

L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale".

di *Matteo Riccardi*

TRIBUNALE DI LUCCA, 31 LUGLIO 2017 (UD. 31 GENNAIO 2017), N. 222
PRESIDENTE BORAGINE, GIUDICI MARINO – GENOVESE

Sommario: 1. Premessa. Il reato "estero" e l'ente straniero nei rapporti con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 2. Attività operativa dell'ente, territorialità e imperatività della legge italiana. – 3. Struttura dell'illecito "231" e allocazione territoriale delle carenze organizzative. – 4. Conclusioni.

1. Premessa. Il reato "estero" e l'ente straniero nei rapporti con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La sentenza di merito in commento¹, relativa alla nota tragedia occorsa nel giugno 2009 nei pressi della stazione ferroviaria di Viareggio, si inserisce a pieno titolo nell'ambito dell'elaborazione giurisprudenziale – tutto sommato scarna – relativa alla responsabilità degli enti stranieri ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Il maxi-processo che ne è scaturito², infatti, ha visto numerose società "incolpate" dell'illecito amministrativo di cui all'articolo 25-septies³ e, tra di esse, alcuni enti

¹ [Trib. Lucca, 31 luglio 2017, n. 222](#), in *questa Rivista*, 20 agosto 2017. Per un primo commento, si rinvia a LOMBARDO, *L'applicazione del d.lgs.231/2001 a reati commessi da ente con sede all'estero che svolga parzialmente attività in Italia*, in *AODV231.it*, 7 agosto 2017, e al contributo in corso di pubblicazione di GROMIS DI TRANA-CARLONI, *La sentenza del Tribunale di Lucca relativa al Disastro Ferroviario di Viareggio: l'applicabilità erga omnes delle norme prevenzionistiche; le posizioni di garanzia; i principi espressi rispetto alla normativa D.Lgs. 231/01*, in *Rivista 231*, 2018, 1.

² Per le imputazioni formulate a carico delle persone fisiche e giuridiche indagate e per il relativo provvedimento che ha disposto il rinvio a giudizio, v. in *questa Rivista*, [Strage di Viareggio: rinvio a giudizio per gli imputati](#), 26 luglio 2013.

³ La configurabilità dell'illecito di cui all'articolo 25-septies (com'è noto, "dipendente" dai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, gravi e gravissime, commessi con violazioni delle norme antinfortunistiche), peraltro, è stata fortemente contestata dalle difese degli imputati, sul presupposto dell'inconferenza, nel caso di specie, dell'applicazione delle aggravanti "prevenzionistiche" degli articoli 589, comma 2 e 590, comma 3 c.p. L'accoglimento di simile censura, sulla premessa che le morti (dei terzi) verificatesi in occasione del deragliamento e dell'incendio esulassero dallo spettro applicativo del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, avrebbe infatti lasciato residuare la contestazione

di nazionalità straniera chiamati a rispondere del tragico deragliamento della locomotiva e dei carri cisterna, causa del successivo devastante incendio che ha cagionato la morte di un rilevante numero di persone all'interno e nelle adiacenze dello snodo ferroviario toscano.

È necessario, tuttavia, sgomberare preliminarmente il campo di analisi da ogni equivoco interpretativo, definendo – per differenza – le distinte ipotesi applicative astrattamente riferibili all'illecito amministrativo che, per varie ragioni, risulti “extraterritoriale”, così invocando il fenomeno di internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti⁴.

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 affronta solo parzialmente il tema della responsabilità “da reato” degli enti che appaia in qualche modo contaminata – sia concesso l'uso del termine chiaramente atecnico – da elementi di “transnazionalità”.

Nel dettaglio, l'articolo 4 si premura di dettare una disciplina specifica – chiaramente ispirata dal canone di universalità della legge italiana⁵ – per le ipotesi in cui uno dei reati del “catalogo-231” sia stato commesso all'estero da parte di enti (italiani o stranieri) «aventi nel territorio dello Stato [italiano] la sede principale», subordinando la punibilità della *societas* a una serie di precisi limiti e condizioni⁶.

Da un lato, la norma definisce l'efficacia spaziale della responsabilità “231” con riferimento a specifiche fattispecie-presupposto, per il tramite del rinvio alle disposizioni penali di “parte generale” (articoli 7-10 c.p.)⁷ che prevedono l'applicabilità della legge penale italiana, incondizionata ovvero condizionata, a determinati delitti commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero (delitti che

per le corrispettive fattispecie “semplici” e, “a cascata” e in ossequio al principio di legalità, avrebbe comportato la caduta dell'illecito “231” legato alle fattispecie aggravate. Per le interessanti considerazioni del Tribunale sul tema, cfr. la sentenza citata, capitolo III, §.1.3., 30 ss. e capitolo XIII, §. 13.3. lett. a), 990 ss.

⁴ Sul tema, esaustivamente, SCARCELLA, *La cd. «internazionalizzazione» della responsabilità da reato degli enti*, in *Rivista 231*, 2014, 1, 35 ss.

⁵ La stessa *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231* precisa che «si è ritenuto che l'ipotesi, assai diffusa dal punto di vista criminologico, meritasse comunque l'affermazione della sanzionabilità dell'ente, al fine di evitare facili elusioni della normativa interna: e ciò anche al di fuori delle circoscritte ipotesi in cui la responsabilità dell'ente consegua alla commissione di reati per i quali l'art. 7 del codice penale prevede la punibilità incondizionata».

⁶ Per un commento dell'articolo 4, GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, 30 ss.; PISTORELLI, *Profili problematici della “responsabilità internazionale” degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in *Rivista 231*, 2011, 1, 13 ss.

⁷ Nel senso di un necessario coordinamento tra le norme del Codice penale richiamate e gli illeciti amministrativi della “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a pena di incorrere in una indebita rimodulazione – nel caso di reato commesso all'estero – delle fattispecie per cui è prevista la responsabilità dell'ente, cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti. La «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 96 ss.

ledono interessi “sensibili” dello Stato⁸, delitto “politico”, delitti comuni “qualificati”⁹, al contempo richiedendo il presupposto negativo – al fine di evitare indebite duplicazioni sanzionatorie dinanzi a ipotesi di litispendenza internazionale – che nei confronti dell’ente non stia procedendo lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

Dall’altro, è richiesto espressamente che l’ente incolpato abbia la propria sede in Italia¹⁰ (senza che, in proposito, alcun rilievo acquisiscano i rapporti di coordinamento e direzione sussistenti nei gruppi di imprese tra *holding* e società controllate¹¹) e, seppur implicitamente – facendo uso dei generali criteri di riparto della giurisdizione di cui all’articolo 6 c.p. – che il reato da cui dipende la responsabilità dello stesso sia stato realizzato integralmente all’estero¹².

Altra e speculare – ma di diretto interesse ai fini della presente trattazione – è invece la questione concernente l’eventuale perseguibilità e sanzionabilità ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 degli enti stranieri (cioè con sede principale all’estero) in relazione ai reati-presupposto commessi da propri apicali o sottoposti in territorio italiano.

La tematica da ultimo accennata, in assenza di una esplicita presa di posizione del legislatore delegato, si è posta alla fonte di uno stimolante dibattito – prevalentemente dottrinale, attesa la mancanza di un sedimentato quadro giurisprudenziale – rappresentando ad oggi uno dei *topos* ancora relativamente inesplorati della stratificata produzione ermeneutica nel settore “231”.

L’arresto del Tribunale di Lucca, che – come anticipato – è stato chiamato a giudicare anche le società estere coinvolte in merito alla contestazione dell’illecito

⁸ In relazione ai delitti per cui l’articolo 7 c.p. prevede una punibilità incondizionata (nn. 1-5), rileveranno ai fini della disciplina “231” sul reato commesso all’estero, tra gli altri, i delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, in carte di pubblico credito italiano o in valori di bollo (articolo 25-*bis*), i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico (articolo 25-*quater*) e i delitti di concussione, di corruzione e di istigazione alla corruzione (articolo 25): peraltro, con riferimento a questi ultimi, si badi che nessuno dei soggetti indicati dall’articolo potrà rivestire la qualifica di pubblico ufficiale, con la conseguenza che la norma potrà trovare applicazione solo nel caso di concorso di persone ai sensi dell’articolo 110 c.p.

⁹ Per una panoramica sulle condizioni richieste dagli articoli 7-10 c.p., si rinvia a IANNINI, sub Articolo 4, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da Levis e Perini, Bologna, 2014, 141 ss.

¹⁰ Dettagliatamente, su tale aspetto, CERQUA, *L’applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all’estero*, in *Rivista 231*, 2009, 2, 118. Per PISTORELLI, sub Art. 1, 2, 3, 4, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher e Varraso, Milano, 2007, 29, l’articolo 4 non troverebbe applicazione nei casi in cui l’ente abbia in Italia soltanto una sede secondaria, una stabile organizzazione o una mera rappresentanza.

¹¹ SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2007, 4, 47.

¹² SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società*, a cura di Canzio, Cerqua e Lupària, 2^a ed., Milano, 2016, 842.

amministrativo “da reato” prevenzionistico, dà atto della problematicità di tale profilo giuridico controverso, ripercorrendo i principali orientamenti attualmente esistenti sul punto e fornendo così un prezioso *assist* per una ricognizione dogmatica della *vexata quaestio*.

2. Attività operativa dell’ente, territorialità e imperatività della legge italiana.

Un primo filone ermeneutico oggi dominante in giurisprudenza e accolto pure in dottrina¹³ – cui adesivamente si accosta anche la pronuncia del Tribunale di Lucca¹⁴ – ritiene sanzionabili (nonché assoggettabili a cautela) ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 le imprese straniere per i fatti di reato commessi in Italia dai loro apicali o sottoposti, a prescindere dal fatto che queste abbiano o meno sul territorio nazionale una sede secondaria o uno stabilimento e, dunque, a prescindere dal luogo in cui si è verificata la lacuna organizzativa.

La tesi è stata in origine affermata da una nota ordinanza del giudice ambrosiano nel *leading case* relativo a *Siemens AG*, con cui è stata applicato alla multinazionale tedesca – *sub specie* di misura cautelare – il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, in relazione a un reato-presupposto commesso in territorio italiano e in assenza di una normativa che nel Paese di origine (la *OWiG*, approvata nel 1968 e modificata nel 2003), pur disciplinando la responsabilità amministrativa degli enti, prevedesse un sistema di oneri preventivi accostabili a quelli del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁵.

¹³ ANGELINI, sub Art. 4, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Bernasconi, Presutti e Fiorio, Padova, 2008, 93; DRAETTA, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 243; IANNINI-ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005, 30; STORELLI, *L’illecito amministrativo da reato degli enti nell’esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005, 150.

¹⁴ Il giudice di merito ha accertato, infatti, che le società estere – pur non avendo stabilito in Italia la propria sede – hanno operato nel territorio italiano (sia mediante locazione di carri cisterna a una società italiana, sia mediante attività di manutenzione), circostanza da cui è stato tratto l’obbligo, anche per tali enti, di rispettare le norme vigenti in Italia.

¹⁵ GIP Trib. Milano, ord. 28 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 434; in *Riv. dott. comm.*, 2004, 4, 904, con nota di TROYER, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: primi orientamenti giurisprudenziali*; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 3-4, 989, con nota di RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*; in *Foro ambr.*, 2004, 262, con nota di ELIA, *Nota a Trib. Milano – Ufficio G.i.p. – ord. 28 aprile 2004*; in *Giur. merito*, 2005, 7-8, 1615, con nota di COMPAGNA, *L’applicazione delle misure cautelari nei confronti degli enti collettivi*; in *Soc.*, 2004, 10, 1275, con nota di PERNAZZA, *I modelli di organizzazione, ex d.lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG*; nonché in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 10, 75, con nota di GUERINI (confermata in appello da Trib. Milano, ord. 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 269; in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 3-4, 805, con nota di BARIATTI, *L’applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, e in *Corr. mer.*, 2005, 319, con nota di VARRASO, *In tema di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti per responsabilità «amministrativa» dipendente da reato*), perentoriamente affermava che «sia

La pronuncia citata, specificamente, individua la piattaforma giustificativa della decisione nel principio di imperatività della norma penale italiana di cui all'articolo 3 c.p., in forza del quale il mero fatto di operare in Italia comporta l'obbligo per l'ente di rispettare le leggi del nostro ordinamento, secondo la suggestiva teoria esemplificativa delle "cinture di sicurezza"¹⁶, così escludendo il paradossale conferimento allo stesso di un potere di "autoesenzione" dalla normativa italiana; alcun pregio, in proposito, avrebbe l'obiezione circa l'inesistenza nell'ordinamento giuridico *a quo* di norme impositive di determinati strumenti preventivi (nel senso, ad esempio, di prevedere l'adozione di un modello organizzativo analogo a quello dell'articolo 6)¹⁷, anche in considerazione dell'efficacia che il legislatore nazionale attribuirebbe al *compliance program* nostrano.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, per l'opzione giurisprudenziale in esame le misure prevenzionali-organizzative dell'articolo 6 non fungono da elemento costitutivo della responsabilità amministrativa dell'ente, ma esclusivamente da esimente, sicché non è corretto ragionare – come contestato dalle difese delle società – in termini di imposizione di norme nazionali a enti stranieri, ma piuttosto della scelta del legislatore italiano di escludere la responsabilità dell'ente quando si è in presenza di modelli organizzativi virtuosi¹⁸.

Senonché – anche a voler condividere la tesi in discussione – parrebbe senz'altro congruo introdurre il temperamento per cui, pur riconoscendosi la giurisdizione italiana, il sindacato sui contenuti (e, quindi, sull'idoneità) del modello organizzativo eventualmente adottato avvenga alla stregua dei principi posti dalla

le persone fisiche che le persone giuridiche straniere nel momento in cui operano in Italia (anche eventualmente, come nel caso in esame, tramite una Associazione Temporanea di Impresa) hanno semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il d.lgs. 231/2001, indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia».

¹⁶ La giurisprudenza citata, prendendo spunto dal settore della circolazione stradale, affermava che, se pur sia possibile che le norme di un certo ordinamento estero non prevedano l'obbligo di dotazione di cinture di sicurezza per le autovetture immatricolate e circolanti in tale Paese, nondimeno per l'accesso e la circolazione sulla rete stradale italiana occorre che le autovetture in questione siano munite di tali dispositivi. Dinanzi alle censure sollevate dalle difese degli enti (relative alla insussistenza dell'obbligo di adozione del modello organizzativo nei Paesi di origine degli stessi), è stato poi opposto che «in Italia non è in alcun modo sanzionata la circolazione delle autovetture inglesi, che sono costruite con la guida a destra, visto che in Italia dette autovetture hanno comunque l'obbligo di guidare tenendo la destra ed è invece sanzionata la guida sulla corsia di sinistra».

¹⁷ Ancora, GIP Trib. Milano, ord. 28 aprile 2004, cit., sottolineava come «la circostanza che la legge del paese, dove ha sede la società nei confronti della quale il provvedimento cautelare interdittivo viene richiesto non preveda né sanzioni interdittive, né l'obbligo di adottare i precisi modelli organizzativi e di controllo delineati dalla legge italiana, non consente di ritenere che il provvedimento di interdizione richiesto dal p.m. esorbiti i limiti spaziali della giurisdizione italiana»; la stessa pronuncia adduceva altresì che «è irrilevante la circostanza che la persona giuridica chiamata a rispondere dell'illecito sia straniera, posto che efficacemente la misura può essere applicata proprio con riferimento alle potenzialità economiche esprimibili nel mercato italiano».

¹⁸ In questo senso, Trib. Genova, sez. riesame, 9 marzo 2011, inedita.

normativa estera¹⁹, onde evitare una automatica e prevedibile “bocciatura” del sistema di controlli preventivi dell’ente straniero per effetto della sua difformità dallo *standard* richiesto dalla disciplina italiana²⁰.

Ancora, in questa direzione interpretativa, la sopra illustrata fattispecie “a specchio” dell’articolo 4 impone il sillogismo per cui se anche gli enti con sede principale in Italia, nell’interesse o a vantaggio dei quali sia stato commesso un reato all’estero, subiscono l’applicazione della disciplina “231”, a maggior ragione devono ritenersi soggetti al decreto gli enti stranieri che operano in territorio italiano; simile conclusione passa per una doverosa valorizzazione – diversamente dalla tesi avversa che oltre si esaminerà²¹ – del reato-presupposto nell’economia dell’illecito dell’ente (in tale prospettiva, da ricondurre allo schema della fattispecie concorsuale *sui generis*²²), atteso che è al luogo di consumazione di quest’ultimo che lo stesso articolo 4 attribuisce rilievo ai fini della previsione derogatoria a carico dell’ente “stabilito”, riaffermando indirettamente il principio di territorialità²³.

Tanto più che – come evidenziato nel caso *UBS Limited* relativo alla vicenda *Parmalat* – l’articolo 36, disposizione che prevede la competenza a giudicare

¹⁹ SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2006, 1, 7 ss.

²⁰ Nel caso della strage di Viareggio, pur essendo emerso che le normative tedesca e austriaca (di riferimento per egli enti stranieri imputati) non prevedono l’obbligo di adozione di apposito modello organizzativo, il Tribunale ha accertato che le società estere imputate non erano dotate di modelli “231” e che i “codici di condotta” e i “manuali della qualità” prodotti dalle rispettive difese, pur prevedendo un’organizzazione con funzione di generica prevenzione del rischio reato, non potevano assumere efficacia esimente ai sensi dell’articolo 6.

²¹ MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 104, evidenzia criticamente come, stante il dato positivo, «la qualificazione di un fatto dell’ente come avente natura territoriale o extraterritoriale sarà determinata *in toto* dal luogo di radicamento della condotta individuale», obliterandosi così l’atteggiamento soggettivo dell’ente, che invece costituisce il profilo “caratteristico” dell’illecito amministrativo.

²² Per la tesi che ricostruisce l’illecito dell’ente come peculiare forma di concorso (articolo 110 c.p.) della persona giuridica nel fatto della persona fisica, cfr. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 24 ss.; Id., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1535 ss.; Id., *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, in *Soc.*, 2011, suppl. 12, 14 ss., con argomentazioni recentemente avallate da Trib. Milano, sez. II, 6 aprile 2017, in *questa Rivista*, 7 aprile 2017, con nota di STAMPANONI BASSI, [L’ente imputato ex d.lgs. 231/2001 non può costituirsi parte civile contro i suoi dirigenti “coimputati”](#). Sul tema specifico della responsabilità dell’ente straniero, anche CERQUA, *L’applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia*, cit., 116 ss., propende per una «fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario: l’ente partecipa, attraverso la sua particolare colpevolezza, al reato materialmente posto in essere, nel suo interesse, o a suo vantaggio, da una persona fisica legata all’ente stesso da un determinato rapporto».

²³ PISTORELLI, *Profili problematici della “responsabilità internazionale” degli enti*, cit., 19.

dell'illecito amministrativo dell'ente in via "riflessa" rispetto a quella per il reato-presupposto, sembra chiaramente importare che la competenza per l'accertamento dell'illecito si radica nel luogo di commissione del reato della persona fisica, a prescindere dalla nazionalità dell'ente di appartenenza della stessa; a tacere del fatto, poi, che la giurisdizione italiana dovrebbe trovare comunque piena espressione sol volgendo lo sguardo all'ambito soggettivo di applicabilità disegnato dall'articolo 1 per la responsabilità della persona giuridica, che invero non distingue affatto enti italiani ed enti stranieri²⁴.

Da ultimo, due argomenti *a latere* corroborano simile impostazione: da un lato, il canone di eterointegrazione codicistica posto dall'articolo 34 in relazione alla vicenda procedimentale dell'ente impone il rinvio pure all'articolo 1 c.p.p., che sancisce il principio generale della giurisdizione del giudice penale; dall'altro, la normativa di settore dell'articolo 97-bis d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) in tema di comunicazione "istituzionale" degli illeciti "231" contestati alle banche e di esecuzione delle relative sanzioni interdittive, che prevede la propria applicabilità – nei limiti della compatibilità – anche alle succursali italiane di banche comunitarie o extracomunitarie (comma 5), non esclude affatto l'applicabilità del decreto pure a una banca estera non "radicata" in Italia (cioè priva di succursale) ma che, tuttavia, operi nel territorio nazionale²⁵.

In definitiva, l'orientamento di maggior rigore – ancora confermato dalla giurisprudenza ambrosiana in altro noto caso bancario²⁶ – ritiene soggetto alla disciplina "231" ogni ente costituito all'estero in base alle disposizioni della propria legislazione domestica il quale, tuttavia, abbia in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale o abbia anche soltanto svolto attività o parti di attività operative in Italia, senza che sia possibile attribuire rilievo esclusivo – come si vedrà oltre – al *locus* di realizzazione dell'omissione organizzativa rimproverata all'ente.

3. Struttura dell'illecito "231" e allocazione territoriale delle carenze organizzative.

Una seconda opzione ermeneutica, sostenuta dalla dottrina particolarmente attenta alle caratteristiche strutturali dell'illecito da reato ma attualmente recessiva, ritiene che la responsabilità "231", anche in fase cautelare, non si applichi agli enti

²⁴ GIP Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, in www.rivista231.it.

²⁵ Così, FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, in *Rivista 231*, 2014, 1, 58; FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, *ivi*, 2007, 4, 179 ss.; *contra*, STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2013, 11 e 13, per cui la norma andrebbe letta nel senso che le disposizioni dell'articolo 97-bis d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 si applicano *limitatamente* alle succursali di banche comunitarie.

²⁶ [GIP Trib. Milano, ord. 23 aprile 2009](#), in *Olympus*; [Trib. Milano, sez. IV, 4 febbraio 2013, n. 13976](#), *ivi*; adesivamente, CERQUA, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia*, *cit.*, 116 ss.

stranieri per i reati-presupposto commessi sul territorio italiano, nel loro interesse o vantaggio, dai soggetti di cui all'articolo 5, comma 1 lett. a) e b).

Il nucleo argomentativo di detto orientamento, che pure evoca un rischio di applicazione analogica della disciplina "231"²⁷, si incentra principalmente sulla fisionomia complessa e al contempo autonoma dell'illecito ascritto all'ente, il quale – almeno secondo l'impostazione che qui si condivide²⁸ – si compendia in una fattispecie di tipo omissivo integrata dalla colpa per mancato controllo della condotta della persona fisica.

Più specificamente, esso appare strutturato, in prima battuta, sulla commissione di un reato-presupposto da parte di soggetti "qualificati" facenti capo alla *societas* e implica, altresì, profili di tipicità soggettiva, ossia condotte inottemperanti – nella sostanza – a un dovere di diligenza, eventualmente realizzate là dove l'ente ha la propria sede, e integranti la ben nota colpa di organizzazione²⁹.

Dall'autonomia dell'illecito "231" discende che, qualora le carenze organizzative all'origine del reato-presupposto "nazionale" si siano verificate nella sede straniera, è senz'altro da escludere la giurisdizione del giudice italiano, atteso che un elemento costitutivo e fortemente qualificante la responsabilità dell'ente (appunto, l'omessa o carente vigilanza) si collocherebbe spazialmente all'estero, precisamente ove l'ente ha la sede amministrativa, il suo apparato organizzativo e la sua struttura contabile³⁰.

La tesi in commento, pertanto, riconosce un ruolo di primo piano all'omissione organizzativa e gestionale in cui si esprime la sostanza del rimprovero all'ente, attribuendo al reato-presupposto la valenza di un frammento (meglio, di uno *step* intermedio in termini di accertamento) della più ampia responsabilità della persona giuridica e rigettando ogni ricostruzione in termini oggettivi dell'addebito alla *societas*: nella misura in cui la lacuna organizzativa si è realizzata interamente

²⁷ LANZI, *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, in *Guida dir.*, 2004, 19, 80; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2005, 41.

²⁸ Per la ricostruzione dell'illecito "231" quale autonomo fatto di *deficit* organizzativo, dogmaticamente inquadrabile come fattispecie omissiva impropria (articolo 40, comma 2 c.p.) che vede il reato-presupposto come condizione obiettiva di punibilità (articolo 44 c.p.), cfr., in dottrina, MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4, 442. La tesi dell'autonomia è stata autorevolmente riconosciuta in giurisprudenza, al fine di escludere l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, da Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2539.

²⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 39.

³⁰ Seguendo tale opzione, pertanto, l'illecito "231", seppur a fronte della mera realizzazione in Italia del reato-presupposto, non potrebbe dirsi commesso sul territorio nazionale: in tal senso, AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1294, per cui «se l'illecito amministrativo si integra nella inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, ne risulta come conseguenza che la condotta *contra ius societatis* si è radicata fuori dal territorio ed è quindi sottratta alla giurisdizione della nostra autorità».

all'estero – il che accade in enti che abbiano all'estero la loro principale attività organizzativa e gestionale – l'illecito da essa promanante non sarebbe "aggredibile" dal sistema sanzionatorio, neppure *sub specie* di cautela, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

L'approccio in esame si fonda sul basilare assunto per cui sarebbe incongruo, in assenza di disposizioni specifiche, assoggettare enti di diritto straniero alle leggi italiane, tanto più se l'ordinamento *a quo* non ponga analoga disciplina della materia "231", con particolare riferimento all'obbligo di adottare modelli organizzativi e di gestione a finalità preventiva del rischio da reato.

Così opinando, infatti, si introdurrebbero indesiderabili profili di disparità tra le società italiane (o, tutt'al più, le società straniere con una sede in Italia), che potrebbero beneficiare dell'esimente dell'articolo 6, e le società straniere senza alcuna sede in Italia e che qui svolgano parte della propria attività, che presumibilmente mai presenteranno parametri organizzativi pienamente conformi a quanto disposto dalla disciplina italiana in tema di *compliance*.

Seguendo detta impostazione, pare ingiustificato ed eccessivamente oneroso richiedere all'ente straniero di adottare una struttura organizzativa *ad hoc* in ragione dell'ingresso e dell'operatività nel mercato giuridico italiano, giacché non è plausibile che una società estera, la quale occasionalmente svolga attività in Italia, sia tenuta all'osservanza di norme di carattere pubblicistico proprie di un'altra legislazione (nel caso, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), conformandosi a obblighi non vigenti – o, comunque, così non modulati – nello Stato di origine; diversa conclusione, a ben vedere, vale quando l'ente estero effettivamente sia dotato di una struttura in Italia, in relazione alla quale sembra difficile negare l'onere in carico allo stesso di adottare un sistema preventivo conforme al modello italiano.

Per detto filone interpretativo neppure il regime posto dall'articolo 4 ha efficacia dimostrativa della responsabilità dell'ente straniero per il reato "nazionale" – come invece vorrebbe la tesi estensiva – al contrario costituendo esso indice argomentativo a confutazione, dal momento che la norma ancora la punibilità dell'ente per il reato "estero" al criterio della sede principale in Italia: il che deporrebbe nel senso che il luogo di consumazione dell'illecito "231" si identifica con il luogo in cui si è verificato il *deficit* organizzativo³¹.

Parimenti – così esauendo l'arsenale argomentativo dell'opposto orientamento – sarebbe inconferente addurre le richiamate disposizioni del Codice penale (articoli 3 e 6), poiché l'articolo 34 accetta flussi regolatori "in entrata" soltanto dal Codice di procedura penale e dalle relative disposizioni di attuazione.

³¹ Per simili considerazioni, cfr. GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: compatibilità ed incompatibilità*, in *Rivista 231*, 2012, 4, 14 ss.

4. Conclusioni.

L'*excursus* giurisprudenziale e dottrinale appena svolto mostra – ancora una volta – come il terreno interpretativo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sia tutt'altro che assestato, prestandosi per sua stessa conformazione e impostazione (tra i principali fattori “scatenanti”, la laconicità del legislatore e il rinvio a norme che, avendo come substrato originario la persona fisica, impongono un processo di “entificazione”) a opzioni ermeneutiche anche notevolmente divergenti e, non di rado, egualmente portatrici di solidi e persuasivi argomenti normativi e sistematici. Tali considerazioni sono certamente vevolevoli anche per il tema appena esaminato, concernente la responsabilità “231” dell'ente straniero per il reato commesso in Italia, nella misura in cui si assiste a uno scontro tra il formante giurisprudenziale, fermo nell'imporre anche alle entità straniere occasionalmente operanti sul territorio nazionale il rispetto degli *standard* del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in funzione preventiva dei reati, e la corrente dottrinale dominante, che, focalizzandosi sul dato dogmatico “strutturale” dell'illecito amministrativo, si mostra attenta a non oberare il soggetto economico estero che operi “oltre confine” di incumbenti preventivi difficilmente esigibili.

Sotto quest'ultimo profilo, tra l'altro – a parere di chi scrive – non paiono affatto infondate e inconferenti le preoccupazioni circa una possibile distorsione delle dinamiche concorrenziali del mercato, in spregio ai principi di derivazione unionale (tra gli altri, la libertà di stabilimento), che verrebbe a prodursi per effetto dell'inclusione – attuata per via pretoria – dell'ente straniero tra i destinatari del decreto “231”, con il conseguente rischio di “fuga” dei capitali esteri dalla realtà economica italiana³².

Si teme, in altre parole, che gli enti (in particolare, le multinazionali), nell'ottica di una legittima politica del profitto, siano scoraggiati dall'esercitare, anche in modo occasionale, la propria attività di impresa in Italia, nella misura in cui i rischi “penali” dalla stessa derivanti imporrebbero l'adozione e l'attuazione di un oneroso armamentario preventivo (*sub specie* di modelli organizzativi conformi al dettato degli articoli 6 e 7), talora superfluo o comunque “ridodante” nel Paese di provenienza, e – tanto più alla luce della “chimera” del giudizio di idoneità del modello stesso – alla concreta eventualità di incorrere in sanzioni particolarmente impattanti (ancorché applicate temporaneamente, in via cautelare).

Ciò premesso – tenendo dunque ben presenti le considerazioni in termini di inopportunità e di indesiderabilità di un simile regime imputativo – la soluzione alla questione controversa dovrebbe preferibilmente passare per una scrupolosa esegesi del sistema ascrittivo dell'illecito all'ente e, più nel dettaglio, del fondamento sostanziale che permea il sistema della responsabilità che a esso si vorrebbe addebitare.

³² Così, STAMPACCHIA, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all'estero*, cit., 14 ss.

Invero, anche a non voler qualificare come autenticamente penale la responsabilità dell'ente – ferme, tuttavia, le pressanti perplessità che desta l'odierno concetto “convenzionale” di *matière pénale* (in particolare, relativamente agli afflittivi profili sanzionatori “231”) – neppure la ricostruzione della stessa in termini “ibridi” prescinde da una necessaria verifica di rimproverabilità dell'ente in ragione dell'avvenuta realizzazione di una di quelle fattispecie che il sistema dei controlli preventivi avrebbe dovuto impedire (meglio, di cui lo stesso sistema avrebbe dovuto ridurre il rischio).

L'illecito dipendente da reato “vive” e si “alimenta”, oltre che di un ineludibile substrato materiale – il fatto di reato-presupposto, doloso o colposo, inteso quale fatto di connessione –, di una innegabile componente soggettiva che, lungi dall'atteggiarsi in senso tradizionalmente psichico, si coniuga con i “tratti somatici” della persona giuridica; così, il cuore della responsabilità “231” è senz'altro quel coefficiente soggettivo – da accertare oltre la volontà dell'autore persona fisica – che esprime la dominabilità da parte dell'ente dei fattori di rischio in esso presenti, da intendersi quale esigibilità di un comportamento alternativo lecito osservante delle regole cautelari *sui generis* (l'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi) previste dalla disciplina di settore: una colpevolezza tutta riferita all'ente e ormai tralaticciamente condensata nella nozione di colpa di organizzazione³³.

Ebbene, se si condivide tale impostazione – il che peraltro non preclude, eventualmente, l'adesione alla tesi “concorsuale” (che pur sempre richiede, da principi generali, un nesso soggettivo di partecipazione colpevole all'altrui fatto) – allora sembrerebbe davvero assorbente l'obiezione circa la realizzazione “extraterritoriale” dell'illecito amministrativo: la fattispecie complessa in cui si sostanzia il rimprovero avanzato nei confronti dell'ente si perfeziona al di fuori dello spazio giuridico italiano, poiché, seppur un presupposto dello stesso (il reato della persona fisica) sia fenomenicamente radicato sul territorio nazionale, nondimeno la “sostanza” della medesima (la carenza organizzativa colposa) si realizza in una sede diversa.

Tanto più – si è osservato – che l'impostazione “punitiva” esporrebbe l'ente al rischio di una indebita duplice attivazione dello strumento sanzionatorio “autoctono”, con evidente violazione del divieto di *bis in idem*, «che si profilerebbe quante volte – in mancanza di un'apposita regolamentazione convenzionale – si attivi, oltre a quella italiana, la giurisdizione dello stato estero»³⁴.

Non si intende così ignorare il pericolo di una strumentalizzazione di simile esito interpretativo, nella prospettiva cioè di uno spregiudicato ricorso al *forum shopping* da parte di quelle imprese che intendano minimizzare rischi e costi penali del

³³ L'illecito dell'ente, nella pregevole ricostruzione di FIORELLA, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 3-4, 635 ss., è stato non a caso definito «il luogo per eccellenza della “nuova dogmatica” penale».

³⁴ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 46.

proprio agire, localizzando la propria sede all'estero ed eludendo la disciplina nazionale, anche quando le stesse operino esclusivamente o prevalentemente in Italia.

Sul punto, tuttavia, alcune soluzioni intermedie – che fungano da accettabile compromesso tra i contrapposti filoni – sembrano ipotizzabili, nel senso di includere gli enti stranieri tra i destinatari del decreto e, al contempo, di attribuire agli stessi concrete *chances* di esonero da responsabilità.

Infatti, seppur l'attuale sistema "231" sembri imperniato su di un regime di formale facoltatività ma di sostanziale obligatorietà dei modelli organizzativi, nondimeno dovrebbe rimanere ferma la possibilità per l'ente (nel caso, straniero) di andare esente da responsabilità, anche in assenza della formalizzazione di simile documento, quando esso sia comunque dotato di misure e accorgimenti per la gestione del rischio da reato idonei, specifici e concreti, tali da escludere il giudizio di rimproverabilità per il fatto verificatosi³⁵.

A tal proposito, pare condivisibile che – recidendo il collegamento necessario tra adozione del modello organizzativo e responsabilità dell'ente³⁶ – la fondatezza dell'addebito contestato alla persona giuridica straniera per fatti "nazionali" sia vagliata alla luce di un principio di equivalenza tra il modello disegnato dal legislatore italiano e il diverso strumento in concreto adottato dall'ente straniero, in termini di analoga "effettività" preventiva del rischio-reato che quest'ultimo presenti: così soltanto, in simili ipotesi, il rimprovero mosso all'ente potrebbe coniugarsi con i principi che presiedono l'imputazione colposa (anzitutto, causalità ed esigibilità), escludendo la sussistenza di surrettizi profili di responsabilità oggettiva.

In definitiva, pertanto – a parere di chi scrive – la prassi applicativa che ritiene di sanzionare l'illecito amministrativo dell'ente straniero non può aggirare, bypassando, il dato essenziale su cui riposa la responsabilità dell'ente – il *deficit* organizzativo che ha reso possibile la commissione del reato – quale perno sostanziale attorno a cui ruota il sistema "231": sicché la predetta carenza organizzativa acquisirà rilievo, valorizzando i profili "strutturali" dell'illecito, quale criterio di allocazione dello stesso sul territorio estero o, quantomeno – alla luce di una lettura simmetrica del requisito – imporrà, quale limite minimo, la valorizzazione ai fini di esonero da responsabilità dell'adozione di una attenta politica preventiva da parte dell'ente, seppur secondo schemi e modelli non "conformi" al dato letterale del decreto.

³⁵ Così, ad esempio, STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, cit., 20, suggerisce che l'ente straniero debba andare esente da responsabilità «quando provi di aver concretamente posto in essere misure preventive astrattamente idonee ad impedire i reati verificatisi, di aver adottato una organizzazione efficiente nella prevenzione del rischio reato e che, in sostanza, il comportamento conforme (non solo sostanzialmente ma anche formalmente) alle norme del d.lgs. 231 non avrebbe potuto impedire la commissione del reato».

³⁶ In questi termini, BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamenti, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 258.