

PARTE I

**RICOSTRUZIONE DESCRITTIVA DEL SISTEMA
DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA
DA REATO *EX* D.LGS. N. 231/2001**

INTRODUZIONE

**IL PERSONALISMO DELLA RESPONSABILITÀ
CORPORATIVA ALLA LUCE DEL COMPLESSO
EQUILIBRIO TRA PARADIGMA ORGANICISTICO E
COLPA DI ORGANIZZAZIONE**

Per entrare nel merito della ricostruzione descrittiva del paradigma punitivo dell'ente di cui al decreto 231 occorre ricordare preliminarmente che sulla natura giuridica di questo modello di responsabilità corporativa è insorta un'accesa *querelle* dovuta alla fisionomia polimorfa dell'istituto, nella misura in cui il legislatore del 2001 ha affiancato all'area tradizionale dell'illecito penale e a quella più recente dell'illecito amministrativo-punitivo un *tertium genus*, nel quale, secondo quanto si puntualizza nella *Relazione* di accompagnamento al decreto, si combinano i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo con l'obiettivo di coniugare le istanze di efficacia preventiva con quelle garantistiche¹.

Al giorno d'oggi però l'acceso contrasto di opinioni che si è innescato su questo tema si può ritenere ormai stemperato in quanto la disciplina di cui al decreto del 2001 rientra nell'ambito applicativo della categoria ibrida di *matière pénale* elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale con riferimento all'individuazione dei principi e delle garanzie applicabili al diritto sanzionatorio ha affermato il criterio secondo cui, onde evitare ogni forma di nominalismo, l'accento va posto sugli effetti sostanziali, tenendo in considerazione, oltre alla qualificazione giuridica interna, indicatori quali la natura dell'illecito nonché la natura e il grado di severità della sanzione².

¹ Cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 1.1, p. 11.

² Il riferimento va al tritico dei cd. criteri Engel: cfr. Corte EDU, Grande Camera del 08.06.1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. In generale, sulla nozione di "materia penale" cfr. G. Grasso, A.M. Maugeri, R. Sicurella (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della*

Sul punto va rimarcato che, al netto del variegato ventaglio di posizioni emerse³, l'opinione prevalente riconosce che l'irruzione del

giurisprudenza delle Corti Europee sull'ordinamento penale italiano, Pisa University Press, Pisa, 2020; L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018; S. Manacorda, *Materia penale*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III – *Parole dal lessico di uno studioso*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1669 ss.; A.M. Mageri, *La nozione e i principi della "materia penale" nella giurisprudenza delle corti Europee*, in B. Montanari (a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Tomo II, Giappichelli, Torino, 2013, p. 325 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017; C.E. Paliero, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; C. Perini, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Anthelios, Garbagnate Milanese, 2018. Nello specifico, sulla riconducibilità della forma di responsabilità corporativa contemplata nel decreto 231 alla nozione di "materia penale" cfr. F. Consulich, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, p. 24 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, 3-4, p. 107; C.E. Paliero, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Società*, 2011, 9, p. 1078 ss.; Id., *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 *Società*, 2011, n. spec., p. 16; F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, 2, p. 167 ss. V. Zagrebelsky, *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 31 ss. In giurisprudenza cfr. *Cass. pen.*, S.U., ud. 24.04.2014, dep. 18.09.2014, sent. n. 38343, *Espenhahn*, in *DeJure*, n. 62 del *considerato in diritto*, laddove le Sezioni Unite, pur qualificando la natura della responsabilità dell'ente come afferente al *tertium genus*, hanno sancito che il sistema 231 appartiene alla materia penale e come tale vanno applicati ad esso i massimi principi di garanzia previsti dal nostro ordinamento con riferimento al diritto penale; sulla rilevanza storica di questa pronuncia nel percorso evolutivo del sistema 231 e, correlativamente, sulle opposte letture di cui essa è stato oggetto cfr. *infra*, nella presente Parte I, Cap. II, § 3.2, p. 119 ss.

³ In particolare sulla questione della natura della responsabilità amministrativa da reato introdotta dal legislatore del 2001 si sono consolidati tre diversi orientamenti dottrinali. Secondo la maggioranza degli interpreti, contrariamente al *non men juris*, si tratta di una responsabilità di natura sostanzialmente penale, come si evince da una serie di indicatori quali: il nesso di connessione, ossia il fatto che la legge prevede quale presupposto della responsabilità dell'ente consistente nella commissione di un reato nel suo interesse o vantaggio ad opera di soggetti qualificati; i presupposti soggettivi di imputazione, di cui agli artt. 6 e 7 del decreto, che si fondano sull'adozione e attuazione di modelli organizzativi finalizzati ad evitare

la commissione di determinati reati; la statuizione della cognizione del giudice penale sulla forma di responsabilità in oggetto; l'autonomia della responsabilità da reato dell'ente affermata dall'art. 8, che persiste anche quando «l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile» ovvero anche quando «il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia»; la particolare afflittività dei meccanismi sanzionatori. In tal senso cfr. G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, p. 151 ss.; A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia: mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Cedam, Padova, 2002, p. 208; C. de Maglie, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 11, p. 1348 ss.; 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 G. Garuti (a cura di), *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, p. 57 ss.; G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, p. 1126 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 47; P. Ferrua, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, 29, p. 8; A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. Cassese (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5101 ss.; Id., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. Lancellotti (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 85; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 3, p. 1109 ss.; E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Dir. gius.*, 2001, 23, p. 8 ss.; T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 16-17; C.E. Paliero, *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi società delinquere (et puniri) potest, cit.*, p. 466 ss.; P. Patrono, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 1-2, p. 189; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., p. 598. A sua volta, a sostegno della tesi della natura amministrativa vengono addotti i seguenti profili: il vincolo per l'interprete costituito dal dato formale della qualificazione normativa, per cui bisognerebbe attenersi all'etichetta apposta dal legislatore; la disciplina della prescrizione, prevista dall'art. 22, che è diversa da quella penale e si richiama al modello contemplato dall'art. 28 della l. n. 689/1981 per gli illeciti amministrativi; il regime speciale di archiviazione, la quale, in base all'art. 58, viene disposta direttamente dal pubblico ministero e sottratta all'autorità giurisdizionale; la disciplina delle vicende modificative dell'ente di cui agli artt. 28 ss., che si ispira ad una logica di tipo civilistico e sembra collidere con il principio di personalità della responsabilità; la regola dell'inversione dell'onere della prova *ex art. 6* nell'ipotesi di reato commesso da parte di un soggetto in posizione apicale, che risulta marcatamente distonica rispetto alla disciplina penale. In tal senso cfr. G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1, p. 116 ss.; G. Marinucci, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 4, p. 1203; F.C. Palazzo, *Corso di*

nuovo istituto nel nostro ordinamento ha comportato una svolta di sistema dando ingresso ad una responsabilità dal contenuto innegabilmente punitivo; ne discende che in sede di applicazione del decreto 231 occorre ispirarsi ai principi di rango costituzionale, a partire dal carattere personale della responsabilità che occupa un ruolo di primo piano nella corolla di garanzie tipiche dello strumento penalistico.

In particolare, collocandosi in questa logica, la presente Parte I dell'indagine mira a focalizzare in quali termini e in che misura il sistema 231 si può ritenere orientato dal principio di personalità della responsabilità penale, approfondendo la struttura dell'illecito corporativo quale peculiare "fattispecie ascrittiva a struttura complessa"⁴.

diritto penale. Parte generale, Giappichelli, Torino, 2021, p. 50; M.A. Pasculli, *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi*, Cacucci, Bari, 2005, p. 161; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 2-3, p. 393 ss.; G. Ruggiero, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo 'statuto' della persona fisica e degli enti*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 153 ss. In una logica intermedia si pongono i sostenitori della tesi del *tertium genus*, i quali, in linea con l'opzione qualificatoria astensionistica esplicitata dal legislatore delegato nella *Relazione* di accompagnamento al decreto, fanno propria l'idea di un sistema di carattere ibrido, collocato a metà strada tra il diritto penale vero e proprio e quello amministrativo-punitivo. In tal senso cfr. E.M. Ambrosetti, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. Ronco (dir. da), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 191; A. Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 229; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 14; G. Flora, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 11, p. 1399 ss.; G. Forti, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale* in C. de Maglie, S. Seminaro (a cura di), *La riforma del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 102; V. Mongillo, *The nature of corporate liability for criminal offences: theoretical models and EU member states laws*, in A. Fiorella (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, Jovene, Napoli, 2012, p. 85 ss.; D. Pulitanò, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, p. 417; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità e innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009, p. 30. Per ciò che concerne la giurisprudenza va detto che anch'essa ha espresso risposte oscillanti, sebbene si sia attestata in prevalenza sulla opzione del *tertium genus*; cfr. sul punto *infra*, nella presente Parte I, Cap. II, § 3 e relativi sottoparagrafi, p. 106 ss.

⁴ Con riferimento alla valenza di questa locuzione cfr. G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 313-314, il quale nel merito puntualizza che in essa convergono i diversi «presupposti dai quali dipende l'assoggettabilità a sanzione della *societas*», ossia il reato-presupposto commesso dalla per-

Per contestualizzare tale trattazione va ricordato che la responsabilità corporativa configurata dal legislatore del 2001 si sostanzia di un paradigma punitivo ibrido, i cui pilastri, come si rimarca nella *Relazione* di accompagnamento al decreto, risultano codificati nelle seguenti norme: l'art. 5, in cui sono individuati i criteri di imputazione sul piano oggettivo; gli artt. 6 e 7, in cui vengono disegnati i criteri di imputazione sul piano soggettivo, con riferimento rispettivamente al reato commesso dai soggetti apicali e a quello dei sottoposti⁵.

Alla luce del combinato disposto delle suddette norme la fattispecie ascrittiva in parola si rivela fondata sul peculiare assemblaggio di due paradigmi eterogenei di responsabilità corporativa: l'uno individualistico di responsabilità accessoria o derivata, basato sul criterio dell'immedesimazione organica; l'altro olistico di responsabilità autonoma o originaria fondato sull'autonoma colpevolezza di impresa, che si identifica con la colpevolezza di organizzazione derivante dall'introduzione della logica dei *compliance programs*⁶.

Nello specifico, sul piano oggettivo l'art. 5 configura un criterio unitario di imputazione recependo il paradigma organicistico, laddove si attribuisce rilievo centrale nell'economia del paradigma ascrittivo al cd. "fatto di connessione", costituito dalla commissione di un

sona fisica, i criteri soggettivi e oggettivi dell'imputazione, nonché la peculiare qualifica del soggetto collettivo statuita dall'art. 1 del d.lgs. 231, che definisce il novero dei possibili destinatari della disciplina. Al riguardo cfr. altresì G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., p. 90; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Giuffrè, Milano, vol. I, 2007, p. 861; S. Vinciguerra, *La struttura dell'illecito*, in Id., M. Ceresa-Gastaldo, A. Rossi (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (D.Lgs. n. 231/2001), Cedam, Padova, 2004, p. 5 ss.

⁵ Cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., §§ 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, pp. 16-24.

⁶ In particolare in dottrina si è rilevato che il modello di base del sistema 231, ossia il canone dell'immedesimazione organica di cui all'art. 5, risulta di «matrice segnatamente anglosassone» e come tale «geneticamente giurisprudenziale», atteso che esso trae origine «dal *principle of identification* tra persona giuridica e persona fisica, tipico dell'ordinamento di *common law*»; il riferimento va a C.E. Paliero, *Il tipo colposo*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, pp. 517-518. A sua volta la colpa di organizzazione, di cui si fanno latori gli artt. 6 e 7 mediante la previsione dei modelli organizzativi, ha trovato la sua sistemazione dogmatica essenzialmente nel mondo giuridico di *civil law*, soprattutto ad opera della dottrina d'oltralpe, la quale ha dato vita ad una teorica della colpevolezza organizzativa ben diversa da quella maturata nello spazio giuridico nordamericano; sul punto cfr. C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, cit., pp. 169-170. Al riguardo cfr. *supra*, nella Premessa della presente indagine, § 1.1, p. 13 ss., in particolare nt. n. 25 e 26.

reato-presupposto nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica da parte di un soggetto che agisce in qualità di suo organo⁷.

Sul piano soggettivo negli artt. 6 e 7 la criteriologia imputativa viene declinata *ratione functionis*, ossia prevedendo in termini diversificati – a seconda del ruolo, apicale o sottoposto, del reo persona fisica⁸ – quale condizione di esclusione della responsabilità corporativa la preventiva adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Per tal via i criteri ascrittivi soggettivi, sia pure modulati diversamente in relazione alle due diverse categorie di autori del reato-presupposto, consentono di radicare la personalità della responsabilità dell'ente «in una sorta di colpevolezza in senso normativo»⁹.

Ebbene, proprio la suddetta fisionomia ibrida del paradigma punitivo in oggetto è all'origine dell'incertezza ermeneutica che contraddistingue l'inquadramento dogmatico dell'illecito corporativo a partire dalla sua stessa denominazione ad opera del legislatore storico come «illecito amministrativo dipendente da reato». Nello specifico, fermo restando il necessario ancoraggio al fatto di reato commesso dalla persona fisica, si pone il problema di individuare una dimensione autenticamente personale della responsabilità corporativa, fon-

⁷ Sul punto si ricorda che *ex art. 5, co. 1, lett. a)* i soggetti in posizione apicale sono da identificare in coloro che «rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale», nonché in coloro che «esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso»; si tratta di una definizione di tipo oggettivo-funzionale, atteso che gli intranei che impegnano la responsabilità dell'ente sono individuati sulla base della funzione di rappresentanza, amministrazione e direzione concretamente svolta. A sua volta la seconda categoria soggettiva viene identificata dall'art. 5, co. 1, lett. *b)* nelle «persone sottoposte alla direzione o vigilanza» di uno dei soggetti in posizione apicale. Al riguardo si riscontra che proprio lo stato di subordinazione in cui tali soggetti si ritrovano, in ragione del quale non sussiste per essi il rapporto di immedesimazione organica che invece lega l'ente ai suoi apicali, ha indotto il legislatore ad introdurre nel co. 1 dell'art. 7 con riferimento ai sottoposti all'altrui direzione, quale peculiare criterio di collegamento tra la persona giuridica e la commissione del reato-presupposto, l'inservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti di vertice. Sul punto cfr. *infra*, nella presente Parte I, Cap. I, § 2.2, p. 58 ss.

⁸ Sulla diversificazione della criteriologia ascrittiva di tipo soggettivo della responsabilità da reato, a seconda del ruolo, apicale o sottoposto, ricoperto all'interno dell'ente dall'autore materiale del reato-presupposto cfr. *infra*, nella presente Parte I, Cap. I, § 2 e relativi sottoparagrafi, p. 45 ss.

⁹ G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 164. Cfr. altresì C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 333 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 391 ss.

dandola su un fatto proprio e colpevole onde evitare di risolverla nel presupposto organicistico.

Allo scopo di ricostruire lo stato attuale di tale dibattito, nella presente Parte I si evidenzia quindi la necessità di effettuare l'indagine sul paradigma punitivo corporativo alla luce di una duplice angolazione prospettica.

Nel merito il *primo capitolo* è finalizzato a focalizzare il paradigma punitivo in oggetto sotto il profilo statico, ossia sul piano descrittivo-normativo, per cui si tratta di esaminare analiticamente il dettato legislativo, richiamando correlativamente il variegato confronto che si è sviluppato tra le diverse opinioni ermeneutiche prospettate dalla scienza giuridica; a sua volta il *secondo capitolo* verte sul dinamismo congenito di tale paradigma punitivo, ossia sulla sua tensione evolutiva, la quale sarà delineata mediante la rievocazione del dialogo intercorso fra i tre formanti dell'esperienza giuridica alla ricerca di una stabilizzazione interpretativo-sistematica dello statuto identitario della responsabilità corporativa.

