di congelare i beni aziendali al fine di assicurare il pagamento dell'ammenda o del risarcimento dei danni in un'indagine sulla corruzione.

La competenza giudiziaria per l'accertamento della responsabilità e delle sanzioni applicabili alla società varia in base a ciascun tipo di responsabilità.

L'esposizione della disciplina brasiliana appare come un susseguirsi di regole, senza alcun collegamento, che rendono difficile individuare il regime procedurale per le ipotesi di responsabilità della persona giuridica.

In Argentina, a differenza di altre normative latino-americane che trattano questa materia, la legge rende penalmente responsabili i soggetti giuridici, ma non prevede alcuna responsabilità amministrativa, come avviene ad esempio nel *Clean Companies Act* del Brasile (legge n. 12.846). Pertanto, il regime argentino dovrebbe, in linea di principio, fornire maggiori garanzie agli indagati.

Il 1° dicembre 2017, il Congresso Nazionale dell'Argentina ha promulgato la Legge n. 27.401 che stabilisce il quadro giuridico per la responsabilità penale e amministrativa delle società per la corruzione domestica e transnazionale, il traffico di influenze illecite, la partecipazione all'arricchimento illecito di funzionari pubblici e la falsificazione di libri e documenti al fine di nascondere tali reati. La nuova legge è in vigore dal marzo 2018.

La legge n. 27.401 stabilisce che i soggetti giuridici possono essere ritenuti responsabili per l'impegno diretto o indiretto dei suddetti reati, commessi con il loro intervento o nel loro nome, interesse o vantaggio, dai propri dipendenti o da terzi, indipendentemente dal fatto che ci sia un'autorizzazione formale, a condizione che la persona giuridica abbia ratificato espressamente o tacitamente l'atto.

Gli organismi di regolamentazione in genere hanno il potere di richiedere relazioni a diversi enti pubblici e/o privati che possono disporre di informazioni pertinenti. Le misure limitative dei poteri e delle libertà del soggetto giuridico devono essere ordinate da un giudice.

Tutte le misure che interferiscono con i diritti fondamentali, quali l'inviolabilità del domicilio o della corrispondenza, comprese le autorizzazioni per intercettare la posta o emettere mandati di perquisizione, sono soggette a riserva di giurisdizione.

Sono previsti ordini per controllare direttamente la gestione della società al fine di evitare la commissione di frodi aziendali. Mentre questo potere è raro sia gestito da un tribunale penale, è l'Ispettorato generale di giustizia (RPC) che può disporre, anche intervenendo in cause civili e commerciali.

Nel sistema argentino sono i giudici federali a condurre indagini in merito al reato di corruzione ed hanno ampi poteri di intervento, così come prevede e disciplina il codice di procedura penale. I giudici possono richiedere rapporti ad agenzie pubbliche e private, che devono rispettare tale richiesta, pena l'irrogazione di sanzioni penali per la disobbedienza; ordinare numerose misure procedurali e precauzionali, volte ad evitare e impedire l'ostruzione alle indagini e la fuga di criminali. Di solito, quando le informazioni sono richieste alle entità finanziarie, è necessario che il giudice incida innanzitutto sul segreto bancario concordato contrattualmente tra le banche e i loro clienti. Questo non significa la divulgazione di informazioni riguardanti i sospettati. Può essere disposta la detenzione dell'accusato, il divieto di lasciare il Paese, il sequestro ed il congelamento di beni preceduti da un mandato di perquisizione, la confisca dei beni²⁰.

In Perù si rinvenivano molteplici tratti di somiglianza con il sistema italiano.

A partire dal 2017 è stata introdotta una normativa apposita²¹ a stabilire che le persone giuridiche saranno ritenute responsabili per determinati reati quando questi sono commessi per proprio conto o per il loro beneficio diretto o indiretto dalle seguenti persone: (i) i loro soci, direttori, dirigenti o rappresentanti legali, compresi quelli delle loro affiliate o controllate; e (ii) le persone che, essendo sottoposte al controllo delle persone sopra menzionate, hanno commesso il reato secondo le loro istruzioni o autorizzazioni, o in conseguenza della mancanza di supervisione, monitoraggio e controllo su di esse.

La responsabilità per la persona giuridica può sorgere per reati di corruzione e riciclaggio, oltre che per quelli di finanziamento del terrorismo.

Quanto alla disciplina relativa alle cautele, è espressamente stabilita la possibilità di ricorrere a misure precauzionali.

Ai sensi dell'articolo 313 del *codice processuale peruviano*, il giudice penale, su richiesta di una parte legittima, può ordinare misure preventive nei confronti della persona giuridica, quali la chiusura temporanea parziale o totale dei suoi locali, la sospensione temporanea di tutte o parte delle sue attività, la nomina di un rappresentante o dirigente giudiziario, la sottomissione alla sorveglianza giudiziaria,

²⁰ Questa legge segue ampiamente gli *standard* internazionali stabiliti dalla *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) degli Stati Uniti, dal *Bribery Act* britannico, dalla *Brazilian Companies Act*.

²¹ Il decreto legislativo n. 1352/2017

l'annotazione o registrazione del procedimento penale nei registri pubblici della persona giuridica. Oltre alle misure di cui all'articolo 313-A del *codice processuale peruviano*, il giudice penale può ordinare, quali misure precauzionali, il divieto di condurre attività della stessa classe o natura di quelle per le quali il reato è stato commesso, favorito o coperto, e il divieto temporaneo di contrattare con il governo. Inoltre, ai sensi dell'articolo 316 e seguenti del *codice processuale peruviano*, il pubblico ministero o la polizia hanno il diritto di ordinare il sequestro degli effetti derivanti dalla commissione del reato, degli strumenti con cui è stato eseguito, nonché degli oggetti relativi a un crimine, nel caso ci sia il rischio che questi vengano distrutti o eliminati²².

Nel sistema peruviano la valutazione del giudice è incentrata esclusivamente sulla sufficienza probatoria idonea a ritenere applicabile una misura cautelare, oltre che sulla sussistenza dell'esigenza di porre fine alla permanenza o al prolungamento degli effetti nocivi del reato, ma anche e soprattutto, del pericolo di inquinamento probatorio. Infatti, sempre l'art. 313, prevede che l'applicazione della misura cautelare sia subordinata all'esistenza di un pericolo concreto che "la persona giuridica possa ostacolare l'indagine".

In merito ai criteri di scelta della misura da applicare, la disciplina appare molto simile a quella italiana. Infatti, sia nel sistema peruviano che in Italia il giudice dovrà tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; ogni misura quindi dovrà essere proporzionata sia all'entità del fatto sia alla sanzione che si ritiene potrà essere applicata all'ente.

Senonchè, il codice di rito peruviano richiede al giudice un ulteriore accertamento, teso a verificare se queste misure siano essenziali anche per prevenire i rischi di insolvenza o di occultamento di proprietà.

Anche in relazione al procedimento applicativo il sistema peruviano rimanda al codice di rito, nello specifico all'art. 316 del codice di procedura penale peruviano, il quale prevede che il p.m. o la polizia sono autorizzati a disporre il sequestro degli effetti derivanti dal reato o degli strumenti con cui è stato eseguito, e nel caso in cui vi

²² Di recente è stato stabilito dal d.lgs. n. 957, che per il *delito de cohecho activo transnacional* oltre a queste misure il giudice potrebbe applicarne anche altre e diverse, quali il divieto di attività future della stessa specie o della stessa natura di quelle con cui l'esecuzione del reato sarebbe stato commesso, favorito o celato, ed il divieto temporaneo di stipulare contratti con lo stato

sia pericolo di ritardo, i suddetti oggetti possono essere sequestrati nel corso delle indagini svolte dalla polizia o dall'ufficio del pubblico ministero²³. Quanto alla durata massima, nel sistema peruviano le misure cautelari non dureranno più della metà del tempo previsto per le misure temporanee di cui all'articolo 105 del codice penale, e cioè per un tempo non superiore a cinque anni.

Guardando infine al sistema cileno, bisogna tenere in considerazione la legge n. 20.393, pubblicata in Gazzetta ufficiale il 2 dicembre 2009, la quale stabilisce "la responsabilità penale per le persone giuridiche derivanti da determinati reati quali il riciclaggio di denaro, il finanziamento del terrorismo nonché la corruzione". Come in Perù l'area della responsabilità per l'ente risulta circoscrivibile a reati di particolare allarme.

Nell'analisi del sistema cileno, che differisce dal sistema nazionale, la legge si mostra piuttosto riluttante alla concessione di provvedimenti cautelari quando si procede per l'accertamento della responsabilità della persona giuridica. In linea di principio non è specificata, nella legislazione dedicata, alcuna opzione che consenta l'applicazione di misure cautelari. Tuttavia, nel contesto di una potenziale indagine penale contro una società, le parti colpite dal reato, che hanno presentato le loro denunce penali come vittime, possono chiedere al Tribunale penale tali provvedimenti in base alle regole generali del *Codice di procedura penale*. La ragione di simile peculiarità è probabilmente ancorata alle modalità procedurali a cui può ricorrersi per una più celere risoluzione delle procedure che hanno ad oggetto la responsabilità di persone giuridiche.

La legge prevede una forma di patteggiamento, vale a dire un *procedimento sommario* (*procedimiento abreviado*), a cui può ricorrersi nel caso in cui le sanzioni richieste dal pubblico ministero (indistintamente, procuratore distrettuale) non siano al livello delle pene più severe stabilite dalla legge. Questa alternativa comporterà il riconoscimento dei fatti dell'accusa da parte della società e, di conseguenza, terminerà normalmente in una sentenza di condanna; tuttavia, l'incentivo a tale riconoscimento è che il Tribunale penale non sarà in grado di imporre sanzioni più gravi di quelle proposte dal pubblico ministero.

²³ Successivamente all'avvenuto sequestro il procuratore richiederà immediatamente al giudice di deliberare un provvedimento di conferma del sequestro, il quale sarà emesso senza formalità entro due giorni.

La legge prevede anche la possibilità di applicare una soluzione di risoluzione alternativa preprocessuale all'inchiesta penale, denominata sospensione condizionale della procedura.

La sospensione condizionale della procedura può essere decretata, a condizione che non esistano condanne precedenti e che non esistano altre sospensioni condizionali che coinvolgono l'entità giuridica accusata.

Alcune delle condizioni che possono essere imposte per questa sospensione – che non possono essere stabilite per un periodo inferiore a sei mesi o per un periodo superiore a tre anni – sono il pagamento di un importo specifico a favore dello Stato, l'impegno a fornire un servizio specifico per la comunità, l'impegno ad informare periodicamente della propria situazione finanziaria, l'attuazione di un programma per rendere efficace il modello di organizzazione, gestione e monitoraggio di cui all'articolo 4 dello statuto, il soddisfacimento di altre condizioni appropriate alla luce delle circostanze del caso specifico debitamente proposte e giustificate dall'Ufficio del Procuratore Distrettuale.

PARTE IV

LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA
SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO E DEL DIRITTO CIVILE

Sulla pena. Brevi riflessioni, a partire dal pensiero di Giuliano Vassalli

Luisa Avitabile

1. Nel panorama giuridico italiano del '900 emerge la figura di Giuliano Vassalli, autore di opere di diritto penale, ma anche di riflessioni giuridiche che si collocano nel solco di quella tradizione tedesca dove il filosofo del diritto insegna una materia di diritto positivo. La panoramica delle sue opere mostra intense pagine di rilievo speculativo verso la riflessione e la critica, tali da potersi pensare ad una filosofia del diritto penale.

Come usava alla «Sapienza» in quel periodo, intorno ad un Maestro si incentrava la recente storia del Paese e la cultura del pensiero che alimentava la didattica, nel tentativo di trasmettere il senso dei saperi giuridici¹.

Ogni Istituto della «Sapienza», e quello di diritto penale non fa eccezione, è il fulcro di un incrociarsi costante tra cultura europea, nord e sud americana, in cui lo studioso, nel discutere della centralità del diritto nell'ordinamento giuridico, pone il problema significativo della persona. Giuliano Vassalli non è da meno, da penalista aggiunge un *quid pluris* che lo pone in una linea di condivisione teorica con Gustav Radbruch², sul quale pubblicherà, nel 2001, il libro *Formula di Radbruch e diritto penale*.

¹ Nell'Archivio Giorgio del Vecchio, custodito nell'Istituto di Filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza", è conservato l'epistolario intercorso tra Giorgio Del Vecchio e Giuliano Vassalli, testimone di un rapporto incentrato, oltre che sulla reciprocità delle opinioni scientifiche, anche su questioni accademiche che fanno esprimere a Vassalli parole di gratitudine e di devozione.

² Considerato un umanista, filosofo del diritto, giurista, Gustav Radbruch precorre l'itinerario speculativo di Vassalli, avviando un'interpretazione dei concetti di giuridicità e di pena, attraverso la lettura delle pagine kantiane, declinate secondo un peculiare versante neokantiano, con una dialettica in grado di costituire l'epicentro di originali riflessioni antropologico-giuridiche. Nell'ambito di una genealogia delle riflessioni, non bisogna dimenticare l'influenza sugli studiosi tedeschi ed italiani delle opere di Anselm Feuerbach, in particolare *Revision der Grundsätze und*

La misura della pena vista, in modo puntuale e diffuso, come insufficiente, se considerata nella sua autoreferenzialità, è presente in ogni ordinamento, Stato di diritto e comunità giuridica. Vassalli non prescinde dalla dimensione qualitativa del diritto penale, teorizzando così una polifunzionalità della pena, orizzonte ermeneutico che include tre momenti: il principio di legalità, quello di responsabilità e quello di rieducazione, tessuti in una linea orizzontale speculativa non priva di problematiche. In una linea verticale cronologica, Radbruch, lungo una prospettiva che risente delle influenze della Scuola di Marburgo, discute di idea, certezza e finalità del diritto.

Tre *a priori* che non possono andare disgiunti e che, incontrando il limite – secondo Vassalli – di una Costituzione antropologicamente aperta³, vedono nella persona un'eteroreferenza, peculiare e imprescindibile, marcatura essenziale della legalità⁴.

In questa *Weltanschauung* va considerata la trasformazione della pena⁵, da puro evento punitivo in riesame dell'identità della persona, nitidamente elaborata e discussa in direzione della non completamente esplicitata dignità, significativamente presente anche nella figura del reo.

Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Si tratta di due volumi il primo del 1799 il secondo del 1800, scritti nel periodo jeneso che costituiscono un rilevante contributo alla scienza del diritto penale sottoposta appunto ad una generale Revision. A.J. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grunbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Aalen, 1966, p. XXV, p. 23. Si ricorda, per inciso, anche l'opera di Ludwig che, nella ricostruzione del pensiero paterno, ripropone alcune tesi sul diritto penale: L. FEUERBACH, *Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften*, GW, XII; vd., G. RADBRUCH, *Die Feuerbachs. Eine geistige Dinastie*, in Id., *Gesamtausgabe* 6, Heidelberg, pp. 328-355 Inoltre, per l'origine della pena vd. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 21 e p. 10. Ritieni che originariamente «ai primordi dell'umana civiltà» la pena sia «reazione della società nei confronti di azioni atte a turbare le condizioni di vita del singolo individuo o dei gruppi di individui già presenti; ma reazione cieca, adeguata solo agli istinti e agli impulsi, non determinata dalla rappresentazione di uno scopo». Vd. per una comparazione G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Scritti giuridici*, vol. III, p. 269; anche W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, cit., pp. 195 e ss.

³ G. VASSALLI, *Costituzione, Sistema penale e diritti dell'uomo*, in *Ultimi Scritti*, Milano, 2007, p. 519 e ss.

⁴ Cfr. B. ROMANO, *Senso e differenza nomologica*, Roma, 1993; G. VASSALLI, *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 197, vol. III, pp. 17-30.

⁵ Si pensi alla *Prolusione* letta da Giuliano Vassalli all'Università di Roma il 14 Dicembre 1960, in *Giuliano Vassalli* (a cura di F. Palazzo), Roma-Bari, 2010, p. 79; per un approfondimento sul concetto di rieducatività della pena, vd. A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 97-110.

L'apparente giustificazione di una giustizia repressiva, motivata da scelte storicizzate, non è accettata da Vassalli, ma semplicemente descritta con apparente distacco: «finita la guerra, seguì con la punizione dei crimini contro l'umanità una esplosione di giustizia repressiva». Dalla critica nei confronti dell'adozione di sistemi oppressivi deriva una ricentralizzazione della qualità della pena e del diritto penale. Se la repressione si manifesta inizialmente come un sostituto efficace dell'azione punitiva, ad un'analisi più attenta risulta evidente l'erosione e il degrado messo in atto nei confronti della finalità qualitativa della pena che Vassalli individua, in modo rigoroso, nella 'risocializzazione', tema trattato da Radbruch sotto forma di rieducazione, in quanto problematizzazione del castigo e dell'eliminazione anche fisica che, «reclamati sostanzialmente da tutti i popoli anche se applicati da organismi di discutibile competenza»⁶, rischiano di diventare il significato principale sul quale muoversi nella contingenza, all'insegna di derive demagogiche e populiste.

Se si osserva la fisionomia storico-geo-politica è evidente che la questione della pena diventa elemento determinante soprattutto nei regimi totalitari dove, attraverso lo statuto repressivo afflittivo, invade l'idea del punire e si sostituisce al concetto di rieducare. È utile precisare che, nell'orizzonte riflessivo giuridico, la pena può essere discussa solo a partire da un orientamento retributivo/punitivo che ne preservi la qualità, chiarificando così il portato della sua misura e il reale valore attribuito alla dignità della persona

È Vassalli stesso a ricordare che, subito dopo la guerra, se da una parte, sopraggiunge una molteplicità di possibilità per motivare l'azione del punire anche sotto il profilo più strettamente oppressivo, dall'altra si rende necessario posizionare il concetto della pena su un piano di prassi e di azione che non si discosti dalla realtà sociale⁷, dalla persona e dall'idea del giusto, non come vendetta ma come equità nel preservare la compagine sociale, evitando il *bellum omnia contra omnes*.

La necessità di garantire la struttura della società è una delle cause per attivare e marcare significativamente l'«intero sistema dei mezzi di lotta contro il reato». Il che deve far pensare a possibilità limitative all'affermarsi della vendetta, scardinando il concetto di 'farsi giustizia da sé', consegnato nelle mani dei privati. Sempre entro i confini di

⁶ G. VASSALLI, *Prolusione*, in Id., *Giuliano Vassalli*, cit., p. 79.

⁷ *Ibidem*.

questa necessità, lo Stato assume, come guida significativa, quel «criterio del giusto» che Vassalli – nel proficuo tentativo di considerare significativo l'apporto della morale al diritto – fa scaturire proprio da «una profonda esigenza morale», pervasiva delle relazioni interpersonali che pongono la pena all'interno di un *ordo dignitatis*.

La motivazione che lo conduce a stemperare le pretese giuridiche attraverso il piano morale e, allo stesso tempo, a limitare la possibile invadenza dell'etica, è determinata dall'assunto che «un diritto penale fondato su esigenze assolute di giustizia ... rischierebbe di tornare a confondere la morale con il diritto, la religione con i bisogni dell'organizzazione sociale, e si annullerebbe la incancellabile conquista rivoluzionaria espressa dall'Assemblea costituente nell'Ottantanove»⁸. Questo porta ai caratteri di autonomia e specificità del diritto, in una parola, sul piano assiologico diventa determinante discutere del 'giuridico' strutturato anche da elementi appartenenti alla morale, orientamento che appartiene anche a Radbruch.

Qual è l'idea di giustizia trasfusa nel diritto penale? Si tratta di un'idea che ha il dovere di ricorrere non solo ad un concetto di *pena retributiva*, il che significa produrre una sofferenza proporzionata all'atto commesso e inflitta in virtù di esso, all'autore, che rimane per sempre una persona.

In caso di articolata e torturante afflizione non si pensa al futuro del reo, ridisegnato attraverso la rieducazione o la funzione pedagogica della pena, ma solo al ristabilimento di un equilibrio rotto dall'azione controggiuridica, realizzata da un individuo che vede davanti a sé solo la punizione⁹ che, una volta eseguita, non lascia nulla se non il volere del fato. Sembra di assistere – in questo caso – ad un effetto meramente sanzionatorio, un tentativo di ripristino della situazione precedente all'atto, in linea sia con il castigo che con la vendetta. È intuitivo che lo Stato, in tal caso, rischierebbe di non assolvere alla sua funzione di istituzione pubblica, terza, ma di rispondere solo a interessi pseudo-privatistici che si risolvono in un *do ut des* di natura economico-sociale.

D'altra parte, come ricorda Vassalli¹⁰, le critiche mosse al principio rieducativo della pena assumono caratteri di diverso tipo: filosofico, vale a dire inclusione di una determinata visione critica della pena;

⁸ *Ivi*, p.80.

⁹ *Ivi*, p.81. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Id.*, *Giuliano Vassalli*, cit., p. 91 e ss.

¹⁰ Sulla figura di Vassalli, cfr. G. VASATURO, *I principi del diritto penale nella dottrina di Giuliano Vassalli*, Roma, 2011.

scettico, palesato da un evidente disconoscimento delle reali possibilità dell'essere umano; pessimistico, ossia legato alla natura del 'male radicale' e della sua declinazione nella volontà di commettere atti riprovevoli; delegittimante: secondo un'opinione diffusa, uno Stato governato solo da principi rieducativi rischierebbe il fallimento qualora non avvalorasse innanzitutto l'ipotesi punitiva; infine, politico-criminale, vale a dire quel profilo che marca principalmente l'itinerario delle politiche criminali di uno Stato che non prevede, laddove si presentino in misura rilevante problemi di natura economica, profili rieducativi del reo.

È chiaro che ognuno di questi aspetti critici include una parte di verità, ma il giurista non può pensare di archiviare il principio della rieducazione solo perché sono evidenti gli aspetti problematici. Le complessità della pena sono rilevanti e illuminano l'itinerario del punire, tanto che l'agire rieducativo in sé non può essere assunto come principio esclusivo delle politiche legislative penali, ma può essere teorizzato e concretizzato nella *pena polifunzionale*¹¹.

Si ritrova così un principio pedagogico rinnovato che implica il tentativo del giurista di eliminare, nell'apparato legislativo, quelle pene incompatibili con il recupero del reo. Si allude, ad esempio, anche all'ipotesi di ridurre gradualmente le pene – come il carcere – inconciliabili o difficilmente compatibili con la rieducazione. Diventa immediatamente chiaro che il sistema penitenziario, considerato nella sua monumentale architettura, come evidenzia anche Radbruch, non può essere individuato come luogo esclusivamente punitivo, senza la prognosi di una possibilità tesa alla riabilitazione del reo e alla sua rieducazione.

Il cammino di un pensiero teso al dialogo non può eludere come la pena retributiva porti lo Stato a centrare l'idea di «demerito e di castigo» che appartiene ad ogni uomo leso¹², poiché vede in colui che agisce con atti controgiuridici un soggetto sottoposto all'afflizione. Allo stesso tempo, la retribuzione è essenziale affinché l'ordinamento non archivi la proporzionalità rispetto alla «gravità del fatto», sulla base del «principio di certezza legato al rapporto causale tra delitto e sua conseguenza giuridica»; per questo diventa «mezzo ordinariamente più idoneo a

¹¹ *Ivi*, p. 94. «Polifunzionalità della pena, nel diritto italiano inquadrato in fermi principi costituzionali, significa contemperamento costante della funzione rieducativa con le altre funzioni della pena, ma non può mai, in nessun caso e nei confronti di nessun soggetto, significare esclusione della prima». *Ivi*, p. 96.

¹² G. VASSALLI, *Costituzione, Sistema penale e diritti dell'uomo*, in *Ultimi Scritti*, Milano, 2007, p. 533.

dar soddisfazione al sentimento sociale ed individuale offeso e ad un tempo a far presa sull'animo dei consociati ottenendo che si conformino alle esigenze dell'ordine sociale tradotte in norme giuridiche»¹³.

Secondo Radbruch, come per Vassalli, nell'amministrazione della giustizia, la figura del giudice non può essere considerata come meramente esecutiva, rispetto a quella del legislatore: un giurista notaio che esegue pedissequamente, senza nessuna opera ermeneutica, quanto deciso dalla legge. Tanto più che il giudice penale non può limitarsi ad una mera e funzionale attività burocratica, perché se il diritto penale assume un orientamento cautelativo-rieducativo, anche i contenuti del giudizio giuridico devono assolvere ai compiti di tutela e garanzia dell'esistenza della struttura sociale.

Nel definire il giudice un 'funzionario sociale', un diagnostico e terapeuta, si rinnova il suo statuto di giurista, delimitando quello di *manager* più prossimo all'amministratore che all'*ars iudicandi*. Lo si eleva da mero esecutore a decisore, sino all'arte del giudizio, in quanto *ars boni et aequi*¹⁴.

2. Nell'attualità di Vassalli l'opzione rieducativa costituisce «il concetto corrente della pena criminale o pena in senso stretto, sia che esso coincida col più genuino ed originario significato del termine sia che, ritenendosi invece la pena come generico sinonimo di sofferenza, debbasi precisare il concetto con l'attributo di retributiva in contrapposizione alla pena esecutiva o coercitiva e alla pena difensiva o pena di sicurezza»¹⁵.

Va da sé che, preso in modo autonomo ed assolutizzato, il concetto di retribuzione non risponde pienamente ai principi della dignità della persona che Vassalli non vede solo nell'offeso, ma anche nel reo. Distinto dal semplice significato, il significante del diritto penale è costituito dalla finalità e dalla funzione della pena, poiché lo stesso concetto di retribuzione può avere scopi diversi, implicito il castigo: l'espiazione morale del reo, la vendetta della società nei confronti di colui che ha commesso un atto controgiuridico, la riaffermazione dell'ordine morale violato, l'ideale restaurazione della forza e dell'au-

¹³ Per quanto riguarda i principi, vd. Id., *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in Giuliano Vassalli, cit., p. 10 e ss.

¹⁴ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 242.

¹⁵ G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in Giuliano Vassalli, cit., p.81.

torità della norma giuridica, la prevenzione generale, la rieducazione del condannato e la profilassi di futuri ulteriori delitti¹⁶.

Senza cedere al dominio delle contingenze, Vassalli valorizza l'orizzonte storico, tanto da assumerlo come *magister* della polifonia teleologica implicito nel concetto di retribuzione della pena che dipende, in misura maggiore, dalla significativa «importanza che si assegna al bene tutelato» e anche dalle «esigenze della prevenzione generale, talora in funzione anche di altre esigenze, non esclusa quella della correzione od emenda del reo»¹⁷.

L'essenza retributiva della pena costituisce il nocciolo duro del suo pensiero, certo l'applicazione pratica fa incorrere in alcuni errori come quello di «una retribuzione avvisata come scopo della pena», dove la fragilità dell'azione punitiva incontra la vulnerabilità del diritto¹⁸, nonché le «ingiustificate preclusioni che ne derivavano sul piano delle concrete esigenze della lotta contro il delitto», soprattutto in stati civili «dove la pena tende a realizzare una pluralità di funzioni e a modellarsi almeno in parte in relazione ad esse»; inoltre, prevedere una pena esclusivamente punitiva è incompatibile con il diritto costituzionale italiano per il quale essa «deve assumere anche una funzione rieducativa»¹⁹.

Vassalli teorizza come la «funzione della pena sia anzitutto la riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto: riaffermazione e squalificazione che si ritiene ordinariamente di non poter esprimere in modo abbastanza chiaro e vigoroso se non attraverso la inflizione di un male al soggetto giudicato autore (colpevole) del torto»²⁰. La questione della colpevolezza viene ascritta al fatto/atto e non all'autore di esso, ma è – secondo Vassalli – «pur sempre l'insieme di tutte le situazioni psichiche, di tutti i sentimenti, motivi e scopi da cui l'impulso all'azione o la negligente dimenticanza trassero origine, forza e direzione»²¹.

¹⁶ Sulla difesa sociale vd. ID., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in Giuliano Vassalli, cit., p. 123.

¹⁷ ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in Giuliano Vassalli, cit., pp.81-82.

¹⁸ In una prospettiva diversa, strutturata secondo il pensiero classico cfr. M. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, Bologna, 2011, p. 48.

¹⁹ G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in Giuliano Vassalli, cit., p.82.

²⁰ *Ibidem*. A proposito del fatto, vd. ID., *Il fatto negli elementi del reato*, in Giuliano Vassalli, cit., p. 66 e ss.

²¹ ID., *Colpevolezza*, in Giuliano Vassalli, cit., p. 73. Cfr. anche A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, 1991.

Nella tessitura del diritto penale, questo rappresenta il primo grado della pena. Allo stesso tempo, non è estranea a Vassalli la questione dell'ordine morale leso attraverso l'atto controgiuridico. Anche in questo caso si chiede il ripristino dello *status quo ante*, ma solo come effetto collaterale «della reintegrazione dell'ordine giuridico che ha fatto proprie quelle istanze morali traducendole in norme giuridiche». Vassalli sottolinea, proprio con questa argomentazione, come la conversione delle aspettative cognitive in normative rimanga solo in capo al diritto, nella figura del legislatore, e la pretesa giuridica sia soddisfatta solo da esso e non da altri fenomeni coesistenziali.

Seguendo questo ordine, il ripristino morale è un effetto adiacente alla pena, non ne rappresenta il carattere principale, perché nel complesso universo del diritto penale fatto di «azioni e di omissioni che con l'ordine etico ben poco hanno a che vedere, alla soddisfazione del sentimento morale di giustizia si attaglia, nonostante l'alta sua significazione etica, quella definizione di *Nebenwirkung* della pena, di effetto soltanto accessorio ed eventuale, che i sostenitori della retribuzione morale vorrebbero invece riservare alle funzioni più tipiche e caratteristiche della pena giuridica»²².

Al fine primario della pena, che è dunque quello di riaffermare l'ordine giuridico violato, si aggiunge «la pubblica squalificazione sociale del fatto» che dovrebbe avere un effetto morale, e quello «della prevenzione generale: la pena pubblicamente inflitta per un fatto solennemente squalificato vale come esempio per tutti coloro che potrebbero essere spinti al delitto». Vassalli ricorda che la ridefinizione della 'prevenzione generale' fa emergere come «la prevenzione stessa non vada identificata nel solo effetto intimidativo, ma altresì nella sua influenza moralizzatrice od educativa» che però è un effetto indiretto seppur forte, generato dalla «disapprovazione sociale dell'atto» coadiuvata dalla «creazione di un codice morale per la pubblica opinione», realizzatrice di «controspinte coscienti e incoscienti alle spinte criminose e sinanco ad una conformistica abitudine di vita contraria al delitto»²³.

3. Con riferimento alle questioni legate alla libertà, Vassalli tematizza una sorta di protocollo dell'istituto della pena, auspicabile per ogni ordinamento giuridico: reintegrazione del diritto violato, prevenzione generale e speciale, individuabile nel concetto di pena a statuto retribu-

²² G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Giuliano Vassalli*, cit., p.83.

²³ *Ivi*, pp.83-84.

tivo. Ulteriori elementi di ausilio sono ravvisabili nella soddisfazione dell'offeso, nella prevenzione della vendetta privata, nell'eliminazione dell'allarme sociale e, non da ultimo, nel rafforzamento dell'autorità statale. Si tratta di momenti riconducibili alle funzioni primarie dell'azione punitiva che «caratterizzano la pena criminale anche nel vigente diritto italiano, beninteso se guardato nella sua complessione reale»²⁴.

Preso atto di una possibile mistificazione del concetto di punire, è necessario evitare l'errore di tralasciare la persona come destinatario della pena che, così come istituita nell'ambito dell'ordinamento italiano, rappresenta anche un bilanciamento continuo tra le diverse progettualità di lotta al crimine²⁵. L'epilogo sulla riflessione riguardante la pena è costituito dall'impossibilità di prevedere istituzioni giuridiche senza di essa²⁶.

Oltre questo confine dettato dalla realtà, l'idea rieducativa diventa la guida per il legislatore e per il giudice quando, nello scegliere il tipo di pena, non possono pensare esclusivamente a quella detentiva. È auspicabile uno schema rigoroso di pena pecuniaria, un controllo maggiore della libertà per un determinato periodo temporale, il lavoro obbligatorio o altre tipologie di impegno, utili da un punto di vista pubblico, da prestare in regime di libertà o semilibertà. Queste declinazioni di pena potrebbero, a seconda dei casi, rappresentare un'ipotesi di successo rispetto all'applicazione delle pene detentive²⁷.

Parte da qui l'impegno di Vassalli per l'ufficio della pena. Nella sua linea di ricerca, come in quella di Radbruch, la prevenzione speciale è una delle funzioni della pena, nucleo essenziale del diritto penale, dove tutte le altre misure, comprese quelle di sicurezza, diventano parte integrante²⁸.

In linea teorica con queste riflessioni, l'effetto della pena di morte non può essere valutato con i risultati statistici della sua applicazione; parlare di una forma di deterrente è improprio, perché «nella pena di morte, il diritto penale appare come il più grande effetto» e l'intero sistema del diritto segue il paradigma del diritto penale. Questo significa che, segnato dalla pena capitale, celebrerebbe crudeltà e spietatezza, facendo apparire anche le altre pene come legate a un che di angoscioso e tormentato.

²⁴ *Ivi*, p.86.

²⁵ *Id.*, *Emergenza criminale e sistema penale*, in *Ultimi Scritti*, cit., pp. 9-35.

²⁶ *Id.*, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Giuliano Vassalli*, cit., p.86.

²⁷ *Ivi*, p.87. vd. anche *Id.*, *Colpevolezza*, in *Giuliano Vassalli*, cit., p. 77.

²⁸ *Ivi*, pp.87-88.

Se l'ipotesi del diritto penale è quella di un'apertura all'orizzonte preventivo ed educativo, con effetti antropocentrici, la pena di morte, costituendosi come annientamento dell'umano, non guadagna spazio in una progettualità tesa alla rieducazione e alla risocializzazione. Lo stesso destino subiscono le cosiddette pene infamanti, vale a dire quelle pene che producono come effetto il «linciaggio morale da parte della società», proprio a causa dell'infamia conseguente alla loro applicazione, ossia la perdita dei diritti civili che innesca un'onta di disonore lesiva della soggettività dell'individuo da vedere «non come un disonorato, ma come uno che ha espiato»²⁹; la stessa forza annichilente investe la condanna ai lavori forzati, quale annientamento della volontà e dell'esistenza dell'individuo, con effetti pari ad una morte civile.

L'evoluzione delle pene detentive è fondamentale nel pensiero di Radbruch, tanto da fargli affermare che la carcerazione *tout court* rischia di essere pericolosa qualora venisse immessa in un orizzonte cautelativo-rieducativo³⁰. Erode inoltre il terreno della pena detentiva, quella pecuniaria cioè «il riscatto della pena o della vendetta con il denaro», in passato applicata anche in caso di delitti capitali; ha una natura – come afferma Radbruch – plutocratica perché pone in essere una situazione per cui chi non ha danaro paga con la persona, negli ordinamenti risalenti con il corpo, attualmente con la privazione della libertà.

Se si pensa alla storia del diritto penale³¹, si deve fare riferimento alla questione della vendetta, poiché la pena si presenta come un Gianno bifronte. Quando lo Stato sottrae la vendetta dalla mano dei privati non solo intende difendere l'intera comunità dai casi di delitto, ma anche garantire il delinquente da una sorta di faida. Il ruolo dello Stato nel diritto penale è quello di una doppia difesa, seppure differenziata: una funzione terapeutica, non solo profilattica, nei confronti del delinquente; il diritto penale ridimensionando, attraverso l'imposizione di un limite, «il diritto dello Stato alla pena»³², diventa così fonte 'della punibilità', nella reciprocità di una doppia difesa come fine del diritto

²⁹ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 231.

³⁰ A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 110: «... occorre che la detenzione in carcere sia drasticamente contenuta nei limiti dell'assolutamente necessario; mentre, al contempo, il principio di rieducatività (ed umanità) della pena deve permeare l'intero sistema», G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Giuliano Vassalli*, cit., pp. 96-97.

³¹ Vd., nell'ambito di una prospettiva del moderno, T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, 2013, p. 309 e ss.

³² G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 240.

penale: difesa dello Stato dal delinquente e di quest'ultimo da un eventuale eccesso di punizione da parte dello Stato³³.

Nell'osservare lo *status* del diritto penale, non si può tralasciare il processo penale: nel diritto penale l'esecuzione della pena è possibile *solo* laddove è prevista per legge; nel processo penale³⁴ la pena deve esserci *sempre* quando è prevista dalla legge. Ne deriva un'obbedienza letterale alla legge, individuabile nel 'principio di legalità'. La storia mostra che ci si può emancipare dalla rigidità della lettera, pur tenendo presente il canone *nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*. Se si progetta un diritto penale più elastico – secondo il lessico utilizzato da Radbruch e originalmente ripensato da Vassalli – allora è necessario riflettere anche su un'interpretazione che si emancipi da una rigida letteralità, perché, utilizzare la lettera contro l'accusato, «rovescerebbe lo spirito del diritto penale moderno nel suo opposto e significherebbe un grave pericolo della politica giuridica»³⁵.

Sembra superfluo specificare che «le pene, commisurate secondo la gravità dell'atto, non sono sempre giuste per la pericolosità dell'autore. La sola azione di un incorreggibile potrebbe giustificare solo una condanna, che renderebbe necessario il suo rilascio in un momento in cui il pericolo di nuovi suoi atti sussiste ancora immutato»³⁶, ma è chiaro che quando si discute di responsabilità parziale si intende conseguentemente una 'colpa minore' e contestualmente i parametri di 'accresciuta pericolosità' e 'mitezza della pena' assumono il significato di «prendere in custodia cautelativa, a tempo indeterminato, dopo la pena inasprita, il delinquente abituale pericoloso».

Punire in modo duplice, vale a dire la pena corroborata da provvedimenti cautelativi o correzionali, ha un significato peculiare, originato proprio da un'ipotesi di diritto a statuto cautelativo-rieducativo, ossia che la pena assuma le medesime caratteristiche di essere punitiva secondo due orizzonti: uno rieducativo e l'altro cautelativo. L'utopia di un codice penale senza pene non può più essere considerata tale. Radbruch ricorda Enrico Ferri, latore di un progetto per il Codice Penale italiano, contenente solo 'sanzioni', vale a dire provvedimenti

³³ ID., *Strafrechtsgeschichte*, in *Gesamtausgabe*, 11, Heidelberg, 2011, p. 368.

³⁴ ID., *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, p. 14 e ss.; G. VASSALLI, *Il giusto processo*, in *Ultimi Scritti*, pp. 301-317.

³⁵ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 242. Risale a Rickert la questione del rapporto tra storia e valore.

³⁶ *Ivi*, p. 236.

cautelativi e correzionali, dove il termine pena viene abolito e sostituito dal *nomen* 'sanzione', portando però con sé la natura e lo statuto punitivo. Il rischio è una 'truffa di etichetta', come la chiama Radbruch, attuata con una mera sostituzione lessicale.

Se in una società il concetto centrale è la vendetta e, allo stesso tempo, è falsificato il provvedimento cautelativo, è chiaro che non si potrà pervenire allo statuto rieducativo-cautelativo, ma solo a quello punitivo in senso ontologico. In una rappresentazione della struttura della pena più generale, Radbruch ricorda che la finalità suprema del diritto penale è il progetto di un codice senza pena, un «diritto di emendamento e di custodia» che se, a prima vista, presenta caratteri utopistici, in verità proietta l'idea di una sua possibile concretizzazione in una *humanitas* tesa al rispetto dell'alterità, come espressione della dignità e della libertà.

Questo genere di insieme ordinato, a matrice cautelativo/rieducativo, è peraltro già presente significativamente nei casi definiti «*mere forme insociali di vita*». Esempi concreti sono rappresentati dalla sostituzione della lotta del diritto penale contro le forme di vagabondaggio, accattonaggio, prostituzione con provvedimenti amministrativi, «una specie di particolare legge di custodia per i delinquenti di pericolo pubblico, e con ciò, secondo quanto propugnato, la pena verrebbe spogliata dal suo vecchio *pathos* della rivalsa e dell'intimidazione e rappresentata come un sobrio provvedimento della cautela e dell'assistenza»³⁷.

4. L'impegno speculativo critico che accomuna Radbruch e Vassalli è quello assunto nei confronti della pena come causa privativa della libertà, ambientata in un tessuto sociale capace di riconoscere e far emergere, soprattutto attraverso gli strumenti del diritto penale, l'*humanitas* della società, marcata da un interrogativo, base essenziale e ricorsiva dei loro studi, sulla questione della restrizione della libertà: «può la pena, in particolare la pena privativa della libertà, oltre alla rieducazione e alla garanzia, servire in generale alla 'risocializzazione'? ... Resta il dubbio se la pena detentiva per sua natura sia o meno adatta agli scopi rieducativi»³⁸. Ritorna la questione, discussa da Vassalli con Radbruch, relativa alla «ricerca e l'individuazione di un criterio», tale da «segnare il punto di arresto del carattere giuridico di una norma, di un com-

³⁷ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 239.

³⁸ *Ivi.*, p. 225.

plesso di norme, di un intero sistema», in modo che si possa affermare che «non si (è) più in presenza di un diritto (anche penale), ma di un non-diritto», noto in Radbruch come criterio della intollerabilità³⁹. Non è sostenibile una pena caratterizzata da sproporzione, così come è inutile una pena che non conduca alla risocializzazione, in sintesi una pena che si collochi nella dimensione di un diritto positivo autoreferenziale.

Nell'interpretare la formula di Radbruch teorizzata dal suo autore nel 1946⁴⁰, declinata sia secondo l'annuncio di intollerabilità che secondo quello di negazione, si può notare che il diritto penale rinnega il suo carattere di giuridicità quando la pena è ingiusta o disumana e il carcere, in ordinamenti che giustamente ripudiano la pena di morte a causa della sua irreversibilità, diventa il luogo della fine civile⁴¹.

Un indicatore significativo del dibattito intorno alla pena è dato anche dalle riflessioni sollecitate da Giorgio Del Vecchio, 'amico' speculativo di Radbruch, oltre che di Vassalli: «il delitto non è soltanto un fatto individuale, del quale il suo autore deve rispondere per ripararlo in quanto possibile; ma è anche, specialmente nelle sue forme più gravi e costanti, un fatto sociale, che indica manchevolezze e squilibri nella struttura della società dove ha avuto origine»⁴². E dunque l'applicazione di una pena, nella concretezza della realtà degli istituti penitenziari, rischia di ricondurre inevitabilmente ad un'opinione sociale che guarda a chi espia le sue colpe come ad un irriducibile.

³⁹ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 280; sul concetto di diritto penale laico vd. ID., *La colpevolezza*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. II, p. 1087.

⁴⁰ Applicata anche in materia di crimini di Stato durante il regime comunista della Germania dell'est, in particolare per gli omicidi perpetrati sul muro di Berlino per impedire la fuga di quanti volevano vivere nella Germania ovest.

⁴¹ G. RADBRUCH, *Zur Todesstrafe*, in *Strafrechtsreform*, in *Gesamtausgabe*, B 9, cit., p. 302; sull'umanità della pena, G. VASSALLI, *I principi generali del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. I, p. 484-486. In una prospettiva filosofico-giuridica che rinvia ai classici del pensiero vd. B. ROMANO, *Principi generali del diritto*, Torino, 2015, p. 191.

⁴² G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, cit., p. 21. ID., *La lotta contro il delitto*, Roma, 1965, p. 275. In una lettera del 29 dicembre 1959, Vassalli scrive a Giorgio Del Vecchio: «È inutile che io Le ripeta la mia profonda ammirazione nel vedere con quanto fervore e con quanta energia Ella prosegue l'opera magistrale di tutta la Sua vita. È con sincera commozione che rivedo in queste pagine di insegnamento sempre rinnovantesi il mio indimenticabile Maestro nella Filosofia del diritto. Di grande importanza e di grande aiuto mi sono in particolare gli scritti che Ella ha voluto dedicare in questi ultimi anni al Diritto penale e particolarmente gradito mi è dunque l'ultimo estratto *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*». Per un ampliamento di prospettiva vd. anche G. VASSALLI, *Delitto politico*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. I, pp. 61-64; G. RADBRUCH, *Geschichte des Verbrechens. Versuch einer historischen Kriminologie*, in *Gesamtausgabe* 11, pp. 57 e ss.

Nel momento in cui la pena è ingiusta potrebbe implementare un'ipertrofia criminosa. Pertanto si ripresenta la questione del «disconoscimento della validità di norme ... la cui disapplicazione comporta il riconoscimento di libertà o diritti che spettavano o avrebbero dovuto spettare a soggetti che in forza di quella restrizione o privazione erano stati ingiustamente condannati»⁴³. Ne consegue che l'attuazione di una riforma ha il dovere di contemplare il rilievo del reinserimento di chi ha 'espiato' la pena⁴⁴.

Nel concetto di rappresaglia – rivalsa e intimidazione come reazione ad atto e colpa – è implicita una rappresentazione dell'azione di punire che acquista un connotato fortemente pragmatico e univoco. In qualche misura, la certezza della pena è unidirezionale, considerato il suo carattere fortemente punitivo, a differenza della misura rieducativa e cautelativa, dove si pone il problema della "scelta" tra una pluralità di trattamenti.

Proprio il concetto di difesa sociale, archiviato l'arcaico problema di una rivalsa da parte dello Stato, rielabora quello di misura rieducativa e cautelativa. Emerge qui in modo radicale la questione dello scopo del diritto⁴⁵, in generale, e del diritto penale, in particolare e, di conseguenza, della pena. Certo la storia viola periodicamente gli elementi della dignità individuale e sociale, rimangono a testimoniare i crimini nazisti e sovietici, ma, in una discussione dove si pone seriamente la problematica del punire, la pena non può avere come scopo la rivalsa, anche se è difficile lasciare ampia discrezionalità ai tribunali, in seguito all'epoca dei regimi. Non bisogna dimenticare che un diritto penale vendicativo e intimidatorio accentra nelle mani del legislatore una certezza della pena che invece, nel sistema rieducativo e cautelativo, verrebbe affidato al libero convincimento del giudice e dunque al potere dei tribunali.

⁴³ G. DEL VECCHIO, *La lotta contro il delitto*, cit., p. 293.

⁴⁴ Alla tematica della riforma del diritto penale è dedicato l'intero volume 9 dell'*opera omnia* di Radbruch, vd. G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe* 9, Heidelberg, 1992, in part. pp. 218-245, analogamente; G. DEL VECCHIO, *La lotta contro il delitto*, cit., p. 245. Per quanto riguarda Vassalli vd. *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Ultimi Scritti*, cit., pp. 67-102.

⁴⁵ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, in G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2, Heidelberg, 1993, pp. 278-289; A. FEUERBACH, *Revision*, cit., I, p. 5 ss.

5. Una volta chiarito l'orientamento più vicino alla dignità della persona, si tratta ora di comprendere che l'ambito della pericolosità è connotato da alcuni elementi riconoscibili da requisiti utili a classificare i reati nei noti atti contro i diritti assolutamente necessari dello Stato, contro i diritti privati dello Stato, contro i diritti privati delle persone private, contro i diritti condizionatamente necessari dello Stato.

La questione può essere discussa analiticamente, non tanto dal punto di vista della contrapposizione tra lo scopo di una pena a carattere vendicatore e intimidatorio e una a carattere rieducativo e cautelativo, ma «tra tutela di rigida certezza del diritto nell'esercizio del diritto penale e ampliata libertà di valutazione del giudice penale, fra Stato di diritto, in senso proprio, e Stato di benessere e di cultura», in questa direzione «la pena non può essere usata in modo terroristico». Questo argomento richiama l'evoluzione della struttura della pena nel pensiero di Radbruch. Lo Stato *può* e non *deve* adottare un principio di reciprocità tipico della vendetta, in quanto la finalità della pena non è implicita nella *vindicatio*, ma in una situazione pacificata dove l'auto-revolezza del diritto risiede nella sintesi dialogica⁴⁶, poiché una volta legalizzata la vendetta avrebbe come effetto una fase microsociale di abusi che porterebbe ogni singolo a 'farsi giustizia', senza le garanzie dello statuto di dignità dell'altro.

La fusione di soggetto di diritto/vendicatore rappresenterebbe una scena privata del diritto che invece è a struttura pubblica. Infatti, Radbruch precisa che, di fronte alla problematica dell'esecuzione della pena, emerge la genesi del diritto penale nel significato stesso della pena; 'punire' significa commettere il male intenzionalmente mediato da una copertura normativa. Il punitore ha il dovere di muoversi nella consapevolezza che quando punisce ha l'avallo di una copertura formale legalizzata; la punizione legata alla contingenza diventa arbitrio manifesto; le amnistie, le grazie, le attenuanti, le riduzioni della pena nel momento in cui sono abbondanti, esorbitanti, necessarie, contingenti, estreme, sostituendosi addirittura allo scopo del diritto o facendone perdere di vista il fine supremo, evidenziano un'unica certezza che «il diritto penale ha perso la sua buona coscienza»⁴⁷.

⁴⁶ Vassalli, come Radbruch, non sottovaluta il linguaggio giuridico, a tal proposito vd. G. VASSALLI, *L'evidenza nel linguaggio giuridico*, in *Ultimi Scritti*, cit., pp. 277-286.

⁴⁷ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 224. Radbruch richiama qui il testo di E. SCHMIDT, *Kriminalpolitische und strafrechtdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform*, *ZgesStrafrWiss.* 69 (1957), p. 360 e ss. vd anche G. VASSALLI, *funzioni*

Si chiarifica, ancora una volta, l'impegno che investe la giustizia penale e più propriamente il diritto penale come misura rieducativa, attraverso la questione più ampia della risocializzazione del delinquente. Muovendo da questa premessa è possibile porre l'interrogativo; la pena detentiva è in grado di rieducare e di risocializzare? La letteratura specializzata pone il problema della resistenza alla coazione negli istituti detentivi. Da qui le preoccupazioni di Radbruch e successivamente di Vassalli⁴⁸.

In questa cornice, il carcere è visto però come un recipiente, «forzze per evasori presunti» che infondono un forte senso di sfiducia e impediscono un processo rieducativo che, si sa, può trovare una sua forte aderenza solo in un rapporto di fiducia.

L'istituto detentivo ideale, per Radbruch, dovrebbe essere costruito secondo un'architettura strutturata a padiglioni, abitazioni per gruppi di detenuti dove possa essere esercitata un'attenta ed accurata sorveglianza, con una limitazione della libertà non manifestata violentemente da limiti come inferriate, sbarre, ferri, muraglie, fortini e fortezze. Mentre una struttura peculiare sotto il profilo architettonico, munita di sorveglianza speciale, dovrebbe essere adibita ai 'veri evasori', vale a dire a coloro che strategicamente pensano a sottrarsi, con ogni mezzo, alla pena. Il concetto di evasione è ipoteticamente presente in ogni detenuto, ma è virtuale e non ha nulla a che vedere con la vera realistica fuga dalle prigioni. Alcuni detenuti, animati da autentico spirito di ripensamento, non meditano la fuga, ma una progettualità da concretizzare una volta liberi. Per realizzare un'architettura così vicina alle istanze dell'*humanitas*, è necessario un investimento economico cospicuo, che preveda anche addetti ai lavori, oltre che tecnici esecutori, polizia, reparti di vigilanza, educatori particolari, addestrati, a loro volta, ad un lavoro peculiare. Solo in questa atmosfera può riuscire l'esecuzione autentica della pena, perché 'abili sorveglianti' sono solo una misura mediocre, se lo scopo della pena è pensare a come si comporterà l'individuo una volta fuori dalla prigione⁴⁹.

e insufficienze della pena, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. II, pp. 1369-1370: «Giustizia non è solo la fredda e spesso grottesca dosimetria ... bensì quel complesso di superiori istanze che si traduce in criteri di proporzione non estranei all'idea della difesa».

⁴⁸ Vd. anche A. FEUERBACH, *Revision*, I, cit., p. 83 e ss. G. VASSALLI, *Il momento attuale della pena privativa della libertà in Italia*, in *Giuliano Vassalli*, cit., pp. 90-91.

⁴⁹ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, nascita della prigione*, Torino, 2014, *passim*.

Da questa analisi diventa progressivamente palese che il rapporto con i detenuti necessita di un orientamento privo di pregiudizi e di una sensibilità monastica, votata quasi al sacrificio.

La base, dalla quale dovrebbe promanare una tale progettualità, è chiaramente una società unitaria, luogo di un diritto penale riferito essenzialmente alla qualità delle relazioni; Radbruch la definisce «società unitaria, che offra comprensione, che per motivi di concorrenza non crei al più efficace mezzo educativo della pena detentiva, che è un lavoro realmente produttivo, sempre nuove difficoltà, che per sfiducia, piena di pregiudizio, renda quasi impossibile l'assistenza post-carceraria ai pregiudicati»⁵⁰. Questo fa affermare l'ipotesi che il delinquente, trattato come quel malato al quale si danno troppe medicine, rischia la recidiva a causa di un *surplus* di pene.

Radbruch propone una politica criminalista negativa, cioè volta alla correzione del delinquente in senso pedagogico, ma diretta prioritariamente alla non immediata applicazione della pena detentiva⁵¹. Nelle ipotesi considerate, lo scopo del diritto penale non si può ridurre all'applicazione della pena detentiva che, in virtù della durata, potrebbe essere sostituita, ad esempio, da una pena pecuniaria. Inoltre, la minaccia di punire dovrebbe limitarsi, analogamente all'ipertrofia di leggi punitive, alla concessione di condanne condizionali, al condono della pena laddove si ravvisi esemplarmente la buona condotta⁵². L'intera questione penalistica dovrebbe ruotare intorno al canone «non l'atto, ma l'attore», il che significherebbe vincolare la questione del punire alla personalità del delinquente, senza isolarlo come semplice cosa⁵³. La coesistenza del punire e della rieducazione significa per Radbruch rivalorizzare non il delinquente, ma quel che di umano residua, sino a concentrare l'attenzione non sull'esecutore, ma sull'individuo. Considerarlo semplice attore costituisce un *vulnus*. La sua azione lacera l'identità di essere umano che rinvia a una progettualità da preservare.

⁵⁰ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 226; G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p.p. 414 e ss.

⁵¹ G. RADBRUCH, *Strafrechtsreform*, in *Gesamtausgabe*, B 9, p. 304; Vd. soprattutto G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. II, p. 1387 e ss.

⁵² G. RADBRUCH, *Strafrechtsreform*, in *Gesamtausgabe*, B 9, p. 187 e ss. e p. 241 e ss.

⁵³ Id., *Strafrechtsreform*, in *Gesamtausgabe*, B 9, Heidelberg, 1992, p. 248.

Il diritto penale non può che assumersi responsabilità relativamente al percorso da seguire in ordine ad alcune prospettive specifiche legate al delinquente, nell'analisi degli effetti della transizione «dall'atto alla personalità»⁵⁴.

In questo senso, Radbruch non manca di sottolineare il sensazionalismo che producono alcuni fatti che acquistano particolare rilevanza come reati, tali da considerare l'istituto dell'assistenza sociale giudiziaria archiviata dal nazionalsocialismo e mai più considerata.

Storicamente il diritto penale si avvale di compiti totalmente diversi, lo esigono le situazioni e le fattispecie che sono o totalmente nuove o si rinnovano nel tempo, acquisendo forme e strutture diverse.

Diritto penale, procedimento penale ed esecuzione della pena sono momenti dai quali non si può prescindere per l'investigazione sulla qualità della pena.

Radbruch discute di una possibile riforma – egli stesso nel 1922 è relatore del codice penale generale tedesco – che investe certamente il periodo storico in cui scrive, ma può essere avulsa da questioni spazio-temporali, legate ad altri problemi che racchiudono la qualità delle relazioni dell'essere umano nelle sue più intime linee. Il futuro è il punto di arrivo di una riforma, anche quella del sistema penale, e dunque non ci si può attenere ad una contingenza passiva. Radbruch annota che il problema di fondo di una riforma frammentaria non può essere un buon proposito, le sue 'linee spirituali' potrebbero e dovrebbero articolarsi su quattro «serie di problemi»: sistema delle pene, commisurazione, misure protettive e posizione del giudice. Queste linee comportano una seria presa di coscienza del diritto penale.

Nel caso della pena di morte, Radbruch muove da una valutazione contraria ad essa per motivi razionali che attengono alla ragione e non al sentimento inteso come sensibilità superficiale.

Nell'ordinamento giuridico tedesco, la pena di morte rappresenta, prima della sua completa cancellazione, l'epilogo di una serialità e consequenzialità della pena che va dalla costrizione fisica alla mutilazione. In sintesi, costituisce il residuo di un sistema penale burbero, narrazione dell'estraneità di un sistema penale significato, in larga parte,

⁵⁴ Radbruch pone attenzione proprio ad una psicologia collettiva, vd. *Id.*, *Psicologia del sentimento giuridico dei popoli*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1938, III, pp. 241-251; vd. anche R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1928, p. 166 e ss.

dalla pena pecuniaria e dalla restrizione della libertà, sino a paventare l'atmosfera della legge del taglione, allo scopo di eliminare «i più pericolosi fra i delinquenti»⁵⁵.

Nell'analisi filosofico-giuridica di Radbruch, il delinquente non è più il 'predone' e/o 'assassino di professione', ma emerge con insistenza l'aspetto che riguarda, oltre la tipologia delinquenziale, anche l'evoluzione storica delle strutture di chi compie atti lesivi come il «cavaliere d'industria che lavora con tutta la raffinatezza psicologica, lo scassinatore che lavora con ogni raffinatezza tecnica»⁵⁶. L'applicazione della pena di morte finirebbe per essere ingiusta in quanto colpirebbe non il delinquente, votato alla professionalizzazione dei suoi reati, ma la persona incensurata che sporadicamente commette atti controgiuridici. L'omicidio è l'unico reato per il quale potrebbe essere prevista la pena di morte, ma questo non è obbligo di nessun ordinamento, né degli *a priori* del diritto orientati alla dignità dell'essere umano. Si pensi, senza ombra di giustificazione, che lo stesso Hitler ne aveva promesso la sospensione decennale.

6. Come epilogo a questa riflessione, è utile precisare che il problema della pena investe pienamente il concetto di colpa, accertata dalla figura del giudice attraverso le motivazioni del giudizio giuridico⁵⁷.

L'interesse del 'giudiziario' è diretto precipuamente all'accertamento dell'atto, testimonianza ne è la prolissità verbale usata nelle motivazioni delle sentenze, mentre si trovano pochi momenti ermeneutici diretti a giustificare in modo significativo e profondo la misura della pena. Seguendo questo itinerario, l'auspicio di Radbruch è che la valutazione della misura punitiva e 'la scelta di metodi di trattamento' destino la stessa attenzione dell'accertamento dell'atto controgiuridico.

Date queste premesse, necessita una figura nuova di giudice che avvii una *Kehre* nella scienza criminalistica. Giudice penale e giudice civile devono essere parimenti coinvolti e impegnati, secondo Radbruch, nel progetto dell'opera di rinnovamento, per emettere una sentenza è opportuno e doveroso possedere un capitale di conoscenza che travalichi i meri espedienti legalistici per arrivare ad una conoscenza «dell'uomo e della vita». L'istruzione del giudice non può limitarsi ad

⁵⁵ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 230.

⁵⁶ ID., *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 230; ID., *Das Ende der Todesstrafe*, in *Strafrechtsreform*, in *Gesamtausgabe*, B 9, cit., p. 339.

⁵⁷ Cfr. K. JASPERS, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, 1996.

un apprendimento in senso tecnico, ma trovare un suo riferimento nella criminologia⁵⁸, nella dottrina del delitto, nelle configurazioni sociali e individuali con diramazioni che comprendono la biologia criminale, la sociologia criminale, la tecnica criminale, la psicologia criminale, la scienza carceraria e l'esperienza pratica. Questioni complesse, come si può capire, permeate da argomenti necessari ma non sufficienti, se non coadiuvati da un'azione di incidenza da parte del diritto, come il riconoscimento dell'alterità, dove il relazionarsi è intersoggettivo, in direzione di una reciprocità che concretizza il principio di 'uguaglianza nella differenza'.

Lo spirito del diritto penale è rivolto sempre, sia in Radbruch che in Vassalli, a non degradare il ruolo del giudice a mero strumento di rivalsa, che conduce all'autoreferenzialità del male; trattare il giudice penale come un giudice civile in esilio è degradante per il ruolo della civiltà giuridica e per far riacquistare dignità al giudice penale Radbruch rinvia alle affermazioni di Goethe «deve punire, deve risparmiare, bisogna che veda gli uomini umanamente».

L'ordinamento giudiziario merita alcune brevi parziali, seppur peculiari, considerazioni. Il diritto nella sua complessità e interezza non è solo un sistema di controllo che si avvale di valutazioni sulle condotte dei destinatari della norma, ma assolve alla funzione di un'operatività virtuosa, al fine di passare dal 'regno dell'idea' al 'regno della realtà'; Radbruch attribuisce al giudice questa funzione principale che non va sottovalutata, anche in relazione al pensiero di Vassalli, nell'esame di quello che definisce 'situazioni di vita' e che conducono a considerare, secondo il lessico di Radbruch, il giudice come 'l'incarnazione del diritto'.

Diventa inoltre evidente la peculiarità della figura del legislatore che, trasformando le aspettative da cognitive in normative, riconduce la giuridicità al suo statuto di terzietà orientata dalle aspirazioni cautelative e rieducative del diritto penale. La norma nasce con una finalità, ma non ambisce esclusivamente a soddisfarla fin tanto che lo scopo sussiste, anzi pretende una maggiore estensione che permane anche nel momento in cui lo scopo viene a decadere, quindi in modo incondizionato. La legalità diventa, per il legislatore, il mezzo per raggiungere lo scopo. Qui si innesta la differenza di prospettive tra il legislatore ed il giudice; la norma è per il giudice scopo a se stessa, mentre «la legge –

⁵⁸ Sui rapporti tra criminologia e diritto, in particolare diritto penale, vd. G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 276 e ss.

ricorda Radbruch – libera il giudice dall’influsso di tutti i poteri dello Stato, per poterlo sottomettere in modo tanto più esclusivo alla signoria del diritto»⁵⁹, in un rinvio costante agli *a priori* della legalità, discussi significativamente anche da Vassalli⁶⁰.

⁵⁹ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., p. 247.

⁶⁰ G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Giuliano Vassalli*, cit., p. 12.

Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo

Marcello Clarich

1. La premessa di qualsiasi trattazione sulle sanzioni è che l'elemento sanzionatorio è da sempre e continua a essere essenziale nei sistemi di regolazione amministrativa finalizzati alla cura degli interessi pubblici.

In particolare, le sanzioni sono uno strumento fondamentale per garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e possono essere considerate addirittura come il criterio principale della giuridicità delle norme. La sanzione può essere definita infatti come una *"risposta alla violazione di una norma"* e come un *"espediente con cui si cerca di salvaguardare la legge dall'erosione dell'azione contraria"* (N. BOBBIO). Essa costituisce una tecnica normativa che accompagna i precetti giuridici primari (che definiscono i comportamenti da tenere) con precetti secondari. Questi ultimi mirano a promuovere l'osservanza dei primi attraverso la previsione di conseguenze negative in capo al trasgressore. Essi hanno dunque una finalità di prevenzione e di repressione dei comportamenti illeciti.

Vero è peraltro, che l'ordinamento giuridico conosce anche altri strumenti per promuovere il rispetto delle regole poste dal legislatore o da altre autorità amministrative. Si pensi, in particolare, alle varie forme di incentivi (il cosiddetto diritto premiale) e a misure persuasive (per esempio, l'informazione istituzionale e, più in generale, la *regulation by information*). Per promuovere comportamenti conformi agli obiettivi delle politiche pubbliche talora si rivelano efficaci anche strumenti di *"moral suasion"* (da sempre utilizzati, per esempio, nel settore creditizio), oppure l'integrazione delle norme propriamente giuridiche con altre forme di *"soft law"* (raccomandazioni, circolari interpretative, raccolta di prassi amministrative e di orientamenti giurisprudenziali e loro pubblicazione in bollettini o siti dei regolatori, ecc.). Di recente sono state introdotte

soprattutto nei paesi anglosassoni tecniche di “*nudge*” (ovvero, spinte gentili), che, in applicazione delle scienze comportamentali, tendono a far leva su errori cognitivi dei destinatari dei precetti orientando le loro scelte in coerenza con gli obiettivi di chi pone le prescrizioni.

Più in generale, l'effettiva osservanza delle regole è favorita dal coinvolgimento dei soggetti regolati nella stessa fase di predisposizione delle regole, specie quelle di rango sub legislativo: la partecipazione ai procedimenti di regolazione ormai affermatasi nei settori in cui operano le autorità amministrative indipendenti; la *audited self-regulation*, cioè le forme di autoregolazione affidata a organismi privati sotto il controllo di un'autorità pubblica, come quelle previste in materia finanziaria dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 61 e seg.); la *regulatory negotiation*, introdotta negli Stati Uniti nel 1996, una procedura cioè nella quale l'agenzia di regolazione istituisce un comitato consultivo composto dai rappresentanti degli interessi dei soggetti regolati, coordinato da un *facilitator*, allo scopo di predisporre un testo normativo condiviso.

Resta comunque vero che un ordinamento giuridico non potrebbe sopravvivere senza un corredo adeguato di sanzioni dirette e indirette di tipo civile, penale o amministrativo. E per sanzioni vanno intese quelle previste come reazione alla violazione di norme propriamente giuridiche le quali, rispetto alle norme morali o sociali, hanno, com'è noto, un carattere esterno alla coscienza del soggetto e vengono applicate da organi investiti di una competenza formale.

In base alla teoria degli ordinamenti giuridici sezionali, che ha trovato storicamente applicazione in settori come l'ordinamento sportivo, l'ordinamento militare, ma anche nel settore creditizio in base alla legge bancaria del 1936 (M.S. GIANNINI), le sanzioni amministrative, in particolare, fungono, insieme agli strumenti di giustizia “domestica” (reclami e ricorsi amministrativi), da elemento di chiusura dell'ordinamento sezionale (costituito da un sistema di norme interne e da apparati titolari di poteri nei confronti di soggetti privati inclusi nell'ordinamento) che ne connota in un certo senso la propria autosufficienza e indipendenza dall'ordinamento generale. Talora, peraltro, là dove le sanzioni amministrative non forniscono un grado di deterrenza ritenuto sufficiente, ai comportamenti non conformi alle norme interne, poste dall'ordinamento sezionale può essere dato rilievo nell'ordinamento generale che li assoggetta in particolare a sanzioni di tipo penale.

A conferma dell'importanza di un sistema sanzionatorio come elemento per l'effettivo funzionamento di un settore dell'ordinamento si consideri, per esempio, che nel Testo Unico Bancario (TUB) e nel Testo Unico Finanziario (TUF) gli articoli dedicati alle sanzioni negli ultimi tempi si sono moltiplicati di fattispecie e tipologie: questo perché è un diritto che si è esteso e ramificato, diventando sempre più condizionante l'attività delle imprese e, per questa ragione, ha dovuto rafforzare il proprio impianto sanzionatorio.

2. Esaurite queste premesse generali, conviene passare all'esame di alcuni elementi di novità in tema di sanzioni al fine di coglierne anche le criticità e, più in generale, confrontarci con le prospettive di sviluppo.

La prima prospettiva su cui avviare, anche in chiave critica, una riflessione sulle sanzioni amministrative è la crescente importanza acquisita da un certo tipo di sanzioni, a discapito di altre.

Tra le sanzioni non pecuniarie che hanno acquisito crescente effettività possono essere richiamate, da un lato, la pubblicazione su un giornale o su un albo di un provvedimento negativo (si pensi alla pubblicazione di una sanzione disciplinare sulla rivista di informazione di un Consiglio dell'Ordine degli avvocati o, nel settore finanziario, essere esposti); dall'altro le sanzioni di *status* (cancellazione da un albo, destituzione dal servizio) o comunque interdittive e cioè in grado di incidere sull'attività posta in essere dal destinatario del provvedimento (ritiro della patente, decadenza da una concessione, divieto di contrattare con la p.a.). Il panorama sanzionatorio non si esaurisce dunque con il modello della sanzione pecuniaria, ovvero con le sanzioni che fanno sorgere l'obbligo di pagare una somma di danaro determinata entro un minimo e un massimo stabilito dalla norma. Le sanzioni pecuniarie, benché abbiano costituito da sempre la categoria più importante di sanzioni, sono oggi ritenute come meno efficaci, da un punto di vista di "funzione afflittiva" e di "valenza dissuasiva", di altre.

Un secondo elemento di novità è che oggi, per effetto dell'influenza del diritto europeo, la sanzione può colpire direttamente la persona giuridica e non soltanto, come in passato, la sola persona fisica. Si pensi in particolare a una previsione introdotta, a livello europeo, con la direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento (direttiva CRD IV) e recepita all'interno dei Testi unici bancario e finanziario. Mentre in passato il sistema sanzionatorio

previsto dal TUB e dal TUF prevedeva l'irrogazione della sanzione in capo agli esponenti aziendali, con il recepimento del pacchetto di direttive europee le sanzioni sono applicate, come regola generale, direttamente in capo agli enti e soltanto quando l'inosservanza sia conseguenza della violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza e ricorrano specifiche condizioni elencate agli artt. 144-ter TUB e 190-bis TUF, in capo alle persone fisiche. È una breccia che si è aperta in un settore limitato che dovrebbe far pensare se abbia o meno senso estenderla ad altri settori.

La terza prospettiva sulla quale svolgere una riflessione risiede nella perdurante difficoltà di operare una ricostruzione dogmatica unitaria del fenomeno sanzionatorio e specificamente del rapporto giuridico che si instaura tra chi irroga e chi subisce la sanzione, soprattutto nel caso della sanzione pecuniaria. Tale ambiguità teorica di come ricostruire il potere sanzionatorio nasce dall'eterogeneità della possibile fonte dell'obbligazione (pagamento di una somma di denaro) atteso che si oscilla nelle ricostruzioni dottrinali, ma anche giurisprudenziali, dall'obbligazione *ex lege*, che nasce cioè in modo automatico dal verificarsi di un fatto qualificato come illecito, all'obbligazione che nasce invece da un provvedimento avente natura costitutiva ed emanato a seguito di un accertamento che da un punto di vista tecnico-economico può risultare anche molto complesso.

Fanno parte della prima categoria le infrazioni più semplici del Codice della strada; fanno parte invece dell'altra le sanzioni disposte dalle autorità indipendenti per le violazioni della normativa di settore. È chiaro che, nell'indagare il rapporto tra potere sanzionatorio e situazione giuridica soggettiva (diritto/interesse), il rischio è applicare lo stesso modello previsto per le sanzioni dall'accertamento semplice (come quelle previste dal Codice della strada) a un illecito antitrust che richiede invece da parte dell'autorità una serie di accertamenti tecnici, spesso da compiersi mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati e che lasciano uno spazio valutativo molto più ampio rispetto al mero accertamento del superamento di un limite di velocità. Il problema di un modello unitario a fronte di uno spazio valutativo assai variabile resta un tema irrisolto che richiederà ulteriori affinamenti.

Le due ricostruzioni hanno precise conseguenze in termini anche processuali, atteso che nell'ipotesi dell'obbligazione *ex lege* il giudice ordinario è del tutto libero di accertare il fatto costitutivo dell'obbligazione, senza il filtro del procedimento e del provvedimento che irroga

la sanzione: vizi formali come le carenze procedurali o della motivazione non assumono rilievo e ciò a differenza di quanto accade ove il giudice (di regola amministrativo) è chiamato a sindacare la legittimità di un provvedimento di accertamento dell'illecito e di imposizione di una sanzione pecuniaria.

Un'ulteriore questione sulla quale soffermare l'attenzione è quella che attiene al problema ancor oggi irrisolto della giurisdizione. Infatti alcuni provvedimenti sanzionatori sono impugnabili dinnanzi al giudice ordinario, altri invece rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (per esempio, rientrano nella giurisdizione estesa al merito le sanzioni pecuniarie applicate dalle autorità amministrative indipendenti). L'irrazionalità nasce dal fatto che spesso si tratta di fattispecie simili: si pensi alla differenza di regime tra Banca d'Italia e Consob le cui sanzioni sono devolute al sindacato del giudice ordinario (Corte d'appello) e le altre autorità concettualmente simili (per esempio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) le cui sanzioni sono devolute al sindacato del giudice amministrativo. E ciò senza che vi sia una distinzione ontologica o comunque sostanziale sul perché il legislatore opti per l'uno o per l'altro giudice.

Sotto un'ulteriore prospettiva, qualsivoglia discorso sulle sanzioni (soprattutto un discorso che abbia di mira l'esame delle prospettive di sviluppo del tema), non può prescindere dal rapporto sempre controverso tra sanzioni amministrative e penali.

Molti studiosi del diritto amministrativo e del diritto penale, da Guido Zanobini in poi, si sono interrogati sulla distinzione tra i due tipi di sanzioni e cioè se essa si regga solo su un criterio formale (qualificazione giuridica) o se poggia invero su un criterio sostanziale (caratteristiche e natura dell'illecito). La complessità del tema è acuita, dal lato formale, dalle oscillazioni continue del legislatore che alterna fasi di depenalizzazione a fasi di ripenalizzazione delle singole fattispecie e, dal lato sostanziale, dalla considerazione che spesso il grado di afflittività (e la correlata funzione di prevenzione generale) può essere sostanzialmente identico per due tipologie di sanzioni o addirittura superiore per le sanzioni amministrative.

Un criterio di distinzione potrebbe fondarsi sul fatto che le sanzioni amministrative si prestano a fungere soprattutto da elemento di chiusura del sistema regolatorio di settore a garanzia della sua effettività. Ma qui il tema è ampilissimo e meriterebbe di riflettere sulla perdurante

possibilità di ricostruire le legislazioni amministrative di settore, ormai in gran parte depurate da componenti dirigenziali (si pensi per esempio all'ordinamento del credito ormai assoggettato pressoché integralmente a una disciplina di matrice europea e alle regole della concorrenza), come istitutive di un ordinamento giuridico sezionale secondo le tesi elaborate in origine dalla dottrina (M.S. GIANNINI).

In materia il concetto acquisito, anche per effetto degli interventi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, è che, a prescindere dal criterio discrezionale utilizzato per distinguere sanzione penale e sanzione amministrativa, ciò che non può essere accettato è l'individuazione per la stessa fattispecie di una doppia sanzione, amministrativa e penale: è questo il problema del *ne bis in idem* destato da sistemi che, come il nostro, sono strutturati sulla base di un doppio binario sanzionatorio.

A tal proposito, le conclusioni cui è addivenuta la giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* possono così sintetizzarsi.

Da un lato la Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza *A e B contro Norvegia* (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 15 novembre 2016, ric.n. 24130/11 e 29758/11) ha precisato che non incorre nel divieto di *bis in idem* l'ordinamento che sia in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte dell'unica autorità e nell'ambito di un unico processo e neppure quello che, pur senza unificare i due procedimenti sanzionatori, ne consenta lo svolgimento in parallelo garantendone una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta". Rappresentano indici di tale "connessione sostanziale e temporale": i) la diversità di scopo dei procedimenti sanzionatori; ii) la prevedibilità della duplicità dei procedimenti; iii) l'assenza di duplicazioni nella raccolta e valutazione della prova, da garantirsi attraverso un'interazione tra le autorità competenti; iv) l'adeguata considerazione, nell'ambito del procedimento temporalmente successivo, della sanzione precedentemente erogata, in modo da rispettare l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

Dal canto suo anche la Corte di giustizia (da ultimo nelle sentenze della Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16) ha posto limitazioni all'operatività del divieto di *bis in idem* chiarendo che il doppio regime sanzionatorio è legittimo a condizione che la normativa rispetti le seguenti condizioni: i) sia finalizzata a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un cumulo di proce-

dimenti e di sanzioni, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari; ii) preveda regole chiare e precise che consentano al soggetto accusato di prevedere quali atti e omissioni possano costituire oggetto di un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni; iii) garantisca che i procedimenti siano coordinati fra loro per limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo di procedimenti comporta per gli interessati; iv) garantisca che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto è strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione.

È rimesso al giudice nazionale verificare se tali requisiti siano soddisfatti nei casi di specie, verificando altresì che gli oneri risultanti concretamente da detto cumulo a carico dell'interessato non siano eccessivi rispetto alla gravità dell'illecito commesso.

Chiarito, almeno in linea teorica, il tema del *ne bis in idem*, si può dire che i principali problemi che residuano rispetto al rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative attengono alla quantificazione delle sanzioni e al contraddittorio che deve essere garantito nel procedimento.

Con riferimento alla quantificazione il problema nasce dalla mancata previsione di meccanismi correttivi volti a calmierare le sanzioni che spesso raggiungono dei tetti elevatissimi e, così facendo, un livello di afflittività pari o superiore alle sanzioni penali, considerati anche i danni reputazionali che comportano.

Con riguardo al contraddittorio, dal contenzioso in materia è emerso che nel procedimento sanzionatorio si registra una carenza o comunque insufficienza di contraddittorio.

Le garanzie del contraddittorio, sottese alla nozione ormai costituzionalizzata di giusto processo (art. 111 della Costituzione), infatti, non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del processo o, *mutatis mutandis*, all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, per esempio, in funzione del tipo di processo (civile, penale, ecc.); oppure a seconda che si tratti di processi di cognizione, di esecuzione o cautelari oppure a seconda che si tratti di processi a cognizione piena o a cognizione sommaria.

Ai nostri fini occorre considerare pertanto almeno un profilo del principio del contraddittorio e, cioè, la distinzione tra la dimensione per così dire orizzontale o verticale.

Usualmente, nell'applicazione del principio del contraddittorio, estesa dal processo in senso proprio al procedimento amministrativo, assume rilievo soprattutto la dimensione verticale del medesimo, poiché il potere esercitato è di regola un potere unilaterale dell'amministrazione rispetto al quale, specie nel caso di interessi legittimi oppositivi, la contrapposizione tra parte privata e amministrazione è particolarmente evidente. Ciò in quanto la potestà sanzionatoria che colpisce il singolo crea una relazione bilaterale verticale tra l'autorità che esercita il potere e irroga la sanzione e l'impresa o il singolo che diventa oggetto di una sanzione (cd. "contraddittorio verticale"). Nei procedimenti innanzi alle autorità indipendenti questa dimensione del principio del contraddittorio trova spazio in particolare, come si vedrà, nei procedimenti di tipo sanzionatorio o ordinatorio (diffide) avviati d'ufficio dalle autorità nei confronti di soggetti posti in una posizione di soggezione.

La dimensione orizzontale del principio del contraddittorio emerge invece soprattutto in relazione all'attività in forme contenziose (o paragiurisdizionali) attribuite alle autorità chiamate a dirimere, in una posizione di terzietà, i conflitti tra le imprese operanti nel settore di attività nel quale è istituita l'autorità oppure tra quest'ultime e gli utenti. Nei procedimenti in materia di pubblicità ingannevole la natura contenziosa dell'attività attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è sottolineata, secondo la disciplina vigente, dal fatto che essa non può attivarsi d'ufficio, ma solo su domanda dei concorrenti, dei consumatori e di altri soggetti.

Il contraddittorio verticale è più difficile da attuare correttamente in senso garantistico per il soggetto che è passibile di sanzione. Infatti, l'autorità che agisce ed esercita il potere sanzionatorio dovrebbe essere in qualche modo "parte imparziale", dovrebbe cioè valutare con pari attenzione le ragioni della difesa della parte sottoposta al potere sanzionatorio. Tale imparzialità risulta difficile da raggiungersi in tutti i casi in cui, come nei procedimenti dinanzi alle autorità indipendenti, la pubblica amministrazione finisce con l'essere, ad un tempo, accusatore e giudice. Per rimediare a questo problema, anche sul piano organizzativo, la legislazione di settore prima, e la giurisprudenza poi, hanno imposto una netta distinzione anche di tipo organizzativo tra funzione di chi conduce l'indagine e la funzione decisionale.

A fare maggiori passi avanti è la giurisprudenza europea che con la sentenza *Grande Stevens* (Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, ricorso 18640/2010) arriva al punto di dire che dovrebbe esserci una separazio-

ne organizzativa piena addirittura tra due soggetti atteso che l'attuale separazione formale ed organica nel procedimento sanzionatorio dinanzi alla Consob (art. 187 TUF) non garantisce la separazione effettiva tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie, per le ingerenze del Presidente nella fase istruttoria.

Dal canto suo lo stesso Consiglio di Stato, tenuto conto che una reale separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria non è praticabile *de jure condito* nel nostro ordinamento richiedendo un radicale ripensamento del sistema delle Autorità indipendenti, chiarisce che il contraddittorio non è rispettato tutte le volte in cui all'interessato sia preclusa la possibilità di presentare le proprie deduzioni rispetto all'atto certamente più importante della fase istruttoria, ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione in vista della decisione finale (Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596).

Da questo punto di vista il tema del contraddittorio, anche sulla base degli spunti sovranazionali, richiederebbe un ripensamento da parte del legislatore, che vada, per esempio, nella direzione di estendere il novero dei procedimenti sanzionatori che ammettono il contraddittorio anche orale o di introdurlo anche con riguardo a talune attività preistruttorie.

Infine, una prospettiva che innesta una riflessione sul tema delle sanzioni attiene al profilo della responsabilità dei funzionari e degli amministratori pubblici davanti alla Corte dei conti (responsabilità amministrativa). In materia non è sempre chiara la linea di confine tra componente risarcitoria, finalizzata al recupero delle somme non acquisite o perdute, e componente sanzionatoria, finalizzata a punire il funzionario colpevole.

Più in generale l'istituto della responsabilità amministrativa andrebbe ripensato, in linea con quanto previsto in altri paesi, rimettendo all'amministrazione che subisce un danno da parte di un funzionario la scelta se agire o meno in giudizio, all'esito di un bilanciamento tra l'esigenza di recuperare il danno subito e l'esigenza di evitare il fenomeno della *over deterrence* atteso che la paralisi dei procedimenti e dunque l'inerzia, in talune situazioni, potrebbe creare ancora più danni di quelli cui vorrebbe porre rimedio.

A una prima stesura della relazione, a partire dal file audio, ha collaborato Veronica Varone alla quale va un ringraziamento per l'ausilio prezioso.

Bibliografia

- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca Impresa Società, Rivista quadrimestrale*, 2014, 2 pp. 333-348.
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 182 ss.
- M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 171 ss.
- F. VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nel diritto civile: il problema dei c.d. risarcimenti punitivi

Claudio Scognamiglio

1. La vivacità del dibattito¹ aperto dalla ancora recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte² relativa alla delibabilità, nel nostro ordinamento, della decisione di un giudice straniero recante condanna per un titolo di risarcimenti punitivi conferma che la questione intercetta alcuni degli snodi fondamentali del problema della responsabilità civile e, più in generale, delle tecniche di tutela civile dei diritti, e si colloca sullo sfondo della riflessione circa i rapporti tra legge e giurisdizione³ ovvero, per usare un'altra formulazione, della relazione tra dottrina dei dottori e dottrina delle Corti⁴.

¹ Dibattito che perdura, al massimo livello di autorevolezza: cfr., da ultimo, C.M. Bianca, Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 31 gennaio 2018 nonché, A. Lamorgese, Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 317 ss.. Interessanti sono anche la ricostruzione di C. De Menech, Verso il riconoscimento dei danni punitivi?, in *Jus civile*, 2017, 6 nonché i contributi di M. Franzoni, Danno punitivo e ordine pubblico, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 284 ss.; M. Tesaro, Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile, in *Danno e resp.*, 2018, 533 ss.; C.C. Viazzi, L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 329 ss.

² Il riferimento è, naturalmente, alla sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1198. La corrispondente ordinanza di rimessione della I sezione civile n. 9978 del 16 maggio 2016, è pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Corr. Giuridico*, 2016, 827 ss., con nota di chi scrive I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile.

³ Riprendendo il titolo del saggio di C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 765 ss., il quale non a caso si sofferma, tra l'altro, proprio sul problema dei risarcimenti punitivi (ivi, 792 ss.), nei termini dei quali si dirà tra breve nel testo. Di questo Autore cfr., ancora più di recente, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 897 ss., per una posizione particolarmente critica nei confronti di un ipotetico accreditamento della categoria dei danni punitivi nel nostro sistema normativo.

⁴ Qui il riferimento è allo scritto di C. Granelli, *Dottrina dei dottori e dottrina delle Corti*, in *Jus civile*, 2017, 6.

In questo intervento, ci si propone di verificare quali siano le prospettive aperte dalla sentenza – e dalla discussione originata dalla stessa – con riferimento all'eventuale sviluppo di un sistema sanzionatorio di diritto civile, in un contesto nel quale, dopo alcune interpretazioni 'a primissima lettura' della decisione, secondo le quali l'intervento delle Sezioni Unite avrebbe addirittura creato i presupposti per una ridefinizione del concetto di danno⁵, appare tuttora controverso se la decisione abbia 'aperto' o 'chiuso' ai danni punitivi nel nostro sistema.

La seconda posizione è stata in particolare sostenuta, da ultimo, sulla premessa che la sentenza ha comunque sottoposto i danni punitivi ad un regime di rigorosa tipicità legislativa, desunto dalla norma racchiusa nell'art. 23 della Costituzione, in questo modo escludendo qualsiasi potere creativo del giudice "capace di dare ingresso ad un 'incontrollato soggettivismo giudiziario', che deve assolutamente evitarsi"⁶. In effetti, la decisione sottolinea con forza che "ogni imposizione di prestazione personale esige una 'intermediazione legislativa' sulla base del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25) che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali...": è stato oggetto di discussione⁷ se sia più pertinente il richiamo all'art. 23 Cost. (che, come ci era già capitato di dire in sede di commento all'ordinanza di rimessione, ponendo una riserva di legge quanto ai fatti – fonte dell'obbligo di eseguire una prestazione patrimoniale, preclude la creazione diretta di essi in via pretoria⁸) oppure quello all'art. 25, come sembra incline a fare

⁵ Questo era il titolo dell'intervento di A. Zoppini, Una tappa che ridefinisce i confini del danno, *Il Sole 24 ore.com*. Anche C.M. Bianca, Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi, *cit.*, il quale dà atto, in maniera implicitamente critica, del fatto che "la nuova decisione è stata salutata in qualche primo commento come una svolta che segna finalmente l'ingresso dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Le riconosciute funzioni deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile, si è detto, non soltanto consentono la delibazione di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi, ma legittimerebbero nel nostro ordinamento il risarcimento punitivo', legittimerebbero cioè l'inflizione di una pena all'autore dell'illecito tramite la condanna al risarcimento del danno".

⁶ Così V. Roppo, La responsabilità civile di Pietro Trimarchi, in *Jus civile*, 2017, 6.

⁷ Sul punto, da ultimo, C. De Menech, Verso il riconoscimento dei danni punitivi, in *Jus civile*, *cit.*, 614 ss.

⁸ Cfr. nostro Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle Sezioni Unite), in *Giustiziavivibile.com*, 5. Cfr. anche M. Sesta, Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva, in *Famiglia e diritto*, 3/2017. In prospettiva generale, e già in precedenza, C. Castronovo, Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 331 ss., il quale senz'altro ritiene che "una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti punitivi

altresì la sentenza delle Sezioni Unite⁹. Entrambi esprimono il principio della necessaria e previa previsione di legge, il primo, in generale, quanto ai fatti che fondano l'obbligo di eseguire una prestazione patrimoniale, il secondo, quanto alla regola che sancisca la punizione di colui che abbia posto in essere una determinata condotta: e se quest'ultimo può apparire in effetti dotato di un maggiore tasso di specialità, e dunque, di pertinenza al problema di condanne in funzione sanzionatoria, il primo ha il pregio di avere registrato, già in passato, qualche sufficientemente meditata proposta di utilizzazione in una prospettiva ricostruttiva del discorso sulla responsabilità civile¹⁰. Non sembra tuttavia si possa sostenere che la corretta utilizzazione da parte della sentenza delle Sezioni Unite del riferimento ai principi costituzionali che vengono in considerazione in questa materia rappresenti una chiusura ai risarcimenti punitivi, i quali, se certamente non possono trovare ingresso in via meramente pretoria nel nostro sistema normativo, sono stati ritenuti ormai compatibili con il limite dell'ordine pubblico¹¹.

contrasterebbe con il principio di legalità che presiede alla pena da almeno due punti di vista: il primo e più importante costituito dall'assenza di una previsione legislativa che tale potere preveda; il secondo costituito dall'incertezza essenziale circa l'entità della pena stessa: ambedue questi profili contrasterebbero con l'art. 25, 2° co. Cost., Dal punto di vista più propriamente civilistico, vi è poi l'art. 23 Cost., che prevede la riserva di legge per ogni 'prestazione personale o patrimoniale'.

- ⁹ C. Consolo e S. Barone, Postilla minima di messa a giorno a S. Barone, Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio – deterrente o iper – ristoro solo cautelativo?, nota a Cass. 16 maggio 2016 n. 9978, in *Giur. It.*, 2017, 1359 ss.1366, sollevano qualche dubbio sulla pertinenza, in materia, del richiamo alle norme degli artt. 23 e 25 Cost., osservando che “in effetti l'art. 23 e 25 Cost., richiamati in ottica tributario/penale dalle sez. un. possono apparire richiami fuori fuoco”.
- ¹⁰ Il riferimento è all'ormai risalente contributo di A. Gorassini, Art. 23 Cost. e responsabilità civile, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scalfi, Milano, 1988, 261, il quale argomentava appunto nel senso che “la Costituzione prevede una riserva di legge in materia di responsabilità civile”, fissando “il principio sintetizzato da Cian nel suo scritto del '66 (Antigiuridicità e colpevolezza, Milano, 1966, 154): il singolo ha il diritto di sapere quello che può o non può fare senza esporsi alla sanzione (recte, in forma moderna, all'onere) del risarcimento. Anche chi si muove nella sfera del diritto privato deve avere una charta libertatum”.
- ¹¹ Su questo aspetto cfr. in particolare A. Lamorgese, *Luci e ombre ecc.*, cit. Perviene a conclusione analoga, sia pure sulla base di argomenti in parte diversi, anche M. Franzoni, *Danno punitivo e ordine pubblico*, cit., 299, il quale osserva – in particolare, alla luce del principio di proporzionalità, destinato a governare pure la condanna a titolo di risarcimento del danno punitivo – che “il danno punitivo non sia affatto incompatibile con il nostro ordinamento e...anzi i principi che lo governano sono simili a quelli che governano la nostra tradizione giuridica”, tanto più che “il tentativo di tabellare il danno punitivo sembra procedere nella direzione che favorisce l'incontro tra responsabilità civile e assicurazione”.

2. Soffermandosi, dunque, sulle prospettive aperte dalla sentenza, non pare contestabile che essa abbia accreditato il principio, particolarmente innovativo, avuto riguardo a gran parte della precedente giurisprudenza di legittimità¹², secondo il quale “nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile”¹³. Da questo principio, la sentenza ha tratto il corollario secondo il quale “non è...ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statuni-

¹² Il riferimento è innanzi tutto alle decisioni che si erano specificamente occupate del problema della delibabilità delle sentenze straniere recanti condanna al pagamento di somme a titolo di danni punitivi: cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183 (tra gli altri luoghi in Foro It., 2007, I, 1461 ss., con annotazione del medesimo G. Ponzanelli, *Danni punitivi? No grazie; in Danno e resp.*, 2007, 1126, con commento di R. Pardolesi, *Danni punitivi all'indice?*; in Europa e dir. priv., 2007, 1129, con nota di G. Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*) nonché Cass. 8 febbraio 2012 n. 1781 (questa sentenza si può leggere, tra l'altro, in *Danno e resp.*, 2012, 609 ss., con nota di G. Ponzanelli, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio e in Corr. Giur.*, 2012, 1068 ss. con nota di R. Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*). L'affermazione del principio della natura monofunzionale della responsabilità civile era stata peraltro condivisa, anche nel corso degli ultimi anni, dalla Suprema Corte anche in altri contesti argomentativi: cfr., ad esempio, Cass. 12 giugno 2008 n. 15814, che poneva l'accento sul fatto che, nell'attuale sistema normativo, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con finalità e caratteristiche punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare dell'interesse leso, dovendosi escludere che l'ordinamento potesse consentire l'arricchimento di una sfera giuridico patrimoniale in assenza di una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da una sfera giuridica all'altra e la ancora recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di danno tanatologico 22 luglio 2015 n. 15350 (vedila, tra l'altro, in *Resp civ. prev.*, 2015, 1530 ss.), laddove questa enfatizzava “l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti”, così ravvisando “il momento centrale del sistema... (nel) danno, inteso come ‘perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva’ (Corte Cost. n. 372 del 1994)”. Sulla sentenza da ultimo richiamata, ci si permetta anche il rinvio al nostro scritto *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp civ. prev.*, 2015, 1430 ss.

¹³ Si sofferma, da ultimo, sull'aspetto funzionale dell'istituto aquiliano, appunto nella prospettiva del problema di una possibile funzione punitiva del medesimo, A. Malomo, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, in particolare 142 ss., per la conclusione che non appare peraltro condivisibile, nei termini in cui è formulata, secondo la quale si imporrebbe in materia “una lettura interpretativa in chiave teleologica – funzionale diretta ad accertare la rispondenza del rimedio adottato allorché risulti provato che si tratta di una adeguata reazione alla lesione cagionata di una entità tale da superare la mera risarcibilità (sì da giustificarsi l'attuazione della funzione punitiva, deterrente, sanzionatoria necessaria)”.

tense dei risarcimenti punitivi”, pur con la precisazione, e la limitazione, secondo la quale “il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell’ordinamento straniero sui basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi aver riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell’atto straniero e alla loro compatibilità con l’ordine pubblico”.

L’affermazione del principio di diritto sopra richiamato, tanto più significativo della volontà della Corte di Cassazione di operare un intervento nomofilattico ‘forte’ ove si consideri che l’enunciazione del medesimo è avvenuta ex art. 363, penult. co. c.p.c. (e sulla premessa dell’applicabilità della regola in esso racchiusa “anche in relazione a inammissibilità di un singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza, ancorché il ricorso debba nel suo complesso essere rigettato”¹⁴), poteva dirsi, per certi versi, prevedibile¹⁵. In questo senso, è sufficiente considerare l’illustrazione dell’evoluzione del panorama normativo che la stessa sentenza delle Sezioni Unite efficacemente tratteggia, nel solco non solo della relazione predisposta dall’ufficio del massimario e della medesima ordinanza di rimessione, ma anche della recente sentenza della I sezione civile della medesima Suprema Corte, la quale aveva vagliato la compatibilità con l’ordine pubblico italiano delle misure di astreintes previste in

¹⁴ Sulla rilevanza, per così dire, metodologica della scelta delle Sezioni Unite di enunciare il principio di diritto ex art. 363, penultimo comma c.p.c., si soffermano C. Consolo e S. Barone, *Postilla minima di messa a giorno*, cit., 1366 s. Non sembra cogliere questo aspetto C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale ecc.*, cit., 798, nota 95, il quale anzi ravvisa nella circostanza che la questione concreta sottoposta all’esame della Corte, dall’angolo visuale della delibazione di una sentenza straniera, non interpellasse di per sé un problema di danno punitivo per addebitare in sostanza alle Sezioni Unite di essersi occupate del tutto ingiustificatamente del problema (“la Cassazione avrebbe potuto evitare di impicciarsi di danni c.d. punitivi”),

¹⁵ Anche Francesca Benatti, *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giustiziacivile*. com, cit., esprimeva una valutazione di probabilità del superamento del precedente indirizzo che riteneva contraria all’ordine pubblico la sentenza del giudice straniero recante condanna al pagamento di una somma di danaro a titolo di danni punitivi, pur nel contesto di un approccio molto cauto nei confronti dell’istituto. C. Consolo, *Riconoscimento di sentenze ecc.*, cit., il quale afferma che un mutamento, rispetto all’assetto discendente dalle sentenze del 2007 e del 2012, “sembrava assai improbabile”, ma “nondimeno possibile”, dato “che in effetti alcuni postulati ne erano soverchiamente rigidi e quasi apodittici pur se le singole soluzioni cliniche ben si reggevano comunque su altri grounds”.

altri ordinamenti¹⁶: e si tratta di un'evoluzione che deponeva in senso sufficientemente univoco per il superamento della concezione monofunzionale della responsabilità civile.

Non si trattava, tuttavia, di un risultato scontato: e, per rendersene conto, basta considerare la posizione esposta, sull'argomento delle funzioni della responsabilità civile, nel recentissimo contributo¹⁷ di uno degli studiosi, Pietro Trimarchi, che, nella dottrina civilistica italiana, hanno maggiormente contribuito al rinnovamento della sistemazione teorica dell'istituto aquiliano nella seconda metà del secolo scorso. Si legge, infatti, in quell'opera – e pur nel quadro di una ricostruzione comunque aperta alle prospettive di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, qual è certamente quella che muova dalla presa d'atto che “nessuna delle due funzioni, quella preventiva e quella reintegrativa, è sufficiente da sola a spiegare il meccanismo della responsabilità”¹⁸ – che “una regola di responsabilità punitiva, eccedente la misura del danno cagionato, aprirebbe la strada a valutazioni non controllabili oggettivamente e normalmente il fatto che il danno non si sia verificato o abbia avuto una misura ridotta costituisce una buona ragione per ritenere che colpa, nelle circostanze concrete, non vi sia stata o non sia stata così grave”. Ed il corollario che se ne trae, proprio con riferimento alla questione della possibilità di accreditare nel nostro sistema la categoria dei danni punitivi, è che “nel diritto italiano la responsabilità da atto illecito non prevede l'imposizione del pagamento di somme di danaro in mancanza di danno ed in funzione puramente

¹⁶ Cfr. Cass. 15 aprile 2015 n. 7613, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899 ss., con nota di A. Venchiarutti, *Le astreinte sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*; in *Giur. It.*, 2016, 562 ss. con nota di A. di Majo, *Astreinte. I confini mobili della responsabilità civile, il quale sottolinea che “l'indirizzo giurisprudenziale, recato dalla sentenza che qui si commenta, è meritevole di attenzione perché diretto a modificare un indirizzo consolidato del nostro sistema giuridico, il quale, con lo scopo di limitare, nei rapporti civili, ogni potere discrezionale del giudice, che vada oltre la esatta commisurazione del risarcimento al danno provocato, ha così negato la possibilità che il risarcimento possa anche costituire una efficace risposta a forme gravi di violazioni di diritti, e ciò a prescindere dal danno da esse provocato. Ma, si ribadisce, già la violazione dei diritti della persona o di valori ad essa riferiti ed il risarcimento del danno ‘non patrimoniale’ (si pensi al c.d. danno esistenziale) hanno preso le distanze dal ravvisare nel risarcimento la (sola) compensazione di un danno conseguenza”*. Su questa sentenza si veda anche lo scritto di Francesca Benatti, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2015, 679 ss.

¹⁷ Il riferimento è a P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.

¹⁸ Così P. Trimarchi, *op. cit.*, 4. La posizione di questo Autore sul punto è, da ultimo, esplicitamente condivisa da V. Roppo, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi, cit.*

punitiva”, relegandosi così al rango di mere eccezioni alla regola generale appena richiamata le ipotesi normative nelle quali la condanna dell'autore di un comportamento lesivo al pagamento di una somma di denaro prescinde dalla rilevazione di una corrispondente perdita nel patrimonio della vittima¹⁹.

Ancora più severa è, del resto, ancora più di recente, la posizione di un altro Autore, il quale ha affermato senza esitazioni l'estraneità della funzione punitiva al sistema stesso del diritto privato, affermando che “la responsabilità civile si è inoltrata nella modernità come istituto tipico di diritto privato, atto cioè a soddisfare interessi privati di natura patrimoniale nel segno di ciò che, costituendo obbligazione, di questa deve esibire tutte le caratteristiche, in particolare quella che attiene alla causa dell'attribuzione patrimoniale come ragione sufficiente in grado di giustificare il sorgere stesso dell'obbligazione”²⁰.

La sentenza delle Sezioni Unite merita, dunque, anche da questo angolo visuale un convinto apprezzamento: essa coglie in pieno, infatti, ed in maniera rigorosamente argomentata, proprio perché attenta all'evoluzione del sistema normativo nel suo complesso, le linee dello sviluppo culturale – ormai risalente nel tempo, del resto²¹ – che aveva condotto ad accreditare la tesi di una possibile funzione (anche) sanzionatoria della condanna adottata sulla base dell'art. 2043 c.c.²², così superando anche le posizioni culturali – autorevoli, ma attestate su una lettura dell'istituto aquiliano forse troppo ripiegata sul passato – delle quali si è appena riferito.

D'altra parte, l'affermazione della poliedricità di funzioni della responsabilità civile sembra essere ormai entrata pienamente a far parte del patrimonio degli orientamenti consolidati della Corte di Cassazione:

¹⁹ Le ipotesi normative che vengono in questa prospettiva menzionate sono, ovviamente, quelle dell'art. 614 – bis c.p.c. e dell'art. 114, co, 4° lett. e) cod. proc. amm. per il caso di inottemperanza della P.A. al giudicato, osservandosi da parte dell'Autore che “per l'eventuale eccedenza rispetto al danno non si tratta di una punizione, ma semplicemente di un modo di forzare all'esecuzione”

²⁰ Così C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., 900.

²¹ In questa prospettiva, deve essere richiamato, innanzi tutto, *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, volume che raccoglieva gli atti di un convegno pisano del 1984. Più di recente, vedi poi, e si tratta pure in questo caso degli atti di un convegno (tenutosi a Siena nel 2007), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011.

²² Ovvero, ed in contesti di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, in relazione all'art. 1218 c.c..

ed infatti la stessa è stata ribadita, da ultimo, nel contesto argomentativo delle decisioni delle Sezioni Unite sulla questione della *compensatio lucri cum damno*²³

Naturalmente, e come si è già anticipato, il principio enunciato dalle Sezioni Unite in materia di delibabilità della sentenza straniera recante condanna per un titolo di risarcimento punitivo, e poc'anzi richiamato, non può certo essere inteso nel senso di un'introduzione generalizzata, ed in via giudiziale, della categoria dei danni punitivi nel nostro sistema normativo²⁴. Da questo punto di vista, del resto, la sentenza, pur certamente innovativa, nei termini dei quali si è già riferito, sotto il profilo della rilevazione della polifunzionalità della responsabilità civile, si muove secondo linee di particolare prudenza, laddove sottolinea, anche nella prospettiva dell'applicazione alla materia dei principi costituzionali dei quali si è già detto, che l'approdo ad una concezione polifunzionale della responsabilità civile non fa sì che "l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati"²⁵.

3. Vi è tuttavia almeno un ambito, il risarcimento del danno non patrimoniale²⁶, nel quale quella che le Sezioni Unite definiscono come curvatura deterrente/sanzionatoria dell'istituto aquiliano, operava in

²³ Cfr. Cass. S.U. 22 maggio 2018 n. 12564, 12565, 12566, 12567, con note di R. Pardolesi e P. Santoro, Sul nuovo corso della *compensatio lucri cum damno*, in *Danno e resp.*, 2018, 425 ss.; E. Bellisario, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, *ivi*, 438 ss.; S. Monti, *La compensatio lucri cum damno e il "compromesso innovativo" delle Sezioni Unite*, *ivi*, 448 ss.

²⁴ Sul punto, ci si permetta il rinvio, per più ampi svolgimenti, al nostro *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1109 ss..

²⁵ Si sofferma sul carattere "di compromesso" del contenuto della sentenza M. Tescaro, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2018, 534, osservando che questa natura si coglie sia quanto al problema delle funzioni della responsabilità civile, con riferimento al quale la sentenza non condividerebbe né l'una né l'altra delle soluzioni estreme, che potevano essere in tesi accreditate, sia per quel che attiene la lettura che essa dà del limite dell'ordine pubblico.

²⁶ Non condivide questa impostazione C.M. Bianca, *Qualche necessaria parola di commento ecc. cit.*, 6 – 7, il quale osserva che "l'insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato". Va tuttavia considerato che, come emerge anche dalla complessiva impostazione dell'A., questi sembra rifiutare radicalmente l'evoluzione in senso polifunzionale della responsabilità civile: cfr., infatti, *ivi*, 7 – 8.

pieno già prima dell'intervento nomofilattico del quale stiamo qui discorrendo e, proprio in presenza di quest'ultimo, sarà verosimilmente sempre più chiamata a dispiegarsi nel futuro²⁷.

In quel contesto, infatti, la concezione monofunzionale della responsabilità civile pare davvero insuscettibile di essere affermata: ed è sufficiente a rendersi persuasi di questo il rilievo della intrinseca ed insuperabile differenza tra le funzioni che lo strumento della condanna risarcitoria era, ed è, destinato ad assumere in relazione alla natura – patrimoniale o non patrimoniale – del pregiudizio che esso mira a riparare²⁸. Un risarcimento inteso come un 'rimettere insieme' l'unità strutturale e funzionale del bene²⁹, incisa dal fatto lesivo non è neppure in astratto configurabile quando il bene soppresso o alterato sia intrinsecamente refrattario a quest'operazione e, più in generale ancora, quando il pregiudizio che si è verificato non sia immediatamente riconducibile ai circuiti valutativi propri di un'economia di mercato e, dunque, non può trovare in essi componimento³⁰. Anche da questo angolo visuale,

²⁷ Il punto è colto da C.C. Viazzi, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 333, il quale – interrogandosi sulle prospettive aperte dalla sentenza delle Sezioni Unite in materia di risarcimenti punitivi, si domanda "come si orienteranno le liquidazioni nella vasta area del danno non patrimoniale non biologico in cui è strutturale...una componente risarcitoria non compensativa". Particolarmente significativa, in quest'ordine di idee, risulta una recentissima ordinanza della Cassazione, Cass. 12 aprile 2018 n. 9059, la quale, in un caso di lesione della personalità di un'insegnante da parte dei genitori di alcuni alunni, (troppo) vivacemente critici nei confronti del suo metodo educativo, ha ritenuto che, in sede di riconoscimento della responsabilità degli autori delle dichiarazioni lesive, così come di liquidazione del danno, si dovesse tenere conto del clima di particolare, e deprecabile, intolleranza suscettibile di determinarsi nell'ambito della comunità scolastica (al fine – questa pare l'idea sottostante alla pronuncia – di assicurare un'adeguata tutela di coloro che sono investiti della responsabilità educativa degli alunni).

²⁸ Questo aspetto del discorso è stato, a suo tempo, approfondito in maniera particolarmente suggestiva da Salvi: vedi, in particolare, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.

²⁹ Secondo la già ricordata etimologia del termine risarcimento.

³⁰ Sul punto cfr. anche L. Nivarra, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giustizia civile.com*, approfondimento del 31 gennaio 2017, il quale afferma, condivisibilmente, che "l'art. 2059 c.c. si presenta, almeno sotto il profilo funzionale, come quanto di più vicino ad un rimedio sanzionatorio generale offra attualmente l'ordinamento". In prospettiva più generale, si deve rammentare anche la posizione di F.D. Busnelli, *Tanto tuonò...che non piovve*. Le Sezioni Unite 'sigillano' il sistema, in *Corr. Giur.*, 2015, 1206, nota a Cass. S.U. 22 luglio 2015 n. 15350, il quale sottolinea che, in materia di danno non patrimoniale, l'apertura alla dimensione punitiva del risarcimento sarebbe perseguibile una volta riscoperta la ratio di sanzione afflittiva sottostante all'art. 2059 c.c.

dunque, si delinea l'esigenza di un approfondimento ricostruttivo del concetto di danno, nelle sue varie configurazioni, che consenta di offrire uno strumento critico adeguato per leggere le diverse ipotesi che l'esperienza concreta esibisce.

Il dibattito che ha fatto seguito all'ordinanza di rimessione (e, dunque, prima ancora che intervenisse la pronuncia della sentenza delle Sezioni Unite) ha tuttavia condotto un Autore³¹ a puntualizzare che, pur non potendosi revocare in discussione la finalità (anche) punitiva sottesa all'art. 2059 c.c., questa disposizione non sarebbe idonea a soddisfare alla funzione costituzionalmente assegnata all'istituto della riserva di legge, posto che la stessa si limiterebbe a "ribadire la necessità di una previsione legislativa, senza tuttavia enucleare essa stessa i contorni in termini di tassatività, tanto meno con riferimento ai presupposti ed alle conseguenze quantitative del 'castigo' rappresentato dal risarcimento punitivo"³². Al riguardo, è ovviamente ben noto che l'art. 2059 c.c. non prevede una determinazione quantitativa della condanna risarcitoria secondo parametri determinati o determinabili, e dunque è inidoneo a soddisfare un'esigenza di riserva di legge che dovesse essere intesa come riferita anche alla 'calcolabilità' del risarcimento. È tuttavia altrettanto noto che un assetto precettivo non dissimile si rileva anche nel contesto di altre disposizioni, come l'art. 709 ter c.p.c., co. 2° n. 2 e n. 3, nelle quali pure non si esita – pure da parte dello stesso Autore³³ – a ravvisare il fondamento di un risarcimento con finalità sanzionatoria e deterrente. Infatti, le ipotesi di condanna risarcitoria previste dalle disposizioni menzionate assumono, secondo l'interpretazione di esse largamente accreditata, una coloritura sanzionatoria perché i beni o interessi che possono essere incisi da "gravi inadempienze o... (da) atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", presentano anch'essi la peculiarità di non poter esser 'ricuciti', per tornare ancora una volta alle origini del termine risarcimento, così rendendosi evidente che, in quei casi, la condanna al pagamento di una somma di danaro deve necessariamente avere una funzione diversa. E, del resto, anche in quelle ipotesi di condanna risarcitoria non è certamente prevista una determi-

³¹ Il riferimento è a M. Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, cit., 295.

³² E cioè ponendo "essa stessa la riserva di legge per il risarcimento dei danni non patrimoniali", senza però soddisfarla: cfr. M. Sesta, op. loc. cit..

³³ Cfr., in questo senso, proprio M. Sesta, op. loc. cit.

nazione quantitativa fissa, o anche solo una tabellazione, degli importi dei quali potrà essere disposto il pagamento a carico del responsabile; mentre una precisa determinazione, e limitazione, quantitativa è condivisibilmente prevista dalla stessa disposizione normativa, al co. 2° n. 4), laddove viene in considerazione la condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Da questo angolo visuale si conferma, dunque, la necessità, acutamente colta di recente nella dottrina francese³⁴, di operare un'attenta tassonomia delle figure che possono venire in considerazione sotto l'etichetta dei danni punitivi: etichetta di per sé davvero troppo comprensiva, ed inevitabilmente ambigua, se non altro perché non esportabile in quanto tale nel nostro sistema giuridico, e che deve invece cedere all'analisi delle ipotesi in cui si tratti di un risarcimento punitivo o di un risarcimento con finalità anche punitiva oppure di quella che, nel solco della formulazione contenuta nel progetto di riforma del Code civil, più opportunamente può definirsi come l'irrogazione di una amende civile³⁵.

La coloritura sanzionatoria che ha assunto il risarcimento del danno non patrimoniale, già prima ancora dell'intervento della sentenza delle Sezioni Unite (sulle prospettive aperte dalla quale si è svolta questa riflessione), ripropone in tutta la sua complessità il problema della prova, e della liquidazione, della prestazione risarcitoria a carico del soggetto responsabile: e questo in termini ancora più significativi, nel momento in cui la più recente giurisprudenza della Sezione Terza della Corte di Cassazione, traendo spunto da una – a sua volta ancora assai recente³⁶ – modifica normativa, ha dato ingresso ad una valutazione autonoma, in sede di liquidazione, del danno morale rispetto al danno biologico³⁷.

³⁴ Cfr. F. Leduc, *La notion de dommages et intérêts punitifs*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 153 ss.

³⁵ Si intende alludere alla formulazione dell'art. 1266 – 1 del progetto.

³⁶ Il riferimento è all'art. 1, 17° co. L. 4 agosto 2017 n. 124, che ha introdotto il nuovo testo degli artt. 138 e 139 cod. assicurazioni; questi, com'è noto, sotto l'unitaria definizione di danno non patrimoniale, distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello morale.

³⁷ Si tratta dell'elemento di novità più significativo di Cass. ord. 27 marzo 2018 n. 7513, che si colloca nel solco di Cass. 17 gennaio 2018 n. 901. Cass. 7513/18 è pubblicata in *NGCC*, 2018, I, 836 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, il quale rileva che "negli anni, quello che avrebbe voluto diventare il nuovo 'statuto' del danno non patrimoniale (qui si allude alle decisioni risalenti al novembre 2008 di San Martino) si è incrinato sempre più ed è stato poi oggetto di prese posizione critiche nonostante il formale, apparente riconoscimento". Cfr., al riguardo, D. Spera, *Time out: il 'decalogo'*

Da questo punto di vista, risultano condivisibili le considerazioni di chi ha osservato che l'equità, di per sé considerata, risulta un criterio del tutto inidoneo a risolvere il problema della liquidazione del danno non patrimoniale nelle componenti di esso estranee all'area del danno biologico, a meno che il criterio equitativo non sia riempito "da sempre più condivisi, prevedibili e adeguatamente valorizzati sottocriteri... quali quelli della gravità della lesione, della gravità della condotta ed anche della capienza dell'autore dell'illecito"³⁸.

della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino, Ri.Da.Re, focus del 4 settembre 2018.

³⁸ Così C.C. Viazzi, L'ostracismo ai danni punitivi ecc. cit., 338.

PARTE V

LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA
SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO
PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE

Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato

Nico D'Ascola

La povertà dell'arsenale sanzionatorio italiano è una causa – non l'unica – del sovraffollamento carcerario e quindi di tutte le disfunzioni che conseguono a questa cronica emergenza alla quale si deve pure addebitare la grave caduta di immagine dell'Italia a seguito della sentenza *Torreggiani*. Quando parlo di povertà dell'arsenale sanzionatorio intendo riferirmi alla natura quasi esclusivamente detentiva, per di più carceraria, delle pene previste dal nostro sistema penale. Tra le altre cause concorrenti poi assume ulteriore rilievo, data l'efficacia della quale è dotata, la dimensione quantitativamente alluvionale – dal tasso di crescita peraltro inarrestabile – del diritto penale. Né – in un quadro così delineato – può trascurarsi di considerare il principio di esclusiva titolarità del potere punitivo in capo alla magistratura ordinaria e quindi le resistenze alla vera attuazione di una depenalizzazione finalmente coraggiosa. Resistenze che sinora ne hanno garantito l'inviolabilità, malgrado sia evidente che il confine tra diritto penale e diritto amministrativo punitivo è mobile, non ha alcuna base ontologica ed è rimesso alla libera valutazione del legislatore.

Il sistema sanzionatorio continua ad essere centrato sulla pena detentiva quale sua esclusiva risorsa punitiva. Il diritto penale è ritenuto l'unico settore dell'ordinamento dotato di efficaci presidi punitivi che si insiste nel ritenere debbano inevitabilmente consistere nella privazione della libertà personale dei cittadini in ambienti penitenziari. Insomma, il carcere è ritenuto l'unica risposta adeguata in caso di commissione di reati. Ciò vale sia sul piano della prevenzione generale, che su quello della rieducazione. E se il Legislatore ha introdotto soluzioni diverse rispetto al carcere, lo ha fatto mediante misure alternative penitenziarie. Quindi, ancora una volta nel rispetto della irrinunciabilità del dogma *carcerocentrico*, in un simile contesto l'alternativa

al carcere tendenzialmente lo presuppone (fanno eccezione i casi in cui la misura alternativa è impeditiva della carcerazione) e comunque implica la celebrazione del processo. Già questa constatazione, molto più di ogni altro ragionamento spiega perché la questione carceraria è a tutt'oggi irrisolta. E così sarà se il legislatore non deciderà di cambiare rotta investendo anche su pene (principali) alternative non carcerarie. È ovvio infatti che l'unico modo per uscire dalla logica del carcere quale unica soluzione punitiva di tipo penalistico deve comportare modelli sanzionatori che già a monte lo escludano. Purtroppo, contro ogni aspettativa, i tempi si sono rivelati ancora immaturi, se è vero che una timida riforma in tale direzione, tentata con la legge delega n. 67/2014, non ha trovato attuazione su questo specifico versante nel corso della passata legislatura, lasciando il sistema punitivo invariato. Avviene così che le pene principali sono quasi tutte privative della libertà personale in carcere e le misure alternative sono riservate al nuovo ma oscuro protagonista del sistema punitivo, costituito dal processo di sorveglianza. A quest'ultimo si accede – così generando una vera e propria duplicazione – soltanto dopo che si è formato il giudicato penale a seguito della conclusione del processo ordinario di cognizione. Ne viene fuori un sistema complesso, nonché dai tratti fortemente contraddittori. Da un lato, sul versante del diritto penale sostanziale un legislatore sempre più pressato dalla pubblica opinione – talvolta da Lui stesso in tal direzione eccitata – è indotto a praticare incrementi sanzionatori sempre più irragionevoli e sproporzionati nella supposizione che altrimenti le pene non verranno in alcun modo eseguite. Dall'altro, nel contesto di un vero corto circuito si ampliano le misure alternative penitenziarie per ricomprendervi gli eccessi sanzionatori appena introdotti. In altri termini le pene detentive crescono per evitarne la neutralizzazione in fase di esecuzione e del tutto simmetricamente l'incremento sanzionatorio genera l'ampliamento delle misure alternative. Così facendo non ci si avvede del fatto che il sistema punitivo tradizionale e quello alternativo del processo di sorveglianza si inseguono in maniera del tutto circolare. Ciò senza che il carico complessivo dei processi subisca alcun decremento. Quel che è certa è la duplicazione dei processi. A quello di cognizione segue quello di esecuzione. Ma non basta, le misure alternative penitenziarie sono frequentemente indicate – sia pure in contesti fortemente interessati alla esasperazione politica di questi temi – come causa di una persistente e profonda sensazione di insicurezza dei cittadini. Sempre

in argomento, sia pure del tutto inappropriatamente, si evoca anche il tema della certezza della pena della quale a gran voce si evidenzia la ormai definitiva compromissione.

Da tutto ciò, sia pure in maniera manifestazione artificiosa, si fa discendere l'aumento di una criminalità descritta come ormai non arginabile. Al riguardo è infatti indiscutibile che la certezza della pena – che significa certezza della punizione in caso di violazione del precetto penale – è cosa ben diversa dalla modificazione della durata della pena medesima nel corso della sua esecuzione. Se ciò è vero, vi è tuttavia pure da osservare che il terreno sul quale ci muoviamo è estremamente delicato e poco incline a recepire le raffinate distinzioni della dogmatica penalistica. È anche per questa ragione che il penalista, nel giudicare la complessiva razionalità del sistema e i suoi effetti, non può trascurare di analizzare la realtà, sia pure senza rinunciare alla necessaria funzione di orientare in direzione dei principi. Non è sbagliato poi tenere in conto le strumentalizzazioni alle quali l'attuale sistema è esposto, data l'incidenza che queste ultime dimostrano di possedere su di una pubblica opinione sempre più condizionata. Peraltro a me pare sia ragionevole convenire sulla conclusione secondo la quale il bilancio delle misure alternative penitenziarie è caratterizzato da luci, ma anche da ombre. Queste misure infatti, con riferimento agli effetti prodotti sul legislatore, generano il sospetto di aver giocato un ruolo non secondario sull'ingiustificato incremento sanzionatorio che si è registrato in questi ultimi anni. Con riferimento al giudizio per reati di scarsa gravità vi è il sospetto che abbiano contribuito a rendere superficiale l'accertamento, data la prevedibile ineseguibilità della sanzione detentiva. Per quanto poi concerne la rappresentazione che di esse hanno i cittadini, già prima notavo che le misure alternative sono frequentemente percepite come causa del senso di insicurezza e quindi di esposizione al pericolo, del quale soffre la nostra società. Per quanto riguarda la razionalità dell'ordinamento penale, le misure alternative penitenziarie sono accusate di generarne l'ineffettività, dato che il processo di sorveglianza è additato come la fase nella quale si disfa quanto il giudice della cognizione ha definitivamente accertato.

Le misure in oggetto, infine, hanno perpetuato la logica *carcerocentrica* e per di più non hanno inciso – né potevano farlo – sui tempi di celebrazione e sull'enorme numero dei processi penali.

In direzione del tutto opposta, sia pure qui evidenziando alcune tra le innumerevoli sfaccettature che si colgono da una situazione così

complessa, giova notare che le misure alternative penitenziarie hanno il grande merito di avere eliminato gli insopportabili effetti criminogeni delle carcerazioni di breve durata, hanno ridotto il peso della popolazione carceraria, hanno efficacemente contribuito alla difficile ma necessaria opera di gestione delle carceri, hanno finalmente concretizzato il principio costituzionale di rieducazione.

A fronte di tutto ciò ci si deve chiedere se risultati positivi ben più consistenti per l'intero sistema penale avrebbero potuto essere raggiunti ricorrendo a pene principali alternative (carcerarie e non carcerarie, delle quali qui non è possibile proporre alcun catalogo) non soltanto applicate dal giudice nel corso del giudizio, ma per di più dotate di sufficiente e proporzionata afflittività, capaci di evitare già a monte, ossia nel corso del giudizio penale, la pena carceraria, nonché funzionali a deflazionare il processo di sorveglianza.

Per evitare equivoci del tutto ingiustificati ritengo utile precisare che il carcere rimane la soluzione inevitabile per i reati di maggiore gravità rispetto ai quali una ragionevole ma non eccessivamente dilatata offerta di misure alternative carcerarie rimane l'unica via praticabile. Ciò anche in virtù della non sostituibilità dell'internamento e dell'osservazione carceraria quali strumenti di verifica della effettiva rieducazione a seguito di percorsi carcerari di media o lunga durata.

Al contrario, le pene principali detentive non carcerarie o nemmeno detentive avrebbero dovuto trovare spazio per i reati di media gravità e per tutti quelli che si possono definire lievi.

Dal quadro così tracciato emerge come le misure alternative penitenziarie e le pene principali non carcerarie non corrono il rischio di sovrapporsi e al contrario potrebbero cooperare in un sistema penale nel quale le seconde, pur escludendo la soluzione carceraria, manterrebbero l'afflittività di una sanzione meglio costruita sul tipo di illecito, garantendo anche la effettiva esecuzione del giudicato. Oltretutto, proprio perché non carcerarie, le pene alternative per definizione non pongono alcun problema di misure alternative alla loro esecuzione.

Concludo insistendo sul punto. Le misure alternative carcerarie si inseriscono più armonicamente nel sistema penale solo a condizione che quest'ultimo sia munito anche delle pene alternative. Ideale sarebbe stato pertanto un intervento legislativo a "due livelli". Misure alternative e pene principali alternative, da differenziare in relazione ai reati ai quali devono essere destinate e alla fase processuale nella quale devono essere applicate.

Né la determinazione della loro durata implicherebbe interventi di particolare complessità. Basterebbe infatti ricorrere a clausole di conversione inserite nella parte generale del codice le quali assumano la pena detentiva quale parametro dal quale ricavare la durata della pena principale alternativa. Soluzione, questa, che non soltanto consentirebbe di lasciare invariate le pene attualmente previste per i singoli reati, ma che eviterebbe anche la frantumazione – in dipendenza del tipo di sanzione – della categoria reato, garantendone l'unitarietà nel rispetto di intuibili esigenze sistematiche. Resterebbe così inalterato il rapporto di proporzione (interno ed esterno) tra il livello di offensività di ogni singolo reato e il trattamento sanzionatorio per esso previsto.

È ovvio però che i gravi problemi di un diritto penale alluvionale che produce quantità ingestibili di processi – vicenda questa anch'essa complementare rispetto al problema del sistema punitivo – implica il ricorso ad una depenalizzazione significativa e finalmente dotata di effettività. Sul punto si deve essere chiari. Perché la depenalizzazione produca effetti tangibili si deve rinunciare al dogma della esclusiva titolarità del potere sanzionatorio in capo alla magistratura ordinaria. Riesce infatti difficile negare che l'attuale sistema punitivo, esclusivamente affidato alla magistratura ordinaria, per taluni reati sia divenuto simbolico, legittimando l'amara formula "il processo come pena". Occorrerebbe quindi trasferire ai rappresentanti dell'amministrazione dello Stato dotati di poteri punitivi competenze attualmente riservate all'autorità giudiziaria. Poteri da esercitarsi a mezzo di procedimenti sufficientemente garantiti, ma molto meno formalizzati e quindi molto più rapidi del processo penale, assoggettati però alle garanzie che l'art. 111 Cost. riserva ad "ogni processo".

La necessaria linea di confine tra il processo penale e quello amministrativo punitivo dovrebbe poi essere costituita dalla libertà personale. Nel senso che la compromissione di questo ultimo bene di rilevanza costituzionale dovrebbe essere riservata esclusivamente alla magistratura ordinaria nonché alle forme e agli strumenti ben più complessi e garantiti del processo penale. Tuttavia occorre convincersi del fatto che sanzioni ad esempio prescrittive, interdittive, concernenti la revoca di licenze, autorizzazioni e permessi, comportanti effetti patrimoniali e pecuniari a carico dei trasgressori – tanto per indicarne alcune – possono risultare ben più punitive rispetto alla celebrazione di processi penali soltanto simbolici perché destinati a concludersi con l'applicazione di una misura alternativa al carcere del tutto aleatoria,

ma tale da comportare la necessaria celebrazione di un processo penale di cognizione e di un successivo processo di sorveglianza. Insomma, dovendo a questo punto concludere questo mio breve intervento penso di poter affermare che l'attuale sistema punitivo costituisca uno degli snodi maggiormente esemplificativi della più complessiva crisi del sistema penale. L'immagine di una giustizia che *gira a vuoto*, producendo processi penali assolutamente inutili e perciò dannosi, nuoce gravemente all'immagine dello Stato, generando sfiducia e incertezza.

Responsabilità da reato degli enti tra globalizzazione e ordinamento interno

Andrea Sereni

SOMMARIO: 1. La tendenza globale del diritto ‘penale’ delle società. Il significato della colpa di organizzazione. – 2. La forza attrattiva del paradigma statunitense: l’esemplarità delle sanzioni. – 3. Discrezionalità giudiziale e certezza dei limiti di punibilità degli enti. – 4. Riflessioni conclusive.

1. La tendenza globale del diritto ‘penale’ delle società. Il significato della colpa di organizzazione

Una recente ricerca dell’Università di Roma “Sapienza” porge al lettore informazioni preziose, fecondi argomenti e spunti di riflessione sulla evoluzione, nei paesi emergenti dell’area BRICS e TICKS, delle normative dedicate alla responsabilità degli enti da reato¹. È d’altra parte solo l’ultima, in ordine di tempo di una nutrita serie di ricerche che ha visto in particolare, ma ovviamente non solo, nel gruppo penalistico ‘romano’ un incessante impegno di analisi, su scala globale. Lo sforzo in atto è quello di individuare a livello – appunto – mondiale, un filo conduttore, uno statuto comune di garanzie per gli enti, pur tra le molteplici diversità di disciplina esistenti nel mondo², cercando

¹ Si tratta delle discipline dei paesi emergenti dell’area BRICS (Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica) e poi dei nuovi emergenti dell’area TICKS (Taiwan, India, Cina, Sud Corea e Sudafrica) su cui, nell’ambito della ricerca indicata sopra nel testo, BOCCELLA-RINALDI, *Economia globale e paesi emergenti. L’economia dell’area BRICS e TICKS*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti*, a cura di A. Fiorella e A.S. Valenzano, Roma, 2017, 11 ss.

² Ricordo, ad esempio, il recente volume di FIORELLA-VALENZANO, *Colpa dell’ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016. In precedenza, fra gli altri, si vedano i due volumi, frutto di cooperazione universitaria in ambito europeo, AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I, *Liability ‘Ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*, a cura di A. Fiorella, Napoli,

di definire un 'modello' attorno al quale armonizzare intanto le varie legislazioni nazionali dell'Unione Europea, immaginando infine una linea di armonia più vasta su scala planetaria nel più lungo periodo.

Da queste ricerche emerge che la responsabilità penale (o parapenale) delle società si avvia ad essere, e in parte già è, un caposaldo dell'ordinamento globale', e si dimostra banco di sperimentazione sia di innovative tecniche di imputazione del reato, che di 'nuove' tipologie di sanzione.

Vi è dunque una linea di sviluppo, a largo raggio, di sostanziale superamento del principio *societas delinquere non potest*, con un effetto di trasformazione di finalità e contenuti dello strumento penale, in un più ampio contesto evolutivo di ridefinizione dei confini rispettivi tra sanzioni amministrative, sanzioni civili (punitive), sanzioni penali e misure di prevenzione³.

Della responsabilità degli enti da reato esaminerò qui solo alcune problematiche.

Come ho accennato sopra, divergono anche notevolmente le soluzioni giuridiche, in modo perfino affascinante proprio per le diverse sensibilità esistenti nel declinare, nei singoli ordinamenti, questo complesso paradigma punitivo della modernità. Tali diversità, però, se da un lato "affascinano" lo studioso, dall'altro, all'evidenza, ostacolano non poco l'impegno dogmatico di *reductio ad unum* dei vari sistemi. Ad ogni modo, un profilo della disciplina che va sempre più prendendo corpo come una 'costante strutturale' comune a più sistemi concerne l'impegno dell'ente nell'organizzarsi: nel darsi un efficace corpo di regole e di controlli preventivi antireato nei confronti sia dei dipendenti posti ai livelli inferiori della scala gerarchica che dei livelli manageriali più elevati.

Da questo punto di vista, peraltro, si danno almeno due direttrici fondamentali alternative: quella propria del sistema statunitense, in cui la valutazione normativa dell'organizzazione incide essenzialmente sulla quantificazione della sanzione, sul presupposto di una responsabilità oggettiva accertata a prescindere dagli sforzi profusi *ex ante* dalla società per prevenire l'illecito; e la direttrice propria in particolare del

2012; AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II, *Towards a Common Model Model in the European Union*, a cura di A. Fiorella, Napoli, 2012; in materia di anticorruzione, in area culturale diversa, AA.VV., *Preventing Corporate Corruption: the Antibribery Compliance Model*, a cura di S. Manacorda, G. Forti, F. Centonze, Springer, 2014.

³ Per un esame trasversale di sistemi sanzionatori diversi a carico delle imprese, MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2018, 133 ss.

sistema italiano, nel quale la ‘virtuosa’ organizzazione rileva invece, al più presto, come causa di esclusione della colpevolezza dell’ente pur quando, sebbene con non pochi “ostacoli” normativi, il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale (art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001)⁴, per poi rilevare (il modello organizzativo) anche *ex post*, rispetto al reato verificatosi, come forma di ‘ravvedimento’ influente in termini di riduzione della sanzione pecuniaria ovvero di non applicazione della sanzione interdittiva (artt. 12-17 d.lgs. n. 231 del 2001).

La rilevanza dell’organizzazione, specie nella versione nostrana, comporta conseguenze importanti.

Il diritto ‘penale’ delle società non si giustifica più soltanto con l’esigenza di affiancare alle sanzioni penali tradizionali un armamentario di sanzioni più efficaci perché rivolte contro patrimoni ben più cospicui rispetto ai normali patrimoni degli individui autori di reati; ma trova una più profonda ragion d’essere nella richiesta rivolta alle imprese di fare la loro parte contro la criminalità degli affari, neutralizzandone i meccanismi genetici, affiancando l’opera di prevenzione statutaria, mobilitandosi per attuare la prevenzione, immergendo la politica d’impresa nella cultura della legalità, controllando e punendo, in via disciplinare, i comportamenti scorretti dei propri esponenti.

Il sistema punitivo assume così una forte valenza preventiva, con l’ausilio fondamentale degli enti, di orientamento, anzi direi quasi di determinazione, dei comportamenti collettivi aggregati, di controllo più ravvicinato degli stessi. D’altra parte, questa “chiamata alle armi” contro la criminalità affaristica sembra destinata a divenire il nocciolo duro del rimprovero penale e dell’irrogazione, in caso d’inadempimento, della sanzione a carico dell’ente collettivo. Infatti, la colpa di questa ‘comunità’, di questo aggregato di persone fisiche, consiste, a questo punto, nel restare inattivi o nel non attivarsi in modo adeguato contro i rischi interni di condotte criminali.

In una prospettiva di emancipazione dalla responsabilità oggettiva, il modello italiano della colpa di organizzazione come criterio di imputazione del reato all’ente, anche rispetto agli apicali, si fa preferire al modello statunitense. Il paradigma penale infatti non può prescindere dal rimprovero di colpevolezza. E la ‘carezza organizzativa’ è l’unico elemento in grado di fondare la colpevolezza dell’ente. È l’organizzazione a catturare quel

⁴ Sulla complessità della disciplina dettata dall’art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

dato sostanziale, umano e strutturale insieme, che fa da *trade union* tra lo schermo formale della società e il comportamento collettivo retrostante. Lo schema statunitense, per il quale l'ente risponde del reato sul presupposto che un suo membro, dall'amministratore delegato al fattorino, abbia commesso il fatto con l'intento, almeno in parte, di favorire la società, anche se «in palese violazione della *policy* aziendale»⁵, è uno schema che si appiattisce sull'azione della persona fisica, che non isola ancora un *quid pluris*, e sul piano causale e sul piano della colpa, che possa intendersi come elemento colpevole proprio della persona giuridica⁶.

Ecco allora che l'impegno organizzativo nel conformarsi alla legge è il parametro con cui misurare la distanza o, al contrario, la vicinanza dell'ente al reato commesso dal dipendente o dall'amministratore. Ecco perché la cultura della *compliance*, in una prospettiva di armonizzazione globale delle normative, non può limitarsi a dispiegare i suoi effetti sulla sola misura della sanzione⁷; ma deve rilevare già come fattore di responsabilità, se l'organizzazione si è dimostrata carente nella prevenzione o, peggio, se ha incoraggiato l'illecito⁸, e viceversa determinare l'esonero da responsabilità, ove il reato si dimostri *estraneo* alla politica aziendale e l'impresa si sia dotata di un efficace programma preventivo⁹.

Tuttavia, questo ruolo dell'organizzazione se da un lato è in grado di allineare ai principi di garanzia del diritto penale la punibilità degli enti, dall'altro genera problemi. La colpa infatti è rapportata qui, come si è detto, alla mancante o inadeguata capacità organizzativa di *prevenzione*. Guardando al futuro, non sfugge ai più acuti osservatori che si va verso

⁵ BOURTEN-HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, Mas. Mantovani, Bologna, 2016, 201.

⁶ Il sistema statunitense si arresta a una imputazione oggettiva 'civilistica' rispondente ai criteri della rappresentanza e della immedesimazione organica.

⁷ Così sostanzialmente nell'ordinamento statunitense, negli accordi transattivi conclusi con l'autorità inquirente, nei quali peraltro l'applicazione della sanzione a carico dell'ente può prescindere dalla formalizzazione dell'incriminazione e da una ammissione di responsabilità, fatta salva l'ammissione dei fatti contestati, e in cui può essere attenuato o escluso l'impatto delle pene accessorie, rispetto alla pena pecuniaria, come ad esempio per il *compliance monitoring*.

⁸ Per esempio, con una politica aziendale che incoraggi e premi i risultati economici della gestione anche se ottenuti con mezzi illeciti o spregiudicati quali la corruzione internazionale, l'inquinamento ambientale, ecc.

⁹ Spunti significativi dall'esperienza italiana del decreto 231/2001 ha tratto la disciplina spagnola della responsabilità da reato delle società (cfr. FIORELLA-VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016, 37 ss., che parlano di vera e propria «importazione»).

un «sistema preventivo 'globale'», nella misura in cui le singole discipline nazionali vanno recependo il concetto di colpevolezza suindicato¹⁰.

Nella prospettiva della prevenzione, alle imprese è richiesto di esercitare una vigilanza minuziosa e continua¹¹. Sennonché la moltiplicazione di cautele per numeri sempre maggiori di reati da prevenire, la ramificazione di controlli e di obblighi di segnalazione¹², l'incentivazione delle segnalazioni (*whistleblowing*), rischia di imporre alle aziende, con mezzi più insidiosi che in passato, quella "camicia di forza" disciplinare, che Michel Foucault identificò come tratto tipico della «società punitiva» negli anni settanta del secolo scorso¹³.

C'è da interrogarsi a questo punto sulla sostenibilità della tesi di Zygmunt Bauman, formulata subito all'inizio del ventunesimo secolo, secondo cui l'avvento della «modernità liquida» avrebbe comportato il superamento del «modello del Panopticon», elaborato come «metafora chiave del potere moderno» proprio da Foucault, sulla base del modello penitenziario omonimo di Jeremy Bentham¹⁴.

Osserva Bauman: «Gli abitanti del Panopticon erano incatenati al loro posto e impossibilitati a muoversi, [...] legati ai loro letti, celle o banchi di lavoro. Non potevano muoversi perché erano sotto stretta osservazione». Lo stadio attuale della storia della modernità sarebbe, invece, «*post-panottico*», essendo venuto meno proprio il rapporto di 'stretta osservazione' tra controllore e controllato.

Secondo il grande sociologo polacco, infatti, la «fine del Panopticon preconizza la fine dell'epoca del reciproco coinvolgimento: tra controllori e controllati, capitale e lavoro, leader e seguaci. La principale tecnica di potere diventa ora la fuga, l'evasione, il distacco, il netto rifiuto di

¹⁰ Cfr. FIORELLA, *Rilievi conclusivi sull'autoregolamentazione dell'ente in una prospettiva globalizzata*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti*, cit., 154.

¹¹ In Italia, ritiene che la disciplina del d.lgs. 231/2001 non dovrebbe più riguardare, in prospettiva di riforma, le piccole e medie imprese, F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 87 ss.

¹² In particolare, per quanto riguarda l'Italia, si pensi agli obblighi di riferire all'organismo di vigilanza eventuali illeciti di cui si è a conoscenza, che il modello organizzativo deve prevedere a carico di amministratori, sindaci, dipendenti ecc.

¹³ Nell'ottica, in quegli anni, della lotta di classe tra borghesia e proletariato, FOUCAULT, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano, 2016; ID., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993; nello specifico campo della responsabilità degli enti, sia consentito il rinvio a SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016.

¹⁴ BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011, XXXII.

qualsiasi confinamento territoriale»¹⁵. È un potere che si fa sfuggente e globale allo stesso tempo, che non ha più bisogno, in un certo senso, di alti muri divisorii per il suo esercizio, perché esercitabile anche a enorme distanza attraverso sistemi digitali in grado di agire, per esempio sui mercati finanziari, simultaneamente ovunque.

A riflettere sullo sviluppo del diritto penale attuale sembra tuttavia che il passaggio su larga scala intravisto da Bauman a una fase post-panottica possa dirsi qui tutt'altro che comprovato.

Il rilievo che la colpa di organizzazione è destinata sempre più ad assumere per gli enti dimostra, in questo settore strategico del sociale, che il modello di Foucault non è stato affatto sostituito da paradigmi nuovi, ma si va piuttosto evolvendo in qualcosa di più complesso, e forse di più penetrante del Panopticon tradizionale, senza però stravolgerne l'identità di fondo.

Parlerei, per la responsabilità penale delle società, di implementazione di un modello neo-panottico (un *work in progress*), che si aggiunge ai numerosi sistemi extrapenali di vigilanza già esistenti. Il paradigma punitivo in esame mira, in questo affollato contesto, a delineare una tecnica di controllo interno 'totale' o, se si vuole, circolare. Rispetto infatti al tradizionale Panopticon, dall'ente si pretende un controllo non più solo o prevalentemente organizzato in senso gerarchico dall'alto in basso, ma congegnato in modo che le informazioni affluiscano anche dal basso verso l'alto e si muovano in senso orizzontale, in modo appunto da coprire l'intera circonferenza del microcosmo aziendale, e in modo che il controllato possa a sua volta, per lo meno occasionalmente, controllare il controllore.

In tal senso, è emblematico lo sforzo *corale* richiesto all'impresa nel sistema statunitense, allorché grande peso – per chiudere transazioni vantaggiose sulla sanzione¹⁶ – è attribuito alla denuncia tempestiva da parte dell'ente degli illeciti scoperti, prima cioè che si sia iniziata una investigazione o una procedura pubblica di accertamento e, in questo quadro, particolare attenzione è rivolta alle investigazioni interne, alle tutele e agli incentivi, anche in denaro, riconosciuti a chiunque (il c.d. *whistleblower*) riferisca o denunci reati o illeciti di cui sia venuto a conoscenza nello svolgimento delle proprie mansioni lavorative¹⁷.

¹⁵ BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., XXXIV.

¹⁶ Accordi tra le imprese indagate e i *prosecutors*.

¹⁷ RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il*

Così, in Italia, è richiesto che i modelli organizzativi garantiscano adeguate tutele al *whistleblower*¹⁸ e che, ancor prima, prevedano l'*obbligo di segnalare* all'organismo di vigilanza reati o violazioni del modello di cui si sia a conoscenza, da parte tanto degli amministratori, quanto dei dipendenti¹⁹; in un crescendo di protocolli preventivi da osservare sempre più rigidi (in corrispondenza dei molteplici scopi cautelari fissati dalla legge: l'anticorruzione, l'antimafia, l'antiriciclaggio, la trasparenza contabile, ecc.).

Per queste ragioni, sia pur molto sinteticamente richiamate, mi sembra che il pericolo di una deriva 'neopanottica' esista nei fatti, in rapporto all'*ideologia* corrente di privilegiare l'efficienza tecnico-scientifica della prevenzione.

Si pensi, per fare un solo esempio, all'ipotesi, prospettata da autorevole dottrina, di prevedere una strategia «collaborativa» che includa, nei programmi di *compliance*, procedure di selezione dei *manager* e del personale in base alla loro «propensione al reato», da valutare alla luce di «test [psicologici] ormai corroborati», in grado di svelare i *corporate psychopaths*, e di mettere a nudo «furbizia» e «capacità di manipolazione» nel «tenere il comportamento che fa una migliore impressione sul posto di lavoro e durante i colloqui professionali»²⁰.

Mi domando al riguardo se è lecito immaginare una simile prevenzione, che agisca su elementi di rischio situati nel profondo della personalità individuale, indagati con l'ausilio di parametri 'scientifici' e psicologici di

paradosso del liberismo economico, in *Dir. pen. cont.*, 12.10.2015, 8 ss.; F. MAZZACUVA, *La diversione per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2016, 81 ss.

¹⁸ V. sulla figura del *whistleblower* la L. 30.11.2017 n. 179 (Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato), e in particolare i nuovi commi 2-bis, 2-ter e 2-quater dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, che introducono nel sistema '231' una minuziosa disciplina del *whistleblowing* a garanzia della riservatezza del segnalante, della sua non discriminazione sul luogo di lavoro, del rilievo disciplinare di segnalazioni infondate dovute a dolo o colpa grave (ecc.).

¹⁹ Così, ad es., nel c.d. "decalogo 231" del Tribunale di Milano (G.I.P.), in *www.reatisocietari.it/index.php/modelli-organizzativi-e-organismo-di-vigilanza/...*, (pubblicato il) 23.6.2005, in cui si sottolinea, tra l'altro, come nelle stesse linee guida elaborate da associazioni rappresentative di enti si sia cercato di catalogare i dati che dovrebbero essere obbligatoriamente riferiti dai dipendenti all'organo di vigilanza.

²⁰ Così BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, 31-32, che riprende e amplia le indicazioni sul punto delle *Guidelines* emanate nel 1991 dalla *United States Sentencing Commission* per la commisurazione della pena nei confronti delle persone giuridiche.

cui stento a vedere, anche in proiezione futura, un'affidabilità certa, al di là del ragionevole dubbio, e in cui il confine tra psicopatologia e rimprovero etico, per certe tendenze antilegitarie, si rivela alquanto labile.

D'altra parte, un aspetto negativo più generale può essere colto nella tendenza in atto a plasmare l'organizzazione sulla figura del *bad man*, muovendo dal presupposto che chiunque ha un lato oscuro della personalità che può spingerlo a delinquere²¹. La prevenzione viene strutturata allora in funzione della *normalità della devianza* anziché della normalità sociale del comportamento retto²². In tal modo, il sistema di vigilanza acquisisce un *surplus* di coercizione, anche simbolica; e la colpa di organizzazione se da un lato arricchisce i criteri di responsabilità delle società, genera però dall'altro una corsa alla prevenzione e alla trasparenza 'totali'.

In breve, direi che la scommessa futura consista qui nel tenere a freno le pulsioni dell'efficientismo anticrimine. Un sistema penale strutturato sul condizionamento organizzativo di comportamenti collettivi non può eludere il problema di una precisazione delle sfere di libertà e di auto-responsabilità individuali. L'assenza di colpevolezza per l'ente, dal punto di vista dell'efficienza organizzativa, non può risolversi nella prova di aver adottato tutte le misure preventive più idonee, ma deve essere meglio calibrata alla luce dei limiti opponibili al pericolo di un 'dispotismo' dell'organizzazione²³.

²¹ Cfr. GARAPON, *La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove «regole del gioco» mondiale. I paradigmatici casi BNP-Paribas e Alstom*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 42, secondo cui: "bisogna purtroppo fare i conti con le naturali tendenze dell'uomo comune: il diritto deve sempre presupporre di avere a che fare col *bad man*, e non c'è linea guida, codice di condotta o «carta etica» che possa sostituirsi all'applicazione della legge penale".

²² Un caso recente della cronaca politica italiana illustra bene il problema evidenziato sopra nel testo. In un'intervista al principale quotidiano nazionale del nostro paese un ministro della Repubblica ha anticipato la sua intenzione di valutare l'opportunità, per venire a capo del fenomeno dei c.d. furbetti del cartellino, di introdurre nelle pubbliche amministrazioni, avvalendosi dell'ausilio di esperti di modelli organizzativi, non soltanto maggiori controlli a sorpresa contro l'assenteismo e misure più efficaci contro le inefficienze, ma anche l'introduzione di «rilevazioni biometriche per evitare che ci sia chi strisci il cartellino per altri» (Questa soluzione tecnica è stata inserita in seguito nel ddl - S. 920 del 2018 - sulla "concretezza" delle azioni della P.A. e sulla prevenzione dell'assenteismo). Non a torto, due tra i principali sindacati dei lavoratori hanno sottolineato come, attraverso il controllo sulle «impronte digitali», si finirebbe con il penalizzare anche simbolicamente intere categorie di pubblici dipendenti, per responsabilità dovute solo a piccole frange di lavoratori inosservanti delle regole. Sul problema della percezione dei rischi criminali, BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018, 217 ss.

²³ Discutibile la tesi per cui la finalità rieducativa della pena, *ex art. 27 comma 3 Cost.*,

2. La forza attrattiva del paradigma statunitense: l'esemplarità delle sanzioni

Esaminando le politiche protezionistiche «nell'era di Trump», Joseph Stiglitz ci ricorda che «gli USA fanno le cose sempre più in grande degli altri»²⁴.

Se pensiamo alle sanzioni punitive applicabili agli enti, e all'esemplarità che le contraddistingue, ci rendiamo conto che anche in questo campo gli Stati Uniti appaiono all'“avanguardia” nel mondo.

Le sanzioni possono risultare così severe, di così ingente importo, da mettere in ginocchio perfino grandi società di capitali.

Antoine Garapon ha analizzato a fondo i casi *paradigmatici* di due grandi imprese francesi costrette nel 2014, a seguito di accordo giudiziario, a pagare multe enormi al *Department of Justice* statunitense: da un lato, la banca BNP-Paribas che ha dovuto versare quasi nove miliardi di dollari «per aver violato la disciplina statunitense che vieta alle imprese che operano sul mercato americano di fare affari con determinati paesi»; dall'altro lato l'azienda Alstom che ha chiuso un accordo “storico” – per una società estera – con il Dipartimento di Giustizia, per una corruzione di pubblico ufficiale straniero, accettando la cifra di 772.290.000 dollari²⁵. In entrambi i casi, gli importi così elevati delle sanzioni sono dipesi in buona misura dal fatto che i dirigenti delle due società avevano tenuto comportamenti ambigui e non collaborativi con le autorità statunitensi per prevenire *ex ante*, e per far venire allo scoperto *ex post* gli illeciti accertati²⁶.

Garapon scrive, in proposito, di un nuovo paradigma che va emergendo nell'ambito del diritto degli affari, «largamente influenzato dalla cultura giuridica americana»; sostenendo che occorre

potrebbe implicare per gli enti, a differenza che per le persone fisiche, un'azione in profondità in senso correzionale, mancando nel caso dell'ente un corpo e un'anima da “straziare”, così de MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 341 ss.

²⁴ STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino, 2018, VII.

²⁵ GARAPON, *La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove «regole del gioco» mondiale*, cit., 29.

²⁶ GARAPON, *La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove «regole del gioco» mondiale*, cit., 42; per uno sguardo più ampio al sistema statunitense dei *non prosecution agreements* e dei *deferred prosecution agreements* nella responsabilità da reato delle imprese, e alle relative casistiche, RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit., 3 ss.

adattare il proprio ordinamento giuridico al nuovo paradigma, nell'interesse *in primis* delle stesse imprese europee²⁷. Nella rivalità tra ordinamenti, l'egemonia del modello americano è uno sbocco non improbabile. Anche in Italia, tra i penalisti, si va irrobustendo l'idea di adeguare la disciplina del decreto '231' alle caratteristiche della *corporate criminal liability* consolidate negli Stati Uniti e in Gran Bretagna. Ciò mira a implementare nel nostro ordinamento benefici premiali per le imprese, fino alla non punibilità, in caso di collaborazione con l'autorità giudiziaria attraverso l'autodenuncia tempestiva dei reati commessi, prima cioè dell'avvio di investigazioni da parte dell'organo pubblico inquirente²⁸.

Nella logica del "paradigma" americano, peraltro, il metodo c.d. del "bastone e della carota" appare decisamente orientato a concedere benefici sanzionatori solo a patto di accettare misure di *compliance* e di collaborazione investigativa assai severe e penetranti, rese efficaci e persuasive in termini di deterrenza, da meccanismi di calcolo della sanzione particolarmente onerosi, tali da poter 'distruggere', come visto, anche patrimoni societari di grandi dimensioni²⁹.

Se è pur vero, allora, che la severità della sanzione incide sulla sua qualificazione e che le sanzioni penali implicano maggior rigore delle sanzioni extrapenali, essendo anzi la severità, all'occorrenza, sintomo rivelatore della natura sostanzialmente penale dello strumento sanzionatorio³⁰, tuttavia la stessa sanzione penale non può prescindere da limiti ragionevoli di 'mitezza'. Ciò esorta ad arginare, anche per le società, gigantismi punitivi ed effetti indesiderati di *overdeterrence*³¹.

²⁷ GARAPON, La responsabilità delle persone giuridiche, cit., 30.

²⁸ Per tutti, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945 ss.

²⁹ È ciò che è avvenuto per la società Alstom, nel caso sopra richiamato nel testo (GARAPON, *La responsabilità*, cit., 30 nota 1).

³⁰ Cfr. FIORELLA, *Rilievi conclusivi sull'autoregolamentazione*, cit., 155, che richiede un sistema di autentiche garanzie penali, ogni volta che, per le persone giuridiche, «*si concepisca una responsabilità caratterizzata da un apparato sanzionatorio severo, munito di efficacia e forte dissuasività*».

³¹ In un diverso contesto, va menzionata peraltro la sanzione record inflitta dalla Commissione europea a Google per abuso di posizione dominante (del sistema operativo Android), per la cifra di cinque miliardi di dollari (18 luglio 2018, notizia reperibile in *www.ilsole24ore.com.*).

3. Discrezionalità giudiziale e certezza dei limiti di punibilità degli enti

Dagli Stati Uniti all'Europa la discrezionalità giudiziaria, nello stabilire e graduare la responsabilità 'penale' dell'ente, denota profili problematici di non facile soluzione³².

È stato evidenziato come al giudice penale sia richiesto, specie nella valutazione delle strategie di *compliance*, competenze e capacità di cogliere le dinamiche interne delle imprese che normalmente non appartengono al bagaglio tecnico del magistrato.

Esaminando, anzi, la giurisprudenza italiana sulla efficacia (esimente) dei modelli organizzativi, non sembra azzardato affermare che i giudici privilegiano oltremisura il loro punto di vista della prevenzione penale, sottovalutando le esigenze e i rischi propri dell'impresa. A ciò si aggiunge l'incertezza sul cosa fare da parte delle società, nella misura in cui è la giurisprudenza a stabilire in realtà lo *standard* di efficacia dei modelli di organizzazione.

Neppure da questo angolo visuale mi sembra auspicabile l'avvicinamento in corso, attraverso il c.d. «diritto vivente», ai sistemi di *common law*, là dove si finisce con l'attribuire alla giurisprudenza, anche penale, un ruolo «creativo» (sia pur in senso lato) di norme giuridiche³³.

La tradizione continentale poggia infatti sul principio di legalità, tanto più in sistemi come il nostro, in cui la Costituzione non consente, soprattutto al giudice penale, di "concorrere" con il legislatore alla creazione di norme³⁴. Nello specifico poi della responsabilità degli enti, l'affidamento all'autorità giudiziaria di ampi margini discrezionali, nel porre limiti e misura della punibilità, non ha dato e non dà, né al di qua né al di là dell'oceano, buona prova di sé.

³² Cfr., per gli Stati Uniti, LAUFER, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 25: «l'attuale separazione fra un diritto sostanziale antiquato, i principi elaborati dal *Department of Justice* e le *agency guidelines* serve gli interessi di *prosecutors* e autorità regolamentari. [...] Le strategie aziendali informate alla prevenzione e gli sforzi profusi per realizzare una *due diligence* organizzativa al momento devono adattarsi a un corpo normativo molto complesso e suscettibile di essere applicato in maniera estremamente discrezionale».

³³ Per esempio, ancora da ultimo, a proposito del reato associativo di tipo mafioso e di "Mafia capitale", FIANDACA, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *Foro it.*, 2018, II, 176.

³⁴ V. gli artt. 13, 25 e 101 Cost., che pongono in particolare (i primi due articoli) il divieto di analogia in materia penale.

Occorre dunque rendere più certi i presupposti di responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi.

Il dibattito in corso sui problemi emersi nell'esperienza giurisprudenziale italiana può rivelarsi utile anche a livello sovranazionale e internazionale.

Di fronte al quadro di incertezza per le imprese dei vantaggi che ricavano dall'adozione del modello organizzativo, anzi, di fronte al quadro fosco del 'diritto vivente', risultando ipotesi rara che tale adozione premi la persona giuridica ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. 231³⁵, si propongono essenzialmente due soluzioni migliorative: 1) aumentare il tasso di analiticità delle prescrizioni di legge circa i contenuti del modello; 2) prevedere forme di certificazione dell'idoneità del modello a prevenire i rischi-reato.

Rispetto al punto 1, viene proposto in particolare di estendere la tecnica 'dettagliata' prevista per i modelli organizzativi dall'art. 30 del Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro³⁶ all'impianto generale del decreto '231', rimpolpando le indicazioni dell'art. 6, in modo da precisare gli «elementi caratterizzanti [le regole cautelari] ed i corretti presidi procedurali, di attuazione e controllo che possano fungere da guida per le società in sede di aggiornamento dei modelli»³⁷. Tale cambiamento, si sostiene, avvantaggerebbe la libertà d'impresa offrendo agli operatori chiari criteri orientativi di fonte legislativa.

Il punto problematico di questa proposta, tuttavia, mi sembra discendere dall'accostamento stesso fra un settore infortunistico relativo alla prevenzione di reati colposi e la disciplina generale del decreto '231', che concerne soprattutto la prevenzione di reati dolosi. Questi

³⁵ Per un caso di non colpevolezza dell'ente (in materia di infortuni sul lavoro), v. Trib. Catania, ud. 14.4.2016, n. 2133, Rete Ferroviaria Italiana, in *www.penalecontemporaneo.it*; emblematica, invece, di un approccio severo nella valutazione dell'efficacia del modello organizzativo e del criterio della "elusione fraudolenta" ai sensi dell'art. 6, comma 1 lett. c), del decreto '231' (in un caso di agiotaggio), Cass. pen., sez. V, 30.1.2014, n. 4677, Impregilo Spa, in *www.penalecontemporaneo.it*, su cui criticamente, fra gli altri, MAS. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità «penale»*, cit., 129, che giudica il tipo di controllo richiesto all'organismo di vigilanza «sostanzialmente irrealistico alla luce dell'assetto dei poteri interni» societari. Più di recente, sempre in un'ottica rigorista di valutazione dell'idoneità del modello organizzativo, Cass. pen., sez. VI, 12.2.2016, n. 11442, Saipem Spa, in *www.licitus.it*.

³⁶ D.lgs. n. 81 del 2008 (e successive modificazioni).

³⁷ Così SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in AA.VV., *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 75, che ritiene le previsioni di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 scarse e inadeguate.

ultimi non sono equiparabili ai primi in termini preventivi. Vi è un'irriducibilità di fondo tra le due forme di criminalità, che non rende auspicabile un sistema ugualmente fitto di cautele. L'intrico di regole derivante da una tale equiparazione porterebbe con sé l'ombra di una sorveglianza sempre più ingombrante³⁸.

Anche rispetto alla certificazione del modello organizzativo (punto 2), pur risultando di indiscutibile utilità prevedere forme di certificazione che assicurino l'imprenditore sulla bontà del modello adottato, mi sembra prioritario che la legge chiarisca non solo le metodologie di prevenzione, ma ancor prima la quota di libertà e il relativo rischio consentito nell'attività di autoregolamentazione, cioè i contro-limiti di valore di un modello organizzativo efficace.

Solo così società, associazioni di categoria, giudici e certificatori potranno sapere esattamente come muoversi e come costruire e valutare una 'buona' organizzazione. Non è loro compito d'altra parte stabilire la misura del controllo adeguata a esentare da colpa la persona giuridica. È un problema, come accennato, anzitutto di valori (e poi di tecniche aziendali) che chiama in causa la politica del diritto, e dunque l'azione del legislatore.

4. Riflessioni conclusive

In un tempo in cui i fondi pubblici per le politiche sociali scarseggiano, è frequente la tentazione di affidarsi alla demagogia della punizione. Rispetto al finanziamento pubblico di nuovo lavoro è più agevole ottenere consensi inasprendo i licenziamenti disciplinari dei "furbi", penalizzando asseriti privilegi, scelte imprenditoriali "egoistiche", colpendo in generale ogni presunta manchevolezza etica. Insomma, a fronte di politiche propositive costose, è più comodo affidarsi all'arma sempreverde del giacobinismo, che rastrella consenso "a costo zero".

In un tale contesto, il diritto 'penale' delle società può farsi veicolo, in misura non trascurabile, di una espansione della prevenzione e di un radicamento delle discipline punitive, assecondando approcci simbolici e demagogici alla questione criminale.

³⁸ Tornerebbe, sotto nuove forme, il fantasma della "fabbrica caserma" evocato dalla critica marxista ancora alla fine del secolo scorso. Si vedano, più in generale, le pagine di BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982, 208 ss., dedicate alla prospettiva della contrazione e del «superamento» del diritto penale, nel quadro di una visione socialista peraltro superata dalla storia.

Progettando il futuro della responsabilità degli enti, mi sembra perciò opportuno ripensare la colpa di organizzazione chiedendo al legislatore di indicare in modo esplicito un più equilibrato bilanciamento, rispetto al «diritto vivente», fra efficienza preventiva ed esigenze di libertà per le imprese e all'interno delle imprese, fra strumenti sanzionatori e strumenti di prevenzione che siano affidati in positivo a incentivi premiali³⁹ e alla formazione del personale: cioè a dire a una strategia della persuasione e non soltanto della coercizione. I modelli organizzativi andrebbero ripensati in modo che le politiche di *moral suasion* abbiano, in termini di beneficio penale, maggior peso. Alle imprese andrebbe garantita maggiore libertà sul come dosare sanzioni e incentivi, vigilanza e autonomia, regole e spazio libero da regole, obblighi di segnalazione e rispetto dei legami personali.

Vi è tuttavia un ulteriore ostacolo *culturale* a frenare una costruzione ragionevolmente 'mite' della responsabilità 'penale' delle società.

Le politiche penali, in conseguenza anche della percezione dei fenomeni criminali come fenomeni ramificati in vere e proprie metastasi sociali, tendono ormai a porsi come obiettivo un'azione (idealmente risolutiva) sulle cause della criminalità.

Prendendo a prestito riflessioni della storiografia francese moderna, il diritto penale dell'evento, nella sua versione classica, riproduce il piano della storia c.d. «*événementielle*», della storia cioè in rapporto non all'uomo, ma all'individuo; è quindi un diritto penale del singolo avvenimento, che accerta e reprime agitazioni in superficie, piccole increspature, «le onde che le maree sollevano col loro possente movimento»⁴⁰. Il nuovo diritto 'penale' delle società sembra costruito invece per catturare una storia della «lunga durata», delle relazioni strutturali e delle cause profonde che alimentano i singoli avvenimenti «rumorosi» colti dal diritto penale tradizionale. Il nuovo diritto 'penale' dunque si relaziona più volentieri a categorie sociologiche generali, a visioni di sistema in cui le ragioni individuali finiscono però col cedere il passo alle ragioni 'superiori' della prevenzione. A questo punto la politica criminale si misura con i grandi numeri della massa, nel tentativo di governarla ma anche, in parte, di 'normalizzarla'.

³⁹ Per esempio valorizzando, ai fini della carriera del personale e della remunerazione dei *manager*, le *performance* in linea con obiettivi etici.

⁴⁰ Cfr. BRAUDEL, *Scritti sulla storia*, Milano, 2016, 11-12.

Le traversie dell'uomo moderno, in tutto l'arco tormentato del 'secolo breve', ci sollecitano tuttavia a ribadire la centralità dell'individuo e le ragioni imperiture del garantismo classico anche oggi.

L'esperienza italiana sulla responsabilità degli enti, tra le sue luci e le sue ombre, può in tal senso contribuire alla costruzione di un modello punitivo equilibrato e accettabile, oltre i confini nazionali, che non recida il cordone ombelicale con le garanzie del diritto penale tradizionale antropomorfo.

L'idoneità dei modelli organizzativi. Prospettive *de iure condendo*

Andrea R. Castaldo

Desidero anzitutto complimentarmi con Antonio Fiorella per l'organizzazione dell'interessante iniziativa e, soprattutto, ringraziarlo per la fiducia che ha riposto in me.

Lo studio del tema mi è risultato particolarmente agevole, avendo preso largamente ispirazione da quanto già brillantemente scritto da Fiorella nel 2013 a proposito dell'eccessiva elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi. L'assenza di criteri certi per definire il giudizio di idoneità è, con ogni probabilità, la principale ragione dello scarso successo dei modelli organizzativi nella prassi applicativa.

Ho cercato allora di ragionare, avvalendomi anche degli altri contributi forniti in questa sede, su nuove possibili strade da percorrere, con ciò riferendomi non solo, e non tanto, ad eventuali progetti di riforma dell'articolato normativo di riferimento, ma a una radicale inversione di prospettiva che illustrerò nella parte finale del presente lavoro.

La mia soluzione *de iure condendo*, volendola così pomposamente appellare, muove da una più attenta riflessione sulla colpa o colpevolezza dell'ente e sul concreto significato di quello che la letteratura sul tema, ormai sterminata, individua come "colpa di organizzazione", che a mio avviso pare essere più uno *slogan* che una vera risposta al problema. In altre parole, ho provato a domandarmi cos'è che concretamente si rimprovera all'ente quando gli si attribuisce una "colpa di organizzazione".

Guardando al dato normativo, farò che guiderà l'intera riflessione, il modello organizzativo è più precisamente identificato come "*modello di organizzazione, gestione e controllo*". Pertanto, il raggio di azione del D.lgs. n. 231/2001 è modularmente più ampio di quanto si è soliti richiamare a proposito della "responsabilità dell'ente", riferendosi la norma non soltanto all'organizzazione, ma anche agli ulteriori aspetti

della gestione e del controllo. Possiamo, quindi, individuare un primo punto fermo all'interno del nostro ragionamento, ossia che, almeno nell'intento del legislatore, il 'peccato' dell'ente si sostanzia in qualcosa *di più* rispetto a un difetto di sola organizzazione, che costituisce invero la base di quell'attività di gestione e di controllo deputata a prevenire la commissione di reati durante la vita dell'ente.

La colpevolezza dell'ente è dunque disegnata dal legislatore, seppur con una formulazione del dato normativo forse poco puntuale, come un concetto ben più vasto, come violazione di una regola di vigilanza in senso ampio, che richiede all'ente di prevenire il reato non soltanto attraverso un'adeguata organizzazione, ma avendo cura altresì di *gestire e controllare* il rischio di reato. È qualcosa che ricorda, pur consapevole dell'improprietà del richiamo ad un istituto penalistico in materia di responsabilità formalmente amministrativa, l'obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv., qui intendendosi per evento il reato commesso dalla persona fisica.

Continuando a tener fede al dato normativo, che, come noto, articola differentemente le ipotesi di responsabilità dell'ente a seconda della persona fisica che commetta materialmente il reato, nell'art. 6, riferito al reato commesso dagli apicali, è possibile cogliere alcuni parametri di idoneità del modello organizzativo. Difatti, affinché l'ente possa andare esente da responsabilità, si richiede che il modello risulti idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, che esso sia efficacemente attuato e presidiato da un organismo di vigilanza e che il reato sia commesso mediante l'elusione fraudolenta dello stesso. Tutto sommato, siamo dinanzi a un elenco 'snello', apparentemente capace di generare fiducia e certezza applicativa. Tuttavia, ad una più attenta lettura, emerge con tutta evidenza la ragione per cui la giurisprudenza, salvo qualche isolata pronuncia, abbia quasi sempre ritenuto inidoneo il modello finito sollo la lente d'ingrandimento dalla magistratura.

Anzitutto, la pretesa per cui il modello risulti idoneo a "*prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi*" configura una vera e propria trappola linguistica. In un contesto normativo come il nostro, ove non si dispone di un elenco di reati presupposto statico e cristallizzato, ma in continua evoluzione, l'indicazione legislativa rischia di risolversi in un astratto *slogan*, che delega all'interprete il compito di 'aggiornarlo' ogni qual volta siano introdotti nuovi reati fonte di responsabilità per l'ente, nonché quando si modifichino i reati presupposto già esistenti ovvero muti l'orientamento giurisprudenziale su una determinata

fattispecie delittuosa. Con queste premesse, la rincorsa ad una efficace attuazione del modello si risolve per l'ente in una incessante *fatica di Sisifo* dall'esito pressoché scontato.

Ancora, nell'art. 6 figura un parametro che non mi ha mai del tutto convinto, quello per il quale, come anticipato, la responsabilità è esclusa quando il modello sia stato fraudolentemente eluso, con prova, peraltro, rimessa a carico dell'ente. Precisazione che potrebbe anche essere espunta, in quanto l'elusione fraudolenta costituisce già una spia implicita dell'idoneità del modello e della sua efficace attuazione: di fronte ad un modello idoneo ed efficacemente attuato, quale altra *chance* avrebbe l'agente di commettere il reato se non quella di frodarlo e aggirarlo? L'esplicita aggiunta di tale ulteriore criterio di giudizio crea invece una 'disambiguazione', tant'è che la giurisprudenza, a mio avviso, con una *petitio principii*, recupera, a contrario, proprio dalla commissione del reato con elusione fraudolenta del modello, l'implicita inidoneità dello stesso, nella considerazione che se fosse stato realmente idoneo ed efficacemente attuato non sarebbe stato possibile eluderlo.

Il quadro si complica ulteriormente nel caso in cui l'agente sia il c.d. subordinato, posto che all'art. 7 si rinviene una formula linguistica che invita alla riflessione: "*l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*". Siamo con ogni evidenza al cospetto di un criterio di imputazione assai diverso rispetto a quello utilizzato per i soggetti in posizione apicale, fondato non già su un difetto di organizzazione, gestione e controllo, quanto su una colpa da violazione di non meglio precisati obblighi di direzione o di vigilanza. Il che, pur potendo trovare fondamento, almeno in una prospettiva teorica, nel rapporto di subordinazione, non lascia bene intendere cosa questo comporti in sede di accertamento della colpevolezza dell'ente. Se per l'apicale può allora ragionarsi, seppur attecnicamente, in termini di "colpa per non aver impedito l'evento", per i reati commessi dal subordinato siamo invece di fronte a forme di rimprovero colposo per inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza genericamente descritti nel primo comma dell'art. 5 e poi ripresi dall'art. 7.

Come anticipavo poc'anzi, dall'analisi giurisprudenziale della responsabilità dell'ente da reato, emerge che, alla prova della prassi, quasi tutti i modelli organizzativi non superano il vaglio di idoneità. Va premesso che si tratta di un dato statistico da non 'esasperare' nel suo significato, nella misura in cui potrebbe leggersi in chiave del tutto positiva, ossia

che i MOG idonei, proprio in quanto tali, non siano arrivati ad essere attenzionati dalla giurisprudenza di merito, potendo verosimilmente aver beneficiato di una pronuncia di archiviazione. Ad ogni modo, i precedenti giurisprudenziali forniscono un'occasione per ricavare *a contrario* quei parametri che il MOG è chiamato a soddisfare affinché all'ente possa essere accordato il richiamato trattamento di favore.

Quali motivi ricorrenti, a fondamento delle valutazioni di inidoneità, figurano la non indipendenza dell'organismo di vigilanza, l'assenza di un codice di disciplina, la generalità del modello rispetto al rischio di reato insito nell'attività svolta dall'ente.

Ma la giurisprudenza, particolarmente creativa in tema di responsabilità dell'ente, si è talvolta spinta oltre, forgiando essa stessa dei parametri che, presentati come meramente esplicativi del contenuto degli artt. 5 e 6, si rivelano piuttosto essere una sorta di addenda casistica. Un chiaro esempio è fornito dalle pronunce GIP Tribunale Bari del 18 aprile 2005 e GIP Tribunale Milano del 27 aprile 2004, che – pur facendo applicazione dei parametri normativi contenuti nel D.lgs. n. 231/2001 – richiamano quali ulteriori canoni valutativi i criteri di specificità e dinamicità (esprimenti l'esigenza che il modello tenga conto della dimensione e della tipologia dell'impresa e che venga costantemente adattato alle mutevoli dinamiche organizzative dell'ente), introducendo così per via ermeneutica requisiti invero assenti nel catalogo normativo.

Del resto, uno dei pochissimi, se non proprio l'unico, precedente giurisprudenziale che ha riconosciuto l'idoneità del modello ha avuto ad oggetto una vicenda contrassegnata da un impianto delittuoso 'eccentrico' rispetto alla normalità dei casi, ove il fatto commesso dalla persona fisica consisteva in un reato colposo e non doloso (art. 25-*septies* D.lgs. n. 231/2001).

È noto a tutti poi come si è concluso il *caso Impregilo*, dove la Cassazione, dopo che due sentenze (in Giudizio abbreviato e in Corte di Appello) avevano ritenuto idoneo il modello, ha capovolto l'orientamento dettando, anche in tal caso, il solito decalogo con indicazioni *ex-post* per la redazione del modello.

Invero, non sorprende che larga parte degli arresti si orientino in senso sfavorevole sull'idoneità del modello, perché, se si parla di un modello di prevenzione che sia adeguato ed efficacemente attuato, nonché, come si è detto, al passo con i tempi e le modifiche legislative, è inevitabile che la giurisprudenza, dinanzi ad una fattispecie delittuosa di fatto verificatasi, riesca a 'scovare' una qualche imperfezione del MOG.

Le ragioni di questo fallimento sono tuttavia da rintracciarsi non soltanto negli ambigui criteri di accertamento dell'idoneità del modello, ma anche nello scarso *appeal* di cui questo gode. A confermarlo soccorrono, ancora una volta, i dati statistici.

Appena un anno fa, nell'aprile del 2017, Confindustria ha infatti commissionato una ricerca su un campione di 100 imprese, in prevalenza medio-piccole, appartenenti alle regioni del Piemonte, Lombardia, Liguria, Emilia Romagna, Lazio, Campania, Puglia e Sicilia. Premettendo che, su cento imprese, soltanto quarantacinque hanno partecipato al 'sondaggio', è emerso che, tra queste, appena sedici imprese (circa il 36%) hanno adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo. Si tratta delle imprese di maggiori dimensioni, dove c'è un più elevato numero di dipendenti ed è più diffusa la cultura della *compliance*. Ma il dato davvero interessante di questa 'inchiesta' sono le ragioni addotte dagli imprenditori che hanno dichiarato di non dotarsi di un modello di organizzazione, che ci offrono un osservatorio diverso da quello normativo a cui siamo, da giuristi, normalmente abituati, consentendoci di cogliere le ragioni dello scarso consenso tra i suoi diretti interessati, ossia tra gli imprenditori. Ebbene, tra le problematiche lamentate, figurano: complessità della normativa, conseguenti difficoltà applicative della stessa, eccessivi oneri organizzativi, scarso riconoscimento dell'idoneità dei MOG da parte dei giudici, considerevoli costi economici per la realizzazione e 'manutenzione' del MOG e dell'organismo di vigilanza.

Così delineato lo stato dell'arte – dove non è difficile spiegarsi perché le imprese, già operanti in un contesto di *caos* normativo, non accettino di buon grado di accollarsi un ulteriore onere, anche economicamente esoso – vengo, come anticipato, alla soluzione da me immaginata.

Il già proposto correttivo della certificazione preventiva, ricalcante quella della Legge Gelli-Bianco sulla responsabilità penale per colpa medica, non mi convince del tutto, perché, pur se astrattamente condivisibile, mi pare in concreto scarsamente o per nulla praticabile, in ragione di quel dato che ho più volte evidenziato nel corso della mia riflessione e che costituisce il punto di partenza delle mie considerazioni: la necessità di costante aggiornamento del MOG. Si dovrebbe, infatti, immaginare che, una volta ottenuto il 'bollino blu', questa certificazione primigenia sia poi sottoposta ad una sorta di 'tagliando di manutenzione programmata', da farsi ad una data scadenza o comunque ogni qual volta nuove norme entrino nel paniere

dei reati presupposto, con ciò aggravando la già complessa attività organizzativa, gestionale e burocratica dell'impresa e determinando un incremento degli adempimenti e delle spese.

Un 'costo' forse anche accettabile se precursore di un sicuro riparo dal procedimento penale a carico dell'ente. E invece, si dovrà in ogni caso 'fare i conti con l'oste': tale proposta prevede infatti la possibilità per il giudice di riconoscere alla certificazione un'efficace esimente "tranne nell'ipotesi...", che ricorda quell'elusione fraudolenta di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001. In altre parole, residuerebbe pur sempre uno spazio di discrezionalità, che il giudice sarebbe ben lieto di sfruttare a piene mani, creando quei distinguo che potrebbero impedire il decollo dell'esimente.

Ho provato allora a orientarmi verso una differente direzione, immaginando un obbligo di adozione del MOG – quantomeno per quelle imprese per le quali, per dimensione o tipologia, il modello avrebbe una sua specificità – la cui inosservanza sia punita con una sanzione amministrativa. Uno schema, cioè, in cui non figura un illecito penale o, più correttamente, non figura un illecito penale *specifico*. Ciò significherebbe escludere il MOG dal procedimento penale, confinando i relativi obblighi di organizzazione, gestione e controllo nell'ambito del diritto amministrativo. Con un inevitabile quesito: dove collocare, in questa nuova cornice, la "colpa di organizzazione"?

Atteso che è qui che risiedono le 'dolenti note' su cui si è con tutta evidenza incrinato il sistema, propongo allora di evitare di continuare a fondare la responsabilità dell'ente sul difetto del MOG, spezzando la tradizionale catena '*modello-idoneità-verifica-imputabilità-colpevolezza-responsabilità*' e lasciando vivere la responsabilità dell'ente secondo i dettami del Decreto 231/2001 soltanto in ipotesi residuali, ma più gravi. Alludo, prendendo nuovamente in prestito una terminologia penalistica, ai casi di "concorso doloso dell'ente nel reato della persona fisica", ossia a quelle ipotesi di accordo fraudolento, che rappresentano l'esatto contrario dell'elusione fraudolenta del modello. Una sorta di adesione da parte dell'ente al piano criminoso della persona fisica, questa volta con onere probatorio a carico dell'accusa. Lo schema da me prospettato – di cui in questa sede posso disegnare solo i tratti essenziali – vede quindi un modello di responsabilità sganciato dal MOG e dalla sua idoneità, con forme di colpevolezza che si avvicinano più ad un predicato doloso della condotta che ad ipotesi colpose e, naturalmente, agganciate secondo il perimetro tipico dell'ente.

È tempo di 'certificare' l'insuccesso dell'attuale impianto, che nelle sue declinazioni concrete non riesce ad accontentare nessuno, non soltanto giudici ed imprenditori, ma nemmeno lo stesso legislatore, che nell'ambito della criminalità economica ha interesse a prevenire e reprimere soprattutto quelle forme di connivenza tra impresa e criminalità. Ritengo allora che queste possano essere efficacemente colpite attraverso un modello di *compliance* fondato su un MOG obbligatorio, sanzionato nella sede amministrativa e 'disancorato' dal giudizio di idoneità. Diversamente, in un contesto di continua rincorsa all'ultimo aggiornamento legislativo, condito da una certa "logica del sospetto" che si accompagna all'adeguamento (considerato meramente 'estetico') del modello, il binomio modello-idoneità è inevitabilmente destinato a fallire.

Quella prospettata rappresenta una radicale inversione di tendenza, che sottopongo alla comune riflessione scientifica, nella misura in cui sembra consentire all'ente un'organizzazione interna atta a prevenire il rischio della commissione dei reati disancorata dalla sempiterna minaccia del procedimento penale e abbattere quelle forme di connivenza o commistione (il "concorso doloso"), che si instaurano quando l'ente fa proprie le politiche criminali dell'agente.

Discrezionalità dell'azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti

Oliviero Mazza

1. Il diritto processuale penale delle società presenta ancor oggi, dopo quasi un ventennio di vigenza, non trascurabili zone d'ombra.

A differenza del ben più collaudato diritto penale dell'impresa, la disciplina del processo penale per i reati ascritti all'ente non è stata finora oggetto di rigorosi studi dogmatici. La dottrina, salvo alcune lodevoli eccezioni, ha preferito un approccio pragmatico, condizionato dall'opzione culturale di accettare non poche torsioni delle categorie generali in funzione della natura ibrida dell'illecito.

Il punto di partenza della presente riflessione è proprio questo: possiamo ritenere legittima la scelta legislativa di ascrivere alle società un illecito amministrativo da accertare con forme processuali penali meno garantite rispetto al processo a carico degli imputati persone fisiche? Possiamo accontentarci della zona grigia dipinta dal legislatore miscelando la tavola dei colori dell'illecito amministrativo e del processo penale? È consentito al legislatore trincerarsi dietro alla *fictione iuris* del *tertium genus* costituito da un illecito amministrativo complesso che presenta tutti i connotati dell'agevolazione colposa nella commissione del reato presupposto?

La natura dell'oggetto di accertamento è direttamente condizionate le strutture del processo. Solo la "materia penale" determina, infatti, l'attivazione del sistema di garanzie costituzionali ed europee, mentre tutto il resto rimane fuori dal rigoroso perimetro dei principi della giustizia penale.

È però giunto il momento di svelare quella che, utilizzando l'abusata formula, può essere definita la truffa delle etichette. E ciò non solo per un'esigenza scientifica di esatto inquadramento sistematico, che pur sussiste, ma per un dovere di coerenza con i valori della nostra Carta costituzionale che ormai includono, per stessa ammissione del

giudice delle leggi, anche i principi, normativi e giurisprudenziali, espressi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

È inutile ricordare che dal 2007, dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 di quell'anno, fino alla più recente decisione n. 49 del 2015, passando attraverso la n. 317 del 2009, la giurisprudenza costituzionale ci ha spiegato come, in forza dell'art. 117 Cost., la Convenzione europea, così come interpretata dal giudice di Strasburgo, sia norma interposta nel giudizio di legittimità delle leggi.

La virtuosa integrazione fra garanzie costituzionali ed europee ha portato il giudice delle leggi ad affermare l'esigenza di assicurare nel diritto interno la tutela superiore che possa essere importata nel nostro ordinamento attraverso la porta dell'art. 117 Cost., mirando alla massima espansione delle garanzie, alzando l'asticella del diritto nazionale fino ai superiori standard europei.

In Europa l'applicazione delle garanzie dell'equo processo penale non è condizionata alla scelta legislativa di definire formalmente penale l'illecito per il quale si procede. La Corte europea, infatti, ha da tempo elaborato una giurisprudenza secondo cui, per stabilire se un soggetto sia accusato di un reato, occorre tener conto di tre fattori fondamentali: la qualificazione giuridica dell'illecito e della procedura fornite dal diritto interno, la reale natura dell'illecito e del procedimento, la natura e il grado di severità della sanzione collegata all'illecito¹. Si tratta della nozione autonoma di materia penale, autonoma proprio perché prescinde dalle etichette e dalle definizioni del legislatore nazionale.

Il primo criterio, la definizione fornita dalla legislazione interna, è solo un punto di partenza di valore relativo, ossia non vincolante, in particolare quando non coincidente con gli altri parametri di valutazione costituiti dalla reale natura dell'illecito e del procedimento, nonché dalla gravità della sanzione.

Per quanto riguarda l'addebito ascritto alle società, non è sostenibile che si tratti di un autonomo illecito amministrativo in presenza di una fattispecie complessa strutturata sul paradigma della agevolazione colposa del reato commesso dai soggetti in posizione apicale ovvero dell'omessa vigilanza e direzione sui dipendenti, sempre di natura colposa. C'è quindi un inscindibile legame con la commissione del reato

¹ V., oltre al *leading case* C. edu, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, série A n° 22, p. 35, par. 82, fra le tante, C. edu, Benham c. Regno Unito, 10 giugno 1996; C. edu, Ravensborg c. Svezia, 23 marzo 1994; C. edu, Demicoli c. Malte, 27 agosto 1991; C. edu, Weber c. Suisse, 22 maggio 1990; C. edu, Lutz c. Germania, 25 agosto 1987.

vero e proprio, una sorta di compenetrazione, come detto una fattispecie complessa che non può far configurare un'autonoma responsabilità amministrativa indipendente dalla commissione del reato che, peraltro, deve avvenire proprio nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Anche la natura del procedimento depone in favore della conclusione in termini di materia penale: si tratta, infatti, di un processo penale che prevede, tra l'altro, l'applicazione di misure cautelari particolarmente afflittive, costituendo nient'altro che l'anticipazione, sia pure temporanea e appunto in via cautelare, delle vere e proprie sanzioni interdittive.

Al di là del pur controvertibile inquadramento dogmatico dell'illecito, insuperabile è l'argomento fornito dalla gravità delle sanzioni: l'ente può essere condannato alla pena di morte rappresentata dalla interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività (art. 16 comma 3 d.lgs. n. 231 del 2001), mentre l'imputato persona fisica, per fortuna, non rischia più la pena capitale e, considerati i reati presupposto, nemmeno l'ergastolo; l'ente può essere condannato al pagamento di sanzioni pecuniarie di entità sconosciuta al codice penale (fino a circa € 1.500.000); la confisca, anche per equivalente, è una vera e propria sanzione e non più una misura di sicurezza. Guardando con la lente europea il sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 non può esservi alcun dubbio che si tratti di materia penale.

Se dunque l'ente è accusato di un reato, quantomeno così inteso alla luce della nozione autonoma di materia penale, il delicato equilibrio su cui si è finora retto il sottosistema processuale del d.lgs. n. 231 del 2001 è destinato ad andare in frantumi. L'equazione legislativa fra responsabilità amministrativa e processo penale meno garantito non regge più. Se l'ente è chiamato a rispondere di un reato, gli devono essere necessariamente riconosciute tutte le garanzie di un giusto processo penale, a partire dalla presunzione di non colpevolezza che nell'attuale assetto non può certo dirsi rispettata. Pensiamo, ad esempio, al sistema cautelare, espressamente volto all'anticipazione della pena, sotto forma di misura interdittiva, per scopi dichiarati di prevenzione speciale, o alla palese inversione dell'onere della prova imposta dall'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 quando il reato presupposto sia stato commesso dai dirigenti della società. Pensiamo ancora al diritto di difesa, il cui esercizio può essere condizionato dalla necessaria sostituzione del rappresentante legale o dalla nomina di un rappresentante legale *ad hoc* con la sola legittimazione al processo. Senza dimenticare che, soprattutto nel nostro ordinamento costituzionale,

giusto processo significa anche obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale, mentre l'attuale responsabilità amministrativa viene contestata discrezionalmente, sulla base di prassi eterogenee instaurate nelle singole procure della Repubblica. Le indagini spesso non vengono nemmeno avviate, facendo così retroagire la discrezionalità al momento dell'annotazione dell'illecito, e anche quando si procede allo svolgimento delle investigazioni, le stesse possono concludersi con una archiviazione non sottoposta a controllo giurisdizionale e, dunque, almeno potenzialmente, dettata da valutazioni di opportunità.

2. In attesa che maturi la consapevolezza della natura schiettamente penale dell'addebito mosso all'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, e in attesa che questa maturata consapevolezza porti alla indifferibile revisione del modello processuale succedaneo riservato alle società imputate, dobbiamo comunque confrontarci con una prassi giudiziaria che, in tema di repressione degli illeciti commessi dagli enti, si ispira apertamente a scelte discrezionali del pubblico ministero².

Discrezionalità libera che investe, anzitutto, il momento genetico del procedimento ossia l'annotazione dell'illecito.

Pur a fronte di denunce o querele riguardanti formalmente e chiaramente la responsabilità dell'ente, i pubblici ministeri ritengono di essere investiti del potere di operare una selezione "preventiva" e di omettere l'apertura del procedimento per ragioni di mera opportunità, senza nemmeno ispirarsi a protocolli o linee guida di ordine generale che, infatti, non sono rinvenibili. Su questa valutazione discrezionale spesso pesa la consapevolezza che aprire un procedimento a carico di determinati soggetti giuridici qualificati implicherebbe l'obbligo di comunicazione della stessa annotazione dell'illecito alle autorità di vigilanza, come la Consob o l'Isvap (oggi Ivass).

L'analisi dei dati relativi alle annotazioni *ex art. 55 d.lgs. n. 231 del 2001* forniti dal Ministero della Giustizia rivela una realtà sconcertante: in molti distretti di corte d'appello le procure omettono sistematicamente di procedere nei confronti degli enti, non potendosi altrimenti spiegare disomogeneità così marcate da non poter trovare altra giustificazione. Inutile sottolineare come, a mente dell'art. 55 d.lgs. n. 231

² In proposito, si veda il recente e approfondito lavoro di R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*.

del 2001, «il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente annota [ossia deve annotare] immediatamente, nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale ... il reato da cui dipende l'illecito». Il tenore letterale è chiarissimo nell'escludere margini di discrezionalità, posto che l'impiego del modo indicativo (annota) nel lessico legislativo sostituisce la forma imperativa (deve annotare). L'obbligo di annotazione sorge, dunque, a fronte della mera notizia dell'illecito che deve avere i tratti della plausibilità astratta, ossia non deve trattarsi di una pseudo notizia di reato implicante la responsabilità dell'ente, impregiudicata ogni valutazione sulla sua fondatezza che sarà resa possibile proprio dallo svolgimento delle indagini.

La conseguenza di ciò è evidente: a prescindere dalla questione relativa all'inquadramento dogmatico dell'illecito, il pubblico ministero ha l'obbligo, quantomeno legislativo, di operare l'iscrizione di ogni notizia di illecito a carico degli enti che pervenga al suo ufficio. Disattendere quest'obbligo significa violare la legge.

Ma anche quando l'annotazione viene effettuata e il procedimento si apre, i margini di discrezionalità si spostano al momento dell'azione, ossia sulla contestazione vera e propria. La scelta legislativa di sottrarre l'archiviazione al controllo giurisdizionale è stata intesa dai pubblici ministeri come l'autorizzazione a una discrezionalità libera nelle determinazioni inerenti l'azione.

Da ciò discendono quelle prassi, pur sempre devianti, che consentono accordi volti all'inazione in cambio di condotte riparatorie³.

Ancora una volta siamo di fronte a scelte *contra legem*. Nel sistema del processo agli enti, le condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001 determinano l'effetto di ridurre la risposta sanzionatoria o di scongiurare l'applicazione delle misure cautelari, ma non possono in alcun modo incidere sulla contestazione dell'illecito. Detto altrimenti, limitano le conseguenze per l'ente, ma non ne escludono la responsabilità.

Mutuando l'esperienza anglosassone dei *deferred prosecution agreement* o dei *non prosecution agreement*, i nostri pubblici ministeri ritengono invece di poter disporre dell'addebito, lasciandolo cadere in presenza di un tangibile segno di respicenza rappresentato, appunto, dalle condotte riparatorie.

³ Sulla praticabilità di tali accordi, v. E. FUSCO, *La "231" ed il rischio del logorio dei tempi di crisi*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 263 ss.

Ancora una volta, l'interpretazione letterale del sistema normativo esclude la legittimità di tali scelte. Sebbene il combinato disposto degli art. 58 e 59 d.lgs. n. 231 del 2001 non disciplini i presupposti dell'archiviazione e specularmente dell'azione, la clausola di sussidiarietà contenuta nell'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001 consente di applicare la disciplina ordinaria codicistica, con la conseguenza che l'unica valutazione consentita riguarda la sostenibilità dell'accusa in giudizio sulla base degli elementi probatori raccolti.

Il procedimento semplificato di archiviazione, che demanda direttamente al pubblico ministero l'emissione del relativo provvedimento, salvo l'eventuale controllo del procuratore generale, non incide minimamente sui presupposti della stessa archiviazione che rimangono giocoforza quelli del processo a carico delle persone fisiche.

A favore dell'obbligatorietà dell'azione non milita solo l'interpretazione letterale, ma anche quella sistematica.

Inutile ribadire che se l'illecito rientrasse nella nozione autonoma di materia penale, l'obbligatorietà avrebbe un preciso riferimento costituzionale nell'art. 112 Cost. Ma anche se si volesse ritenere che, in consonanza con gli indirizzi giurisprudenziali, l'illecito addebitato all'ente sia inquadrabile nel cosiddetto *tertium genus*⁴, la conclusione, in termini di obbligatorietà della contestazione, non potrebbe essere diversa. Nel nostro sistema costituzionale l'operato della pubblica amministrazione è improntato al rispetto dei principi di imparzialità e di legalità, principi addirittura rafforzati quando l'oggetto dell'azione amministrativa sia la contestazione degli illeciti.

Nella teoria del *tertium genus*, il fatto addebitato all'ente rimane fuori dal perimetro formale del diritto penale ed è, di conseguenza attratto proprio in quell'ambito amministrativo dove vigono i predetti criteri di imparzialità e di legalità. Paradossalmente, anche se fosse un illecito amministrativo puro ed autonomo, il pubblico ministero, in qualità

⁴ «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 colpevolezza (Nell'affermare tale principio, la Corte ha chiarito, in tema di responsabilità dell'ente derivante da persone che esercitano funzioni apicali, che grava sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito dell'ente, mentre a quest'ultimo incombe l'onere, con effetti liberatori, di dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi)» (Cass., Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014 – dep. 18/09/2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 26111201)

di organo accertatore, non potrebbe comunque esimersi dalla contestazione obbligatoria degli illeciti a tutti i trasgressori, senza possibili distinguo, pena la violazione dei canoni di imparzialità/legalità, con conseguente abuso d'ufficio.

In conclusione, non vi è alcuno spazio per scelte discrezionali nell'accertamento, nella contestazione e nella repressione degli illeciti addebitati agli enti. Ciò nondimeno, la prassi giudiziaria consegna a valutazioni di mera opportunità tutti gli snodi procedurali che vanno dall'annotazione dell'illecito all'azione. Valutazioni discrezionali che non risultano nemmeno guidate da sicuri parametri normativi o para-normativi, come quelli dettati dalle fonti secondarie alle quali ormai siamo sconsolatamente abituati (circolari, protocolli, intese ecc.). A tutto ciò si aggiunga la mancanza di uniformità dell'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 sul territorio nazionale foriera di inammissibili disparità di trattamento degli enti, ma anche dei cittadini proprietari o rappresentanti degli enti che, in forza dell'art. 3 Cost., dovrebbero essere uguali dinanzi alla legge. Il risultato è davvero sconcertante: l'accertamento della responsabilità dell'ente vive in una dimensione applicativa palesemente *contra legem*, tollerata e spesso approvata da larga parte della dottrina che sembra essersi dimenticata dei principi che reggono, almeno formalmente, il nostro ordinamento giuridico.

Il fenomeno è molto interessante, anche sotto il profilo strettamente culturale, e merita ben altri approfondimenti che non sono possibili in questa sede. Si tratta, all'evidenza, di un rilevante esempio della ormai conclamata crisi della legalità processuale.

La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale

Giulio Garuti

SOMMARIO: 1. La pratica applicazione della normativa. – 2. L'ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente. – 3. Le proposte di modifica del sistema.

1. La pratica applicazione della normativa

Il dato da cui muovere è che il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 rappresenta un sottosistema del diritto penale, dotato di una propria profondità teorica e pratica, dettato per contrastare la c.d. "criminalità d'impresa" e destinato a operare sia sul versante repressivo sia sul versante della prevenzione della responsabilità da parte dell'ente.

Purtroppo il sistema, nella pratica applicazione, ha mostrato una importante dose di ineffettività che si manifesta in entrambe le direzioni delineate.

Sotto il profilo repressivo, esiste infatti una enorme cifra grigia di procedimenti che non vengono neppure trattati dall'autorità giudiziaria, non venendo addirittura annotati, ai sensi dell'art. 55 d.lgs n. 231/01, nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Sotto il profilo della prevenzione – prevenzione che sarebbe destinata a trovare attuazione mediante l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione -, va osservato: *a)* come sia una prassi assai poco diffusa l'adozione, da parte delle aziende, dei modelli di organizzazione e gestione c.d. *ex ante*: da uno studio di Confindustria condotto a livello nazionale, i 2/3 delle aziende interpellate non hanno adottato il modello di organizzazione e gestione; *b)* come tale scarsa diffusione dell'adozione del modello, da parte delle aziende, sia riconducibile alla poca fiducia che gli imprenditori nutrono nei confronti del sistema di prevenzione

così come viene interpretato dalla magistratura vuoi requirente vuoi giudicante: se la prima continua a ritenere che sia sufficiente il verificarsi di un illecito amministrativo per bollare il modello di inidoneità e inefficacia, la seconda – come è stato dimostrato nella sentenza “Impregilo” della Corte di cassazione – non riconosce alcuna valenza alle linee guida dettate per la redazione dei modelli e si dimostra assai scettica nei confronti del sistema di prevenzione così come è stato elaborato dal legislatore del 2001.

Tutto ciò, ovviamente, provoca ricadute a livello pratico, anche laddove le aziende – per necessità o per convinzione – decidano di dotarsi del modello di organizzazione e gestione: se per un verso, di regola, si assiste a un mancato coordinamento tra il sistema delineato dal d.lgs. n. 231/01 e il sistema di *corporate governance* delle aziende che si determinano all'implementazione del sistema, per l'altro verso si assiste a una tendenza dell'impresa a interpretare in modo cosmetico la prevenzione di cui al d.lgs. n. 231/01.

2. L'ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente

E allora, al di là dei rimedi adottabili nei confronti dell'ineffettività destinata a manifestarsi sotto il profilo repressivo – che non è tema, al momento, di interesse –, ciò che preme ora esaminare è il contesto di ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente.

Contesto che, dal punto di vista delle ricadute, risulta fatalmente destinato all'applicazione di una sanzione nei confronti dell'ente incolpato, posto che, se per un verso il modello di organizzazione e gestione attuato *ex ante* è destinato, di regola, a una valutazione di inidoneità o comunque di inefficacia da parte dell'autorità giudiziaria, per l'altro verso, le condotte riparatorie poste in essere ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 231/01 alle quali può accedere l'ente in un'ottica *ex post* rispetto alla verificazione dell'illecito, determinano soltanto, in una prospettiva sanzionatoria, una attenuazione della stessa e non, invece, il salvataggio dell'ente.

Tuttavia, se la logica del sistema di cui al d.lgs. n. 231/01 è una logica di prevenzione che si estrinseca attraverso un meccanismo premiale che si ripete più volte nel corso del procedimento a cui è sottoposto l'ente, ai nostri fini occorre però tentare di individuare dei meccanismi che portino comunque l'ente a rimanere indenne da sanzioni, qualora si impegni in un determinato percorso riabilitativo.

Diversamente – ovvero, in presenza di sanzioni ancorché attenuate -, stante il concreto fallimento del meccanismo riconducibile all'efficacia del modello di organizzazione e gestione attuato *ex ante*, l'ente si determinerà sempre – salvo i casi in cui non sia generalmente e di fatto obbligato (es. società che lavorano solo nell'ambito degli appalti pubblici) -, a dotarsi di un modello di organizzazione e gestione *ex post*, nella sola eventualità in cui si venisse a trovare coinvolto in un procedimento.

Modello attuato *ex post* che ha dato prova, nella pratica, di essere lo strumento maggiormente apprezzato, da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a valutarlo, se non altro perché detto giudizio non implica una valutazione in punto di esclusione di responsabilità ma unicamente una attenuazione della sanzione.

Tuttavia, riconoscere l'idoneità e l'efficacia di un di un modello di organizzazione e gestione in presenza di un reato ipotizzato e/o addirittura accertato – e, di conseguenza, prosciogliere l'ente per questo solo fatto -, implica una formazione culturale e un bagaglio di conoscenze tecniche e pratiche che non appartiene alla magistratura italiana, che potrebbe essere in ciò aiutata soltanto nei casi in cui si affidasse, a tal fine, a periti con formazione economica/giuridica, la qual cosa significherebbe, però, mettere in discussione il ruolo del magistrato nella sua veste vuoi requirente vuoi giudicante.

3. Le proposte di modifica del sistema

Su questo sfondo, vediamo che diverse sono state le proposte avanzate – *de jure condendo* – per addivenire a un sistema che possa lasciare indenne da sanzioni l'ente, perché è in questa direzione che il sistema, caratterizzato da premialità, dovrebbe andare.

a) Sulla base di alcune sollecitazioni provenienti dall'ordinamento statunitense, è stato di recente suggerito di valorizzare "l'eventuale collaborazione" che potrebbe favorire l'ente, quale causa di esclusione della responsabilità.

La proposta è quella di prevedere che la società abbia tre mesi di tempo, dalla conoscenza dei fatti illeciti commessi da apicali e/o dipendenti, per riportare all'autorità giudiziaria quanto sappia «fornendo elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e mettendo a disposizione l'eventuale profitto conseguito» (c.d. attività di self reporting) (Centonze-Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n.*

231/2001, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze-Mantovani, p. 287 ss.).

In concreto, però, le difficoltà a cui va incontro una proposta di questo tipo sono diverse.

Se per un verso, nel nostro sistema, la collaborazione processuale può determinare una eventuale attenuazione della sanzione e non una esclusione della stessa – dando luogo, allora, la proposta in parola, a una evidente diseguaglianza tra i soggetti persone fisiche che collaborano e gli enti collaboratori -, per altro verso, la suddetta proposta si porrebbe in rotta di collisione con il nostro sistema processuale, laddove pervenisse a “barattare” un mancato esercizio dell’azione penale con uno scambio di informazioni.

Senza poi considerare il rischio collegato al fatto che l’autodenuncia, da parte dell’ente, di un determinato soggetto quale autore del reato, possa trasformarsi nella spasmodica ricerca di un “capro espiatorio”, con la penalizzazione, ovviamente, di chi in azienda ricopre ruoli non di vertice.

- b) In una diversa prospettiva, posto che, nella pratica, si assiste molto spesso alla separazione dei procedimenti penali a carico dell’ente e a carico della persona fisica, addivenendo spesso l’ente a una soluzione attraverso il “patteggiamento”, e posto che il “patteggiamento” risulta precluso – tra le altre cose – qualora il giudice ritenga che debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva (art. 16 d.lgs. n. 231/01), sarebbe forse opportuno valorizzare, in concreto, la valenza delle condotte riparatorie *ex art. 17 d.lgs. n. 231/01*, per evitare all’ente l’applicazione di sanzioni interdittive che, se reiterate più volte nell’arco di un periodo temporale, precludono la possibilità di patteggiare, in quanto impongono la sanzione interdittiva in via definitiva.
- c) La terza proposta concerne la possibilità di attivare l’istituto della “sospensione del procedimento con la messa alla prova”, di cui all’art. 168 *bis* c.p. e all’art. 464 *bis* ss. c.p.p., anche alla disciplina degli enti.

Ben presente abbiamo la posizione a riguardo della magistratura di merito che, facendo rientrare la “sospensione del procedimento con messa alla prova” nella categoria delle sanzioni generali, ritiene inapplicabile, in ossequio al principio della riserva di legge e in assenza di una normativa di raccordo, l’istituto in esame alla disciplina degli enti (Trib. Milano, XI sez., ord. 27/3/2017, XY s.r.l.).

Tuttavia, al di là di ciò, in una prospettiva *de jure condendo* o, volendo, in una prospettiva che intenda valorizzare la dimensione processuale dell'istituto in esame (C. cost. sent. n. 240/2015; Cass., S.U. 31/3/2016 Sorcinelli) e utilizzare il *pass partout* di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/01, si potrebbe pensare che anche la "correzione" di un modello di organizzazione e gestione già esistente, unita al risarcimento del danno e alla messa a disposizione del profitto, potrebbe rappresentare un percorso virtuoso da attuare in una prospettiva di "programma di trattamento" *ex art. 464 bis*, comma 4 c.p.p. (Fidelbo-Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, n. 4, p. 9 ss.).

Ovviamente, questo meccanismo si differenzerebbe dalle semplici condotte riparatorie di cui l'art. 17 d.lgs. n. 231/01, perché esisterebbe già un modello di organizzazione e gestione implementato prima del compimento dell'illecito, ovvero un sistema di *compliance* dotato comunque di una propria serietà.

E sarebbe questo insieme di elementi, ovvero l'esistenza di una organizzazione aziendale unita al programma di trattamento – consistente, appunto, nell'attività di miglioramento del modello di organizzazione e gestione, unita al risarcimento del danno e alla messa a disposizione del profitto – ad essere oggetto di una valutazione di serietà, da parte del giudice, per consentire o meno la sospensione del processo con la messa alla prova.

I limiti edittali di cui all'art. 168 *bis* c.p. (delitti puniti fino a 4 anni o indicati nell'art. 550 comma 2 c.p.p.) potrebbero essere superati prendendo in prestito il "medesimo istituto" disciplinato nell'ambito del rito minorile (art. 28 e 29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 488) che non prevede limiti né oggettivi né soggettivi, dando ciò prova del fatto che nel nostro ordinamento è già tollerata una diversa disciplina del procedimento a seconda di chi sia il destinatario.

La proposta in parola avrebbe inoltre il pregio di non stravolgere l'impianto di cui al d.lgs. n. 231/2001, esistendo già un meccanismo di sospensione del procedimento destinato alla messa in atto delle condotte riparatorie, in un'ottica di sospensione delle misure cautelari interdittive (art. 49 d.lgs. n. 231/01) e, pertanto, vi sarebbe unicamente l'esigenza di adattare questo meccanismo al profilo sanzionatorio.

Cercando poi di ampliare l'ambito operativo di questa proposta – nel tentativo di dare attuazione al meccanismo in parola anche nel caso in cui l'ente non abbia implementato, prima della commissione dell'illecito,

un modello di organizzazione e gestione -, si potrebbe pensare di inserire, all'interno del programma di trattamento, non solo l'attuazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231/01, ma anche l'imposizione di un ulteriore comportamento in una prospettiva di ravvedimento che manterrebbe la *ratio* del trattamento rieducativo.

Sotto il profilo operativo, preme osservare che sull'eventuale richiesta avanzata dall'ente nel corso delle indagini occorrerebbe il consenso del pubblico ministero e laddove questo venisse negato, vi sarebbe la possibilità di presentare la richiesta fino alla conclusione dell'udienza preliminare o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in caso di citazione diretta a giudizio.

Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente

Adolfo Scalfati

SOMMARIO: 1. L'alternativa alla punizione. – 2. Due regimi di responsabilità a “vasi” poco comunicanti. – 3. Possibilità di reciproche influenze: estinzione del reato per condotte riparatorie. – 4. (Segue:) messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto.

1. L'alternativa alla punizione

Attualmente, avanza una condivisibile linea di pensiero secondo la quale, in ottica di fondo, il catalogo delle pene vada arricchito con strumenti di risocializzazione non carcerari o non concentrati unicamente sulla sanzione pecuniaria. Il precipitato di tale prospettiva, peraltro già adottata nei segmenti giudiziari minorili o “periferici” (giurisdizione di pace), consiste sia nell'introduzione di attività (consensuali) riparatorie, sia nell'allestimento di percorsi partecipativi volontari volti a rivelare la compiuta auto-analisi del comportamento antisociale (messa alla prova), sia infine nella rapida via di fuga dal circuito giudiziario se il fatto, astrattamente illecito, non merita una condanna per la sua particolare tenuità.

Naturalmente, la sostituzione alla pena tradizionale si concentra in ambiti criminali meno allarmanti, per quanto rappresenti un fertile terreno di sperimentazione in vista di un più sistemico ripensamento del catalogo sanzionatorio; per altro verso, è abbastanza chiaro che se un principale obiettivo di politica criminale risiede nell'evitare la recidiva, la minaccia della pena tradizionale, in specie per delitti più gravi, può ancora rispondere ad esigenze di prevenzione con la quale bisogna fare i conti.

In ogni caso, sarebbe ingenuo pensare che il menzionato (e piuttosto recente) rinnovamento legislativo risponda ad esclusive logiche “di

mediazione" tra il reo, da un lato, e la vittima o la società, dall'altro¹. In realtà – sebbene non sia il momento per approfondire il tema – il complesso delle vigenti previsioni che attenuano l'ottica carcerocentrica già nella fase cognitiva del processo non sono frutto di un percorso meditato, come s'intuisce da alcune norme che paiono svincolare la condotta riabilitativa dall'influenza della vittima²; piuttosto, sembrano prevalere interessi legislativi di funzionalità tesi ad accrescere una logica deflattivo-negoziale della giustizia penale.

Pur stando così le cose, messa alla prova dell'imputato adulto, estinzione del reato per condotte riparatorie e non punibilità per particolare tenuità del fatto rappresentano – forse di riflesso – un passo avanzato verso l'idea che rieducare è meglio di punire *tout court*.

Immaginando, ora, un trascinamento di tale tendenza tra le coordinate della disciplina relativa alla responsabilità degli enti, si può ipotizzare che anche qui emerga, non tanto la necessità di adottare misure esclusivamente punitive (patrimoniali, interdittive, ablatorie) – quasi un contrappasso verso condotte che, tramite la commissione di taluni reati, alterano gli equilibri economici –, ma l'esigenza di aprire percorsi di recupero per l'ente imputato che, a certe condizioni, impediscano la banale risposta afflittiva.

In quest'ottica, l'intermediazione giudiziaria potrebbe essere il laboratorio nel quale, anziché pregiudicare, si "sani" la struttura dell'ente, peraltro, a beneficio del contesto sociale; dinanzi ad una scarsa flessibilità dell'apparato sanzionatorio, il rischio frequente è la polverizzazione dell'ente processato, verso il quale già le misure cautelari provocano intuibili effetti sul terreno economico.

Oltre che affidarsi, al riguardo, alle future scelte legislative – la creazione di istituti capaci di risolvere il giudizio di responsabilità coniugando esigenze di prevenzione con il mantenimento in vita della struttura economica – *de jure condito* bisognerebbe verificare quali potrebbero essere i rapporti tra gli istituti "non punitivi" escogitati per la disciplina penale relativa alla persona fisica e il composto normativo concernente la responsabilità degli enti; in che limiti, insomma, la

¹ Sul tema, anche per le relazioni tra diritto e processo, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*

² Per gli aspetti interpretativi, tra gli altri, E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Scalfati (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 42 ss.

particolare tenuità del fatto, le condotte riparatorie contemplate dalla disciplina generale e la messa alla prova influenzino la responsabilità degli enti, nel duplice profilo dell'effetto indiretto conseguente all'uso di tali figure nel processo contro la persona fisica e del possibile trasferimento di queste ultime nel circuito giudiziario dell'ente.

2. Due regimi di responsabilità a “vasi” poco comunicanti

La disciplina contenuta nel dlgs. n. 231 del 2001, quanto alle sue coordinate di fondo, nasce volutamente ambigua, al punto da far discutere animatamente sulla veste da attribuire all'illecito dell'ente, la cui morfologia appare senza dubbio complessa; all'opposto, è esplicitamente prescritto che, salvo deroghe, gli strumenti dell'accertamento siano mutuati dalle regole del processo penale.

La disputa sulla natura della responsabilità (amministrativa, penale, *tertium genus*) produce riflessi sul trasferimento al settore in esame – al di là di regole esplicitamente statuite (artt. 2, 3 e 4 dlgs. n. 231 del 2001) – degli statuti generali della legge penale, inclusi i caratteri di offensività e colpevolezza. Non si trascuri, comunque, come la presenza di un fatto di reato colpevole e antigiuridico rappresenti una rilevante “quota” del precetto legislativo che esprime la responsabilità dell'ente; cosicché, l'assenza di uno o più elementi costitutivi della fattispecie penale impedisce, per conseguenza, l'integrazione dell'illiceità specifica.

Naturalmente, ai fini della responsabilità dell'ente, un conto è il mancato configurarsi di un fatto colpevole e antigiuridico, altro conto è l'assenza di condizioni per l'applicabilità della pena all'autore del reato “presupposto” (clausole soggettive o oggettive di non punibilità; estinzione della pena): in questo caso è più arduo sostenere che la mancata punizione del reo influenzi il giudizio sull'ente³.

Proprio a tal riguardo, peraltro, l'art. 8 dlgs n. 231 del 2001 esprime un principio di autonomia della responsabilità dell'ente (rispetto a quella che colpisce l'autore del reato “presupposto”) sancendola anche quando: a) la persona fisica non è imputabile o è ignota; b) si verifica un'eventuale estinzione del reato diversa dall'ammnistia. Piccoli ma

³ Cfr., A. Bernasconi, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 761 ss.

speciali legami emergono, invece, sul terreno dell'accertamento giudiziario, nel senso che l'improcedibilità si estende anche alla vicenda dell'ente e la prescrizione del reato preclude la contestazione dell'illecito (artt. 37 e 60 dlgs. n. 231 del 2001).

3. Possibilità di reciproche influenze: estinzione del reato per condotte riparatorie

Riprendendo i rapporti tra le menzionate formule parapunitive previste per l'illecito penale e l'impalcatura della responsabilità degli enti, si tratta di tema sopravvenuto alla disciplina introdotta con decreto legislativo 231 del 2001, considerato che le prime costituiscono il frutto di recenti innovazioni nel tessuto del codice penale (artt. 131 bis, 162 ter, 168 bis ss. c.p.) con le quali l'ordito positivo del 2001 non poteva misurarsi. Eppure l'approfondimento di tali relazioni nasce dall'esigenza di valutare se e in che modo oggi tali formule interagiscano con la responsabilità dell'ente.

Quanto all'estinzione del reato per condotte riparatorie, considerato che l'ammissibilità della formula è limitata ai reati procedibili a querela (162 ter c.p.), essa troverebbe ridotto spazio tra i "reati presupposti" richiamati dal dlgs n. 231 del 2001.

In ogni caso, la clausola estintiva specifica sembra non interagire con la responsabilità dell'ente per due ragioni: 1) per espressa esclusione dell'art. 8 dlgs. n. 231 del 2001, laddove attribuisce rilevanza all'estinzione del reato per la sola amnistia; 2) a causa della disciplina speciale che richiama le condotte riparatorie (artt. 12 e 17 stesso decreto) quali premesse per attenuare il trattamento sanzionatorio⁴. Insomma, per quanto si tratti di previsione introdotta nel codice penale successivamente al composto positivo in esame – profilo che in astratto non ne escluderebbe la portata estensiva – la specialità delle disposizioni racchiuse nel dlgs. n. 231 del 2001 rende difficile sostenere che l'estinzione riparatoria di cui beneficia la persona fisica generi analoghi effetti nei confronti dell'ente o che la clausola contemplata dal codice penale possa essere trasferita direttamente nella disciplina speciale provocando l'estinzione dell'illecito dell'ente.

⁴ In materia, anche per gli utili richiami alla letteratura di settore, G. Varraso, *Un utile approfondimento della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lgs n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3393 ss.

Un ritocco legislativo al riguardo sarebbe largamente auspicabile⁵. Tuttavia, l'esigenza di introdurre un effetto estintivo per l'ente dipendente dalle cd. condotte riparatorie nasce anche da un dubbio di compatibilità costituzionale della disciplina: mettere a disposizione il profitto per la confisca, rivedere i modelli di organizzazione e risarcire il danno costituiscono attività che l'ente deve effettuare in limine litis per beneficiare dello sconto di pena. Tale comportamento imposto all'ente implica, per fatti concludenti, che si individui un danno, che emerga il profitto illecito e che i modelli organizzativi non siano idonei; sul piano processuale, tutto ciò richiede la rappresentazione di un sostegno indiziario di colpevolezza che costituisce un pre-giudizio inevitabile rispetto alla successiva valutazione proscioglimento/condanna e che, dunque, non si presenta compatibile con il valore di neutralità da attribuire alle condotte dell'incolpato quale requisito richiesto dall'art. 27 comma 2 Cost.

Peraltro, la "riparazione" prevista dalla disciplina degli enti, posta in relazione con l'art. 162 ter c.p., determina qualche incertezza applicativa, al punto da meritare, di per sé sola, un ripensamento in vista di una maggiore funzionalità giudiziaria.

Può accadere, per esempio, che il risarcimento e l'elisione delle conseguenze dannose o pericolose praticate nel giudizio contro la persona fisica, pur provocando l'estinzione del reato, possa persino essere deleterio se la riparazione e il risarcimento siano già state interamente effettuati e l'ente non possa più procedere a riparare alcunché. Tenendo separati i due canali della responsabilità, l'assenza di una condotta attiva della persona giuridica potrebbe essere intesa come preclusione a beneficiare della premialità sanzionatoria, con ulteriori implicazioni relative al divieto dell'ente di accedere al patteggiamento dinanzi ad una pena interdittiva non temporanea (art. 63 comma 3 dlgs. n. 231 del 2001).

Può darsi, invece, che la riparazione sia realizzata direttamente dall'ente, per conseguire l'effetto estintivo verso l'imputato; poiché non sembra inefficace per l'imputato la condotta attiva del terzo, perlomeno quella che consiste in una prestazione di natura economica, niente esclude che essa giovi anche all'ente nei limiti in cui rileva.

⁵ I rapporti tra condotte riparative e presunzione di non colpevolezza è recentemente trattato da H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 107 ss.

Però, anche solo esaminando la disciplina contemplata dagli artt. 12 e 17 dlgs. n. 231 del 2001, risarcire il danno e riparare alle conseguenze dannose o pericolose, secondo un disposto normativo soggiogato da una certa fissità, non è sempre semplice⁶; cosicché, un intervento normativo sarebbe parimenti auspicabile indipendentemente dalle correlazioni con il giudizio contro l'imputato.

Si evidenziano perlomeno tre problematiche.

1. Quando l'illecito dell'ente pregiudica una serie indeterminata di soggetti, la ricerca e l'individuazione dei danneggiati potrebbe essere molto difficile. Ora, poiché non sarebbe ragionevole pensare che la condotta riparatoria sia applicabile solo dinanzi a danneggiati ben determinati, occorre valorizzare la clausola normativa secondo cui la riparazione è rilevante ogni volta in cui l'ente si è "efficacemente adoperato" (art. 17 comma 1 lett. a) dlgs. n. 231 del 2001), non potendosi pretendere condotte inesigibili; resta il nodo dell'ampia discrezionalità giudiziaria a tal riguardo.
2. Perché il risarcimento abbia effetto, occorre mettere a disposizione il *quantum* economico in modo che i danneggiati possano acquisirlo indipendentemente dalla manifestazione di un ulteriore atto di volontà da parte dell'ente; il che impone alla persona giuridica di escogitare un contenitore dove collocare le somme o i beni nella esclusiva disponibilità dei danneggiati, questione non facile da risolvere⁷. Per esempio, è stata ritenuta incongrua la costituzione di un trust, sostenendo che le somme ivi gestite non siano svincolate dalla disponibilità dell'ente.
3. Resta non regolata l'ipotesi che il danneggiato non accetti la proposta di risarcimento; tuttavia, è impensabile che il danneggiato condizioni la scelta che ricade sul trattamento sanzionatorio (art. 27 comma 3 Cost.); così, bisognerebbe adottare, anche nel giudizio contro l'ente, la clausola di salvezza – stabilita dall'art. 162 ter c.p.⁸ – secondo cui ha ugualmente efficacia l'offerta risarcitoria non accolta qualora il giudice la ritenga esaustiva.

⁶ A tal riguardo, le indicazioni di E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 991 ss.

⁷ Corte di cassazione, sezione II, 9 febbraio 2016, n. 11209

⁸ Sulla quale, tra gli altri, C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1279.

4. (Segue:) messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto

Anche l'introduzione della *probation* per l'imputato adulto rappresenta una forma di reazione dell'ordinamento diretta a fronteggiare, senza punire l'autore, la frattura sociale determinata dal reato; modello già sperimentato nella procedura per i minorenni, la messa alla prova contempla un programma riabilitativo e, se possibile, il ristoro verso la vittima, quali fattori di "rielaborazione personale" del crimine su base volontaria. La struttura assume una dimensione ibrida⁹: nel produrre l'estinzione del reato per esito positivo della prova, presenta una matrice sostanzialistica; tuttavia, la natura delle norme che connota la sua adozione concreta, insieme all'ampio margine di discrezionalità giurisdizionale desumibile dalle disposizioni, affonda le radici nel terreno processuale.

Non è difficile sostenere che l'estinzione del reato, determinatosi a seguito della messa alla prova adottata dall'imputato-persona fisica, non produca lo stesso effetto nel giudizio contro l'ente stante l'art. 8 dlgs. n. 231 del 2001, secondo cui l'amnistia è l'unica causa estintiva rilevante.

Piuttosto, con uno sforzo interpretativo accidentato sul piano dei rapporti tra la disciplina penale e quella del dlgs. n. 231 del 2001¹⁰ – ma assai utile sul versante della complessiva stabilità economica e del recupero sociale dell'ente – si potrebbe trasferire nella materia giudiziaria in esame, adattandola, la procedura di messa alla prova di recente conio: il programma "riabilitativo" richiesto dall'art. 168 bis c.p. potrebbe consistere, ad esempio, nella rimodulazione dei modelli di organizzazione e controllo, insieme ad una condotta riparatoria consistente nel mettere a disposizione le risorse dell'ente a scopi sociali. Considerando, peraltro, che l'accertamento della responsabilità degli enti mutua le disposizioni del codice di procedura penale, salvo deroghe esplicite o motivi d'incompatibilità, l'uniformità processuale dell'accertamento potrebbe in astratto non vietare la trasposizione della disciplina di *genus* nell'ambito della vicenda giudiziaria dell'ente¹¹.

Naturalmente, si tratterebbe di soluzione-ponte nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema¹².

⁹ Corte di cassazione, sezioni unite, 31 marzo 2016, n. 36272.

¹⁰ Si leggano le considerazioni elaborate nel paragrafo successivo.

¹¹ Nega tale possibilità, Tribunale di Milano, ordinanza 27 marzo 2017, est. Corbetta

¹² Intervento legislativo propugnato da R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico*

Quanto alla particolare tenuità del fatto, la giurisprudenza ha escluso che il beneficio adottato per la persona fisica influisca sulla responsabilità dell'ente¹³, postulando che il principio di autonomia fissato dall'art. 8 dlgs. n. 231 del 2001 stabilisce, quale unico punto d'incontro tra i due regimi, l'estinzione del reato per amnistia. Inoltre, si sostiene che la non punibilità richiede la sussistenza di un fatto illecito e colpevole; cosicché non viene meno la configurabilità in concreto del reato presupposto alla responsabilità dell'ente. Si tratta di lettura supportata da un'alta dose di formalismo e, sotto tale profilo, difficilmente superabile che, tuttavia, lascia irrisolto il profilo della punizione dell'ente anche in caso di scarsa offensività dell'illecito penale. Del resto, è ragionevole pensare che il fatto colpevole particolarmente tenue generi un danno altrettanto tenue quale conseguenza delle omissioni imputabili all'ente.

C'è infine un interrogativo affascinante, quanto complesso, da sciogliere, che postula disamine di fondo più approfondite, inesigibili in questa sede: se è possibile esportare nel sistema della responsabilità degli enti la clausola di non punibilità per tenuità del fatto prevista dall'art. 131 bis c.p.

Il tema è analogo a quanto già detto per l'istituto della messa alla prova e, pertanto, molti dei successivi rilievi sono estensibili; anche se la componente essenzialmente oggettiva dei requisiti contemplati per dichiarare la speciale clausola di non punibilità può essere più facilmente compatibile – rispetto ai contenuti dell'art. 168 bis c.p. – alla complessa fattispecie che genera la responsabilità dell'ente. In altri termini, gli elementi costitutivi della non punibilità per particolare tenuità non appaiono distonici con la dimensione non antropomorfa dell'ente.

La soluzione, però, non è semplice e dipende da una pluralità di sovra-quesiti.

Innanzitutto ci si domanda se e in quali limiti gli istituti penalistici siano esportabili nel perimetro della vicenda giudiziaria contro l'ente, profilo che a sua volta è influenzato dal quesito sulla natura della responsabilità, se di tipo penale o di tipo diverso; con l'effetto che, ove la si ipotizzi come una responsabilità penale, l'adozione delle cause di esclusione della pena non può *a priori* ritenersi preclusa; inseguendo

ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti, Giappichelli, Torino, 2018, p. 171 ss.

¹³ Corte di cassazione, sezione III, sentenza 28 febbraio 2018, n. 9072

simile prospettiva, si potrebbe tentare un'equiparazione strutturale della responsabilità dell'ente ad un fatto illecito colposo dovuto a negligenza organizzativa¹⁴.

Inoltre, ci si chiede se la natura della sanzione, economica (per quote) e interdittiva, quale effetto della responsabilità dell'ente, rientri nel significato di "pena" come conseguenza di un illecito di tipo penale; una risposta affermativa permetterebbe una più adeguata compatibilità delle clausole di esclusione della pena previste in via codicistica. Milita a favore di una scelta positiva la nozione di "pena" derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo laddove impone l'estensione delle garanzie fondamentali anche ai tipi di sanzione che l'ordinamento nazionale non collocherebbe tra quelle propriamente "penali"¹⁵.

In linea generale, non sarebbe insormontabile l'obiezione – volendo accogliere la proposta espansiva – che il principio di legalità impedirebbe una lettura analogica delle previsioni codicistiche, trattandosi di una trasposizione con adattamenti *in bonam partem*, aspetto che sfugge ai rigidi criteri di orientamento derivanti dall'art. 25 comma 2 Cost.

Per concludere, attuare un'ottica (non punitiva ma) di "recupero" dell'ente imputato significherebbe sfruttare al meglio le previsioni inserite nella parte generale del codice penale, influenzando per via interpretativa su una prassi sinora poco incline a letture più aperte sulle relazioni tra i due sistemi. Certo, sono auspicabili interventi normativi di adeguamento, ispirati ad una logica "ripristinatoria", non solo tesa a favorire condotte di ravvedimento quali suture della lesione inferta all'ordinamento, ma diretta anche a consentire il salvataggio dell'ente nel tessuto economico di appartenenza; una soluzione che può realizzarsi tramite una serie di ritocchi alla disciplina che graduino il tipo di risposta giudiziaria in rapporto alla dimensione degli enti, alla tipologia di reato presupposto, alla realizzazione di condotte virtuose *post factum*, alla predisposizione di un salvacondotto giudiziario nelle ipotesi di scarso rilievo e, nel complesso, all'accrescimento premiale fondato su logiche consensuali.

¹⁴ Sulle le diverse impostazioni che tendono a delineare la responsabilità dell'ente come una figura penalistica, D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 2 ss.

¹⁵ Cfr., M. A. Bartolucci, *L'art. 8 dlgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 12 dell'elaborato.

Considerazioni conclusive.
Sulla responsabilità degli enti da reato
in una prospettiva di globalizzazione.
Il problema della colpevolezza

Antonio Fiorella

1. Il volume ha trattato, nei suoi autorevoli contributi, i temi delle distinzioni in generale tra illeciti e sanzioni penali, amministrative e civili, con particolare richiamo al rilievo assunto nella responsabilità dell'ente da reato. Il punto di riferimento più attuale, nella *cornice generale* del sistema è, come noto, offerto in Italia dalla legge n. 67 del 2014, là dove stabilisce una via per "la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili" (art. 2, co. 1). Quanto alla disciplina della responsabilità per l'illecito amministrativo viene in rilievo naturalmente la L. n. 689/1981 del 1989. La legge n. 67/2014, nel prevedere le sanzioni pecuniarie civili, per ipotesi di depenalizzazione, stabilisce anche le basi di una definizione delle stesse, disponendo che siano "proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione e attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche". Dunque, sanzioni civili, ma sostanzialmente ispirate alla logica della commisurazione propria della sanzione penale¹; tenendo conto in ogni caso che la sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017 ha chiarito come non si determini, con la nuova disciplina, un effetto generalizzato di metamorfosi della sanzione, non potendo prescindersi al proposito da una legge specifica che preveda sanzioni civili 'punitive'.

Quanto ai contributi del presente volume che hanno approfondito profili puntuali dello specifico sistema sanzionatorio della responsabilità penale o quasi penale dell'ente da reato, con importanti sviluppi scientifici, qui mi limito semplicemente ad operare un rinvio ai medesimi. In

¹ Artt. 132 e 133 c.p.; v. anche d. lgs. n. 7/2016 art. 3 e 5 ss.

una prospettiva più ampia però direi che la responsabilità dell'ente da reato, là dove essa venga configurata secondo una sua natura penale o para-penale, vada colta nel proprio effettivo significato con le relative, necessarie, garanzie.

Gli scopi che il sistema della responsabilità per l'ente si propone implicano ampiezza di rimedi sanzionatori², mai però dimenticando di prestare la massima attenzione ai presupposti dei medesimi. Sento qui di dover ripetere – come detto in altre occasioni – che gli schemi della struttura e ascrizione all'ente dell'“illecito da reato” possono essere diversi: *può essere astrattamente scelto il modello 'amministrativo', quello 'civile', o comunque un modello diverso dall'illecito penale o para-penale*; ma, tuttavia, ove si trattasse di una responsabilità genuinamente 'amministrativa' o 'civile' e si muovesse al contempo dall'idea che questo tipo di illecito ammetta una 'minore' sensibilità per il principio di colpevolezza, solo allora potrebbero ragionevolmente operare schemi di ascrizione 'oggettivi' o se si vuole *meno soggettivizzati*. Resta, invece, che un modello 'forte' di illecito dell'ente non dovrebbe prescindere

² Quanto alla varietà di strumenti propri del sistema sanzionatorio, la ricerca pubblicata nel 2012 (*Corporate criminal liability, cit.*, vol. II) e richiamata nella presentazione a questo volume, nel definire possibili *Guidelines* immaginate per i paesi dell'Unione Europea, ma che potrebbero valere – per una visione globalizzata del sistema sanzionatorio a carico dell'ente – ha portato a concepire la seguente disposizione: “*Paragraph 11. Sanctions for legal persons* – 1. Member States shall take the necessary measures to ensure that a legal person held liable is subject to effective, proportionate and dissuasive sanctions. Each Member State shall provide for at least the following criminal or non-criminal sanctions: a) fine; b) disqualifications; c) confiscation of instrumentalities and proceeds from criminal offences or property of the value corresponding to such proceeds; d) remediation of the harm caused and restoration of the damaged environment. Member States may also provide for other sanctions, such as: e) judicial control measures, among which judicial supervision or appointment of a commissioner to the administration of the legal person; f) publication of the sentence. 2. Disqualifications may include: a) temporary or permanent debarment from exercising an activity; that also includes prohibition of commercial transactions or contractual activities which are similar to the activities carried out when offences were committed, eased or concealed; b) temporary or permanent closure of establishments which have been used for committing the offence; c) suspension or revocation of authorizations, licenses or concessions functional to the commission of the offence; d) temporary disqualification from contracting with the public administration, except for obtaining the services of a public agency; e) temporary exclusion from reduction, financing, contribution or subsidies and the possible revocation of those already granted; f) temporary debarment from publicizing goods or services. 3. Disqualifications have as their objects the specific activity to which the legal person's wrongdoing refers. 4. The application of the sanctions foreseen by par. 1 should not preclude the possibility of reparation or compensation of damages to the victims.”

da sanzioni, come detto, davvero 'dissuasive' per le quali il modello dovrebbe essere 'penale' o 'para-penale'. Qui allora imponendosi con maggiore evidenza il principio di 'personalità' della responsabilità dell'ente, con relative precise garanzie. Ammettendo dunque il diritto dell'ente di difendersi, provando la propria estraneità all'eventuale reato dell'esponente, con corrispondente impegno per il legislatore nel senso di disciplinare i presupposti della 'non-colpevolezza' dell'ente; premiando pienamente, perciò, ogni sforzo di tale 'soggetto collettivo', teso a prendere le distanze da criminose iniziative individuali dandosi un'efficace organizzazione preventiva.

2. Ora, a me sembra che proprio una piena valorizzazione delle 'difese' dell'ente, soprattutto sul detto piano dei presupposti da prevedere ed accertare per riconoscere una sua effettiva colpevolezza, potrebbe costituire il principale 'motore' che induca a guardare al sistema della responsabilità dell'ente da reato con minore sospetto, stabilendo nuove basi per una più forte armonizzazione dei diversi sistemi. Le ultradecennali ricerche richiamate – svolte nel quadro di programmi nazionali e internazionali, con la collaborazione di Università ed Istituti di ricerca stranieri – conducono invero alla convinzione che una delle principali ragioni che ostacolano la piena affermazione dell'illecito dell'ente da reato, in particolare nella prospettiva di un'armonizzazione della relativa disciplina su scala globale, stia nell'*incompiuta affermazione del 'principio di colpevolezza' nella specifica materia.*

Sicuramente la responsabilità penale, o comunque da reato, dell'ente rappresenta uno strumento irrinunciabile nella lotta contro i più gravi crimini, come la corruzione o gli altri reati tipici della criminalità organizzata. Al contempo, nessuno può ignorare come l'ente onesto voglia che i suoi diritti vengano rispettati, che il suo impegno venga riconosciuto, che il proprio comportamento 'collettivo' non venga appiattito su quello dell'esponente infedele: in breve, voglia che la colpevolezza di quest'ultimo non travolga anche l'intera organizzazione, che la propria 'incolpevolezza' venga consacrata, riconoscendo che l'*'autoregolamentazione'* dell'ente è virtuosa con il corrispondente comportamento di gestori e controllori.

Occorre cioè riconoscere con la massima chiarezza il *principio di colpevolezza* nell'illecito dell'ente da reato, dando compiuto risalto alla possibile divaricazione della volontà dell'ente da quella di chi (*persona fisica*) il reato abbia commesso.

Solo costruendo un sistema adeguato che tenga conto del necessario presupposto della colpevolezza, la disciplina dell'illecito dell'ente da reato può conseguire la piena legittimazione e realizzazione; favorendo, in un'ottica globalizzata, la circolazione di paradigmi comuni di responsabilità, con efficiente contrasto del reato, garantendo la giustizia dell'intervento punitivo.

Se dunque il nodo da sciogliere riguarda l'operatività del principio di colpevolezza, almeno nel senso di dover cogliere un suo 'tendenziale' riconoscimento, il quesito fondamentale risulta il seguente: in qual misura la responsabilità penale o para-penale dell'ente non si risolve nell'imputazione di una responsabilità 'per fatto altrui' o comunque 'oggettiva'? E come dovrebbe strutturarsi un elemento *propriamente* 'soggettivo' dell'illecito riferibile all'ente?

Com'è noto, *l'appartenenza del fatto all'ente* richiede anzi tutto che si verifichino determinati presupposti i quali definiscono ciò che possiamo chiamare l'*inerenza dell'illecito all'ente*: di regola, si tratta di accertare che la condotta del reo sia stata tenuta nell'*interesse dello stesso* (I livello di appartenenza) e che gli autori del reato occupino una particolare 'posizione *significativa*', apicale o simile, nel quadro dell'organizzazione dell'ente (II livello di appartenenza). Si tratta cioè di tracciare il perimetro di ciò che è 'rilevante', ai fini della circoscrizione dell'ambito di responsabilità dell'ente, definendo al contempo i primi presupposti della *ascrivibilità dell'illecito all'ente medesimo*. Se mancassero simili premesse non avrebbe affatto senso immaginare una responsabilità dell'ente.

Ora, i criteri dell'*inerenza all'attività dell'ente* (della condotta nel suo interesse e della posizione significativa dell'autore del reato) stabiliscono il 'nesso di collegamento' con l'ente medesimo, complessivamente e oggettivamente considerato. Ma tale nesso, pur apparendo 'necessario', *'non è sufficiente' per definire conclusivamente la 'appartenenza' del fatto commesso all'ente e dunque la 'personalità' dell'illecito da reato'*.

Serve dunque qualcosa in più! Ma come è possibile isolare un fatto pienamente riferibile all'ente? Se si guarda alle linee di tendenza generali delle diverse legislazioni in tema di responsabilità dell'ente, emerge, quale dato forse più rilevante, il *rilievo attribuito all'organizzazione dell'ente dal punto di vista oggettivo e soggettivo*.

Significativa è al proposito la disciplina italiana. La quale può essere interpretata appunto nel senso di imporre tale duplice livello dell'organizzazione. Livello *oggettivo*, perché il telaio dei c.d. modelli 'organizzativi' definisce anche un'area di 'rischio permesso', nel senso di definire

i limiti entro i quali l'attività dell'ente, per quanto non possa mai essere del tutto scevra da rischi di reato, tuttavia risulti 'facoltizzata'; al contempo stabilisce il punto di riferimento, per cogliere la possibile 'lacuna' organizzativa (difettosa organizzazione) che sia stata fonte del reato commesso (profilo del nesso causale che costituisce elemento essenziale dell'illecito dell'ente da reato). *Livello soggettivo*, perché l'organizzazione virtuosa può essere il segno e la prova che l'ente non abbia partecipato 'colpevolmente' all'eventuale reato commesso da un proprio esponente che si trovi in posizione 'apicale' o 'para-apicale'. Proprio quest'ultimo, il livello 'soggettivo', è, per così dire, il profilo di maggior impatto e problematicità della nuova disciplina dei criteri di imputazione dell'illecito da reato all'ente, anche e soprattutto nella prospettiva della 'personalità' dell'illecito medesimo. Nel senso che l'illecito presuppone una *precisa volontà colpevole dell'ente*, da accertare *oltre quella* dell'autore del reato (la persona fisica), si esprime invero in Italia il Decreto Legislativo 231 del 2001 in diversi punti e sotto profili differenti.

3. Quanto precede ci porta a considerare il problema più complesso, che è quello che attiene all'identificazione del 'soggetto' cui propriamente riferire l'illecito *colpevole*: chi in altri termini esprima la reale capacità di azione e di colpevolezza. Qui affronterò la questione con riferimento particolare all'Italia, tenendo conto che gli snodi essenziali del ragionamento e le conclusioni possono considerarsi di più generale portata.

Ora, a mio avviso, *nell'illecito penale o para-penale il rimprovero, pur rivolto formalmente all'ente (il soggetto responsabile), dovrebbe e deve considerarsi 'rapportato' ai veri soggetti, le persone fisiche, cui la legge collega il dominio (primo) delle attività dell'ente medesimo: per una condotta da loro effettivamente tenuta almeno dal punto di vista omissivo*. Da tali persone fisiche, prima che da ogni altra, la legge si aspetta che il precetto di comportamento virtuoso venga rispettato; vale a dire, vada rispettato dai soggetti preposti al controllo dell'ente con i conseguenti comportamenti di prevenzione del reato.

Ciò non vuol affatto dire che l'elemento soggettivo nell'illecito dell'ente abbia le stesse caratteristiche della "colpevolezza" nel reato della *singola* persona fisica. Per l'illecito dell'ente non viene più in questione la dominabilità o la rimproverabilità della *singola* persona in sé presa, ma quella propria di un ente che (almeno di regola) ha la effettiva struttura di un soggetto ad organizzazione complessa e pluripersonale.

Perciò risulta un margine inevitabile di astrazione che va considerato. In particolare va tenuta presente la ineludibile spersonalizz-

zazione di una macchina organizzativa, che va vista nel suo insieme. *L'organizzazione pluripersonale è 'spersonalizzata' rispetto al singolo, ma 'si personalizza' per l'insieme 'aggregato' dei comportamenti dei suoi esponenti.* La verifica, in un'organizzazione complessa e 'pluripersonale', deve cioè aver per oggetto la "catena virtuosa" dei controlli e dei comportamenti conseguenti.

Occorrendo perciò chiedersi se "le persone di una catena virtuosa di iniziative e controlli avrebbero potuto prevedere e contrastare la elusione dei modelli organizzativi", con la conseguenza di prevenire il reato commesso. *In caso di risposta negativa, deve escludersi la colpevolezza dell'ente.*

Il parametro del giudizio di 'dominabilità' del fatto non sarà, in conclusione, la 'singola persona fisica' nella situazione concreta, ma l'insieme delle persone dell'organizzazione specifica nel quadro di un'attività 'aggregata'; per garantire che, attraverso gli opportuni flussi informativi, il titolare del potere decisionale possa intervenire per organizzare un presidio che impedisca il reato in quella specifica e concreta attività collettiva.

Nell'ottica della legalità quel che rileva è, allora, che, attraverso il comportamento 'aggregato', l'ente e, per esso, le persone fisiche che lo fanno esistere e vivere, 'possano' correttamente reagire al precetto di legge in modo da uniformarsi al medesimo. A questo 'potere' (naturalistico e giuridico) di condotta occorre far riferimento nell'edificare una forma di responsabilità dell'ente che escluda la responsabilità per fatto altrui ed oggettiva, concedendo mezzi di difesa all'ente che possano illustrare l'estraneità del medesimo al reato.

Quest'ultimo riferimento alla 'interazione' tra soggetti è apparso nei diversi sistemi senz'altro necessario, là dove non fosse possibile concentrarsi sulla rappresentatività assoluta espressa dal comportamento di singoli esponenti. Il che ha condotto a concepire in altri Paesi le figure del '*collective intent o knowledge*' e della '*aggregated liability*', tenendo conto della 'realtà dei meccanismi della gestione d'impresa'.

4. Sul fondamento giuridico appena individuato riposa la conferma della validità di un sistema, come quello italiano, fondato sui c.d. 'modelli organizzativi' (*compliance programs*). Che, muovendo dallo scopo della legge di 'orientare' virtuosamente l'organizzazione complessa e pluripersonale dell'ente, imponga di tenere nella massima considerazione il comportamento 'aggregato' degli esponenti dell'ente perché esso può '*divergere*' dalla volontà manifestata dall'autore del reato, escludendo la colpevolezza dell'ente medesimo.

Quanto alla *lacuna* (il difetto organizzativo), da cui discende l'illecito, essa è da valutarsi in relazione al reato causato o almeno agevolato, per stabilire se la lacuna fosse prevista o almeno prevedibile da chi nell'ente dovesse e potesse attivare il meccanismo di contrasto rispetto al reato della persona fisica. Soltanto là dove tale lacuna fosse prevista o prevedibile, il rimprovero scatterebbe per l'ente, con la relativa responsabilità, sempre che gli esponenti dell'ente medesimo non avessero fatto quanto da loro esigibile al momento della commissione del reato, per prevenirlo, determinandone l'accadimento o almeno agevolandolo.

In altri termini e in sintesi, solo la mancata colpevole predisposizione della regola preventiva (regola normalmente contenuta in un *compliance program*) o comunque il mancato colpevole compimento di quanto necessario al tempo del fatto di reato, per impedirlo, varrebbe a supportare il giudizio di colpevolezza a carico dell'ente rispetto al singolo fatto di reato verificatosi³.

³ Al proposito, sempre in una prospettiva globalizzata, vale la pena di richiamare la disposizione concepita per i paesi dell'Unione Europea nel più volte menzionato progetto del 2008-2012: "*Paragraph 6. Principle of personality and criteria for charging a legal person – 1. Member States shall set forth provisions stating that legal persons can be held liable for the offences committed to pursue their interest by: a) persons who perform a leading function, even de facto, in the body corporate, by virtue of their powers of representation, decision or control; b) other subjects who perform a considerable function, even de facto, and those subject to the direction or supervision of a person referred to in point a); c) persons acting on specific mandate of the legal entity, exerting powers which can be referred to the function provided for in points a) e b); d) subjects who perform the above mentioned functions in an organizational unit of the legal entity, provided that it has financial and functional autonomy. 2. In case of involuntary offences, the interest of the entity is deemed to refer to the conduct (i.e. the infringement of duties of diligence). 3. In case of involuntary offences, Member States may set forth provisions stating that liability of legal entities may also result from the concurrent conducts of the persons mentioned in paragraph 1. If they are taken separately, these conducts cannot integrate criminal responsibility of individuals. Instead, if they are considered as a whole, they reveal a serious organizational failure of the entity. 4. Member States shall provide that liability of legal entities pursuant to paragraph 1 is triggered only when the offence was made possible or eased by an organizational failure of the legal person. 5. Legal person may be not held liable if, according to the conditions existing before the commission of the offence, the entity cannot be blamed for not having prevented the offence or for not having adequately acted to prevent it. 6. In case of an offence committed by persons in the position stated in Article 6 (1), point a), legal persons may not be held liable if an offence is committed, fraudulently evading serious preventive measures, and anyhow those set forth by Article 7, point d), towards the same persons, provided that the avoidance was not predicted or predictable. 7. In any case the blame to the entity requires that the organizational failure was represented or representable, with reference to the occurred offence, and that a behavior of the entity, different from the one it has adopted, and useful to prevent the commission of the offence was reasonable."*

Elenco autori

Luisa Avitabile

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Sapienza di Roma

Roberto Borgogno

Professore associato di Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Naike D. Cascini

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università Sapienza di Roma

Andrea R. Castaldo

Professore ordinario di Diritto penale e Diritto penale parte speciale,
Università di Salerno

Marcello Clarich

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Sapienza di Roma

Vincenzo Nico D'Ascola

Professore ordinario di Diritto penale, Università Mediterranea
di Reggio Calabria

Annarita De Rubeis

Dottore di ricerca in Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Enrico del Prato

Professore ordinario di Diritto privato, Università Sapienza di Roma

Luca Di Donna

Professore ordinario di Diritto privato, Università Sapienza di Roma

Adolfo di Majo

Professore emerito di Diritto civile, Università Roma Tre

Antonio Fiorella

Professore di Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Marco Gambardella

Professore associato di Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Giulio Garuti

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Modena e Reggio Emilia

Manuel Gómez Tomillo

Letrado del Tribunal Constitucional y Profesor titular de Derecho penal, acreditado a catedrático, Universidad de Valladolid

Elvira Nadia La Rocca

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Bergamo

Adelmo Manna

Professore ordinario di Diritto penale, Università di Foggia

Antonella Massaro

Professore associato di Diritto penale, Università Roma Tre

Massimiliano Masucci

Professore associato di Diritto penale internazionale, Università Roma Tre

Oliviero Mazza

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Milano-Bicocca

Vincenzo Militello

Professore ordinario di Diritto penale, Università di Palermo

Vincenzo Mongillo

Professore associato di Diritto penale, Università Telematica Unitelma Sapienza

Stefano Preziosi

Professore ordinario di Diritto penale, LUM "Jean Monnet" di Bari

Tommaso Rafaraci

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Catania

Adolfo Scalfati

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università Tor Vergata di Roma

Claudio Scognamiglio

Professore ordinario di Diritto privato, Università Tor Vergata di Roma

Andrea Sereni

Professore ordinario di Diritto penale, Università di Perugia

Diva Serra Cruz

Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Paola Severino

Professore di Diritto penale, Università LUISS di Roma

Anna Salvina Valenzano

Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università Sapienza di Roma

Francesco Vassalli

Professore emerito di Diritto commerciale, Università Sapienza di Roma

COLLANA MATERIALI E DOCUMENTI

Per informazioni sui precedenti volumi in collana, consultare il sito:
www.editricespapieria.it

20. Riflessioni sulla crisi libica del 2011
Guerra, economia e migrazioni
a cura di Luca Micheletta
21. Fondamenti della geografia economica
Basi teoriche e metodologiche per lo studio dei sistemi territoriali
Attilio Celant
22. Diritto e sistema dromocratico
Hayek e Kelsen a confronto
Giovanna Petrocco
23. Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti
a cura di Antonio Fiorella e Anna Salvina Valenzano
24. Integratori nello sport e nelle normali attività: le evidenze e la sorveglianza
Luigi Bellante, Piero Chiappini, Paolo Onorati
25. Museo di Merceologia, Sapienza Università di Roma. Collezioni - Catalogo ragionato dei reperti / Museum of Commodity Science, Sapienza University of Rome. Collections - Catalogue Raisonné of the exhibits
Małgorzata Binińska, Patrizia Falconi, Raffaella Preti
26. Politiche urbane per Roma
Le sfide di una Capitale debole
a cura di Ernesto d'Albergo e Daniela De Leo
27. Crescita economica, disuguaglianze e peso della malattia
Cristiana Abbafati
28. Alvaro e la Grande Guerra
Stratigrafia di «Vent'anni»
Aldo Maria Morace
29. Legionellosi. Cos'è e come difendersi
Quaderno informativo N. 20
Leandro Casini, Lucia Marinelli, Sabina Sernia, Emiliano Rapiti, Rocco Federico Perciavalle, Maria De Giusti
30. Il Palazzo del Verginese
Una *Delizia* Estense nascosta
Michele Russo
31. La Scarzuola tra idea e costruzione
Rappresentazione e analisi di un simbolo tramutato in pietra
Alfonso Ippolito

32. In-fertilità. Un approccio multidisciplinare
Atti del I Convegno nazionale - Roma, 5-6 maggio 2017
a cura di Michela Di Trani e Anna la Mesa
33. L'evoluzione dell'energia nucleare da fissione nel XX secolo
Luciano Sani
34. Struttura urbana e terziario alle imprese
Giorgio Alleva e Attilio Celant
35. Human mobility, health inequity and needs
The experience through the Emergency Departments of the metropolitan
area of Rome (EMAHM)
*a cura di Giuliano Bertazzoni, Corrado De Vito, Silvia Iorio, Armando
Montanari*
36. Per un lessico della paura in Europa
Spunti per una riflessione
a cura di Fabiana Ambrosi, Carolina Antonucci, Ida Xoxa
37. Impresa, società e poteri pubblici
Una perenne "voglia" di Stato?
Scritti di Felice Emilio Santonastaso
38. Obiettivo 2023. Il tortuoso cammino della Turchia verso l'Unione
Europea
a cura di Augusto D'Angelo
39. Cortili bolognesi tra spazio reale e spazio illusorio
La traccia del tempo che si manifesta attraverso la superficie
Francesca Porfiri
40. Progettare nei territori delle storture
Sperimentazioni e progetti per aree fragili
Daniela De Leo
41. Le sinistre italiane e il conflitto arabo-israelo-palestinese
1948-1973
Claudio Brillanti
42. Basilea 3 e shock sistemici
a cura di Nicola Boccella e Azzurra Rinaldi
43. La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale
degli illeciti e delle sanzioni
anche in una comparazione con i sistemi sudamericani
In memoria di Giuliano Vassalli
a cura di Antonio Fiorella, Alfredo Gaito, Anna Salvina Valenzano

L'opera è dedicata alla memoria di un maestro del diritto penale, Giuliano Vassalli, volendo rappresentare un sigillo nelle celebrazioni per il centenario dalla sua nascita.

Il volume analizza le principali caratteristiche della disciplina dell'illecito dell'ente da reato, dal punto di vista del diritto sostanziale e del diritto processuale.

Sul piano della teoria generale delle sanzioni, cerca di offrire un contributo per ridefinire con chiarezza l'intero sistema dei diversi tipi di illeciti e di sanzioni, con le relative garanzie.

L'indagine muove anche dalla convinzione che la disciplina dell'illecito da reato costituisca uno dei luoghi in cui più si elevi la misura di una possibile integrazione dei sistemi penali, in vista di una tendenziale 'globalizzazione'. Nella medesima ottica sviluppa anche un'analisi comparativa, con epicentro i sistemi sudamericani, di natura sia sostanziale che processuale.

Antonio Fiorella è professore di diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma (ordinario nella stessa Facoltà dal 2008 al 2018).

Alfredo Gaito è professore ordinario di diritto processuale penale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Anna Salvina Valenzano, dottore di ricerca e avvocato, assegnista universitaria presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma, è docente di diritto penale presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali della medesima Facoltà.

ISBN: 978-88-9377-100-9



9 788893 771009

