

Capitolo I

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1. L'ascrizione della responsabilità da reato degli enti: il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. — 2. Il superamento del principio “*societas delinquere non potest*” e la natura giuridica della responsabilità dell'ente. — 3. Il fondamento politico-criminale. — 4. Le sollecitazioni internazionali e le fonti. — 5. I principi fondamentali in ambito penale e processuale penale. — 6. I soggetti — 7. I criteri d'imputazione della responsabilità dell'ente sul piano oggettivo. — 8. I criteri d'imputazione sul piano soggettivo — 9. Il modello di organizzazione, gestione e controllo. — 10. Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. — 11. Il procedimento di accertamento dell'illecito e le disposizioni generali. — 12. Il simultaneo processo. — 13. L'estensione all'ente delle garanzie dell'imputato: la difesa personale e la difesa tecnica. — 14. Il modello normativo di partecipazione dell'ente al procedimento.

1. L'ascrizione della responsabilità da reato degli enti: il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Il legislatore italiano con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ufficializza l'indilazionabile attribuzione alle persone giuridiche¹ della responsabilità diretta, *punitiva*², per i reati commessi da una persona fisica inserita nella struttura organizzativa dell'ente.

L'introduzione nel nostro ordinamento della “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*” rappresenta il superamento del principio *societas delinquere non potest*³, baluardo della dottrina penalistica italiana che aveva reso impervia la strada verso la previsione di forme di responsabilità punitiva a carico delle persone giuridiche.

Nell'arco di questa trattazione si avrà modo di accertare come il decreto, sollecitato dalle crescenti spinte sovranazionali e dalle istanze “interne”, presenti un modello di responsabilità

¹ Nella trattazione si utilizzerà il sintagma “persona giuridica” per comodità espositiva, pur riconoscendone l'inesattezza: il decreto legislativo analizzato comprende anche le associazioni prive di personalità giuridica.

² Sul tema della *vexata questio* circa la natura della responsabilità dell'ente v. *infra*, § 2.

³ Il brocardo risale al XVIII secolo v. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 73; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 ss.

con peculiarità sostanziali e processuali derivanti dalle scelte del legislatore italiano⁴. Si precisa sin da ora che, nonostante il *nomen iuris* della responsabilità da reato degli enti sembri sottendere un sistema di tipo amministrativo, la competenza per il procedimento a carico degli enti è attribuita al giudice penale (vedi *infra* § 11) ed è la stessa legge delega 29 settembre 2000, n. 300 ex art. 11, lettera *q* a richiedere che l'accertamento dell'illecito amministrativo sia condotto sussidiariamente secondo le norme del codice di procedura penale e siano assicurate le medesime garanzie processuali previste per la persona fisica in quanto compatibili con la figura impersonale dell'ente.

La commissione di determinati reati⁵ nell'interesse o vantaggio dell'ente (vedi *infra* § 7) ne comporta una responsabilità *amministrativa* dotata di autonomia rispetto alla responsabilità penale della persona fisica che ha commesso il reato. È questo il fulcro del c.d principio di autonomia (vedi *infra* § 10) della responsabilità per illeciti amministrativi che, ad esempio, prescinde dall'identificazione del soggetto autore dell'illecito.

Il legislatore ha previsto che l'ente sia responsabile per i reati-presupposto commessi, nel suo interesse o vantaggio, da soggetti c.d. apicali o da soggetti sottoposti all'altrui direzione⁶. La compresenza del criterio d'imputazione c.d. oggettivo (vedi *infra* § 7), rappresentato dall'interesse o dal vantaggio dell'ente, e dei criteri d'imputazione c.d. soggettivi (vedi *infra* § 8), i quali variano a seconda della qualifica dell'autore del reato-presupposto, permette di

⁴ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017, p. 1 ss.; A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, p. 193; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2005, p. 20; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Vicenza, 2017, p. 1 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS - G. VOENA, Milano, 2012, p. 15.

⁵ Elencati tassativamente agli artt. 24 e ss. del d. lgs. n. 231/2001. Per un approfondimento sui reati-presupposto e la loro evoluzione v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 9 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, in A. GIARDA- G. SPANGHER- P. TONINI, *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2016, p. 96 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 211 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 164.

⁶ *Ex multis* v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 191; A. BERNASCONI, *Societas delinquere (et puniri) potest*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, Lavis, 2018, p. 6; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 1 ss.; F. SBISÀ - E. SPINELLI- B. AGOSTINI, *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri d'imputazione*, cit., p. 28 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. p. 18.

discernere i casi nei quali è il pubblico ministero è chiamato all'esercizio dell'azione penale ex art. 112 Cost (vedi *infra* cap. 5 § 62).

Un'ulteriore peculiarità di questa normativa è l'imitazione dell'approccio *stick and carrot* (il c.d. approccio del bastone e della carota) tipico del sistema statunitense⁷: si incentiva l'ente ad adottare una politica di legalità nel proprio operato attraverso meccanismi di cooperazione che mirano alla prevenzione del rischio penale di commissione di reati⁸.

Il legislatore opta per una forma di «*parziale delocalizzazione e condivisione del controllo*»⁹ da cui emerge la vocazione special-preventiva¹⁰ del processo, il cui scopo è, *in primis*, il recupero dell'ente alla legalità realizzato tramite l'adozione - anche tardiva¹¹- di modelli comportamentali idonei ad arginare il rischio che l'impresa commetta - o ricommetta - reati e la previsione di «*strumenti di ravvedimento post factum*»¹² che in determinate circostanze permettono all'ente, ad esempio, di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

In conclusione, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 supera il principio *societas delinquere (et puniri) non potest* e segna l'inizio di un nuovo modo di pensare il contrasto alla criminalità

⁷ Per tutti v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, p. 73 ss.

⁸ Così *ex multis* v. A. BERNASCONI, *Societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 12 ss.; ID., sub *art 6*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 119 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 52; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 1 ss.; F. SBISÀ - E. SPINELLI- B. AGOSTINI, *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri d'imputazione*, cit., p. 52 ss.

⁹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 221.

¹⁰ H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231*, cit., p. 107; G. LASCO, sub *art. 12*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di G. LASCO- V. LORIA- M. MORGANTE, Torino, 2017, p. 166; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, in M. BARGIS - G. GIOSTRA- G. ILLUMINATI- R. KOSTORIS- R. ORLANDI, *Procedura Penale*, Torino, 2018, p. 43 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 57; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. p. 92 ss.

¹¹ H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231*, cit., p. 107; G. LASCO, sub *art. 12*, cit. p. 166; A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 43 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Lavis, 2019, p. 57.

¹² G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. p. 92.

d'impresa attraverso l'applicazione di un regime di diritto premiale¹³ in uno Stato la cui storia, sin dalla conquista dell'Unità, è stata contrassegnata da innumerevoli scandali finanziari ed economici¹⁴.

2. Il superamento del principio “societas delinquere non potest” e la natura giuridica della responsabilità dell'ente.

Il «microcodice»¹⁵, seppur incalzato dall'adempimento degli obblighi sovranazionali come emerge dal titolo della legge 29 settembre 2000, n. 300, è frutto dell'evoluzione dottrinale “interna”: nel panorama giuridico italiano, a partire dagli anni '60 e '70 del secolo scorso, divennero più consistenti le critiche circa l'inadeguatezza dell'attuale ordinamento in materia di reati d'impresa a causa di vicende come, tra le altre¹⁶, il disastro del Vajont (1963) e dell'Icmesa di Seveso (1976), che rimisero in discussione la responsabilità punitiva dell'ente. Infatti, alcuni autori¹⁷, tra cui Franco Bricola¹⁸, enfatizzarono il dibattito circa il costo sociale dell'anacronistico mantenimento del *societas delinquere non potest* che non permetteva

¹³ H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231*, in *Procedura penale*, collana diretta da M-BARGIS - G. GIOSTRA- G. ILLUMINATI - R.E. KOSTORIS - R. ORLANDI, Torino, 2018, p. 150; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 147; P. GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2018, p. 52 ss.; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 3; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 57

¹⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 90 ss.

¹⁵ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 14.

¹⁶ Per un approfondimento sulle crisi e gli scandali italiani più e meno recenti: A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 90 ss; IVI, p. 194 e ss.

¹⁷ Per tutti F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Pen.*, 1970, p. 951 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 175 ss.;

¹⁸ F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, cit., p. 951 ss. ; IDEM, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della c.e.e.)*, in *Giur. comm.*, 1979, p. 647 - 663; ID., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *Quest. Crim.*, 1978, p. 101 ss.;

l'adozione di soluzioni sanzionatorie adeguate¹⁹ per contrastare il fenomeno della criminalità collettiva e contribuirono all'affievolirsi delle resistenze dottrinali costrette a un ripensamento per via dell'incontestabile aumento di realtà imprenditoriali nel tessuto sociale e alla contestuale emersione di fenomeni patologici nel settore dei rapporti economici²⁰.

Finalmente nel 2001 il legislatore si decise a realizzare una «rivoluzione copernicana»²¹ con la previsione di una responsabilità punitiva in capo alle *societas*.

Tuttavia, il "*microsistema*"²² ha introdotto un meccanismo di responsabilità da reato della persona giuridica qualificata come *amministrativa*, benché attrezzata delle garanzie del diritto penale, lasciando scontenta parte della dottrina.

Per una maggiore accortezza del contesto nel quale s'innestò il nuovo sistema si ripercorreranno brevemente le ragioni²³ e le resistenze²⁴ al superamento del *societas delinquere non potest*, i cui snodi teorici stanno alla base della *vexata quaestio* circa la natura giuridica²⁵ della responsabilità prevista, attorno alla quale ruotano tre distinti orientamenti.

¹⁹ F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti*, cit., p. 650. In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 1 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 69 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, in M. BARGIS - G. GIOSTRA - G. ILLUMINATI - R. KOSTORIS - R. ORLANDI, *Procedura Penale*, Torino, 2017, p. 1; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 2-3; M. H. SCHETTINO - F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 4.

²⁰ Per i profili criminalistici vedi *infra* § 3.

²¹ A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101.

²² C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 327.

²³ F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 439; G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, p. 367; C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1046; F. STELLA, *Criminalità di impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 477.

²⁴ Si rimanda alle riflessioni di A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, p. 63; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393 ss. Per una sintesi C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 303 ss.;

²⁵ In tema G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 69 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 879 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 7; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 4 ss.; M. H. SCHETTINO - F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 5 ss.

La dottrina che propende per responsabilità amministrativa²⁶ delle persone giuridiche invoca la teoria della finzione risalente al periodo del giusnaturalismo ed è attribuita a Von Savigny²⁷. Gli enti non sono altro che «*soggetti artificiali creati per semplice finzione*»²⁸ e non possono essere considerati «*capaci di diritti e di obblighi se non per esclusiva volontà del legislatore*»²⁹, ragion per cui il diritto penale è destinato alle persone fisiche dotate della facoltà di autodeterminazione.³⁰

Il fulcro delle obiezioni è la presunta violazione dell'art 27 Cost., che sancisce il principio di responsabilità penale nelle sue accezioni di responsabilità per fatto altrui, responsabilità penale colpevole e del principio rieducativo³¹.

Le obiezioni fanno leva sull'impronta etica del diritto penale che presuppone un'insieme di fattori fisici e psichici in capo ai destinatari della sanzione³², per cui l'assenza di una personalità strutturata vanificherebbe le aspirazioni rieducative ex art 27, comma 3, Cost³³.

²⁶ G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90 ss; G. MARINUCCI, "Societas puniri potest" uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1193 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393 ss. In giurisprudenza v. Trib. Torino, corte di assise, 15 aprile 2011, Thyssenkrupp, in *Soc.*, 2012, p. 100.

²⁷ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 305; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, 1968, p. 21 ss.; ID., "Persona" e "persone giuridiche" nell'età moderna, in *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, 1978, p. 219; C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 1175.

²⁸ R. ORESTANO, "Persona" e "persone giuridiche" nell'età moderna, cit., p. 209.

²⁹ R. ORESTANO, "Persona" e "persone giuridiche" nell'età moderna, cit., p. 211.

³⁰ In tema C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 305 ss.

³¹ C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 1175; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 397; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest, (Nel ricordo di Franco Bricola)*, cit., p. 1035. In tema v S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 11; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 4-5.

³² C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 305 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTAZZI, Milano, 2010, p. 20; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 11.

³³ A. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 58; ID., *Commento all'art 27, comma 1 Cost*, in G. BRANCA- A. PIZZORUSSO *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 147; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 11; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 4-5.

Inoltre, «*un ostacolo insuperabile*»³⁴ alla responsabilità penale degli enti è rappresentato dall'art. 27, comma 1, Cost. che ne sancisce il carattere esclusivamente personale.

Una serie di istituti previsti dal d.lgs. n. 231/2001 sembrano inoltre avvicinarsi al paradigma del modello amministrativo della l. 24 novembre 1981, n. 689.

La dottrina penalistica italiana favorevole a una responsabilità penale³⁵ dell'ente si appiglia in parte alla teoria della realtà³⁶, storicamente contrapposta alla teoria della finzione, attribuita a von Gierke. Si ritiene che le persone fisiche agiscano come organi della persona giuridica e, quindi, che la persona giuridica debba essere considerata come un organismo naturale che vanta i caratteri della giuridicità³⁷. Questa visione antropomorfa dell'ente, la cui teoria è anche detta dell'*immedesimazione organica*³⁸, considera le persone giuridiche capaci di esprimere la propria volontà per mezzo dei loro organi³⁹ e ha consentito di superare i dubbi di

³⁴ M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*, (Nel ricordo di Franco Bricola), cit., p. 1036; IVI, cit., p. 1937

³⁵ Tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Commento all'art 27*, cit., p. 155 ss.; G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., p. 151 ss.; A. BASSI - T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 454 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, p. 8; A. MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 501; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 8 ss.; C.E PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in a cura di F. PALAZZO, *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 23; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest; la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 571 ss.. Sul tema v. M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 4-5; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 7. In giurisprudenza Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. in *Dejure*. Tutte le sentenze citate nell'elaborato sono tratte da *DeJure* e il paragrafo indicato si riferisce alla sezione "considerato in diritto".

³⁶ A. ALESSANDRI, *Commento all'art 27*, cit., p. 155; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit, p. 309; R. ORESTANO, "Persone", cit., p. 214

³⁷ Si veda anche A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 41; ID., *Commento all'art. 27, comma 1*, cit., p. 155.

³⁸ Sul tema A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 203 ss.

³⁹ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 12. L'autore sottolinea che un'estremizzazione di questa teoria porterebbe all'irragionevole negazione della legittimità di un autonomo addebito nei confronti dell'autore del reato, il che ovviamente non era nelle intenzioni del legislatore delegante e sarebbe comunque in contrasto con le esigenze di politica criminale: l'impunità della persona fisica si tradurrebbe in un incentivo a delinquere. In tema v. A. ALESSANDRI, *Commento all'art 27*, cit., p. 8. Per l'evoluzione della teoria v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit, p. 316 ss.

compatibilità costituzionale⁴⁰, offrendo una base teorica al superamento del *societas delinquere non potest*.

La dottrina che propende per la natura penale della responsabilità ritiene che il principio di personalità della responsabilità penale *ex art 27, comma 1, Cost.* sia da interpretarsi come il divieto di responsabilità per fatto altrui⁴¹ e che attraverso la teoria dell'immedesimazione sia possibile attribuire una sanzione penale per il fatto proprio all'ente il cui agire si esprime attraverso le persone fisiche considerate come organi dello stesso⁴². Anche la giurisprudenza, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 231 del 2001 per violazione dell'art 27, comma 1, Cost.⁴³, sembra ormai ritenere superato lo scoglio interpretativo. Per ciò che concerne invece l'art. 27, comma 3, Cost. si propone la lettura delle finalità rieducative della pena come «ridefinizione dell'assetto organizzativo secondo i canoni di legalità»⁴⁴.

Tra gli argomenti a favore della responsabilità penale vi è la constatazione che il legislatore del 2001 abbia devoluto la competenza al giudice penale, richiedendo un procedimento penale per l'accertamento dell'illecito e applicando sanzioni non solo di natura amministrativa in caso di condanna.

⁴⁰ Secondo F. Bricola se l'illecito amministrativo era stato compiuto in attuazione della politica d'impresa, la responsabilità penale della società risulta essere «tanto poco in contrasto con l'art 27, comma 1, Cost. quanto lo è la responsabilità dell'istigatore per il fatto materiale realizzato dall'istigato». Cfr. F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, cit., p. 1011.

⁴¹ F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., p. 440; G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, cit., p. 367. Secondo gli autori il titolare dell'obbligo penalmente sanzionato e il destinatario della sanzione devono identificarsi nella medesima persona (fisica o giuridica). In tema v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 20; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 7 ss.

⁴² In tema v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 25 ss.

⁴³ Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, Scarafia, n. 647.

⁴⁴ M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, p. 353. Sul tema F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, cit., p. 961 ss. secondo cui bisogna selezionare dei meccanismi sanzionatori adatti al recupero nel mondo economico dell'ente; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 52; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 21 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 5-6; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 8-9.

La questione è stata dibattuta anche nel corso della stesura del d.lgs. n. 231 del 2001. Infatti la Relazione ministeriale di accompagnamento ricorda che il lavoro è ispirato al titolo VII⁴⁵ dell'articolato del Progetto preliminare di riforma del codice penale⁴⁶ che affronta la questione della punibilità delle persone giuridiche, pur rinunciando a prendere una posizione circa la natura giuridica di tale responsabilità⁴⁷.

L'ambiguità è sottolineata dalla Relazione al d.lgs. n. 231/2001 che specifica come la responsabilità degli enti non sia "autenticamente" amministrativa, poiché si distingue dal paradigma delle sanzioni amministrative previsto dalla l. n. 689/81⁴⁸ e, per espressa volontà del legislatore delegato, è legata alle garanzie del processo penale.⁴⁹ Per questa ragione una parte della dottrina considera la natura della responsabilità un *tertium genus*⁵⁰.

In conclusione, vale la pena sottolineare che il brocardo⁵¹ ha inciso sull'evoluzione della disciplina in esame anche in ordinamenti come quello tedesco, spagnolo e greco⁵², a differenza di quello che avvenne in ordinamenti di matrice anglosassone ispirati al c.d.

⁴⁵ Per affrontare i punti di contatto tra il d.lgs. n. 231/2001 e la disciplina prospettata nel Progetto Grosso, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 327 ss.; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 419; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in CASTALDO-VINCIGUERRA-ROSSI, *La responsabilità dell'ente*, Padova, 2004, p. 3.

⁴⁶ Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) Articolato 12 settembre 2000 v. sito www.giustizia.it. Sul tema G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1128 ss.

⁴⁷ "Fra i punti più innovativi della proposta qui presentata c'è la previsione di un sistema di responsabilità delle persone giuridiche, ancorata al diritto e al processo penale **ancorchè non qualificata e allo stato non qualificabile come responsabilità penale.**" cit. Relazione preliminare all'articolato 12 settembre 2000.

⁴⁸ Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001 p. 2; A. GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 111 ss.; P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lg. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1565.

⁴⁹ Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001 p. 29 "Si è deciso di equiparare sostanzialmente l'ente all'imputato, così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo"

⁵⁰ Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001 § 2. In tema D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.*, cit., p. 69 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 6. Propende per natura di *tertium genus* della responsabilità dell'ente v. G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1126 -1127

⁵¹ *Societas delinquere non potest.* È stato corretto da più autori in *societas delinquere (et puniri) non potest.*

⁵² O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 3 e ss.; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit., p. 615 ss.

pragmatismo giuridico.⁵³ Infatti, l'assoggettabilità delle persone giuridiche alla sanzione punitiva è un interrogativo che nei paesi della prima industrializzazione si è affrontato con taglio pratico⁵⁴. Il *focus* si è successivamente spostato sulla colpa d'impresa, ossia sulla responsabilità di quegli enti che hanno tratto vantaggio dalla commissione di un reato commesso da un loro dipendente. Si inizia, quindi, a parlare di *colpa di organizzazione* per descrivere l'essenza del rimprovero rivolto all'ente⁵⁵ con il conseguente progressivo abbandono delle visioni antropomorfiche dell'ente, non più considerato «una specie di *superuomo*»⁵⁶.

3. Il fondamento politico-criminale.

L'incremento dei reati dei c.d. colletti bianchi⁵⁷ e di forme di criminalità a questa assimilabili ha indotto a capovolgere il noto brocardo, ammettendo che ormai la *societas* può delinquere.

Senza pretesa di esaustività, si presentano alcuni concetti chiave in prospettiva criminologica che giustificano l'ingresso della responsabilità penale degli enti nel nostro ordinamento.

È attraverso lo studio dei *white-collar crimes*⁵⁸ e dei *corporate crimes*⁵⁹ che emerge l'esigenza di una moderna strategia di contrasto alla criminalità d'impresa, specialmente alla luce delle

⁵³ *Ex multis* v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 200 e ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 12 ss.

⁵⁴ Per approfondire l'evoluzione delle forme di responsabilità delle persone collettive partendo dalla *vicarious liability* v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 200 e ss.; MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, p. 145 ss.; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit., p. 623 ss.

⁵⁵ Sul tema v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 27 ss.

⁵⁶ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 206

⁵⁷ Il nome stesso *colletti bianchi* rimanda a un'idea di "trasparente", "pulito" o "incoluma", proprio perché si riferisce a soggetti perfettamente inseriti nella società.

⁵⁸ Espressione con la quale si indicano i reati commessi da "una persona rispettabile e appartenente alle più alte classi sociali nel corso della sua occupazione" Cfr. E. H. SUTHERLAND, *White collar crime*, trad. it. a cura di G. FORTI *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 8. Per le critiche al concetto di *white collar crime*, considerato troppo vasta v. P. TAPPAN, *Who is the Criminal?* in *Am. Soc. Rev.*, 1947, p. 12 ss. In tema v. R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 87 ss.

⁵⁹ Sul tema J. BRAITHWAITE - B. FISSE, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge, 1993; JOHN C. COFFEE, *Corporate criminal liability: An Introduction and Comparative Survey* in EESER-HEINE-HUBER, *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, 1999, p.10; P. TAPPAN, *Who is the Criminal?* in *Am. Soc. Rev.*, 1947.

nuove forme di criminalità non ancora perseguita penalmente⁶⁰ nei paesi economicamente sviluppati.

Il giudizio della società e dell'ordinamento rispetto a questo genere di illeciti ribalta le logiche del c.d. *labelling approach*⁶¹ a causa del *organizational deviance defining process*⁶²: le grandi imprese definiscono le proprie condotte in termini favorevoli, finendo con il minimizzare l'effetto deviante e tendendo ad annullare la percezione del danno prodotto dalle loro condotte.

Per comprendere come mai fenomeni patologici legati al mondo dei rapporti economici siano comunemente percepiti in modo "meno grave" rispetto alla criminalità c.d. di strada e, di conseguenza, "l'intensità" della risposta penale risulta essere diversa, bisogna riprendere il concetto di *eucaristica della disponibilità*⁶³ e di *campo oscuro*⁶⁴.

Il primo concetto si basa su un tipico meccanismo attraverso cui l'uomo si rappresenta i rischi basandosi sulla facilità con cui la mente riesce a pensare a esempi pertinenti; il pubblico costantemente sottoposto alla *spettacolarizzazione del crimine*⁶⁵ e alla brutalità dei reati c.d. di strada, dove la vittima è palesata e l'autore ha un volto da condannare, è più sollecitato da questi ultimi rispetto ai "noiosi" illeciti finanziari, in cui la vittima è *invisibile*⁶⁶ e gli autori

⁶⁰ All'epoca erano previste delle sanzioni amministrative pecuniarie. Per approfondire il concetto di relatività del reato v. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 304 ss.

⁶¹ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 228 ss.; IVI, p. 337 ss.

⁶² G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di seminari "L'uomo e il denaro"*, Milano, 2009, p. 43.

⁶³ L'euristica della disponibilità «è quella che valuta la probabilità di verifica di un determinato evento sulla base della facilità con cui si ricorda o si è in grado di pensare a esempi pertinenti: generalmente elementi che appartengono a un'ampia classe sono ricordati meglio e più velocemente di elementi che appartengono, invece, a classi più ristrette; così come eventi ritenuti molto probabili sono ricordati meglio di eventi ritenuti poco probabili» cfr. G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, cit., p. 19.

⁶⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 397-399; IVI, cit., p. 64.

⁶⁵ Sul tema G. FORTI, M. BERTOLINO, *La televisione del crimine: atti del Convegno La rappresentazione televisiva del crimine*, Università cattolica del Sacro Cuore di Milano, Università degli studi di Milano-Bicocca, 2003.

⁶⁶ Per un approfondimento sulla particolare condizione della vittima C. GIAVAZZI- C. MAZZUCATO- A. VISCONTI, *I bisogni delle vittime di corporate violence: risultati della ricerca empirica in Italia*, 2017 in www.victimsandcorporations.eu

spesso non hanno un volto⁶⁷ o si presentano come persone ben integrate nel complesso sociale.

Il c.d. *privilegio degli affari*⁶⁸ permette di tutelare la reputazione e condizionare le riforme legislative, contribuendo al mantenimento degli illeciti d'impresa nel *campo oscuro*, rallentandone l'emersione e sottraendoli alle istanze di controllo, sia a livello di criminalizzazione in c.d. astratto⁶⁹, attraverso la previsione di una normativa penale, che di criminalizzazione in c.d. concreto⁷⁰, poiché gli *agenti istituzionali* tendono a dare la precedenza ad altri autori di reato. Per queste ragioni si parla di una *depenalizzazione di fatto* che investe la criminalità degli affari e accresce la *cifra nera*⁷¹.

Si è iniziato a utilizzare il termine *corporate crime* perché rimanda al ruolo importante della struttura organizzativa nella quale si origina il fenomeno⁷² e alla necessità di intervenire sul contesto sottoculturale⁷³ entro il quale le persone fisiche agiscono⁷⁴. La persona giuridica viene, quindi, concepita come un *soggetto a rischio* di commissione di reati⁷⁵: la distanza spazio-temporale tra l'evento dannoso e la condotta, *l'invisibilità della vittima*⁷⁶, così come il

⁶⁷ Ci si riferisce alla c.d. *invisible hand* del management v. A.D. JR. CHANDLER, *La mano visibile. La rivoluzione manageriale nell'economia Americana* (1977), trad. it., Milano, 1981, p. 755 ss.

⁶⁸ E. H. SUTHERLAND, *Il crimine*, cit., p. 296.; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 313.

⁶⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 54.

⁷⁰ Per una spiegazione del fenomeno *dell'imbutto* v. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 62 ss; IVI, p. 316 ss.

⁷¹ Sul tema G. FORTI, *Normativa ed empirica nel lavoro del criminologo. Il caso Sutherland*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, fasc. 2, p. 368 s.; ID., *L'immane concretezza*, cit., p. 64 ss.

⁷² Si passa quindi dalla visione antropomorfa alla visione c.d. strutturale, considerando l'ente capace di produrre determinati effetti criminosi. Sul tema C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 249; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, in M. BARGIS - G. GIOSTRA- G. ILLUMINATI- R. KOSTORIS- R. ORLANDI, *Procedura Penale*, Torino, 2018, p. 87 ss; F. SBISÀ- N. MOTTA, *Uno sguardo comparato. La responsabilità degli enti nei paesi di common law*, in F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Vicenza, 2017, p. 492 ss.

⁷³ Sutherland avvalendosi della figura dei *colletti bianchi* corroborò la sua teoria delle associazioni differenziali secondo cui "nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale solo se le definizioni favorevoli prevalgono su quelle sfavorevoli" cfr. E. H. SUTHERLAND, *Il crimine*, cit., p. 305. In tema v. A. CERETTI, *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia*, Padova, 1992, p. 217 ss; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 510 ss. Sull'influenza delle dinamiche di gruppo sul comportamento individuale v. P. ZIMBARDO, *L'effetto lucifero. Cattivi si diventa*, trad. it., Milano, 2008.

⁷⁴ In tema di *colpevolezza organizzativa* v. A. ALESSANDRI, *Commento all'art 27*, cit., p. 154.

⁷⁵ In assenza di quella struttura organizzata difficilmente si commetterebbero i reati imputati al soggetto autore v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 65; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 252.

⁷⁶ J. BRAITHWAITE - B. FISSE, *Corporate*, cit., p. 4.

carattere di segretezza⁷⁷ delle scelte, i *deficit* nei procedimenti decisionali dell'organizzazione e il *fenomeno del gruppo*⁷⁸ accrescono il c.d. *risky shift*⁷⁹ e alimentano meccanismi di neutralizzazione⁸⁰.

La struttura culturale e normativa dell'organizzazione va a costituire un'autonoma personalità dell'ente rispetto alle persone fisiche che ne manifestano la volontà⁸¹ e aumenta le pressioni criminogene. In questo contesto si possono creare delle vere e proprie carriere criminali dell'ente, certe scelte diventano routine e continuano a essere poste in atto fino a quando non vengono contrastate dall'interno (*whistleblower*) o dall'esterno (media, vittime, istituzioni di controllo)⁸².

Concludendo, si ribadisce la centralità del ruolo dei c.d. *whistleblower*⁸³, che è stata recentemente riconosciuta dal legislatore con la legge 30 novembre 2017, n. 179⁸⁴, e della *vittima*⁸⁵ ai fini dell'apprensione della notizia di reato.

⁷⁷ Sul tema C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 254 ss.

⁷⁸ J. BRAITHWAITE - B. FISSE, *Corporate*, cit., p. 2. L'autore individua il gruppo come "matrice essenziale" del reato d'impresa.

⁷⁹ La c.d. sindrome da "ebbrezza da rischio", ossia la sottovalutazione del rischio di insuccesso e la sopravvalutazione della possibilità di successo quando questi soggetti agiscono in gruppo v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 51.

⁸⁰ A. CERETTI, *L'orizzonte artificiale*, cit., p. 228; Sulla teoria delle negazioni G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 499 ss.

⁸¹ G. FORTI, *Percorsi*, cit., p. 42.

⁸² G. FORTI, *Percorsi*, cit., p. 43.

⁸³ Letteralmente: «soffiatori di fischiello». Il termine si riferisce a coloro che denunciano gli illeciti nelle organizzazioni di appartenenza e che solitamente subiscono conseguenze personali per questa loro decisione.

⁸⁴ Sul tema interessanti sono le considerazioni di V. AZZOLINI, *Perché l'Italia non è un paese per whistleblower*, in *La voce*, 2015; G. BUONAMICI- M. MANGIA, *Il profili processuali del "whistleblowing" e le questioni ancora aperte*, in *Arc. proc. pen.*, 2018, p. 497 ss.; G. MASSARI, *Il "whistleblowing" all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, 2018, p. 981 ss.; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 149

⁸⁵ In materia di vittime di *corporate crime* e *corporate violence* è stata recepita la Direttiva 2012/29/UE con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Sul tema A. VISCONTI, *Linee guida per la valutazione individuale dei bisogni delle vittime di "corporate violence"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1265 ss. Per uno sguardo sui riflessi pratici S. GIAVASSI- E.M. MANCUSO- C. MAZZUCATO- A. VISCONTI, *Linee guida nazionali per la polizia giudiziaria, le Procure della Repubblica e i magistrati giudicanti*, 2017, in www.victimsandcorporations.eu

4. *Le sollecitazioni internazionali e le fonti.*

Gli impegni pattizi⁸⁶ hanno avuto un ruolo rilevante per l'introduzione della responsabilità da reato degli enti nel nostro ordinamento. Infatti, organizzazioni internazionali come O.C.S.E., Consiglio d'Europa, ONU e UE si sono occupate direttamente della questione e hanno incalzato i singoli stati con atti più o meno vincolanti⁸⁷ all'adozione di un sistema di responsabilità punitiva degli enti, necessario per una maggiore tutela delle regole di mercato sempre più globale.

L'importanza delle fonti c.d. mediate emerge sin dal titolo della l. delega n. 300/2000⁸⁸. Tra gli atti ratificati è centrale il ruolo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. PIF)⁸⁹ siglata a Bruxelles nel 1995⁹⁰, il cui secondo Protocollo del 1997 (anche se non rientrante nella delega) prevede all'art. 3 la responsabilità delle persone giuridiche per i diritti di frode, corruzione attiva nel riciclaggio di denaro e all'art. 4 specifica che le sanzioni pecuniarie e interdittive devono essere improntate all'effettività, proporzionalità e dissuasività. Successivamente il modello proposto con la Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche

⁸⁶ Sulle fonti soprannazionali cfr. A. BERNASCONI, *Le fonti*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, Lavis, 2018, p. 17 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 1 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 9 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 1.

⁸⁷ Sulle specifiche caratteristiche del modello "comunitario" di responsabilità delle persone giuridiche, cfr. C.E. PALIERO, *Le sanzioni comunitarie quale modello di disciplina per la responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in G. GRASSO- R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 173 ss.

⁸⁸ Il legislatore delegante preannuncia il fine di ratificare ed eseguire una serie di atti internazionali «*elaborati in base all'art K.3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997*»

⁸⁹ Sul tema C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 237 ss.

⁹⁰ Inoltre all'elenco delle sanzioni del Protocollo PIF sembra ispirarsi anche l'art 11 della l. delega n. 300/2000.

internazionali a Parigi nel 1997⁹¹, che riprende il PIF e il F.C.P.A. americano per evitare le distorsioni della concorrenza tra imprese, obbliga in termini generici gli stati contraenti ad adottare misure per la responsabilità delle persone giuridiche in materia di corruzione di pubblici ufficiali stranieri, pur senza richiedere la natura penale della responsabilità.

Occorre poi soffermarsi sul ruolo svolto dal Consiglio d'Europa che, con una serie di atti, ha invitato gli stati ad introdurre forme di responsabilità degli enti anche in materie come la tutela dei consumatori e la tutela dell'ambiente⁹². In particolare, con la Raccomandazione n. 88 (18)⁹³ del Comitato dei ministri si delineano gli elementi della responsabilità punitiva degli enti e le linee guida entro cui gli Stati hanno la possibilità di disciplinare la materia.

L'Unione Europea, ispirandosi al modello proposto nella Convenzione O.C.S.E e nel Protocollo PIF, lascia al legislatore nazionale spazio decisionale, invitando a provvedere alla disciplina dei casi di reato commesso nell'interesse o vantaggio della persona giuridica da soggetti inseriti a vario titolo nella struttura organizzativa della stessa e a prevedere sanzioni che siano effettive, proporzionali e dissuasive. In tema di esperienza europea è importante ricordare l'elaborato del *Corpus Juris* realizzato nel 2000 su richiesta del Parlamento europeo e controllato dalla Commissione dell'Unione Europea che è espressione del tentativo di formare un diritto penale europeo⁹⁴. All'art 13⁹⁵, il *Corpus* si schiera a favore della responsabilità penale degli enti che siano o meno titolari di una personalità giuridica, attribuendo maggiore rilevanza all'esistenza di un patrimonio autonomo a capo degli stessi⁹⁶.

⁹¹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 1095.; G. SACERDOTI, *La convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1349 ss.

⁹² M.A. PASCULLI, *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, cit. p. 91.

⁹³ C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 232 ss.

⁹⁴ Sul tema v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 227.

⁹⁵ "The offence is committed for the benefit of the organisation by some organ or representative of the organisation, or by any person acting in its name and having power, whether by law or merely in fact, to make decisions" art. 13 del Testo di Firenze.

⁹⁶ Quanto ai criteri di imputazione, il testo rimane fedele alla visione antropomorfa che vede l'ente come il riflesso della persona fisica, ragion per cui non ci sono riferimenti alla colpevolezza. Sul tema v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 239 ss.

Per ciò che concerne le fonti del d.lgs. n. 231 del 2001, oltre al primario ruolo ricoperto dalla Costituzione (vedi *infra* § 5), il legislatore ha riconosciuto il sussidiario⁹⁷ ruolo del codice di procedura penale. Infatti, nonostante il d.m. 26 giugno 2003, n. 201 affianchi il Capo III del d.lgs. n. 231/2001 la regolamentazione del procedimento per l'illecito amministrativo risulta insufficiente: all'interprete il compito di integrare sistematicamente la nuova disciplina con le norme del codice di procedura penale⁹⁸.

Infine, è necessario dedicare uno sguardo alla normativa regionale, la cui potestà legislativa è riconosciuta *ex art.* 117, Cost.

Gli atti regionali sono pressoché focalizzati sul tema della *governance* degli enti e sono proiettati verso un regime di obbligatorietà di adozione del modello organizzativo, di gestione e controllo. Tale direzione è stata registrata anche dal disegno di legge n. 726/2018⁹⁹ che considera nelle premesse la regolamentazione attuata nelle Regioni Calabria, Veneto, Lazio, l'Abruzzo e Lombardia¹⁰⁰. Anche i provvedimenti delle autorità di vigilanza hanno contribuito all'integrazione di contenuti in materia di *compliance program*. Banca d'Italia, Consob e Isvap hanno inciso con i rispettivi strumenti normativi nella forma e nella sostanza dei modelli organizzativi adottati dagli enti rientranti nelle categorie, dettando linee guida e criteri. Si consideri per esempio che in materia di *rating* di legalità, in attuazione del d.m. 20 febbraio 2014, n. 57, sono state emanate una serie di delibere tese a promuovere l'adozione di strumenti di legalità¹⁰¹. Infatti, attraverso l'assegnazione di un numero di stellette proporzionale al soddisfacimento dei requisiti richiesti, è possibile ottenere dei benefici

⁹⁷ Infatti, mentre la legge delega prevedeva un rinvio alle norme del codice di procedura penale «*in quanto compatibili*», il legislatore delegato ha previsto un rito differenziato e speciale da integrare, in via sussidiaria, alle norme codicistiche, fatta salva la clausola di compatibilità *ex art.* 34 del d. lgs. n. 231/2001. v. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 16; IVI, p. 18-19.

⁹⁸ Il decreto legislativo in esame «inverte la gerarchia delle fonti» prevista nella legge delega cfr. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 19; Per queste ragioni sono stati sollevati dubbi di la legittimità costituzionale per eccesso di delega v. A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario*, cit., p. 195; *Contra* G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATAZZI, Milano, 2010, p. 444 - 445.

⁹⁹ intitolato «*Modifica al decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231, in materia di responsabilità amministrativa delle società di capitali, cooperative e consortili*»

¹⁰⁰ ddl n. 726/2018 p. 3 ss. ; sul tema v. A. BERNASCONI, *Le fonti*, cit., p. 35 ss.

¹⁰¹ Le imprese dotate di un fatturato minimo di due milioni di euro e iscritte al registro delle imprese da almeno due anni possono richiedere l'attribuzione di un *rating* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sul tema v. A. BERNASCONI, *Le fonti*, cit., p. 38 ss.

finanziari in ambito di accesso al credito bancario e di concessione di finanziamenti da parte pubblica amministrazione¹⁰².

5. I principi fondamentali in ambito penale e processuale penale.

Dalla natura della responsabilità discende il complesso di principi costituzionali a cui bisogna fare riferimento, anche nell'ottica di possibili dubbi di legittimità da sottoporre alla Corte costituzionale, ed è rilevante nella misura in cui l'interprete deve affrontare snodi sistematici, oltre che per altri motivi pratici.¹⁰³

Tra i principi fondamentali in materia penale applicabili alla disciplina della responsabilità dell'ente si ricordano quelli previsti *ex art 27, Cost.*¹⁰⁴: il principio di personalità della responsabilità penale interpretato come il divieto di responsabilità per fatto altrui *ex art. 27, comma 1, Cost.*, il principio di rieducazione *ex art. 27, comma 3, Cost.* (vedi *supra* § 2) e la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.*¹⁰⁵

Il canone del *nullum crimen sine lege* previsto all'art. 25, comma 2, Cost. è stato fatto proprio dal legislatore, il quale dispone che la responsabilità per i reati e la conseguente sanzione in capo all'ente devono essere espressamente previste dalla legge¹⁰⁶ (*riserva di legge*) entrata in

¹⁰² d. lgs. 18 aprile 2016 n. 5

¹⁰³ In particolare assume interesse in ambito di cooperazione giurisdizionale e circa il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo poiché il quadro di principi di riferimento varia a seconda della natura penale o amministrativa della responsabilità. Sul tema v. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 20 ss.

¹⁰⁴ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 28 ss.; A. BERNASCONI, *Le fonti*, cit., p. 29 - 30; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 48 ss.

¹⁰⁵ La previsione dell'art 6 del d. lgs. n. 231/2001, chiedendo all'ente la prova dei requisiti elencati, comporta un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'imputato che suscita dubbi di legittimità costituzionale. Così come la coincidenza tra le sanzioni interdittive (art 9) e le misure cautelari previste (art 45, comma 1) sembra sottendere un'applicazione anticipata della sanzione nella fase cautelare in contrasto con la presunzione d'innocenza v. A. BERNASCONI, *Le fonti*, cit., p. 31-32. A riguardo è intervenuta anche la Direttiva 2016/343 del parlamento europeo che, pur prevedendo un rafforzamento del principio per le persone fisiche, ribadisce come lo stesso sia garantito anche per le persone giuridiche v. D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 86 ss.; IVI, p. 84 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 48 ss.

¹⁰⁶ Sul principio di legalità ripreso all'art. 2 del d.lgs. n. 231/2001 v. D. BRUNELLI, sub *art 2*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 85 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 46 ss. ; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 48 ss.

vigore prima della commissione del fatto (*principio di non retroattività*)¹⁰⁷, come emerge dalle norme in materia di successione di leggi e di retroattività della disposizione più favorevole¹⁰⁸ previste all'art 3 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Nel dettato costituzionale si sancisce il diritto di difesa, la cui inviolabilità è confermata dagli artt. 34, 35, 40 del decreto, ferme restando le perplessità circa il rispetto di tale principio, come si avrà modo di esporre nell'arco dell'elaborato. In materia di tutela delle libertà fondamentali l'art 14 del d.lgs. n. 231 del 2001 in riferimento alle attività di ispezione, perquisizione e sequestro rimanda al principio *ex art. 13, Cost.* garantendo il rispetto delle libertà personali. Anche le intercettazioni devono sottostare alle garanzie di segretezza della corrispondenza previste all'art. 15, Cost.

Il diritto al giusto processo che si declina nei cinque commi dell'art. 111, Cost.¹⁰⁹ è stato adattato alla materia, con il riconoscimento del diritto al contraddittorio in condizioni di parità tra accusa e difesa, del diritto alla ragionevole durata del processo, del diritto a essere informati, della facoltà di interrogare i testimoni a carico e discarico, della facoltà di acquisire i mezzi di prova a favore e del diritto all'interprete.

Concludendo, è doveroso accennare al principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112, Cost.*, che il legislatore sembra violare nel disposto dell'art. 58 del testo di legge quando prevede la possibilità da parte del pubblico ministero di emettere il decreto di archiviazione senza il controllo da parte dell'autorità giudicante (vedi *infra* cap. 5 § 62).

6. I soggetti.

Con la legge 29 settembre 2000, n. 300, lo Stato italiano, oltre a ratificare e a dare esecuzione, come si anticipava, a una serie di Convenzioni internazionali, attribuisce una delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle

¹⁰⁷ Sul principio della retroattività dell'*abolitio criminis* v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 50; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 13.

¹⁰⁸ Sul tema v. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. GROSSO-T. PADOVANI- A. PAGLIARO, Milano, 2008, p. 14; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 51 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 13-14

¹⁰⁹ Per tutti v. D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 82 ss.

società, delle associazioni o degli enti privi della personalità giuridica che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale e con l'esclusione dello Stato e degli enti pubblici esercenti pubblici poteri.

I soggetti destinatari della normativa¹¹⁰ non sono solo le persone giuridiche private riconosciute ex artt. 14 ss. c.c., ma anche le associazioni non riconosciute¹¹¹ e gli enti privati privi di personalità giuridica, come emerge dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001. Il legislatore ha evitato di stilare elenchi dei destinatari e si è limitato a indicare categorie di enti attraverso una «*formula elastica*»¹¹². Sono state giurisprudenza e dottrina a cimentarsi nell'interpretazione della norma per individuare con maggiore precisione quali tra le numerose realtà dotate di qualifica giuridica siano da considerarsi soggette alla disciplina¹¹³, nonostante il principio di legalità richieda anche la determinatezza dei destinatari e, pertanto, non dovrebbe essere ammessa l'interpretazione analogica o estensiva dell'articolo¹¹⁴.

Tra i rischi del metodo del legislatore, la stessa Relazione¹¹⁵ rileva come anche entità di scarsa importanza¹¹⁶ finiscano con il diventare destinatarie del sistema processuale dispendioso progettato per la responsabilità da reato degli enti e di come questo possa risultare «*alla prova dei fatti, addirittura diseconomico*»¹¹⁷.

¹¹⁰ In tema v. D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art 1*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 75 ss; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 3 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 87 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 34 ss.; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, p. 958 ss; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 17 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 30 ss.

¹¹¹ Nella categoria rientrano i soggetti ex art 36 ss c.c. che non hanno scopo di lucro.

¹¹² Relazione ministeriale del d. lgs. n. 231 del 2001 § 2.

¹¹³ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 3 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. cit.*, p. 88. A titolo esemplificativo in tema di società di fatto e di quelle irregolari o le società apparenti e le società occulte v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 40; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 17ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8.

¹¹⁴ D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. cit.*, p. 88; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 121; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 34 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 17 ss.

¹¹⁵ Relazione ministeriale del d. lgs. n. 231 del 2001 § 2

¹¹⁶ A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche*, cit., p. 27

¹¹⁷ Relazione ministeriale del d.lgs. n. 231/2001 § 2

È possibile desumere dei criteri sistematici che aiutino a interpretare l'inclusione o meno nel gruppo dei destinatari della disciplina¹¹⁸. Innanzitutto, devono esserci un'apprezzabile complessità organizzativa¹¹⁹ e la capacità patrimoniale autonoma. Poiché le sanzioni colpiscono in via esclusiva il patrimonio dell'ente¹²⁰ in quanto centro di imputazione soggettiva¹²¹ distinto dalla persona fisica¹²² si è considerato opportuno escludere le realtà individuali¹²³.

¹¹⁸ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 4 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8.

¹¹⁹ D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art. 1*, cit., p. 76; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 39; A. BERNASCONI, *Principi generali*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, Lavis, 2018, p. 44

¹²⁰ art 27 d. lgs. n. 231/2001 e diffusamente spiegato nella Relazione ministeriale di accompagnamento d. lgs. n. 231/2001 § 2 “*la delega espressamente limita la responsabilità dell'ente, escludendo che essa possa estendersi al patrimonio dei soci*”.

¹²¹ D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art. 1*, cit., p. 76 - 77; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 2 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8.

¹²² A. BASSI - T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 68; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 209; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 4 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8.

¹²³ Sul tema D. BRUNELLI - M. RIVERDITI , sub *art. 1*, cit., p. 78 ss.; P. DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4050 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 39; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit. p. 39 ss.; C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1358; F. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 18; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 11. Secondo la Suprema corte «*deve rilevarsi, incidentalmente, che la normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi*» v. *Cass.*, sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, Vinci.

Dal combinato disposto dell'art. art. 11 l. n. 300 del 2000¹²⁴ e dell'art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001 sono da escludere lo Stato, gli enti pubblici non economici¹²⁵, gli enti pubblici territoriali, e gli enti che svolgono funzioni costituzionali¹²⁶. Il carattere economico degli enti pubblici è rilevante perché privati che svolgono un pubblico servizio in regime di concessione e le società miste hanno una finalità lucrativa¹²⁷ che li rende soggetti alla normativa, essendo necessaria la non economicità delle funzioni di rilievo costituzionale svolte¹²⁸.

In conclusione, è significativo il fatto che la prova della qualifica di soggetto a cui la norma subordina la propria disciplina rientri negli oneri probatori in capo al pubblico ministero.

7. I criteri di imputazione della responsabilità dell'ente sul piano oggettivo.

Superato lo scoglio dogmatico della responsabilità da reato dell'ente, il compito del legislatore delegato è stato quello di individuare i criteri che ascrivessero all'ente la responsabilità da reato e supplissero «*alla carente capacità naturalistica di azione*».

¹²⁴ Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. n. 231/2001 § 2 «*comma 1 dell'art. 11 L. 300/2000 stabilisce che il decreto disciplini la responsabilità amministrativa delle "persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale"; per altro verso, il comma 2 del medesimo articolo dispone che "per persone giuridiche si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri"*».

¹²⁵ In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 4 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 88 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 20; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8. In assenza di una nozione univoca di ente pubblico c.d. non economico si crea una zona d'ombra nell'applicazione della normativa v. D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art. 1*, cit., p. 78 ss.

¹²⁶ D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art. 1*, cit., p. 78 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 5 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 88 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 40 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 23 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8.

¹²⁷ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 5-6; Sul criterio di *finalità lucrativa* v. D. BRUNELLI - M. RIVERDITI, sub *art. 1*, cit., p. 77; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 35, 37; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 20-21.

¹²⁸ In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 5-6; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. p. 122; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 20-21; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 8. In giurisprudenza v. Cass., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, Codivilla Putti S.p.A.

dell'ente»¹²⁹. Questi criteri, presenti negli artt. 5, 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001¹³⁰, costituiscono il nucleo centrale e sono espressione dell'ottica specialpreventiva che ha animato la scelta del legislatore¹³¹.

Quelli che la Relazione¹³² chiama *criteri di imputazione sul piano oggettivo*, e che sono previsti all'art. 5, individuano i *soggetti qualificati* che, con la commissione di reati *per conto dell'ente*, ne innescano la responsabilità¹³³.

L'articolo delinea «*gli elementi costitutivi di natura oggettiva*»¹³⁴ richiedendo *in primis* «*un rapporto qualificato tra l'ente medesimo e la persona fisica*»¹³⁵. I soggetti qualificati¹³⁶ sono distinti in due categorie di possibili autori materiali del reato a cui fanno capo differenti criteri soggettivi di imputazione: i soggetti che ricoprono una posizione c.d. apicale *ex art. 5, comma 1, lett. a* e i soggetti in posizione subordinata *ex art. 5, comma 1, lett. b*. Il legislatore

¹²⁹ Cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, cit., p. 22.

¹³⁰ Da qui in avanti gli articoli del d. lgs. n. 231 del 2001 saranno indicati senza alcun riferimento.

¹³¹ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 14-15; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 1 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 19. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI , 25 settembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri.

¹³² Relazione ministeriale al d. lgs. n. 231/2001 § 3. 2.

¹³³ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 14 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.*, cit., p. 104 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 57; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 14 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 28 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI , 25 settembre 2018, n. 54640

¹³⁴ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 37. In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 14 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 14 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 28 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 19 ss.

¹³⁵ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 37. In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 14 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 14 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 19 ss.

¹³⁶ A. BERNASCONI, sub *art 5*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 102 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 57 ss.; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 14 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 19 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 37 ss.

ricomprende tra i primi non solo coloro che rivestono una carica *formale* (prima parte della lett. a) ma anche i soggetti che esercitano *di fatto*¹³⁷ le medesime funzioni di gestione e di controllo (seconda parte della lett. a). Si rivolge, quindi, a chi esercita un penetrante dominio sull'ente¹³⁸, secondo un «*criterio funzionalistico*»¹³⁹, e ha una funzione di rappresentanza¹⁴⁰, amministrazione¹⁴¹ o direzione¹⁴². La seconda categoria di persone comprende, invece, coloro che sono sottoposti al controllo dei soggetti di cui alla lett. a¹⁴³.

¹³⁷ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub *art* 5, cit., p. 103; R. BRICCHETTI- L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 2007, p. 44 ; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 64 - 65; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 14 ss.; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004, p. 175 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 30; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 26.

¹³⁸ Esclusi i sindaci v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 63

¹³⁹ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 38. In tema v. F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 28 ss.; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 25-26;

¹⁴⁰ *Ex multis* O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 58; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 151; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 29; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 25-26.

¹⁴¹ Sul tema *ex multis* A. BERNASCONI, sub *art* 5, cit., p. 102 ss ; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 152; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 58- 59; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004, p. 165; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 29; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 25-26. In tema di amministratori dipendenti v. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 103.

¹⁴² Sul tema v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 59-60; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 29; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 25-26.

¹⁴³ Sul tema v. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p.155 ss; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 65 ss; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 426; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 31 ss.; M. H. SCETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 26-27.

I soggetti rientranti in queste due categorie devono aver commesso almeno un reato-presupposto¹⁴⁴ tra quelli elencati tassativamente agli artt. 24 e ss. - suscettibili di integrazione¹⁴⁵ - *per conto* dell'ente, ossia nel suo *interesse o vantaggio*¹⁴⁶. Qualora dovessero agire «*nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*» è prevista l'esclusione della responsabilità¹⁴⁷ dell'ente ex art. 5, comma 2¹⁴⁸ per carenza del criterio c.d. oggettivo di imputazione, con la conseguente rottura dell'immedesimazione organica tra persona fisica e persona giuridica.

¹⁴⁴ La scelta di un elenco contenuto di reati presupposto sembra essere giustificata dalla Relazione che ritiene necessario non riportare un « *ampio novero di reati*» perché potrebbe comportare maggiori difficoltà al progressivo radicamento di una «*cultura aziendale della legalità*» v. Relazione ministeriale al d.lgs n. 231/2001 § 12. Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 9 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 96 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 211 ss.; F. SBISÀ - E. SPINELLI- B. AGOSTINI, *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri d'imputazione*, cit., p. 164 ss.

¹⁴⁵ La normativa soprannazionale ha avuto un ruolo chiave nell'ampliamento dei reati-presupposto. In particolare le convenzioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa, di direttive del Parlamento europeo e decisioni quadro del Consiglio dell'Unione europea hanno contribuito all'estensione dell'elenco ad altre fattispecie v. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 19 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 9 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 25 ss.

¹⁴⁶ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub *art 5*, cit., p. 97 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 104 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p.156 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 69 ss.; C. SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 49 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 32 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 41 ss.

¹⁴⁷ Sul tema A. BERNASCONI, sub *art 5*, cit., p. 100 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 104 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, Milano, 2002, p. 52; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 32 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss.

¹⁴⁸ Mutuando così la clausola di chiusura dell'art 11 lettera e l. delega n. 300/2000; Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi*, a cura di G. GARUTI, cit., p. 231.; M. F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 32 ss.; H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss.

Per ciò che concerne il rapporto tra i due termini¹⁴⁹, la giurisprudenza ritiene che «l'espressione normativa, (...) non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse 'a monte' per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio oggettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato ex ante»¹⁵⁰.

L'interesse è il requisito soggettivo¹⁵¹ che indica la finalità della condotta delittuosa della persona fisica che l'autorità giudiziaria deve valutare rispetto al momento dell'azione¹⁵² (*ex ante*). L'interesse può rimanere «mera potenzialità senza poi tradursi in atto»¹⁵³.

Il vantaggio è un requisito oggettivo¹⁵⁴ successivo all'evento e rappresenta i benefici conseguiti dall'ente che l'autorità giudiziaria deve valutare nel momento del risultato (*ex*

¹⁴⁹ Sul rapporto tra i due termini, a favore della tesi dualistica-disgiuntiva *ex multis* v. A. BASSI - T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 161 ss.; A. BERNASCONI, sub *art 5*, cit., p. 98 M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16 D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 105 ss.; F. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 32 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. *Contra* e a favore della tesi monistica v. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 159; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 1114.

¹⁵⁰ Cass., pen. sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. Recentemente anche v. Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, Imp. Banca Italease S.p.a.; Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2013 n. 24559, House Building S.p.A.; Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri.; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2015, Gastoldi ed altri n. 2544; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598.

¹⁵¹ Così *ex multis*, A. BERNASCONI, sub *art 5*, cit., p. 98; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 105 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 70; F. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 36.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss.

¹⁵² Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 105 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, Milano, 2002, p. 50 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2015, Gastoldi ed altri n. 2544; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598.

¹⁵³ C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, Milano, 2002, p. 51.

¹⁵⁴ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 105 ss.; F. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 35; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2015, Gastoldi ed altri n. 2544; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598.

post)¹⁵⁵ e che può anche mancare¹⁵⁶. Infatti, il vantaggio non deve avere carattere necessariamente patrimoniale e può consistere nell'acquisizione di «*posizioni di superiorità o di accrescimento di potere dell'ente*»¹⁵⁷.

8. I criteri d'imputazione sul piano soggettivo.

I criteri di imputazione c.d. soggettiva, invece, riprendono l'idea di *colpevolezza* intesa come *riprovevolezza*, e si prepongono di attribuire all'ente una responsabilità che derivi da una *colpa di organizzazione*¹⁵⁸ e che sia, comunque, espressione della *politica aziendale*. Questi criteri sono rilevanti nell'ottica della funzione preventiva della sanzione e, combinati al regime premiale del sistema, aspirano a motivare all'osservanza di *standard* utili a prevenire la commissione di reati e a evitare che le sanzioni vengano recepite come un costo necessario e quindi calcolate come *spese* nel bilancio¹⁵⁹.

Per questa ragione, il modello di organizzazione, gestione e controllo e l'Organismo di Vigilanza che ne permette un'efficace attuazione sono il fulcro del sistema. Il legislatore si è

¹⁵⁵ Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 § 3.2 «*Il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che "si accontenta" di una verifica ex ante; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica ex post*».

¹⁵⁶ Non è richiesto «*necessariamente che l'autore del reato abbia voluto perseguire l'interesse dell'ente perché sia configurabile la responsabilità di quest'ultimo, né è richiesto che lo stesso sia stato anche solo consapevole di realizzare tale interesse attraverso la propria condotta*» v. Cass. pen., Sez. II, 10 luglio 2015, n. 29512.

¹⁵⁷ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 45. In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss.

¹⁵⁸ In tema v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 216; A. BERNASCONI, sub *art 5*, cit., p. 113; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 114 ss.; C. DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 85; C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, p. 5 ss.; C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 167 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁵⁹ Con la conseguenza che il "costo" degli illeciti finisce con l'essere sostenuto dai clienti. «*Il versarsi in re illecita si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose*» Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 § 3.3 .

ispirato ai *compliance program* statunitensi¹⁶⁰, fondati sulla logica del sistema *stick and carrot*¹⁶¹, e ha previsto l'adozione di modelli comportamentali adeguati¹⁶² allo scopo di scongiurare il rischio della commissione di specifici reati con il requisito indispensabile dell'*effettività*¹⁶³, al fine di ottenere una esclusione di responsabilità. I criteri di imputazione soggettiva dell'ente hanno come cardine il modello e si differenziano a seconda della qualifica del soggetto autore del reato¹⁶⁴.

Nei casi riguardanti soggetti in posizione c.d. apicale¹⁶⁵, l'art. 6, comma 1 richiede, ai fini dell'esenzione di responsabilità dell'ente, che non solo si sia adottato ed efficacemente attuato

¹⁶⁰ Il sistema è stato messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* nell'anno 1991 cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 66 ss.; Sul tema v. IVI, cit., p. 102 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 87 ss. Si rinvia per approfondimento a G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, in A. GIARDA- G. SPANGHER- P. TONINI, *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2018.

¹⁶¹ In tema v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 73 ss.;

¹⁶² In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *D.lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Soc.*, 2011, p. 55 ss.

¹⁶³ In tema v. A. BERNASCONI, sub *art 6*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 118; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 115- 116; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 98.

¹⁶⁴ G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., p. 1126 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 38 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁶⁵ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub *art 6*, cit., p. 111; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 94 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 39 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 51 ss. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI , 25 settembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri.

il modello¹⁶⁶, ma che questo sia idoneo¹⁶⁷ alla prevenzione del reato commesso (lett. a)¹⁶⁸. Inoltre, il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere un'inversione dell'onere probatorio¹⁶⁹ (vedi *infra* cap. 5 § 63) fondata sulle evidenze empiriche da cui si presume che il requisito soggettivo di imputazione sia soddisfatto, visto il rapporto di stretta immedesimazione tra l'apicale e l'ente. Ne consegue che l'ente possa «rimanere immune dalla responsabilità se riesce ad ottemperare ad un complesso onere probatorio»¹⁷⁰. In primis, l'ente deve dotarsi di un organismo con poteri autonomi preposto alla vigilanza (lett. b)¹⁷¹, dimostrando che non vi siano state negligenze da parte di quest'ultimo e che si sia vigilato sul corretto funzionamento del complesso organizzativo (lett. d).

¹⁶⁶ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub *art 6*, cit., p. 118 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 106 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29. Per una maggiore concretizzazione dei modelli è necessario porre l'attenzione sulle possibili cause degli illeciti, che stanno alla base di una progettualità preventiva circa i rischi, e sulle dinamiche che permettono l'occultamento e che, se contrastate, possono favorirne l'emersione v. G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di seminari "L'uomo e il denaro"*, Milano, 2009, p. 55

¹⁶⁷ Sul tema v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 225; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)*, in AA .VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Torino, 2011, p. 2057; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁶⁸ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 96; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁶⁹ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub *art 6*, cit., p. 111; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 80-81; IVI, p. 174 ss; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 95; P. PAULESU, *L'accertamento della responsabilità penale degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in R. BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 417 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁷⁰ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 52. In tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁷¹ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 97; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 40; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

Infine, l'ente dovrà dimostrare che l'autore del reato si sia fraudolentemente sottratto alla vigilanza (lett. c)¹⁷²: il carattere di frode deve caratterizzare il comportamento elusivo dell'autore del reato¹⁷³.

I criteri di imputazione soggettiva nei casi di reati commessi da c.d. sottoposti¹⁷⁴ ex art. 7, comma 1 riguardano il mancato adempimento degli obblighi di vigilanza e controllo. Nell'ipotesi di reato-presupposto commesso dai subordinati, il fulcro è individuabile nel paradigma della *culpa in vigilando*: l'ente contribuisce colpevolmente alla concretizzazione del rischio di commissione di un reato-presupposto¹⁷⁵. La colpa è esclusa in caso di adozione di modelli che garantiscano lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e contrastino il rischio-reato. Il modello deve essere dotato di un sistema sanzionatorio e aggiornato costantemente per il suo effettivo funzionamento¹⁷⁶. Qualora il soggetto autore del reato sia

¹⁷² Sul tema M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato*, cit., p. 428 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 41; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁷³ Sul tema A. BERNASCONI, sub art 6, cit., p. 148 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 21-22; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 41; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

¹⁷⁴ Sul tema v. A. BERNASCONI, sub art 7, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p.163 ss; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 118 ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 42 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 32; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 58 ss. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI , 25 settembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri.

¹⁷⁵ Sul tema v. A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 42; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; C. E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, cit., p. 17; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 32-33.

¹⁷⁶ Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 98; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., p. 42 ss.; M. H. SCHETTINO- F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 32-33.

un c.d. sottoposto, non è previsto alcuna inversione dell'onere probatorio come nel caso degli apicali¹⁷⁷.

In conclusione, non è possibile predeterminare il contenuto dei modelli a causa dei differenti destinatari ed esigenze che richiedono la creazione di specifici protocolli in grado di mappare i rischi e soddisfare le esigenze di idoneità¹⁷⁸ del modello nel caso concreto¹⁷⁹. In quest'ottica, sono da tenere in considerazione le sempre maggiori spinte, raccolte nel ddl n. 726/2018¹⁸⁰, per rendere obbligatoria l'adozione i modelli di organizzazione, gestione e di controllo obbligatori, almeno per determinate categorie di persone giuridiche.

9. Il modello di organizzazione, gestione e controllo.

Il modello di organizzazione, gestione e controllo rappresenta la volontà di conseguire il rispetto della legalità non solo con la minaccia di sanzioni, ma soprattutto attraverso un'efficace prevenzione endosocietaria.

¹⁷⁷ Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 175; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 193; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 508.

¹⁷⁸ In tema di valutazione dell'idoneità *ex ante* ed *ex post* v. P. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 257 ss; S. GIAVAZZI, sub *art. 17-21*, in A. GIARDA- E.M. MANCUSO- S. SPANGHER- G. VARRASO, *Responsabilità «penale» delle persone giuridiche. D.lgs. 231/2001*, Milano, 2007, p. 163 ss.; G. SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in R. BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 111 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 94-95.

¹⁷⁹ Sul tema v. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 100 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 22-23; C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, a cura di G. LATTANZI, 2010, p. 155 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 60 ss. In materia di linee guida si veda per esempio CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in www.confindustria.it; ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, in www.abi.it

¹⁸⁰ «Pertanto, il presente disegno di legge intende introdurre l'obbligatorietà del citato modello 231 e della nomina dell'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 231 del 2001 a tutte le società di capitali e cooperative che non rientrino nei limiti dimensionali e reddituali previsti dall'articolo 2435-bis, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, nonché la previsione di sanzioni pecuniarie per le società inadempienti» v. disegno di legge n. 726/2018, p. 4.