

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:  
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE  
DI RIFORMA A VENTI ANNI  
DAL D. LGS. 231/2001**

**2021 / 1-BIS**

**L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale.**

di Alice Savarino

## Abstract

Ricondotto dal legislatore nella nebulosa del diritto punitivo, il paradigma di responsabilità da reato degli enti rappresenta un modello repressivo *complesso*, frutto di ibridazioni: a seconda del profilo di disciplina preso in considerazione, l'illecito collettivo rivela connotazioni fortemente derogatorie, soprattutto in termini di garanzie, rispetto ai modelli sanzionatori di riferimento (penale, amministrativo, civile).

Lo scritto si propone di esaminare il sistema "231" alla luce dei principi della *materia penale*, nella duplice accezione convenzionale e costituzionale, al fine di individuare l'essere e il dover essere dello standard di tutele sostanziali e processuali riferibile all'ente. Tra i molteplici profili di "degradazione" delle garanzie che costellano la normativa, l'attenzione sarà, soprattutto, rivolta alla disciplina del modello di organizzazione e gestione, di cui all'art. 6 del decreto. L'espedito imputativo dei *compliance programs*, inidonei fino a prova contraria, sembra porsi in forte tensione con i principi cardine della *materia penale*, prestando il fianco a significative obiezioni in punto di legalità, presunzione di innocenza e personalità della responsabilità penale.

Alla luce di tali rilievi, si valuteranno le linee di approdo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nonché gli itinerari di riforma prospettati al fine di superare le criticità dogmatiche e le difficoltà applicative di cui risente la disciplina a distanza di vent'anni dalla sua introduzione.

*Falling within the sphere of punitive law, the criminal liability of corporate entities represents a complex repressive model. It outlines the result of several hybridizations: depending on the discipline profile taken into consideration, the Italian legislation on "criminal" liability of legal person discloses derogatory rules – especially in terms of guarantees – compared to the standard sanction regimes (criminal, administrative, civil).*

*The analysis aims at assessing the Italian system of corporate liability for criminal offence in the light of the fundamental principles of "criminal matter". This concept is considered both in its conventional and constitutional meaning, in order to identify the standard of substantive and procedural rights referable to corporations. The main focus will be on the discipline of the model of organization and management able to prevent crimes (i.e. a compliance program), pursuant to art. 6 of the legislative decree no. 231/2001. The organizational model constitutes the core of the imputation system of offence committed by the corporation's employees. However, with reference to the above-mentioned principles, the provisions governing compliance programs raise several critical issues in terms of legality, presumption of innocence and personal liability.*

*Against this background, the doctrinal and jurisprudential debate developed in this field will be analysed, as well as the proposals for reform drawn up in order to overcome dogmatic conflicts and enforcement difficulties affecting the discipline in question, twenty years after its introduction.*

## Sommario

**1.** Premessa. Il regime di responsabilità da reato della *societas* a vent'anni dalla sua "storica" introduzione: tempo di bilanci (*ma i conti non tornano*). – **2.** *Dalla natura dei principi ai principi della natura*: la centralità del tema delle garanzie e le coordinate metodologiche di sviluppo. – **2.1.** La controversa collocazione del sistema di responsabilità dell'ente nel quadro delle garanzie sostanziali e processuali proprie della "materia penale": l'orizzonte convenzionale. – **2.2.** L'orizzonte costituzionale e gli approdi dottrinali e giurisprudenziali. – **3.** Il modello di organizzazione e gestione al vaglio delle garanzie: criticità in punto di determinatezza, accessibilità e prevedibilità della norma penale. – **3.1.** (*segue*) Criticità in punto di presunzione di innocenza. – **3.2.** (*segue*) Criticità in punto di personalità del rimprovero "punitivo": l'illecito dell'ente tra (in)capacità di agire e (in)capacità di pena. – **4.** Osservazioni conclusive a margine dell'indagine svolta.

## 1. Premessa. Il regime di responsabilità da reato della *societas* a vent'anni dalla sua "storica" introduzione: tempo di bilanci (ma i conti non tornano)<sup>1</sup>.

È (di nuovo) tempo di fare bilanci. Sono trascorsi venti anni, ormai, da quando ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano il regime di responsabilità da reato degli enti collettivi, disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001. Si è trattato, senz'altro, di un tempo bastevole a stimolare intorno al tema una riflessione dottrinale talmente ampia, da divenire quasi ingovernabile<sup>2</sup>. Non pare, tuttavia, che sia stato un periodo altrettanto adeguato a consentire – dopo una fisiologica fase di adattamento – la piena operatività della disciplina sul piano applicativo; né, tantomeno, può dirsi che i tempi siano maturi per la messa a punto di iniziative legislative di riforma della normativa di carattere strutturale, che trascendano il mero ampliamento del catalogo dei reati presupposto. Ciò, malgrado non sia mancata l'elaborazione di suggestivi progetti riformatori volti a ricalibrare, secondo istanze e prospettive differenti, i nodi critici che costellano il sistema, minandone la tenuta su più fronti<sup>3</sup>.

Lungi dal costituire una coraggiosa rivoluzione, l'introduzione della disciplina rappresentò, piuttosto, una scelta inizialmente "timida"<sup>4</sup> e in qualche modo "necessitata": essa, infatti, costituiva parte integrante di una legge di recepimento di obblighi internazionali volti a uniformare le strategie di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, anche attraverso forme di responsabilizzazione delle persone morali<sup>5</sup>.

Nondimeno, la portata innovativa della riforma apparve sin da subito evidente: invero, se da un lato, l'antico e granitico brocardo *societas delinquere non potest* veniva sostanzialmente sconfessato, dall'altro si introduceva un inedito paradigma ascrittivo, quello della *prevenzione mediante organizzazione*<sup>6</sup>, destinato in seguito ad affermarsi capillarmente sul piano politico-criminale.

In sostanza, nel fronteggiare le moderne fenomenologie delittuose, di stampo marcatamente collettivo, l'ordinamento ha preso atto del ruolo dominante rivestito sul piano empirico-criminologico dai complessi sistemi organizzati, i quali rappresentano i principali protagonisti dei processi economici, nonché i più temuti propulsori di potenzialità lesive, anche in virtù della iper-tecnologicizzazione delle attività umane ivi esercitate.

Di conseguenza, si è ritenuto di convogliare il processo di responsabilizzazione dell'ente collettivo

per i reati commessi nel suo *interesse* o *vantaggio* da organi apicali o subordinati all'interno di un circuito general-preventivo che si snoda lungo due direzioni convergenti, ma di fatto, fortemente dissonanti. Come è stato efficacemente osservato, l'ente, da un lato viene investito del dovere – tipicamente istituzionale – di approntare, secondo indicazioni etero-dirette, regole di carattere organizzativo volte a tutelare interessi socialmente rilevanti; dall'altro, viene gravato di responsabilità correlate all'inadeguatezza o inosservanza di tali regole<sup>7</sup>. In altri termini, l'ente diventa responsabile (anche) dell'inadeguata gestione organizzativa del rischio-reato che gli è stata delegata dall'ordinamento: evidente l'intento di «moralizzazione dell'attività economica» sotteso ad un simile approccio politico-criminale, nell'ambito del quale il diritto punitivo viene a rappresentare uno strumento "rozzo", esibito per indurre l'ente alla predisposizione di programmi organizzativi virtuosi<sup>8</sup>, a fronte di potenziali benefici sul piano sanzionatorio<sup>9</sup>.

Secondo altre chiavi di lettura, il meccanismo di prevenzione mediante auto-organizzazione, espressione del più ampio fenomeno di decentralizzazione normativa in materia penale<sup>10</sup>, rappresenterebbe nient'altro che la rinuncia (nonché la dimostrazione dell'incapacità) da parte dell'ordinamento di assolvere ai propri compiti istituzionali<sup>11</sup>, cui possono riconnettersi, tuttavia, implicazioni pregiudizievoli soprattutto in termini di garanzie<sup>12</sup>.

In buona sostanza, è proprio sull'altare della prevenzione che simili strategie politico criminali sembrano sacrificare i principi di garanzia e le istanze di razionalità teleologica, coerenza sistematica e certezza normativa. Sicché, la sperimentazione di meccanismi ascrittivi di dubbio fondamento e di flessibile definizione rappresenterebbe il costo che il diritto penale postmoderno parrebbe disposto a pagare nel tentativo di governare la complessità del reale<sup>13</sup>.

In questo senso, il "sistema 231" costituisce un esempio paradigmatico di sanzione postmoderna<sup>14</sup>: sorge spontaneo chiedersi, pertanto, se si tratti del «primo banco di prova per il superamento dei tradizionali schemi punitivi»<sup>15</sup> ovvero della prima, lampante, dimostrazione del fallimento di un simile approccio.

In effetti, nel modellare il paradigma di responsabilità da reato degli enti, il legislatore italiano si è avvalso di moduli sanzionatori eterogenei, confezionando un modello punitivo di carattere fortemente combinatorio<sup>16</sup>.

L'ibridazione di strumenti e tecniche di tutela di varia natura nel crogiuolo del medesimo regime

di responsabilità ha proiettato l'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale in una sorta di "gioco degli specchi": in effetti, in sede di qualificazione dogmatica e di ricostruzione sistematica della trama della disciplina l'interprete ricava dal testo normativo dati discordanti in ordine ai modelli sanzionatori e ai nessi di imputazione impiegati, con aspetti di contraddittorietà emergenti dalla stessa Relazione ministeriale al decreto<sup>17</sup>.

L'ampia riflessione dottrinale sul tema si è sviluppata lungo variegati percorsi concettuali, il più delle volte divergenti e quasi sempre condizionati dal tipo di soluzione adottato rispetto all'amletico dilemma concernente la natura giuridica della responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231.

Così alcuni autori, svelando la "truffa" sottesa al *nomen juris* utilizzato dal legislatore, hanno tentato di ricostruire in ottica autenticamente *penale* la struttura dell'illecito collettivo e i relativi criteri di imputazione, prendendo in prestito e riadattando categorie dogmatiche proprie del diritto penale individuale<sup>18</sup>, nel tentativo di rendere il sistema costituzionalmente compatibile; sul versante opposto, invece, altre ricostruzioni, muovendo dal presupposto secondo cui non sia possibile concepire un illecito proprio dell'ente (penale o amministrativo che sia) in assenza di un fatto proprio o di una sua colpa<sup>19</sup>, hanno riservato forti critiche all'adozione di prospettive *antropomorficamente* o *organicisticamente orientate*.

Da questa parziale ricognizione, ciò che sembra emergere con una certa nitidezza è la sensazione che le contraddizioni di cui è intessuto il sistema normativo abbiano anche disorientato l'elaborazione dogmatica nel dibattito in tema di responsabilità da reato dell'ente, così da far apparire il sistema nel complesso (alla soglia dei suoi venti anni!) una disciplina senza identità, senza dogmatica, senza principi<sup>20</sup>.

Pertanto, al di là delle prese di posizione circa l'opportunità e il merito delle differenti scelte legislative adottate, ciò su cui preme ritornare a riflettere è la prospettiva di principio entro cui merita di essere inquadrato il sistema di responsabilità dell'ente<sup>21</sup>.

L'indagine prende le mosse dalla ricerca del nucleo minimo di garanzie riferibile all'ente nell'ambito del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Invero, si assumeranno quale punto privilegiato di osservazione i principi propri della "*materia penale*", nella duplice ottica convenzionale e costituzionale, evitando schemi di qualificazione preconfezionati. L'obbiettivo è quello di un'analisi trasversale che focalizzi l'attenzione sui molteplici profili di specialità/eccezionalità sottesi alla disciplina e i cui effetti derogatori possono apprezzarsi sul

versante sostanziale e processuale. Nel prisma delle garanzie, l'illecito ascrivibile all'ente appare come un oggetto *vagante* e *cangiante*: si muove, infatti, lungo orbite sanzionatorie disallineate, ma interferenti, assumendo connotazioni proprie di modelli differenti, a seconda del profilo di disciplina preso in considerazione.

All'analisi di tali aspetti farà da sfondo un interrogativo "scomodo", ma cui non è possibile sottrarsi: si tratta di chiedersi se e in che termini sia dogmaticamente sostenibile un illecito proprio della persona giuridica, in assenza di un fatto collettivo materialmente accertabile. È proprio su questo aspetto che, infatti, poggia l'eccentricità del modello punitivo introdotto con il d.lgs. n. 231/2001. Sebbene, infatti, il fattore genetico della responsabilità collettiva consista in un reato e gli strumenti sanzionatori presentino finalità preventiva, contenuto affittivo ed effetto stigmatizzante, il paradigma ascrittivo non si fonda sulla commissione di un fatto o l'assunzione di una condotta *propria* dell'ente.

Peraltro, il meccanismo che lega fatto individuale e sanzione collettiva produce effetti affittivi che si ripercuotono anche su soggetti estranei all'illecito, potendo persino trasmigrare sull'ente subentrante, in caso di vicende modificative. In questi termini, la garanzia della personalità della sanzione si affievolisce, richiedendo la predisposizione di adeguate misure di salvaguardia in grado di contenere le conseguenze economiche e sociali derivanti dalla condanna dell'ente.

Ulteriori regimi derogatori di matrice amministrativa e civilistica, quali l'amputazione dell'onere probatorio dell'accusa e la sospensione della prescrizione, permeano il giudizio di accertamento dell'illecito attribuito all'ente, nonostante la cornice penale entro cui si celebra il processo sia improntata alla presunzione di innocenza. Al vaglio della garanzia di legalità, poi, l'espedito imputativo dei *compliance programs*, inidonei fino a prova contraria, si pone in forte tensione anche con il requisito di *prevedibilità* e di *accessibilità* della norma "penale".

## 2. Dalla natura dei principi ai principi della natura: la centralità del tema delle garanzie e le coordinate metodologiche di sviluppo.

Nell'affrontare l'annosa questione della qualificazione del regime di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001, il dibattito dottrinale sembra essersi progressivamente affrancato da approcci meramente teorici e autoreferenziali, che avevano

finito per sminuire l'importanza pratica della tematica, fino a relegarla «nella volta celeste delle discussioni giuridiche sterili ed astratte»<sup>22</sup>.

L'attenzione si è spostata, infatti, sulle implicazioni delle diverse qualificazioni possibili, sia sul piano dei risvolti prasseologici sottesi alla scelta definitoria, determinanti in ordine alla possibilità di estendere o escludere l'applicazione di determinati istituti o discipline penalistiche anche al «sistema 231»<sup>23</sup>, sia nell'ottica di individuare i referenti di principio interni e sovranazionali rispetto ai quali valutare la *ratio*, i contenuti e l'applicazione<sup>24</sup>.

Nondimeno, nella logica delle garanzie, appare necessario compiere un passo ulteriore, che si sostanzia nell'adozione di un duplice ordine di accorgimenti. Il primo aspetto è stato efficacemente segnalato da un recente e stimolante contributo in materia, nell'ambito del quale si suggerisce un rovesciamento dell'approccio metodologico tradizionalmente adottato, erroneamente fondato sull'anteposizione della «*quaestio sulla natura astratta della disciplina all'analisi dei diritti*» da questa «*concretamente incisi*»<sup>25</sup>. Così argomentando, in effetti, si è giunti a ritenere i profili di incompatibilità tra il modello di illecito collettivo e i principi propri del sistema penale altrettanti *argumenta* a sostegno della natura non penale della responsabilità degli enti<sup>26</sup>. A fronte del rischio di incorrere in una simile *petitio principii*, si ritiene che il fulcro della riflessione debba piuttosto concertarsi «sulla ricognizione degli interessi in gioco, per poi comprendere quali garanzie siano disponibili a livello costituzionale e convenzionale»<sup>27</sup>.

Lo spunto metodologico è utile anche in riferimento ad un secondo rilevante aspetto, attinente alla sfera giuridica entro cui sviluppare la ricerca di principi e garanzie riferibili all'ente: essa trascende, inevitabilmente, il contesto domestico e si proietta in uno spazio ben più ampio<sup>28</sup>, delineato dalla nozione sostanziale di «materia penale»<sup>29</sup>, *volano* del processo di armonizzazione delle garanzie promosso – in chiave antiformalistica – dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>30</sup>.

L'adozione di un simile approccio, improntato al riconoscimento dello statuto penalistico e della relativa corona di garanzie anche a fronte di misure punitive formalmente definite extra-penali dal legislatore domestico, ben si adatta al regime oggetto della nostra riflessione.

Sennonché, l'allargamento di prospettiva in ottica sovranazionale – ancorché condotto nella prospettiva di estendere la copertura di garanzie da destinare alla disciplina interna – pone ulteriori implicazioni problematiche, attinenti al livello di

coordinamento tra i due piani ordinamentali. Entro i rispettivi ambiti di rilevanza, infatti, ciascun principio assume connotazioni e declinazioni proprie: ciò ha indotto la dottrina all'elaborazione di un'autonoma nozione *sostanziale* di «materia penale costituzionale»<sup>31</sup>.

D'altra parte, la stessa Consulta ha avuto modo di chiarire come «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura «penale» deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la «materia penale»; mentre solo ciò che è «penale» per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»<sup>32</sup>.

Sicché, una volta ricondotto lo statuto di responsabilità dell'ente collettivo nella nebulosa del diritto punitivo, per scongiurare il rischio di incorrere nel controproducente e paradossale esito di smarrire (nuovamente) le coordinate di principio nel labirinto dei diritti<sup>33</sup>, occorre valorizzare i punti di convergenza di entrambi gli ordinamenti in punto di garanzie, senza perdere di vista i rispettivi tratti qualificanti<sup>34</sup>.

Pur nella consapevolezza del rischio che le fonti sovranazionali contribuiscano ad una decostruzione dei principi costituzionali<sup>35</sup> piuttosto che al loro arricchimento (profilo che svela l'altra faccia della medaglia del processo di europeizzazione e omogeneizzazione dei diritti, sul quale non possiamo soffermarci in questa sede)<sup>36</sup>, vale la pena valorizzare, ai nostri fini, la prospettiva di modulazione dei principi in funzione della *ratio* su cui si fondano, suggerita da chi ha proposto l'adozione di una nozione mobile e geometrica di materia penale<sup>37</sup>, elaborata in riferimento ad entrambi gli statuti di garanzia<sup>38</sup>.

Ci si chiede, dunque, se e in che termini sia possibile ricostruire lo standard di garanzie tipico dell'ente e rintracciare una sorta di «nozione sociale di materia penale», graduandone i contenuti non soltanto in funzione del tipo di tutela, ma anche e soprattutto in considerazione della peculiare connotazione giuridica del suo destinatario<sup>39</sup>.

### **2.1. La controversa collocazione del sistema di responsabilità dell'ente nel quadro delle garanzie sostanziali e processuali proprie della «materia penale»: l'orizzonte convenzionale.**

La logica sostanziale sottesa alla nozione sovranazionale di materia penale si rivela particolarmente funzionale ad arricchire e concretizzare lo spettro di garanzie suscettibili di essere applicate alla disciplina della responsabilità dell'ente.

Occorre, preliminarmente, chiarire due profili attinenti all'*an* di estensibilità delle garanzie sostanziali e procedurali sancite dalla Convenzione.

La prima concerne la *riferibilità delle garanzie all'ente*, nella misura in cui si tratti di destinare ad un soggetto metaindividuale un sistema di tutele di stampo marcatamente umanistico, concepito e sviluppato in relazione a persone fisiche<sup>40</sup>. A venire in soccorso sul punto è l'adozione di una interpretazione sistematica che consenta di rintracciare un preciso riferimento normativo a sostegno della soluzione estensiva. L'art. 34 della Convenzione, infatti, assegna il diritto di ricorso, oltre che agli individui, anche alle organizzazioni non governative, nozione che ricomprende secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo anche le società commerciali<sup>41</sup>, le quali possono assumere, pertanto, lo *status* di vittime in proprio di violazioni di diritti tutelati dalla CEDU<sup>42</sup> ed azionare così i relativi meccanismi di protezione (ai sensi dell'art. 41).

Un ulteriore dato a favore dell'opzione estensiva può ricavarsi da un argomento di carattere prettamente teleologico che, come si vedrà nel proseguo, costituisce un importante punto di raccordo tra la prospettiva sovranazionale e quella costituzionale. Com'è stato efficacemente osservato, il sistema di tutele convenzionali, infatti, non trascura i risvolti economici e sociali dei diritti salvaguardati, destinando (anche) alla persona giuridica un'adeguata protezione della proprietà privata, ex art. 1, Prot. n. 1 Cedu<sup>43</sup>. Nell'ottica convenzionale, dunque, gli enti collettivi sono titolari di interessi di carattere economico, i quali non tollerano limitazioni o compressioni punitive sguarnite del compendio di presidi sostanziali e processuali di cui agli artt. 6, § 2, e 7 Cedu<sup>44</sup> (oltre che del principio stabilito all'art. 4 del settimo protocollo addizionale alla CEDU).

L'iter argomentativo in questione è stato avvalorato dalla nota giurisprudenza in materia di confisca urbanistica<sup>45</sup>, laddove, in estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell'art. 7 Cedu e del divieto di responsabilità per fatto altrui proprio a discapito di enti collettivi, in considerazione del fatto che la misura ablatoria di carattere sostanzialmente penale fosse stata disposta nei loro confronti nell'ambito di un giudizio penale di cui le persone giuridiche non erano state parti<sup>46</sup>.

La seconda questione riguarda, invece, la *riferibilità delle garanzie convenzionali alla disciplina* delineata dal d.lgs. n. 231: si tratta di verificare la riconducibilità del *corpus* normativo alla nozione convenzionale autonoma di "materia penale".

La dottrina mostrò sensibilità al problema già all'indomani dell'introduzione del sistema sanzionatorio<sup>47</sup> - nonostante all'intuizione non seguirono particolari approfondimenti<sup>48</sup> -

ritenendo concordemente che, sottoposto al vaglio di qualificazione secondo i criteri sostanziali di delimitazione della materia penale<sup>49</sup>, il regime di responsabilità dell'ente collettivo assumesse inconfondibili sembianze penalistiche.

Si tratta, come è noto, di criteri di qualificazione tendenziali e alternativi, da apprezzare congiuntamente ai fini di una valutazione complessiva della natura penale di una sanzione in rapporto alla Convenzione. Nell'elaborazione della Corte Europea, se il criterio che fa riferimento alla qualificazione formale dell'illecito nell'ordinamento di appartenenza ha sempre rivestito valore relativo, anche i canoni attinenti alla natura e alla struttura del fatto e alla severità della sanzione sono passati progressivamente in secondo piano, rilevando in via sussidiaria, in direzione della crescente valorizzazione della sanzione nella sua dimensione teleologica<sup>50</sup>.

In breve, deve affermarsi la natura sostanzialmente punitiva di una sanzione che, a prescindere dal *nomen iuris* usato nell'ordinamento domestico, sia destinata a perseguire uno scopo (prevalentemente) deterrente-repressivo, anche in considerazione del legame di pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato e della procedura finalizzata al suo accertamento e alla sua applicazione, nonché della generalità del precetto e dei suoi destinatari e della significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico.

Nel caso del d.lgs. n. 231, nella sanzione applicata all'ente in funzione del reato commesso da un suo organo o da un suo dipendente coesistono teleologicamente componenti repressive e preventive - queste ultime non di mero controllo ma di intimidazione - le quali non si pongono in una relazione dicotomica, ma complementare: la valutazione complessiva della dimensione sanzionatoria depone a favore di una connotazione *punitiva* del sistema<sup>51</sup>. Invero, le sanzioni sono applicabili nell'ambito di un procedimento di cognizione del giudice penale e, pur nella loro varietà tipologica<sup>52</sup>, possono attingere in concreto la sfera di interessi propria del soggetto giuridico con un elevato grado di incisività, secondo una *escalation* di afflittività che può culminare, nei casi più gravi, nella soppressione dell'ente mediante l'interdizione dall'esercizio delle attività (ex art. 9, c. 2, lett. a).

Va segnalato, a tal riguardo, come in una sentenza di merito del giudice italiano, nota per l'esito assolutorio della pronuncia nei confronti dell'ente<sup>53</sup>, la natura penale del regime di responsabilità sia stata desunta proprio dall'adozione della criteriologia convenzionale; sulla scorta di tale premessa, poi, è stato interpretato il requisito

dell'interesse o vantaggio previsto dall'art. 5, ponendo al centro del ragionamento ermeneutico il principio di colpevolezza che caratterizza il rimprovero penalistico.

D'altra parte, l'art. 3 d.lgs. n. 231/2001, nel disciplinare il principio di irretroattività della responsabilità da reato dell'ente sancito nella disposizione precedente, recepisce lo statuto penale della successione di leggi nel tempo, nonché il principio della retroattività della legge più favorevole<sup>54</sup>. Attraverso questa scelta, motivata dall'esigenza di destinare all'ente la stessa disciplina di favore prevista nei confronti dell'imputato persona fisica, anche in considerazione dell'incisività delle nuove sanzioni<sup>55</sup>, il legislatore delegato collega l'illecito *amministrativo* al canone costituzionale dell'art. 117, c.1 Cost., che vincola l'ordinamento interno al rispetto dei principi sovranazionali. Enunciando il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli, l'art. 3 richiama, infatti, uno dei postulati di garanzia riconosciuti dalla Corte di Strasburgo nell'ambito dell'art. 7 CEDU e ritenuti applicabili agli illeciti punitivi, anche amministrativi, rientranti nel concetto di "materia penale"<sup>56</sup>.

All'esito delle osservazioni che precedono, può, dunque, affermarsi la sicura estensibilità al sistema di responsabilità da reato dell'ente delle garanzie convenzionali di legalità, equo processo, diritto di ricorso e *ne bis in idem*.

## 2.2. L'orizzonte costituzionale e gli approdi dottrinali e giurisprudenziali.

Oltre al richiamo ai principi costituzionali per l'operatività del parametro di legittimità interposto di cui all'art. 117 Cost., è possibile rinvenire *ulteriori* garanzie di ordine costituzionale? La persona giuridica può ritenersi diretta destinataria delle tutele ricomprese nella nozione *costituzionale* di materia penale?

Come è noto, la riflessione sui limiti di compatibilità tra responsabilizzazione della *societas* e principi costituzionali anima il dibattito penalistico da lungo tempo e, a seguito della scelta legislativa compiuta nel 2001, si è cimentata nel problematico adattamento delle strutture imputative, soprattutto alla luce dell'art. 27 Cost.<sup>57</sup>.

In questa sede, tuttavia, mantenendo l'approccio metodologico che abbiamo scelto di adottare, si ritiene preferibile traslare il punto di osservazione della disciplina in termini di garanzie sul piano assiologico, in riferimento alla sfera degli interessi in gioco. Nel tessuto costituzionale non si rinvencono precetti espressamente orientati alla responsabilità amministrativa degli enti collettivi<sup>58</sup>, tanto da far ritenere che la previsione

dell'art. 27, c.1 Cost., pensata essenzialmente per le persone fisiche, piuttosto che escluderla, lasci sostanzialmente impregiudicata l'ammissibilità o meno di una responsabilità punitiva riferibile agli enti collettivi<sup>59</sup>. Ciò nonostante, è indubbio che il ruolo sociale ed economico rivestito (anche) dalle organizzazioni collettive riceva un pregnante ed elevato riconoscimento costituzionale. L'attuazione di tali interessi, tuttavia, richiede un delicato e ragionevole contemperamento «tra libertà di autoorganizzazione dell'ente ed esigenze penal-preventive, alla stregua dell'art. 41 Cost., il quale sancisce il principio della libertà di iniziativa economica, ma con i limiti assiologici/teleologici della sicurezza, libertà e dignità umana, al fine di realizzare l'utilità sociale. Essendo l'attività di impresa un'attività socialmente utile e, al contempo, rischiosa, va individuato il limite del "rischio consentito"; siccome, però, l'impresa non nasce per prevenire delitti, tale limite va fissato in modo *ragionevole* e *proporzionato*, compatibile con gli obiettivi primari leciti degli enti»<sup>60</sup>. In altri termini, nel *responsabilizzare* le attività economiche al rispetto di interessi sovraordinati, l'art. 41 Cost. funge al contempo da «parametro di ragionevolezza nei confronti di norme sanzionatorie il cui effetto consista in una compressione eccessiva della libertà dell'imprenditore di organizzare e dirigere la propria impresa»<sup>61</sup>.

Senonché, il diverso grado di importanza evidentemente assunto dal bene individuale della libertà personale – fondamento stesso delle esigenze di garanzia che la Costituzione cristallizza in materia penale – rispetto all'interesse collettivo di stampo economico, dovrebbe, secondo alcuni, deporre a sfavore di quella che abbiamo definito l'opzione estensiva delle tutele o quanto meno a favore di un'opzione estensiva di carattere parziale o ridotto.

Ciò a meno che non si accetti di prendere in considerazione gli interessi menzionati per il peso specifico che ciascuno di essi assume in relazione al rispettivo titolare: in altri termini, la compressione autoritativa degli interessi economici e della libertà di impresa rappresenta *sostanzialmente* per l'ente ciò che la limitazione coercitiva della libertà personale implica per l'individuo. Se, all'esito di un processo penale, entrambe le misure sanzionatorie incidono sui rispettivi destinatari in funzione repressiva e con effetti afflittivi, perché non destinarvi il medesimo *livello* (si badi bene non il medesimo contenuto) di garanzie, pur nel riconoscimento delle specificità e peculiarità dei destinatari stessi?<sup>62</sup>

Allo stesso modo, nell'ottica processual-penalistica, si è ritenuto che poiché «non può darsi processo

penale senza un'applicazione incondizionata dei principi che lo governano» e considerato che «i *procedural rights* di origine costituzionale non sono stati pensati e non attengono alla persona come tale, ma alla persona come imputato», «si impone senza riserve la necessità di trattare la responsabilità degli enti *ex delicto* nel rispetto di tutti i principi di garanzia previsti dalla Costituzione e dalle Carte europee dei diritti»<sup>63</sup>. L'istanza di garanzia che vincola l'esercizio della potestà punitiva e la compressione di interessi costituzionali non può, dunque, essere sacrificata in dipendenza del tipo di destinatario.

A ben vedere, peraltro, l'esigenza di estendere lo statuto di principi all'apparato sanzionatorio previsto nel "sistema 231" si rende ancora più stringente in considerazione del nesso funzionale che lega il piano individuale e quello collettivo nella dimensione organizzativa, nella misura in cui i riflessi della sanzione collettiva si ripercuotono pur sempre su destinatari individuali.

Alle complesse questioni in esame è sottesa una rilevante incongruenza di fondo, su cui insiste parte della dottrina.

Nonostante le sfere di responsabilità individuale e collettiva gravitino intorno al medesimo fatto di reato, la loro connotazione in termini di garanzie sostanziali e processuali appare fortemente divergente. L'addebito di responsabilità transita, tramite una complessa e tutt'ora controversa struttura imputativa<sup>64</sup> dal fatto illecito commesso dall'individuo all'ente, approdando alla dimensione collettiva, al di fuori delle richiamate garanzie penalistiche: sicché, l'asimmetria tra i due piani merita di essere posta in evidenza e, laddove possibile, corretta e riequilibrata.

Secondo questa opinione, invero, alla confusione interpretativa ingenerata dall'ambigua etichettatura normativa del d.lgs. 231/2001 sembra essere conseguito, quale effetto surrettizio sul piano applicativo, il ridimensionamento delle esigenze di garanzia e l'allargamento delle strette maglie di cui è intessuto il sistema di principi e diritti che costituiscono prerogativa esclusiva del diritto penale<sup>65</sup>.

La qualifica formale attribuita dal nostro legislatore alla responsabilità da reato delle *societas*, unitamente alla sfuggente formulazione dei presupposti di accertamento della responsabilità, fa sì che i giudici di merito e la stessa Corte di Cassazione si sentano autorizzati a distaccare la disciplina dalla sfera di competenza dei principi garantistici più forti e più pregnanti che la Costituzione riserva alla materia penale<sup>66</sup>.

In quest'ottica, la scelta precettiva parrebbe essere stata compiuta nel senso di privilegiare nettamente

l'efficientismo politico criminale a scapito delle istanze di garanzia sottese alla tutela dei diritti di cui è titolare l'ente collettivo, ingenerando un palese discostamento da quel parametro di ragionevolezza fondato dall'art. 41 Cost. e creando gangli di illegittimità nel tessuto normativo<sup>67</sup>.

Altra parte della dottrina, nel sottoporre il sistema di responsabilità penale ad un *vaglio di compatibilità* generale con i principi propri della "materia penale" ha assunto posizioni del tutto differenti, ritenendo che, nell'elaborare la disciplina, la *mens* del legislatore sia stata animata da uno spirito garantistico<sup>68</sup>: alla "minimizzazione" nominalistica dell'istituto si sarebbe accompagnata una "massimizzazione" contenutistica delle garanzie, tale da collocare il sistema predisposto dal decreto legislativo n. 231/2001 nell'area dell'illecito punitivo<sup>69</sup>.

Sulla stessa lunghezza d'onda convergono le posizioni della giurisprudenza inclini alla riconduzione del regime di responsabilità da reato dell'ente nell'alveo del c.d. *tertium genus*, inteso come un sottosistema distinto, autonomo, ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di "terzo binario" del diritto criminale che si colloca entro il più ampio quadro del sistema punitivo comprendente sia l'illecito penale che quello amministrativo<sup>70</sup>.

Sul punto si è osservato che «se è vero che l'idea del *tertium genus* sembra essere sorta per evitare l'applicazione dei principi di garanzia o comunque per affermarne una loro valenza comunque "debole", tuttavia, in seguito, essa è stata utilizzata per scindere le problematiche concernenti i principi da quelle relative alla disciplina, nel senso che se rispetto alle prime non si esita ad affermare la natura penale e quindi la piena operatività dei principi di garanzia, rispetto alla disciplina si lascia invece una sorta di zona franca in cui natura penale e natura amministrativa possono venire in gioco a seconda dell'istituto e della problematica che si prende in considerazione»<sup>71</sup>.

Non è difficile scorgere, in effetti, l'utilitaristico pragmatismo che si cela dietro simile orientamento, coniato per "far quadrare i conti" nel bilancio delle garanzie e, al contempo, per consentire un alleggerimento del rigore insito nell'applicazione di principi "forti" e una mobilità del sistema tra l'uno e l'altro livello sanzionatorio a seconda del profilo di disciplina di volta in volta preso in considerazione<sup>72</sup>.

Così è avvenuto, per esempio, quando la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi in merito al regime della prescrizione di cui all'art. 22, congegnato in termini marcatamente civilistici. Sul punto, i giudici di legittimità hanno

ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, «atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità "ex delicto" di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione»<sup>73</sup>.

Secondo parte della dottrina, peraltro, il trattamento riservato alla prescrizione sarebbe un indice delle scelte legislative di costruire un modello di responsabilità dell'ente collettivo del tutto autonomo da quello della persona fisica<sup>74</sup>.

In definitiva, rimane da chiedersi se questo nuovo modello epistemologico "para-penale", strutturato secondo il fluido concetto di rischio, in cui si recepiscono istanze preventive imperniate sull'autocontrollo penale e sull'affievolimento dei principi, non si traduca in un'ulteriore forma di general-prevenzionismo «ispirata all'idea di una giurisdizione che si piega a riconoscere capillarmente in modo diretto le esigenze di scopo che percorrono variamente il corpo sociale»<sup>75</sup>.

Al di là delle prese di posizione sulla opportunità politico criminale di ricorrere a forme di ibridazione sanzionatoria, il rischio reale è quello di esporre il sistema alle ambiguità applicative sottese ai confini mobili dell'illecito para-penale, soprattutto in punto di definizione del corredo di garanzie applicabili<sup>76</sup>.

### 3. Il modello di organizzazione e gestione al vaglio delle garanzie: criticità in punto di determinatezza, accessibilità e prevedibilità della norma penale.

In sede di analisi della tenuta della disciplina rispetto ai principi cardine della "materia penale", pare preferibile adottare un criterio di massimizzazione delle garanzie e dei diritti fondamentali, che consideri gli statuti di fonte convenzionale e costituzionale in rapporto di complementarità (e non di antinomia) e che consenta un complessivo innalzamento del livello di tutela<sup>77</sup>.

Così, a proposito del principio di legalità, si è osservato un progressivo allineamento delle posizioni delle "due Corti" - quella Costituzionale e quella di Strasburgo - in ordine all'adozione di un criterio sostanziale di definizione della "materia penale", focalizzato sulla natura punitivo-afflittiva delle misure limitative di diritti.

In questa prospettiva, l'ordinamento interno sembrerebbe disposto a rinunciare alla rigidità e al formalismo, anche a costo di creare incertezze nell'individuazione dei limiti della "materia penale", pur di estendere principi e garanzie penalistici al di là dei confini della responsabilità formalmente qualificata dal legislatore come "penale"<sup>78</sup>.

Nondimeno, all'adozione di un orizzonte ermeneutico a vocazione europea è associato, in realtà, un costo ben più elevato, consistente nella progressiva erosione della legalità *legicentrica*, cui fa da contraltare la corrispondente affermazione del ruolo normativo della giurisprudenza<sup>79</sup>.

Non potendo in questa sede approfondire tale aspetto<sup>80</sup>, pare sufficiente, ai nostri fini, riprendere le autorevoli suggestioni di chi, valorizzando «un'idea non deteriore della *relatività* della legalità», è riuscito a cogliere il confine tra le sue plausibili trasformazioni e i suoi pericolosi tradimenti<sup>81</sup>.

In quest'ottica, dunque, non pare possa ricondursi ad un tradimento della legalità la prospettiva finalizzata alla sperimentazione di più elevati standard di tutela mediante l'accostamento di istanze *legalitarie* di matrice differenti.

Sicché, nel misurare il livello di compatibilità delle tecniche normative di tipizzazione degli illeciti punitivi rispetto al canone di legalità, sembra preferibile accostare al parametro interno della *determinatezza* del precetto, corollario dell'art. 25 Cost., il parametro convenzionale della ragionevole *prevedibilità-accessibilità*, ricompreso secondo l'interpretazione dei giudici di Strasburgo nell'art. 7 CEDU<sup>82</sup>.

Nel tentativo di armonizzare i contenuti dei due ambiti di tutela<sup>83</sup>, è opportuno riferirsi alla prevedibilità (non tanto e non solo come idoneità della norma a consentire ai suoi destinatari di prevederne le conseguenze applicative, ma) quale esigenza che alla precisione della norma penale si accompagni la stabile interpretazione sul piano del "diritto vivente"<sup>84</sup>.

Adottando questa prospettiva e volgendo nuovamente lo sguardo alla disciplina oggetto della nostra analisi, è interessante osservare in via preliminare come, riconducendo il regime di responsabilità dell'ente entro la cornice di garanzia della "materia penale", il principio di legalità sancito nell'art. 2 d.lgs. n. 231/2001 riceva un importante rafforzamento sul piano gerarchico<sup>85</sup>. Ragionando in questi termini, infatti, è possibile superare le criticità evidenziate dall'idea - emersa in dottrina - che «l'affermazione del principio di legalità contenuta in una legge ordinaria (come l'art. 1 l. n. 689/1981 o l'art. 2 d.lgs. n. 231/2001) abbia un valore indicativo per il legislatore futuro ed anche per l'interprete, ma sia vincolante solo

per quest'ultimo e non per il primo»<sup>86</sup>.

Nel prisma della legalità convenzionale e costituzionale, uno dei profili disciplinari che, a nostro avviso, sembra prestare maggiormente il fianco ad obiezioni in punto di tipizzazione e prevedibilità è rappresentato dal modello di organizzazione e gestione, di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Come è noto, l'istituto in questione è ritenuto l'asse portante del paradigma di responsabilità da reato degli enti: nel tentativo di formulare un rimprovero in termini di colpevolezza nei confronti dell'ente, il legislatore ha inserito nel sistema un criterio di imputazione funzionalmente ispirato a logiche di prevenzione e strutturalmente ancorato al concetto di *colpa di organizzazione*<sup>87</sup>.

Al riguardo, i profili controversi sono ancora molteplici: sul piano teorico-ricostruttivo, il nucleo concettuale e contenutistico della colpa di organizzazione appare tutt'altro che definito, tanto che alcuni autori mettono in discussione non solo la funzione imputativa del modello, ma anche la stessa possibilità dogmatica di ricondurre il paradigma di responsabilità corporativa nell'alveo dell'illecito (penale) a struttura colposa.

Attenendoci alla *voluntas legis* e ammettendo che si tratti di un autentico, quanto inedito, *criterio di imputazione soggettiva*, può rilevarsi come la tecnica di tipizzazione normativa presenti evidenti *deficit* in punto di determinatezza e prevedibilità.

Nel delegare all'ente il compito di auto-dotarsi di misure organizzative adeguate a prevenire il rischio di verificazione di reati, il legislatore ha, infatti, rinunciato a predeterminare lo standard cautelare richiesto affinché un modello possa ritenersi *idoneo* allo scopo e neppure si è incaricato di fissare i criteri valutativi di adeguatezza. L'intento sotteso a tale scelta è quello di privilegiare esigenze di flessibilizzazione dei contenuti "cautelari", in modo da rendere il modello di organizzazione e gestione un meccanismo preventivo *aperto* verso variegate tipologie di reato<sup>88</sup>.

Ciò comporta imprevedibili scenari ascrivibili per l'ente, oltre che censurabili frizioni con il principio di legalità penale<sup>89</sup>: un forte disincentivo alla diligente organizzazione, con la conseguente frustrazione degli obiettivi di prevenzione generale. In altre parole, come è stato puntualmente osservato in dottrina, nel caso del modello di organizzazione e gestione, da un lato «manca in misura significativa la riconoscibilità della regola cautelare concernente lo specifico rischio-reato da contenere» - riconoscibilità che rappresenta il criterio più adeguato a soddisfare le esigenze di determinatezza imposte dal tipo colposo<sup>90</sup> - dall'altro lato, «risulta seriamente inficiata la stessa

predeterminabilità delle decisioni giudiziali, i cui margini di apprezzamento discrezionale sono così ampi da prefigurare una sostanziale "supplenza giudiziaria"<sup>91</sup>.

Sul versante applicativo, una parte della giurisprudenza interna sembra confutare la presenza del richiamato deficit di determinatezza. A tal proposito, va segnalato come in una sentenza di merito sia stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 d.lgs. 231/01 che era stata sollevata adducendo proprio l'indeterminatezza del dettato normativo. La motivazione del rigetto si fonda, da un lato, sulla considerazione secondo cui l'adozione e la effettiva implementazione dei modelli organizzativi rappresenterebbero, «non già elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti», assumendo esclusivamente valenza esimente; dall'altro, il giudice ha rilevato come «il legislatore ha disegnato un sistema di corporate *compliance* incentrato sul dovere di autocontrollo dell'ente, in cui la previsione di modelli organizzativi si inserisce in realtà in un quadro sistematico *coerente*, già presente nel 2001 e successivamente precisatosi in modo ancor più nitido per effetto della recente riforma del diritto societario»<sup>92</sup>.

Di converso, in altre pronunce di legittimità si segnala l'esigenza che l'accertamento della responsabilità dell'ente sia svolto senza incorrere in indebiti automatismi in base ai quali se il reato è commesso dalla persona fisica significa che il modello organizzativo dell'ente sia *in re ipsa* inadeguato. Così, in una recente sentenza è stato puntualizzato il principio di diritto secondo cui «in tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica compete al giudice di merito, investito da specifica deduzione, accertare preliminarmente l'esistenza di un modello organizzativo e di gestione del D.Lgs. n. 231 del 2001, *ex art. 6*; poi, nell'evenienza che il modello esista, che lo stesso sia conforme alle norme; infine, che esso sia stato efficacemente attuato o meno nell'ottica prevenzionale, prima della commissione del fatto»<sup>93</sup>.

A fronte di tale altalenante atteggiamento ermeneutico, *de jure condendo*, occorre senz'altro riflettere sull'opportunità di arricchire di contenuti le scarse indicazioni rinvenibili nel co. 2 dell'art. 6 e di predeterminare i criteri di adeguatezza per i quali il modello possa ritenersi idoneo.

Sul punto, le proposte di riforma sono molteplici. C'è chi ha proposto di rafforzare la cooperazione pubblica nell'autonormazione privata, anche mediante la previsione di meccanismi di validazione e procedure di accreditamento dei modelli<sup>94</sup>.

In breve, in relazione alla possibilità di sperimentare paradigmi di certificazione del modello cui conseguano presunzioni legali idoneità sono emerse diverse notazioni critiche in dottrina, incentrate sul rischio che, mediante simili strategie, si finisca per passare da una problematica privatizzazione della fonte cautelare ad una rischiosa “privatizzazione” del giudizio colposo<sup>95</sup>.

Altri autori<sup>96</sup>, poi, hanno suggerito l’implementazione in via legislativa di prescrizioni organizzative diversificate a seconda della macro-tipologia di rischio-reato oggetto di prevenzione, ovvero in relazione al settore di attività esercitata dall’ente collettivo<sup>97</sup>.

Una “terza via” viene da tempo percorsa, come è noto, nel settore della sicurezza del lavoro, laddove i contenuti del modello di organizzazione e gestione rivolto alla prevenzione dei reati presupposto di cui all’art. 25 *septies* d.lgs. n. 231/01 sono stati ampliati dall’art. 30 d.lgs. 81/08, che ha introdotto, al contempo, una sorta di presunzione di conformità ai requisiti di idoneità delineati per i «Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007» (art. 30, c. 5)<sup>98</sup>.

Senonché, diversamente da quanto osservato a proposito della disciplina generale del modello di cui all’art. 6 d.lgs. 231, in questo settore il legislatore, nell’elencazione degli obblighi giuridici il cui adempimento deve essere garantito dal modello organizzativo idoneo, sembra aver “peccato per eccesso”, adottando un approccio burocratizzante, *aziendale* più che *normativo*<sup>99</sup>: l’ennesima dimostrazione di quanto sia opportuno privilegiare non la quantità delle indicazioni normative, ma la qualità delle tecniche di formulazione del precetto. Se il vizio si presenta in termini di determinatezza/prevedibilità, l’antidoto migliore non può che consistere nel ripristino della stretta legalità<sup>100</sup>. Dunque, per recuperare l’istanza di determinatezza della componente cautelare e circoscrivere gli spazi di discrezionalità in sede di valutazione giudiziale di adeguatezza del modello, snodo cruciale del giudizio di rimproverabilità dell’ente secondo il vigente congegno normativo, la prospettiva preferibile tra quelle prospettate parrebbe quella di tentare un recupero della dimensione propria della “colpa” organizzativa - quella specifica - mediante il rafforzamento e la puntualizzazione delle regole positivizzate<sup>101</sup>.

### 3.1. (segue) Criticità in punto di presunzione di innocenza.

L’art. 6, c.1 d.lgs. 231/01 è sovente indiziato di

prestare il fianco ad un ulteriore vizio di legittimità: nel declinare il criterio di imputazione “soggettivo” qualora il reato presupposto sia commesso da soggetti in posizione apicale, il legislatore si è servito di un’infelice formula normativa - “*l’ente non risponde se prova che*”<sup>102</sup>- che si traduce nella problematica inversione della regola di giudizio secondo cui l’onere probatorio di un’accusa penale debba ricadere esclusivamente sull’organo inquirente.

Il criterio di imputazione del reato all’ente, tale da fondare secondo *l’intentio legis* un autentico rimprovero di colpevolezza, viene dunque formulato in termini presuntivi, rimanendo a carico dell’ente l’onere di fornire una prova a sua discolta. Tra gli elementi indicati dalla norma, tuttavia, quello relativo al modello di organizzazione e gestione assume una portata preponderante: a nulla vale il rispetto delle altre condizioni se, in seguito all’accertamento di un reato presupposto, non si riesce a superare la presunzione di deficit organizzativo.

La logica premiale sottesa al sistema di cogestione del rischio e la possibilità per l’ente di andare esente da responsabilità viene fatta dipendere, in sostanza, dalla valutazione giudiziale di adeguatezza del modello, che, stando alla *littera legis*, si presume inidoneo fino a prova contraria. Sicché, nel delineare la struttura della responsabilità dell’ente per il fatto degli apicali, il legislatore sembra essersi servito di un modulo - l’inversione dell’onere della prova - estraneo ai principi del diritto penale e tipico di altri sistemi sanzionatori<sup>103</sup>.

Occorre chiedersi, pertanto, se un regime derogatorio di questo tipo possa giustificarsi alla luce dello statuto di garanzie della “materia penale”.

Per rispondere a tale quesito è necessario affrontare due questioni di carattere preliminare. In prima battuta, occorre comprendere il modo in cui si atteggia il principio di presunzione di innocenza a cavallo tra i due sistemi di garanzie, quello costituzionale e quello convenzionale.

In secondo luogo, è necessario chiarire, alla luce delle diverse opinioni in dottrina e in giurisprudenza, se la regola di giudizio in questione configuri *sostanzialmente* un regime derogatorio di dubbia compatibilità, ovvero se sia opportuno ritenere che la clausola di cui all’art. 6 non contenga un’inversione dell’onere della prova, ma fondi una norma di favore per l’ente pienamente in linea con i principi di garanzia.

Con riguardo al principio di presunzione di innocenza, un punto di raccordo tra le due prospettive di garanzia è stato rinvenuto nella

tendenza ermeneutica fatta propria dalla giurisprudenza di Strasburgo volta ad arricchire di contenuti sostanziali il principio di cui all'art. 6, c. 2 CEDU (diritto ad un processo equo), accostandolo alla dimensione interna costituita dal principio di colpevolezza, ex art. 27 c. 2 Cost.<sup>104</sup>

In ottica convenzionale, si è osservato come il principio sancito dall'art. 6 c. 2 CEDU esprima, in prima istanza, un significato "minimo-processuale" esigendo l'onere della prova in capo all'accusa, nonché il principio che il dubbio giovi all'accusato. Senonché, l'interpretazione teleologica della Corte europea, chiamata a esprimersi in ordine all'utilizzo da parte degli ordinamenti nazionali di forme di presunzione di colpevolezza, ha posto la valutazione di compatibilità di tali clausole in correlazione con il problema sostanziale della definizione dei presupposti della responsabilità penale<sup>105</sup>. In estrema sintesi, la Corte si è espressa nel senso di ritenere ammissibili presunzioni di fatto o di diritto in materia penale purché le stesse siano formulate in termini relativi e ragionevoli, anche in considerazione della gravità del fatto sanzionato, preservando in ogni caso il diritto della difesa di fornire la prova dell'esclusione della propria responsabilità<sup>106</sup>. A questa esigenza fa da contraltare, tuttavia, l'istanza secondo cui, in ogni caso, la dichiarazione di una responsabilità *penale* richieda non solo l'accertamento di una condotta materiale, ma anche di un legame di carattere psicologico-intellettuale<sup>107</sup>. Ciò comporta «il riconoscimento in concreto della categoria della colpevolezza, non contemplata necessariamente in astratto», nonché il ripristino dell'onere probatorio in capo all'accusa circa l'elemento soggettivo del fatto criminoso quando si tratti di addebitare ipotesi di responsabilità formulate in termini presuntivi<sup>108</sup>.

In altri termini, come la stessa Corte afferma nella nota sentenza *G.I.E.M vs Italia*, adottando una visione sistematica della Convenzione è possibile ricondurre i principi espressi agli artt. 7 e 6 § 2, nei loro rispettivi ambiti, alla «tutela del diritto di una persona di non essere sottoposta ad una pena senza che la sua responsabilità personale, compreso un nesso di natura intellettuale con il reato, sia stata debitamente accertata»<sup>109</sup>.

Avuto riguardo al profilo processuale della presunzione di innocenza e, in particolare, alla seconda delle questioni poc'anzi sollevate a proposito della ammissibilità del regime derogatorio di cui all'art. 6 d.lgs. 231, è possibile osservare come, nell'ambito del dibattito interno, il problema dell'inversione probatoria ivi sancita venga in alcuni casi ridimensionato, in altri sdrammatizzato, in altri ancora segnalato come

un'aporia del sistema tale da richiedere di essere riformata o quantomeno interpretata in senso costituzionalmente conforme.

Sul primo versante, possono collocarsi le opinioni di quegli autori che hanno considerato la previsione dell'art. 6 una fattispecie esimente, da ricondurre nell'ambito delle cause di giustificazione, ovvero sul piano della non punibilità e ritenendo che, in questi termini, la norma vada esente da censure in punto di garanzie<sup>110</sup>.

Secondo un altro autore, alla luce della prassi applicativa, incline ad uno spontaneo riequilibrio degli oneri probatori, la questione andrebbe sdrammatizzata «tenuto conto, in particolare, del fatto che, nel gioco processuale delle parti, sarà l'ente stesso, il più delle volte, a preoccuparsi di portare all'attenzione del giudice la documentazione relativa al modello organizzativo adottato, mentre sarà poi lo stesso giudice a verificarne l'efficienza e l'idoneità», affidando la sua valutazione agli esiti di una perizia<sup>111</sup>.

In questo senso, la giurisprudenza sostiene l'idea, avanzata anche in dottrina<sup>112</sup>, secondo la quale l'art. 6 vada interpretato nei termini di un mero onere di allegazione. Non sarebbe ravvisabile nella disciplina un'ipotesi di inversione dell'onere della prova, gravando comunque sull'accusa «la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria», provando di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi<sup>113</sup>.

Al di là dell'apprezzabile tentativo di fornire una lettura costituzionalmente conforme, la formulazione normativa in questione non può, in realtà, essere interpretata se non, come è stato condivisibilmente rilevato, nei termini di un'autentica presunzione legale di colpevolezza fondata sul principio di identificazione ed immedesimazione della società con i suoi organi di vertice: «l'annichilimento delle prerogative dell'imputato appare innegabile, dal momento che la previsione normativa addossa alla società incolpata il rischio della mancata prova dell'assenza di "colpa" per il fatto del suo vertice»<sup>114</sup>.

La norma finisce evidentemente per confliggere con la presunzione di innocenza, sia in ottica costituzionale, sia in rapporto all'accezione più ristretta del principio elaborata dalla Corte Edu (e poc'anzi richiamata): la prova delle condizioni di cui all'art. 6 appare pressoché diabolica – solo considerando che la mera circostanza che

il reato sia stato commesso deponga a sfavore dell'ente – e finisce così per vanificare le possibilità difensive dell'ente, rendendo l'ipotesi presuntiva non riconducibile entro i limiti di ragionevolezza affermati dalla Corte di Strasburgo<sup>115</sup>.

In senso difforme si è espressa la giurisprudenza: merita di essere richiamata sul punto una pronuncia di merito che, in ordine alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, 6, 25 d.lgs. 231/2001 in relazione agli artt. 27, 77 comma 1, 117 Cost., ha ritenuto l'inversione dell'onere della prova in relazione alla responsabilità ascritta agli enti compatibile con la Convenzione europea e con la Costituzione, in ragione del fatto che il legislatore avrebbe «creato una responsabilità *ibrida* (da accertare in sede penale ma con regole speciali che esulano dai principi processuali penali) in cui l'allegazione dell'esimente è rimessa al soggetto che la conosce e intende prospettarla al giudice»<sup>116</sup>. Questo atteggiamento interpretativo è emblematico dell'anomalia di fondo di cui, a nostro avviso, è viziata l'intera disciplina, anomalia che si è cercato di mettere in luce a più riprese nel corso delle riflessioni sin qui condotte: ovvero l'idea secondo cui al carattere eclettico, ibrido, *sui generis* del paradigma ascrittivo introdotto nell'ambito del d.lgs. 231/01 corrisponda, sul fronte applicativo, un'ermeneutica flessibile, casistica, foriera dell'affievolimento delle garanzie riferibili all'ente.

### **3.2. (segue) riticità in punto di personalità del rimprovero “punitivo”: l'illecito dell'ente tra (in)capacità di agire e (in)capacità di pena.**

A ben vedere, l'ampio margine di apprezzamento da parte del giudice in ordine alla valutazione di adeguatezza e di idoneità preventiva dei modelli di organizzazione, unitamente alla presenza di un espediente probatorio che accolla alla società il rischio della mancata prova liberatoria finisce non solo per viziare il rimprovero punitivo mosso alla persona giuridica in punto di *determinatezza, prevedibilità e presunzione di innocenza*, ma anche per rivelare il carattere sostanzialmente oggettivo della responsabilità dell'ente, in caso di reati-presupposto commessi dai vertici.

Nel sottoporre la disciplina al vaglio del principio personalistico, occorre preliminarmente sottolineare come il tentativo di rintracciare significati e contenuti convergenti tra gli statuti di garanzia in esame si riveli - in questo caso - particolarmente problematico. In ottica costituzionale, quello di personalità della responsabilità penale, saldamente ancorato all'art. 27 Cost., è un principio fondamentale di garanzia: nella misura in cui fonda lo scopo e i limiti della materia penale, esso esclude senza riserve che

possano ammettersi forme di rimprovero penale per un fatto *altrui o incolpevole*<sup>117</sup>.

Nel contesto sovranazionale, invece, il principio di colpevolezza non viene espressamente richiamato dalla Convenzione ma, come poc'anzi segnalato, è stato solo di recente enucleato dalla Corte di Strasburgo quale corollario dei principi espressi agli artt. 7 e 6 § 2. L'elaborazione sovranazionale del principio comprende essenzialmente l'istanza di riconoscibilità del significato della norma punitiva e ammette forme di responsabilità presuntiva, purché entro *limiti ragionevoli*, assumendo dunque una portata sensibilmente riduttiva rispetto alla pregnanza del principio in chiave costituzionale<sup>118</sup>. I recenti approdi della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria, pur nella varietà delle soluzioni adottate, tendono a escludere l'inconciliabilità tra il sistema di responsabilità “penale” collettiva e il principio di personalità costituzionale, ritenendo il paradigma imputativo di cui all'art. 6 un criterio idoneo a fondare un'autentica colpevolezza dell'ente. Lo spettro della responsabilità oggettiva viene allontanato dal sistema mediante il ricorso a meccanismi di personalizzazione del rimprovero che ricostruiscono l'illecito collettivo ora mediante il paradigma concorsuale, ora configurando un'ipotesi omesso impedimento colposo, ora ritenendo che il deficit organizzativo costituisca il fatto proprio dell'ente, la cui punibilità è obiettivamente condizionata al reato della persona fisica.

Nondimeno, sul versante giurisprudenziale si è escluso perentoriamente che il meccanismo di imputazione previsto per il fatto dei vertici si ponga in violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Le Sezioni Unite *Thyssenkrupp* hanno affermato che l'ente risponda per un fatto *proprio* e *colpevole*, da un lato, ritenendo che «il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come “*proprio*” anche della persona giuridica, e ciò in forza del *rapporto di immedesimazione organica* che lega il primo alla seconda»; dall'altro lato, hanno sostenuto che la disciplina sia compatibile anche con il principio di colpevolezza. Tuttavia, sottolinea la Corte, a fronte di un'indagine avente ad oggetto una condotta diversa da quella umana, occorre considerare il principio alla stregua delle peculiarità della fattispecie e declinare la colpa dell'ente in chiave squisitamente normativa. In altre parole, «si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare

le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione»<sup>119</sup>.

Tale lettura è stata accolta con favore da parte della dottrina che, prendendo atto della diversa consistenza strutturale e soggettiva che intercorre tra uomo ed ente, suggerisce l'elaborazione di un peculiare diritto punitivo dell'ente, in cui il personalismo della responsabilità si riferisce alla sua consistenza organizzativa. In altri termini, si sostiene che «se l'uomo ha una consistenza psico-fisica e una personalità psico-motivazionale, diversamente l'ente ha una consistenza normo-sociale, e quindi una personalità coincidente con la capacità di organizzarsi per prevenire i reati». Secondo tale impostazione, sarebbe pertanto necessario superare l'ispirazione antropocentrica basata sull'immedesimazione che trapela dalla formulazione letterale dell'art. 6, prospettando una interpretazione alternativa, ispirata alla colpa di organizzazione<sup>120</sup>.

Si tratta di percorsi interpretativi accomunati dalla tendenza ad approcciarsi alla disciplina in ottica marcatamente conservativa, nella ricerca di soluzioni dogmatiche in grado di superare «o, perlomeno, di aggirare»<sup>121</sup> l'ostacolo rappresentato dal principio personalistico nella sua massima estensione. In questi termini, l'ambizioso intento legislativo di adattare la responsabilità personale all'ente viene fatto salvo e, allo stesso tempo, vengono preservate le esigenze politico-criminali poste a fondamento dei meccanismi di punizione collettiva.

Del resto, autorevole dottrina ha osservato da tempo come il fatto di rinunciare alla costruzione di un diritto punitivo rivolto alle persone giuridiche in nome del principio di colpevolezza e della loro asserita incapacità di agire significherebbe ammettere pretese di ingiustificato privilegio: «la "capacità di colpevolezza" della persona giuridica, ideologicamente negata da un filone della dottrina, è implicita nella configurazione fattuale e giuridica di un soggetto capace di agire»<sup>122</sup>.

A ben vedere, la portata euristica di simili prospettive di indagine si risolve nella sperimentazione di tecniche dogmatiche di adattamento costituzionale delle categorie penalistiche individuali alla realtà normativa della corporazione<sup>123</sup>, ovvero nel riconoscimento all'ente di uno statuto 'minore' di garanzie, in cui i principi costituzionali assumono una portata ora minima, ora relativa, in ogni caso meno incisiva, in funzione del fatto che, in questo

contesto, non sono in gioco forme di restrizione della libertà individuale, ma il sacrificio di libertà economiche<sup>124</sup>.

In ultima analisi, all'utilizzo di espedienti linguistici di normativizzazione della realtà, i quali consentono alla persona giuridica di assumere quella consistenza ontologica di cui è empiricamente priva<sup>125</sup>, corrisponde la trasmutazione delle categorie del reato, con una ridefinizione riduttiva delle cautele: il tutto confluisce in un modello di responsabilità, quello del sistema 231, «geneticamente modificato, con sembianze ibride»<sup>126</sup>, ma con DNA penalistico<sup>127</sup>.

Senonché, a noi pare che vent'anni di disquisizioni non siano bastate a confutare in maniera convincente le opinioni di chi aveva avanzato forti perplessità in merito alla compatibilità della disciplina con il vincolo di personalità della responsabilità penale. Al riguardo, è stato acutamente osservato, già all'indomani della riforma, come non fosse possibile ravvisare «nell'ordito normativo tracciato intorno alla responsabilità dell'ente, una qualche condotta assunta in violazione di un precetto diverso e autonomo rispetto a quello che sorregge la fattispecie tipica del reato commesso»<sup>128</sup>. In definitiva, la responsabilità accollata all'ente si riduce nell'imputazione di un fatto commesso dai suoi organi e quindi di un fatto *altrui*: l'interesse o vantaggio dipendono da un comportamento tenuto da singoli individui e non configurano un fatto proprio dell'ente; d'altro canto sono le persone fisiche a dotare l'ente di modelli di organizzazione e organismi di vigilanza. Sicché, la colpa di organizzazione «fornisce solo un criterio per addossare alla società dei reati pur sempre riferibili a delle persone fisiche, onde la scissione tra il colpevole dell'illecito e l'ente chiamato a sopportarne le conseguenze non può non apparire ulteriormente confermata»<sup>129</sup>. Per la verità, tale scissione, in quanto frutto di una finzione giuridica, complica ulteriormente il quadro alla luce del principio personalistico: il fatto viene astratto dalla dimensione individuale per essere imputato all'ente, ma agli individui ritorna sotto forma di sanzione. Gli enti sono destinatari della prevenzione, ma non sono capaci di assumere comportamenti; sono destinatari della sanzione, ma non ne soffrono le conseguenze<sup>130</sup>.

Come è stato efficacemente osservato, «il processo contro gli enti nasce da una finzione alla quale si ricorre per colpire persone umane che, altrimenti, si sottrarrebbero alle loro responsabilità, usando come schermo l'ente collettivo. Finzione giustificata, purché non si dimentichi che si tratta, per l'appunto, di una "finzione": le pesanti sanzioni, previste per l'ente, si ripercuotono in

realtà sulle persone umane che stanno alle spalle; e coinvolgono inevitabilmente anche gli interessi di soggetti estranei alla gestione dell'ente, come creditori, lavoratori subordinati, ecc.»<sup>131</sup>.

Dunque, la “disciplina 231” è intessuta di congegni moltiplicatori della responsabilità penale delle persone fisiche<sup>132</sup>.

In definitiva, quella di cui si sta discutendo è una responsabilità senza colpa, senza condotta, senza illecito<sup>133</sup>; una responsabilità che potremmo definire impersonale, nella misura in cui colpisce indiscriminatamente i soggetti titolari del patrimonio dell'ente, nonché tutti coloro che dall'attività dell'ente dipendono economicamente; una responsabilità priva di fondamenti costituzionali, ma saldamente ancorata alle esigenze repressive imposte dalla complessità organizzativa delle società, la quale non consente l'individuazione di individui o organi personalmente responsabili ingenerando intollerabili “vuoti imputativi”<sup>134</sup>.

Le finzioni, infatti, per quanto riconoscibili o giustificabili, non sono compatibili con la rigidità dei principi propri del sistema penale e non possono spingersi al punto di distorcere il *modus operandi* dello strumento penale nella lotta alla criminalità di impresa<sup>135</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive a margine dell'indagine svolta.

L'indagine sviluppata ha preso le mosse dall'opportunità di ritenere estensibile anche alle persone giuridiche - in quanto soggetti titolari di fondamentali interessi meritevoli di protezione - il corredo di principi e tutele proprie della “materia penale”, laddove vengano applicate nei loro confronti misure sanzionatorie, come quelle comminate dalla “disciplina 231”, sostanzialmente riconducibili, per scopo e grado di afflittività, entro i confini di tale nozione.

La ricerca dello standard di garanzie riferibile alle *societas* è stata ambientata in una dimensione giuridica estesa al livello sovranazionale ed ha interessato tutele sostanziali e processuali che assumono rilevanza in materia penale sia in ottica convenzionale che sul piano costituzionale.

Il “test di compatibilità” del *corpus* normativo si è incentrato sul paradigma di ascrizione previsto in caso di reato presupposto commesso dai vertici. Al vaglio di legittimità, il meccanismo di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 è apparso affetto da censure in punto di legalità (determinatezza e prevedibilità), presunzione di innocenza e personalità del rimprovero penale. Il vizio di fondo è stato rinvenuto nell'adozione di un modello di responsabilità che sostanzialmente si risolve nell'addebito di un fatto altrui e che si pone in forte tensione con il principio personalistico, soprattutto se si consideri che le conseguenze sanzionatorie poste a carico dell'ente finiscono per attingere indiscriminatamente le persone fisiche collocate entro la sua organizzazione<sup>136</sup>.

Alla luce del quadro ricostruttivo prospettato, l'interprete è chiamato, *in primis*, a prendere coscienza dell'intrinseca problematicità del “sistema 231”, in chiave di sostenibilità costituzionale e convenzionale.

*De jure condito*, pare senz'altro opportuno verificare la praticabilità di letture teleologicamente orientate della disciplina vigente, in grado livellare sul piano ermeneutico le aporie in cui si imbatte il ragionamento sulle garanzie riferibili all'ente.

Le lacune emerse, tuttavia, meriterebbero puntuali interventi di riforma, come quelli che abbiamo cercato di segnalare nel corso della riflessione. Ciò consentirebbe, se non altro, di raggiungere un maggiore allineamento tra gli statuti di garanzie individuali e collettivi in “materia penale”.

D'altra parte, l'esigenza di un ripensamento della disciplina si pone in maniera più stringente a fronte del quadro problematico che emerge dall'esperienza prasseologica<sup>137</sup>. Invero, al di là delle affermazioni di principio sopra richiamate, non è difficile accorgersi delle criticità applicative che continuano ad affiorare sul versante giurisprudenziale, con esiti incerti e contraddittori, che contribuiscono, evidentemente, ad indebolire ulteriormente il già precario sistema di garanzie: basti pensare agli ondivaghi orientamenti emersi, di recente, in merito alla possibilità di estendere l'istituto della sospensione con messa alla prova ai procedimenti riguardanti le persone giuridiche<sup>138</sup>.

1 Il titolo del paragrafo e alcune delle considerazioni sviluppate nel corso della presente indagine sono stati ispirati dalle riflessioni condotte dal Prof. Tullio Padovani nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato “*Societas non delinquere sed puniri potest*” e tenuto nell'a.a. 2019/20.

2 Il tema della responsabilità da reato degli enti collettivi è stato oggetto nel corso degli anni di una produzione scientifica a dir poco sterminata. Ci limitiamo, in questa sede, senza alcuna pretesa di completezza, all'indicazione di alcuni contributi

significativi, di carattere collettaneo, monografico, manualistico e saggistico: C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002; D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.; A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?* in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 9, p. 1061; F. PALAZZO, *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, 2003; S. VINCIGUERRA - M. CERESA GASTALDO - A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004; G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene Editore, 2009; C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 4, p. 1516 ss.; G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, 2012; A.A. V.V., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Soc.*, 2011, 12; A. M. STILE - V. MONGILLO - G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Jovene Editore, 2013; M. LEVIS - A. PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Zanichelli, 2014; R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018; A. BERNASCONI - A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2018.

3 Sul versante dottrinale, possono citarsi, a tal proposito, i percorsi di riforma suggeriti in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016.

4 L'aggettivo fa riferimento evidentemente all'esiguità delle ipotesi di reato presupposto previste nel decreto al momento della sua entrata in vigore.

5 Con la l. n. 300/2000, come è noto, oltre a ratificare e dare esecuzione agli obblighi internazionali elaborati in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea (tra cui la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e il suo II Protocollo addizionale e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali), è stata prevista all'art. 11 la delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, delega evasa con l'adozione del d.lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001.

6 Fondamentale, al riguardo, il lavoro di G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2009. Anche il tema della funzione di *compliance* nell'ambito del sistema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001, di ispirazione anglosassone, ha assunto una progressiva centralità, fino a diventare un vero e proprio *topos* della letteratura in materia, soprattutto in ottica comparatistica, potendosi inquadrare come una sorta di filo rosso che lega molti degli ordinamenti entro cui sono state sperimentate, sebbene con esiti peculiari, forme di responsabilizzazione dell'ente collettivo. Per un'analisi di taglio comparatistico, si rinvia a S. MANACORDA - F. CENTONZE - G. FORTI (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014. Per una riflessione sul modello di *compliance* elaborato nel sistema italiano di responsabilità dell'ente con specifico riferimento al contesto del diritto penale dell'economia, S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di "compliance" aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?* in *Le Soc.*, 2015, 4, p. 473 ss.

7 Così, G. A. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 6, p. 753 ss., il quale sottolinea l'ambiguità di tale meccanismo di attribuzione della responsabilità nei confronti dell'ente, consistente proprio nella scelta politico-criminale di far assumere all'ente il duplice ruolo di *destinatario dei precetti*, nonché di *garante* della loro osservanza.

8 G. A. DE FRANCESCO, *ibidem*.

9 Per una recente e interessante analisi, anche in ottica comparata, della dimensione premiale nell'assetto sanzionatorio rivolto all'ente collettivo, v. F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, 2020. Sul tema, si segnala anche C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 4, p. 530 ss.

10 In argomento, fondamentale il contributo monografico di V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bonomia University Press, 2013; nonché le riflessioni condotte da C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 261 ss.; con specifico riferimento al fenomeno dell'autonormazione che investe l'ente collettivo v., *ex multis*, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)* (parte I), in *Cass. pen.*, 2013, 1, p. 0376B; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems i limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 3, p. 945.

11 Si esprime in questi termini, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*,

Giuffrè, 2004, p. 20 ss.

12 Eleva simile critica, C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa, (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 521 ss.

13 Vale la pena rinviare, sul punto, alle sintetiche, ma lucide osservazioni di S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2018, 3, 1720 ss., il quale osserva che «se, infatti, un'impostazione "postmoderna" chiede forme di controllo penale più "flessibili", più "dinamiche", anche ai fini di una "semplificazione" processuale, i principi penalistici dello stato di diritto vengono ad essere sacrificati».

14 M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, § 19.

15 In questi termini, M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene Editore, 2009, p. 107 ss.

16 Conduce un'interessante e metodica opera di raffronto del paradigma di responsabilità amministrativa degli enti con i modelli di responsabilità civile, penale e punitiva-amministrativa, giungendo a concludere che «l'apporto alla responsabilità degli enti di ciascuno degli altri tre modelli è paritetico» e che si tratti pertanto di un *quartum genus*, S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?* in S. VINCIGUERRA - M. CERESA GASTALDO - A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 190 ss. Si esprime in termini fortemente critici sull'ibridazione di fondo che caratterizza il sistema per come normativamente concepito ed evolutosi, S. BERTOLOMUCCI, *Modelli organizzativi obbligatori ed auto-validati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Soc.*, 2008, 4, p. 414, il quale ritiene che «tale normativa, geneticamente viziata dall'ambigua natura della responsabilità che prospetta in capo all'ente collettivo - salomonicamente definita «amministrativa» - mostra le sembianze di un Giano bifronte, che contrappone le istanze propriamente penalistiche a quelle civilistico-amministrative».

17 Così, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 2, p. 322., sottolinea che il legislatore storico se da un lato afferma che «"anche la materia dell'illecito penale amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27 Cost."», postulando così l'esistenza di una colpevolezza dell'ente per un fatto proprio del suo organo, in linea con il regime tipico della responsabilità penale, dall'altro si giustifica il regime speciale dell'archiviazione sottratta al controllo giurisdizionale (art. 58), rilevando che «si tratta di un illecito amministrativo per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero».

18 Ripercorre criticamente gli iter dogmatici di adattamento delle categorie modellate sulla persona fisica all'ente, ritenendoli forieri di problematici effetti semplificatori in funzione della estensione della sfera di punibilità a scapito delle garanzie, A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della società*, in *St. Sen.*, 2006, p. 250 ss.

19 Si vedano a riguardo le considerazioni, pur fondate su argomentazioni in parte differenti, mosse da A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 243 e G. A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Il Mulino, 2019, p. 159 ss.

20 La formula è ispirata alla efficace sintesi prospettata da V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., p. 425, il quale sostiene, a proposito del diritto penale/punitivo delle *societates*, che «tale ramo dell'ordinamento, infatti, appare allo stato come il prodotto di una legislazione senza dommatica, senza una chiara sistematica degli elementi costitutivi della responsabilità corporativa e senza una bussola costituzionale che guidi la costruzione del sistema e l'interpretazione delle norme».

21 V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, ibidem.

22 Così, G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1, p. 151 ss.

23 Come osserva R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Soc.*, 2015, 2, p. 221, se la disciplina tace su un determinato istituto, come nel caso, ad esempio della sospensione condizionale della pena, «dalla natura penale o amministrativa dipende l'applicabilità "astratta" del sistema di riferimento ("codice penale" oppure l. n. 689/1981), dovendosi precisare però che una volta optato per la applicabilità "astratta" del sistema penale non è detto che ne discenda anche quella "concreta", in quanto occorre verificare la compatibilità dell'istituto codicistico con il "sistema 231" [...]. Dall'altro lato, là dove il D.Lgs. n. 231/2001 disciplina espressamente un istituto, allorché si è optato per la natura penale, si pone la questione della compatibilità della disciplina prevista dalla 231 con i principi, aprendosi poi l'ulteriore questione del se e del come si debbano forgiare gli istituti alla luce delle caratteristiche peculiari dell'ente e delle esigenze di rispetto di tali principi». La questione si è posta, come è noto, anche in riferimento ad istituti di carattere processuale, nella misura in cui il rinvio alle disposizioni del codice di rito, ex art 34 d. lgs. 231/2001, assume carattere sussidiario (entro i limiti di compatibilità). Sul punto, si rimanda a M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, (2° ed.), Giappichelli, 2017, p. 53 ss. Di recente, sul versante sostanziale, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato anche il problema della responsabilità dell'ente quando sia esclusa la punibilità dell'autore del reato presupposto in applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, ex art. 131 bis c.p., ritenendola comunque sussistente in considerazione di un percorso ermeneutico fondato sul carattere autonomo della responsabilità dell'ente sancito dall'art. 8 d.lgs. 231/01. Riflette sul punto, N. SELVAGGI, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. BORSARI (a

cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016, p. 47 ss. Affronta il tema, non solo sul fronte interpretativo, ma anche valorizzando prospettive di razionalità e coerenza punitiva, M. MOSSA VERRE, *La responsabilità dell'ente per il fatto esiguo: considerazioni di razionalità punitiva e prospettive di riforma*, in G. A. DE FRANCESCO – A. GARGANI – E. MARZADURI – D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Giappichelli, 2019, p. 114 ss.

24 Imposta la questione in questi termini, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, in A. M. STILE – V. MONGILLO – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 261 ss.

25 Facciamo riferimento agli spunti contenuti nella riflessione di F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, p. 24 ss.

26 Così, ad esempio, M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 398 ss.

27 Così, ancora, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, ibidem.

28 L'indagine non può estendersi, in questa sede, fino a ricomprendere anche la dimensione globale del tema delle garanzie di cui può ritenersi titolare l'ente, pure estremamente rilevante, ma che richiederebbe di soffermarsi altresì sulla prospettiva di diritto penale internazionale. Sul punto, si rinvia all'accurata analisi di A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Giappichelli, 2018, p. 37 ss.; nonché al contributo di P. HEIN VAN KEMPEN, *The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Law*, in M. PIETH – R. IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2011, p. 356 ss.

29 Sugli sviluppi della nozione convenzionale di materia penale v. per tutti, V. MANES, *Art. 7*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, p. 259 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017.

30 Sintetizza efficacemente il fenomeno in questi termini, per poi svilupparne approfonditamente la portata, V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice penale) interno*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè Editore, 2011, p. 38 ss.

31 Si veda, al riguardo, l'indagine sviluppata nel lavoro monografico di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, *passim*, condotta valorizzando la priorità logica del giudizio di costituzionalità rispetto a quello di legittimità convenzionale e l'autonomia dogmatica delle due nozioni di materia penale.

32 Così in Corte Cost., 24 febbraio 2017, n. 43, con commento di M. C. ULBIANI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa «sostanzialmente penale»: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 21 marzo 2017.

33 L'espressione è ispirata dal titolo del lavoro di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica Editrice, 2013.

34 Conduce un articolato e suggestivo ragionamento in questi termini, calandolo nel contesto delle dinamiche deflative, A. GARGANI, *Depenalizzazione e «materia penale». La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in G. A. DE FRANCESCO – A. GARGANI – E. MARZADURI – D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica*, cit., p. 175 ss.

35 Si rimanda sul punto alle suggestioni di F. SGUBBI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in D. FONDAROLI (a cura di) *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Cedam, 2008, p. 3 ss.

36 Sul carattere estremamente problematico del processo di omogeneizzazione delle tutele e sul delicato dialogo tra Corti, v., *ex multis*, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra «guerra» e «dialogo». Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 14 luglio 2014.

37 Facciamo riferimento alle tesi di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., *passim*.

38 Riprende la nozione di materia penale a geometria variabile per estenderne la portata in relazione alla nozione costituzionale di materia penale, L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit. p. 190 ss.

39 Meritano di essere richiamate e condivise, ancora una volta, le intuizioni di F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 42.

40 Esaminano la dimensione storica ed internazionale del problema della titolarità da parte dell'ente di diritti fondamentali, A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 77 ss., evidenziando la progressiva affermazione della tendenza verso una sostanziale irrilevanza della distinzione tra persone fisiche e giuridiche nell'orizzonte sovranazionale delle garanzie.

41 Sull'interpretazione della disposizione convenzionale, si rinvia all'articolata ricognizione giurisprudenziale di A. SACCUCCI, *Art. 34*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., p. 631, il quale sottolinea che i giudici di Strasburgo abbiano chiarito come non tutti i diritti garantiti dalla Cedu possano essere invocati dalle persone giuridiche, essendo alcuni di essi, per struttura e contenuti, esclusivamente riferibili alle persone fisiche.

42 Si soffermano sul punto, M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 nel Triangolo di Penrose, tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e "nuove forme" di colpevolezza*, in G. DE FRANCESCO - G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio": un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Giappichelli, 2017, p. 115 ss.; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 108 ss.

43 F. MAZZACUVA, *ibidem.*; A. SACCUCCI, *Art. 34*, cit., p. 631. Per approfondimenti sulla tutela della proprietà nel sistema Cedu, si rimanda a M. L. PADELLETTI, *Art. 1, Prot. 1*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., p. 791 ss. Con specifico riguardo alla garanzia del diritto di proprietà nei confronti di persone giuridiche, merita di essere segnalata la pronuncia Corte edu, 18 maggio 2010, Plalam s.p.a. c. Italia, laddove la Corte di Strasburgo ha riconosciuto una violazione dell'art. 1 Prot. 1 Cedu nei confronti della società ricorrente, ritenendo, peraltro, che nella nozione di "bene" di cui alla disposizione, rientrano sia «beni attuali» che valori patrimoniali, ivi compresi i crediti, in virtù dei quali un ricorrente può sostenere di avere almeno una «speranza legittima» di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà».

44 F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 27 ss.

45 Facciamo riferimento, nello specifico, alla nota pronuncia della Cedu, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 3 luglio 2018, con nota di A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, cui si rinvia per approfondimenti.

46 Peraltro, proprio rispetto alla possibilità di disporre la confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica, proprietaria del bene lottizzato che sia rimasta estranea al processo, la successiva giurisprudenza di legittimità sembra aver assunto posizioni non in linea con la "sentenza G.I.E.M.". Nella sentenza Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 2019, (ud. 20 marzo 2019) n. 17399 (in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 25 giugno 2019, con nota di S. FELICIONI, *Confisca urbanistica nei confronti degli enti dopo la sentenza G.I.E.M. c. Italia: per la Cassazione l'incidente di esecuzione garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale*), è stato affermato che «Con riferimento alla confisca per il reato di lottizzazione abusiva, il principio espresso dall'art. 7 CEDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nella causa G.I.E.M. s.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione del terzo, persona giuridica, al procedimento di esecuzione, in cui detto terzo può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito, cui è rimasto estraneo».

47 V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 31.; Id. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 86 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti* (a cura di) G. Lattanzi, 2010, p. 11; F. VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it). Si sono espressi a favore della sicura riconducibilità del sistema di responsabilità degli enti alla materia convenzionale, oltre agli autori già menzionati, tra gli altri, C. E. PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le Soc.*, 2011, 9, p. 1075 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale della privata industriale e misure di compliance*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 258 ss.; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 45 ss.; per un riferimento alla manualistica, v. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 71 ss.; e, in ambito processual-penalistico, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 20 ss.

48 Il tema ha acquisito centralità nella letteratura italiana solo di recente, venendo compiutamente affrontato nei lavori già menzionati di A. FIORELLA - N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, p. 53 ss. F. CONSULICH, cit., *passim*, F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 108 ss., nonché, con specifico riguardo alle garanzie di carattere processuale, nella colletanea di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, 2018.

49 Si tratta dei noti criteri elaborati in via giurisprudenziale e sviluppati a partire dalla nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976 e successivamente in Corte Edu, 21 febbraio 1984, Öztürk vs Germania (in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di C. E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale). Per un'ampia disamina dei *leading cases* della Corte Edu, nonché dei contenuti e della portata dei singoli "criteri Engel", si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 29, e di recente, alla ricostruzione di L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., p. 25 ss.

50 Sul punto, fondamentale il rinvio a F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 4, p. 1899 ss.

51 In senso parzialmente difforme, conduce il "test Engel" valorizzando il criterio della struttura dell'illecito, nelle sue componenti oggettive e soggettive, A. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in A. FIORELLA, A. GAITO, A. S. VALENZANO, *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Sapienza Università Editrice, 2018, p.

26 ss., il quale osserva che «da un punto di vista oggettivo, il rapporto di causalità viene proiettato nel criterio dell'interesse o del vantaggio, che non costituiscono altro che la trasposizione in chiave di persona giuridica del modello causalistico tipico della responsabilità penale della persona fisica. Da un punto di vista della colpevolezza, anche qui la struttura della responsabilità da reato dell'ente è modellata chiaramente sull'illecito penale, perché l'imputazione del reato all'ente avviene attraverso l'individuazione della c.d. colpa dell'organizzazione e siamo, quindi, pienamente nel campo della colpevolezza». Si tratta di conclusioni che, nell'economia della presente analisi, come si avrà modo di rilevare nel proseguito, risultano a ben vedere fortemente in discussione.

52 Per una accurata disamina dell'apparato sanzionatorio previsto nei confronti dell'ente collettivo v., per tutti, A. ROSSI, *Tipologia e disciplina delle sanzioni*, in S. VINCIGUERRA - M. CERESA GASTALDO - A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente*, cit. p. 63 ss.

53 Cfr. Tribunale di Torino, Sez. I, 10.01.2013, Giud. Marra, Imp. MW Italia S.p.A. in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31 maggio 2013, con nota di T. TRINCHERA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: un'altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?*

54 Tale scelta legislativa si pone in evidente discontinuità rispetto al regime di irretroattività adottato nell'ambito del sistema amministrativo, ex art. 1 l. n. 689/1981.

55 Cfr. il punto 3.1 della Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

56 Si richiamano in proposito alcuni passaggi dell'ampia analisi condotta da F. D'ARCANGELO, *Art. 3. Successioni di leggi*, in M. LEVIS - A. PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 122 ss.

57 Ripercorre gli snodi più rilevanti del dibattito dottrinale, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società*, cit. p. 272 ss.

58 T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 53

59 In questi termini viene espressa, quasi letteralmente, l'opinione di G. A. DE FRANCESCO, *Introduzione*, in G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 8.

60 V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, p. 428.

61 T. GUERINI, cit., *ibidem*.

62 Particolarmente interessanti, sul punto, le osservazioni di S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?* cit., pp. 192 - 193 a proposito del principio di adeguatezza della garanzia alla sanzione: secondo l'autore, come avviene per le sanzioni incidenti sulla libertà personale, qualunque sia la loro durata e afflittività, la garanzia deve essere massima anche per le sanzioni compressive delle libertà economiche «quando sono idonee a distruggere o ferire gravemente la capacità economica del soggetto».

63 H. BELLUTA, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, 2018, p. 45 ss. In ordine all'ente quale soggetto di diritti nel processo per la responsabilità da reato, P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 6, p. 705.

64 In sintesi, si discute ancora, in dottrina, se il paradigma di ascrizione dell'illecito all'ente sia strutturato nel senso di una co-responsabilizzazione di persona fisica e giuridica nel medesimo reato, ovvero consista nell'attribuzione di un illecito diverso e autonomo da quello realizzato dall'autore individuale.

65 Così, A. GARGANI, *Individuale e collettivo*, cit., p. 248. Dello stesso avviso, M. A. MANNO, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, p. 127, secondo cui «la collocazione all'esterno dell'area del formalmente penale della responsabilità degli enti ha permesso una plasticità interpretativa e applicativa, che le rigide maglie dell'ermeneutica penalistica non avrebbero consentito»; nonché G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica*, cit., p. 161 ss.

66 Così, quasi letteralmente, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società*, cit. p. 271 ss.

67 F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 28.

68 E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323.

69 S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 1-2, p. 49. Nello stesso senso si era espresso anche D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 418 ss.

70 È la posizione espressa nella celebre sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343. Nello stesso senso si era espressa già da tempo addietro parte della dottrina, per tutti, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 18; nella manualistica, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 71 ss.

71 R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono*, cit. p. 222

72 Come è avvenuto nel caso della prescrizione, su cui ritorneremo nei paragrafi successivi (manca indicazione precisa)

73 Cass. pen., VI, 7.7.2016 (ud. 10.11.2015), n. 28299, in C.E.D. Cass. 2016. Riflettono sui possibili momenti di tensione del regime di prescrizione previsto dal "sistema 231" rispetto alle garanzie di fonte convenzionale e costituzionale, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 29, nonché, in un'ottica parzialmente difforme, E. BASILE, *La prescrizione nel D.Lgs. n. 231/2001 al*

*crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali*, in *Le Soc.*, 2018, 2, p. 213 ss.

74 Così, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 68 ss. La posizione in questione, peraltro, merita di essere rivalutata a fronte delle recenti modifiche intervenute a seguito della nota riforma c.d. “spazzacorrtti” (l. n. 3/2019). L’inedita causa “sospensiva” della prescrizione prevista all’art. 159, c. 2 c.p., tale da determinare una sostanziale interruzione del decorso del termine a partire dalla pronunzia della sentenza di primo grado (o del decreto di condanna) e fino alla data di esecutività della sentenza (o della irrevocabilità del decreto, pare porsi in rapporto di continuità con il regime di prescrizione previsto all’art. 22 del d.lgs. n. 231/2001. Sul punto, G. STEA, *L’ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Cedam, 2020, p. 358, ha sottolineato come «il legislatore del 2019 ha adottato per il reato la matrice utilizzata per la disciplina della prescrizione dell’illecito amministrativo (art. 28 L. 689/1981) o, al più, ma è lo stesso, di quello della persona giuridica (art. 22 d.lgs 231/2001). Appare chiara così l’incidenza pregiudicante del nuovo secondo comma dell’art. 159 c.p. sulla stessa *ratio* della prescrizione del reato, sempre più costretta nell’esigenza di effettività della risposta repressiva (marcatamente retributiva), più affine al sistema punitivo amministrativo, radicalizzando così la frizione con i principi costituzionali afferenti alla finalità rieducativa della pena ed alla presunzione di non colpevolezza, oltre a quello della ragionevole durata del processo».

75 M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2018, 3, p. 1397.

76 Pone il problema in questi termini, V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 3, § 5.

77 Questa la tesi di F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?* in [www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 5 aprile 2017, che non manca di sottolineare le difficoltà insite in tale opzione metodologica, in considerazione, soprattutto, delle strutturali differenze tra i due ordinamenti, specie in punto di definizione dei principi.

78 Così, quasi letteralmente, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 8, il quale richiama a sostegno di simile orientamento le posizioni espresse dalla Consulta nella sentenza del 4 giugno 2010 n. 196.

79 Basti richiamare, in questa sede, le riflessioni di A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.; nonché il contributo monografico di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011.

80 Per un recente lavoro monografico sul tema, D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in Malam Partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, 2019.

81 Così, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29.1.2016.

82 Per approfondimenti, si veda, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 19 dicembre 2016.

83 Senza con ciò ammettere che il criterio della prevedibilità sia di per sé sufficiente a soddisfare le istanze della legalità penale, come avverte G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, 2018, p. 97 ss.

84 Così, F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell’illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 1, p. 50.

85 Di diverso avviso sembra la posizione espressa da T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 55 ss., quando sostiene che «occorre, tuttavia, sgombrare il campo da una possibile fonte di equivoci: in ragione della natura autonoma della forma di responsabilità della quale si discute, i principi per essa stabiliti sono a loro volta autonomi rispetto agli omologhi penalistici. Pertanto, non è corretto ritenere che in materia 231 vi sia un doppio livello di determinatezza, in forza del quale il legislatore deve prima redigere norme penali chiare e poi, altrettanto chiaramente, estenderne l’applicazione agli enti in forza dei principi che regolano la responsabilità amministrativa di questi».

86 Così S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?* in S. VINCIGUERRA - M. CERESA GASTALDO - A. ROSSI, *La responsabilità dell’ente*, cit., p. 192.

87 C. E. PALIERO, *Sub art. 7*, in M. LEVIS - A. PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 187 ss. Sul concetto di colpa di organizzazione nella dottrina italiana, ci limitiamo all’essenziale riferimento a C. E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 3, p. 167 ss.

88 Cfr. il punto 3.4 della Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, laddove si afferma che «una più stringente definizione contenutistica [...] avrebbe avuto certo un pregio in termini di maggiore determinatezza, ma si sarebbe probabilmente esposta al rischio di trascurare tipologie comportamentali che pure, nel confronto con la prassi, dovessero palesarsi rilevanti nell’ottica della prevenzione di reati; soprattutto, avrebbe «complicato il lavoro» del legislatore futuro per il caso (auspicabile) in cui questi intervenga ad infoltire il catalogo dei reati dai quali discende la responsabilità dell’ente, costringendolo ad una rivisitazione della norma.

89 Secondo M. C. GASTALDO, *Legalità d’impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in [www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 7 giugno 2019, ulteriore fattore di crisi del principio di legalità è rinvenibile nella disomogeneità applicativa di cui soffre la disciplina in questione. Nello stesso senso, L. DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, in *Discrimen*, 30.3.2020, p. 10, il quale osserva come «la contestazione “a macchia di

leopardo” degli illeciti 231, in quanto del tutto imprevedibile e rimessa alla totale discrezionalità dell’Autorità inquirente, pare presentare dei connotati di discrezionalità che si pongono in antagonismo con la prevedibilità e certezza del diritto che sono, invece, alla base di un diritto – non solo penale – veramente liberale».

90 C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Annali X*, Giuffrè, 2017, § 10.

91 V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, pp. 84 – 85.

92 Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 03 novembre 2010, Giud. D’Arcangelo, in *Foro ambrosiano* 2010, 4, p. 478. La posizione è ribadita dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp, Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, cit., § 62, laddove si afferma che «l’obbligo organizzativo e gestionale imposto all’ente è ben delineato dalla normativa».

93 Cass. Pen., IV, 28 ottobre 2019 (ud. 24 settembre 2019), n. 43656, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 8, p. 1089 ss., con nota di M. PAONE, *Contestazione dell’illecito amministrativo: controlli giurisdizionali e oneri motivazionali*.

94 Su questo versante si colloca la proposta di riforma elaborata nell’ambito del c.d. Progetto Arel. Per un commento critico, v. F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, 10, p. 1247 ss.

95 G. M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti; un rimedio peggiore del male?* in *Riv. Soc.*, 2010, 6, p. 1297.

96 Così, ad esempio, V. MANES, A. F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, cit., p. 140 ss.

97 Al riguardo, di estremo interesse appare l’articolato di un recentissimo disegno di legge di fonte governativa (D.D.L. A.C. n. 2427/2020 presentato il 6 marzo 2020 e attualmente in corso di esame in commissione Giustizia della Camera) in materia di illeciti agro-alimentari, in cui all’ampliamento della responsabilità corporativa fa da contraltare la previsione di un MOG *ad hoc*, recante significativi elementi di specialità soprattutto in relazione ai vincoli contenutistici del modello. In altri termini, al legislatore «è apparso utile non limitarsi al semplice inserimento di una norma che estenda la responsabilità amministrativa a determinati reati alimentari, bensì costruire un’apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con espresso riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente o attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro» (v. Relazione di accompagnamento al d.d.l.) Nello specifico, si propone l’inserimento nell’articolato del d.lgs. 231/01 di un articolo 6-bis - rubricato *Modello di organizzazione dell’ente qualificato come impresa alimentare* - che prevede un modello avente carattere di specialità rispetto al vigente articolo 6 e ispirato a criteri di razionalizzazione e semplificazione. L’adozione del modello speciale sembrerebbe dotata del carattere dell’obbligatorietà: nell’ottica del legislatore, esso deve «assicurare l’adempimento di obblighi giuridici nazionali e sovranazionali inerenti a una serie di attività analiticamente indicate nella disposizione in esame» (assumono rilievo a titolo esemplificativo gli obblighi relativi alle attività di verifica sui contenuti pubblicitari, di vigilanza sulla rintracciabilità, di controllo della qualità, sicurezza e integrità degli alimenti, di procedure di ritiro, di valutazione del rischio, ecc.). Come è stato condivisibilmente osservato da N. MENARDO, *Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d’impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al D.D.L. S n. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli)*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 4, p. 23 ss., la scelta di definire i contenuti del modello si rivela particolarmente apprezzabile proprio nell’ottica di «garantire all’impresa la possibilità di conoscere preventivamente e in modo sufficientemente determinato e tassativo le condizioni di esenzione della responsabilità da reato, conformemente ai tradizionali corollari del principio di legalità che governa anche la disciplina della responsabilità degli enti». Dall’altro lato, non mancano alcuni profili di criticità: il modello speciale si applica alle imprese alimentari, ma non vengono individuati nello specifico i reati presupposto che tali imprese devono prevenire; non sono ben chiari, inoltre, i rapporti tra il modello generale di cui all’art. 6 e il modello speciale di cui all’art. 6 bis, nella misura in cui l’assetto delineato dalla riforma non esclude l’obbligo per le imprese alimentari di dotarsi anche di un “modello ordinario” per i reati-presupposto estranei al perimetro della sicurezza alimentare, con evidenti problemi di duplicazione e convivenza dei sistemi di *compliance*. A ben vedere non risulta chiarito, inoltre, se la disposizione deroghi o meno al generale meccanismo di ripartizione della prova di idoneità del modello ovvero se venga introdotta una sorta di presunzione relativa di adeguatezza a favore dell’ente che rispetti le cautele positivizzate dalla nuova fattispecie.

98 Per un inquadramento del tema, si rinvia a O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, p. 1325 ss. A. ROSSI, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 432 ss.

99 Questi i rilievi di C. E. PALIERO, *Sub art. 7*, p. 207.

100 Parafrasando le riflessioni di M. RONCO, *La legalità stratificata*, ibidem.

101 Suggestiscono simile prospettive, pervenendo tuttavia ad esiti parzialmente difformi, S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione*, cit., p. 76 ss.; V. MANES, A. F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 145. Propone l’implementazione di un paradigma di “colpa tendenzialmente specifica” V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit. p. 209, secondo cui, in ogni caso, «il problema della tassatività-determinatezza della colpa organizzativa non pare interamente risolto, né risolvibile, solo per mezzo dei precetti legislativi».

102 Nello specifico, stando alla lettera della disposizione in questione, se il reato è stato commesso da organi di vertice, l'ente può andare esente da responsabilità se prova quattro condizioni: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sull'implementazione, il funzionamento e l'osservanza del modello e di procedere al suo aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente con autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il modello; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza dall'organo di controllo.

103 S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, cit., p. 209, segnala come l'inversione dell'onere della prova riceva una limitata applicazione nel regime della responsabilità punitivo-amministrativa (ex art. 6 l. n. 689/1982), mentre viene maggiormente sperimentato nella responsabilità civile aquiliana (es. ex art. 2047 c.c.). Nello stesso senso, anche V. VALENTINI, *Diritto penale della privativa industriale*, cit., p. 255 ss.

104 V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 58

105 In questi termini, G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 378 – 380. Per un inquadramento approfondito e critico del fenomeno della “processualizzazione del fatto”, v. A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 839 ss.

106 Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a R. CHENAL – A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., p. 226. In punto di presunzione di innocenza, meritano di essere segnalate le recenti posizioni assunte dal legislatore europeo assunte nell'ambito della direttiva n. 343/2016, proprio in relazione alla posizione delle persone giuridiche. Ai punti (13) e (14) si afferma che «La presente direttiva prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche. Allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche. La presente direttiva non dovrebbe pertanto applicarsi alle persone giuridiche, fatta salva l'applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia». Per approfondimenti, si rinvia a A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'“utile” al “giusto”*, cit., pp. 60, 80 – 81.

107 A partire dalla nota sentenza Corte edu, Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia, 20 gennaio 2009, i giudici di Strasburgo hanno affermato la tesi secondo cui «la logica della pena e della punizione nonché la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “personne coupable” (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione», istanza che discende dal principio di legalità e dalla logica di accessibilità e prevedibilità dei reati e delle pene. In altri termini, afferma la Corte «una pena nel senso dell'articolo 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato un elemento di responsabilità personale» (Corte Edu, G.i.e.m. e altri vs Italia, 28 giugno 2018, § 242). Sull'affermazione del principio di colpevolezza nella giurisprudenza europea quale corollario del principio di legalità, v. F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 411 ss.; V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 286 ss.

108 G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU*, cit., p. 396.

109 Corte Edu, G.i.e.m. e altri vs Italia, 28 giugno 2018, § 244.

110 Di questo avviso, tra tutti, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 40, che non riconduce la norma ad un'inversione dell'onere della prova. L'autore richiama a sostegno di tale conclusione, le note posizioni espresse da D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 429, il quale ha sostenuto che «La stessa legittimità dell'inversione probatoria poggia sul presupposto che, per fondare il rimprovero in capo all'ente, è sufficiente il reato del soggetto apicale. Non parleremo, dunque, di “severa presunzione” di una colpa organizzativa, di dubbia compatibilità col principio di colpevolezza, ma di sufficienza, nel sistema del d.lgs. n. 231 del 2001, della colpevolezza per il commesso reato, che è, ad tempo, colpevolezza del soggetto apicale autore del reato, e dell'ente che egli “impersona”. Ciò trova conferma nelle conseguenze che l'art. 6 riconnette alla fattispecie che abbiamo definito “di esonero”. L'esonero non è totale, non essendo esclusa la confisca. La fattispecie incide sulla sanzione, non sulla responsabilità. Ragionando secondo le categorie della teoria del reato, non siamo nella sfera delle scusanti soggettive, ma in quella “residuale” della punibilità». *Contra*, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 178.

111 Così, G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, p. 919.

112 Cfr., ad esempio, la posizione di G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A. M. STILE – V. MONGILLO – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 188 ss.

113 Questa la posizione assunta dalle Sezioni Unite *Thyssenkrupp*, Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile

- 2014), n. 38343, cit. In dottrina, H. BELLUTA, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, cit., p. 52.
- 114 M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 206 – 207; nello stesso senso, anche, A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Giur., Annali, vol. II*, Giuffrè, 2008, p. 965 ss.; P. FERRUA, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo - le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it.*, 2009, 7, p. 1845 ss.
- 115 M. CERESA-GASTALDO, *ibidem*.
- 116 Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 aprile 2009, in *Foro ambrosiano*, 2009, 3 p. 359 (corsivo nostro).
- 117 Basti richiamare sul punto le note statuizioni della Consulta nella recente sentenza n. 322/2007: «Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.) [...]. Punire in difetto di colpevolezza, al fine di "dissuadere" i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale "negativa") o di "neutralizzare" il reo (prevenzione speciale "negativa"), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale (sentenza n. 364 del 1988), contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.». In definitiva, il principio di colpevolezza, in quanto tale, «non può essere "sacrificato" dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale». V., inoltre, A. FIORELLA, (voce) *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, § 4.
- 118 D. PULTANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 4, p. 1231.
- 119 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, cit., § 62.
- 120 Questa in sintesi l'opinione di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 225 ss.; Id., *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 28 ss.
- 121 Ricostruisce i tentativi dogmatici di risolvere l'asserita incapacità di colpevolezza della persona giuridica, G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali*, cit., p. 910 ss.
- 122 In altri termini, secondo D. PULTANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 423, «la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche agenti per l'ente, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso».
- 123 Di questo avviso A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 10 ss., secondo cui il "problema del soggetto" non può essere risolto mediante una "caccia" alla colpevolezza dell'ente: tale concetto, pur nella sua forma più evoluta, non si «sottrae al dubbio di soffrire di antropomorfismo» e, in ogni caso, sconta il limite insito nell'applicazione transitiva di concetti penalistici - nati e pensati per la persona fisica (quali, appunto, la colpa) – ad una struttura organizzata che con l'individuo ha poco da condividere.
- 124 G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società*, cit. pp. 317 – 320.
- 125 Lo spunto è di A. GARGANI, *Individuale e collettivo*, cit., § 4 ss.
- 126 O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 17.
- 127 V. VALENTINI, *Diritto penale della privativa industriale*, cit., p. 259.
- 128 Facciamo riferimento all'opinione di T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 13 ss.; si tratta di argomentazioni riprese e approfondite nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato "*Societas non delinquere sed puniri potest*", già menzionato alla nota n. 1.
- 129 Così, G. A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, cit., pp. 162 – 163. Nello stesso senso, F. SGUBBI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 6, secondo cui in relazione al tema della responsabilità delle persone giuridiche, «la responsabilità non è per il fatto, ma per l'organizzazione, cioè per avere male organizzato. È certo comunque che la logica della colpa per organizzazione allontana il diritto penale dal fatto e dalla colpevolezza per il fatto».
- 130 In senso difforme, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale*, cit., § 19, secondo cui «L'estrema personalizzazione della sanzione e la rilevanza fondamentale delle ipotesi riparative, nonché il fatto che gli enti siano i veri destinatari di vari precetti penali, oltre al regime processuale tutto penalistico, rendono plausibile che la sanzione punitiva per l'ente sia già ora assimilata in *bonam partem* a quella penale. Ma resta un penale postmoderno, per l'indifferenza retributiva che lo connota. Si tratta di illeciti senza prova della colpevolezza in senso penalistico, ma con una responsabilità assai più personale di quella criminale».
- 131 P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 705.

132 Questa l'analisi di T. PADOVANI.

133 A. GARGANI, *Individuale e collettivo*, cit., § 7.

134 A. GARGANI, ibidem.; ID., *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 11.1.2016, pp. 16 - 17.

135 Così, G. RUGGIERO, (voce) *Capacità penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg. IV, UTET, 2008, pp. 31 ss., § 5, il quale sottolinea come il meccanismo di rappresentanza «insostituibile tratto d'unione con l'ente per l'imputazione degli effetti giuridici di un negozio concluso da terzi, non possiede eguale capacità ascrittiva per l'illecito penale. Riproposte in varia guisa dalla dottrina contemporanea, le teorie della rappresentanza, muovendo da presupposti di carattere funzionale attraverso la "flessibilizzazione" della "colpevolezza", mescolate con palesi tendenze antropomorfe, non riescono a sottrarsi dall'accusa di fare affidamento su meccanismi di imputazione finti e, come tali, incompatibili con il sistema penale».

136 Secondo T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 18, a venire compromesso nel caso della responsabilità penale delle persone giuridiche è, in definitiva, il «fondamento primigenio» della «necessaria identificazione tra soggetto dell'azione criminosa e destinatario delle relative conseguenze».

137 Per una recente ricognizione delle problematiche applicative emerse con riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, si rimanda a L. PASTORELLI, *La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, p. 610 ss.

138 Facciamo riferimento a due recentissime pronunce: quella del Tribunale di Modena (provvedimento del 19 ottobre 2020 in *Giur. pen. Web*, 2020, 10, con nota di G. GARUTI – C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*) con la quale una persona giuridica chiamata a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001 è stata ammessa alla sospensione del procedimento con messa alla prova; e quella, di poco successiva, del Tribunale di Bologna (ordinanza 10 dicembre 2020, con nota di L. N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 12) che invece ha ritenuto l'istituto incompatibile e inapplicabile all'ente.

 **GIURISPRUDENZA PENALE**