

COMPLIANCE PROGRAMS E DOMINABILITÀ “AGGREGATA” DEL FATTO. VERSO UNA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL’ENTE COMPIUTAMENTE PERSONALE

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l’Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Antonio Fiorella e Nicola Selvaggi

SOMMARIO

1. Lo stato delle cose: il superamento generalizzato (in ambito europeo e globale) del brocardo *societas delinquere non potest* ed il problema della responsabilità personale dell’ente. – 2. “Oggettivo” e “soggettivo” nella fattispecie di responsabilità da reato dell’ente. Una possibile definizione di “responsabilità oggettiva”. – 2.1. (Segue) Le ipotesi di responsabilità oggettiva: a) lo schema ispirato alla logica vicariale. – 2.2. (Segue) b) gli schemi di immedesimazione o identificazione. – 2.3. (Segue) c) La dipendenza (causale) del reato dall’omessa sorveglianza da parte del “vertice” dell’ente. – 3. *Compliance programs* e principio di personalità nell’ordinamento italiano (la lacuna, il nesso di causalità, la “colpa” di organizzazione). – 4. La realtà del sistema italiano, nella prassi giurisprudenziale e (all’interno degli enti) nei “laboratori” della prevenzione. – 4.1. (Segue) L’onere della prova dell’idoneità dei modelli preventivi e la prospettiva della ‘certificazione’. – 5. Un’ipotesi di personalizzazione del giudizio di responsabilità a carico dell’ente nella dimensione europea: la proposta del gruppo di ricerca “*Corporate criminal liability and compliance programs*”.

1.

Lo stato delle cose: il superamento generalizzato (in ambito europeo e globale) del brocardo *societas delinquere non potest* ed il problema della responsabilità personale dell'ente.

L'allarme sociale per gli illeciti commessi nel contesto delle organizzazioni pluripersonali, nell'esprimere forti esigenze repressive, ha condotto, nel tempo ed in ragione di pressanti stimoli provenienti dalla Comunità internazionale, a prevedere la disciplina della responsabilità penale (para-penale o amministrativa, secondo le diverse possibili qualificazioni) dell'ente anche in Paesi (tra i quali l'Italia e la Spagna) in passato assolutamente refrattari, per lunga tradizione, a questa ipotesi¹.

Non sarebbe dunque esagerato affermare che la possibilità di assoggettare l'ente alla sanzione conseguente al reato, o ad altro illecito che da questo dipenda, rappresenta ormai un dato definitivamente acquisito all'odierna esperienza giuridico-penale (ai singoli diritti nazionali e a rilevanti espressioni sopranazionali, internazionali e globali).

Ciononostante permangono, specialmente negli ordinamenti nazionali, problemi anche rilevanti di impianto, comprensione e adattamento.

In particolare, l'evoluzione delle discipline sembra indicare, almeno quale linea di tendenza, come ancora irrisolto il problema di garantire un effettivo arricchimento della fattispecie di responsabilità. Problema, questo, che nell'accomunare le realtà del diritto penale ad ogni dimensione e latitudine geografica, richiede di essere esaminato secondo una prospettiva tendenzialmente non "localistica"; e che, apprezzato proprio in questa luce, non sembra più facilmente eludibile, perché a nessuno sfugge come solo in un'equilibrata e ragionevole imputazione del reato riposino anche le chance di realizzare, con l'ausilio dei soggetti collettivi e delle loro organizzazioni, un efficace sistema preventivo della criminalità grave, specie di quella a carattere transazionale².

Al proposito, occorre subito chiarire come l'impostazione del problema della responsabilità da reato dell'ente, e della sua disciplina, in modo da garantire la piena esplicazione del canone di personalità, vada opportunamente rapportata alle chiarificazioni sulla natura (penale o non) della disciplina di riferimento. Sotto questo punto di vista, sembra che il richiamo all'esigenza di una fattispecie di responsabilità dal contenuto pregnante si giustifichi in ragione del tono di particolare afflittività che caratterizza, in via di principio, le sanzioni applicabili.

Del resto, guardando al tema in una prospettiva che sappia cogliere (sia pure con carattere di estrema sintesi) gli indirizzi globali in materia, va osservato che la responsabilità dell'ente è chiaramente integrata nelle istanze preventive e repressive di gravi fenomeni criminosi espresse dalla Comunità internazionale, anche se la disposizione consueta negli strumenti convenzionali, secondo una prassi consolidata, lascia poi alla discrezionalità degli Stati la scelta del regime, se penale o amministrativo (o talvolta persino civile). Ciò vuol dire che, al di là delle concrete traduzioni da parte dei diritti nazionali (dal punto di vista dei regimi formalmente prescelti), s'immagina comunque la responsabilità dell'ente, in quanto discendente dalla commissione di un reato, almeno come un campo limitrofo al diritto penale in senso stretto e, in questo senso, investito di taluni scopi propri di quest'ultimo³.

Ugualmente può dirsi per l'area europea in particolare.

La tendenza a qualificare, dal punto di vista del diritto strettamente nazionale, la respon-

¹ Per il percorso compiuto in Spagna, dalla idea che «il principio *societas delinquere non potest* appartiene all'essenza della nostra cultura, con la medesima forza e stabilità della moneta nazionale» all'introduzione dell'art 31-bis nel *código penal*, si veda ZAPATERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nella penisola iberica*, in FIORELLA-STILE (eds.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Jovene, 2012, 107 ss.

² Per le più recenti analisi comparatistiche, con opportuna accentuazione della centralità di meccanismi "significativi" di imputazione, si vedano MANACORDA, CENTONZE, FORTI (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, specialmente p. 333 ss.; BRODOWSKY, ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, TIEDEMANN, VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014, 79 ss.; PIETH, IVORY, *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*, in PIETH, IVORY (ed.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011. Con particolare riferimento all'area dell'Unione Europea, FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I (*Liability "ex Crimine" of Legal Entities in Member States*) e II (*Towards a Common Model in European Union*), Jovene, 2012; VERMEULEN, DE BONDT, RYCKMAN, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Maklu, 2012.

³ Cf. MANACORDA, *Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a "Hybrid Normativity"*, in MANACORDA, CENTONZE, FORTI (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., 4 ss.

sabilità come penale o “para-penale” è ormai dominante; censimenti completi, sotto questo profilo, condotti da recenti ricerche, indicano che gli Stati ancora arroccati su una definizione puramente e semplicemente “amministrativa” rappresentano un gruppo sempre più sparuto⁴.

In ogni caso, non sembra che la disciplina della responsabilità da reato, comunque (formalmente) denominata, possa sottrarsi all’ampia definizione di “materia penale”, quale è sviluppata dalla giurisprudenza della Corte Edu⁵; da ciò derivandone che l’applicazione di sanzioni dal contenuto altamente affittivo, come sono in effetti quelle scaturenti dall’imputazione dell’illecito, non dovrebbe aver luogo a prescindere da una corona sufficiente di garanzie sostanziali e procedurali.

Una corretta definizione della responsabilità dell’ente per l’illecito che sia stato commesso nello svolgimento delle sue attività non può quindi sfuggire alla necessità di enucleare un presupposto generale di “dominabilità”, attraverso il rilievo di un autentico nesso di appartenenza del fatto all’ente. Richiedendosi, in altri termini, di valorizzare il “nesso di derivazione” dell’illecito da un comportamento riferibile al soggetto collettivo, tenendo conto in particolare della capacità di quest’ultimo di “dominare” il fatto dal punto di vista non solo oggettivo ma anche (e soprattutto) soggettivo⁶.

Il problema, a questo punto, è quello di comprendere come tale direttiva debba tradursi sul piano tecnico.

2. “Oggettivo” e “soggettivo” nella fattispecie di responsabilità da reato dell’ente. Una possibile definizione di “responsabilità oggettiva”.

In questa prospettiva, occorre – ci sembra – che vengano sviluppati due punti.

Si tratta di chiarire anzi tutto in che termini debba intendersi come propriamente e soltanto “oggettivo” un modello di responsabilità ascrivibile all’ente, nel quale dunque non risulti pienamente tradotto il canone di personalità, tenendo conto degli schemi elaborati in astratto ed anche di quelli concretamente praticati nelle principali esperienze giuridiche⁷. Solo dopo aver sviluppato tale passaggio potrà approfondirsi il contenuto da attribuire all’elemento individuato come “soggettivo”, tenendo in considerazione l’esperienza dei *compliance programs*,

⁴ È il caso della Germania e della Grecia. Per il più recente dibattito nella letteratura tedesca, si vedano, tra gli altri, KEMPF, LÜDERSSEN, VOLK (ed.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin, 2012, in particolare SACHS, *Ziele eines Unternehmensstrafrechts und die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht*, 195 e ss.; ACHENBACH, *Gedanken zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens*, 271 e ss.; BECKEMPER, *Unternehmensstrafrecht – auch in Deutschland?*, 277 e ss.

Al contrario, le discipline formalmente penali sono quelle previste dai seguenti Paesi: Regno Unito, Irlanda, Olanda (art. 51 codice penale), Belgio (si cfr. la legge del 4 maggio 1999, che ha modificato l’articolo 5 del codice penale), Lussemburgo (art. 34 codice penale), Danimarca (paragrafi 25-25 del codice penale), Finlandia (capitolo 9 del codice penale); Francia (art. 121-2 *code pénal*), Portogallo (art. 11 para. 2 e ss. codice penale), Spagna (art. 31-*bis* *codigo penal*), Slovenia (art. 42 del codice penale), Estonia (§§ 14 e 37 del codice penale), Lituania (art. 20 del codice penale), Romania (Art. 19 codice penale), Ungheria (Legge CIV del 2001 e successive modifiche), Slovacchia (artt. 83a e 83b del codice penale), Repubblica Ceca (Legge 418/2011), Malta and Cipro.

Discipline che potremmo definire “para-penali” sono quelle italiana (d. lgs. 231/2001), austriaca (*VbVG* of 2006) e polacca (secondo le modifiche introdotte dal 2003).

Su questi temi si vedano le analisi di SELVAGGI, *Ex Crimine Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, 46 e ss. e di MONGILLO, *The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and Eu Member State Law*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II. *Towards a Common Model in the European Union*, cit., 75 ss.

⁵ FIORELLA, *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 384-385; in generale sulle evoluzioni dei rapporti tra sistema Cedu e diritto interno e sugli sviluppi della nozione di *matière pénale*, VIGANÒ, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *questa Rivista*, 2, 2014, p. 167 ss.; MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 839 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, ivi, 1899 ss.

⁶ Per ulteriori sviluppi e approfondimento della ‘dominabilità’ del fatto quale presupposto della responsabilità da reato dell’ente, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5101 ss.; Id., *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 396 ss.; SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 82 ss.

⁷ Per l’analisi delle discipline europee e la loro elaborazione in chiave comparatistica, nonché di quella statunitense, si vedano i contributi in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, voll. I e II, Jovene, 2012.

con particolare riferimento alla disciplina italiana, anche sotto il profilo della loro corretta emersione e valutazione nella fase dell'accertamento.

Il primo punto dell'analisi è particolarmente rilevante perché, nell'ammettere la possibilità di una organizzazione/sistemazione degli elementi costitutivi dell'illecito ascrivibile all'ente e dipendente da reato secondo lo schema oggettivo/soggettivo, esso si traduce nella saliente chiarificazione del significato di "oggettivo" in rapporto alle caratteristiche del soggetto concepito quale centro d'imputazione (in questo caso, l'"ente").

Il che, in effetti, consentirebbe all'interprete anche di valersi di canoni metodologici come quelli impiegati per l'analisi della struttura del reato, opportunamente applicati al fine di facilitare la comprensione dell'illecito ascrivibile all'ente e la corrispondente fattispecie di responsabilità; sebbene senza realizzare trapianti di concetti elaborati su misura dell'individuo, che rischierebbero di trasformarsi in "parole vuote" e, nel contempo, di oscurare le caratteristiche del fenomeno sostanziale, tradendo così la necessaria sintonia con tali caratteristiche che, proprio nell'ottica e per la prospettiva che abbiamo assunto, il congegno di ascrizione deve invece necessariamente possedere⁸.

Si tratta dunque di comprendere, sotto questo profilo, in che termini il concetto di responsabilità oggettiva possa, nel caso del soggetto collettivo, risultare pienamente compreso.

In questa prospettiva, proficuo sembra possa essere un indirizzo che, in negativo, riconosca in taluni modelli, astrattamente elaborati ovvero concretamente praticati negli ordinamenti nazionali, *il comune mancato riconoscimento del modo in cui l'ente, rispetto al reato, si sia condotto nella sua azione e organizzazione, per meglio dire, attraverso il comportamento "aggregato" degli appartenenti alla sua organizzazione*⁹.

Può dunque ritenersi "oggettivo" ogni schema di responsabilità che finisca col soffocare le corrette iniziative "individuali" e "aggregate" di coloro che operano nell'organizzazione pluripersonale e che possano determinare o agevolare l'"agire virtuoso collettivo" per impedire il reato; e che perciò, esattamente come si osserva per le ipotesi di responsabilità penale "senza colpevolezza", risulta anche controproducente, nel senso di collidere con lo scopo proprio di ogni buono strumento normativo in materia, vale a dire quello di motivare tutti coloro che, a diverso titolo, fanno parte dell'ente nel senso di promuovere e controllare il rispetto della legalità¹⁰.

2.1. (Segue) Le ipotesi di responsabilità oggettiva: a) lo schema ispirato alla logica vicariale.

A tale logica riduttiva, nei termini appena sopra chiariti, sembra possano essere ricondotti in primo luogo quegli schemi di responsabilità che conferiscono rilievo alla semplice inerenza del reato alle attività dell'ente; nel senso che "all'attività" di quest'ultimo l'illecito è riconducibile perché è stato realizzato nel corso dell'azione organizzata, anche a prescindere da un più stretto (e sostanziale) collegamento che, talvolta richiesto dalla disciplina, può essere rappresentato mediante il riferimento all'interesse (dell'ente) in rapporto alla commissione del reato.

A tale motivo di fondo s'ispirano, in definitiva, i modelli che esprimono contenuti corrispondenti alla responsabilità del tipo di quella espressa attraverso la formula "*respondeat superior*", come quello statunitense, almeno nel suo schema essenziale (a lungo coltivato specialmente dalla prassi giudiziaria federale).

⁸ È questo in definitiva il tema di fondo che dà consistenza al lavoro di orientamento ed approfondimento dei contenuti disciplinari quale "nuova" dogmatica penale e – se così può dirsi – sforzo della "penalistica" di elaborare compiutamente la propria relazione di paternità con il diritto (almeno) punitivo degli enti collettivi (per il punto sul dibattito tedesco, sotto questo profilo forse meno "risolto" di quello italiano, SCHULZ, *Strafbarkeit der juristischen Person – Illegitimes Kind des Strafrechts? Nachlese einer Diskussion*, in KEMPF, LÜDERSSEN, VOLK (ed.), *Unternehmensstrafrecht*, cit., 403 ss.).

⁹ FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 417, ove si osserva: «*The multi-personal is 'depersonalized' with respect to the individual, but is 'personalised' for the 'aggregation' of the conduct of its representatives*», concludendo nel senso che «*The parameter for measuring 'dominability' will not be, in final analysis, the 'individual natural person' in the real situation, but the sum of all the persons in the specific organisation in the framework of an 'aggregated' activity*».

¹⁰ Così FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 421-423.

Tale modello, com'è noto, pretende che l'agente abbia commesso il fatto nell'esercizio delle sue mansioni, sempre che l'illecito sia stato realizzato con l'intento specifico, anche se non necessariamente esclusivo, di avvantaggiare il soggetto collettivo¹¹. Tuttavia, la capacità di tali criteri di stabilire un reale filtro è, in un certo senso, soltanto potenziale; essendo poi frequente nella prassi il ricorso a tale schema di responsabilità secondo una lettura sostanzialmente corrispondente alla sua originaria logica civilistica, facente leva su una sorta di rischio d'impresa¹², in modo da realizzare il fine primario e operativo di punire quegli enti che siano risultati beneficiari, specie se economicamente, di un reato ad essi "in qualche modo" collegato¹³.

In definitiva, tali schemi vedono nel reato la realizzazione del rischio connesso all'attività svolta in contesti organizzati (senza ulteriori approfondimenti e distinzioni): dal punto di vista della logica dell'imputazione, il passaggio dall'attività organizzata all'ente (inteso come soggetto responsabile¹⁴) si realizza mediante veri e propri automatismi che trasformano (cioè che al massimo può essere) il contesto dell'illecito nel suo autore¹⁵.

2.2. (Segue) b) gli schemi di immedesimazione o identificazione.

Profili diversi, ma in realtà non meno problematici, sollevano quegli schemi di responsabilità che, assieme all'interesse o al beneficio per l'ente, valorizzano essenzialmente la posizione dell'autore; schemi che sogliono essere ricondotti, a seconda dell'ordinamento che li abbia assunti quale riferimento per la responsabilità, alla teoria della identificazione o dell'immede-

¹¹ Si cfr. il primo caso registrato, *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States* [212 U.S. 481 (1909)] nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti osservò che "if, due to the application of agency principles, a corporation would have civil liability for injuries caused by its agents, the Court would be within its rights to go 'only a step further' and hold a corporation criminally liable for 'the act of the agent [done] while exercising the authority delegated to him'", inoltre, tra le altre, *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.* 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985); *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983); *United States vs. Hilton Hotels Corporations* 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1972); *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed 613 (1909). Con particolare riferimento al requisito dell'"intent to benefit", si cfr. *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961 (D.C. Cir. 1998). Per le osservazioni della letteratura, si vedano BUCY, *Why Punish?*, *Trends in Corporate Criminal Prosecutions*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1287, 1289 (2007); DE MAGLIE, *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, 4 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 547, 553-54 (2005); KIRSCHER, *Corporate Criminal Liability versus Corporate Securities Fraud Liability: Analyzing the Divergence in Standards of Culpability*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* 157.

¹² Il modello d'imputazione viene generalmente applicato in modo che la responsabilità dell'ente possa scaturire anche da quegli episodi caratterizzati da una generica riconducibilità dell'illecito alle mansioni, ai poteri dell'agente, intesa anche nei più ampi termini di una mera "congruità" del fatto con l'attività svolta dall'ente, senza ulteriori verifiche; com'è stato osservato, lo schema "respondeat superior" è ridotto assai spesso a significare soltanto che « (...) il reato è stato commesso nello svolgimento di attività in qualche modo connesse con i compiti dell'agente» (così, BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, Deerfield, 1994, 90).

¹³ Ciò, nella convinzione che un meccanismo di responsabilità su base vicariale orienti più decisamente le imprese verso forme e strutture più efficienti di prevenzione del reato: in questi termini, si cfr. *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 661 (2d Cir. 1989): *vicarious liability encourages companies to establish compliance programs*; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1006 (9th Cir. 1972): *threat of potential corporate conviction provides substantial spur to corporation to prevent employee violations*.

¹⁴ Per l'isolamento, nella prospettiva della responsabilità da reato dell'ente, delle nozioni di "soggettività giuridica" e "reatà" che ne è alla base, si veda, da ultimo, MASSI, "Veste formale" e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato, Napoli, 2012, 129 ss.

¹⁵ Nella prassi federale statunitense, la semplificazione cui conduce l'applicazione dello schema di responsabilità, non consentendo di risalire secondo ragionevolezza dal singolo agente (dal fatto individuale) alla società (al fatto dell'ente) – insomma: dalla "mela marcia all'albero cattivo" (*from bad apple to bad tree*) – espone inevitabilmente il "respondeat superior" a critiche e ripensamenti talvolta radicali: si osserva così, specie nella letteratura, come tale modello di ascrizione della responsabilità sia "iperinclusivo" (*overinclusive*) perché non distingue tra l'ipotesi in cui il reato discenda da un difetto di organizzazione o sia addirittura espressione della politica d'impresa e l'ipotesi della "pecora nera" che opera in spregio alle indicazioni ed eventualmente eludendo i presidi preventivi stabiliti dalla società; e nel contempo "ipoinclusiva" (*underinclusive*) trattandosi di un meccanismo che non potrebbe operare se non viene identificato il singolo agente colpevole, neanche nel caso in cui risulti che l'ente abbia incoraggiato, dato istruzioni ovvero consentito l'altrui attività criminosa ovvero se l'agente non risulti colpevole nel senso richiesto dal diritto penale.

Si osserva così che se lo schema "respondeat superior" impone che l'agente abbia commesso un reato, ne segue che "the corporation could not be convicted if the agent committed the actus reus lacked the requisite intent", JOHN C. COFFEE JR., *Corporate Criminal Responsibility*, in *Encyclopedia of Crime and Justice* (Kadish ed.), I, New York, 1983, 253-255; si cfr. pure PATRICIA S. ABRIL-ANN MORALES OLAZÁBAL, *The Locus of Corporate Science*, 2006 *Colum. Bus. L. Rev.*, 113-114 (2006); JENNIFER MOORE, *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, 34 *Ariz. L. Rev.*, 743-762 (1992). Per una serrata critica al modello "respondeat superior" in rapporto alle teorie sugli scopi della pena, si cfr. BRENT FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanction*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1141, 1147-65 (1982); una verifica critica degli esiti (giudicati) eccessivamente estensivi dello schema vicariale si trova, più di recente, in ABIKOFF, *Corporate Governance. Avoiding and Responding to Misconduct*, Law Journal Press, 2008, § 15-1 ss il quale rileva come la dottrina "respondeat superior" finisca in effetti per realizzare un vero e proprio divorzio dai principi fondamentali in materia di responsabilità penale, con precisa enucleazione dei punti di maggiore espressione di tali deviazioni.

simazione organica¹⁶.

Al proposito, peraltro, occorre osservare come i due schemi di responsabilità, nonostante vengano comunemente assimilati, debbano invece essere differenziati, in ragione di taluni tratti distintivi.

La teoria dell'immedesimazione organica, infatti, guarda alla posizione di "organo"; si che, in linea di principio, l'illecito si riconduce all'ente senza necessità di una verifica che guardi alla effettiva immedesimazione del soggetto collettivo nell'esponente, in rapporto alla situazione concreta. Diversamente sembra, invece, doversi dire per la *identification theory*: per come ha trovato applicazione, in Inghilterra e in altri contesti, essa deve intendersi come identificazione effettiva e specifica, e non puramente ipotetica come potrebbe essere, in effetti, quella tratta dalla posizione funzionale in sé e per sé considerata.

Ciò premesso, per venire alla prospettiva che si sta esaminando, il problema sta anzi tutto nel comprendere se l'imputazione dello stato psicologico dell'individuo che opera nell'organizzazione in una posizione significativa, in particolare apicale, senza ulteriori raccordi con il significato (a questi fini) esprimibile dai "momenti" e dai "settori" dell'organizzazione nonché dall'organizzazione colta nel suo complesso e senza dunque ulteriori affinamenti, sia sufficiente a comporre un elemento soggettivo proprio dell'illecito ascrivibile all'ente; è sufficiente, in altri termini, ridurre l'ente alla singola persona fisica, pur in posizione qualificata, mediante la sua identificazione con l'autore del reato? O non si rischia così di dimenticare la natura complessa dell'ente stesso, che è per l'appunto "pluripersonale", e della sua organizzazione?

In effetti, a mettere in crisi tali costruzioni, proprio sotto il profilo essenziale appena sopra segnalato, sono anzi tutto le odierne realtà degli enti, le quali mostrano modelli di *management* non più verticistici, o comunque di tipo burocratico e formale secondo la tradizionale idea weberiana, ma piuttosto estensioni orizzontali con «conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell'ente»¹⁷. Il che, come dimostra ad esempio l'esperienza anglosassone, rende difficile individuare il soggetto o la cerchia definita di soggetti in relazione ai quali si avverrebbe la concreta "identificazione" dell'ente, se non correndo talvolta il rischio di attribuire irragionevolmente la responsabilità solo sulla base di un rivestimento formale e, dunque, per il reato di soggetti che, pur essendo apicali, non risultino in realtà «rappresentativi» "in concreto" dell'ente nel suo complesso¹⁸.

Gli schemi della immedesimazione organica e della identificazione, per altro verso, non sembrano, in sé e per sé considerati, neanche pienamente attrezzati a valorizzare quegli elementi ulteriori all'esercizio del potere "significativo", unito al corrispondente profilo psicologico, che possano segnalare una vera e propria dissociazione tra la volontà del singolo, benché si tratti di vertice (e quindi per la generalità delle attività sociali da considerarsi come il cervello dell'ente), e l'atteggiamento complessivo dell'ente medesimo; come può accadere nel caso in cui il soggetto in posizione apicale, per commettere il reato, abbia dovuto eludere fraudolentemente tutte le misure organizzative predisposte dalla compagine organizzata al fine di prevenire fenomeni delittuosi.

Nel riflettere un'idea del fenomeno organizzato non più (sempre) corrispondente ai modi odierni e concreti di decidere e agire "collettivamente", gli schemi dell'immedesimazione organica e della identificazione, pur cogliendo un aspetto saliente ed irrinunciabile, finiscono dunque – ci sembra – con il fissare l'imputazione su basi almeno parziali, tagliando invece

¹⁶ Per l'analisi di tale modello di responsabilità, BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, t. II, Giuffrè, 1997, 2980 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, 148 ss.; WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, 84 e ss.; COFFEE, *Corporate Criminal Responsibility*, in KADISH (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, I, New York, 1983, 259; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, 1992, 217-218.

¹⁷ Cfr. in tal senso la relazione al d. lgs., 231/01 (n. 3.4). Al proposito, taluni Autori rilevano ad esempio come il concetto di politica d'impresa richiami un'idea assai lontana dai dati reali che caratterizzano l'azione economica organizzata, che si costruirebbe per – se così può dirsi – "giustapposizione" di centri che operano talvolta anche con grande autonomia, e con esiti che talvolta non riproducono criteri di assoluta razionalità: si veda, per questa prospettiva, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, 220-221: «Quel misto d'impostazione organizzativa, prassi, qualità del personale, obiettivi strategici, comportamenti tattici, mimesi comportamentale (e altro) che si tenta di accorpate nel concetto di politica d'impresa può mutare rapidamente con la sostituzione dei vertici (...). Sono concetti che tradiscono l'attaccamento, magari inconsapevole, a una visione antropomorfa dell'ente, mentre nella realtà, per esempio, la cultura d'impresa, se esiste, è frammentata, discontinua, composta da sottoinsiemi di regole e modelli di comportamento»; e nell'analisi generale delle organizzazioni aziendali, di recente, nei medesimi termini, F. DUPUY, *Lost in Management. La vita quotidiana delle imprese nel XXI secolo*, Milano-Marco Tropea, 2011, 53 ss.; 119 ss.

¹⁸ Cfr. la cit. relazione al d. lgs., 231/01, loc. cit.

fuori elementi che, come si vedrà, risultano essenziali per muovere un fondato rimprovero a carico dell'ente.

2.3.

(Segue) La dipendenza (causale) del reato dall'omessa sorveglianza da parte del "vertice" dell'ente.

In termini ugualmente "oggettivi" sembra possa esser considerato anche l'ulteriore modello di responsabilità frequentemente contemplato dagli strumenti internazionali e, in particolare, dagli atti dell'Unione Europea.

In recenti direttive, come in altre del passato, si collega la responsabilità dell'ente non solo alla circostanza che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione di vertice, ma anche là dove esso sia commesso da altre posizioni soggettive, vale a dire da altri esponenti che agiscano per conto del soggetto collettivo, indicando in tal caso come ulteriore presupposto della responsabilità la necessità che il reato sia dipeso dall'inosservanza degli obblighi di sorveglianza interni all'ente aventi ad oggetto gli esponenti medesimi.

Per quanto non si limiti a collegare la responsabilità dell'ente alla mera posizione dell'autore dell'illecito, ma faccia riferimento, quanto al reato commesso dall'esponente-subordinato, anche al nesso causale che corre tra il reato e la mancata sorveglianza su di quest'ultimo, tale legislazione non va oltre lo schema di un tipo di responsabilità che è specifico, semmai, della disciplina civilistica.

La "dipendenza-causale-dall'omessa-sorveglianza" – va da sé – è un dato puramente "oggettivo". Anzi il riferimento alla dipendenza del reato dall'omessa vigilanza rischia di risolversi nell'enfasi posta sulla posizione di vertice dell'autore del reato che risulta venire in rilievo o sotto il profilo della *diretta commissione* del reato o sotto quello della *mancata sorveglianza* sul subordinato; con relativo accreditamento del criterio di imputazione consistente nella mera immedesimazione o identificazione dell'ente nel suo vertice colpevole.

In questi termini il *quid pluris* che caratterizza la responsabilità penale o para-penale dell'ente, per l'illecito da reato, non viene quindi ancora considerato; cioè non viene ancora accertata la rimproverabilità dell'atteggiamento soggettivo proprio dell'ente in quanto tale; vale a dire quel presupposto che nel diritto penale tradizionale corrisponde all'elemento psicologico (o morale) del reato, in quanto ascritto alla persona fisica¹⁹.

3.

Compliance programs e principio di personalità nell'ordinamento italiano (la lacuna, il nesso di causalità, la "colpa" di organizzazione).

Rispetto ai modelli sopra considerati, diverse e certamente più feconde prospettive apre il ricorso ai *compliance programs*.

Un buon punto di osservazione ci sembra possa essere rappresentato dalla disciplina italiana, per come essa è stata congegnata, sotto il profilo della sua logica complessiva (non è un caso – si ricorderà – che in un lavoro, sebbene ormai non più recente, mirante a riconsiderare complessivamente le tecniche di imputazione del reato d'impresa, l'ampio paragrafo riguardante il d. lgs. 231/2001 sia intitolato «*Lessons from Italy*»²⁰ e per come essa sia andata realizzandosi nella pratica, alla luce ormai di un'esperienza più che decennale, tra timidezze e graduali evoluzioni.

In effetti, può dirsi che, in Italia, ci muoviamo spediti verso una sempre più ampia e diffusa

¹⁹ Per questa conclusione, sia consentito rinviare a FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 427-428 e SELVAGGI, *Ex Crimine Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, cit., 54-55.

²⁰ GOBERT-PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003, 108 ss.; per un'analisi delle evoluzioni della legislazione spagnola con ampi raffronti con la disciplina italiana, NIETO MARTIN, *El art. 31 bis del código penal y las reformas sin estreno*, in *Diario de la ley*, 2014, 9 ss.

applicazione della disciplina dettata dal decreto 231/2001²¹.

In questo contesto, è forte e ormai in via di radicamento la convinzione che si tratti di disciplina penale o almeno para-penale, con conseguente doveroso rispetto dei principi penalistici di rilievo anche costituzionale, a partire da quello di personalità²²; secondo quanto accennato in precedenza, infatti, anche considerando – come a ben vedere sembrerebbe più conforme al diritto positivo – la responsabilità dell'ente da reato come una sorta di *tertium genus*²³, le garanzie tipiche del diritto penale non verrebbero comunque meno, dovendo anzi supportare l'applicazione della disciplina sotto ogni profilo²⁴.

Quanto in specie al principio di personalità, il suo rispetto viene dunque collegato alla logica dei *compliance programs*, i quali dovrebbero, appunto, consentire all'ente di dimostrare la propria innocenza dal punto di vista oggettivo e soggettivo²⁵.

Il rilievo conferito dal d.lgs. 231/2001 alla mancata adozione ed efficace attuazione dei programmi di conformità permetterebbe infatti di rilevare il significato dell'esercizio generale del potere di organizzazione in rapporto al reato, sia dal punto di vista del difetto (oggettivo) di organizzazione, e quindi dal punto di vista del comportamento dell'ente, sia da quello dell'atteggiamento complessivo di quest'ultimo, in un'ottica propriamente soggettivizzante, alla quale non è improprio riportare anche un concetto di "volontà", sia pure adattato alle caratteristiche e peculiarità dell'ente²⁶.

Attorno ai *compliance programs* ruota la logica della disciplina sulla responsabilità dettata dal d.lgs. 231/2001 e, in definitiva, al riconoscimento della loro vitale funzione si collegano direttamente le chance di un reale consolidamento di tale sistema normativo, anche nei suoi

²¹ Per un bilancio dei principali problemi applicativi e delle esigenze di riforma, si vedano i contributi in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Jovene, 2013; VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, in *Il libro dell'anno del diritto 2012*, www.treccani.it.

²² DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 261 ss.; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 420 ss.; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene, 2006, 51 ss.

²³ In questi termini, Cass. pen., ss. uu., 18 settembre 2014, n. 38343, con richiamo, in senso adesivo, alle osservazioni contenute nella relazione di accompagnamento al decreto, secondo la quale il sistema coniugherebbe i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia; inoltre si cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 1876 (con nota di AGNESE); detta pronuncia è anche richiamata da Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, in *Cass. pen.*, 2011, 2545 (con nota di VARRASO), sebbene si puntualizzi che la decisione sul profilo sollevato (ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento a carico dell'ente) non dipenda dalla soluzione del problema circa la natura della responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001.

²⁴ Ciò – va da sé – a partire dal rispetto del principio di legalità che tuttavia in questa materia in particolare sembra subire talune possibili compressioni; si pensi, ad esempio, a quanto avviene, soprattutto al livello delle giurisdizioni di merito, in specie dopo l'introduzione del reato associativo quale illecito presupposto, sia nel senso di un'impropria valorizzazione dei reati-scopo che tuttavia non rientrano nel catalogo dei reati da cui possa dipendere il fatto ascrivibile all'ente, sia nel senso del tentativo di applicare la confisca e ancor prima la cautela a questa preordinata con riferimento a fatti commessi anteriormente alla loro rilevanza dal punto di vista della responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001 (su queste tendenze, si veda però la ferma posizione di Cass. pen., sez. VI, sent. 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 2658, Pres. Agrò, Rel. De Amicis, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 febbraio 2014, con nota di L. CARBONI, *Caso Ilva: la Corte di cassazione annulla il provvedimento che aveva esteso il sequestro per equivalente alle società controllate*).

Con riferimento ai criteri di imputazione, si cfr. una recente decisione resa dalla Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 3075) in forza della quale la formulazione dell'art. 25-ter, la quale com'è noto fa riferimento al solo interesse, sebbene «(...) potrebbe rivelare l'apparente intenzione legislativa di ridimensionare l'area di responsabilità dei soggetti collettivi in relazione ai reati societari», in realtà «ad una analisi più attenta non tarda a smentire ogni effettiva volontà di ripensamento strutturale dell'illecito nel caso questo consegua alla consumazione di un reato societario», in quanto sembra valere «da indizio sistematico, in uno con la previsione del secondo comma dell'art. 5, alla comprensione dei due termini (interesse e vantaggio) come concettualmente autonomi e non di meno equivalenti espressivi di una funzionalità del comportamento criminoso individuale rispetto all'ottenimento di un risultato che avvantaggi l'attività sociale, nella quale, del resto, si trova racchiusa l'unica prospettiva di "interesse" concepibile in capo ad un soggetto giuridicamente organizzato». In effetti, la motivazione sembrerebbe supportare un'interpretazione in un senso che finisce con il superare il pur chiaro dato testuale, sebbene, per altro verso, il ragionamento del giudice di legittimità sembra risolversi nella valorizzazione di un dato unitario, rappresentato dalla funzionalità del comportamento criminoso. Nel pieno rispetto del principio di legalità ha deciso Cass. pen., sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476, in *Cass. pen.*, 2012, 433 ss., in relazione alla pretesa sussistenza della responsabilità dell'ente in relazione alla fattispecie di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione.

²⁵ Senza pretese di completezza, VILLANI, *La "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*, Roma, 2013, 200 ss.; FIORELLA, *Oggettivo e soggettivo nella definizione dell'efficacia dei c.d. modelli organizzativi. Problemi e linee di sviluppo della ricerca*, in FIORELLA-STILE (eds.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, cit., 53 ss.; SELVAGGI, *Compliance Programmes and "Organisational Fault" in Italian Legislation*, in *Eucrim*, 2012/3, 127 ss.; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, 2011, 2056 ss.; PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 173 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2008, 164 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 415.

²⁶ FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5103.

scopi strettamente preventivi dei gravi reati che possono essere commessi nell'ambito delle organizzazioni pluripersonali²⁷.

Peraltro, se è rispetto ad un "complesso di cautele" che deve guardarsi per accertare se sussista o meno la responsabilità dell'ente, in particolare la sua colpa organizzativa, occorre allora intendersi sul preciso significato che può assumere la carenza organizzativa; o, se si vuole, sul significato che debbono assumere i modelli di prevenzione dal punto di vista del sistema delle cause di esclusione della responsabilità: se rappresentino cause di non punibilità e, eventualmente, di quale tipo; se rappresentino un modo di concepire una causa di esclusione della "colpa di organizzazione"; se debbano operare sul piano dell'elemento oggettivo ovvero soggettivo.

Si tratta, con ogni evidenza, di un punto saliente per comprendere la logica complessiva del sistema di responsabilità e la struttura del meccanismo d'imputazione.

Infatti, rispetto ad altri elementi che possono, per dir così, far risaltare l'inerenza dell'illecito all'ente, in rapporto all'oggetto delle sue attività, agli interessi perseguiti e per i poteri "messi in capo" da taluni soggetti nella commissione del reato²⁸, il riferimento ai modi in cui è stato esercitato il potere generale di organizzazione introduce un importante arricchimento. Arricchimento che va naturalmente approfondito con riguardo a tutte le possibili angolature del rapporto tra il fatto illecito e l'ente che il richiamo all'organizzazione è in grado di illustrare.

In questo senso, massima attenzione deve essere riservata alla circostanza che la mancata adozione di un modello preventivo, o comunque il mancato intervento sull'organizzazione e sull'azione organizzata in funzione di prevenzione, possono essere anzi tutto valutati come inosservanza di un dovere di cautela posto dall'ordinamento, che sia causalmente collegabile al reato e, quindi, in termini puramente e semplicemente oggettivi²⁹.

È, infatti, del tutto naturale che l'ente, per il fatto stesso di esistere e di agire, come qualsiasi attività umana, crei opportunità ma anche rischi per la collettività. Uno di essi è che taluno approfitti dell'attività dell'ente per commettere fatti di reato o comunque vi colleghi una condotta criminosa, anche al fine di perseguire gli interessi sociali.

Ora, esattamente come avviene per il caso delle attività le cui eventuali conseguenze possono ricadere nella sfera di responsabilità dell'individuo, così anche per il soggetto collettivo l'ordinamento, con il ricorso ai "modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi", definisce l'ambito entro il quale il reato rappresenta un rischio che non può essere ascritto all'ente, ancorché i fatti siano commessi nel suo interesse da un proprio esponente.

La disciplina sulla responsabilità da reato delinea qui un'area che potremmo definire di "rischio permesso"; sicché, nonostante il fatto di reato, la dimostrazione che l'ente si sia organizzato al meglio per prevenire reati della stessa specie escluderebbe la responsabilità "collettiva". Per connotare questo passaggio della disciplina in termini ancor più schiettamente dogmatici, si potrebbe fare riferimento al difetto del "rischio tipico" su cui s'innesta l'illecito oggettivo ovvero all'esercizio di una facoltà legittima; o, se si vuole, all'esercizio di un'attività secondo modalità penalmente non illegittime. Quel che importa è che si sia d'accordo che solo in caso di superamento dell'area del rischio permesso rilevi il nesso di derivazione causale del reato dalla condotta organizzativa dell'ente; perché, come detto, la lacuna rilevante sembra soltanto quella che si concreti in un rischio non-permesso³⁰.

In questi termini, però, è chiaro che la carenza organizzativa, in ultima analisi, risalta ancora oggettivamente; così concepita, essa non può in alcun modo sostenere ragionevolmente la formulazione di un rimprovero (in senso stretto e tecnico).

D'altro canto, un sistema che, muovendo dallo scopo della legge di "orientare" virtuosamente l'organizzazione complessa e pluripersonale, imponga di tenere nella massima considerazione le interazioni che possono intrecciarsi all'interno dell'organizzazione medesima, tra

²⁷ SEVERINO, *Guest Editorial*, in *Eu crim*, 2012/3, 89; FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 47 ss.; ai *compliance programs*, non va dimenticato, il decreto 231/2001 ricollega non soltanto il possibile esonero dalla responsabilità, ma anche, ove adottati *post-factum*, un significativo alleggerimento della risposta sanzionatoria.

²⁸ Per l'analisi dei quali può vedersi SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, passim; con particolare riguardo al tema dei soggetti in posizione significativa, si cfr. inoltre VALENZANO, "Triggering Persons" in "Ex Crimine" *Liability of Legal Entities*, in BRODOWSKY, ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, TIEDEMANN, VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, cit., 95 ss.

²⁹ In questo senso, dunque, riproponendosi alcuni temi che caratterizzano da sempre la dogmatica della colpa per inosservanza: sul punto FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1988, 1310.

³⁰ FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5104.

coloro che vi operano, e dunque il comportamento “aggregato” dell’ente, indubbiamente fa emergere un ulteriore ed importantissimo profilo, che è quello della possibile divergenza tra l’atteggiamento complessivo dell’ente e la volontà manifestata dall’autore del reato.

Alla gestione o ad altra attività, che può cagionare il reato, si può invero contrapporre il controllo, gerarchico e istituzionale, posto in essere *ex ante* dal soggetto collettivo, cioè prima della commissione del reato. Potrà infatti risultare che i controlli siano correttamente ed efficacemente previsti, tali da poter scattare al momento opportuno per impedire un reato. Ove funzionassero tali controlli, fossero cioè pronti ed efficaci per la prevenzione del reato, l’ente dimostrerebbe una “volontà” di far bene, autonoma e distinta da chi, nonostante i controlli, commettesse il reato.

Ora, guardando alle varie discipline e ai modelli astratti elaborati dalla scienza giuridica, anche in quei casi in cui sono profusi i maggiori sforzi di personalizzazione del giudizio di responsabilità, non è sempre esattamente ed efficacemente evidenziato, nella struttura dell’illecito e nella dinamica della sua corrispondente imputazione, il punto in cui dovrebbe emergere la possibile dissociazione tra la volontà dell’autore del reato e la “volontà” (o atteggiamento complessivo) dell’ente.

Mentre, in questo senso, è assai interessante proprio l’esempio offerto dalla legislazione italiana (d. lgs. 231/2001), nella parte in cui pretende, per l’ipotesi del reato commesso da un soggetto in posizione di vertice, oltre al nesso di derivazione dalla carenza, che il reato sia stato commesso senza eludere fraudolentemente le cautele preventive poste in essere dal soggetto collettivo³¹.

L’importanza di tale previsione sta in ciò, che essa contempla la possibilità che l’ente si dia un’apparente o comunque (puramente) astratta organizzazione virtuosa (con una sorta di pura e semplice “cosmesi organizzativa”), mentre il reato in concreto venga commesso con l’autorizzazione, il consenso o il beneplacito di organismi essenziali: la non necessità di un “sotterfugio” segnalerebbe, sotto questo profilo, almeno un atteggiamento complessivo non contrario al reato. Viceversa, la commissione del reato in modo fraudolento, almeno rispetto ai contenuti dell’organizzazione fissata in chiave preventiva, indicherebbe un elemento di distacco tra la volontà individuale e “quella” dell’ente. È proprio questa dissociazione a determinare l’esonero dalla responsabilità per difetto di colpevolezza dalla parte dell’ente³².

Il criterio d’imputazione della (non) elusione fraudolenta del modello rappresenta dunque – se così può dirsi – il punto di raccolta dei temi conclusivi che supportano l’ascrizione della responsabilità da reato.

Tra l’altro, attraverso il riferimento al “reato in concreto”, esso consente di evitare che la ricostruzione dei profili costitutivi del difetto di organizzazione, in quanto preordinati a rilevare aspetti che riguardano la progettazione preventiva di «reati della stessa specie di quello verificatosi» e quindi inevitabilmente assorbendo anche momenti riconducibili al modello del “pre-comportamento”, finisca con il tradursi nella stigmatizzazione di una condotta di vita o di un modo di essere dell’ente medesimo, senza poter supportare così un giudizio di colpevolezza per il singolo fatto³³.

³¹ Su tale previsione si vedano le analisi di TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Cedam, 2013, in particolare 37 ss.; 51 ss. In giurisprudenza, si cfr. quanto deciso da Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. Impregilo SpA, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2014, con nota di [SANTANGELO, Prevenzione del rischio di commissione di aggravi ed “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. n. 231/01: un’interessante pronuncia della Corte di Cassazione.](#)

³² FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5103.

³³ Si tratta di un punto, con ogni evidenza, di particolare importanza. Specialmente nella letteratura straniera sono stati elaborati “modelli” che estraggono l’*ubi consistam* della colpevolezza dell’ente dal suo atteggiamento complessivo, “per come sia maturato” alla luce di scopi più generali, per la politica perseguita, in particolare quella produttiva o economica, per la “cultura” imposta all’interno, sotto il profilo del rispetto o meno della legalità, ovvero per l’organizzazione in sé presa, da valutare in rapporto all’efficienza nella prevenzione del reato, o infine per il modo in cui l’ente abbia reagito al prospettarsi di un *iter* criminoso, orientando, virtuosamente o meno, il proprio atteggiamento, per decidere se tale reazione faccia registrare o meno la volontà di conformarsi alla legge. Come normalmente intese, queste concezioni della colpevolezza rischiano in effetti di segnalare il solo “modo di essere” dell’ente se non addirittura la sua generica “pericolosità criminale”; sicché l’evento-reato finisce col configurarsi quale mero accadimento “esterno” al disvalore dell’illecito dell’ente, che in realtà potrebbe apparire punito per comportamenti del passato più o meno remoto, comunque non necessariamente indicativi di una relazione effettiva con l’evento-reato medesimo. Per questi rilievi, si vedano FIORELLA, *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 421-423; VILLANI, *La “colpa di organizzazione” nell’illecito da reato dell’ente. Un’indagine di diritto comparato*, cit., 82 ss.

4.

La realtà del sistema italiano, nella prassi giurisprudenziale e (all'interno degli enti) nei "laboratori" della prevenzione.

A fronte di una fattispecie di responsabilità dalla struttura così "diramata", riflesso di un logica organizzata proprio sul rispetto compiuto del principio di personalità, la realtà applicativa segnala ancora l'esigenza di promuovere una più adeguata conoscenza della disciplina medesima e dei suoi aspetti più vitali ed importanti.

Osservando taluni atteggiamenti della pratica ci si chiede, in particolare, se davvero le condanne vengano pronunciate a fronte di un reale coinvolgimento dell'ente, almeno in vista delle sue lacune organizzative; in altri termini, se l'accertamento processuale sia adeguato.

L'esperienza, naturalmente, ha mostrato come, per l'iniziale scetticismo in ordine alla effettiva e corretta applicazione del decreto, molti enti non abbiano provveduto a realizzare "veri" modelli di prevenzione del reato; limitandosi ad operazioni di mera "forma" organizzativa – di puro e semplice "window-dressing" – con sostanziale fallimento proprio dello scopo della legge, che è quello di incentivare i comportamenti virtuosi in specie delle imprese.

In altre situazioni, invece, è emersa una scarsa considerazione delle istanze difensive con l'effetto di provvedimenti non propriamente giustificati; insomma, una semplificazione dell'accertamento che, per diverse ragioni, finisce con l'emarginare proprio il rilievo dei modelli organizzativi, risultando nella pratica applicato "di fatto" il mero criterio della "immedesimazione organica"; come dire: l'ente risponde perché il suo esponente è colpevole³⁴.

In effetti, difendere il soggetto collettivo dall'accusa di aver commesso un *illecito da reato* comporta evidenti difficoltà aggiuntive rispetto alla difesa della persona fisica nel processo penale. Da questa angolazione l'ente, anche se – e là dove – mosso da intenti virtuosi, può essere scoraggiato, avvertendo l'inutilità dei suoi sforzi per adeguarsi al decreto del 2001; con conseguente impegno meno deciso nella edificazione di modelli organizzativi. L'ente rischia cioè di essere disincentivato dalla convinzione che, pur impegnandosi, finisca, sul piano giudiziario, con il non ottenere un riconoscimento della buona volontà di separare i propri destini da chi voglia delinquere. Si manifesta così il pericolo che ciò che era stato originariamente concepito dal legislatore come un pungolo al rispetto della legalità possa diventare, come una vera e propria eterogenesi dei fini, il suo "contrario". Anche per questa ragione, una volta iniziato il procedimento penale, in taluni casi gli enti hanno preferito non rischiare la difesa in giudizio, preferendo piuttosto la via del patteggiamento.

Nel "laboratorio" della prevenzione, vale a dire nel contesto delle scelte che il soggetto collettivo è chiamato ad adottare al fine di indirizzare gli sforzi di prevenzione, ci si chiede dunque come possa costruirsi un *modello preventivo efficace*, nella ragionevole aspettativa che il pubblico ministero e il giudice lo riconoscano come tale³⁵.

Nessuno può ignorare che il decreto 231/2001 fornisca parametri di riferimento ancora decisamente vaghi³⁶; distingue tra posizioni apicali (art. 6) e non-apicali (art. 7), rapportando il reato commesso da questi ultimi a parametri ancor più elastici di valutazione dell'adeguatezza dei modelli preventivi. Altre disposizioni di legge prevedono normative *più circoscritte* (come quelle in materia di infortuni sul lavoro e di riciclaggio), trattandosi di stabilire se e in

³⁴ Sul punto si cfr. anche ALESSANDRI, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, 239: «Si ha cioè la netta impressione che il complesso meccanismo elaborato nell'art. 6 abbia generato nella prassi una riedizione del criterio di identificazione (...). Le preoccupazioni di arricchire la disciplina di elementi (genericamente) riferibili alla nozione di colpevolezza si sono sostanzialmente infrante sia per la macchinosità dell'eventuale prova liberatoria, sia per la formidabile attrazione esercitata dalla condotta dell'amministratore rispetto alla responsabilità dell'ente».

³⁵ Al proposito si è osservato: «(...) ciò che "spaventa" le imprese è l'ampia discrezionalità riconosciuta in questo campo all'accertamento giurisdizionale, conseguente alla mancanza di una normativa che descriva nel dettaglio il contenuto dei modelli», FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 174, il quale nota correttamente come il punto "critico" della disciplina, anche in ragione dell'ancora timida esperienza relativa all'approvazione dei codici di comportamento da parte degli uffici del Ministero della Giustizia, sia rappresentato dal difficile equilibrio tra gli spazi di discrezionalità connaturati al giudizio di valutazione sull'idoneità dei modelli, rimesso al giudice penale, e l'interesse delle imprese a poter programmare scelte e attività in un contesto che non sia caratterizzato da incertezze «A chi, nelle aule di giustizia, sperimenta giornalmente la mobilità dei confini della discrezionalità penale queste preoccupazioni possono apparire eccessive, ma il problema esiste e non merita di essere sottovalutato».

³⁶ Si cfr., PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 375 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, 69 ss.

qual misura si configuri o meno una continuità logico-giuridica tra il dettato del decreto del 2001 e la legislazione ad esso complementare. L'introduzione di alcuni reati-presupposto, infine, solleva ulteriori profili problematici, già quanto al contenuto della prevenzione che l'ente dovrebbe assumere, come nel caso del reato associativo (che si configuri anche in relazione a reati i quali non rientrino nel catalogo degli illeciti presupposto)³⁷; o, per altro verso, nell'ipotesi in cui si tratti, ad esempio, di ascrivere all'ente la responsabilità in rapporto ad un reato in concorso, ove il soggetto in posizione significativa abbia tenuto un contributo atipico, magari (puramente) morale.

Emergono, di conseguenza, sollecitazioni anche in prospettiva di riforma (in particolare: se sia sufficiente attendere la naturale maturazione della dottrina e soprattutto della "giurisprudenza" che chiarisca come possano quei parametri efficacemente osservarsi; ovvero se sia invece necessario dettagliare i parametri, associando a tale intervento anche procedure di validazione o certificazioni preventive dei modelli), sulle quali occorrerà tornare in seguito, anche per dar conto dei risultati di una recente ricerca europea.

Per l'istante, allo stato dell'ordinamento positivo può essere utile fissare le seguenti precisazioni.

In primo luogo, va chiarito che, dal punto di vista del giudizio sulla sua idoneità preventiva, il "modello" non andrebbe concepito "in astratto" (come se fosse una semplice dimostrazione di buona volontà), ma "in concreto"; e dovrebbe esser dunque ricostruito e valutato in tutta la sua articolazione, in rapporto alla concreta e specifica realtà organizzativa e funzionale, al di là di astratti formalismi³⁸; a rigore anche prescindendo dall'eventuale fissazione dei presidi e delle altre regole comportamentali in un documento scritto.

Portando a naturale compimento questo principio, sembra dunque corretto distinguere a seconda che il modello lo si intenda come "progetto" ovvero come "attuazione" di esso. Con la conseguenza che il modello dovrebbe propriamente comporsi di un documento contenente *le linee-guida dell'organizzazione preventiva*; dovendo poi specificarsi rispetto alle singole attività dell'ente quali si propongano nel divenire (inesorabilmente multiforme) delle azioni collettive e organizzate.

Si tratta, in questo secondo caso, della prospettiva "dinamica" dei modelli. Si pensi alla corruzione propria passiva: solo i rischi e i presidi principali possono essere indicati nel progetto, per evitare che l'esponente si faccia corrompere; ma le specifiche attività concrete che possono integrare gli atti contrari ai doveri d'ufficio sono potenzialmente infinite e si profilano in ordine all'evolversi delle diverse iniziative dell'ente. È allora in rapporto all'attualizzarsi di queste ultime che il modello come progetto deve e può specificarsi sul piano di una adeguata "attuazione".

Per ciò stesso al documento centrale rappresentativo del "Progetto" si aggiungeranno gli altri documenti che conterranno le specifiche procedure preventive.

Potrebbe darsi che tali procedure non diano particolare evidenza con formule sacramentali al loro collegamento con il "progetto di modello"; in realtà, al di là dei rinvii da documento a documento, da procedura a procedura, è all'insieme di queste ultime, cioè delle procedure concretamente attivate, che occorre far riferimento per stabilire la reale *efficacia preventiva* dell'organizzazione complessiva di un ente evitando di rimanere impigliati nella suggestione che il modello si risolva in "forme" e "formule" di rito.

4.1.

(Segue) L'onere della prova dell'idoneità dei modelli preventivi e la prospettiva della certificazione dei modelli.

Non va naturalmente sottaciuto che un elemento di particolare difficoltà, nell'ottica

³⁷ CARMONA, *Le ricadute dell'ampliamento dei reati-presupposto sul modello di organizzazione*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 209 ss.

³⁸ Si cfr., ad esempio, Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 317; Gip Bari, 18 aprile 2005, in www.rivista231.it; Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Le società*, 4/2010, 473 ss. (con nota di PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, 476 ss.); Corte d'Appello Milano, 21.03.2012, n. 1824 (sent.), Pres. ed est. Paparella, Imp. Impregilo Spa, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 luglio 2012, con nota di SANTANGELO, *La Corte d'Appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. n. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*.

dell'auspicato compimento del principio di personalità, va collegato ad un profilo specifico della disciplina, rappresentato dalla distribuzione *dell'onere della prova*.

Stando al tenore letterale della disposizione, sembrerebbe che il regime previsto dall'art. 6 del decreto legislativo 231/01, nonostante le obiezioni contrarie, costituisca proprio un'inversione dell'onere, con profili di illegittimità costituzionale. Ove si riconoscesse – come sembra si debba – la natura sostanzialmente “penale” (meglio, para-penale) della responsabilità dell'ente da reato, non dovrebbe non ammettersi al contempo l'operatività della presunzione costituzionale di non colpevolezza (art. 27 co. 1 Cost.) e quindi della regola secondo cui nel dubbio l'imputato (persona fisica o ente) va assolto. D'altra parte l'inversione dell'onere della prova è prevista attualmente rispetto al solo caso regolato dall'art. 6, cioè solo in rapporto al reato commesso dal soggetto in posizione apicale, mentre non opera per il reato del sottoposto (art. 7 del decreto 231/01). Anche questa diversità di disciplina positiva dimostra in qualche modo come l'inversione dell'onere della prova costituisca comunque un'anomalia di sistema. Anomalia, in effetti, avvertita pure dalla giurisprudenza di legittimità più sensibile che tende ad interpretare l'art. 6 del decreto nel senso che non vi sarebbe in realtà una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto graverebbe sull'accusa «l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 e la carente regolamentazione interna dell'ente»³⁹. Questa lettura ha indotto alcuni commentatori a sostenere l'idea di un semplice onere di allegazione: «l'ente si limita a sottoporre il *compliance* alla valutazione del giudice, producendo la necessaria documentazione»⁴⁰.

Anche al fine di dissolvere talune possibili ambiguità, in una prospettiva di riforma potrebbe stabilirsi, sulla base di validi presupposti, la regola di una prova “qualificata” a carico della pubblica accusa per evitare che gli enti siano esposti a eccessive incertezze. Andrebbe cioè valutata l'ipotesi di prevedere una presunzione di “non colpevolezza”, che muova da presupposti definiti⁴¹. Una solida base per lo sviluppo dell'ipotesi la forniscono l'art. 6 co. 3 del D. lgs. 231/01 e l'art. 30 co. 5 d. n. 81/08.

Sotto questo profilo, resta ancora valida, ed in definitiva pienamente coerente con gli obiettivi di realizzare una disciplina contrassegnata dalla calcolabilità dei suoi effetti, la proposta di introdurre una disposizione generale che preveda una sorta di validazione preventiva dei modelli organizzativi ed in ogni caso preservi il controllo giurisdizionale, sulla scorta di quanto è già presente nel nostro sistema (v. soprattutto l'art. 30 D.lgs. 81/2008)⁴².

Naturalmente, se è senz'altro ammissibile la ricerca di nuovi strumenti che meglio garantiscano l'efficacia della disciplina della responsabilità dell'ente, resta il problema di fondo della misura in cui, seguendo un percorso come quello proposto, potrà esser superato lo schema consolidato del “libero convincimento del giudice”; dovendo in particolare chiedersi in quale limite sia esso “orientabile” secondo valutazioni di idoneità preventive⁴³.

Una drastica risposta negativa non terrebbe conto che una disposizione sulla validazione dei modelli preventivi, se tecnicamente ben congegnata, potrebbe valere ad aiutare il lavoro del giudice, non a precluderne i corretti sviluppi⁴⁴.

³⁹ Cass. pen., ss. uu., 18 settembre 2014, n. 38343 che in motivazione aderisce a quanto stabilito da Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, cit.

⁴⁰ FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 188.

⁴¹ Sul tema della ‘certificazione’, FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 359 ss.

⁴² Ci si richiama, in particolare, allo schema del disegno di legge *Arel-Ministero della Giustizia*, che prevede un'attestazione di idoneità dei modelli da parte di “certificatori”, con un percorso della prova diverso dall'attuale. La disposizione è la seguente: «In caso di regolare attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello valutato in sede di attestazione e non siano sopravvenute significative violazioni nelle prescrizioni che abbiano reso manifesta la carenza organizzativa che ha determinato o agevolato la commissione del reato» (art.1 co.1.lett.b della proposta di riforma, là dove prevede la immissione di un nuovo art. 7 bis dopo l'attuale art. 7 del decreto lgs. 231/2001). Per l'illustrazione di tale proposta e della logica sottostante, si veda FIORELLA (che ne è stato uno dei promotori), *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 359 ss.

⁴³ Per questa preoccupazione, PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 384 ss.

⁴⁴ Si cfr. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 174, che rileva come l'alternativa sia, al fondo, tra un sistema di validazione rigida, che vincolando il giudice si esporrebbe a censure di legittimità costituzionale, e un sistema di validazione flessibile, nel quale in definitiva si traduca una sorta di presunzione di idoneità del modello «rispetto alla quale il giudice ha un onere di motivazione rafforzato, qualora ritenga di sottoporre a censura l'attestazione».

Opportuni riferimenti alla “regolarità” della attestazione – regolarità presidiata da sanzioni penali o amministrative per il caso di attestazioni (rispettivamente) fraudolente o scorrette – escluderebbero senz’altro, ad esempio, l’efficacia esonerante di certificazioni “addomesticate”, sì che il giudice dovrebbe in ogni caso verificare, con la regolarità della attestazione, che il certificatore abbia agito con indipendenza e buona fede.

Il procedimento di validazione sarebbe semmai d’ausilio al giudice, in quanto gli offrirebbe il “percorso di accertamento” scelto dal certificatore e i criteri di valutazione da lui adottati, quindi una traccia precisa da seguire per perfezionare la decisione; ma non impedirebbe né ostacolerebbe il sindacato giurisdizionale sulla modellistica, perché non solo il giudice valuterrebbe la “regolarità” dell’attestazione ma verificherebbe anche l’effettiva adozione del “modello” in sintonia con il progetto organizzativo e di gestione.

5. Un’ipotesi di personalizzazione del giudizio di responsabilità a carico dell’ente nella dimensione europea: la proposta del gruppo di ricerca “*Corporate criminal liability and compliance programs*”.

L’esperienza italiana mostra come solo un corretto impianto nella fattispecie di responsabilità a carico dell’ente dei *compliance programs* indirizzi al rispetto delle garanzie sostanziali e supporti la realizzazione di un sistema realmente equilibrato.

La mancata colpevole predisposizione della regola preventiva (regola normalmente contenuta, per l’appunto, in un *compliance program*) o comunque il mancato colpevole compimento di quanto necessario al tempo del fatto di reato, per impedirlo, consente di formulare il giudizio di colpevolezza a carico dell’ente rispetto al singolo fatto di reato verificatosi; arricchendo così l’imputazione oltre quei dati, come l’inerenza del reato all’attività, il suo perseguire un beneficio per il soggetto collettivo, la posizione soggettiva del reo, la dipendenza causale del fatto-reato dall’omessa sorveglianza, il superamento dell’area di rischio-consentito, pure necessari ma insufficienti in quanto ancora “oggettivi”.

Ora, è chiaro che l’approdo ad una logica siffatta, una volta che diventi patrimonio comune nell’area europea in particolare ma anche a livello globale, consentirebbe non solo di considerare definitivamente emarginato il rischio di responsabilità dell’ente “per il fatto altrui” o comunque “oggettiva”, ma favorirebbe, insieme ad un’ampia armonizzazione delle discipline, ed anzi proprio in conseguenza dell’armonizzazione medesima, di cogliere due obiettivi fondamentali: da una parte, l’estensione di una significativa responsabilità dell’ente da reato anche ai paesi privi di un’efficace disciplina repressiva e preventiva in materia, sollecitando la previsione di sanzioni molto incisive; dall’altra, lo sviluppo di una base comune di garanzie anche nel senso di una disciplina che metta a disposizione dell’ente strumenti difensivi sufficienti per difendersi; per consentire cioè ad esso di dimostrare che il proprio “atteggiamento soggettivo” non è meritevole della sanzione per l’illecito dipendente dal reato commesso da un proprio esponente.

In questa prospettiva si è mosso anche, di recente, un gruppo di ricerca, costituito dalle Università Roma Tre, Sapienza, Sorbonne, Castilla-La Mancha, che ha elaborato una proposta di disciplina comune (per i Paesi dell’Unione Europea), il cui profilo di novità risiede proprio nel valorizzare il preventivo atteggiamento “colpevole” dell’ente medesimo nei confronti della possibile commissione del reato⁴⁵.

In estrema sintesi, il giudizio di responsabilità, secondo tale proposta, non potrebbe mai perfezionarsi ove risulti che l’ente si sia complessivamente e preventivamente organizzato in un modo che “ex ante” apparisse virtuoso, riducendo in misura accettabile il rischio di reato connesso all’attività dell’ente, perché il corretto orientamento dell’organizzazione in funzione preventiva escluderebbe che quest’ultimo abbia espresso una volontà criminosa e dunque escluderebbe la relativa responsabilità penale o para-penale. Ciò almeno nella misura in cui non fosse “oggettivamente” rappresentabile *ex ante* il rischio di un reato come quello realizzato quale conseguenza di una significativa lacuna organizzativa.

⁴⁵ I contenuti della ricerca e i relativi risultati sono pubblicati in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, voll. I e II, Jovene, 2012.

In questa prospettiva, che impianta il rimprovero verso l'ente non su un generico giudizio negativo della collettività, espresso o meno che sia, ma sul fatto e sulla sua "dominabilità aggregata", diviene essenziale anche il ricordato criterio della "elusione fraudolenta" ove l'autore del reato occupi una posizione apicale. La esclusione della responsabilità dell'ente presuppone, nella nostra proposta, che l'autore del reato abbia "fraudolentemente" raggirato le regole imposte dall'organizzazione per la prevenzione dei reati. Tale "fraudolenza" dell'autore del reato, se apicale, diviene un aspetto cruciale perché attesta che la volontà di quest'ultimo si distacca e contrappone alla volontà dell'ente, la quale risulta perciò "soggettivamente" non rimproverabile.