

I Profili generali del d.lgs. n 231/2001

1. *Excursus storico*: nascita e declino del dogma “*societas delinquere non potest*”. 2. La responsabilità da reato dell’ente tra sistema penale e sistema amministrativo. 3. La categoria del c.d. *tertium genus*. 4. Sintesi di una nuova concezione: “*societas delinquere (et puniri) potest*”.

1. *Excursus storico*: nascita e declino del dogma “*societas delinquere non potest*”.

La responsabilità degli enti è stata considerata, nel corso della storia, come un elemento estraneo e di difficile definizione, quasi sempre avulso dagli ordinamenti giuridici. Dalle sue origini fino a tempi più recenti ha sempre rivelato una atavica incompatibilità sia con le forme primordiali di ordinamento giuridico sia con quelle moderne. Una breve analisi diacronica del brocardo “*societas delinquere (et puniri) non potest*”, che esprime in modo conciso e immediato quanto la responsabilità degli enti collettivi fosse assolutamente esclusa nel mondo romano, permetterà di coglierne il significato dalla sua nascita al suo declino. Nonostante le scarse certezze del riconoscimento nel mondo romano di tale brocardo, una corrente di pensiero avvalorata la tesi che il diritto romano classico rifiutasse qualsiasi forma di responsabilità in capo alle persone giuridiche; vi sono in merito dei riferimenti in un passo del *Digesto* (*D. de dolo malo, 4, 3*) in relazione all’esperibilità dell’*actio de dolo malo*, attribuibile solo agli amministratori di un *municipium* accusati di frode e non verso quest’ultimo. Altri riferimenti, invece, forniscono un diverso approccio, che si orienta su un altro passo del *Digesto*, (*D. quod metus causa, 4, 2*) in cui si analizza l’esperibilità dell’*actio quod metus causa* nei confronti di una comunità nella quale gli abitanti avevano perpretato una minaccia nei confronti di un privato. In realtà, entrambe le valutazioni riguardavano azioni che miravano ad ottenere l’applicazione di pene private nel contesto di un sistema penale ancora arcaico, che vedeva l’assenza di una percezione unitaria del concetto di persona giuridica e della punibilità dell’*universitas*¹. A seguire, si ricordano i glossatori della Scuola di

¹ In merito, G. IMPALLOMENE, *Persona giuridica (diritto romano)* in *Nss. D.I., vol. XII*,

Bologna che nei loro studi certosini assunsero valutazioni positive in merito all'idea della punibilità di una comunità²; ma fu il diritto canonico a dare l'impulso ad una interpretazione più raffinata del concetto di persona giuridica, adoperando una netta distinzione con la persona fisica³. A Papa Innocenzo IV, al secolo Sinibaldo de Fieschi, è attribuibile l'elaborazione della Teoria della finzione⁴ «fingatur esse una persona...quia impossibile est quod universitas delinquat», sviluppata e rifinita diversi secoli a seguire da Von Savigny, che escludeva la possibilità per l'*universitas* di essere destinataria di un provvedimento di scomunica. La Teoria nel corso del secolo XIV fu utilizzata *a contrario* da giuristi del calibro di Bartolo da Sassoferrato, per sostenere la tesi della capacità di delinquere dell'*universitas* tanto da ammettersi la responsabilità penale⁵.

Con il passare dei secoli, la condizione di impossibilità di delinquere della società assume la veste di un “dogma”⁶ e resta tenacemente ancorata al quadro normativo e alla convizione sociale dell'Italia del primo '800. Proprio in questo contesto storico si manifesta una embrionale volontà, alquanto eversiva per l'epoca, di immettere la *societas* tra i soggetti attivi del reato; ce ne fornisce una prova un caso venuto alla luce nel Regno di Napoli. All'epoca dei fatti, si innescò una reazione nei confronti dell'abuso di potere di quello che era definito “corpo morale”, poichè alla vittima

Torino, 1965, 1029; G. SCALFI, *Persone giuridiche (diritto civile)* in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, 2 ss.

²Cfr. W. ULLMANN, *The delictual Responsibility of Medieval Corporations*, in *The Law Quarterly review*, vol. 64, 1950, 84, ed ivi il testo di Giovanni Bassiano, riferito da Odofredo.

³ Così C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* (a cura di Pessina), 1906, 90 e ss.

⁴ S. FLISCUS, *Comm. super libros quinque decretalium, c. presentium de testibus et attestationibus*, Frankfurt a. M., 1968, 270; ed è in tale opera che è contenuta la celebre espressione “*societas delinquere non potest*”. Con riguardo a detta dottrina vedasi I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 441 ss.

⁵ Così, G. GENTILE, *L'illecito colposo dell'ente collettivo*, Torino, 2009, 19 e ss., e G. MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Roma, 1933, 51 ss.

⁶ In riferimento al “dogma” si veda F. BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951.

C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571.

In giurisprudenza, cfr. Cass. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Jolly Mediterraneo, in *Riv. pen.*, 2006, 814.

non appariva soddisfacente la instaurazione di un procedimento penale a carico della persona fisica, autrice del reato, che poteva facilmente essere sostituita⁷.

Un altro importante riferimento merita il dibattito che imperversava in Italia all'inizio del '900 e vedeva la Scuola Classica e la Scuola Positiva contrapporsi su due fronti radicalmente opposti. Tra gli esponenti della Scuola Classica si ricorda il Carrara, che esteriorizzò l'impossibilità di annoverare la persona giuridica nel contesto dei soggetti autori di reato⁸, in quanto il delitto poteva scaturire solo da una «volontà intelligente», quale quella dell'uomo.

In antinomia, si collocava la Scuola Positiva sostenendo oltre ai tradizionali argomenti di incapacità di pensiero anche ulteriori contrasti con le tecniche di individuazione della pena⁹. Uno dei suoi esponenti, il Ferri, propose la soluzione di circoscrivere la responsabilità dell'ente al ramo delle contravvenzioni, che a suo dire erano determinate prevalentemente da fattori sociali, al contrario dei delitti con un preminente stampo antropologico. Si giunge, quindi, al Codice penale italiano del 1930 dalla cui struttura si deduce come fosse preponderante una visione antropocentrica del reato, che non ha mai lasciato margini interpretativi per annoverare tra i "soggetti attivi" figure diverse dalla persona umana.

Tale concezione rimasta cristallizzata nel Codice Rocco, continua a permeare nel moderno diritto penale anche se, ulteriori tentativi di sradicamento sono stati pensati e attuati, se pure senza magnifici risultati. Sin dai primi anni '60 del Novecento si è esordito tentando di estirpare il meccanismo, di un sistema ampiamente collaudato, quale quello della mancata responsabilità penale degli enti a seguito del verificarsi di un fatto reato. Solo negli anni '90, dopo la sottoscrizione da parte dell'Italia di un elevato numero di Convenzioni internazionali, si è iniziato a ragionare in maniera significativa sulla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento una qualche forma

⁷ S. M. CORSO, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del D.LGS. 8 giugno 2001 n. 231*, Torino, 2015, 2.

⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, PG, vol. I*, Firenze, 1924, 74 ss.

⁹ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, 122 ss.

di «responsabilità punitiva»¹⁰ diretta in capo alle persone giuridiche.

Questo nuovo approccio induceva, senza alcun dubbio, a considerare ormai al termine un “limite” del sistema penale, che per altro non aveva quasi mai conosciuto opinioni dissenzienti o discordanti e che al contrario riposava su solide fondamenta.

In ragione dell’espansione europeistica è scaturito un forte impulso di rinnovamento del nostro sistema penale, che si intravede in maniera più nitida nella possibilità di superare un ingranaggio secolare, il quale arriverà poi a conoscere un momento di “rottura” con l’entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 che, come vedremo, spazzerà via, o proverà a farlo, tutti i retaggi di un passato ormai non più adeguato all’evoluzione della società in costante stato di mutamento. Vale la pena ricordare questa “creatività” giuridica con le parole di un noto giurista italiano: «Iddio creò l’uomo a propria immagine e somiglianza, ma l’uomo non volle essergli da meno: creò, a immagine e somiglianza propria, la persona giuridica»¹¹.

Il d.lgs. 231/2001 avvia un percorso evolutivo, che dopo diciannove anni fatica ancora ad arrestarsi e a trovare un equilibrio, nonché una solida e unanime interpretazione. Si avrà modo di apprezzare in questo lavoro, per quanto in maniera tenue, che la decifrazione e la conseguente applicazione, in termini pratici, del decreto legislativo ha conosciuto da sempre e continua a conoscere notevoli difficoltà di approccio da parte dei giudici. Per questo motivo, il quadro si riduce ad una condizione frammentaria e precaria caratterizzata da scarsissima omogeneità all’interno del territorio dello Stato. Oltre questo aspetto esclusivamente pratico, che sfocia nella materia processuale penale, ciò che più conta rilevare in questa sede è la portata che tale decreto legislativo assume nell’intero ordinamento italiano, essere considerato, altresì, di una intensità tale da paragonarlo ad una vera e propria «rivoluzione copernicana»¹² del diritto.

¹⁰ G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Procedimento di accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti” (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in A. GIARDA (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 2018, 1259.

¹¹ F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, 24 ss.

¹² M. A. BARTOLUCCI, *L’art. 8 D.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d’impresa e ‘nuove forme’ di colpevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it (ultima consultazione 24/02/2020).

L'idea che emerge in merito a questa definizione lascia trasparire una scarsa affinità interpretativa tra coloro i quali hanno da sempre attribuito idonea e incontrovertibile rilevanza alla logica del d.lgs. 231/2001 e coloro che, al contrario, hanno sin dal primo momento visto in tale logica delle difficoltà, soprattutto per una mancata condivisione della normativa che in un secondo momento è confluita in una complessità applicativa, la quale di fatto ha poi reso tali asperità più incisive fino a giungere ad un rifiuto della normativa stessa, facendo sì che il giudice proceda all'archiviazione.

L'*impasse* che riguarda il d.lgs. 231/2001 consiste primariamente nella difficoltà insita al suo interno di attecchire e quindi di adeguarsi al canonico *modus operandi* dell'ordinamento. Da qui, si può rinvenire come le forme antropomorfe costantemente protagoniste del sistema penale vadano via via degradandosi in figure diverse, si badi bene, non che queste ultime sostituiscano le prime, bensì integrano una nuova e più approfondita forma di responsabilità penale. Tale che si abbia sia un aspetto punitivo incentrato in maniera esclusiva sull'individuo sia su "elementi" giuridici diversi dalle persone fisiche, in dottrina definiti da taluno come «non umani abitanti del pianeta»¹³. Inoltre, nel pensiero processuale penalistico vige ancora oggi il rigore che il processo penale richiami alla sua attenzione la necessità che l'imputazione sia rivolta ad una persona fisica, affinché il processo sia considerato il più possibile verosimile¹⁴.

Si comprende la difficoltà di sradicare dal contesto stesso del processo un antico dogma e di giungere ad un approccio che ambisca ad un sistema giudiziale che sia in grado di fornire delle garanzie sempre più specifiche, e che come naturale conseguenza sia apprezzabilmente più efficace.

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

¹³ Definizione di persona giuridica di F. GALGANO, voce *Persona giuridica* in *Dig. disc. priv., sez. civ., XIII*, Torino, 1995, 393.

¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 345.

Il decreto che per primo ammette una diretta responsabilità sanzionatoria della persona giuridica trova il suo incentivo nella legge delega n. 300 del 2001 e in alcune Convenzioni ratificate dall'Italia, ad esempio la Convenzione OCSE sulla corruzione dei funzionari stranieri e comunitari del 1997 e il secondo Protocollo della Convenzione PIF. Nondimeno, resta da capire quale sia la natura della responsabilità se penale, amministrativa, appartenente ad un *tertium genus* o da ultimo ad un *quartum genus*¹⁵, come è stato anche asserito. A prescindere della categoria in cui incasellare la responsabilità, si considera ormai per assunto incontestabile che «*societas saepe delinquit*»¹⁶. Dalle Convenzioni sopra citate non si ottiene un modello applicativo standard, di cui lo Stato possa essere il diretto fruitore, anzi è lasciato un certo margine di libertà, tale che si possa considerare la responsabilità adeguandola al meglio al proprio sistema giuridico. Non è un caso che Francia, Olanda e Belgio abbiano fatto rientrare la responsabilità nella materia penale mentre, la Germania nella materia amministrativa. In Italia, è con il d.lgs. 231/2001 che si è riconosciuto, anche se tardivamente rispetto all'incedere dei tempi moderni, un modello generale di responsabilità sanzionatoria degli enti collettivi, però, si sono avute non poche difficoltà interpretative soprattutto, a causa dell'ingerenza di correnti dottrinali di matrice tradizionalistica. Allorché la responsabilità si fosse considerata penale sarebbe andata in collisione con alcuni principi fondamentali della Costituzione, tra questi art. 27 primo e terzo comma, art. 25 e art. 111; ma la idiosincrasia più rilevante è riscontrata dalla dottrina nell'art. 27 della Costituzione, e in particolare al primo comma in cui è sancito il principio della personalità della responsabilità penale. La dinamicità di una società in rapido mutamento potrebbe far percepire, appunto, l'art. 27 c. 1 Cost. quale ostacolo al venire meno della irresponsabilità penale dell'ente¹⁷. Al contempo, la necessità dell'ideazione del c.d.

¹⁵ In questo senso si veda S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in S. VINCIGUERRA, M. CERESA GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 183 ss.

¹⁶ S. M. CORSO, *op. cit.* 211.

¹⁷ La responsabilità da reato non collide con il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 c. 1 Cost.) cfr. Cass. Sez. VI, 18 febbraio-16 luglio 2010, n. 27735, in *Guida al dir.*, 2010, 98.

modello 231 trova la sua spinta oltre che nella dinamicità internazionale anche nel contesto socioculturale del nostro Paese, non potendosi, tuttavia, evitare contrasti tra il modello in questione e l'ordinamento. Si valuti l'incremento della criminalità dei "colletti bianchi" rispetto a quella individuale avutasi dagli anni '60, l'ascesa della criminalità di profitto, non di rado connessa alla criminalità organizzata, e in ultimo l'avanzare di forme di illiceità relative alla società del rischio.

Le urgenze della politica criminale giungono in contrasto col brocardo "*societas delinquere non potest*" in ragione del fatto che il diritto in generale e nello specifico il diritto penale è fatto dagli uomini per gli uomini e di conseguenza, soggetto all'errore e a margini di fallimento. Del resto, come sosteneva Radbruch non si può fare a meno del diritto penale perché non è ancora stato *inventato* niente di meglio¹⁸. Quanto espresso è sinonimo di un contrasto oggettivo al quale se ne affiancano altri due, ma di diversa indole, di cui l'uno richiama l'art. 27 comma 1 Cost. in riferimento alla responsabilità soggettiva e, quindi diviene impossibile o quantomeno difficoltoso rintracciare l'atteggiamento soggettivo in relazione alla responsabilità degli enti. L'altro in riferimento all'art. 27 comma 3 Cost. riguarda il problema sanzionatorio e la scarsa adattabilità di far confluire le pene delle persone all'ente.

In aggiunta, rimane altrettanto difficoltoso, se non impossibile, intercettare una prospettiva di rieducazione dell'ente. Finora, le pene pecuniarie e le pene accessorie si sono rivelate insufficienti e corredate dal rischio, spesso attuale, di ripercuotersi su soggetti non colpevoli. L'esigenza stessa di creare un tipo di modello punitivo *ad hoc*, risente dell'incedere nella società di attività pericolose più impattanti sull'uomo.

La giurisprudenza di merito già giunta a simili conclusioni osservava che "La prospettata violazione dell'art. 27 c. 1 Cost. è frutto di una ormai obsoleta visione antropocentrica del diritto penale; al di là della retorica disquisizione della natura della responsabilità dell'ente (amministrativo, tertium genus?, ma non manca chi la vorrebbe anch'essa penale in tutto e per tutto), è ormai indubbio l'avvicinamento progressivo e costante dell'ordinamento italiano (al pari di tutti quelli continentali) all'impostazione di matrice anglosassone di colpa collettiva da violazione dell'obbligo di predisposizione di modelli di organizzazione; possiamo allora affermare che costituisce diritto vivente una moderna interpretazione dell'art. 27 Cost. che, fermo restando il rifiuto di principi di responsabilità oggettiva, consenta di transitare in maniera più ampia verso una responsabilità anche societaria o degli enti per illeciti che presuppongono e conseguono alla commissione di reati". [Trib. Roma (ord.), 26 novembre 2007, Clan, in *Giust. Pen.*, 2008, I, c. 120, con nota di F. PUGLIESE, Divieti di partecipazione al processo degli enti e tentativi di interpretazioni creative di una norma incostituzionale].

Tornando ad analizzare l'art. 27 della Costituzione in riferimento al comma 1, si può fornire un'interpretazione che conosce tre diversi livelli di approfondimento.

Il primo modello, classificabile come interpretazione restrittiva, esplica nella sua semplicità il concetto di responsabilità penale personale in termini di divieto di responsabilità per fatto altrui. Il secondo modello, inteso come interpretazione intermedia, intende definire la personalità della responsabilità penale come divieto della responsabilità oggettiva. Si approda poi al terzo modello, rappresentativo di una interpretazione estensiva, più lineare con gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, che rintraccia nella personalità della responsabilità penale il principio di colpevolezza. Dei tre livelli interpretativi dell'art. 27 comma 1 della Costituzione, quello più valido per incasellare la responsabilità dell'ente nel sistema penale è il terzo modello, che con una non scontata elasticità, fa riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito da punire. L'attenzione viene focalizzata sulla colpa di organizzazione¹⁹ (*compliance programs*), di cui si tratterà in seguito, che si adegua perfettamente alla responsabilità per colpa riferita dalla terza interpretazione del comma 1 art. 27 Cost. data dalla Corte costituzionale²⁰. Dunque, rispetto alle persone fisiche la garanzia costituzionale esige una imputazione soggettiva che si traduce nel dolo o almeno nella colpa e che questi criteri siano riferibili agli elementi più significativi della fattispecie incriminatrice²¹.

In relazione agli enti collettivi, si deve considerare il reato attribuibile all'organizzazione dell'ente, in modo che possa essere considerato come proprio del soggetto, in riferimento al rapporto di immedesimazione organica che egli intrattiene con l'ente a cui appartiene. Tutte le perplessità riguardanti il dover conciliare la responsabilità e la punibilità dell'ente con l'art. 27 comma 1 Cost. si sono dissolte

¹⁸ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1956.

¹⁹ Elaborata dall'illustre penalista D. TIEDEMANN.

²⁰ In riferimento alle note sentenze Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364; Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085.

²¹ C. F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *La responsabilità degli enti dipendente da reato*, in M. PELLISSERO (a cura di), *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2017, 744.

con la sentenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, sul caso ThyssenKrupp²². La Suprema Corte ha sostenuto con fermezza che sia da escludere una violazione del principio della responsabilità per fatto proprio, perché tale legame viene pienamente ad esistere attraverso il già citato rapporto di immedesimazione organica.

3. La categoria del c.d. “*tertium genus*”.

Nella relazione ministeriale al d.lgs 231/2001 la responsabilità degli enti viene definita come amministrativa, ma di fatto si configura come penale. Si può pensare, da un certo punto di vista, che tale scelta, adoperata dal legislatore sia stata posta in essere per evitare inutili squilibri e scompensi ad un sistema dottrinale già ben assestato. L’ente che commette il reato si trova in talune prospettive, in maniera inconfutabile, in un sistema di tipo amministrativo e in altre in un sistema di tipo penale. Tale è la sua condizione, per diversi aspetti controversa e di difficile identificazione che parte della dottrina ha inteso propendere per la soluzione della creazione di un’ulteriore categoria, che racchiuda in sé gli elementi fondanti dell’uno e dell’altro sistema e le si attribuisce il nome di “*tertium genus*”.

In merito all’interpretazione del d.lgs. 231/2001 è stata quasi prevedibile la diatriba che ha imperversato tra amministrativisti e penalisti, in virtù del fatto che il nuovo tipo di responsabilità nascente dal decreto è definita nella Rubrica come responsabilità amministrativa e nella relazione ministeriale al decreto emerge invece la natura di “*tertium genus*”. La creazione del “*tertium genus*” è attribuibile alla presenza sia di elementi penalistici sia di norme che contrastano con i principi costituzionali, si veda l’art. 27 Cost., ed anche in contrasto con i principi del processo penale, tra i quali si ricordi l’inversione dell’onere probatorio che riguarda la responsabilità apicale.

²² Cass. Pen., Sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 52511.