

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

université
de BORDEAUX

UNIVERSITÀ
I T A L O
FRANCESE



Tesi di dottorato in cotutela in Diritto penale

Scuola di dottorato XXVI ciclo Scienze Politiche e Istituzioni in Europa

Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Bordeaux

Università Italo-Francese

La responsabilità penale delle persone giuridiche in Europa.

Un'indagine teorica e comparatistica per la costruzione di un modello comune.

Coordinatore del dottorato: Chiar.ma Prof.ssa

Liliana Mosca

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Forzati

Co-tutor: Chiar.mo Prof. Jean-Christophe Saint-Pau

Dottorando: Antonio Amalfitano

La responsabilità penale delle persone giuridiche in Europa.

Un'indagine teorica e comparatistica per la costituzione di un modello comune.

Indice

<i>Abstract</i>	4
<i>Ringraziamenti</i>	5

Capitolo I.

Genesi dogmatica della nozione di personalità giuridica degli enti collettivi.

1. Persona e simbolo: dall'essere umano alla persona.....	7
2. Breve storia dell'idea di persona giuridica.....	12
3. Le teorie della finzione.....	24
4. Verso una teoria della realtà della personalità giuridica degli enti.....	35
5. Dalla realtà all'astrazione: il superamento del "problema" della volontà al di là del paradigma della finzione.....	49
6. Struttura e interesse nella responsabilità dell'ente.....	65
7. Dal concetto di relazione giuridica organica alla teoria della pena e dalla responsabilità civile alla rimproverabilità.....	74
8. Conclusioni. Dalla responsabilità civile alla rimproverabilità penale.....	89

Capitolo II.

L'ente collettivo come organizzazione nella gestione del rischio: il modello fondato sulla "posizione di garanzia".

1. Auto-regolazione dei mercati, auto-regolazione delle imprese e sistema penale.....	101
2. Responsabilità e rischio: il discorso intorno alla responsabilità penale degli enti.....	108
3. Il principio di precauzione.....	115
3.1. Ancora sul principio di precauzione come costo sociale del rischio.....	128
4. L'ente collettivo garante in un'analisi della figura del soggetto in posizione di garanzia.....	137
4.1. La responsabilità dell'ente collettivo autore indiretto e qualificato secondo alcune elaborazioni della dottrina francese.....	155
4.2. Dall'ente autore indiretto ai modelli legati alla competenza.....	173
5. Un'analisi generale sulla natura della colpa dell'ente collettivo.....	180

6. Individuazione dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica e confronto con l'ente.....	186
7. Un metodo incrociato sulla colpevolezza dell'ente: modelli organizzativi e "posizione di garanzia".....	192
8. Conclusioni: la pena al di là del corpo biologico.....	201

Cap. III.

La responsabilità da reato delle persone giuridiche in diritto comparato.

1. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano: caratteri generali.....	209
2. Struttura e autonomia della responsabilità degli enti in Italia.....	219
2.1. <i>I criteri oggettivi d'imputazione</i>	220
2.2. <i>Il criterio soggettivo d'imputazione</i>	222
2.3. <i>I modelli organizzativi</i>	225
2.4. <i>I soggetti abilitati a impegnare la responsabilità dell'ente</i>	228
2.5. <i>Individuazione dell'ente imputabile in ambito pubblicistico</i>	229
2.6. <i>Un caso irrisolto: i limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione</i>	232
2.7. <i>L'apparato sanzionatorio</i>	234
3. Conclusioni: alcune considerazioni sulla colpevolezza dell'ente in "posizione di garanzia" nell'ordinamento giuridico italiano. Il caso degli infortuni sul lavoro.....	240
3.1. <i>La colpevolezza di organizzazione come fatto proprio alla persona giuridica</i>	247
4. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento francese: caratteri generali.....	252
4.1. <i>L'art. 121-2 del Code pénal francese: una responsabilità penale indiretta per la persona giuridica</i>	258
4.2. <i>I deboli segnali verso paradigmi organizzativi</i>	263
4.3. <i>Il problema della responsabilità oggettiva e la c.d. "faute diffuse"</i>	268
4.4. <i>La persona giuridica come autrice materiale del reato</i>	273
4.5. <i>Il sistema sanzionatorio</i>	283
4.6. <i>brevi conclusioni sulla responsabilità penale degli enti nell'ordinamento francese</i>	287
5. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento tedesco.....	289
6. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento spagnolo.....	300
7. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento belga.....	311
8. Conclusioni: un'analisi comparativa sotto la lente del diritto dell'Unione Europea.....	320
<i>Conclusioni generali</i>	326
<i>Bibliografia</i>	352

Abstract

This juridic inquiry aim at definition of model of penal responsibility (or para-penal) for corporation, trough a theoretical analyse of corporation's personality nature. I have developed a responsibility model, with the purpose of combining the theoretical coherence with an adequate generalization degree, for launch of harmonized rules to this matter in the EU. This purpose has run into certains difficulties, in particular it needed to: 1) converge criminologies reasons with contemporaries concepts concerning risk, precaution's and prevention's principles; 2) face the problem of State's legal person and his members responsibility; 3) to exceed deeps differences among nationals pragmatic systems and nationals systems most keen to doctrinal elaborations. In order to face this problems, i have operated a theoretical analyse of legals person's responsibility, for a better definition of aim of the research (Cap. I). Forwards(Cap. II) i have ahead in a construction of a legal person's model responsibility for the European Union, with a particular attention for a comparative analyse (Cap. III) of the systems assumed in certains europeans nations (Italian and France systems). The end result of this system is oriented to corporates responsibilities that, after the mass transfer of general interest from public service to privates services, corporates have to attend to relatives guarantees. Established the increase of social's insecurity level, i have produce a subjectif model of corporation's organisation incorporated to an engagement of security position, that exceed the traditional criterions of culpability.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare tutte le persone che hanno offerto il loro contributo. Non sono pochi coloro che hanno contribuito alla formazione del pensiero dal quale é originata la stesura della presente tesi; e con essa, al mio personale percorso intrapreso in questi tre anni di "ricerca". Queste poche righe di "Ringraziamenti" sono una testimonianza di riconoscimento a ciascuna di loro, anche se non tutti saranno citati. Innanzitutto, ringrazio i due relatori. Il Professor Francesco Forzati, al quale debbo i preziosissimi richiami all'ordine metodologico, al rigore scientifico, e alla sintesi, senza i quali non avrei potuto tracciare una chiara direzione al mio lavoro. Ringrazio il Professor Jean-Christophe Saint-Pau, per le occasioni di crescita scientifica a cui ha voluto generosamente rendermi partecipe e per la trasmissione del pragmatismo unito ad un raffinato rigore metodologico, proprio dello stile giuridico francese. Un particolare ringraziamento va al Professor Vincenzo Rapone, il quale mi ha offerto la felice possibilità di condurre la mia ricerca in co-tutela con l'Università di Bordeaux, lo ringrazio, inoltre, per la vicinanza umana, l'amicizia e gli insegnamenti dei quali mi ha beneficiato in questi anni. Ringrazio Il Professor Jean-Marc Trigeaud, per la rara saggia umanità che ha voluto generosamente trasmettermi e di cui mi ha onorato. Ringrazio la famiglia Trigeaud, la cui accoglienza sincera e affettuosa ha saputo sorprendermi per la riscoperta di un'umanità buona. Ringrazio tutti i miei colleghi e il personale dell'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice per l'accoglienza e per le innumerevoli occasioni nelle quali mi hanno offerto un insostituibile supporto. Il mio riconoscimento va anche all'Università Italo-Francese, la quale ha sostenuto la presente ricerca attraverso una borsa destinata ai dottorati in co-tutela. Infine, un ringraziamento a chi, non certo per oblio, non é stato citato, ovvero un ringraziamento a chi manca.

*Alla mia famiglia.
A coloro alla cui opposizione,
germoglia nell'uomo la possibilità
di una resurrezione.*

Cap. I

Genesi dogmatica della nozione di personalità giuridica degli enti collettivi.

*Il ne faut jamais conclure de l'œuvre à un homme,
mais de l'œuvre à un masque,
et du masque à la machine¹.*

1. Persona e simbolo: dall'essere umano alla persona.

Nella terminologia giuridica si esita sulla distinzione tra la nozione di soggetto e quella di persona². Al di là delle definizioni che tendono a sovrapporre i due concetti, al punto che soggetto e persona vengono concepiti come sinonimi³, vi sono una serie di teorie che distinguono i due termini del discorso giuridico. Si tratta di quelle correnti teoriche che rappresentano la persona come “l'uomo considerato dal punto di vista del diritto”⁴. Si potrebbe fare riferimento alla tradizione d'origine tedesca che predilige un'idea astratta, sotto forma d'artificio concettuale, di soggetto di diritto e rileva, nella *persona*, il momento

¹ VALÉRY (P.), *Œuvres*, vol. II, Paris, 1960, , p. 629.

² Per una definizione del termine si v. COTTA (S.), *Prospettive di Filosofia del diritto*, pt. II, Torino, 1979.

³ Così in ENNECERUS (N.) e NIPPERDEY (H.K.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, in rev. Persee, Vol. I, 15 ed., Tübingen, 1959, p. 477: “Les personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit”, cit. in CARBONNIER (J.), *Droit civil. I. Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, ed. VII, Paris, 1967, p. 163. L'identificazione tra soggetto e persona è ricorrente nella manualistica italiana, anche se talvolta si rileva che la dottrina ricorre al termine soggetto (anziché a quello di persona), là dove si occupa del fenomeno della soggettività in termini di struttura, mentre alla persona riserva un significato più contenutistico; v. PERLINGIERI (P.), STANZIONE (P.), *Persone fisiche*, in PERLINGIERI (P.), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 115; sulla storia del termine persona dalle fonti romane al XVI secolo v. ORESTANO (R.), *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, pp. 193 e ss., ove, tra l'altro, si fa notare come il termine “si pose ben presto come equivalente di uomo”, pp. 194-195.

⁴ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), HOUQUES-FOURCADE (M.), *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle persone*, Vol. I, BONFANTE (P.), PACCHIONI (G.), SRAFFA (A.) (a cura di), Milano, 2002, p. 271.

in cui si riuniscono persona fisica e persona giuridica⁵. Come vuole il suo etimo, “persona è *prosopon*⁶, maschera, mezzo che occulta un volto reale e lo sostituisce con una convenzione, con un doppio giuridico che consente a ciascuno di muoversi anche nel mondo reale come se nulla lo differenziasse dagli altri e di pretendere di essere formalmente sottratto a distinzioni”⁷. Persona, in altre parole, maschera di legno che veniva usata dagli attori di teatro, con lineamenti marcati perché il personaggio potesse essere visto da lontano, con la bocca pronunciata per amplificare il suono della voce⁸. L’interpretazione corrente è quella che vede la persona fisica come un *soggetto umano* dotato di diritti e di doveri attribuiti dall’ordinamento giuridico. Secondo un autore, qualità osservabili empiricamente sono interpretate come qualità di un oggetto o di una sostanza, e sono rappresentate grammaticalmente come predicati di un soggetto, senza perciò identificarlo come tale⁹.

⁵ KELSEN (H.), *La dottrina pura del diritto*, a cura di LOSANO (M.G.), Torino, 1966, p. 198; KELSEN (H.), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, PECORA (G.) (a cura di), ed. II, Milano, 1994, parte I, cap. IX, lett. A.B., (prima edizione, in lingua inglese, KELSEN (H.), *General Theory of Law and State*, Harvard Un.Pr., Cambridge, 1945). Per i riferimenti alle pagine si veda edizione (1966), nella ristampa del 1974, pp. 93-96: su *General Theory of Law and State*, Kelsen solleva dei dubbi sul modo convenzionale di intendere il concetto di persona fisica. Il senso comune suggerirebbe che la persona fisica faccia riferimento diretto all’essere umano nella sua totalità, mentre la persona giuridica sarebbe qualcosa di più limitato. Carbonnier invece si esprime in termini completamente opposti, sostenendo che: *C’est sur le corps humain et la vie humain qu’il doit se calquer pour reconnaître l’existence d’une personne physique (...) Le corps humain est le substratum de la personne*, Cfr. CARBONNIER (J.), *Droit civil. I. Introduction à l’étude du droit et Droit civil*, op. cit., p. 163.

⁶ KELSEN (H.), *La dottrina pura del diritto*, op. cit., p. 64: “La cosiddetta persona fisica non è un uomo, bensì l’unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo (...) La cosiddetta persona fisica è una persona giuridica, un centro di imputazione di situazioni giuridiche”.

⁷ RODOTÀ (S.), *Dal soggetto alla persona, trasformazioni di una categoria giuridica*, riv. *Filosofia politica*, in *Materiali per un lessico politico europeo: “persona”*, n. III (dicembre 2007), Bologna, 2001.

⁸ I romani colsero il concetto e lo trasformarono nel vocabolo *per-sona*, composto da *per* e *sonare*, suonare attraverso, per significare come il suono della voce dell’attore passasse attraverso la maschera. Il senso di questa escursione etimologica intorno al termine *persona* consiste nel marcare la differenza tra ciò che è frutto di un simbolico filtro sociale (e che non per questo rappresenta pura finzione), la maschera o le maschere, e ciò che appartiene al foro interiore che è l’*unicum* individuale. Il linguaggio e l’etimologia come strumenti fondamentali dell’analisi delle nozioni giuridiche, dunque: la voce dell’attore passa attraverso la maschera, ossia attraverso la persona. Allo stesso modo una persona fisica può esprimere attraverso l’insieme dei propri diritti e dei propri doveri, attraverso il suo inquadramento giuridico, un proprio interesse, e con esso, i mezzi per difenderlo, la persona fisica si esprime attraverso la persona giuridica, cioè attraverso il suo *alter ego* giuridico, e pertanto si identifica in essa; si v. in tal senso, COTTA (S.), *Persona (filosofia)*, in *Encicl. del diritto*, Giuffrè, Milano, 1983.

⁹ *Ibidem*.

Partendo da questi presupposti¹⁰, si potrebbe affermare che dire “la persona fisica ha un certo dovere o diritto” presuppone una relazione tra sostanza e qualità in cui la persona giuridica sarebbe la sostanza giuridica cui doveri e diritti appartengono come qualità giuridiche. In realtà, la persona giuridica non è un’entità separata, distinta dai suoi doveri e diritti, ma è la loro *unità personificata*¹¹. L’ordinamento giuridico non determina tutte le azioni o le omissioni dei soggetti cui si riferisce, né è interessato a tutte le loro funzioni psicologiche o materiali. Tutto quello che sta al di fuori di ciò che statuisce l’ordinamento semplicemente non esiste da un punto di vista giuridico:

“Uomo e persona sono non solo due concetti diversi, ma anche il risultato di due generi di considerazioni completamente diverse. L’uomo è un concetto biologico e fisiologico, in breve, un concetto delle scienze naturali. La persona è un concetto della giurisprudenza, dell’analisi cioè delle norme giuridiche”¹².

Tale approccio è fondato su un concezione normativa del diritto, la personificazione, sia nell’istituto *persona fisica*, che in quello *persona giuridica*, sarebbe una esigenza del pensiero, un mero simbolo¹³. La persona fisica non è “una realtà naturale, ma una costruzione del pensiero giuridico”. Riprendendo il concetto già espresso, non sarebbe preciso dire che la persona fisica ha diritti e doveri, ma si dovrebbe dire che *la persona fisica è diritti e doveri*. La persona fisica “è allora una persona giuridica in senso ampio”¹⁴. Sotto quest’aspetto la persona fisica non è qualitativamente diversa da quelle che vengono

¹⁰ KELSEN (H.), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit.; p. 94: "Secondo l’interpretazione animistica della natura, si crede che ogni oggetto del mondo percettivo sia la dimora di uno spirito invisibile che è il signore dell’oggetto, nella stessa guisa in cui la sostanza ha le sue qualità, o il soggetto grammaticale i suoi predicati". Si v. anche SANTOSUOSSO (A.), *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in *Politica del diritto*, n. 4, Il Mulino, 2002; v. su Kelsen MAIORCA (C.), *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Palermo, 1933, pp. 47 e ss.; TARELLO (G.), *Orientamenti analitico linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica*, in AA. VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 375 e ss. .

¹¹ SANTOSUOSSO (A.), *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, op. cit., p. 68.

¹² KELSEN (H.), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit., pp. 95 e ss.

¹³ *Ibidem*: “La persona fisica è la personificazione di un complesso di norme giuridiche le quali, ponendo i doveri ed i diritti che formano il contenuto della condotta di uno stesso essere umano, ne regolano la condotta. [...] l’essere umano non è la persona fisica ma, per così dire, soltanto la delimitazione di una persona fisica. Il rapporto fra una cosiddetta persona fisica e l’essere umano, con il quale la prima è sovente erroneamente identificata, consiste nel fatto che quei doveri e quei diritti, che sono compresi nel concetto di persona, si riferiscono tutti al comportamento di quell’essere umano”.

¹⁴ *Ivi*, p. 96.

chiamate persone giuridiche. Secondo la teoria sulla persona *fisica-giuridica*, da un punto di vista *linguistico-normativistico*, si può affermare che l'essere umano, persona fisica-naturale, non è un'entità identificabile con quella della persona fisica in senso stretto. L'essere umano rappresenterebbe, in realtà, l'unità simbolica e linguistica della persona fisica, una delimitazione che è anche biologica di quest'ultima. Premesso questo, l'essere umano esisterebbe all'interno dell'ordinamento solo dal momento in cui talune norme giuridiche lo assumono come riferimento di diritti e doveri. Tutto ciò è possibile rilevando una certa separazione tra ciò che è giuridico da ciò che è biologico e naturale. È partendo da questa definizione di persona fisica che si può affermare che tra persona fisica e persona giuridica non vi è una sostanziale differenza da un punto di vista di principio. Secondo un autore¹⁵, Kelsen, come gli altri studiosi del linguaggio, esclude che la persona giuridica riguardi un dato pre-giuridico esistente nella realtà e che con la parola *persona giuridica* si indicherebbe una specifica disciplina concernente relazioni tra gli uomini come componenti di un gruppo. La definizione normativa riguarderebbe una determinata attività, alla legittimazione giuridica per il suo svolgimento e alla responsabilità sui beni oggetto o strumento dell'attività medesima. Resta però il fatto che anche gli enti potrebbero essere considerati come soggetti scaturenti da un'autonomo processo pre-giuridico e sociale; altrimenti come spiegare l'esistenza dei *c.d. enti di fatto*? Bisogna vedere, allora, se la natura e l'*agire* degli enti rappresenti una forma di capacità autonoma ad agire e di personalità indipendente dai singoli soggetti che la costituiscono. Una generica lettura in materia del diritto positivo¹⁶ degli ordinamenti europei, permetterebbe di partire dall'affermazione, puramente *normativa*, secondo la quale le *persone giuridiche* costituirebbero una categoria di soggetti di diritto che si affianca a quella delle *persone fisiche*. La legge considera come titolari di diritti, costituzionali e personali, quelle entità che normativamente definisce persone giuridiche, e all'interno delle quali agiscono degli individui. Il fatto che all'interno della persona giuridica agiscano degli uomini ha suscitato grandi difficoltà nella definizione giuridica e dottrina delle persone giuridiche e l'analisi da un punto di vista *normativo-nominalistico* e *linguistico*, appena vista, non basta a risolvere l'enigma dottrinario della personalità

¹⁵ ASCARELLI (T.), *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, pp. 921 e ss.; ASCARELLI (T.), *Considerazioni in tema di società e persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 245, 333, 421.

¹⁶ *es. Libro I, Titolo I, c.c.*

giuridica degli enti, la cui definizione resta fondamentale per addentrarsi nella problematica della capacità penale degli enti. La questione più dibattuta è stata quella relativa ai diritti soggettivi in rapporto alla personalità degli enti, ossia si è chiesto se, quando si parla di diritti e obblighi di una persona giuridica, si allude a tutti gli interessati come titolarità collettiva e unitaria, dunque, ai singoli individui che compongono la persona giuridica. È una questione sulla reale o fittizia capacità di godere dei diritti soggettivi da parte delle persone giuridiche, da cui discenderebbe anche una soggettiva capacità penale. Coloro che hanno sostenuto una incapacità per la persona giuridica di godere direttamente dei diritti soggettivi, e che solo l'uomo è soggetto di diritti (d'ora in poi sostenitori della *c.d. teoria della finzione*), hanno dovuto spiegare come mai vengono riferite alle persone giuridiche quelle situazioni di diritto che si riferiscono anche all'uomo (diritti patrimoniali e personali, obblighi, capacità penale). Coloro, invece, che hanno sostenuto una capacità diretta di godere di diritti soggettivi (*teorie c.d. della realtà*), da parte della persona giuridica, hanno dovuto affrontare il problema dell'agire collettivo attraverso i singoli individui che compongono l'ente e coniugarlo con una personalità giuridica realmente unitaria. Tra queste si ritrovano *posizioni intermedie*. Nell'insieme queste teorie rappresentano una costellazione di sistemi teorici che costituisce un patrimonio importante del pensiero giuridico moderno e contemporaneo, arricchito da profonde divergenze dogmatiche sulla realtà o finzione della personalità degli enti collettivi. Il detto fenomeno ha a che fare con la definizione di *personalità giuridica*, di *Stato*, e di *corporazione*; un'insieme di concetti la cui puntualizzazione costituisce una coordinata fondamentale della concezione giuridica e politica della società nel suo insieme. Prima di entrare nel merito delle elaborazioni più significative dell'evoluzione giuridico-dottrinarie della nozione di personalità degli enti, sarà utile affrontare brevemente l'evoluzione storica dell'idea di responsabilità dell'ente, partendo dall'epoca in cui tale idea cominciò a cristallizzarsi e ad essere oggetto di applicazione più o meno consapevole da parte del potere sovrano dello Stato.

2. Breve storia dell'idea di persona giuridica.

Il fatto che solo la persona fisica e non anche quella giuridica possa commettere reato, in eco al broccardo *societas delinquere non potest*¹⁷, è un dato imprescindibile da cui la dottrina penalistica tradizionale ricavava dalla fisicità/materialità del reato la pietra angolare dell'imputazione. La formulazione di tale broccardo può essere fatta risalire al XVIII sec., mentre nei secoli precedenti dominò l'idea in base alla quale *universitas delinquere et puniri potest*¹⁸. La storia del *delinquere ut universi* ha antiche origini; in Europa inizia tra il XII sec. e il XIII sec. e testimoniata da una serie di fenomeni criminali studiati in Italia dalle scuole civilistiche e canonistiche, individuati e repressi nella Costituzione siciliana *federiciana*, conosciuti in varie città del nord Europa, in Spagna, in Francia e in Germania¹⁹. Citiamo qui ad esempio i delitti rurali, le lotte tra Comuni limitrofi, ribellioni all'*autoritas* dell'imperatore o del pontefice, delitti di eresia o di violazione della libertà ecclesiastica, simonia, delitti degli amministratori degli enti ecclesiastici²⁰. Ricca fu pure la fenomenologia

¹⁷ v. ad es. v. ARANGIO-RUIZ (V.), *La società in diritto romano*, Napoli, 1965; v. anche GALGANO (F.), *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del Codice civile*, SCIALOJA (A.) e BRANCA (G.) (a cura di), Bologna-Roma, 1967; per una nozione in epoca romana v. ORESTANO (R.), *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968.

¹⁸ in PALAZZO (F.), *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*; atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), PALAZZO (F.) (a cura di), Napoli, 2003.

¹⁹ MICHAUD-QUANTIN (P.), *Universitas, Expressions du Mouvement Communautaire dans le Moyen- Age Latin*, Paris, in *riv. Persee*, 1970, p. 328, v. in particolare la nota 4.

²⁰ ALPA (G.), CHIODI (G.) (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007, p. 94: "Alcuni episodi dei secoli XII e XIII diventarono famosi casi-guida, anche a fini didattici. In Italia, celebre fu un delitto rurale, oggetto di un *consilium* di Giovanni Bassiano: la distruzione da parte dei rustici di un Comune di un bosco appartenente alla mensa arcivescovile del vescovo di Pisa. In Francia non meno celebre fu un altro delitto rurale oggetto di un responso dei professori di diritto della città di Limoux: circa 4000 persone, probabilmente tutta la popolazione valida della città, aveva invaso una foresta, danneggiando gli alberi e molestando il *bailli royal* inviato sul posto per contenere la furia degli invasori. (...) Meno famoso, ma non meno interessante, è il caso della responsabilità penale dell'intero capitolo d'una chiesa, narrato da Odofredo. In occasione dell'arrivo di un delegato del papa in un monastero, l'abate suonò le campane per convocare tutti i monaci, dicendo che il delegato avrebbe avanzato delle richieste che egli non era disposto a soddisfare, i monaci dissero che anche loro non erano disposti a soddisfarle, e anzi gridarono: Dove è il delegato? Faremo in modo che non faccia mai ritorno a Roma, e subito alcuni di loro si incaricarono di ucciderlo".

dei delitti commissivi e omissivi²¹ individuati e repressi dagli statuti comunali italiani dei secoli XIV e XV, vi era pure un numero imponente di delitti politici, i cosiddetti *crimina lesae maiestatis*, commessi contro la città dominante²². Le pene erano molto variegata e venivano applicate direttamente alle collettività: pene pecuniarie, presa di ostaggi, esecuzioni, saccheggi di città e territori, soppressione dei privilegi, etc. Sono pene che esprimono la mentalità di un'epoca e "evocano un periodo nel quale la colpevolezza e le sanzioni collettive costituivano realtà indiscusse"²³. Quanto ai reati puniti con la pena di morte, s'infliggevano le cosiddette *mors civilis*, con la distruzione della città, invocando come precedente la distruzione di Cartagine e di Troia²⁴: "Fu la fine di Tuscolo per mano dei Romani, di Fèrento per mano dei Viterbesi, di tanti altri luoghi per mano dei vicini più potenti"²⁵. I canonisti, per i reati puniti con la pena capitale, per le persone fisiche prevedevano l'inflizione della pena pecuniaria come pena sostitutiva, essendo la corporazione, come essenza inanimata: *talis poenae incapax*. Dall'altra parte un differente indirizzo, insieme ai civilisti, considerava come applicabile per analogia alla pena di morte, la distruzione della città o la dissoluzione della corporazione: "*et ubi esset tale delictum, quod exigeret poenam capitale, poena capitalis civitatis est, quod patiat aratrum et destruat*". Con la scomparsa delle corporazioni, scomparì anche il delitto corporativo. Importanti furono però le tracce lasciate dall'antico sistema penale. Nel XIV sec. erano numerosi i gruppi che operavano in ambito sociale ed economico e che avevano un alto

²¹ Tratto da MARINUCCI (G.), *La responsabilità Penale delle persone giuridiche (uno schizzo storico-dogmatico)*, in *Riv. italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2007, dove l'analisi storica viene associata ad una attenta riflessione dottrina sulla questione dell'origine filosofico-dogmatica di personalità.

²² ALPA (G.), CHIODI (G.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, op. cit., p. 25.

²³ MICHAUD-QUANTIN (P.), *Expressions du Mouvement Communautaire dans le Moyen- Age Latin*, op. cit., p. 328.

²⁴ GIERKE (O.), *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, op. cit., p. 407-408.

²⁵ CALISSE (C.), *Svolgimento storico del diritto penale in Italia, dalle invasioni barbariche alle riforme del XVIII sec.*, Milano, 1906, p. 95.

grado di eterogeneità²⁶. Essi erano coinvolti in affari legali e commerciali ed esercitavano diritti in favore di un numero considerevole di persone aventi lo stesso scopo e attivi nella medesima impresa²⁷. Tutto ciò rese necessaria la sostituzione del vecchio ed eterogeneo gruppo con qualcosa di più preciso: si ideò la nozione di *Incorporate Person*²⁸. Tale era il nuovo contenitore della comunione di interessi degli enti collettivi, si trattava di un soggetto astratto titolare di diritti e destinatario di doveri grazie ad un inquadramento normativo voluta dai sovrani europei²⁹. La costruzione teorica era però fondata sulla nozione di *persona ficta*, secondo il modello del papa Innocenzo IV. Una tale costruzione giuridica fu eretta per risolvere numerosi casi giudiziari dove erano implicate delle *corporations* come proprietarie terriere o in quanto attive sul piano commerciale e che dovevano rispondere civilmente di danni arrecati a terzi. Dal punto di vista civile, le *corporations* rispondevano dei danni arrecati ed erano riconosciute all'interno dei processi come soggetti unitari, mentre non potevano commettere né peccati né crimini, in quanto persone create artificialmente dal diritto. Secondo un celebre *dictum* inglese: “no soul to be damned, and no body to be kicked”³⁰. Fu con la rivoluzione industriale che cambiarono i paradigmi applicati alla personalità degli enti. Accadde che sotto la spinta dell'industria si diffusero una serie di *corporations* molto potenti che potevano recare gravi danni alle persone e alla società. A tal punto non poteva essere più tollerata la tradizionale indulgenza del giudice, ai cui occhi la persona giuridica era stata sino ad allora un essere invisibile. In Francia, nel XV e XVI secolo, il re e il Parlamento di Parigi infliggevano pene contro città e corporazioni:

²⁶ Nel mondo anglosassone la questione della persona giuridica in relazione al diritto penale è nata prima rispetto ai paesi continentali d'Europa. Non a caso Brickley apre, nella sua opera sulle persone giuridiche, la storia della evoluzione della responsabilità penale delle *corporations* proprio con la *common law tradition*. In realtà, Holdsworth ci rivela che l'evoluzione in Inghilterra della personalità giuridica degli enti si mantenne per lungo tempo su un piano prettamente civilistico.

²⁷ ULMANN (W.), *The Delictual Responsibility of Medieval Corporations*, in *The Law Quarterly Review*, op. cit., p. 84.

²⁸ HOLDSWORTH (W.S.), *A History of English law*, Ed. V, vol. 12, Methuen, 1942, ristampa 1991, vol. III, p. 469 e ss.

²⁹ MICHAUD-QUANTIN (P.), *Expressions du Mouvement Communautaire dans le Moyen- Age Latin*, op cit. p. 330.

³⁰ COFFEE j.r. (J.C.), *No soul to be damn: no body to be kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan law review*, 1981, pp. 386.

“Nel 1548 la città di Bordeaux fu condannata dal Parlamento per una sommossa, nella quale gli abitanti di quella città avevano ucciso il Governatore e Luogotenente del re, e molti altri ufficiali della stessa città, in occasione di un diritto di gabella, la cui attuazione voleva essere impedita dagli abitanti. Questa decisione privò la Comunità, i Corpi, e le Università della città di Bordeaux di tutti i privilegi e diritti, della casa comunale e delle altre sedi ufficiali della città, i quali diritti, con le campane e le artiglierie, vennero aggiudicati al re; si ordinò che venissero bruciati alla presenza dei giurati tutti i titoli concernenti i privilegi, i diritti e le libertà di questa città, che la casa comunale venisse demolita e rasa al suolo, e che gli abitanti a loro spese costruissero le fortificazioni del Castello Trombette e di Ha; che il corpo del signor Moneins, Governatore e Luogotenente Generale del Re, venisse portato nella Chiesa del Carmine da parte dei giurati e che centoventi persone elette dal Consiglio della città, a testa nuda, e con una torcia in mano del peso di due libbre, tessessero le lodi del defunto; che successivamente passando davanti alla porta del Duca di Montmorenci, Luogotenente Generale del Re per la provincia, si mettessero in ginocchio, chiedessero perdono a Dio, al re e alla Giustizia, e gridassero “Misericordia”, e che interrassero il corpo del suddetto signore di Moneins nella Chiesa di Sant’Andrea. Con la medesima decisione alcuni vennero condannati a morte, alcuni squartati con il tiro dei quattro cavalli, altri con la tecnica della ruota, altri impiccati”³¹.

Dai testi analizzati si può evincere come tutta una serie di dispositivi criminali, di supplizi e di mortificazioni inflitte alla collettività nel suo insieme, venivano schierati dallo Stato a sua propria difesa. Nello stesso trattato di giustizia criminale di Jousse³² si trova anche un’altra pronuncia del Parlamento di Parigi, il 4 dicembre 1561 il Parlamento si pronuncia contro la

³¹ JOUSSE (M.), *Traité de justice criminelle de France*, Tome II, Paris, 1771, p. 707-708, Testo originale : “Nous avons un exemple remarquable d’une condamnation de cette espèce prononcée contre la ville de Bordeaux, par l’Arrêt du 26 Octobre 1548(...), pour une révolte, dans laquelle les habitants de cette ville avaient tué le Gouverneur et Lieutenant de Roi, et plusieurs autres Officiers de la même ville, à l’occasion d’un droit de Gabelles, dont les habitants voulaient empêcher l’établissement. Cet Arrêt prive la Communauté, Corps et Université de la ville de Bordeaux de tous privilèges, Maison-de-Ville, Jurande et Conseil, et autres Offices de ville, et Bourse commune ; lesquels droits, avec les cloches et artillerie, furent adjugés au Roi, et ordonné que tous les titres, concernant les privilèges, droits et libertés de cette ville, seraient brûlés en présence des Jurats; que la Maison-de-Ville serait rasée et démolie, et que les habitants feraient à leurs dépens les fortifications et envitaillement des Châteaux Trompette et du Ha, et renouvelleraient tous les ans ledit envitaillement. Que le corps du sieur de *Moneins*, Gouverneur et Lieutenant de Roi, serait enlevé de l’Eglise des Carmes par les jurats, et cent vingt élus par le Conseil-de-Ville, ayant chacun une robe de deuil, tête nue, et une torche du poids de deux livres à la main, où seraient attachées les armoiries du défunt; que ensuite, en passant devant la porte de M. le Duc de *Montmorenci*, Lieutenant-Général pour le Roi en ladite Province, se mettraient à genoux, et demanderaient pardon à Dieu, au Roi et à la Justice, et crieraient *Miséricorde*, et le corps dudit sieur de Moneins enterré dans l’Eglise de Saint André. Par ce même Arrêt plusieurs furent condamnés à mort, les uns, tirés à quatre chevaux, les autres, rompus sur la roue, et les autres pendues”, Trad. a cura di MARINUCCI (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 2007, p 452-453.

³² *Ibidem*, p. 383.

Sorbona. L'Università fu condannata a fare ammenda per certe proposizioni pericolose, secondo le quali "il papa aveva il diritto di privare il re del suo regno", contenute in una tesi di dottorato. L'ammenda consisteva nell'obbligo per il *Bedeau* della *Sorbona*, abbigliato con cappa rossa, di proclamare, alla presenza dei professori, che le proposizioni in questione erano state sostenute temerariamente³³. L'*ordonnance criminelle* dell'agosto del 1670, citò questi casi e molti altri, per consolidare la prassi secolare regolata al Titolo XXI sulla "maniera di fare i processi alle comunità delle città, borghi e villaggi, corpi e compagnie"³⁴. Anche Grozio e Pufendorf registrarono le pene che potevano essere inflitte agli enti collettivi nel sedicesimo e diciassettesimo secolo. Pufendorf, sostenne che i crimini derivanti dalle deliberazioni di assemblee e comitati interni a uno specifico corpo collettivo, dovrebbero essere considerati come esternazione di una volontà estesa a tutto il corpo sociale dell'ente. Escludendo dalla punizione solo coloro che avevano espressamente fatto notare all'assemblea una opinione contraria in merito alla deliberazione. Di particolare interesse la concezione di Pufendorf riguardo alla trasposizione della pena di morte sui corpi collettivi:

"Mais ce qui tient lieu de mort, à l'égard du Corps entier, c'est de le dissoudre, ou de détruire l'union Moral qui le forme, et qui en constitue la nature. On punit aussi quelques fois les particuliers, en les rendant esclaves. Une punition semblable pour un Corps c'est de le faire dépendre d'un autre corps subordonné, ou même d'un seul sujet de l'Etat"³⁵.

In Germania gli enti collettivi furono sovente colpiti da sanzioni penali in ragione delle violazioni di doveri verso il potere sovrano. Si trattava del dovere di assistenza al potere, di tutela dell'ordine pubblico periferico, di mantenimento della pace e violazioni dei doveri di obbedienza in generale. Le pene colpirono intere città, ma anche associazioni di cittadini e corporazioni. Savigny ammise che molte leggi tedesche della metà del 500 "contengono sanzioni penali dirette contro le corporazioni come tali: multe e perdita delle loro franchigie e dei privilegi", leggi che prevedevano "reati contro la sicurezza e la tranquillità dello Stato, come la violazione della pace pubblica e la confederazione e la cospirazione. Le sanzioni

³³ *Ivi*, p. 708.

³⁴ di PICARDI (N.), GIULIANI (A.) (a cura), *testi e documenti per la storia del processo*, T. I, *Code Louis*, t. II, *Ordonnance Criminelle (1670)*, Milano, 1996, pp. 37 e 232-234.

³⁵ PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, T. II, libro VIII, par. XXVIII, Basilea, 1732, p. 409.

inflitte assumono la forma di vere pene criminali”³⁶. La fase successiva, del XVII sec. venne grandemente influenzata dai sistemi descritti nel *Leviathan*³⁷, i quali comprendono le organizzazioni inferiori allo Stato, dalle persone giuridiche alla famiglia, dalle organizzazioni lecite a quelle illecite, fino ai gruppi di potere e ai meri concorsi di folla, in una visione unitaria. Hobbes sembra voler costruire una vera e propria teoria generale dei corpi intermedi. Nelle sue opere precedenti egli esprime una similitudine concettuale tra lo Stato e la persona giuridica di diritto privato o *corporation*³⁸. Entrambi i soggetti sembrano essere l’unione volontaria di una moltitudine per uno scopo, in una *persona civilis* che la rappresenta unitariamente mediante il potere conferitole, ma la persona giuridica sarebbe subordinata a quella dello Stato, perché quest’ultima unicamente gode dei poteri sovrani. L’espressione *corpo politico*, costituisce per Hobbes l’occasione per chiarire il significato di sovranità, che non può essere suddivisa, come sostengono i fautori del governo misto, entro due poteri complementari ma distinti. Secondo l’autore in parola il corpo politico esprimeva non la concordia, bensì l’unione di molti uomini. L’immagine del corpo politico, esprime dunque con forza il principio dell’unità dello Stato, che per Hobbes è una caratteristica determinante dello stesso. Il corpo politico esprime l’unità dell’entità sociale: corpo e persona, sia nella sua dimensione giuridica sia in quella politica, mostrando la natura dei soggetti collettivi come creati dalla volontà degli uomini. Secondo Hobbes, dunque, di fronte allo Stato non esistono solo singoli esseri umani atomisticamente individuati, ma una gradazione infinita di corpi o persone giuridiche, realtà sociali intermedie, che – quando sono legittimate – costituiscono la muscolatura stessa della *res publica*. Con l’affermarsi della concezione contrattualistica dello Stato e delle corporazioni, l’atto che costituisce la società è paragonato a l’atto di costituzione di una persona giuridica. Ma Hobbes arriva a far scaturire l’unione dall’unico atto iniziale di sottomissione sicché il popolo ritroverebbe la sua unità politica solamente nella persona del sovrano, e di per sé non sarebbe che semplice moltitudine. La sovranità della Repubblica *hobbesiana* sta tutta nella persona scaturita dal patto di sottomissione, sotto forma di individuo o di assemblea, attraverso una meccanica trasposizione dell’idea di moltitudine all’idea di sovranità su un popolo artificialmente

³⁶ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di SCAIOLA (V.), Milano, 1888, p. 324.

³⁷ HOBBS (T.), *Leviatano*, MAGRI (T.) (a cura di), Milano, 2005.

³⁸ BROWN (J.), *The Personality of the Corporation and the State*, in *Law Quarterly*, Londra, 1998, p. 64 e ss.

concepito come unitario. Alla luce di una tale impostazione, i *systemata hobbesiani*³⁹ sarebbero delle organizzazioni sociali meno ampie dello Stato, ma, parimenti a esso, sarebbero di origine contrattuale e dunque la loro esistenza, pur rimanendo sottomessa alla sovranità dello Stato, è espressione della medesima forza *giusnaturalista* di associarsi. Ma Hobbes specifica che se il potere è assoluto allora nessun potere intermedio potrà crearsi all'infuori di quelli voluti dallo Stato medesimo, come funzione delle sue prerogative sovrane. Stato e corporazione funzionano attraverso un concetto di rappresentanza secondo il quale rappresentante è colui che agisce e attraverso cui si realizza l'unità del molteplice. Poiché l'unità della persona è fittizia, la separazione tra persona e singoli individui membri può ottenersi solo considerando artificiosamente la volontà della maggioranza, come volontà unanime di tutti, dunque solo attraverso una finzione, e non certo perché si sia costruita una reale persona unitaria, secondo Hobbes, si può separare il soggetto singolo dalla corporazione. Tutto il progetto unitario risulterebbe allora da una somma di parti, coronando l'individualismo di fondo della sua teoria. La realtà dei rappresentanti e dei rappresentati si realizzerebbe solo attraverso una *fictio juris*⁴⁰. Ancor prima della Rivoluzione, e sotto le influenze storiche appena viste, gli organismi estranei allo Stato, beneficiari di diritti distinti, capaci di possedere dei beni e di aumentare in modo indefinito il loro patrimonio, apparirono agli uomini della fine del XVIII sec. come un pericolo considerevole. Bisogna riconoscere che alla fine dell'Antico Regime vi erano delle ragioni di ordine politico per pensarla in tal modo⁴¹. La proprietà corporativa veniva rappresentata, sotto la monarchia, soprattutto dalla proprietà ecclesiastica, proprietà della Chiesa secolare, ma anche proprietà di conventi e congregazioni di ogni sorta. Questo insieme corporativo molto potente apparteneva ad un

³⁹ Per una visione complessiva del pensiero *hobbesiano* in merito alla questione degli enti collettivi nella società v. PASQUALUCCI (P.), *Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati*, in *Quaderni fiorentini*, n. 15, 1986.

⁴⁰ Hobbes fa riferimento alla finzione della dottrina tradizionale dei Glossatori, in base alla quale la maggioranza decide per l'intero: cfr. D.G., III, pp. 219-220, 392-394, 405, 465-466, 470: "quod fit a majori parte corporis, attribuitur toti corpori" (per l'origine di questo principio, cfr. p.e. Ulp. 76 ad ed., D. 50, 17, 160, I: "Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem" ed il relativo richiamo di Gierke in D.G. III, p. 153. Il principio era stato reso obbligatorio in Inghilterra da uno *statute*, di Enrico VIII.

⁴¹ interessante in tal senso l'analisi di LOMBARDI (L.), *I possessi plebei, la manomorta e lo svincolo della proprietà fondiaria*, Napoli, 1883, secondo cui attraverso il suddetto sistema si voleva evitare che i beni in questione potessero diventare di proprietà di soggetti estranei (soprattutto gli enti) al feudatario, mettendo in serio rischio la sopravvivenza dello stesso feudo a causa del depauperamento del relativo patrimonio fondiario.

corpo considerevole, quello della Chiesa, con il quale lo Stato doveva rapportarsi. Tali corporazioni rappresentavano una forza di opposizione allo Stato estremamente importante. Una delle conseguenze più evidenti di questo fenomeno per la società e per la monarchia era la proprietà della *manomorta*⁴². Proprietà che cresceva sempre più, grazie alle donazioni e ai testamenti dei fedeli, e che non diminuiva mai, non facendo circolare i beni all'interno della società. Inoltre, la gran parte dei proventi non andavano al miglioramento dei conventi e delle abbazie o alle attività spirituali, ma ad arricchire in modo sconsiderato le casse di qualche ricco signore locale. Perciò, alla fine del XVIII sec., si rappresentò la proprietà corporativa in Francia⁴³. Quello che si vedeva in essa era lo spettro della manomorta ed era una percezione di corpi rivali allo Stato, suscettibili di entrare in conflitto con esso. Tutto il corporativismo verrà assimilato a tale fenomeno, fino al punto in cui si attuò la disintegrazione di tutti i corpi collettivi esterni allo Stato, di tutte le corporazioni, di tutte le fondazioni, laiche o religiose che siano, a scopo politico o privato. Gli organismi di diritto privato vennero trascinati nella tempesta con tutto il resto, si fece tabula rasa. Il Codice napoleonico non conosceva alcuna forma di proprietà collettiva organizzata, ammettendo come unica forma di proprietà comune quella dell'*indivisione*. Ma la comproprietà è esattamente il contrario della proprietà comune, appartenente alla collettività, indipendentemente dai singoli individui che la compongono. La comproprietà è semplicemente una giustapposizione di diritti individuali che si compenetrano tra loro. Di conseguenza il Codice civile napoleonico ignorava le persone giuridiche. Se il Codice civile da una parte le ignorava, quello penale andava ancora oltre, proibendole, per lo meno sotto forma d'associazione⁴⁴. Il testo del codice⁴⁵ proibiva tutte le associazioni che superavano le venti persone. Tutte le associazioni che superavano le venti persone, per essere lecite, dovevano essere autorizzate attraverso un'autorizzazione amministrativa. Cosa ancora più

⁴² v. per un'analisi politologica anche in altri Paesi europei della repressione della manomorta, PEPE (G.), *Lo Stato ghibellino di Federico II*, Bari, 1951, p. 15; già nel 1226 l'imperatore Federico II avrebbe perseguito l'intento politico di diminuire i privilegi delle entità collettive o anche annientarli del tutto, ma limitatamente ad alcuni Ordini religiosi.

⁴³ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, Paris, 2001, p. 5.

⁴⁴ *Ivi*, p. 8, cfr. "Le droit corporatif, le Code civil l'ignore absolument, mais si le Code civil l'ignore, le Code pénal, en principe, allait plus loin encore, il le prohibait(...)".

⁴⁵ *Ibidem*.

emblematica consisteva nel fatto che l'autorizzazione amministrativa che rendeva lecita l'associazione e le dava diritto all'esistenza, non permetteva comunque l'intervento nella vita economica o giuridica del Paese: essa non costituiva un *diritto alla proprietà*. Dunque, attraverso l'autorizzazione, l'associazione diventava lecita, essa aveva diritto di esistere senza costituire delitto, ma essa non poteva contrattare come associazione in quanto ente unitario, né agire in giudizio come tale, né possedere beni propri. Insomma, non si trattava di una persona giuridica in senso pieno. Per essere riconosciuta come tale, se già in regola con il diritto pubblico attraverso l'autorizzazione amministrativa, bisognava ottenere un riconoscimento di *pubblica utilità*. Questo significa che era necessario ottenere, per via della concessione del potere pubblico, l'attribuzione della personalità. Tale concessione veniva accordata dal Consiglio di Stato francese che non era particolarmente prodigo in quest'attività. Tale era, grosso modo, il regime a quel tempo per ciò che concerne la personalità degli enti⁴⁶. Alla base di un tale meccanismo giuridico c'era l'idea secondo la quale solo l'individuo è dotato di diritti, ed esisterebbero unicamente diritti individuali, in un rapporto diretto tra *diritto naturale* e diritto soggettivo. Il diritto non sarebbe altro che la messa in opera della volontà individuale, un modo per l'uomo di sviluppare la propria libertà; il diritto sarebbe allora connesso ad una libertà psicologica e addirittura si confonderebbe con essa. Esisterebbe una sorta di diritto virtuale di ciascun uomo, indipendente dai rapporti con gli altri uomini. Si potrebbe parlare, infine, di un diritto acquisito con la nascita e libero da ogni connessione con la società. Una tale impostazione teorica verrà commentata da Raymond Saleilles in tal modo:

“Rien n'est plus contraire à l'histoire et à la réalité des faits que pareille théorie. Supposez un homme qui vit seul au monde, Robinson dans son île par exemple, quel besoin y aurait-il de parler de ses droits? Le droit serait, pour lui, un mot vide de sens, puisqu'il n'y aurait personne en contact avec lui qui pût s'opposer à l'exercice de sa volonté. Il ne trouverait d'obstacle que du côté des forces naturelles ; et, dans le conflit entre l'homme et la nature, il n'y a pas de droit qui se relève(...). L'homme isolé peut avoir des devoirs; il peut en avoir même vis-à-vis de la nature. Il n'a pas de droits, si ce n'est peut-être sur le terrain religieux, et ce n'est pas le nôtre. Ce n'était pas celui, à coup sûr, des hommes du dix-huitième siècle. Le droit naît du contact entre les hommes, donc de l'état de société”⁴⁷.

⁴⁶ NEUBECKER (F. K.), *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Ed. I, Leipzig, 1908.

⁴⁷SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., pp. 10-12.

Si è già visto in quali condizioni il dibattito rivoluzionario aveva portato a quel tempo ad una ridefinizione del valore degli enti collettivi nella società e in special modo di fronte allo Stato. Era l'epoca nella quale venivano soppresse in Inghilterra certe fondazioni destinate alla distribuzione di denaro da offrire ai poveri, e che furono considerate come degradanti in quanto si pensava che esse contribuivano solo a incoraggiare il vagabondaggio e la mendicizia, il vizio e il parassitismo sociale⁴⁸. Era anche l'epoca dell'introduzione nelle prigioni del cosiddetto *lavoro improduttivo*, al fine di sopprimere la concorrenza economica del lavoro penitenziario, e al contempo mantenere l'apparenza del mantenimento, all'interno del sistema penale, del c.d. *gesto laborioso*. Turgot obbediva alle stesse idee che avevano ispirato questa generale strategia d'intolleranza contro le attività collettive *anticapitalistiche*⁴⁹. Le fondazioni caritatevoli favorivano la proliferazione dei *poveri*, scoraggiava il *libero lavoro* dell'individuo posto di fronte alla società e allo Stato⁵⁰. L'autore cita come esempio certi Paesi dove gli ordini religiosi si erano moltiplicati al fine di soccorrere la miseria; ed è proprio in questi Stati, Italia e Spagna *in primis*, che il numero dei poveri era il più considerevole. Bisognava, secondo Turgot, piuttosto difendere il lavoratore, l'individuo produttivo, che lotta contro i pericoli che l'attività economica può procurargli. Venne ipotizzato che c'era un interesse a mantenere i poveri nella loro povertà, dato che le fondazioni si preoccupavano di farli sopravvivere in quanto *classe*, piuttosto che di tirarli fuori dall'indigenza. Lo Stato doveva vedere di fronte a sé dei singoli produttori da dirigere, da proteggere, da gestire attraverso i nuovi meccanismi di polizia⁵¹. Le cose cominciarono a cambiare all'inizio del XIX sec. in Inghilterra, alcuni Comuni ed enti pubblici furono condannati per aver ommesso di riparare strade o ponti, oppure per difetti nella progettazione urbana legati alla sicurezza. La vera decisione che cambiò il modo di concepire l'attività

⁴⁸ ESCARRA (M. J.), *Les Fondations en Angleterre*, Paris, 1907.

⁴⁹ DAKIN (D.), *Turgot and the Ancient Régime in France*, London, 1939.

⁵⁰ DAKIN (D.), *Turgot and the Ancient Régime in France*, op. cit. p. 63 e ss.

⁵¹ R. SALEILLES, *De la personnalité Juridique*, op. cit., pp. 20-21; Nell'antica Roma che ha comunque privilegiato l'individualismo, il diritto di famiglia e quello della *gens*, hanno preceduto e superato il diritto dei singoli. Osservando altri popoli antichi più primitivi, come quello dei Germani, vediamo primeggiare nel diritto le famiglie, i clans, associazioni di fedeli e gruppi organizzati di ogni sorta. In antichità ovunque erano presenti dei gruppi organici e dei diritti derivanti da tali gruppi. Sarebbe che ogni individuo traeva i propri diritti soggettivi derivandoli dalla potenza giuridica del gruppo al quale apparteneva, dal suo ordine o dalla sua classe. Era il gruppo a possedere i diritti e che li trasmetteva virtualmente a ciascuno dei suoi membri.

degli enti in Inghilterra venne presa in relazione ad un caso di reati omissivi nell'affare *Reg. v. The Birmingham and Gloucester Railway Company*⁵².

“Una compagnia ferroviaria venne perseguita per aver omesso di unire con un ponte le proprietà tagliate in due da una delle sue linee, così come imponeva lo *statute* che aveva incorporato la compagnia. L'avvocato della compagnia aveva vanamente invocato la decisione del giudice Hunt. La Corte, per bocca del giudice Patteson, decise che una *corporation* poteva essere perseguita penalmente per inottemperanza di un dovere impostole dalla legge: non vi era infatti altro modo di far rispettare la legge da una compagnia se non perseguendola penalmente”⁵³.

Ben presto i giudici inglesi ritennero perseguibili anche i reati commissivi. Nell'affare *Reg. v. Great North of England Railway Co.*⁵⁴ del 1846, e in quello delle colonie americane, dalla Corte Suprema del Massachusetts, nel 1852⁵⁵. Fino al 1880 sussistevano ancora numerosi dubbi sulla qualificazione di persona riferita alla *corporation*. Per sciogliere il nodo, il Parlamento inglese introdusse nell'*Interpretation Act*⁵⁶ del 1889 la *section 2*, nella quale si stabiliva che “nell'interpretazione di tutti i testi legislativi relativi ad un crimine (...) l'espressione *person* dovrà includere le corporazioni, a meno che non risulti un'intenzione contraria”⁵⁷. L'impostazione teorica sulla colpevolezza, nel Regno Unito, era particolarmente primitiva e venne denominata *identification theory*, o anche *dottrina dell'alter ego*. In base a tale teoria la *corporation* si identifica completamente con i comportamenti dei suoi dirigenti. Attraverso una visione *antropomorfica* si sosteneva che il reato commesso dagli alti dirigenti doveva essere imputato automaticamente e direttamente alla *corporation*, in quanto tali soggetti non agiscono in nome e per conto della persona giuridica, ma essi *sono* la persona giuridica. In Francia, a seguito della

⁵² 114 Eng. Rep. 492 (Q.B. 1842).

⁵³ MARINUCCI (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., p. 456.

⁵⁴ *Reg. v. Great North of England Railway Co.*, v. in *The general principles of law corporations*, Cambridge University Press, p. 44 e ss, § secondo la Corte Il solo rimedio per impedire che una *corporation* eserciti i suoi poteri in modo delittuoso, a fini di lucro, consiste nel perseguire penalmente chi ha realmente commesso il delitto, cioè la *corporation*, che agisca con decisione a maggioranza.

⁵⁵ *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 2 Gray 339, 1854.

⁵⁶ v. in *The Public General Acts passed in the Fifty-second and Fifty-third Years of the Reign of Her Majesty Queen Victoria*, Majesty's Stationery, London, 1889, pp. 329 to 341.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 46 e ss.

Rivoluzione francese e, della nascita della borghesia e con essa dello Stato centralizzato, tutto doveva diventare Stato, costituito in quanto potere superiore; in cambio, lo Stato si incaricava di occuparsi della vita stessa dei cittadini, di organizzarli e disciplinarne i flussi. Questa responsabilizzazione dello Stato nei confronti della vita degli individui che ne erano inclusi e rispetto alla realizzazione del principio cardine su cui si fondava lo Stato stesso e per il quale esso si costituiva, che era il principio di interesse pubblico, era che tutto doveva ritornare, in qualche modo, nel corpo dello Stato. In un modo alquanto singolare, vedremo vacillare tale sistema quando comparirà in Europa un'altra forma di organizzazione garante della sicurezza nelle società, alternativa a quella legata all'interesse pubblico, era la nascita dei grandi sistemi corporativi di assicurazione⁵⁸. Fu allora che si ricominciò a parlare di responsabilità degli enti e di colpa, in un dibattito vivissimo. Tutto il discorso dottrinario che ha influenzato la contemporanea concezione di personalità giuridica, parte dalle riflessioni di numerosi autori di estrazione civilista e si ripercuote indirettamente e successivamente sul diritto penale; e non solo sul diritto penale nella parte in cui riguarda gli enti, ma in generale sui fondamenti stessi dell'imputabilità e sul modo di concepire responsabilità e colpa. I temi della responsabilità e della colpa, infatti, incrociano nel XIX sec. la questione tutt'oggi aperta del rischio su un argomento caro a certi giuristi francesi che mettono in discussione la lettura classica degli articoli del *Code civil* riguardanti la responsabilità per danno e sostengono la tesi secondo la quale il diritto dovrebbe innanzitutto rispondere alla realtà sociale e la lettera morta della legge dovrebbe rivivificarsi attraverso un'interpretazione aderente alle necessità concrete dei soggetti giuridici e alla difesa dell'individuo posto di fronte ad un mondo *pericoloso* e ad una organizzazione sociale fundamentalmente iniqua⁵⁹. Alla base delle argomentazioni contenute nelle opere analizzate, il concetto di rischio acquista un valore particolarmente significativo nella dialettica imprenditore-operaio che si allaccia al concetto di colpa in modo alquanto ambiguo, costituendo uno dei presupposti impronunciabili alla costituzione della responsabilità civile e penale, elemento, quello del rischio, che si rinvia al capitolo successivo. Ora interessa seguire le evoluzioni del vivo dibattito sulla personalità degli enti, sviluppatasi a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del

⁵⁸ CHAUMET (F.), *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, Paris, 2011.

⁵⁹ Si consenta un rinvio a nostro AMALFITANO (A.), *La responsabilità tra rischio e colpa nell'elaborazione della dottrina civilistica in Francia*, in *riv. Filosofia dei diritti umani*, Fasc. 35, sett. - dic. 2012, pp. 39 e ss.

XX sec., perché esso ha posto le basi sulle quali in epoca contemporanea e nata e si è sviluppata una teoria di supporto all'imputabilità penale degli enti.

3. Le teorie della finzione.

Il dibattito sviluppato a partire dalle trasformazioni socio-economiche di fine XIX sec. e dall'evoluzione del diritto privato che avrebbe trascinato con sé quello penale, ha dato origine allo sviluppo di quelle teorie della personalità giuridica degli enti ancora sostenute dalla recente dottrina più avveduta⁶⁰. La parola *persona*, secondo la definizione di un autore, designa un soggetto di diritto, ossia un essere capace di possedere dei diritti e di assumere degli obblighi. Concezione giuridica che designa un soggetto che non deriva da un essere umano e perciò si differenzia dalla persona fisica⁶¹. Qui si vuole assumere come punto di partenza, alla luce di ciò che è già stato detto sulla natura simbolica di certe espressioni, che nella società umana sono attribuiti diritti non solo agli esseri individuali, ossia soggetti dotati di corpo, ma anche a certi gruppi. Questo fatto, che si produce sotto i nostri occhi, e del quale si può constatare l'esistenza storica è parso tanto straordinario a certi giuristi e filosofi del diritto che hanno considerato una tale istituzione come al di là degli stessi poteri del legislatore. Secondo Laurent, ad esempio, tali istituzioni collettive sorgerebbero dal nulla, dalla volontà del legislatore, accanto agli "êtres réels créés par Dieu"⁶². Perché, allora, tutto questo stupore di fronte a una realtà sociale storicamente determinata? Perché la necessità della dottrina giuridica e nelle scuole di diritto di ideare e trasmettere alla giurisprudenza le dottrine sulla natura fittizia degli enti collettivi? Si tenterà, nelle pagine a venire di comprendere le strategie ideologiche e discorsive che stanno alla base del fenomeno negazionista della personalità degli enti e quelle che hanno poi riportato nell'ordine del discorso giuridico a un recupero realistico della categoria analizzata. Per la scienza del diritto la parola persona deve restare un concetto strettamente giuridico, tale parola significa

⁶⁰ si vedano tra gli altri MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1924; SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, Paris, 2003; GIERKE (O.), *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Vol. II, Munich, 1888, (ristampa 1954); DUGUIT (L.), *Etudes de droit public*, Vol. I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Vol. II, *L'Etat, les gouvernements et les agents*, (in *Traité de droit constitutionnel*, 2° ed., specialmente t. 1 e 2), Paris, 1928.

⁶¹ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., pp.3-4.

⁶² LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, T. I, n. 228, Paris, 1878.

soggetto di diritto, un essere capace di avere dei diritti soggettivi suoi propri. Sovente quella relativa alla natura stessa dei soggetti giuridici era il punto di partenza di tutti i trattati e i saggi giuridici che vertevano sui più svariati temi:

“Il faut se demander ce que l’on entend par droit (au sens subjectif du mot), et quels sont les êtres qui, d’après la définition à laquelle on arrivera dans cette recherche, sont capables d’être considérés comme titulaires d’un droit”⁶³.

Se si concepisse il diritto soggettivo come un potere di volere qualche cosa, come un potere su qualcosa attribuito a una volontà, allora sarebbe impossibile ammettere l’esistenza reale di un diritto senza soggetto, parallelamente sarebbe impossibile attribuire la commissione di un reato, senza attribuire rilievo all’esistenza di una volontà.. Il supporto all’attribuzione della personalità giuridica agli enti collettivi è stato giustificato attraverso una serie di teorie che hanno avuto conseguenze importanti non solo sulla questione dell’inquadramento all’interno dell’ordinamento della persona giuridica, ma anche sul rapporto tra questa e lo Stato, e sulla capacità ad agire degli enti in generale. *La teoria della finzione* è stata un prezioso ausiliare alla pretesa di potenza dello Stato. Quando, durante la Rivoluzione francese, le assemblee rivoluzionarie misero da parte l’idea di personalità giuridica, fu allora che si poté assistere, in merito ai beni comuni, alle misure più ingiuste⁶⁴. Per la maggior parte dei giuristi del XIX sec. il punto di partenza della teoria della personalità giuridica si trova in quell’assioma secondo il quale solo l’uomo è un soggetto di diritto. In tal modo, non si può fare altro che giustificare la presenza nell’ordinamento della persona giuridica che una finzione, o, più sottilmente, attraverso l’elaborazione di teorie legate alla teoria normativista. Il legislatore suppone, in vista di un interesse generale, una persona fittizia che tratterà parzialmente come se essa fosse reale⁶⁵. Così, esso rende possibile l’esistenza di diritti appartenenti a questa persona immaginata, e li fa rientrare nelle regole generali dell’ordinamento giuridico. Risulta chiaramente, da una tale concezione, che lo Stato resta il padrone assoluto della finzione della quale esso si serve. La personalità giuridica non corrisponde alla realtà dei fatti, allora

⁶³ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. I ch. IV, v. in particolare *Le sujet de droit*.

⁶⁴ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, Ed. 7, T. IV, testo completo disponibile in *Gallica (Bibliothèque nationale de France on line)* su <http://gallica.bnf.fr>, Paris, 1881, n° 1376 et ss., v. anche, per una analisi di principio dell’argomento, il paragrafo n. 29 della stessa opera.

⁶⁵ SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, T. II, testo completo disponibile in *Gallica (Bibliothèque nationale de France on line)* su <http://gallica.bnf.fr>, Paris, 1855, p. 233 et s.

essa non sarebbe altro che un *favore* accordato dalla legge a certi gruppi di individui. Senza dubbio, questo favore potrà essere concesso attraverso forme diverse. Lo Stato potrebbe riservarsi di valutare caso per caso, esso potrebbe delegare tale compito all'autorità amministrativa, oppure accordare tale diritto preventivamente a tutti quegli organismi collettivi che siano conformi a certi modelli prestabiliti. Ma siccome si tratta pur sempre di un favore, esso resta essenzialmente e puramente arbitrario. Nessun gruppo potrebbe sollevare la pretesa di possedere tale diritto per *natura*. Lo Stato può favorire l'entità collettiva, ma tale grazia potrà essere ritirata in qualsivoglia momento proprio come le è stata concessa:

“Et c'est là, en effet, la conséquence pratique la plus importante de toute cette théorie. C'est à cela qu'on voulait en venir. C'est cette prédominance du droit de l'État que l'on avait en vue; c'est pour elle que toute la thèse a été construite. Seulement, au lieu de le dire franchement, au lieu de dire ouvertement: "En matière de personnes collectives, il est de nécessité politique que la volonté de l'État soit tout et que celle des individus ne passe qu'au second plan". On a voulu faire découler cette solution d'un principe supérieur, qui s'imposerait d'après la nature même des choses”⁶⁶.

Si tratta del cosiddetto sistema del *riconoscimento legale*: non esiste persona giuridica all'infuori di quella riconosciuta dalla legge; la loro capacità, come la loro personalità, non esiste all'infuori dei limiti riconosciuti dalla legge medesima:

“Indépendamment de la raison politique, la nécessité du consentement de l'État pour la formation d'une personne juridique trouve sa source dans la nature même du droit. En effet, l'homme, par le seul fait de son apparition corporelle, proclame son titre à la capacité juridique. C'est un signe visible que chacun peut reconnaître. Au contraire, quand la capacité naturelle de l'homme est étendue fictivement à un être idéal, ce signe visible manque et la volonté suprême peut seule y suppléer en créant des sujets artificiels des droits: abandonner cette faculté aux volontés individuelles, ce serait infailliblement jeter sur l'état du droit une grande incertitude”⁶⁷.

⁶⁶ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit. p. 311.

⁶⁷ SAVIGNY (F. C.), *Traité de droit romain*, T. II, op. cit., p. 271. Secondo Saleilles quelle di Savigny erano considerazioni più d'opportunità che di principio, legate alle necessita di avviare controlli di polizia sulle corporazioni da parte dello Stato al fine di perseguire una politica di centralizzazione; un sistema che voleva lasciare mano libera all'amministrazione dello Stato e all'accrescimento di un potere arbitrario di quest'ultimo seppur entro i limiti di un formalismo positivista e legislativo; sistema, infine, il cui funzionamento secondo l'autore era da ascrivere completamente ai caratteri tradizionali del diritto francese, che é un sistema fondamentalmente basato sulla logica dell'autorizzazione amministrativa.

La dottrina moderna post-rivoluzionaria volle dimenticare l'importanza della figura delle istituzioni collettive nella realtà socio-giuridica, in tal senso, un importante giurista scriveva⁶⁸:

“vale per la dottrina moderna alla quale ci siamo limitati, non per la dottrina più antica che, in ordine a questo punto, come a tanti altri, ha degli sviluppi che a torto oggi si trascurano. Si può, p.e., ricordare l'analisi dei *systemata* dell'Hobbes, *Leviathan*, cap. 22, e degli *entia moralia* del Pufendorf, *De jure naturae ac gentium*, I, Cap I: questi enti, a differenza di quelli fisici, che hanno origine per *creatio*, sorgerebbero per *impositio* (parola che il traduttore francese Barbeyrac rende con *istitutio*). Tuttavia è da osservare che dagli *entia moralia* del Pufendorf possono riaccostrarsi alle istituzioni nel senso nostro solo quelli *ad analogiam substantiarum concepta*”⁶⁹.

Una delle limitazioni collegate alla nozione fittizia di personalità giuridica degli enti riguarda il *principio di specialità*. Una persona reale può dipanare la propria attività in ogni direzione e dove più gli piacerà orientarla, mentre una persona fittizia possiede una personalità limitata solo ad una sfera d'azione prestabilita, al di là di questa sfera la sua personalità non esiste più; essa esiste solo nei limiti tracciati dall'atto di concessione. Per quanto riguarda la responsabilità penale per i delitti fisicamente compiuti dai suoi agenti bisogna domandarsi chi sarà colpevole di tali delitti. *Quis custodiet custodes?*⁷⁰ Al di sopra di essi non c'è altra persona. Nella teoria della finzione non esistono gli associati, essi spariscono alle spalle dell'essere fittizio che li assorbe, l'associazione stessa diventa un simbolo senza volontà reale, ed ad ogni modo, la legge che l'ha creata non ha di certo potuto accordarle la volontà di commettere un delitto, quindi sarebbe teoricamente inconcepibile l'applicazione della pena agli enti collettivi; In base alla concezione fittizia della personalità giuridica l'ente collettivo non potrebbe essere protagonista di un'infrazione. Una prima obiezione al sistema della finzione riguarda il fatto che dire che certi beni appartengono ad una persona fittizia significa dire che essi non appartengono a nessuno. Se l'esistenza di un diritto non può essere compresa all'infuori dell'esistenza di un soggetto che ne sia il legittimo titolare, allora non si può sperare di dare una sostanza al diritto attribuendolo ad un

⁶⁸ ROMANO (S.), *L'ordinamento giuridico*, ristampa della II ed., Firenze, 1962.

⁶⁹ *Ivi*, p. 32.

⁷⁰ GIOVENALE, *Satire*, RAMOUS M. (a cura di), Milano, 1996.

ente fittizio. Certi autori⁷¹ hanno interpretato la finzione attraverso una formula particolare: la persona giuridica non sarebbe in realtà altro che una massa di beni, un patrimonio senza proprietario, tale patrimonio sarà però trattato come se esistesse un soggetto umano a suo capo. Esso non sarà una persona vera e propria ma giocherà il ruolo di quest'ultima, seguendo l'espressione romana "*personae vice fungitur*". Altri autori⁷², fanno notare che i diritti relativi alle persone giuridiche sono diritti senza soggetto reale, e che, ammettendo una sorta di personificazione, questa deriva da una certa abitudine del pensiero umano a simbolizzare ed unificare ciò che in natura non è unitario. Si dice, ad esempio, dell'opinione pubblica che essa ha "riportato una vittoria"; del commercio, che esso è "entrato in un nuovo ciclo", etc.. La personificazione giuridica sarebbe qualcosa di analogo a queste personificazioni di uso corrente. Un'obiezione al sistema della finzione si trova nella constatazione dell'impossibilità di applicarlo al diritto pubblico. La nozione di personalità si è sviluppata all'interno del diritto romano unicamente sul terreno del diritto privato. I giuristi romani non hanno mai impiegato la parola persona, per designare lo Stato in quanto soggetto del diritto di sovranità. Per essi, essere una persona voleva dire prima di tutto essere un soggetto di diritto all'interno del regime privato, come il diritto patrimoniale e quello di famiglia. Lo Stato stava al di sopra e all'infuori della nozione di persona. E se più tardi esso è stato considerato come persona all'interno del regime fiscale, la nozione di persona associata allo Stato è rimasta, all'epoca dell'Impero romano, all'interno del dominio del diritto privato. Lo Stato, anche nel regime fiscale, venne considerato alla stregua di un individuo, senza fare alcun riferimento ai diritti del potere pubblico che comunque gli appartenevano⁷³. La scuola di Savigny, per reagire ai principi della Rivoluzione francese, non disdegnava un ritorno verso quelle teorie che attribuivano la personalità non allo Stato, ma alla persona fisica del principe. Essa poteva in tal modo considerare come superflua la nozione della personalità giuridica in diritto pubblico ed operare una separazione tra il patrimonio del principe e quello dello Stato:

⁷¹ BÖHLAU (D.H.), *Rechtssubject und Personenrolle*, Berlin, 1871, p. 16 et ss. testo in lingua originale in <http://books.google.fr>, citato in MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 35.

⁷² WINDSCHEID (P.), *Pandekten*, Ed. 9, Frankfurt, 1906, p. 49, note 4 e 5.

⁷³ GIERKE (O.), *Genossenschaftsrecht*, op. cit., t. III, p. 34 et s; cit. in MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 125.

“Mais nous devons aujourd’hui élargir l’idée et voir dans la notion de la personnalité une notion générale commune au droit public et au droit privé, cela nous est imposé par une nécessité logique. Tout droit doit être rattaché à un sujet capable de le posséder et de l’exercer, ou par lui-même ou par des représentants”⁷⁴.

All’interno del sistema giuridico un diritto non può essere concepito senza l’esistenza di un soggetto al quale attribuirlo, ciò vale sia in diritto penale e civile, sia in diritto pubblico, ed è importante distinguere tale soggetto da tutto ciò che potremmo confondere con esso. Dunque, è importante affermare che lo Stato è una persona titolare di diritti di sovranità e allo stesso tempo di alcuni diritti patrimoniali. Sembra impossibile, ad esempio, giustificare il diritto di comandare e l’obbedienza che un uomo deve a un altro uomo. Tutto ciò può essere spiegato solo attraverso l’idea in base alla quale colui che comanda non parla per conto suo, ma a nome della collettività che egli rappresenta e che ha dei diritti superiori a quelli dell’individuo isolato. Un’altra obiezione alla teoria della finzione deriva dall’impossibilità di pensare che fu la legge a creare lo Stato. Infatti, non fu la legge a conferire allo Stato una personalità. La personalità e la sovranità dello Stato sono sarebbero una conseguenza dell’esistenza stessa dello Stato. La legge, dal canto suo, presuppone la personalità dello Stato come preesistente e non fa altro che limitarla e regolarla. Quello che è vero per lo Stato può essere esteso anche agli altri gruppi umani ai quali appartiene la personalità. Molti di questi gruppi sono storicamente anteriori allo Stato e molti ne condividono una formazione analoga. Essi si costituirono sia per la forza dei fatti, sia per volontà dei membri appartenenti al gruppo. La legge è intervenuta solo per regolamentarne i rapporti giuridici. Anche nel momento in cui lo Stato consideri come illeciti certi rapporti giuridici nati dall’azione di enti collettivi, esso può, certo, punirli e proibirli, ma non potrà impedire che essi siano esistiti⁷⁵. Se dei singoli si riunissero per decidere di legare certi beni ad uno scopo comune, il legislatore potrà proibire questo gruppo, farlo cadere sotto i colpi

⁷⁴ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 22.

⁷⁵ HAURIU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, ed. 2, Paris, 1899, p. 161, in particolare Hauriou considera l’istituzione un’organizzazione sociale oggettiva che ha realizzato in sé la situazione giuridica fondamentale, cioè che possiede contemporaneamente la sovranità del potere, l’organizzazione costituzionale del potere attraverso lo statuto, e l’autonomia giuridica. Intendendosi per organizzazione sociale ogni sistemazione permanente da cui, all’interno di un determinato gruppo sociale, organi dotati di un potere dominante sono posti al servizio di fini che interessano il gruppo per mezzo di un’attività coordinata a quella dell’insieme del gruppo in questione. In questo ente si combinano, secondo Hauriou, sovranità e libertà, fini sociali e fini individuali. Tale meccanismo si sostanzia non solo attraverso lo Stato, ma anche in tutte le altre istituzioni pubbliche o private.

della legge penale, dare all'amministrazione il compito di dissolverlo, ma ciò non cambierà il fatto che l'ente abbia avuto un'esistenza propria, prima ancora dell'intervento statale. Non dipende dunque certo dal legislatore il fatto stesso che il gruppo sia esistito. Quello che il legislatore può fare è di proibire o punire un ente collettivo, oppure, al contrario, se esso considera il gruppo come lecito, il suo compito sarà quello di conferire ai rapporti creati dal gruppo la formula giuridica che meglio può esprimere la sua realtà intrinseca. Basta gettare uno sguardo sulla storia per rendersi conto che l'esistenza delle persone giuridiche è sempre sfuggita alla presa del legislatore. Esso ha potuto disconoscerle temporaneamente, rifiutare di tenerle in conto, o addirittura perseguirle come nemiche dello Stato, mai ha potuto farle sparire in modo assoluto: "Invinciblement elles revenaient à la vie, parce qu'elles correspondaient à un besoin de l'état social"⁷⁶. Nel sistema della finzione, la persona giuridica, unità ideale e fittizia, è assolutamente indipendente dalle persone fisiche che la rappresentano all'esterno. Non solo essa è qualcosa di più che la semplice collezione di tali soggetti, essa è anche, in qualche modo, estranea a tali soggetti. Nei rapporti giuridici che intercorrono tra i soggetti singoli rappresentanti dell'ente e l'ente collettivo medesimo, i rappresentanti nel sistema della finzione vengono considerati come dei terzi estranei. Se si ponesse come punto di partenza che solo l'uomo è una persona, saremmo portati a negare completamente l'esistenza e la necessità dell'esistenza delle persone giuridiche. Per dare un senso alla situazione giuridica dei beni che formano il patrimonio degli enti e dei diritti esercitati per mezzo dei loro rappresentanti resterebbero solo due vie aperte: si potrebbe considerare tali beni, con i relativi diritti, come non appartenenti ad alcun soggetto giuridico, oppure potremmo considerarli come appartenenti agli individui membri della persona giuridica. Quindi i moderni⁷⁷ non avrebbero fatto altro che introdurre nel linguaggio

⁷⁶ MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 22.

⁷⁷ La prima via è stata seguita dai partigiani della teoria dei diritti senza soggetto: "Les Romains, nous dit Brinz, ne disent point: "la cité est une personne, mais seulement : la cité tient la place d'une personne", avouant par là qu'elle n'en est pas une. Dans leur division des personnes, il n'y a ni personne morale, ni personne fictive, mais uniquement des hommes; c'est seulement dans leur division des choses que nous voyons apparaître ce que nous appelons aujourd'hui les personnes juridiques". Gli antichi romani non procedevano creando una seconda categoria di persone, ma si limitavano a dire che certe cose, anche se sottomesse al diritto, non appartenevano comunque ad alcun soggetto, erano semplicemente *res nullius*. Secondo Brinz, le moderne modifiche introdotte per addivenire a tale concezione non sarebbero un progresso, in quanto dire che lo Stato e le città sono delle persone sarebbe un fatto permesso dall'immaginazione ma non dalla scienza giuridica; *ivi*, pp. 59.

giuridico una metafora popolare, ed è solo in seguito, per giustificarla, che essi hanno creato l'assioma: "*senza una persona non esiste patrimonio*". Questo principio, una volta ammesso, li avrebbe obbligati a ricorrere alla creazione di una persona fittizia, oppure a cercare di dimostrare l'esistenza effettiva della persona giuridica. Un bene può appartenere a qualcuno, ma può appartenere anche a qualche cosa, ad uno scopo, ad esempio. Il patrimonio della persona giuridica sarebbe, in realtà, un patrimonio legato ad uno scopo⁷⁸. La disposizione è il diritto di comportarsi da proprietario del bene, di poterlo difendere in giudizio, di amministrarlo, etc; il godimento è il diritto di profittare materialmente dei vantaggi che il bene comporta. Queste due situazioni sono separate, la prima può appartenere solo ad un essere dotato di volontà; la seconda può appartenere non solo ad un uomo incapace di volontà, come all'incapace o ad un bambino, ma anche ad un animale o ad una cosa inerte. Si può disporre il bene a profitto di uno di questi soggetti *senza volontà* a condizione che si provveda alla gestione materiale del bene, dato che l'animale o la cosa non potrebbero di certo provvedere autonomamente alla disposizione del bene. Ma allora: sono, essi, dei soggetti di diritto? Secondo Bekker, ciò importa poco ed egli si limita a dire che la cosa e l'animale possono godere del bene, e il diritto, entro certi limiti, deve ammettere le disposizioni in loro favore, anche se il diritto sarebbe destinato in via di principio solamente all'uomo. L'obiezione più frequente a queste teorie è che la nozione di diritto senza soggetto implica una contraddizione. Tale obiezione è stata fondata da coloro che definiscono il diritto soggettivo come un potere attribuito ad una volontà e che vedono nell'essere o nella stessa volontà il vero soggetto di diritto. Con questa concezione di soggetto di diritto quest'ultimo non può esistere senza la volontà dal quale dipende e dunque senza soggetto. Si vedrà più avanti che la definizione è incompleta e che se un diritto presuppone una volontà che lo esercita, tale volontà non apparterrà necessariamente intimamente al soggetto. Se il fondamento del diritto non è nella volontà allora esso sarà rintracciato nell'interesse che è protetto sotto il nome di diritto soggettivo. In questo sistema l'esistenza di un soggetto resta logicamente necessaria, in quanto un interesse presuppone un interessato. Bisogna mettere

⁷⁸ BIERLING (V.), *Zur Kritik der jurisdischen Grundbegriffe*, t. II, Berlin, 1923, n° 163; Quest'idea si troverebbe anche nelle *universitates*, come lo Stato, i Comuni e le corporazioni, che formerebbero, per l'appunto, lo scopo al quale il patrimonio è inerente. Le concezioni correnti hanno personificato tale scopo, facendo corrispondere la personificazione a ciò che vi era di più visibile: la città, Dio, la corporazione. Spesso si fa corrispondere le concezioni correnti al bene stesso: Il tempio, la chiesa, l'ospedale, il fisco. Un'autore sostiene che un solo diritto comporta due situazioni distinte: la disposizione e il godimento.

però in evidenza la parte pericolosa della teoria dei diritti senza soggetto. Se il diritto è legato allo scopo e non all'uomo, quest'ultimo potrà essere privato del suo diritto a favore dello scopo in qualsivoglia momento. Ma più concretamente potremmo chiederci: se non esistono soggetti, al di là degli aventi diritto, chi si troverà di fronte allo Stato per difenderli? In un siffatto sistema è lo Stato che resta il sovrano assoluto del legame tra bene e scopo. Le persone fisiche che hanno creato il patrimonio della persona giuridica, che lo hanno sviluppato, che hanno dato uno scopo all'attività dell'ente, saranno letteralmente messi da parte, come se essi non esistessero. Il legame tra diritto e persone in tal modo si spezza. Ci sono, da una parte, dei diritti senza soggetto, un patrimonio senza proprietario, del quale lo Stato potrà impadronirsi e nessuno potrà levare la sua voce gridando all'illegittimità; dall'altra una corporazione senza patrimonio, un insieme di persone la cui ingerenza nell'amministrazione del patrimonio sarà tollerata dallo Stato fin tanto che esso la giudicherà utile. Fin qui la questione riposa unicamente, sia esso civile o penale, sul diritto privato, Duguit ha invece portato l'argomento su un terreno più largo. Esso ha negato l'utilità stessa del concetto di personalità giuridica, e di conseguenza ha negato anche la necessità di legare i diritti a dei soggetti, tanto di diritto privato che di diritto pubblico⁷⁹. Secondo La tesi di Duguit⁸⁰ esisterebbe un processo sulla base del quale sfera giuridica privata e pubblica si confondono, in tal senso la sovranità dello Stato, cesserebbe di presentarsi come "*imperium* per diventare *dominium*"⁸¹. La tesi dell'autore bordolese è legata ad una volontà di demistificare il soggetto dalla personalità pubblicistica o privatistica, riportandolo sulla sua variante individuale, che sarebbe tra l'altro la sola osservabile realisticamente. Il diritto soggettivo si risolverebbe in una chimera, una ipostasi dell'anima umana che ha valore ideologico e metafisico e non giuridico⁸². Da una siffatta concezione emerge la priorità data al diritto oggettivo, in quanto sarebbe dalla norma che sorge il diritto soggettivo e non

⁷⁹ DUGUIT (L.), *L'Etat, les gouvernements et les agents*, ristampa dell'edizione del 1903, Paris, 2005, v. specialmente *Etudes de droit public*, t. I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, t. II.

⁸⁰ RAPONE (V), *Diritto pubblico e teoria della conoscenza: "la volontà di potenza statale" al vaglio della critica realistica*, introduzione a DUGUIT (L.), *Il diritto e lo Stato, La dottrina francese e quella tedesca*, trad. (a cura di) V. Rapone, Soveria Mannelli, 2012.

⁸¹ *Ivi*, p. 9.

⁸² DUGUIT (L.), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, trad. it., Firenze, 1950.

viceversa. Su questa base, la nozione di persona, che si applica agli individui, agli enti e allo Stato nello stesso modo, e che risulta fondamentale:

“Esito di questo processo è che, non esistendo requisiti derivanti dall’ordinamento oggettivo per la definizione della persona giuridica, è lo Stato, persona giuridica per eccellenza, ad attribuire il riconoscimento di enti e associazioni collettive, quali enti di diritto. Tanto la tedio *finzionista*, quanto quella “realista” non riescono a scalfire la posizione monopolistica dello Stato nella produzione del diritto e nell’attribuzione del requisito di giuridicità degli enti collettivi e delle associazioni”⁸³

Non è esatto concepire, seguendo la divisione precedente, il diritto soggettivo come un rapporto tra due soggetti. La parola diritto soggettivo andrebbe rimpiazzata con quella di situazione giuridica soggettiva, che ha il vantaggio di non richiamare un rapporto tra due soggetti distinti. Da tale teoria ne scaturisce che la nozione di persona giuridica, come pure tante altre nozioni del diritto, diventa semplicemente superflua. Se la volontà dei rappresentanti di un gruppo produce degli effetti più estesi di quelli della volontà di un singolo individuo, non è a causa della personalità del gruppo, ma è perché esso è conforme alla regola di diritto che permette che i suoi effetti più estesi si producano:

“Toutes les fois que des hommes s’associent pour poursuivre en commun un but licite, les actes faits en vue de ce but doivent être juridiquement protégés par l’ouverture d’une voie de droit. Pour cela, on n’a pas besoin de supposer que l’association est une personne titulaire de droits, un sujet de droits. Il suffit de comprendre que tout acte, qui a un objet conforme au droit, et qui est déterminé par un but licite, et socialement protégé, que les effets de droit ne sont point créés par la volonté d’une prétendue personne titulaire de prétendus droits, mais par le droit objectif dont l’application est conditionnée par un acte de volonté conforme au droit par son objet et par son but”⁸⁴.

Soprattutto, lo Stato non deve essere considerato come una persona giuridica. Secondo Duguit lo Stato non ha alcuna esistenza reale. Ad esistere sarebbero solamente i governanti e i governati; ed i primi si distinguono dal solo fatto di essere i più forti⁸⁵. Da ciò risulta che, in linea di principio, la volontà dei governanti non ha un valore superiore a quella dei governati e se essa produce degli effetti più estesi questo è dovuto unicamente alla conformità alla regola di diritto che lo permette. Tale volontà, essendo nata in funzione di uno scopo sociale,

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. I, p. 41.

⁸⁵ v. anche DAVY (G.), *A propos de l’évolution de la pensée juridique contemporaine*, *Revue de Métaphysique*, 1921, pp. 55 e ss.

dovrà produrre degli effetti sociali, ad esempio impegnando nell'avvenire non solo la stessa persona che l'ha manifestata, ma anche coloro che la rimpiazzeranno nelle sue funzioni. Il potere di imporre una tale volontà si spiegherebbe, secondo Duguit, in modo molto semplice, senza dover ricorrere alla nozione di sovranità appartenente ad una persona giuridica. Tale potere non è altro che un potere di fatto, risultante dall'evidenza che i governanti sono i più forti. Teniamo presente che il punto di partenza di tale teoria è il desiderio di bandire dalla dottrina giuridica tutto ciò che è finzione o astrazione, attenendosi alla sola osservazione dei fatti. Se Duguit rigetta la nozione di personalità, lo fa non tanto perché la giudica inutile, ma in quanto la giudica artificiale:

“Nous croyons naïvement, que c'est un roi, un empereur, un parlement, une majorité qui veulent et commandent. Erreur! Les faits ne sont rien, les juristes sont au-dessus d'eux, ils n'ont point à en tenir compte: ils vivent dans un monde qui leur est propre, dans une sphère inaccessible aux profanes, le monde extérieur n'est rien, les juristes ne connaissent que le monde des juristes(...) Essayons donc de nous débarrasser une fois pour toutes de ces fantômes, de ces abstractions, de prendre les choses comme elles sont, et de voir ensuite quelles conséquences juridiques on peut et on doit en tirer. Adaptons les théories juridiques aux faits et non pas les faits aux théories juridiques”⁸⁶.

Duguit, come si è visto, sostituisce alla nozione di Stato quella di governanti e di governati. Quest'operazione, secondo Michoud, è una semplice sostituzione di un'astrazione con un'altra astrazione. Nella realtà dei fatti non c'è una distinzione così netta e precisa tra governanti e governati. La vera questione non è quella di sapere se l'idea di personalità giuridica è o meno un'astrazione, essa lo è certamente, ma non più di tutte le altre idee e nozioni giuridiche, come si è visto anche per la nozione di persona fisica. La questione sta nel capire se tale nozione risponde bene ai bisogni della tecnica giuridica, se si inserisce nell'equilibrio interno dell'ordinamento giuridico e se corrisponde ad una realtà sociale preesistente. La tecnica offerta da Duguit raccoglie tutti i fenomeni giuridici sotto forma di atti di volontà individuale e subordinati ad una regola di diritto. Tale impostazione, utilissima sotto certi aspetti analitici, sembra però insufficiente a orientare l'azione umana. Perciò bisogna ricorrere alle idee di personalità giuridica, di rappresentazione, di soggetto di diritto attivo e passivo; in poche parole, ad una serie di teorie tradizionali, che l'idea di unicità del diritto oggettivo non saprebbe rimpiazzare. Nella teoria di Duguit, il concetto di volontà sovrana scompare e quella di *imperium* risulta essere solo una concezione arcaica legata agli

⁸⁶ DUGUIT (L.), *Etudes de droit public*, op. cit. p. 240-241.

antichi regimi monarchici. Essendo ogni volontà umana uguale all'altra, allora quella dei governanti non avrebbe un maggiore valore giuridico di quella dei governati, e se i primi possono costringere i secondi è solo perché, appunto, sono i più forti. Non esiste, secondo Duguit, un diritto a comandare legato alla qualità di governanti, ma solo una conformità alla norma dei comandi pronunciati. Da ciò si riconosce il diritto di ciascuno, non solo ad esaminare la conformità al diritto della volontà governante, ma anche ad impiegare la forza, al limite, per far prevalere su questa volontà quella propria, se essa sembra non conforme alla prescrizione normativa⁸⁷. Secondo Michoud, una tale concezione rischia di finire per dare vita ad un sistema potenzialmente anarchico⁸⁸. Un sistema dove l'autorità viene legittimata solo dalla forza e dalla conformità del comando ad una regola di diritto è un sistema senza una vera e propria autorità legittima. L'autore suppone che tutto l'ordine costituito dei governanti può essere concepito come la semplice esecuzione di una regola di diritto; in altri termini, che l'autorità impersonale ed astratta del diritto è sufficiente non solamente a limitare, ma anche a dettare gli atti dei governanti. La tesi di Duguit, invece, andava oltre l'apparato giuridico dedito ad una rappresentazione giustificata della gerarchia dello Stato, e ha piuttosto cercato, attraverso un'opera di demistificazione inscritta nell'antiformalismo giuridico, di dimostrare l'inesistenza della persona al di fuori del diritto oggettivo, e l'asservimento delle categorie giuridiche pubblicistiche alla volontà dei soggetti che se ne ammantano. Tutte queste teorie, tra astrazione e finzione, fino a quelle *c.d. normativiste* di cui si è voluto qui enunciare solo una parte rappresentativa e sintetica, sono state contraddette e superate da vari autori critici che hanno dato vita all'opposta corrente *c.d. della realtà* della personalità giuridica degli enti collettivi.

4. Verso una teoria della realtà della personalità giuridica degli enti.

Analizzando la struttura associativa, certi autori mettono in evidenza che l'ente collettivo rappresenta un coordinamento di attività individuali e un'unione di elementi patrimoniali

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 23, v. in particolare nota 1 della stessa pagina, *cfr.* "M. Duguit, pour soutenir son système, a été amené à la négation absolue du droit de commander".

sotto forma di condivisione di diritti individuali⁸⁹. Si tratta, più precisamente, di coordinamento d'attività e condivisione di diritti, tra i membri appartenenti all'associazione, a scopo associativo. La parola coordinamento suggerirebbe l'idea di unità, ma un'unità fatta di individualità raggruppate e organizzate. Si è in presenza di due elementi essenziali dell'associazione: la collettività dei beneficiari e l'unità dello scopo. Ora entrambi questi elementi devono trovarsi all'interno della nozione di personalità giuridica e non possono essere sacrificati in quanto elementi derivanti da una realtà sociale sottostante quella derivata e giuridica. Saleilles, commentando la teoria della finzione in termini generali, afferma che essa sacrifica gli individui, che poi corrispondono ai reali beneficiari di tutti i diritti patrimoniali. In altre parole, vengono sacrificati, da un punto di vista teorico, coloro per i quali la stessa costruzione astratta di persona giuridica viene posta in essere. La teoria della finzione sopprime gli individui membri dell'ente per rimpiazzarli con una persona *nuova* totalmente indipendente e distinta. Quello che Saleilles contestava maggiormente alla teoria della finzione non era la parte in cui essa squalificava la persona giuridica ad una totale astrazione ideale. Infatti anche se concepissimo la persona come una realtà esclusivamente giuridica:

“Existent en dehors de l'esprit qui la conçoit, elle n'aurait encore sa représentation coordonnée que par une opération de l'esprit qui en rapproche les éléments composites. Il faut supposer une intelligence pour se la représenter ; et c'est en cela qu'on peut la qualifier d'idéale, exactement comme il existe bien d'autres réalités juridiques qui ne sont rendues possibles que sous cette forme d'idéalisation”⁹⁰.

Ciò che Saleilles trova totalmente fallace è la convinzione in base alla quale se certi rapporti derivano da una finzione del diritto, allora questi devono essere in ogni caso totalmente slegati dalla realtà fattuale. Infatti, secondo i teorici della finzione, se una realtà prende vita dall'intelletto, allora bisogna isolare tale realtà da quegli elementi specifici e reali che sono serviti da ispirazione al concetto e che la costituiscono. Si considera pericolosa una teoria che astragga troppo dagli elementi reali che vivono in essa. Tale pericolosità può essere rilevata già all'interno di quelle teorie dello Stato che hanno sfruttato lo stesso ragionamento

⁸⁹ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit. p. 360.

⁹⁰ *Ivi*, p. 363.

astratto della teoria della finzione della personalità degli enti collettivi. Un altro autore⁹¹ mostrò i lati artificiali e pericolosi dello Stato concepito come unità a parte, distinto dalle unità particolari che lo costituiscono. L'idea tradizionale in epoca moderna, di uno Stato sovrano, e estraneo agli individui, ha destato una certa inquietudine: "L'Etat devient tout et les citoyens ne sont plus rien"⁹². Resterebbe un essere immaginario in nome del quale gli individui che lo rappresentano si crederebbero in diritto di poter fare tutto. Invece di fare dello Stato la personificazione delle realtà individuali che lo costituiscono, personalità che resta in tal modo agganciata a quelle realtà, al contrario si fonda una persona nuova, che si distingue dagli individui che essa dovrebbe rappresentare, per assumere un significato totalmente giuridico indipendente. Si crea così il rapporto tra sovrano-soggetto e servo-assoggettato; rapporti di eterogeneità, appunto, al posto di rapporti omogenei. Secondo Saleilles, è comprensibile che tale teoria sia nata all'epoca della monarchia assoluta⁹³. Essa appare tanto estranea agli individui che avrà bisogno di qualcuno in cui incarnarsi e attraverso il quale rappresentarsi all'esterno, il re, appunto⁹⁴. La teoria della finzione veniva applicata costantemente anche agli enti privati:

On fait manœuvrer des fantômes juridiques qui ne sont au fond que la synthèse de certaines doctrines de droit public, au lieu de s'en tenir aux rapports juridiques qui se dégagent de la réalité. Telle est la théorie de la fiction. Ce n'est pas une théorie de droit privé. C'est une thèse de droit public, dissimulée sous des concepts de droit privé. Les civilistes ont été dupes des théoriciens du droit public⁹⁵.

⁹¹ BERTHÉLEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, Paris, Librairie de la société général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1899.

⁹² SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 364

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Ivi, p. 365, La limitazione di un'entità collettiva complessa all'interno di una personificazione umana é, secondo Saleilles anch'essa una mistificazione fittizia. Tutto Questo apparato di identificazioni, di maschere della sovranità, lo ritroviamo espresso in una perfetta sintesi nelle parole attribuite a Luigi XVI: "L'Etat, c'est moi"; che svela il volto umano e individuale dello Stato, attraverso un moto di sostanzializzazione. Quello che accadeva in grande nel diritto pubblico, attraverso la teoria dello Stato, accadeva anche in piccolo, in diritto privato, attraverso la teoria delle associazioni. E forse, al contrario di oggi, si potrebbe dire che non si potevano colpire gli enti privati perché non si doveva colpire lo Stato, ma questa riflessione è rinviata ai capitoli successivi.

⁹⁵ *Ibidem*.

Il riconoscimento dell'esistenza degli enti di diritto privato doveva avvenire solo attraverso un'autorizzazione amministrativa. Il modello dell'onnipotenza dello Stato attraverso la costruzione di alcune tra le teorie della finzione funzionerebbe meglio in una società fatta di individui singoli. In sintesi, Saleilles vede le cose in questo modo: Il diritto non può avere per titolare, secondo i teorici della finzione, che un soggetto dotato di volontà e libertà; se facciamo della persona giuridica collettiva un soggetto di diritto, creiamo un'entità che non esiste nel mondo naturalistico. Allora solo la legge, e comunque solo lo Stato attraverso la legge, può dotare di vita giuridica una tale astrazione. Da ciò derivano tutte quelle restrizioni che l'autore aveva presagito all'inizio della sua analisi sulla teoria della finzione: necessità di un intervento di riconoscimento amministrativo, sistema della concessione legale, restrizioni sulla capacità giuridica, incertezze sui diritti collettivi delle associazioni. L'associazione cessa di essere espressione di un diritto individuale e si presenta come privilegio derivante da una concessione dello Stato.

“Donc: nécessité d'avoir un sujet de droit distinct des bénéficiaires réels du patrimoine; impossibilité d'imaginer des droits ou un patrimoine sans sujet ; impossibilité également de considérer comme personne réelle un sujet purement abstrait qui n'ait pas de volonté propre, pas de conscience individualisée. Ce sont les trois axiomes qui ont abouti logiquement, de déduction en déduction, à la théorie de la fiction”⁹⁶.

Sarebbero l'unità dello scopo e gli interessi comuni a giustificare l'esistenza degli enti collettivi. La struttura dell'ente sarà costituita da una parte da una serie di individui dotati di volontà indipendente e libera, e dall'altra da individualità funzionali, investite del potere di realizzare l'interesse che persegue la collettività. All'estremo opposto poi troviamo un organismo destinato a manifestare la volontà iniziale in base alla quale i membri dovranno comportarsi per perseguire lo scopo comune. Questa struttura organizzata così costituita, secondo Saleilles, ha, nei fatti, tutte le caratteristiche essenziali della personalità. Possiede una volontà direttrice, e, al suo servizio, delle volontà funzionali; tutto viene organizzato sulla base di uno scopo comune. Cosa importa se la libertà, intesa come libertà psicologica di dirigere la propria volontà verso fini personali, si trova, nell'ente collettivo, incarnata in una coscienza autonoma, ma analoga a quella individuale? La sola personalità giuridica possibile, per Saleilles, è quella che si lega alla coscienza individuale dei soggetti; in tale

⁹⁶ *Ivi*, p. 370.

senso, la personalità risulta da tutti quegli organismi destinati a realizzare l'unità della volontà in vista di uno scopo da realizzare attraverso modalità che hanno valore di poteri costituiti organicamente. Quindi il diritto soggettivo qui ci appare come un potere organizzato in favore della libertà, degli interessi e del progresso degli individui. Ma non sembra necessario che, per poterne profittarne, il diritto debba appartenere ad un individuo in particolare. Allora il potere potrà appartenere alla stessa collettività che si è costituita per realizzarlo. Sarebbe a tal punto inutile immaginare un individuo distinto da questa collettività, che avrebbe come unica funzione quella di diventare il soggetto fittizio che sostituisce la collettività reale. La finzione di un'individualità irreale e distinta dalla collettività è destinata a servire da soggetto ai diritti che a questa appartengono, è una superfluità che deriva da una concezione puramente astratta e metafisica del diritto. Mentre nell'idea di persona giuridica di Saleilles, il diritto collettivo nasce spontaneamente da quello individuale: non è necessario l'intervento dello Stato. La vita gli deriva da tutti quegli elementi della realtà individuale che gli fungono da materiale costitutivo. Non è necessario un'attribuzione di personalità o di capacità ad agire da parte della legge. Inoltre, sarebbe del tutto inutile immaginare un essere fittizio. Tale superfluità non serve ad altro che a sovrapporre alla persona reale costituita dalla collettività così organizzata, un'altra personalità fittizia, che la assorbe e la fa sparire. Si tratterebbe di una finzione che copre e riduce la realtà sociale. In tal modo, la teoria della finzione appare come una tesi puramente astratta dal diritto, messa al servizio di tendenze stataliste e contrarie a tutte le esigenze della realtà sociale e della libertà individuale. C'è un altro modo per comprendere il fenomeno della persona giuridica intesa come ente astratto e ideale. Bisogna dirigersi in senso diametralmente opposto a quello delle teorie della finzione analizzate sopra: invece di considerare i beni senza proprietario e i diritti senza soggetto, astraendosi dalle persone fisiche, certi autori hanno considerato beni e diritti come appartenenti unicamente alle persone fisiche componenti la persona giuridica. A questo punto la personalità giuridica risulterebbe completamente inutile, in quanto tutti i fenomeni ad essa associati non sono altro che delle modalità diverse di far corrispondere il diritto alla proprietà di un bene ad una persona fisica. La teoria in questione recita che solo l'uomo esiste ed ha dei diritti e che la personalità delle persone giuridiche non è che apparenza⁹⁷. Un'analisi più profonda

⁹⁷ *Ivi*, p. 383.

permetterebbe, secondo questi autori, di dimostrare che essa non sarebbe altro che uno scaltro artificio creato dai giuristi. Tutti i diritti appartenenti alla persona giuridica corrisponderebbero in realtà ai diritti degli individui che la animano. Altri autori,⁹⁸ riportano la nozione di personalità giuridica a quella di patrimonio collettivo. Secondo Planiol, l'idea di personalità giuridica degli enti si definisce nei seguenti termini: "Conception simple, mais superficielle, qui cache aux yeux la persistance, jusqu'à nos jours, de la propriété collective à côté de la propriété individuelle"⁹⁹. Un autore sostiene: "Nous pouvons être de trois manières, propriétaires d'un champs, ou d'un troupeau: individuellement, c'est-à-dire chacun pour une part divise, pour un nombre déterminé de bêtes; indivisément, c'est-à-dire chacun pour une quote-part du champ ou du troupeau; collectivement, c'est-à-dire à nous tous envisagés comme n'étant qu'un.(...) Quand je dis que l'Etat est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci: Les Français sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits"¹⁰⁰. Planiol insiste sull'idea di creare, per la gestione dei patrimoni collettivi, un regime speciale che abbia come carattere principale quello di essere unitario, cioè quello di sottrarre il patrimonio collettivo alle volontà individuali dei membri, cosa che lo differenzia sostanzialmente dal patrimonio posseduto sotto il regime dell'indivisione. Tali teorie le ritroviamo anche nella fondamentale opera *Der Geist des Römischen Rechts*¹⁰¹. Anche per Ihering il vero soggetto di diritto nella persona giuridica collettiva è l'individuo singolo:

"La persona giuridica, come tale, è incapace di godere dei propri diritti, essa non ha né interesse né scopo; essa non può dunque possedere dei diritti se non là dove essi siano diretti verso la loro naturale destinazione, ossia laddove essi possano essere beneficiati dagli aventi diritto. Un diritto che non possa mai soddisfare questo scopo è una chimera inconciliabile con l'idea fondamentale di ordinamento giuridico. Una tale anomalia non può che sussistere che in apparenza: il soggetto apparente nasconde quello vero (...). No, i veri soggetti di diritto, non sono le persone giuridiche in

⁹⁸ BERTHÉLEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, op. cit., pp. 39 et s.

⁹⁹ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 1° ed., t. I, p. 259 et s.; cit. in MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 60.

¹⁰⁰ *Ivi.*, p. 61.

¹⁰¹ IHERING (R.), *Der Geist des Römischen Rechts*, Lipsia, 1852-65.

quanto tali, ma i loro membri isolati. Le persone giuridiche non sono altro che la forma speciale attraverso la quale i singoli manifestano i loro rapporti giuridici con il mondo esterno”¹⁰².

A queste teorie si può muovere una prima obiezione fondamentale, sono delle teorie di puro diritto privato, che non spiegherebbero invece l’esistenza e l’unità delle persone giuridiche di diritto pubblico. Tali teorie riducono la persona giuridica ad un patrimonio. Dunque, anche se esse riuscissero nei fatti a dare una adeguata spiegazione per le associazioni e le fondazioni di diritto privato, esse sarebbero impotenti a spiegare l’esistenza dello Stato. Questi autori hanno visto nello Stato un gigantesco contratto associativo nel quale i singoli hanno messo in comune certi beni al fine di sottrarli all’azione degli egoismi personali e di sottometterli ad una gestione unitaria. CAPITANT reagirà con vigore a questa teoria: “Qui donc, définirait l’Etat une masse de biens qui appartiennent à tous les nationaux?”¹⁰³. In realtà il patrimonio dovrebbe essere considerato, nel diritto pubblico, come uno strumento per arrivare ad espletare fini superiori a quelli economici. PLANIOL si spinge fino ad affermare che le persone giuridiche non sono tali nemmeno nel senso della finzione, ma sono delle semplici *cose*¹⁰⁴. Egli insisterà, del resto, sul fatto che un’entità collettiva non può possedere ciò che saremmo abituati a definire come personalità giuridica se essa non fosse dotata di beni. In tal modo, si potrebbe affermare che per PLANIOL la personalità è sinonimo di massa di beni. Anche de Vereilles-Sommières sostiene che un’associazione che non possiede dei beni non è personificabile e addirittura che un’associazione senza beni non può avere rapporti di nessun genere con i terzi¹⁰⁵. I membri della persona giuridica non sono, per la persona giuridica stessa o per il suo patrimonio, dei terzi, come lo sarebbero nel sistema della finzione. Ma da questo a considerare che tutto si riduce a patrimonio dei singoli siamo lontani. Tali teorie non considerano che al di là del patrimonio, nel gruppo stesso, esiste un interesse collettivo, distinto da quello individuale, tale interesse è spesso opposto a quello dei singoli e non fa riferimento solo al gruppo attuale di individui, ma più generalmente a quello permanente, che rappresenta tutte le generazioni dei membri del gruppo, anche quelle future.

¹⁰² IHERING (R.), *La lotta per il diritto. E altri saggi*, Milano, 1989, p. 38.

¹⁰³ CAPITANT (H.), *Introduction à l’étude du droit civil*, 2° ed., Paris, 1898, n. 170.

¹⁰⁴ *Ibidem*, n° 675.

¹⁰⁵ v. nota in MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 226 e ss.

Ancora, sul piano del diritto privato, bisogna considerare che esistono delle associazioni a scopo disinteressato dove gli associati non beneficiano di alcun vantaggio relativo al proprio patrimonio e proveniente dal patrimonio sociale. Tutto accade come se l'associato non fosse anche proprietario, da ciò dovremmo concludere che esso non è il proprietario, ma è il gruppo ad esserlo. In riferimento al diritto pubblico e ai beni dello Stato o dei Comuni, un autore¹⁰⁶ fa osservare che i beni di queste persone giuridiche pubbliche sono ben lontani dall'essere a esclusivo beneficio dei membri della collettività che esse rappresentano: il diritto di usare le vie pubbliche comunali non appartiene solo agli abitanti del Comune in questione, ma a tutti; il diritto di visitare gli Uffizi o il Colosseo non appartiene solo agli italiani ma agli abitanti di tutto il mondo. Dunque, è il diritto dei singoli all'interno del gruppo a rivelarsi come un'apparenza, un fantasma, in quanto essi non solo non posseggono una parte di proprietà, come invece sostenevano gli autori precedenti, dei beni dell'ente, ma essi non sarebbero titolari neppure del godimento esclusivo¹⁰⁷. Saleilles, dal canto suo, si fa interprete, contro ogni ipotesi finzionistica o individualistica, di una doppia natura della personalità degli enti, unitaria e collettiva:

“Le fait de la responsabilité collective, en tant qu'elle est la conséquence tant logique d'un acte collectif, décidé et entrepris par ceux qui ont qualité pour représenter la personne collective, est une solution qui concorde admirablement avec la conception d'une personne réelle, constituant une réalité juridique, caractérisée à la fois par l'élément unitaire que synthétise la notion de personne et par l'élément individualiste que présente sa constitution organique, unité et collectivité se compénétrant sans s'absorber”¹⁰⁸.

Bisognerebbe partire dal presupposto che, col sostenere la realtà della persona giuridica, non vuol dire che essa rappresenta una persona nel senso *para-umano* del termine. Premesso ciò, nasce un altro dilemma: quali sono quegli enti che si devono considerare come soggetti di diritto? Se infatti si intende restare nel mondo del giuridico, bisogna fare attenzione a cosa si può includere all'interno di questo mondo, e cosa invece va lasciato fuori. Prima di continuare, per rispondere alla domanda bisognerebbe definire in termini chiari il diritto

¹⁰⁶ CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, op., p. 217.

¹⁰⁷ Anche qui Saleilles, è lo stesso Michoud che lo evidenzia, sostiene che la sostanzialità della personalità giuridica degli enti sarebbe da ricercarsi al di fuori delle ragioni individualistiche legate episodicamente all'interesse della proprietà e dell'accrescimento patrimoniale.

¹⁰⁸ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit. p. 349.

soggettivo¹⁰⁹. Una delle definizioni correnti è quella che intende il diritto soggettivo come un potere attribuito ad una volontà dal diritto stesso, una facoltà di volere riconosciuta dal diritto positivo. Quest'idea di diritto soggettivo si riferisce alla convinzione secondo la quale è la volontà libera che sta alla base del diritto e che l'ordine giuridico ha ad oggetto proprio la protezione delle manifestazioni di volontà, impedendo altresì che esse urtino contro la libertà altrui. Anche Kant definì in termini simili il diritto soggettivo, vedendo in esso l'insieme delle condizioni nelle quali la libertà di ciascuno può coesistere con la libertà di tutti, grazie ad un principio generale di libertà¹¹⁰. Per coloro che ammettono quest'idea di diritto è chiaro che un diritto soggettivo non può esistere che a profitto di un'entità dotata di volontà personale e libera. La stessa personalità giuridica sarà subordinata all'esistenza di una siffatta volontà. In tal caso, per arrivare a concepire le persone giuridiche come reali, bisognerebbe dimostrare che esse siano dotate di una volontà simile a quella umana. Bisognerà anche dimostrare che tale volontà è libera, poiché sarebbe ad essa che si legherebbero i nodi dei diritti soggettivi e le prerogative da essi attribuite alla persona giuridica¹¹¹. Una prima dimostrazione piuttosto rudimentale dell'esistenza di una volontà dei gruppi può essere cercata all'interno di quella teoria che viene definita *organicistica*¹¹². I sostenitori di questa teoria attribuirono alle società una volontà del tutto assimilabile a quella che ritroviamo negli organismi umani.

“On peut développer cette idée en rappelant que la personne morale naît (par un acte constitutif, se marie (par voie de fusion entre deux sociétés notamment), divorce (par l'effet d'un scission entre sociétés), a des enfants (grâce à des filiales), meurt enfin par l'arrivée du terme lorsque la personne

¹⁰⁹ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., pp.3-4.

¹¹⁰ Così in TOMASI (G.), *Morality not mysterious? Riflessioni sul concetto Kantiano di libertà*, in DUSO (G.) e RAMETTA (G.) (a cura di), *La libertà nella filosofia classica tedesca, politica e filosofia tra Kant, Fichte, Schelling e Hegel*, Milano, 2000, p. 57: Kant determina l'avere diritto nell'ambito di un rapporto di obbligazione tra estranei, che da parte sua si dispiega attraverso un processo di *esternalizzazione* dell'auto-obbligazione moralmente costitutiva. Perciò il concetto di legislazione diventa anche la chiave semantica per il significato della concezione del diritto soggettivo. *Avere un diritto significa possedere una competenza* di obbligazione e di legislazione diretta su estranei. In questa competenza di obbligazione che determina un arbitrio estraneo, secondo Kant, si trova la sostanza normativa del concetto di diritto soggettivo.

¹¹¹ GIERKE (O.), *Genossenschaftsrecht*, t. III, testo integrale su archive.org, p. 34 et ss; cit. in MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 135.

¹¹² *Ivi*, 146 e ss.

morale a été constituée pour un temps déterminé ou par dissolution volontaire (ce qui évoque alors le suicide)¹¹³.

Gli uomini, cellule degli organismi sociali, giocano all'interno del meccanismo della volontà sociale, lo stesso ruolo che le cellule del corpo umano giocano nel meccanismo volitivo individuale. “ La Società ha il suo cervello alla stessa maniera dell'individuo” , recita così il motto dei suoi sostenitori. La decisione che essa prende è l'opera del sistema nervoso di cui essa sarebbe dotata, come le decisioni degli uomini sarebbero opera delle elaborazioni delle cellule cerebrali. In entrambi i casi possiamo immaginare che possano verificarsi delle lotte interne per l'adozione di un'idea: la decisione sarà presa quando taluni saranno prevalsi sugli altri. La complessità dell'organismo fa sì che più volizioni, anche in contrasto tra loro, possano formarsi in una sola volta. Sarebbe il risultato di una lotta intestina tra cellule nervose che si dirigono in direzioni opposte. A un certo momento, però, alcune tra queste cellule fanno pendere la bilancia da un solo lato, così nasce una volontà. Così come nel nostro sistema legislativo qualche deputato può assicurare il trionfo di una proposizione a scapito di un'altra¹¹⁴. Le cellule del nostro cervello non sono né libere né coscienti, e non sono dotate di volontà propria, mentre nel caso degli uomini che formano il sistema sociale, essi possono pretendere a buon diritto di aver preso essi stessi le decisioni che vengono attribuite alla società. Si potrebbe persino pensare che tra le cellule e l'uomo non ci sia che una differenza di livello di coscienza, che le cellule sono dotate di coscienza in una certa misura, e che l'uomo stesso non possiede altro che l'illusione della libertà. Nell'uomo come nella *societas*, la volontà si forma attraverso l'azione reciproca delle cellule le une con le altre, azione che viene determinata a sua volta dalla struttura stessa dell'organismo e da influenze esteriori. Se ammettessimo questa teoria saremmo costretti ad ammettere che al

¹¹³ PRADEL (J.), *La responsabilité des personnes morales en droit pénal comparé*, in *Strafjustiz und Rechtsstaat Justice pénale et Etat de droit*, Schulthess, 2003, p. 50, v. nota 7.

¹¹⁴ in NOVICOW (J.), *Conscience et volonté sociales*, Paris, 1897, p. 112-113.

gruppo va accordato lo stesso trattamento giuridico che si accorda all'essere umano¹¹⁵. Dalla nozione di organismo allora discenderà la nozione di persona giuridica. Questa nozione fondata su una visione biologica del corpo sociale è stata poi allontanata dal dibattito teorico sociologico e giuridico. Nei sistemi medioevali già esisteva una concezione in qualche sorta biologica dell'ente. In questi sistemi si consideravano tutti i gruppi organizzati e gerarchizzati come degli esseri viventi autonomi, dei vasti corpi organici, analoghi a quelli che sarebbero dei corpi umani. Senza dubbio, tra associati non esiste nessun legame materiale di questo tipo, che faccia cioè del loro aggregato un corpo distinto e visibile, come potrebbe essere, ad esempio, uno sciame d'api. In un'associazione il legame è puramente ideale. Esistono certe associazioni dove il legame è così saldo e serrato che l'aggregato si presenta quasi come un corpo unificato, anche a livello esterno, come nei casi in cui i membri vivono in comune, ad esempio nelle congregazioni. In realtà già gli atti all'interno di un'associazione che implicano una riunione degli associati, si pensi all'assemblea generale, può dare l'idea, anche sul piano esteriore, di un legame materiale, o almeno organico, che non si discosta molto dal legame organico che unisce le cellule del corpo umano¹¹⁶. Certo ci sono delle somiglianze tra l'organismo biologico ed il sistema sociale, ma probabilmente sono ancora maggiori, e più pregnanti, le differenze. Tutto dipende, in fondo, dal senso più o meno esteso che si vuol dare alla parola *organismo*. Un autore, analizzando tali teorie, suppone l'esistenza nell'uomo di una coscienza unica. La coscienza unitaria non sarebbe direttamente osservabile nei gruppi umani, o, se si preferisce, nell'organismo sociale. Da qui, egli sostiene che la società, se da un lato può essere definita come un organismo

¹¹⁵ Si pensi ai diritti umani, sarebbe logico garantirne la protezione anche nei confronti delle persone giuridiche? M. Delmas-Marty ci mette in guardia dal fenomeno dell'umanizzazione, attraverso lo strumento giuridico, dell'inumano. Seppur non si vuole rinnegare la natura "reale" dell'esistenza istituzionale delle persone giuridiche, Mm. Delmas-Marty considera pericoloso, da un punto di vista logico, e da quello sostanziale, un mescolamento dei termini a livello giuridico tra ciò che può dirsi umano e ciò che non può esser definito tale. In quest'ottica non si pone l'accento solo su un possibile paradosso nel sistema giuridico, ma anche sul fatto che proprio la tendenza a umanizzare ciò che umano non è, porterebbe ad una svalutazione dei diritti umani e di quelli individuali; in tal senso v. le lezioni al *Collège de France* di Mm. Delmas-Marty, in particolare v. il corso dell'anno accademico 2010-2011 intitolato *Sens et non sens de l'humanisme juridique*, di cui sono disponibili on line le registrazioni audio sul sito del *Collège de France* in <http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2010-2011.htm>.

¹¹⁶ WORMS (R.), *Organisme et Société*, Paris, 1869.

fisiologicamente determinato, dall'altro non possiede una coscienza individuale¹¹⁷. Si nega, dunque, la facoltà in capo alla collettività, e agli enti collettivi in genere, di possedere una propria indipendente volontà intesa nel suo senso naturale e fisiologico. Per essere capaci di una tale libertà bisogna essere dotati di una coscienza centralizzata simile a quella dell'individuo. La coscienza dispersa, che egli riconosce nell'organismo sociale, non sembra essere sufficiente, poiché essa esiste, ma esiste solo negli elementi costituenti l'organismo, e quest'ultimo non possiede una coscienza centrale propria, dunque una coscienza in senso naturale. Andando ancora oltre, si potrebbe supporre, insieme alle scuole delle filosofie spiritualiste, che esiste nell'uomo una sostanza permanente che assicura la continuità e l'organizzazione degli elementi che contribuiscono alla coscienza umana. Niente impedirebbe di supporre nell'uomo un fondo di realtà permanente, qualcosa simile ad un direttore d'orchestra misterioso, che assicura l'armonia e la coordinazione dei fenomeni. Un'ipotesi, questa, che nasce al limite del metafisico e che resta di certo al di fuori della scienza giuridica. Anche Kelsen si esprime contro una concezione organicistica dell'ente collettivo e dello Stato:

“Nella sociologia moderna si presuppone come se fosse una certezza, che al pari di altre realtà sociali collettive, lo Stato possa essere visto come una realtà naturale. Si crede di poter attribuire allo Stato una realtà o un genere di esistenza simile a quella degli oggetti della natura. Ma, facendo ciò, si presuppone che la conoscenza sociologica, che fonda l'unità del suo oggetto o dei suoi oggetti (le formazioni sociali, gli enti collettivi), dovrebbe fondamentalmente prendere il carattere di una scienza della natura, ossia, all'occorrenza prendere i caratteri di una scienza della natura. Da quando si ha l'abitudine – a torto – di identificare la *realtà* con la *realtà naturale* tout court, affermando l'esistenza *reale* di un oggetto, si crede di dover concepire tale oggetto come naturale, e quindi un oggetto determinabile attraverso le scienze naturali. Da ciò la tendenza della scienza moderna a costituirsi come biologia, e ancor più come psicologia, e a vedere, nei rapporti unitari che legano una

¹¹⁷v. FOUILLÉE (A.), *Science sociale contemporaine*, Paris, 1897, 3° ed., p. 222.; L'opera di Fouillée incide nel panorama intellettuale degli ultimi anni dell'800. In particolare egli si occupò del rapporto tra libertà e determinismo, in un tentativo di realizzazione di una sintesi tra esigenze dello spirito e meccanicismo tipico del positivismo filosofico. Secondo l'autore le stesse idee e i sentimenti sarebbero fattori di evoluzione e capaci di produrre delle discontinuità. Tali presupposti portarono ad una rivalutazione della volontà collettiva in quanto questa dava un elemento di reale unità alla frammentazione meccanica degli organi.

molteplicità di atti individuali per costituire le formazioni sociali, una catena causale considerata in base alla categoria di causa ed effetto”¹¹⁸.

L’assimilazione della volontà del gruppo con quella dell’individuo, risulta impossibile se si ammette che esiste all’interno dell’uomo un’anima distinta dal corpo, o piuttosto un grado di coscienza che va al di là dei meccanismi naturali e scientificamente sperimentabili. Tra la volontà del gruppo e quella degli individui vi è dunque una differenza di mera natura, che è fondamentale: la volontà dell’individuo è una determinazione psicologica individuale e in un certo grado libera, anche quando le influenze esterne, e il linguaggio stesso, hanno contribuito a formarla. Quella del gruppo è una sorta di sintesi delle volontà dei membri che prende vita dal processo indirizzato a formarla, o anche, potrebbe essere il risultato di una direzione meccanicamente scaturente dalla struttura e dallo scopo propri dell’organizzazione dell’ente stesso. In Francia, la teoria della personalità morale basata sulla volontà, ha trovato tra i suoi teorici più illustri, J.J. Rousseau. *Il contratto sociale*, in quanto atto espressione della volontà dei contraenti, fonda lo Stato e, con esso, la sua personalità:

“A l’instant nous, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d’association produit un corps moral et collectif, composé d’autant de membres que l’assemblée a des voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté.(...) Il n’y a que une loi qui exige de sa nature un consentement unanime, c’est le pacte social; car l’association civile est l’acte du monde le plus volontaire(...). Si donc, lors du pacte social, il s’y trouve des opposants, leur opposition n’invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu’ils n’y soient compris ; ce sont des étrangères parmi des citoyens. Quand l’Etat est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c’est se soumettre à la souveraineté”¹¹⁹.

¹¹⁸ H. KELSEN (H.), *La nozione di Stato e la psicologia sociale, con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, trad. a cura di G. CONTRI (B.) e MARZOTTO (C.), Milano, 2007, sempre sulla teoria dello Stato, Kelsen conclude: "(...) solo come una cosa o una sostanza come una persona *reale* formata in modo assolutamente antropomorfo, senza diventare cosciente del carattere proprio a questa rappresentazione come quello di un puro espediente mentale; tanto più se si nota come sia forte la tendenza a fingersi questa *persona* come un qualcosa di possibilmente visibile e tangibile, come un essere vitale iper-biologico. In questo punto la teoria dello Stato è primitiva come il sistema totemico che è appunto la teoria dello Stato dei primitivi. In quanto concetto di sostanza come *forza* e *anima*, in quanto finzione personificatrice, il concetto di Stato si presenta in parallelo al concetto di Dio. La concordanza nella struttura logica di entrambi i concetti è effettivamente sbalorditiva, tanto più se si considera l’ampia analogia esistente tra il modo di porre e risolvere problemi della teologia e della dottrina dello Stato. Questa analogia mi ha particolarmente colpito nelle rappresentazioni date nella letteratura più recente, del rapporto tra Stato e diritto".

¹¹⁹ ROUSSEAU (J.J.), *Du contrat social ou Principes du droit politique*, (a cura di) TREMBLAY (J.-M.), edizione elettronica consultabile on line su http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf, 2002, livre I, ch. VI et livre VI, ch. II.

Tale concezione dello Stato, Rousseau, sembra, applicarla a tutte le associazioni. Egli constata che tutte le società politiche sono composte da altre società più piccole. Tali società hanno, come lo stesso corpo sociale tutto intero, una volontà propria. Rousseau ne è, naturalmente, un avversario acerrimo e egli è uno dei più importanti ispiratori della diffidenza del legislatore moderno per gli enti collettivi, le associazioni, che si costituiscono *au dépens de la l'Etat*¹²⁰. Rousseau desiderava l'interdizione degli enti collettivi, ma egli non vedeva nella loro esistenza una concessione dello Stato. Per esse, come pure per lo Stato, la personalità è naturale e risulta dall'unione delle volontà particolari. Lo Stato interviene, non per autorizzare, accordando o rifiutando la personalità, ma per permettere o interdire l'esistenza di questi gruppi nella società. Al fianco delle persone morali che nascono spontaneamente e che prendono vita all'interno dei rapporti d'ordine privatistico, secondo Rousseau esistono altre società, create attraverso la volontà dello Stato e che vengono definite come *enti pubblici*. Tra questi enti, egli classifica il Governo come un corpo intermediario, tra Stato e Società, tra i soggetti singoli e la sovranità. Ma anche per queste persone giuridiche non spontanee, ma derivanti dallo Stato, l'elemento essenziale resta la volontà. Il Governo, ad esempio, ha una volontà corporativa. Possiamo distinguere nella volontà del magistrato tre volontà essenzialmente differenti: primo, la volontà propria dell'individuo che tende unicamente al proprio particolare vantaggio; secondo, la volontà comune dei magistrati che tende direttamente a profitto del sovrano, o della sovranità, e che potremmo definire come volontà di corpo; terzo, la volontà del popolo che è sempre generale, sia in rapporto allo Stato, sia in rapporto al governo. Rousseau ha dunque una concezione della personalità giuridica incentrata sulla volontà, e, in parte, sulla volontà generale che si forma in seno al gruppo grazie alla riunione delle volontà dei suoi membri. Si tratta della somma delle volontà individuali che si fondono in vista di un unico interesse comune, attraverso l'eliminazione degli elementi divergenti, i cui estremi sono destinati alla distruzione o esclusione dal patto:

“Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'un somme de volontés

¹²⁰ *Ivi*, livre II, ch. III.

particulères; mais ôtez de ses mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale"¹²¹.

Rousseau però non spiega come accade che da questa fusione di volontà si arriva a dire che da ciò che egli chiama *la volontà generale* nasce una persona distinta da coloro che hanno espresso la volontà medesima. Egli non fornisce, dunque, alcuna spiegazione sul processo di formazione reale della nuova entità collettiva in rapporto alle volontà dei singoli, ciò rende la sua teoria insufficiente a comprendere in essa, una valida concettualizzazione della nozione di persona giuridica.

5. Dalla realtà all'astrazione: il superamento del "problema" della volontà al di là del paradigma della finzione.

Un autore studioso dell'opera di Duguit e dell'*antiformalismo giuridico*, fa notare come il giurista bordolese, pur ascrivendo la sua opera al realismo giuridico, considerava fallaci sia le visioni formaliste, sia quelle del realismo giuridico tradizionale, per quanto riguarda l'analisi sulla personalità giuridica. Tali teorie si risolverebbero a livello formale in una volontà di diniego della "matrice materiale dell'esperienza normativa"¹²², finalizzate a fare da supporto dottrinario alla politica di potenza dello Stato-persona. È proprio da questa constatazione da cui bisognerebbe partire per capire in che modo si è arrivati - e soprattutto perché si è radicata - all'idea secondo la quale la personalità giuridica, e di conseguenza la stessa capacità penale, debba essere legata ad una soggettività naturalisticamente intesa, tale da escludere gli enti dal novero dei soggetti di diritto e renderli incapaci di sanzione criminale. Nel testo si spiega come ad un certo punto si sia passati ad un sistema giuridico che non *crea* soggettività, ma le *riconosce*, nel senso che esso si sarebbe dato il limite di applicarsi solo a quei soggetti dotati di pensiero e volontà. Proprio da questa limitazione, la teoria *istituzionalista* ha tentato di uscire, cercando inoltre di scongiurare anche la

¹²¹*Ibidem*.

¹²² RAPONE (V.), *Diritto pubblico e teoria della conoscenza: "la volontà di potenza statale" al vaglio della critica realistica*, introduzione a L. Duguit, *Il diritto e lo Stato, La dottrina francese e quella tedesca, op. cit.* pp. 9 e ss.

concezione finzionista, in base alla quale le soggettività giuridiche vengono artificialmente create attraverso l'*imperium* dello Stato¹²³. Secondo Hauriou, il fenomeno della rappresentanza non posa su un sistema di finzioni, ma su fatti reali, che consistono in una fusione di volontà dei rappresentanti con quelle dei rappresentati¹²⁴. Per poter realizzare un'azione collettiva sarà necessaria la manifestazione di una volontà indipendente da quelle singolari e che, in qualche modo, le domini, fondendosi ad esse, Tale fusione di volontà non è perfetta, ed il diritto la normativizza allo scopo di poterla considerare come unica e dotare di una continuità e di un'importanza che essa non possederebbe mai per intero nella realtà dei fatti. Questo non avviene sempre nel diritto? Tali semplificazioni, questi perfezionamenti, sono visibili anche nella nozione giuridica di personalità individuale¹²⁵. La

¹²³ ORESTANO (R.), "il problema delle persone giuridiche" in diritto romano, op. cit., pp. 16-17, nota 9 in V. Rapone, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza: "la volontà di potenza statale" al vaglio della critica realistica*, introduzione a DUGUIT (L.), *Il diritto e lo Stato, La dottrina francese e quella tedesca*, op. cit. p. 9; "Le cose cominciarono a cambiare nel corso del XVIII secolo, quando sotto la spinta ideologica dell'individualismo giusnaturalistico si vollero far coincidere lo *status hominis naturalis* e lo *status hominis civilis*, cioè la nozione di uomo come dato naturalistico e la nozione di persona come dato giuridico, sostenendosi che ogni uomo sarebbe di per sé - in quanto tale - portatore di *diritti soggettivi*, tutti rapportabili alla sua *potestà di volere*, elevata a contrassegno naturale della sua personalità e a elemento motore dei rapporti giuridici a lui facenti capo. Si potrebbe dire che il vecchio oggettivismo naturalistico venne allora a restringersi al solo individuo, puntualizzandosi in esso e risolvendosi perciò in una concezione *soggettivistica*, la quale, almeno in molte scuole filosofiche, e per qualche tempo anche in alcune correnti giuridiche, annullò pure l'oggettivismo normativistico, in quanto alle norme non venne più riconosciuta la possibilità di creare, imporre o modificare situazioni giuridiche, ma solo la funzione di tutelare e attuare *diritti*, considerati come preesistenti e quindi indipendenti dalle norme stesse. Questo passaggio da una concezione essenzialmente oggettivistica del diritto ad una concezione eminentemente soggettivistica, si realizzò soprattutto nelle concezioni della pandettistica tedesca tra la fine del XVIII e il XIX secolo, nel quadro di un'elaborazione sistematica del diritto privato. Quello che da allora si venne dicendo il *sistema giuridico* (e cioè, nello spirito delle dottrine del tempo il *sistema del diritto privato*) fu concepito ed articolato intorno ad una figura nuova, il *subjectum juris*, espressione intesa non più come cil che trovasi *sottomesso* ad una regolamentazione oggettiva, ma come l'essere pensante ed agente a cui i *diritti soggettivi* sarebbero appartenuti - nell'ambito della *libertà naturale* - dell'individuo - quali altrettanti predicati necessari della sua esistenza".

¹²⁴ HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, op. cit., pp. 92 et s.

¹²⁵ HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, op. cit., p. 149; il diritto, opera per via di astrazione, mettendo in rilievo certi fenomeni reali che nella realtà sono più complessi, o più intermittenti rispetto alle astrazioni giuridiche alle quali essi corrispondono; MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 84 : "La personnalité juridique individuelle nous apparait continue et identique à elle-même ; elle naît avec l'individu, elle est du premier coup constituée, elle demeure toujours la même pendant l'existence; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne, parfois elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne. Or, dans la réalité des choses, les volitions des hommes sont intermittents, changeantes, contradictoires ; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions qu'est la face volontaire de l'homme, le Droit a appliqué un masque immobile"

volontà della persona giuridica non resta immobile e non sussiste costantemente, ma si esprime ad intermittenza. Per il diritto è sufficiente che essa esista, che essa sia un aspetto della realtà, il diritto la fotograferà all'interno di un quadro giuridico, ne farà la base della personalità giuridica collettiva. La finzione non starebbe nel diritto, non sarebbe nemmeno l'opera dell'autorità pubblica, ma nascerebbe all'interno della società in cui gli enti vivono e agiscono. La teoria in parola, seppur accattivante, sembrerebbe poter essere applicata solo alle associazioni puramente volontarie. In queste ultime c'è sempre una decisione che prevale e che si impone all'ente, anche quando una parte dei membri non aderisse alla decisione comune. I membri che hanno combattuto la decisione presa, la accettano implicitamente, in quanto parte della società: si può parlare di fusione di volontà e di unanimità. Ma già all'interno dei gruppi politici la situazione cambia radicalmente, come lo Stato e il Comune, che non sono a carattere volontario, in quanto i membri sono tali già dalla nascita. Qui l'unanimità delle decisioni non è mai realizzata e le decisioni del gruppo si impongono attraverso la forza alla minoranza, o, comunque, c'è una larga parte di finzione nel dire che tutte le volontà si fondano, in tali casi, in un'unione reale. Un'altra obiezione nasce dal dubbio sulla formazione della presunta fusione di volontà. Perché attribuire una tale volontà al gruppo e non lasciarla ai singoli individui che ne sono espressione diretta? Si potrebbe ipotizzare che le volontà singolari si organizzano in un fascio in modo da produrre un'unità, ma, se vogliamo restare nel mondo dei fatti concreti, esse restano delle volontà individuali, del tutto simili a quelle che ritroviamo in molti altri casi diversi, come nelle decisioni prese in comune nella comproprietà, nella relazione coniugale, nei contratti privati, etc¹²⁶. Hauriou appoggia successivamente l'unità della volontà corporativa su ciò che egli chiama *unità rappresentativa*, sarebbe a dire, la concordanza delle rappresentazioni mentali esistenti all'interno della corporazione. Bisogna immaginare che all'interno della corporazione ed intorno ad essa si formi una molteplicità di rappresentazioni mentali dalle quali si evinca una concezione di diritto corporativo unico. Tale rappresentazione è opera di una solidarietà rappresentativa del gruppo. I membri si fanno una certa idea della corporazione, del suo scopo, del suo modo di funzionare, degli interessi corporativi e dei diritti che spettano all'ente. Non è un'unità reale dell'organizzazione a fare la persona giuridica ma sarebbe l'unanimità che vige intorno alla sua struttura istituzionale. L'ente

¹²⁶ *Ibidem*.

esiste sulla base di un'unità di rappresentazioni mentali dei membri e di coloro che, esterni all'ente, percepiscono la persona giuridica come soggetto distinto¹²⁷. Un altro autore, parte dalla definizione di personalità giuridica¹²⁸. Se l'uomo è una persona è perché esso ha sulle sue azioni un potere supremo di direzione che manca agli altri esseri. La personalità si sostanzierebbe, in tal senso, nella facoltà di dirigere se stessi. Sarebbe l'attività volontaria dell'uomo, l'attività illuminata dalla ragione, un'azione diretta dall'uomo che stabilisce la direzione suprema dei suoi atti. Bisogna verificare se questa definizione di persona può essere applicata anche agli enti collettivi. Essa può essere applicata anche a dei gruppi di persone, dato che i gruppi sembrano dotati di una forza d'azione anche superiore a quella dei singoli, e della capacità di dotarsi di una direzione effettiva. In tal caso la persona, e ciò che costituisce questa persona, è un fascio di volontà appartenenti agli associati, ammesso che tali volontà si dirigano verso uno scopo comune¹²⁹. Nella fondamentale opera *System der subjectiven öffentlichen Rechte*¹³⁰, si parte dall'assunto secondo il quale esistono diverse nozioni di uno stesso oggetto. La questione che si pone al giurista non è quella di sapere se una cosa esiste o come essa è fatta nel mondo della fisica, ma come bisogna concepirla all'interno del mondo delle relazioni umane alla quale essa appartiene. Il *sincretismo metodico* può essere utile alla comprensione e compenetrazione di vari aspetti di uno stesso argomento, ma quando si tratta di costruire una efficace nozione giuridica può rivelarsi

¹²⁷ *Ivi*, p. 150.

¹²⁸ BOISTEL (A.), *Conception des personnes morales (Rapport présenté au 2° Congrès international de philosophie tenu a Genève, dal 4 all'8 settembre 1904, Genève, 1904; v. anche, dello stesso autore, Cours de philosophie du droit, Paris, 1870, t. II, p. 23 e ss.*

¹²⁹ *Ivi*, p. 16; Le sue affermazioni avrebbero dovuto piuttosto portarlo alla dimostrazione che sarebbero le sole persone individuali ad esistere realmente; in quanto non è l'ente a possedere il potere supremo d'azione, o l'attività libera e razionale, come egli la definisce, ma sono appunto gli associati. Le volontà direttive restano quelle degli associati, ed il fatto che esse si dirigano insieme verso uno scopo comune non cambierebbe la natura dei fatti. Il difetto più grande di queste ultime teorie sulla realtà della persona giuridica è stato quello di aver voluto dimostrare troppe cose, anche ciò che non può essere dimostrato. Esse non hanno solo concepito una tesi appartenente alla tecnica giuridica, ma si sono spinte fino al tentativo di dimostrare che gli enti hanno una volontà analoga a quella umana.

¹³⁰ JELLINEK (G.), *System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freiburg, 1892, p. 91.*

fuorviante¹³¹. La realtà giuridica non è quella fisica o biologica, è invece un mondo ideale e astratto, una costruzione logica che, non per questo, è una costruzione fittizia. Si tratta, in definitiva, di una traduzione in termini giuridici della realtà sociale, di una serie di nozioni logiche derivanti dal mondo dei fatti e degli accadimenti, un po' come le nozioni matematiche. I numeri e le operazioni matematiche, in fondo, sono delle astrazioni complesse. Non sono visibili concretamente i numeri, ne possiamo toccarli, possiamo solo percepirli sotto forma di segni che la logica mette in relazione tra loro e che in qualche modo trovano un'applicazione anche nella realtà. Restando fermo questo punto, troviamo, nello Stato e negli enti collettivi in genere, due caratteri comuni. Innanzitutto essi sono un'unità di persone¹³². Le unità che compongono la persona giuridica sono tali in quanto, nel considerarle, le sottoponiamo ad una certa logica piuttosto che ad un'altra. Esse possono essere altro sia nel tempo sia nello spazio, ma sono anche elementi che riuniamo attraverso il pensiero, in ragione di un carattere comune che li caratterizza e che li rende frutto dell'astrazione¹³³. Nel mondo giuridico tale carattere comune è lo scopo. Lo scopo è un elemento che possiamo trovare in tutte le parti del dominio del diritto; se il diritto comprende

¹³¹ *Ivi*, p. 13 e ss: "Le syncrétisme méthodique compte parmi les vices scientifiques de notre époque. La méthode des sciences naturelles, la recherche empirique, l'investigation biologique, entrent en scène et nous apportent des découvertes sensationnelles. D'un côté, on avertit le juriste que l'Etat, n'ayant ni tête ni jambes, ne peut pas être une personne. De l'autre on découvre comme une vérité destinée à faire époque, que l'Etat forme avec les bacilles, les fougères, les mammifères, les associations et les corporations, une grande catégorie d'individus semblables dans leur essence".

¹³² In particolare: "Nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso". v. *Über quantenmechanische Kinematik und Mechanik*, *Mathematische Annalen*, 1926: L'idea di unità nel mondo della fisica è un'idea superata, neppure l'atomo ha resistito alla scomposizione in particelle ancora più piccole e la recente formulazione del *Principio di indeterminazione di Heisenberg*, ci ha dimostrato come non sia possibile misurare due grandezze allo stesso tempo e che nell'infinitamente piccolo non sussistono le medesime regole logiche a cui siamo abituati nel mondo delle grandezze naturali. Sembra oggi più che mai necessaria l'utilizzo di un certo grado di astrazione come strumento delle scienze umane.

¹³³ *Ivi*, p. 208 : Allo stesso modo, per i fisici o i chimici, non esistono tavoli e sedie, ma solamente il legno che le compone: anche qui è lo scopo della scienza che individua ed individualizza l'oggetto di studio. È lo scopo che individualizza questi oggetti: "C'est le but aussi qui individualise, au point de vue du droit, les actions humaines, qui fait par exemple qu'un délit ou un acte juridique sera considéré comme une chose unique, alors même qu'il se compose d'actes isolés par le temps. C'est le but enfin qui donne l'unité à des successions ou à des réunions d'individus: la succession des fonctionnaires remplissant un emploi, ou des sentinelles montant la garde à la porte du général; la réunion formée par une famille, une association, une corporation. Au point de vue absolue, il n'y a là que des hommes qui se succèdent ou qui entrent en relation les uns avec les autres; au point de vue juridique, il y a là des véritables unités, agglomérées, maintenues, cimentées par l'unité du but".

una certa cosa determinata anziché un'altra è perché questa cosa può, in qualche modo, soddisfare un bisogno umano¹³⁴. Lo Stato, che costituisce un'unità, costituisce anche una personalità, una personalità puramente giuridica¹³⁵, che esprime tutta la sua essenza nella sua capacità di essere un soggetto di diritto. Anche per l'uomo vale lo stesso ragionamento, non è per virtù naturale, ma in virtù del diritto che esso è un centro di diritti e di doveri. Jellinek, ammette che per essere soggetto di diritto, un ente deve essere capace di esprimere una volontà propria, e distinta da quelle particolari. Ma lo Stato e gli enti collettivi in genere sono dotati di tale volontà secondo l'autore, in quanto la percezione che ci fa ammettere l'unità della persona giuridica è la stessa che ci fa concepire la sua volontà come una volontà distinta:

“Du moment que cette unité existe, nous devons lui attribuer, au moins au point de vue de la raison pratique, les actes de volonté des individus, mais dans le monde juridique des actes de volonté de la collective”¹³⁶.

Non vi sarebbe necessità di riconoscimento da parte di una legge, in quanto, premesso il ragionamento precedente, sarebbe una necessità logica a confermare l'esistenza dell'unità e della volontà degli enti. L'esistenza dipenderebbe allora da un semplice riconoscimento razionale legato al sistema giuridico, tanto che persino le associazioni basate sull'illegalità o a scopo illecito, come quelle mafiose, esisterebbero da questo punto di vista. Ma tali personalità *di fatto* non diventerebbero delle persone giuridiche, in quanto sarebbe il diritto stesso a rigettarne il riconoscimento. L'autore rinuncia ad una dimostrazione metafisica o psicologica della personalità, e resta concentrato sulla nozione giuridica di persona¹³⁷. Egli però si limita a dire che nella realtà le persone giuridiche non sono dotate di volontà, ma che nella logica giuridica l'uomo è portato razionalmente a percepirle come capaci di volontà

¹³⁴ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 92.

¹³⁵ JELLINEK (G.), insiste sull'idea che la nozione di personalità giuridica debba restare una nozione puramente giuridica. Da questo punto di vista, non esiste la persona naturale; l'uomo come gli enti collettivi è una persona giuridica perché ciò è stabilito all'interno del sistema giuridico.

¹³⁶ COCO (N.), *G. Jellinek e la odierna crisi dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1923, fasc. I, p. 42.

¹³⁷ Punto sul quale L. Michoud, insieme a Carré de Malberg è assolutamente d'accordo; si veda sul punto CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 2003, ristampa del 1920, II vol. 1920-1922, t. I et 9.

propria. Cosa che viene sostenuta anche dai partigiani della teoria della finzione, anche se essi non hanno insistito sul carattere di necessità della volontà¹³⁸. Un altro autore, per dimostrare la marginalità della volontà come elemento definitivo della personalità giuridica, fa l'esempio dell'uomo incapace di intendere e di volere o dotato di una volontà parzialmente compromessa. È il caso del minore o del folle, la cui assenza di volontà intesa secondo il senso comune del termine non ha impedito che anche a questi soggetti si riconoscesse una personalità giuridica e gli si attribuissero dei diritti. La sola conseguenza della mancanza di volontà è stata quella di dover delegare l'esercizio dei diritti soggettivi a dei rappresentanti legali. La volontà di questi soggetti esiste probabilmente, ma non corrisponde ad una logica comune sufficientemente condivisa. Ma questo non basta ad affermare che, siccome una volontà, seppur parziale o difficilmente intellegibile esiste, allora essa resta come elemento essenziale d'esistenza della personalità. In tal caso bisognerebbe ammettere che anche la personalità sarebbe parziale. Non è questa volontà parziale o alterata che può stare alla base dei diritti di cui essi godono. La prova sta nel fatto che il diritto non accorda alcun effetto a tale volontà, e quando pure essa si manifesti, la legge non la tiene d'alcun conto, sostituendola con una volontà esterna, quella del rappresentante legale. Sostenendo la tesi secondo la quale il titolare del diritto sarebbe colui la cui volontà è protetta dal diritto, allora si sarebbe obbligati ad affermare che è la volontà del rappresentante ad essere protetta, almeno tutte quelle volte in cui la rappresentanza non è volontaria. Allora, il folle, il minore, e in generale tutti coloro colpiti da incapacità assoluta, sarebbero ridotti ad essere classificati dal punto di vista giuridico come persone fittizie, sulle quali si collega artificialmente l'esercizio di un diritto soggettivo che in realtà appartiene a terzi¹³⁹. Andando oltre, si potrebbe affermare che anche quando si tratta di un soggetto pienamente capace di intendere e di volere non è la volontà ad essere protetta. La volontà in sé può essere indirizzata ad atti leciti, ma può essere indirizzata anche all'illecito e all'antigiuridico¹⁴⁰, attraverso la realizzazione un reato. Il diritto protegge certi atti espressione di volizione, ma ne punisce altri, non ritenendoli degni di protezione, e anzi, in certi casi li persegue e li reprime. Questo accade perché il diritto non protegge la volontà del

¹³⁸ JHIERING (R.), *Esprit du droit romain*, trad. (a cura di) GUENOUX (R.), Paris, 1877, t. IV, pp. 319-320.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ FOUILLÉE (A.), *Science sociale contemporaine*, op. cit., p. 203.

soggetto in se stessa, ma il contenuto della volontà: non si può volere senza volere qualche cosa¹⁴¹. La legge non protegge dunque la volontà, ma l'interesse a cui tende la volontà¹⁴². Dunque, l'interesse è l'elemento fondamentale del diritto e il titolare di un diritto è l'essere individuale o collettivo nel cui interesse il diritto stesso è riconosciuto¹⁴³. Si definisca, dunque, il diritto soggettivo come l'interesse di un uomo o di un gruppo, giuridicamente protetto attraverso il potere riconosciuto ad una volontà di rappresentare tale interesse e di difenderlo¹⁴⁴. L'interesse è garantito al di là del fatto che la volontà che lo esprime appartenga al soggetto nel cui interesse si agisce oppure no. L'importante è che tale volontà possa essergli in qualche modo attribuita al punto che la legge possa considerarla come appartenente al soggetto in questione. Ritorna il problema della definizione giuridica del minore senza tutore¹⁴⁵, anche quella degli animali protetti. Da tale definizione si potrebbe dedurre che il minore senza famiglia, né tutore, sprovvisto, dunque, di una volontà giuridicamente rilevante, non sarebbe definibile come persona. D'altra parte, dovremmo dire che gli animali invece sono delle persone, in quanto vi sono delle leggi per le quali agenti di polizia giudiziaria sono incaricati della protezione degli animali. Si giungerebbe, in tal modo, a conclusioni paradossali e assurde. Innanzitutto, il minore, anche senza tutore, è una persona a tutti gli effetti, infatti la legge contiene tutte le disposizioni necessarie per organizzare la sua rappresentanza giuridica ogni volta che i suoi interessi lo esigono. Se la legge non proteggesse attraverso un tale sistema gli interessi del minore senza tutore allora si potrebbe sostenere non senza ragione che il minore non sarebbe una persona giuridica. Per quanto riguarda la protezione degli animali, appare evidente che gli animali non sono protetti per se stessi, non più delle piante e dei fiori rari, essi lo sono nell'interesse di quegli uomini

¹⁴¹ JELLINEK (G.), *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, op. cit. p. 40.

¹⁴² DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., 2° ed., t. I.

¹⁴³ Si ricordi, in tal senso, le tristi vicende degli ammalati tenuti in vita attraverso terapie mediche invasive a cui non è stato, e non è, permesso di morire, o almeno di interrompere le terapie, in quanto l'ordinamento giuridico di fronte a certi principi fondamentali sacrifica la volontà del soggetto ad un interesse condiviso, o ritenuto tale; v. WELBY (P.), *Lasciatemi morire*, Milano, Rizzoli, 2006.

¹⁴⁴ v. tra gli altri, ROMANO (S.), *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V. E. Orlando, Milano, 1908, t. I, p. 123; CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 74; MAJORANA (D.), *La notion de droit public subjectif*, in *Recueil de législation de Toulouse*, E. Privat, 1909, vol. 10, p. 12.

¹⁴⁵ VAREILLES-SOMMIÈRES (M. de), *Les personnes morales*, Paris, 1902, n°362,327, n°206 et s.

sensibili alla questione animalista. Il vero scopo è l'uomo, l'uomo tutto intero e non taluna o tal'altra facoltà. L'uomo è un soggetto di diritto non perché esso vuole, ma perché esso è¹⁴⁶. La protezione dei diritti soggettivi passa attraverso una protezione accordata alla volontà, è vero, ma tale protezione non si spinge fino a coprire senza distinzione tutte le manifestazioni di questa volontà. Essa protegge solamente quelle manifestazioni di volontà alla cui base si trovi un interesse umano che il legislatore considera come degno di essere protetto. Ma se è così, l'individuo isolato non può essere il solo soggetto degno di diritto. In quanto essere sociale, l'uomo associa se stesso e i propri interessi a quelli di altri uomini. Se il diritto vuole corrispondere ai bisogni dell'umanità, muovendo da quelli che sono i reali rapporti umani nella società, esso non dovrà proteggere solo il diritto dell'individuo, ma dovrà garantire anche, elevandoli alla dignità di diritti soggettivi, quegli interessi collettivi e permanenti delle persone giuridiche. Quindi, volontà e interesse sarebbero le due condizioni necessarie e sufficienti per l'esistenza di un ente collettivo come persona capace di diritti e di doveri¹⁴⁷. Resta fermo che anche laddove esistessero tali due condizioni, queste testimonierebbero dell'esistenza, ma necessiterebbero di un riconoscimento formale da parte del diritto della persona giuridica in quanto tale. Anche per l'individuo, la cui personalità oggi viene riconosciuta insieme alla sua esistenza, tale condizione di riconoscimento è stata un tempo necessaria¹⁴⁸. Il ruolo dello Stato in materia di costituzione della personalità morale, non è quello di creare, ma quello di riconoscere, e che espletando tale dovere, egli non è altro che l'organo del diritto¹⁴⁹, ma anche sottoposto al diritto, e, come tale, ente giuridico equiparato

¹⁴⁶ MAYER (O.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1986, t. I, p. 367: Alcune leggi in materia, proteggono gli animali da trattamenti crudeli ed inutili, non quelli che servono invece ai fini superiori dell'umanità, come la vivisezione per la ricerca scientifica. Inoltre essi non vengono dotati dalla legge di una vera e propria rappresentanza legale, ma solo di una protezione generale che poggia sul dovere di intervenire da parte dei pubblici poteri in caso di violazione della legislazione sulla protezione degli animali. In generale, in tutti quei casi dove dei diritti sembrano appartenere a degli animali o a degli oggetti inanimati, l'interesse che la legge protegge facendo rispettare tali diritti è quello della generalità degli uomini che giudica utile ai propri fini la loro protezione e la loro conservazione. L'uomo resta il primo dei centri di interesse al quale la personalità deve essere riconosciuta; e se perciò la sua volontà è protetta dalla legge, essa non è protetta per se stessa; essa è uno strumento ed uno scopo.

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 368.

¹⁴⁸ Lo schiavo romano aveva in esso tutte le caratteristiche inerenti alla persona, ciò nonostante esso non era una persona giuridica. Allo stesso modo oggi enti collettivi che riempiono le due condizioni della personalità non vengono riconosciuti dal diritto come persone giuridiche.

¹⁴⁹ GIERKE (O.), *Genossenschaftsrecht*, p. 15 e ss.

agli enti di diritto privato¹⁵⁰. L'idea di una rappresentazione legale, analoga a quella del tutore per il minore, è in linea di principio accettabile, ma solo per tutte le persone giuridiche di diritto privato¹⁵¹. Autorizzando la *persona ficta*, la legge, o il potere amministrativo al quale la legge ha conferito la competenza, determina le condizioni del suo funzionamento, e di conseguenza anche quelle che riguardano la designazione dei rappresentanti. Essa potrà accordare le regole sulla designazione agli stessi interessati, essa potrà accordarle a se stessa. Nel dettaglio, la rappresentanza così concepita si modella sulla rappresentanza dell'incapace. Si conferisce un rappresentante alla persona giuridica come lo si conferisce al minorenne o al malato di mente, per una ragione simile, per supplire all'insufficienza della sua volontà. Di fronte a questa teoria si pone un'altra teoria sulla personalità giuridica: *La teoria dell'organo*¹⁵². Tra la nozione d'organo e quella di rappresentante legale c'è una differenza fondamentale: La qualità di rappresentante può derivare sia da un atto giuridicamente rilevante, sia dalla legge; la qualità d'organo deriva invece dalla costituzione stessa della persona giuridica. Nella rappresentazione sussiste un rapporto giuridico tra due soggetti distinti, nel quale uno agisce in nome dell'altro. Gli atti del rappresentante restano atti

¹⁵⁰ Ad esempio, per considerare come dei mandatari di un'associazione i membri del suo consiglio di amministrazione, bisognerebbe concepire come un mandato le loro stesse nomine fatte dall'assemblea generale, ma tale mandato non è stato conferito dalla persona giuridica, in quanto l'assemblea generale non è la persona giuridica nella sua unità. In realtà, essa già è qualche cosa che rappresenta l'associazione, e bisognerebbe ritrovare un primo mandato originario donato dall'associazione. Cosa manifestamente impossibile: prima di possedere un organo rappresentante essa non può disporre alcun atto avente natura giuridica. La fallacia della teoria del mandato sta dunque in quest'impossibilità di rintracciare il mandatario stesso. Michoud nota anche come il rappresentante che si qualifica attraverso il mandato non assume la posizione di rappresentante indefinitamente nel tempo, ma, al contrario, esso rappresenta il soggetto entro certi limiti di tempo e di rapporti del; v. MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 127; Anche nel nostro Codice civile del resto il mandato, che è definito dall'art. 1703 c.c. (il quale ne fornisce la nozione, secondo una tecnica normativa assai frequente nel titolo III del libro IV del codice), è considerato come "il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra", dunque uno o più atti giuridici e non in generale "a rappresentare in modo generico" il mandante, per una definizione in chiave civilistica secondo il Codice civile italiano si v. anche LUCCHINI-GUASTALLA (E.) (a cura di), alla voce *Mandato*, dell'*Enciclopedia Traccani*, 2013.

¹⁵¹ I sostenitori della teoria della finzione non fanno alcuna differenza tra i rappresentanti di una persona giuridica e i rappresentanti di una persona fisica. La persona giuridica, essendo concepita come un essere fittizio, interamente indipendente dal gruppo del quale essa sintetizza gli interessi, le relazioni tra essa e i suoi rappresentanti, di conseguenza, non potranno che essere concepiti come relazioni tra soggetti indipendenti. Il rappresentante della persona giuridica allora sarà concepito come un mandatario o come un rappresentante legale, allo stesso modo il tutore è il rappresentante legale del minore. Per quanto concerne il mandato, bisogna dire che per dare mandato a qualcuno bisogna presupporre una volontà, e che, al di là della volontà del rappresentante stesso, la volontà dell'ente collettivo risulta introvabile.

¹⁵² GIERKE (O.), *Genossenschaftstheorie*, op. cit., p. 614.

specifici di quel soggetto, ma attraverso una finzione li si fa apparire come gli atti dell'ente collettivo. Quando si tratta di organo, invece, è la persona giuridica stessa ad agire, il suo organo non è qualcosa di distinto dall'organismo; esso è una parte del tutto, ed è anche un mezzo del quale la persona giuridica si serve come la persona fisica si serve del braccio. L'organizzazione giuridica della quale l'organo è il prodotto appartiene all'essenza stessa della persona giuridica, la quale rappresenta il corpo intero senza il quale la parte non ha senso di esistere¹⁵³. L'azione del rappresentante non abbraccia mai completamente tutta la vita giuridica dell'ente rappresentato. Invece, l'organo della persona giuridica, incarna la vita giuridica di quest'ultima per intero. Non esiste all'infuori dell'organo un soggetto di diritto capace di esprimere la volontà dell'ente; da ciò si evince una maggiore estensione dei poteri di rappresentanza dell'organo rispetto a quelli del rappresentante legale. La persona giuridica può, attraverso il suo organo, regolare la propria esistenza, esercire una funzione pubblica, commettere un delitto, essere in buona o cattiva fede, essere in errore, ricevere notifiche, fare una confessione giudiziaria, etc. Alla condizione unica che l'organo agisca nei limiti della propria competenza, si può dire che la coscienza e la volontà dell'organo sono quelli della persona giuridica stessa. I sostenitori di questa teoria ritengono che l'organo non possiede una personalità distinta rispetto all'ente:

“Il n'y a pas deux personnalités en présence, celle de l'Etat et celle de l'organe, qui auraient entre elles des rapports de droit quelconques; l'Etat et l'organe sont une unité. L'Etat ne peut exister qu'au moyen de ses organes ; si l'on fait abstraction de ces derniers, il ne reste pas l'Etat support des

¹⁵³ v. JOUANJAN (O.), *Georg Jellinek ou le juriste philosophe*, Prefazione all'opera di G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État*, Paris, 2005; Questa concezione deriva dalla filosofia giuridica tedesca di epoca moderna, precedente allo stesso Jellinek, che si è, forse per prima, occupata della definizione della personalità giuridica dello Stato e degli enti collettivi. Fu C. F. Gerber (*Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Göttingische gelehrte Anzeigen, 1837, p. 4 e ss.) che, nel 1865, impostò la dottrina della personalità giuridica dello Stato come la base necessaria per una costituzione di una dottrina politica del diritto “veramente scientifica”. Secondo Gerber, però, il solo organo che possa “volere” in nome e per conto della persona giuridica era il capo per l'ente, il monarca per lo Stato. L'autore in parola considera che la nozione di *persona* in diritto pubblico non poteva coincidere con quella di diritto privato, si trattava di una nozione *sui generis*, in quanto di fronte allo Stato i soggetti non sono veri *soggetti di diritto*, ma sono piuttosto *oggetti* della sovranità pubblica. Una tale concezione organistica da un lato è tradizionalista e conservatrice dall'altro, non era quella di Jellinek che considerava la persona come idea giuridica d'un centro di relazioni. La qualifica non è *sostanzialistica*, ma è concessa dal diritto e nel diritto. Si tratta, appunto, di *un'idea*, che si applica tanto agli individui quanto agli enti collettivi. Secondo Jellinek non esistono persone fisiche (*natürliche Person*) ma solamente persone giuridiche (*juristische Persönlichkeit*). La questione della scienza del diritto non deve essere “cos'è una persona?”, ma “come dovremmo concepirla?”; secondo Jellinek bisogna concepire la persona giuridica come relazione. Per una definizione di relazione nella dottrina di Jellinek si rinvia al saggio introduttivo a cui fa riferimento la presente nota.

organes, il ne reste qu'un néant juridique. Le représenté et le représentant sont et restent deux personnes distinctes; la personne juridique et l'organe sont et restent une seule personne¹⁵⁴.

Naturalmente la persona fisica esercente funzioni d'organo conserva la sua personalità individuale e può avere con la persona giuridica collettiva dei rapporti giuridici indipendenti. Eppure l'organo resta una parte dell'ente¹⁵⁵. A questa teoria sono state fatte una serie di obiezioni di cui sembra utile prendere conoscenza. Duguit di certo non poteva accettare una concezione della persona giuridica basata sulla rappresentanza d'organo, in quanto tale nozione presuppone la personalità, da egli non ammessa, dello Stato e degli altri enti collettivi:

“Si ce sont là des organes il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes; ils n'existent comme organes que par cette volonté ; mais cette volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat ? Impasse de laquelle on ne peut sortir¹⁵⁶.

Quest'obiezione è simile a quella che si è già vista per il mandato. Si è detto che per conferire un mandato bisogna presupporre già una volontà; Duguit dice che per creare l'organo c'è bisogno di una volontà che lo precede. L'organo è concepito come facente parte essenziale della persona giuridica, esso non è creato da essa, ma è creato nello stesso tempo in cui viene creato l'ente, dalle forze sociali che hanno contribuito alla sua costituzione. Non v'è stato un istante dove la persona giuridica, nata senza organo, si è raccolta per crearlo. Essa è esistita giuridicamente dal momento in cui si è dotata di organi. Tutte le regole di determinazioni e di modalità di espletazione delle funzioni d'organo sono state create attraverso lo statuto, opera delle persone fisiche o giuridiche preesistenti che hanno concorso alla sua formazione. In mancanza di statuto, tali regole possono derivare dai costumi e dalle abitudini che si formano nel tempo all'interno dell'ente collettivo e che poco a poco l'hanno

¹⁵⁴ JELLINEK (G.), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914, p. 512.

¹⁵⁵ Tra più organi dello stesso ente si possono verificare delle difficoltà di competenza, che potranno essere risolte in via giudiziaria (si pensi al conflitto di attribuzioni interno allo Stato), ma rimarranno delle difficoltà entro le differenti competenze di una stessa persona, ed esse riguarderanno solo la parte di diritto oggettivo che regola l'organizzazione interna della persona giuridica. Non è la competenza dell'organo che viene protetta dalla legge, ed in realtà essa non considera questa competenza come un diritto, ma è il buon funzionamento dell'ente ad avere rilevanza.

¹⁵⁶ DUGUIT (L.), *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 2005, p. 51

dotato di quell'organizzazione necessaria alla vita giuridica. La parola *organo*, serve a mostrare un'analogia tra persona morale e persona umana, ma non una identità. Bisogna comunque evitare di confondersi e di pensare che la persona giuridica si risolve essenzialmente e tutta intera nei suoi organi. Se si eliminassero tutti gli organi e le relazioni tra essi, dell'ente, di quest'ultimo non resterebbe che un niente giuridico, un guscio vuoto¹⁵⁷. L'organizzazione è essenziale all'ente giuridico, e il diritto non può riconoscerlo in quanto persona giuridica se esso mancasse d'organizzazione, e dunque d'organi. Ma l'organizzazione e gli organi non sono l'unico elemento essenziale dello Stato e degli enti privati. Un elemento anche più importante è il gruppo organizzato che costituisce l'ente¹⁵⁸. L'organo, a differenza del rappresentante, incarna tutta la volontà dell'ente collettivo, esso può, a condizione di restare entro i limiti delle sue funzioni, e di non andare oltre le proibizioni legali, regolare la stessa esistenza della persona giuridica, cambiarne lo scopo, dissolverla, statuire sulla sorte dei suoi beni in caso di dissoluzione, fissarne il domicilio o la residenza. Gli atti illeciti e le infrazioni che l'organo compie nell'esercizio delle sue funzioni sono imputabili alla persona giuridica e investono la responsabilità di quest'ultima civile e penale¹⁵⁹. Una stessa persona morale può avere più organi distinti. In tal caso si verifica tra questi stessi organi una divisione di attribuzioni: ciascuno rappresenta la persona giuridica in un campo determinato di azioni e al di fuori di questo campo perde la qualità d'organo. Questo campo d'azione si chiama *competenza*. La competenza non deve essere intesa come un diritto soggettivo dell'organo, non essendo quest'ultimo una persona. Quindi la competenza viene regolamentata non nell'interesse della persona fisica che gioca il ruolo d'organo ma in quello della persona giuridica rappresentata. In definitiva, il diritto dell'organo non è un diritto soggettivo, ma un semplice effetto riflesso del diritto della

¹⁵⁷ v. in tal senso COSTA (P.) e ZOLO (D.) (a cura di), *Lo Stato di diritto, storia, teoria, critica*, Milano, 2003, p. 320; in particolare si rileva che la volontà unitaria dell'ente collettivo, secondo Jellinek, deriva dagli organi, che perseguono il suo scopi costanti (*konstante Zwecke*), che sono cioè rivolti all'interesse comune dell'insieme degli individui che costituiscono l'ente. Questo, per Kelsen, significa sostenere che esiste una "coscienza comune" (*Gesamtbewusstsein*), che rinvia alla unitarietà degli scopi sociali della società, nel caso più ampio dello Stato, di cui gli organi sono solo interpreti.

¹⁵⁸ MICHOU (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p. 138-139.

¹⁵⁹ MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Vol. II, Paris, Thèse, 1899; in senso critico rispetto alla deriva antropomorfista, v. anche WESTER-OUISSE (V.), *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n. 1, 2009, p. 63.

persona morale stessa. Un autore¹⁶⁰, pone come punto di partenza della sua teoria una semplice constatazione: non si può volere senza volere qualcosa, questo qualcosa deve essere un interesse; la legge non protegge la volontà astratta bensì la volontà che realizza un interesse. Dunque, il diritto soggettivo dovrebbe essere concepito come quella forza di volontà diretta verso la soddisfazione di un interesse protetto dalla legge. Nella parte costruttiva del suo lavoro, Ferrara pronuncia, sulla personalità giuridica, una teoria secondo la quale la personalità, sia essa individuale, oppure collettiva, è un prodotto dell'ordine giuridico e non un fatto di natura; essa si applica all'uomo non perché quest'ultimo possiede una volontà, o perché esso sia un centro di interessi, ma perché il diritto non è altro che la regolamentazione di relazioni tra gli uomini. L'uomo è, nella vita giuridica, l'unità essenziale. La persona giuridica non è che una forma giuridica, e non un essere in sé, è un modo di regolamentazione, una procedura d'unificazione attraverso il diritto oggettivo¹⁶¹. Questo modo di regolazione non è il solo possibile, nelle epoche primitive la collettività è stata rappresentata attraverso il *paterfamilias*, nel diritto inglese troviamo il *trust*, in quello tedesco la *Gesammte Hand*. È il diritto oggettivo la fonte della personalità ed in qualità di fonte esso può regolarla, limitarla o accordarla parzialmente. Nonostante ciò la personalità non è solo una semplice procedura giuridica, ma la traduzione in termini di diritto di un fenomeno empirico¹⁶². Secondo Ferrara, il diritto non interviene brutalmente tanto per dire che ciò che è plurale deve essere unità. Esso non fa altro che tradurre in termini giuridici ciò che si verifica già nei fatti all'interno del bacino sociale. La funzione del diritto, in questo caso come in tutti gli altri, è normativa. Hölder¹⁶³, al contrario, dichiara che il concetto di personalità giuridica rappresenta una procedura tecnica "une métaphore"¹⁶⁴. Per Holder, il vero soggetto di diritto è l'uomo, solo ad esso appartiene la vera personalità giuridica. La personalità deve intendersi in due sensi, da una parte essa si riferisce alla capacità giuridica che ha come effetto quello di attribuire alla vita umana un certo valore, e che appartiene a

¹⁶⁰ v. FERRARA (F.), *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1915; FIORE (P.) (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrine e la giurisprudenza*, Napoli, 1893, Prte II, Vol. VII.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² FERRARA (F.), *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit..

¹⁶³ HÖLDER (E.), *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 206.

tutti gli uomini, al minore e al folle come agli altri. D'altra parte, essa deve intendersi anche come capacità ad agire, e come tale essa non appartiene a tutti gli esseri umani, ed è suscettibile di diversi gradi di sussistenza. Essa può essere piena o sviluppata; ma anche parziale e anormale. Esiste dunque la persona autonoma, dotata di volontà, capace di esercitare un potere giuridico, e la persona non autonoma: il minore, il folle, l'incapace, il soggetto che non ha in esso la possibilità dell'esercizio di un potere giuridico, o al quale la legge non ne permette la disposizione. Quello che siamo abituati a chiamare diritto, non è altro che il potere di volontà riconosciuto al suo rappresentante nell'interesse del soggetto. Sarà il rappresentante il vero destinatario e titolare di diritti e doveri. Esso non li esercita nel suo interesse, ma in virtù della funzione che riveste. Potremmo parlare di una sorta di patrimonio giuridico di funzioni a cui corrispondono dei poteri giuridici. La nozione di *funzione* assume in tale contesto un'importanza fondamentale, essa comprende tutte le situazioni in cui un potere giuridico appartenente ad un soggetto viene usato non nel proprio interesse ma in quello di un terzo. Dunque, il concetto di persona giuridica sarebbe superfluo. Non ci sarebbero allora dei soggetti all'infuori degli esseri umani che agiscono concretamente in virtù delle funzioni esercitate¹⁶⁵. Nella persona giuridica è il bisogno, l'interesse, a determinare lo scopo del diritto, e di conseguenza quello che la persona giuridica può o non può fare. Un autore¹⁶⁶, ammette per le persone giuridiche, la nozione tradizionale di personalità giuridica, alla quale esso fa corrispondere la tradizionale unità. Il diritto è padrone di determinare ciò che esso intende per soggetto di diritto e quando esso stabilisce che una cosa debba essere trattata come tale, questo vuol dire che quella cosa prende la sostanza di soggetto di diritto. Si tratta di una realtà d'ordine puramente giuridico, nel mondo reale essa ha un punto di contatto corrispondente a ciò che il corpo è per la persona fisica: si tratta dell'impresa alla quale essa è votata. "Si le droit n'est pas la volonté en acte, faut-il dire, avec Ihering et ses disciples, qu'il est simplement un intérêt juridiquement protégé?"¹⁶⁷. Abbiamo visto come, in tal modo, il diritto soggettivo apparirebbe ai destinatari dello scopo per cui il diritto stesso è venuto all'esistenza.

¹⁶⁵ Sul concetto di *funzione* v.d. *infra*, Cap. 2, par. 5.

¹⁶⁶ MAYER (O), *Die Juristische Person Und Ihre Verwertbarkeit Im Öffentlichen Recht*, ristampa, Berlin, 2009.

¹⁶⁷ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit. p. 536; sul punto v. anche JHERING (R.), *La lotta per il diritto*, trad. (a cura di) RACINARO (R.), Milano, 1989; per un approfondimento in chiave moderna del pensiero di Jhering si veda FROSINI (T.E.), *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, 2011, p. 256.

Abbiamo anche visto come, nei casi esemplari del minore e del demente, questi ultimi sarebbero i destinatari dei diritti e non i loro tutori o curatori, come invece accadrebbe con la teoria della personalità basata sulla volontà. Il diritto non è al servizio della volontà, infatti esiste anche la volontà antiggiuridica, ma è la volontà, al limite, ad essere al servizio del diritto: pensiamo ancora una volta alla volontà del tutore messa al servizio dell'interesse del minore. Allo stesso modo, la volontà collettiva dell'associazione e quella funzionale della fondazione, esistono al servizio dei beneficiari dell'associazione e della fondazione, essendo tali ultimi i soli titolari dei diritti soggettivi. Identificare il diritto con lo scopo del diritto sarebbe come confondere il soggetto col suo oggetto. Sarebbe come mostrare lo scopo ma senza conoscere il modo a cui ci si arriva. Michoud, nella sua definizione di diritto soggettivo unisce l'interesse alla volontà: "L'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de la représenter et de la défendre"¹⁶⁸. L'introduzione dell'elemento della volontà è indispensabile; in quanto la protezione dell'interesse non può esistere se non attraverso l'intermediazione di una volontà cosciente dello scopo sociale dell'interesse protetto. Saleilles, di fronte a questa definizione del diritto soggettivo, si chiede perché mettere in primo piano ciò che non è che l'oggetto del diritto anziché parlare di ciò che ne costituisce l'essenza. Certa dottrina¹⁶⁹ definiva il diritto come un interesse protetto da una forza di volontà appartenente all'uomo. Michoud parla di un potere di volontà appartenente all'uomo e diretto verso un bene o un interesse, riconosciuto come degno di tutela dall'ordinamento giuridico. Si tratterebbe di un potere legato alla volontà messo al servizio di interessi protetti dal diritto. Saleilles insiste su questo punto, che se si resta sull'idea di interesse, senza aggiungere quella di potere corrispondente ed autonomo, un potere che assicuri la garanzia dell'interesse, si rischia di mettere nelle mani dello Stato il potere assoluto di disposizione dei diritti, in quanto esso ne sarebbe l'unico garante effettivo. L'idea di potere sarebbe il primo tra gli elementi enunciati del diritto. E anche se, per completare la definizione di Ihering, introducessimo l'idea di una volontà autonoma, ci sarebbe comunque da temere che l'autonomia della volontà venga riconosciuta nella misura in cui essa abbia in vista un interesse legittimo secondo le

¹⁶⁸ cit. in MICHOUUD (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., vol. I, n° 48, p. 105; Jellinek, *System der subjectiven aeffentlichen Rechte* (1892), pp. 40-42 (2° edit., 1905, pp. 42 et 44).

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 45.

procedure ammesse dallo Stato. Ma in tal modo lo Stato si potrebbe facilmente inserire in tutte le manifestazioni della libertà individuale protette dal diritto soggettivo, per controllarne l'applicazione. Ora, non esiste diritto soggettivo se non si ammette che una parte di tale diritto, la più larga possibile, sia fatta a iniziativa individuale; salvo le limitazioni derivanti dall'abuso di diritto. La tesi dell'abuso di diritto, secondo Saleilles è il correttivo indispensabile per costruire una efficace teoria dei diritti soggettivi. Attraverso tale teoria si può mantenere insieme il principio di autonomia individuale e quello di interesse collettivo all'interno dei diritti soggettivi, ciò che invece non sono riuscite a fare le teorie viste in precedenza. "Nous dirons donc que le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome"¹⁷⁰. Si è ritenuto indispensabile non inserire all'interno della definizione di diritto soggettivo la protezione che a questi diritti viene accordata dallo Stato: "Car je trouve quelque peu dangereux de le désigner comme reconnus ou consacrés par la loi, ce qui impliquerait que l'individu tient ses droits par concession de l'Etat"¹⁷¹. Inoltre, la definizione del diritto soggettivo come protetto dallo Stato, ignorerebbe l'origine tradizionale del diritto dalla fonte dei costumi sociali. Saleilles, dunque, insiste sul carattere autonomo della volontà messa al servizio dello scopo, spingendosi fino ad affermare che tutti i soggetti dotati di una volontà autonoma capace di realizzare un interesse suscettibile di essere giuridicamente accettato, saranno da considerare come persone. Ma allora anche i gruppi organizzati, con uno scopo conforme al diritto, possono essere concepite come persone. Sarebbero queste delle collettività dotate di diritti e di obblighi, dunque delle persone giuridiche almeno sul piano teorico.

6. Struttura e interesse nella responsabilità dell'ente.

L'idea di personalità, in tutte le sue accezioni, anche in quelle che riguardano l'individuo, è, prima di tutto, una realtà specificamente giuridica, che nasce da una relazione fondata sull'astrazione - e non su una finzione - che trae dalla realtà sociale fatti reali e li traduce in

¹⁷⁰ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit. p. 543.

¹⁷¹ *Ibidem*.

termini giuridici; sarebbe a dire che essa esiste nell'ordinamento a condizione di tenere presente certe nozioni astratte che la strutturano e la legano alla realtà sociale. Una realtà giuridica non implica necessariamente un rapporto che si stabilisce tra una realtà naturale, o comunque esteriore, e una concezione logica, intellettuale e dottrinale. Bisogna infatti distinguere tra *astrazione* e *finzione*. La finzione esclude un rapporto logico con la realtà, mentre l'astrazione ordina la realtà sulla base di coordinate mentali, ma partendo da essa. Se questa corrispondenza tra ciò che è esterno e ciò che è giuridico viene rispettata, si avrà una realtà giuridica applicata ad una realtà oggettiva. La personalità giuridica è un rapporto di questo genere: un insieme di condizioni in base alle quali si può affermare che un soggetto esistente nella realtà esterna al diritto è giuridicamente capace. Tale relazione non è una condizione nell'ordine naturale e innato, certi rapporti tra le cose vengono stabiliti sulla base di un ordine e di una logica giuridica che prende ispirazioni dalle cose stesse che essa ordina. La concezione giuridica del mondo è solo una delle concezioni possibili e resta uno strumento collegato alla realtà attraverso una logica settoriale, quella giuridica, appunto. La prova storica più evidente, è che sono esistite delle categorie di uomini a cui è stata sistematicamente negata la personalità giuridica. Si pensi agli schiavi nell'antichità; oppure, cosa che accade anche oggi in certe legislazioni, la perdita della personalità per effetto della morte civile. Si è già accennato a quei soggetti che pur essendo privi di volontà, o dotati di una volontà compromessa, continuano a godere dello *status* di persone giuridiche. Il diritto sembrerebbe essere una semplice permissione di godimento rispetto a dei presupposti interessi, indipendentemente da ogni riferimento alla volontà o al potere: secondo Saleilles non è così. In realtà, sussisterebbe una relazione d'identificazione della volontà di un tutore o rappresentante con gli interessi dell'incapace o del minore¹⁷². Tale identificazione, può essere fraintesa con la finzione, ma consisterebbe in una realtà giuridica che risponde alla logica di sistema insita nell'ordinamento, ma che deve trovare riscontro nella realtà intesa come esistenza di un fatto sociale. Se oggi, per una sorta di abitudine presa, si dice che gli esseri umani sono delle persone reali, ciò non vuol dire che essi traggono dalla stessa natura la propria personalità giuridica. Ma vuol semplicemente dire che vi è una certa abitudine a considerare la necessità di possedere dei diritti degli individui talmente evidente, che si è finito con l'identificare l'idea di personalità con quella di individuo. Questa però resta una

¹⁷² *Ivi*, p. 548.

conseguenza di generali convinzioni filosofiche e sociali. Possiamo dire, sulla base delle ultime considerazioni, che in tutti i tipi di personalità giuridica, esiste un elemento di creazione intellettuale. Da questo punto di vista, si potrebbe concludere col dire che tutte le persone da un punto di vista giuridico, anche la persona fisica, anzi, soprattutto la persona fisica, sono delle persone fittizie. Nonostante ciò, Questo elemento di creazione intellettuale, di convenzione giuridica, non impedisce di dichiarare la piena autonomia e la piena realtà della persona umana in quanto soggetto di diritto. Lo stesso vale per le persone giuridiche. Infatti la parte di idealizzazione che fa corrispondere dei diritti e degli obblighi ad una associazione o ad una fondazione, è meno ampia rispetto a quella che fa corrispondere diritti soggettivi al minore, o all'incapace di intendere e di volere. Seconda osservazione di Saleilles: è nell'uomo che dovremmo ritrovare il modello primordiale di personalità, è in lui che possiamo scoprirne gli elementi essenziali. Rintracceremo nella persona umana e riuniti nello stesso individuo tre elementi essenziali della personalità che fungono da tradizionale modello per la costruzione di una qualsivoglia personalità giuridica, sia essa individuale o collettiva: 1) un organismo esercente un potere, o un'attività giuridica; 2) una volontà unica ed indipendente, razionale e libera, che presiede a tale esercizio; 3) una concordanza assoluta tra scopo individuale di questa attività giuridica e l'interesse collettivo della società che lo protegge e lo garantisce. Questi gli elementi che concorrono alla formazione della personalità giuridica sul modello umano. Ovunque saranno rintracciabili questi tre elementi riuniti ci sarà una personalità giuridica reale nel dominio del diritto¹⁷³. C'è, però, un altro elemento da tenere in conto; quello dell'unità e individualità della personalità dell'essere umano. I tre elementi che abbiamo visto essere caratteristici della personalità giuridica portano con se il segno dell'unità e dell'individualità allo stesso tempo. Unità d'azione innanzitutto, per ciò che concerne il potere d'agire dell'individuo come creatore di rapporti giuridici; unità della volontà e unità ed individualità dell'interesse che il diritto garantisce e protegge nell'individuo. Bisognerà, a questo punto, per trovare un'altra entità giuridica costruita sul modello della persona umana, che essa presenti i tre elementi descritti e che sintetizzi un rapporto insieme oggettivo, soggettivo e sociale, in una sintesi individuale che ne realizza l'unità giuridica. L'associazione si presta bene come esempio di sintesi dei tre elementi. Innanzitutto, essa è organizzata in modo da funzionare giuridicamente, dunque, per

¹⁷³ *Ivi*, pp. 545 e ss.

esercitare quei poteri che il diritto le consente. Essa realizza tali poteri attraverso una volontà distinta. La natura stessa dell'associazione è costituita in modo da raggruppare e gerarchizzare le volontà in vista dell'esercizio di un diritto. Essa è per eccellenza un meccanismo di diritto, uno strumento giuridico. Il meccanismo diritto potrà essere azionato attraverso la volontà. Ciò che noi chiamiamo associazione è prima di tutto un'*istituzione*¹⁷⁴, in quanto organismo generatore di diritti. Il carattere istituzionale si rivela nella sua strumentalità rispetto agli individui che la compongono. Nella società essi restano indipendenti e vivono per se stessi. Ma al loro interno diventano degli enti strumentali allo scopo, che va a beneficio degli individui che la compongono. Questa organizzazione gerarchica e istituzionale, indipendente dalle stesse personalità che la azionano, distingue l'associazione da tutti gli altri enti accidentali che non sono costituiti in vista di un'azione stabile e permanente. La folla, ad esempio. La folla può agire sotto la spinta di un impulso comune. Potremmo ipotizzare nella folla così concepita, un elemento soggettivo; ma ciò che le manca per costituire una persona giuridica è l'elemento organizzativo-istituzionale. Non è un'organizzazione ideata per funzionare e per durare e, se c'è volontà, si tratta di una volontà totalmente spontanea. Ma vi sono altri gruppi, che presentano un'organizzazione in forma embrionale, e che sono più vicini all'associazione, senza però presentare il carattere della personalità giuridica. L'esempio tipico è quello dello sciopero sindacale. Nel momento in cui un sindacato prende la direzione di una manifestazione, capita che si formi un comitato direttivo che si considera rappresentante della massa in protesta. Esso può essere acclamato dalla massa. Esso delibera e decide. È il comitato che *tratta coi padroni* e che mette fine alle ostilità per contrattare. Ora, sembra chiaro che un comitato di questo genere rappresenta una sorta di organismo, che assomiglia ad un consiglio di direzione di un'associazione. Dovremmo perciò supporre che ci siano, in questo organismo embrionale, come nell'associazione, gli elementi per poter affermare di essere in presenza di una persona giuridica? Secondo Saleilles¹⁷⁵ in alcun modo. Tra comitato ed individui infatti non c'è alcun

¹⁷⁴ A tal proposito si ricordi l'espressione usata dall'economista tedesco W. Rathenau che rispose agli azionisti della società *Norddeutscher Lloyd*, i quali opponevano lamentele sul fatto di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario: "la società non esisteva per distribuire dividendi a l'orsignori, ma per far andare i battelli sul Reno". Per una bibliografia generale sulla teoria istituzionalista si v., ad esempio, MCCORMICK (N.) - WEINBERG (O.), *Il diritto come istituzione*, (a cura di) LA TORRE (M.), Milano, 1990; LORINI (G.), *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale Padova*, Milano, 2000.

¹⁷⁵ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 581.

legame statutario formale, esso manca di base. Non sussiste alcun legame di rappresentanza permanente tra gli operai e il comitato. Inoltre, il comitato si è auto attribuito la delegazione a rappresentare gli individui. Non vi è, in definitiva, il carattere unitario necessario alla sussistenza di un'associazione, e manca il carattere unitario istituzionale, poiché i membri mantengono la propria individualità distinta al posto di lasciarla da parte e al di fuori dell'attività del gruppo. L'associazione-istituzione si presenta col suo carattere unitario, nel suo insieme, un essere omogeneo, un meccanismo completo ed individualizzato, nel quale si fondono e spariscono tutti gli individui che lo compongono. L'elemento soggettivo, è quello che si riferisce alla realizzazione di una volontà comune, distinta dalle volontà particolari. Saleilles sostiene che se ammettessimo l'esistenza di certi meccanismi organizzativi capaci di esprimere una volontà unitaria attraverso ingranaggi costituiti da singoli individui, allora tali ingranaggi dovrebbero essere azionati attraverso una forza che non può non essere una volontà, poiché il potere attributivo di diritti è un potere che riposa sull'espressione di volontà¹⁷⁶. Quindi, quando gli organi predisposti prendono determinate decisioni che altri organi agenti devono realizzare, non saremo di fronte ad una volontà estranea che si sostituisce ad un'altra, come nel caso della rappresentanza, ma della volontà della stessa associazione, funzionale al fatto che essa ha bisogno di azionarsi. Si potrebbe affermare che è la volontà dell'associazione stessa che essi esprimono. Questa volontà comune che deriva dalla tendenza di tutti gli organi allo scopo sociale esiste già allo stato latente in ciascuno dei membri dell'ente collettivo. Uno stato che però non è ancora organizzato in una manifestazione unitaria. Allora, l'organizzazione corporativa dell'associazione avrà per scopo di formare l'espressione reale e unitaria di questa volontà comune, frazionata e dispersa, confusa con le volontà individuali. Non solo è rintracciabile una volontà comune collettiva all'interno della persona giuridica, ma è questa stessa volontà collettiva che costituisce l'unità della persona corporativa e che, di conseguenza, ne realizza la personalità. Sarebbe questo a determinare, in fondo, tutta la vita dell'ente, lo scopo stesso che gli è assegnato. Ora, la volontà direttrice non è quella di ciascun membro preso individualmente, ma è ciò che egli vuole rispetto allo scopo collettivo dell'ente. L'unità dello scopo crea l'unità della volontà, dirigendo le singole volontà verso un'unica direzione congiunta. Questa volontà collettiva, che trova la sua base nelle volontà individuali dei membri

¹⁷⁶ *Ivi*, pp. 580 – 583.

dell'ente, diviene, in tal modo, qualcosa di assolutamente distinto da tutte le volontà particolari, qualcosa di paragonabile ad un coro in rapporto alle singole voci che lo costituiscono. Le decisioni d'origine assembleare, sono spesso decisioni di maggioranza, e non solo esse sono contrarie alla minoranza, ma la maggior parte delle volte esse non corrispondono alla volontà iniziale di nessuno dei membri presi singolarmente. La maggioranza stessa ha dovuto subire degli emendamenti alla quale essa è ostile; la decisione, presa nel suo insieme, è come una legge, che in blocco non è stata desiderata da nessuno dei membri. Ma la minoranza non vuole quello che desidera la maggioranza e la volontà della minoranza si fonde con quella della maggioranza in una sorta di volontà istituzionale che è quella volontà che esiste solo in quanto conforme al meccanismo istituzionale dell'ente. Non si tratta di una somma di volontà individuali, ma di una volontà organica, di una sintesi, che si cementa grazie allo scopo e si esprime attraverso quegli organi che sono preposti agli atti di predisposizione del medesimo scopo. Sarebbe una volontà espressa per conformità agli atti dell'istituzione. Essa non tende a realizzare gli interessi personali di ciascun associato ma al contrario essa tende ad uno scopo superiore, che fa degli associati, non più i rappresentanti della propria personalità individuale, ma gli organi di una personalità altra.

“Qu'importe maintenant que cette volonté n'ait plus son siège psychologique dans l'association, mais chez chacun de ceux qui ont servi à la manifester ? (...) De ce que les pouvoirs juridiques conférés à l'association ne sont exercés que par les hommes pris en tant qu'individus, cela ne veut pas dire que ce soit à ces hommes que ces pouvoirs appartiennent individuellement. Eux-mêmes n'en veulent pas pour eux. Les droits que leurs accorde les partisans de la thèse individualiste, eux-mêmes n'en veulent pas. Ils les rejettent. Cette volonté dont ils sont les agents est la force productrice des droits qu'ils mettent au service de l'association, pour en actionner le mécanisme juridique. Et cela suffit pour que l'élément subjectif nécessaire à l'appropriation des droits soit réalisé. Lorsque nous disons que c'est la volonté de l'association, nous ne l'entendons pas d'une volonté qui lui appartiendrait comme celle d'un individu lui appartient psychologiquement. Nous entendons que c'est la volonté mise au service de l'association par ceux qui ont qualité pour en réaliser le but statutaire”¹⁷⁷.

Se pretendessimo di avere a che fare con una realtà dell'ordine naturale delle cose, potremmo rilevare che una tale persona non esiste in natura. Si è sempre fatto riferimento ad una realtà puramente giuridica, che richiede, per confermare la propria effettività, una corrispondenza con la realtà sociale. Esistono, nella realtà sociale, certi enti collettivi che hanno come scopo fondamentale quello di esprimere una volontà corporativa distinta da tutte

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 587.

le volontà individuali dei membri dell'ente medesimo. Si tratta di enti dotati dei tre elementi costitutivi dell'idea di personalità di cui sopra. Può darsi che sarebbe insufficiente analizzarli singolarmente, senza considerarne la sintesi, cioè senza considerare i legami che ne fanno un tutt'uno omogeneo e istituzionale. Ed è soprattutto entro i due fattori primari, quello soggettivo e quello oggettivo, che il legame deve stringersi maggiormente. Quale rapporto dovremmo, allora, immaginare tra la parte strumentale di una istituzione e l'elemento di volontà che la mette in moto, perché si possa dire che da tale rapporto nasca una persona giuridica? In altri termini, come fissarne l'esatta relazione? Se bastasse, per avere una persona giuridica, un soggetto capace di agire in virtù di una forza che gli viene impressa, e, dall'altra parte, in virtù di una volontà, seppur indipendente, ma che agisca nell'interesse del soggetto medesimo; non dovremo forse dire dell'animale per il quale un comitato si trovasse istituito in virtù di vegliare ai suoi interessi vitali, che anche in tal caso saremmo in presenza di un soggetto di diritto?¹⁷⁸ C'è effettivamente un destinatario capace di realizzare, attraverso il comitato, quegli interessi inerenti alla sua protezione e alla sua soddisfazione; poi è rilevabile anche una volontà collettiva incaricata della protezione giuridica dei suoi interessi. L'animale, protetto e tutelato, attraverso una tale forma istituzionale, sarebbe una persona giuridica? Se è così, allora perché non pensare lo stesso di un oggetto senza vita, come, ad esempio un monumento, per il quale un comitato sarebbe stato costituito con lo scopo di raccogliere i fondi necessari alla sua conservazione?¹⁷⁹ Se non lo ammettiamo in queste due ultime ipotesi, perché allora ammetterlo per l'associazione, visto che l'elemento soggettivo si trova separato dal destinatario del diritto, esattamente come accade nel caso dell'animale o

¹⁷⁸ KOHELER (J.) - LORDI (L.), *Moderni problemi del diritto*, Milano, 1909.

¹⁷⁹ DEMOGUE (R.), *La notion de sujet de droit*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1909, p. 611e ss; In Demogue la nozione di *sujet de droit* non è una realtà di fatto, ma appare come una costruzione tecnica giuridica, ossia uno strumento de concentration des solutions jugées bonnes. In particolare Demogue separa il diritto dal soggetto, così da poter distinguere per ogni rapporto giuridico dato un soggetto di godimento e un soggetto di esercizio. la volontà risulta dunque requisito necessario solo di quest'ultimo, mentre il godimento si sostanzia nella materializzazione personificata del fine o dell'interesse che giustifichi l'esercizio, o anche solo l'esistenza del diritto. Da ciò si può affermare che qualunque soggetto titolare di interesse giuridicamente tutelabile può considerarsi come soggetto di godimento, la cui mancanza di volontà potrà essere compensata attraverso l'intervento di un soggetto di esercizio. A questo punto nulla osta a fare dell'animale un soggetto di godimento.

dell'oggetto inanimato?¹⁸⁰ Altra questione: siccome si parte da una concezione di personalità giuridica rispetto a quegli elementi che la costituiscono nell'uomo, bisogna notare che nell'uomo l'elemento soggettivo e quello oggettivo, descritti in precedenza, sono riuniti e si confondono in un unico elemento. Ciò che permette di realizzare il diritto soggettivo, è la volontà stessa, e anche quando il potere di disposizione sia separato dall'attribuzione soggettiva, ossia quando il potere inteso in senso attivo sia separato da quello inteso in senso passivo, come nel caso della rappresentanza dell'incapace di intendere e di volere, l'elemento soggettivo, anche se si realizza attraverso un terzo, si mantiene come possibilità del soggetto beneficiario. In tal senso, la fonte psichica della volontà sarà ancora presente, seppur in forma embrionale, in capo al soggetto beneficiario. Questa possibilità ipotetica di volontà non esiste, invece, in capo all'oggetto inanimato, o a all'animale. Si potrebbe pensare che l'ente collettivo rappresenta un fenomeno analogo a quello dell'oggetto inanimato o dell'animale. Il rischio, insomma, è quello di aver dissociato nell'ente quegli elementi che appaiono in forma unitaria nell'uomo, e di aver tratto da questa dissociazione, in modo erroneo, una persona giuridica dotata di volontà autonoma. A questa obiezione si potrebbe rispondere che il vero soggetto dotato di personalità giuridica non è colui che materialmente esercita il diritto, ma è il beneficiario a cui il diritto soggettivo si rivolge. L'elemento che tende a realizzare la volontà è un elemento oggettivo, come un meccanismo, che nel tendere alla realizzazione dell'interesse dell'ente collettivo deve funzionare in un certo modo predeterminato. Una delle prove consiste nel fatto che ciascuno di coloro i quali costituiscono gli ingranaggi di questo meccanismo organico, se fosse solo, sarebbe impotente a realizzare la volontà collettiva che è necessaria per dare all'atto il suo valore giuridico. Un solo associato non può determinare la volontà dell'associazione. Bisogna avere la volontà di una pluralità di associati, che realizzino una serie di rapporti esteriori diretti all'espressione di un'unica volontà collettiva. E se un amministratore può agire individualmente in nome dell'ente, è perché esiste un rapporto giuridico avente la base nella carta statutaria che glielo permette; egli esercita una volontà funzionale piuttosto che rappresentativa.¹⁸¹ Quella rappresentativa, riguarda l'interesse individuale, vuole come vorrebbe l'individuo e

¹⁸⁰ si veda DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911; opera ristampata nel 1911; inoltre v. anche SABBIONETI (M.), *Democrazia sociale e diritto privato, La terza Repubblica di Raymond Saleilles(1855-1912)*, in *Per la storia del pensiero moderno*, Fasc. 91, Milano, 2010, pp. 462-463.

¹⁸¹ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 597.

sostituendolo. L'altra vuole non come vorrebbe un individuo, che non esiste, ma per uno scopo che non si realizza in capo a nessun soggetto individuale, e di conseguenza, agisce attraverso un meccanismo giuridico creato in vista della realizzazione di uno scopo comune. Si tratta di una volontà adattata ad un interesse che non è quello individuale. Siamo di fronte ad una volontà che si distingue dalla volontà dell'agente che la realizza, in quanto essa da sola è impotente, e per esprimersi in maniera efficace ha bisogno dell'appoggio di una qualità organica dell'espressione di volontà, che sia strumentale allo scopo dell'ente. L'organizzazione stessa che permette la realizzazione di questo meccanismo d'espressione della volontà dell'ente collettivo, rappresenta una realtà a se stante¹⁸². Tale organizzazione ha per scopo fondamentale quello di realizzare la volontà collettiva, in vista di uno scopo collettivo. Ora, è esattamente quest'organizzazione, concepita nel modo in cui abbiamo visto, che rappresenta il vero punto di distinzione dell'istituzione, personificata, o piuttosto costitutiva di personalità, di tutti gli altri soggetti di attribuzione di diritti, incapaci di realizzare in se stessi un meccanismo di manifestazione della volontà, incapaci anche di diventare uno strumento di gestione del potere giuridico. L'animale, il monumento, che si sono analizzati negli esempi precedenti, non sono dotati di una volontà espressa attraverso terzi, poiché essi non possono essere che uno scopo, e non un soggetto di attribuzione di diritti e doveri, in altre parole, essi non possono essere intesi come persone giuridiche. Non costituiscono dei meccanismi fatti per mettere in atto una volontà giuridica; l'uomo, al contrario, è un organismo di questo genere. Ma anche tutte le istituzioni costituite in modo da realizzare una volontà giuridicamente distinta da coloro che la esprimono nei fatti, saranno anch'esse degli organismi analoghi. Il rapporto da stabilire tra elemento strumentale e elemento soggettivo consiste nel fatto che quest'ultimo sia l'oggetto che il primo è diretto a produrre. Bisogna, perché ci sia un soggetto di diritto, che vi sia la presenza di un insieme di rapporti, costituiti in vista di collegare un atto di volontà allo stesso insieme organico che ha contribuito a produrlo. Perciò è necessaria una organizzazione destinata a produrre un manifestazione di volontà, in modo tale che questa non sia un fatto che si produca separatamente, attraverso l'intervento di un terzo, come nel caso della rappresentanza, ma che essa si presenti come un effetto immediato e diretto dell'organizzazione stessa: in tal senso, è l'istituzione che rende possibile la realizzazione della persona giuridica. I due

¹⁸²/vi, pp. 598 e ss.

elementi essenziali della personalità giuridica, elemento oggettivo ed elemento soggettivo, non sono come due elementi estranei ed eterogenei l'uno a l'altro; essi sono, al contrario, legati in un rapporto intimo, che si sintetizza attraverso l'elemento strutturale ed organizzativo¹⁸³. Attraverso questa sintesi potere strumentale e volontà organica restano distinti. Si è detto che il potere di agire nell'interesse di un soggetto è attribuito attraverso una volontà che gli corrisponde; da ciò si potrebbe evincere che in realtà la scissione dei due elementi non sarebbe necessaria e che la volontà si trovi esattamente dove si cristallizza il potere di agire; in altre parole, che essa abbia il suo centro organico nel meccanismo stesso che si è costituito a suo servizio. I due elementi si distinguono perché poggiano la loro struttura organica su basi sostanzialmente differenti. Quello che si potrebbe definire come parte strumentale dell'istituzione è la sua organizzazione collettiva, i cui membri che la costituiscono, considerati allo stato isolato, non hanno più alcun legame che li leghi all'unità organizzativa stessa; è solo nella complessità del loro rapporto reciproco che essi possono valere come elementi d'attività collettiva, come costitutivi di un meccanismo giuridico. Ma è attraverso gli individui che esso si forma. Questo meccanismo si comporta nell'individuo come una volontà funzionale, separata da quella personale, anche se l'atto di volizione, in quanto atto psichico individuale resta della stessa natura. Al fianco dell'elemento oggettivo che realizza l'unità corporativa dell'ente, l'elemento soggettivo ne rivela la parte individualista e la pluralità sottostante la personalità unitaria. L'elemento soggettivo è una volontà dispersa e a scopo collettivo. Dunque, è corretto dire che, analiticamente, gli elementi essenziali si distinguono, per poi legarsi *simbioticamente* in una sintesi collettiva che li rende indispensabili l'uno a l'altro.

7. Dal concetto di relazione giuridica organica alla teoria della pena e dalla responsabilità civile alla rimproverabilità.

Se tutto si dispiega intorno al concetto di *relazione giuridica* e di *organizzazione*, e se, come si è visto, alcune tra le teorie della realtà della persona giuridica, concepiscono tale relazione come un legame sistemico, capace di creare una corrispondenza tra il mondo del diritto e

¹⁸³*Ibidem.*

quello della materialità sociale, allora è fondamentale chiarirne la natura. La personalità stessa, analizzata nei suoi caratteri costitutivi, è caratterizzata dalla presenza di una relazione analoga, stabilita attraverso una logica interna al diritto, tra la realtà esterna (il soggetto *tout court*) e quei rapporti giuridici che vengono definiti diritti¹⁸⁴. Ma allora, se il diritto è una relazione che scaturisce da una certa logica, quella giuridica, di conseguenza attraverso la stessa logica si potrebbe stabilire una relazione dello stesso genere a profitto di un essere qualunque? Se bastasse una volontà attributiva di diritti a profitto di un ente beneficiario qualunque, legati attraverso una semplice attribuzione logica, ritorneremmo ancora una volta ad ammettere che una tale relazione possa applicarsi all'animale o all'oggetto inanimato, ammessa l'esistenza di un comitato e dei fondi gestiti da un'amministrazione. Tale concezione, se accettata e divenuta costume, cristallizzata attraverso una relazione giuridica, sarebbe concepita come una realtà giuridica, allo stesso modo in cui viene concepita la relazione con il diritto di un ente collettivo. Riprendendo il già citato esempio, se dicessimo del monumento, a profitto del quale esiste un patrimonio e un comitato d'amministrazione per gestirlo, che esso possiede personalità giuridica, saremmo di fronte ad una mera finzione del diritto. Se invece, dicessimo che la personalità appartiene non all'oggetto del quale si curano gli interessi, ma all'organismo costituito per gestirli, ossia all'insieme degli ingranaggi che ne costituiscono la gestione e ne garantiscono la permanenza sotto forma d'istituzione, allora tale sarà una realtà, nel senso dimostrato nei paragrafi precedenti.

“Vous voyez donc bien, du moment qu'on introduit dans la sphère du droit un élément de concept intellectuel, une part de conventionnel, on se trouve tenté de dire qu'il n'y a des fictions nulle part, et que, dans toute relation juridique, du moment qu'elle est acceptée comme telle, il y a une réalité de droit. Et, en effet, il faudrait le dire, si on prend ce mot de réalité juridique au sens large, comme synonyme de phénomène juridique, produisent des effets de droit”¹⁸⁵.

Quando parliamo di realtà giuridica si intende una relazione che si crea autonomamente, in seguito all'adattamento dei principi generali del diritto alla realtà. È in tal modo che l'attribuzione della capacità giuridica all'uomo costituisce un rapporto giuridico talmente condiviso, che nessuno oggi potrebbe pensare di contraddirlo. Per quanto riguarda le persone

¹⁸⁴ LÉVY (E.), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique (sélection et introduction)*, Paris, 2003.

¹⁸⁵ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 605.

giuridiche¹⁸⁶, storicamente la capacità e la personalità giuridica degli enti collettivi si è imposta come un dato di fatto, che basta constatarlo, e non come un'invenzione raffinata e sottile d'origine artificiale o legale. Quando viene fatta l'analogia tra la persona giuridica e l'essere umano è unicamente per esprimere meglio la parallela analogia che sussiste nei risultati a livello giuridico, e non per giustificare, attraverso una finzione, l'attribuzione di personalità all'ente collettivo¹⁸⁷. Sembra che più che la volontà, sia il potere a costituire il momento essenziale di relazione giuridica. La volontà resterebbe un semplice strumento al servizio di quel potere. Se si tratta di volontà che funzionano per se stesse, il potere rispetto ai diritti è autonomo. Altrimenti si tratta di volontà dipendenti e subordinate, dei poteri funzionali, sotto la dipendenza assoluta di un'autorità sovrana. I due elementi di coscienza e autonomia si riassumono nell'idea di volontà. Ma non bisogna pensare che il diritto sia la volontà in atto; il che significherebbe che tutte le volontà per il solo fatto di essere delle volontà psicologicamente intese, si tradurrebbero in un potere giuridico. In realtà, la questione della capacità delle persone giuridiche, che oggi è anche quella di sapere se possono essere considerate assoggettabili al diritto penale o meno, non è molto diversa da

¹⁸⁶ MICHOU (L.), *Théorie de la personnalité morale*, op. cit.

¹⁸⁷ Trad. Cfr. G.2.87: "Tutto ciò che i figli che abbiamo in nostra *potestas* acquistano *municipatio* o *traditio*, o per altra qualsivoglia causa, è acquistato da noi; infatti chi è sotto la nostra *potestas* non può avere nulla di suo"; cit. in QUADRATO (R.), *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, p. 64; Quando i canonisti e i primi glossatori parlavano di *persona ficta*, essi sostenevano che per comprendere la personalità dei corpi collettivi bisognava fingere, immaginando una persona umana. Non intendevano con ciò che si trattasse di una persona totalmente artificiale e fittizia. Negli scritti teologici del loro più grande maestro, San Paolo, vi è la descrizione dell'organismo nella complessità della sua armonia naturale e della sua economia vitale, che faceva dell'organismo, appunto, la prima tra tutte le realtà. Ma realtà teologica e giuridica per i canonisti era la stessa cosa. I romani parlavano di *universitas*, la quale fungeva da persona, ed essi intendevano che l'ente collettivo, allo stesso modo della persona fisica, aveva tutta la capacità giuridica, e non che si estendevano ad essa delle qualità che appartengono realmente solo all'uomo. Nella tradizionale famiglia romana, il *pater familias*, appariva come il motore essenziale di un'istituzione, che aveva già tutte le caratteristiche delle nostre moderne istituzioni collettive. Quelli che venivano chiamati *alieni juris*, schiavi e figli, erano come degli strumenti d'acquisizione di un patrimonio comune nelle mani del capofamiglia, ossia al *pater*. L'uomo non possedeva dei diritti in quanto tale, li possedeva in quanto capo di un gruppo, e in quanto egli rappresentava il suo gruppo. La capacità giuridica degli altri soggetti, e la loro situazione nell'ordine del sistema giuridico, scaturivano dai legami di interdipendenza che li univano ad altri uomini. Era questo rapporto di dipendenza che serviva a creare, in diritto romano, le prime nozioni di rappresentanza giuridica con l'*actio exercitoria*, nei casi di dipendenza di uno schiavo, o anche di un uomo libero, da un capo. Da un punto di vista strettamente giuridico, tutti coloro che erano assoggettati alla *patria potestas* erano considerati la *longa manus* del *pater*. Era infatti principio indiscusso del diritto romano che tutto ciò che veniva acquistato dai figli o dagli schiavi ricadeva automaticamente nella sfera giuridica del *pater familias*. Tale principio era ancora vigente all'epoca del giurista romano Gaio, secondo cui: "Quod liberi nostri quos in potestate habemus mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur(...)vel ex alia qualibet causa adquiruntur, id nobis adquiruntur; ipse enim, qui in potestate nostra habemus, nihil suum habere potest".

quella che ci si può porre sull'individuo. Si tratta di una questione di autonomia, non assoluta, ma dal punto di vista del controllo della legge e dello Stato. Secondo la logica enunciata, se la nozione di soggetto è applicabile all'individuo, lo sarà ancor più ai soggetti istituzionali e collettivi. Essi hanno bisogno di una doppia indipendenza di fronte alla legge e allo Stato, come anche nei confronti degli stessi individui che li costituiscono.

“Il y a des réalités juridiques qui s'expriment par des pures relations de droit, ayant pour objet des éléments d'objectivité extérieure conçus en fonction du droit : il n'y a rien là de fictif. Puis, il y a certains explications analogiques qu'on peut en donner et qui expriment les tendances sous lesquelles on les conçoit ; ce sont là des directions qu'il ne faut pas confondre avec la réalité juridique, directions elle-même toujours variables, mais qui ne sont pas pour cela des fictions. Il fallait remettre tout cela au point”¹⁸⁸.

La teoria tradizionale parte dall'idea secondo la quale le persone giuridiche, essendo delle pure finzioni del diritto, e non essendo capaci di volontà personale, non sarebbero sottoponibili ad alcuna pena propriamente detta, per un reato che implichi un'intenzione delittuosa. Sarebbe contrario al consolidato principio della personalità della pena. Secondo Saleilles, che ripercorre il pensiero di Mestre, bisogna ammettere la possibilità di una responsabilità diretta della persona giuridica¹⁸⁹. Se da una parte si dichiara l'impossibilità dell'applicazione di alcune pene alla persona giuridica, soprattutto in merito all'impossibilità della realizzazione di una funzione rieducativa, dall'altra si ammette la possibilità di applicare delle pene pecuniarie per i delitti nei confronti della persona giuridica.

“Je ne vois pas pourquoi, au point de vue de l'équité, celui qui devait profiter du délit n'en subirait pas la sanction; et ici celui qui devait profiter du délit, ce n'est pas l'agent qui l'a commis, c'était la collectivité pour laquelle il le commettait. Que l'agent puisse être personnellement responsable, comme le serait un coauteur, c'est de toute évidence. Mais, avant tout, la peine doit atteindre le patrimoine qui devait profiter du délit, c'est-à-dire celui de la personne juridique appelée à en bénéficier”¹⁹⁰.

All'obiezione riguardo l'inapplicabilità alle persone giuridiche del principio di personalità della pena, e alla regola in base alla quale ogni delitto presuppone un'intenzione o almeno una colpa, più in genere una *rimproverabilità*, Saleilles risponde che tali obiezioni vengono

¹⁸⁸SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 624.

¹⁸⁹MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Vol. II, op. cit.

¹⁹⁰SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p. 640.

completamente messe da parte dalle teorie della realtà, che assimilano la personalità giuridica degli enti a quella dell'individuo, ovvero a quella dell'essere umano in senso stretto. Ma la tesi della realtà di Saleilles nega l'esistenza di una volontà organica dell'ente che sia dello stesso tipo di quella psicologica dell'uomo. Inoltre, la volontà organica di Saleilles è al servizio dell'ente, e non si tratta di una volontà appartenente all'ente medesimo, ovvero interna ad esso. Ma se si crede che tutte le pene, anche quelle pecuniarie, esigono l'intenzione, quindi una volontà individuale che abbia la sua autonomia personale, in tal caso la personalità penale delle persone giuridiche dovrebbe essere scartata, anche nel sistema appena descritto, quello istituzionale. Saleilles non accetta questa interpretazione, considerando che dal momento che c'è una volontà al servizio dell'associazione, che essa sia dell'associazione stessa, o che essa operi per l'associazione, ma in qualche modo esternamente ad essa, tale volontà collettiva basterà a realizzare l'elemento intenzionale che è la condizione soggettiva del delitto¹⁹¹. Se ammettessimo, insieme alla dottrina penalista tradizionale, che l'intenzione del delitto deve risiedere in una volontà autonoma, del tipo della volontà psicologica individuale, allora sarebbe impossibile attribuire una responsabilità penale all'ente collettivo. Saleilles è lontano dal pensare che per attribuire un reato ad un soggetto sia necessaria una volontà psicologica appartenente al soggetto stesso ma esistono altri tipi di volontà oltre a quella psicologico-antropologica individuale¹⁹². Ricordiamo qui che anche rintracciare e determinare una volontà individuale nelle sue linee essenziali rispetto ad un fatto specifico è un'operazione che si trova nel campo dell'ipotetico e dell'astratto. L'autore pensa piuttosto che le violazioni della legge penale possono portare danno non solo materiale, ma anche sociale, un danno indirizzato più in generale alla collettività¹⁹³. Lo scopo *general-preventivo* può realizzarsi non solo sull'individuo, ma anche

¹⁹¹ *Ivi*, p. 641.

¹⁹² v. BIENVENU (J.J.), *De la volonté interne à la volonté déclarée: un moment de la doctrine française*, in *Droits, Revue française de théorie juridique* - Vol. 28 (*La volonté*), 1999; *La volonté* non è solo quella psicologica-individuale, anzi, ancor più che la volontà psicologica, nel mondo delle relazioni giuridiche, ha valore fondante la *volonté déclarée*, ossia quella volontà che si esteriorizza e che può essere anche differente, o persino contraria, perché spesso mistificatoria, di quella psicologica, relativa al foro interno. Infatti, il contratto si fonda sulla volontà dichiarata e non su quella psicologica che può essere anche illecita. Persino in diritto penale, il delitto è tale solo rispetto ad una presunta volontà che si esteriorizza, infatti appare assolutamente impossibile determinare esattamente quella interna, allora l'elemento volontaristico sarà dichiarato e determinato attraverso il processo dal giudice, che dirà "il delitto è doloso/colposo/ etc..."

¹⁹³ SALEILLES (R.), *De la personnalité Juridique*, op. cit., p., 644.

su una volontà collettiva, dove il fatto criminoso potrà essere considerato come fatto dell'ente, e l'elemento soggettivo del delitto si troverà a corrispondere a quelle condizioni giuridiche che, sole, vengono prese in considerazione dalla teoria classica¹⁹⁴. Nel sistema della finzione, è innanzitutto estremamente difficile, l'abbiamo già visto, dimostrare la responsabilità penale della persona giuridica, perché essa non è suscettibile d'intenzione e di volizione dolosa. Ammettendo, invece, la responsabilità penale della persona giuridica, tutte le altre vengono assorbite in essa, salvo quella dell'autore materiale del fatto delittuoso. A parte quest'ultimo, tutti i membri dell'associazione saranno esclusi dalla responsabilità penale, essendo coperti dalla responsabilità collettiva dell'associazione. Nel momento in cui supponiamo una volontà fittizia che ha voluto il delitto e la dichiariamo responsabile al pari dell'esecutore materiale, non si potrà avere un'altra volontà, al di fuori dell'ente collettivo, che si assume la responsabilità dell'intenzione criminale. Sarà o l'una o l'altra volontà ad aver determinato il delitto. Anche nella teoria della realtà l'autore materiale del delitto, colui che ne è stato lo strumento d'esecuzione, resta responsabile. La qualità d'organo attribuita al soggetto esecutore non vale a far sparire la sua volontà e la sua personalità di fronte a quella della persona giuridica. Il sistema di Saleilles guarda alla realtà nella sua complessità, nei suoi elementi individuali e in quelli collettivi, dove gli uni non necessariamente escludono gli altri. Uno di questi elementi complessi è l'esercizio della volontà individuale che si presta ad esprimere la volontà collettiva, senza che la sua individualità sparisca in tale esercizio. C'è una sorta di volontà prestata, e non un annichilimento di una volontà per un'altra¹⁹⁵. In tal modo, la volontà individuale sottostante resta responsabile degli atti da essa derivanti, salvo cause di giustificazione originate dalla struttura stessa dell'ente collettivo o da interdipendenze decisionali determinanti nel delitto e non evitabili. La responsabilità penale delle persone giuridiche deve essere esclusa qualora si parta da una nozione della personalità giuridica degli enti collettivi come quella imposta dalla teoria della finzione:

“Punir la personne juridique comme coupable d'un délit, ce serait violer le grand principe du droit criminel qui exige l'identité du délinquant et du condamné”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ MICHOU (L.), *Théorie de la personnalité morale*, op. cit., Vol. II, n° 279 e ss.

¹⁹⁵ BIENVENU (J.J.), *De la volonté interne à la volonté déclarée: un moment de la doctrine française*, op. cit.

¹⁹⁶ SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, op. cit. p. 128.

In principio, sulla base della teoria della realtà della personalità degli enti collettivi, le persone giuridiche sarebbero capaci di compiere un delitto esattamente come le persone fisiche. Per certi autori, quest'idea è la conseguenza naturale e necessaria della realtà della volontà che essi attribuiscono alla persona giuridica¹⁹⁷. La pena pronunciata contro una società non ha nulla di contrario ai principi generali del diritto penale, quando il fatto criminoso è stato un fatto attribuibile alla corporazione come ente collettivo unitario. Colpendo unicamente l'autore materiale dell'atto il diritto sarebbe applicato in modo incorretto. Se tale autore ha agito in qualità d'organo della collettività, allora è legittimo che esso sia colpito in questa stessa qualità. Non è la volontà personale, in tal caso, ad essere stata colpevole, o almeno non è la sola, ma è quella dell'ente collettivo del quale egli non era che l'organo agente. Sarebbe, dunque, ingiusto se egli dovesse espiare come individuo ciò che egli ha commesso in quanto membro di un tutto organizzato. Quanto ai membri innocenti della corporazione, Gierke spiega che ad essi non si farebbe alcuna ingiustizia, Infatti, è nella natura di tutti gli organismi sociali che i suoi membri vivano della vita dell'ente collettivo, sopportandone i beni, ma anche i mali. Costoro partecipano agli onori e ai disonori della corporazione, partecipando anche delle pene pronunciate contro di essa, senza necessità, per la legge, di esaminare i loro meriti o demeriti personali¹⁹⁸. Il fatto di negare l'esistenza di una concepibilità della penalità corporativa sarebbe, a dire di Gierke, come voler modificare arbitrariamente i fatti storici che né dimostrano la possibilità reale¹⁹⁹. Già all'inizio del novecento le tendenze del diritto penale andavano verso una direzione conciliante con l'ammissione della responsabilità penale delle persone giuridiche²⁰⁰. Quest'idea deriva dal fatto che a quell'epoca si tendeva a non separare troppo il criminale dall'ambiente in cui egli ha consumato l'atto. E a tenere conto dell'influenza determinante che l'ambiente, e le relazioni strutturali insite in esso, possano aver operato, fin al punto in cui si potrebbe ravvisare un'attenuazione, e qualche volta persino una soppressione, della

¹⁹⁷ A tal proposito, HART (L.A. H.), *Il concetto di diritto*, CATTANEO (M.A.) (a cura di), Milano, 2002, p. 75-76; l'affermazione secondo la quale l'ente sarebbe dotato di una volontà fittizia, "evoca naturalmente un quadro allegorico: il diritto che insuffla nel *corpaccio* di una Società anonima una volontà, che è sì fittizia, ma che è per sua natura orientata verso il Bene, al pari di quella del suo Creatore".

¹⁹⁸ GIERKE (O.), *Genossenschaftstheorie*, op. cit., p. 771 e ss.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ MICHOUUD (L.), *Théorie de la personnalité morale*, op. cit., Vol. II, n° 283.

pena. In tal caso, la responsabilità dalla quale l'individuo viene scaricato, deve riprodursi sulla struttura che lo ha determinato, sul gruppo²⁰¹. Si può, a questo punto, immaginare di rendere effettiva la responsabilità dell'ambiente, o la struttura, in cui viene concepito il reato, a patto che tale ambiente non sia costituito da qualcosa di inorganico, come potrebbe essere la società (in senso ampio), o la folla, ma da un gruppo organizzato, come un'associazione, un gruppo di persone organizzate da cui emana l'atto delittuoso, all'interno di un interesse collettivo²⁰². Il diritto considera la volontà dell'organo come la volontà stessa dell'ente collettivo, sebbene metafisicamente essa resti una volontà individuale, infatti, socialmente è il gruppo che l'ha prodotta, o quantomeno approvata. Questa sorta di rappresentanza del gruppo attraverso l'organo ha un'estensione maggiore rispetto a quella della rappresentanza di una persona attraverso un'altra. La volontà collettiva della persona giuridica può muoversi tra il lecito e l'illecito, ma sarà, in generale, più conforme alla realtà considerare come estraneo a tale volontà, come eccedente i poteri dell'organo e costituente un fatto personale ed individuale, l'atto che infrange le norme del diritto penale. La responsabilità penale delle persone giuridiche dovrebbe essere concepita come un fatto eccezionale; e che, in genere, quando ci si trovi di fronte ad un crimine, dovrà essere contro gli agenti autori dell'atto che l'azione penale dovrà essere indirizzata. Ma a questo principio ci saranno delle eccezioni, e in certi casi si potrà ammettere la condanna della persona giuridica, anche quando la legge non si esprima in termini diretti. È questo il caso delle contravvenzioni, per le quali si potrà più facilmente ammettere che l'atto dell'organo non ha superato il limite dell'esercizio delle sue funzioni:

“C'est ce qu'admet le Conseil d'Etat dans l'interprétation des articles 12 à 14 de la loi du 15 juillet 1845²⁰³ sur la police des chemins de fer; la loi, dans ces textes, prononce la pénalité de l'amende contre le concessionnaire ou les fermier d'un chemin de fer qui contrevient à certains clauses du cahier des charges. Le Conseil d'Etat n'hésite pas à prononcer l'amende contre les compagnies de chemins de fer et non contre leurs administrateurs”²⁰⁴.

²⁰¹ HACKER (M.E.), *The penal ability and responsibility of the corporate Bodies*, in *Jour. American Institute of Criminal Law, and criminology*, Paris, 1923.

²⁰² BORDES (M.H.), *La responsabilité des syndicats professionnels*, thèse, Toulouse, 1922.

²⁰³ LÉCHALAS (L.), *Manuel de droit administratif*, in *Juridiction administrative*, Paris, 1922, t. II., P. 68, II, p. 642.

²⁰⁴ MICHOU (L.), *Théorie de la personnalité morale*, op. cit., Vol. II, p. 252.

La persona giuridica sarebbe, in fin dei conti, invisibile, impalpabile, muta: una creazione puramente intellettuale²⁰⁵. Secondo i teorici della finzione non si può nemmeno affermare che essa sia un'entità di natura morale, in quanto niente assicurerebbe la sua qualità etica e soggettiva. Questo equivoco, questo mistero insito nella indefinibilità dell'ente collettivo, ha portato in dottrina molte inimicizie verso la persona giuridica. I partigiani della teoria della finzione e quelli della teoria della realtà si sono scontrati su una questione di metodo; i primi hanno concentrato la propria attenzione sugli individui membri del gruppo, spesso appellandosi all'idea roussoniana dell'origine contrattualistica di ogni tipo di società o gruppo sociale; i secondi partono dall'idea di costruzione giuridica del gruppo unificato, sulla funzione istituzionale degli enti e sulla realtà degli interessi collettivi come distinti e coincidenti contemporaneamente a quelli individuali. Il confronto secolare tra le due scuole prende la sua origine dalla qualificazione della personalità giuridica degli enti: inesistente secondo i teorici della finzione, che di conseguenza rimettono i limiti della sua definizione teorica nelle mani del legislatore; prestabilita attraverso l'esistenza di una volontà, un'organizzazione e un interesse separati da quelli dei singoli membri, secondo i sostenitori della realtà. Tra le due correnti di pensiero, la nozione di persona giuridica resta ancora poco chiara. Un'altra contraddizione sussiste nel concepire gli enti collettivi come soggetti nati esclusivamente per legare dei beni ad un patrimonio autonomo, alla realizzazione di un'impresa comune; che stona con la tendenza attuale ad una riflessione sulla natura antropomorfa della persona giuridica; alla quale vengono attribuiti prerogative naturalmente riservate solo al genere umano: si condanna la violazione di domicilio degli enti; sono previste forme di riparazione al pregiudizio morale, inteso nella forma di attentato all'onore; si tutela persino la privacy dell'ente collettivo. Considerando tutte le reticenze dell'inizio del XXI a considerare l'ente collettivo come soggetto dotato di personalità, sembrano sorprendenti certe evoluzioni legislative contemporanee²⁰⁶. La questione che verte sulla possibilità o meno di muovere un rimprovero alla persona giuridica riguarda il dubbio

²⁰⁵ BELLINGERI (L.) *Dal sistema dei privilegi alla legge n. 633 del 1941: l'evoluzione del diritto d'autore nella normativa italiana*, in DE ROBBIO (A.) (a cura di), *La proprietà intellettuale tra biblioteche di carta e biblioteche digitali*, Roma, 2001; Durante il Medioevo veniva denominata, tra gli altri modi, anche *corpus mysticum* dagli studiosi del diritto naturale. Essa non è di certo una persona nel senso fisico del termine, anche se in qualche modo i teorici dell'antropomorfismo e dell'organicismo biologico avevano provato, come abbiamo visto più sopra, a dimostrarne una corporeità estesa dell'ente.

²⁰⁶ QUIEVY (J.F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, Paris, 2009, pp. 1-7.

espresso sulla personalità dell'ente, e sulla sua capacità ad essere considerato direttamente colpevole²⁰⁷. Il concetto materiale di colpevolezza è un'idea dalla quale si deduce quel che deve essere considerato come rimproverabile dal diritto penale per la commissione di un reato²⁰⁸. La più nota tra queste idee recita: "tutta la colpevolezza è colpevolezza della volontà". È a quest'idea materiale di colpevolezza che sembrano riferirsi sia quanti hanno negato che si possa muovere un rimprovero alla persona giuridica, sottolineando che a quest'ultima non possa muoversi un vero e proprio rimprovero perché essa non può volere la realizzazione di un reato; sia quanti affermano la possibilità di muovere un rimprovero agli enti collettivi che agiscono e esprimono la propria personalità differenziata dai singoli membri attraverso i propri organi. Quest'idea di colpevolezza, e di volontà, anche quando viene applicata alle persone fisiche risulta estremamente complicata, spesso contraddittoria. Ad esempio, non si potrebbe parlare di colpevolezza nei casi di responsabilità oggettiva e di colpa incosciente. Infatti, in entrambi i casi l'evento non sarebbe voluto. Questi dovrebbero dunque essere definiti come residui di inciviltà? Oppure, adoperando le parole di Radbruch, dovremmo descrivere la colpa incosciente come una "vergognosa responsabilità per caso"²⁰⁹. Si potrebbe sostenere, che "la colpa è colpevolezza", ma poi si cadrebbe nell'altra

²⁰⁷ MARINUCCI (G.), *Societas puniri potest, uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2002, p. 1195; Ma, d'altra parte: è improbabile che Papa Innocenzo IV avrebbe commissionato a Sinibaldo de' Fieschi l'elaborazione del motto *Societas delinquere non potest* (espressione ideata per evitare che le scomuniche papali colpissero le corporazioni civili e mercantili per fatti commessi dai loro membri), se avesse avuto di fronte a sé casi di frodi societarie di dimensioni enormi, come quelle odierne. Forse non avrebbe messo sotto processo l'Imperatore Federico II, ma senza alcun dubbio avrebbe avvertito la necessità di affiancare alla responsabilità degli amministratori disonesti la diretta responsabilità penale delle società finanziarie o commerciali, il cui *modus operandi* e la *cattiva organizzazione*, hanno reso possibile, se non addirittura determinato, l'agire criminoso dei loro gestori. " Avrebbe detto e fatto dire: *societas delinquere potest* ".

²⁰⁸In tal senso interessanti le argomentazioni di De Vero sui criteri soggettivi di imputazione e sulla volontarietà delle omissioni, v. De DE VERO (G.C.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO (G.F.), PADOVANI (T.), PAGLIARO (A.) (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, pp. 164 e ss.

²⁰⁹ Sull'argomento della colpa in Radbruch, v. le riflessioni contenute in CASTRONUOVO (D.), *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 106-107, in particolare Castronovo ricorda come il giurista tedesco nota all'inizio del secolo scorso che tra due individui egualmente imprudenti, nell'uso di un lume e capaci entrambi di valutare il rischio conseguente alla propria condotta e parimenti capaci di prevederne il risultato dannoso, uno di loro - quello nei confronti del quale "la malvagità dell'oggetto ha voluto lo sviluppo dell'evento dannoso", ossia di un incendio, sarà assoggettato a pena, mentre l'altro non ricorrerà alcuna sanzione penale. Eppure, secondo Radbruch, la colpevolezza rimane la stessa per entrambi i soggetti, ma sarà l'ingresso fortuito e casuale dell'evento dannoso a stabilire la punibilità della condotta. Anche Exner (EXNER (F.), *Das Wesen der Fabrassigkeit*, 82 e ss.), sostiene che "dipende dal favore del caso, se l'autore avrà da patire la pena".

contraddizione: "non tutta la colpevolezza è colpevolezza della volontà²¹⁰. L'idea di colpevolezza potrebbe essere colta come tentativo di dare una forma giuridica alle pretese sociali dominanti, che *hic et nunc*, giustificano un rimprovero condiviso. Restano due fondamentali problemi aperti; il primo concerne appunto la definizione di colpevolezza della persona giuridica. La colpevolezza di un ente può essere rilevata attraverso elementi che non sono meno efficaci rispetto a quegli elementi attraverso i quali si ricava la colpevolezza della persona fisica. Insomma, o tutto è finzione - gli stessi tribunali non sono stati forse rappresentati nella storia come dei teatri, dove si mette in scena la finzione chiamata *giurisdizione*? - oppure tutto è realtà, una realtà, ricavata dal codice del diritto, dal suo linguaggio, vista attraverso la lente della legge. Al di fuori di questo discorso, che affronteremo nei prossimi capitoli, resta aperto quello relativo alle ragioni politiche generali per le quali si è deciso negli ultimi anni di rivivificare la personalità giuridica degli enti e la loro relativa capacità penale. Si è voluto fare una sorta di genealogia dell'ente morale. Una certa importanza, nella dottrina giuridica, dovrebbe essere attribuita alla storia e alle ragioni di certi cambiamenti, alle intersezioni tra le varie discipline, alle lotte e alle contese dottrinarie. Abbiamo visto come Saleilles e Michoud furono fermi sostenitori di un metodo che sia in una qualche misura storicistico nello studio del diritto. Sulla base di ciò che abbiamo visto nelle pagine precedenti sarebbe interessante approntare un'ipotesi sul perché proprio in questi anni si avvertano cambiamenti così importanti nella considerazione delle persone giuridiche fino a rappresentarle come penalmente perseguibili. Perché si è data tanta importanza alla natura reale o fittizia di tali soggetti? Abbiamo visto come almeno dalla rivoluzione francese fino agli inizi del secolo scorso c'è stata una tendenza ad escludere gli enti dal novero dei soggetti dotati di capacità giuridica. La dottrina appoggiò le teorie della finzione e indirettamente, con una certa definizione accademica in tema di colpevolezza e dolo nel diritto penale. Questo sforzo dottrinario andava nella direzione di un rafforzamento dello Stato, che doveva rappresentare l'unico ente collettivo legale con il quale gli individui dovevano rapportarsi. Se è stato così, oggi, sembra, si dovrebbe fare esattamente il contrario per arrivare ad un risultato analogo. Lo Stato, che nel frattempo è diventato un regolatore, al fine di garantire un controllo sulla regolamentazione, e l'amministrazione di certi settori di una società che si costituisce sulla base di leggi di mercato, piuttosto che su quelle diretta

²¹⁰ MARINUCCI (G.), *Societas puniri potest, uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, op. cit. p. 1210.

all'interesse pubblico, dovrebbe riconoscere in senso pieno la personalità giuridica degli enti; riservandosi, in tal modo, la possibilità di perseguirli attraverso l'applicazione del diritto penale o penale-amministrativo e di regolarne l'azione, arrogandosi, nei limiti del ragionevole, anche la possibilità di rimproverarne l'operato. Ad un ritiro dello Stato dalla gestione economico-sociale è corrisposta un'espansione della capacità degli enti collettivi di incidere sulla configurazione globale del sistema sociale. Secondo una parte minoritaria della dottrina francese analizzata²¹¹, gli articoli del Codice dovevano servire a risolvere i problemi sociali causati dagli incidenti sul luogo di lavoro²¹². Si scontrano le due principali teorie del XX sec., che influenzarono grandemente il diritto penale. La prima, la *doctrine classique*, sostenitrice di una lettura del Codice rigorosamente fondata sull'idea di centralità della responsabilità per colpa attribuibile ad un soggetto giuridico. E una seconda scuola, la *doctrine nouvelle*, che invece si fonda sull'idea di rischio professionale. Fa parte di quest'ultima scuola anche Raymond Saleilles:

“Je ne sais rien de faux et parfois d’humiliant comme cette idée de faute mise de l’avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté. On qualifie d’imprudence ce qui est le fait ordinaire de tous ceux qui agissent; le malheur qui a fait qu’un accident est survenu devient un faute et un délit. En réalité, neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tout le monde en aurait fait autant; seulement les autres

²¹¹ Riguardo all'affare *Cames* i civilisti propongono una nuova concezione di responsabilità civile basata su una lettura degli articoli del *Code civil* alla luce del concetto di rischio professionale, rompendo con l'idea classica di colpa, come fattore di attribuzione di responsabilità; Conseil d'État, 21 juin 1895, *Cames c. Ministre de la guerre représentant l'État*, S. 1897, III, 33, Conclusions de M. le Commissaire du gouvernement ROMIEU, in HAURIOU (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929, p. 679: “Si donc l'on applique à l'accident, dans les circonstances où ils s'est produit, la doctrine en vigueur devant les tribunaux civils, la solutions n'est pas douteuse; il n'y a pas aucun droit à indemnité en faveur du Sieur Cames, puisqu'il ne prouve ni n'allègue même aucune faute déterminée à la charge de l'État”; Romieu sostiene che: “rien dans le Code civil ne s'oppose à ce que le patron soit déclaré responsable vis-à-vis de l'ouvrier des accidents auxquels ce dernier se trouve exposé par les conditions mêmes du fonctionnement de l'établissement industriel”. Il Commissario propone la non applicabilità del diritto privato secondo l'art. 64 del *Code civil*, applicando invece una dottrina fondata sulla nozione di *servizio pubblico*, concludendo che in assenza della prova che il fatto sia stato causato da un soggetto giuridico definito, allora “le ministre de la guerre n'est pas fondé à soutenir que l'État n'a encouru aucune responsabilité”. I giuristi civilisti, controparte dei giuristi favorevoli all'intervento del diritto amministrativo, lanciano una teoria minoritaria all'interno della dottrina. Si consenta un rinvio a nostro AMALFITANO (A.), *La responsabilità tra rischio e colpa nell'elaborazione della dottrina civilistica in Francia*, in *riv. Filosofia dei diritti umani*, Fasc. 35, sett. - dic. 2012, pp. 39 e ss.

²¹² COLLIARD (C.A.), *La machine et le droit privé française au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, pp. 115-137.

auraient eu la chance de ne faire de mal à personne. C'est une question de hasard et non une question de faute. S'il en est ainsi, appelons donc les choses par leur nom"²¹³.

Per Saleilles la questione della moralità non risiede nella colpa, ma ciò che poteva essere ritenuto immorale era che, anche supponendo l'assenza di colpa, il rischio dovrà essere sopportato solo da colui che subisce il danno e non, come invece dovrebbe essere, da colui che trae profitto dall'attività che l'ha prodotto. Il *rischio professionale* è dunque da attribuire all'industria stessa; poiché, tale rischio, deve essere considerato come il fondamento dell'obbligazione che pesa sul datore di lavoro, allora il soggetto che con la sua attività sceglie di avventurarsi nella creazione e nella messa in funzione di meccanismi di produzione complessi deve anche sapere che tali meccanismi sono potenzialmente capaci di causare danni alle altre persone. Un'astrazione del diritto che mette a carico dell'ente le conseguenze giuridiche del rischio professionale. Insomma, secondo Saleilles, il rischio va messo a carico di colui che ha avuto interesse a far funzionare il meccanismo industriale, o economico potenzialmente pericoloso, sia esso un ente collettivo o un individuo²¹⁴. Per Teisseire la concezione civilistica della colpa, del tutto diversa da quella penale, si riveste di forza morale per pretendere di rifiutare di far portare il fardello della responsabilità del pregiudizio sulla persona esente da colpa, facendolo ad un'altra persona, ossia alla vittima, anch'essa però irresponsabile rispetto al fatto. Sarebbe certo preferibile se non esistesse una responsabilità senza colpa, ma visto che il suo riconoscimento è indispensabile, una tale responsabilità va rilevata senza ricercare la giustizia assoluta: "en présence de deux injustices, nous voulons seulement choisir le moindre"²¹⁵. Teisseire sostiene, a tal proposito, che la funzione principale del diritto civile è quella della ripartizione dei rischi. Questa ripartizione andrà fatta nel modo più egualitario possibile, secondo l'analisi dell'attività e delle cause che hanno portato al pregiudizio. Dopo aver analizzato la irresponsabilità della vittima, la colpa, il caso fortuito, la forza maggiore e il pregiudizio derivante da terzi, Teisseire termina proponendo un principio di equità, secondo il quale ciascuno è responsabile per il pregiudizio causato da proprio fatto; fatto che egli sottopone ad un'analisi di utilità sociale. Ecco la teoria di Teisseire, tutta incentrata sul rischio, dove il diritto

²¹³ SALEILLES (R.), *Les accidents du travail et responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 74.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ivi*, p. 158.

avrebbe il compito di ripartire i rischi, e non le colpe, pesare l'interesse che sottende al fatto dannoso, e non il grado di responsabilità colposa sul fatto medesimo; una tesi diretta dall'utilitarismo sociale e dal funzionalismo giuridico. Uno svuotamento totale delle categorie classiche del diritto stava prendendo piede nelle teorie positiviste dell'epoca. L'industrializzazione svela come all'interno della fabbrica vi siano dei pregiudizi che non erano stati previsti dai codici moderni, pensati per una società agricola. Dal canto suo, la proprietà come era concepita negli stessi codici, in modo assoluto²¹⁶, racchiusa tutta all'interno dei vincoli e obbligazioni, si è presto mostrata inadeguata a contenere e disciplinare gli effetti nefasti dell'industrializzazione. Già nel 1878, Laurent ha sottolineato che "l'usage du droit de propriété donne lieu à de fréquentes contestations"²¹⁷. L'applicazione del concetto di colpa ai rapporti di vicinato sarebbe messo in dubbio dall'adagio secondo il quale: "Neminem laedit qui suo jure utitur". La questione su cui verteva il problema era che il pieno esercizio della proprietà, anche senza colpa, era suscettibile di causare dei limiti insopportabili al reciproco diritto dei proprietari vicini. "Pas de responsabilité sans faute" sostenevano con vigore i cultori della teoria classica della responsabilità. Intanto però i tribunali accordavano riparazione anche quando la colpa dell'industria non era dimostrata. Un autore sostiene che i doveri tra vicini non devono essere analizzati come rapporti tra soggetti nettamente separati dal rispettivo diritto di proprietà, come si potrebbe supporre dall'art. 1382 del Codice civile, per il quale nascerebbe quasi sempre un'obbligazione a riparare. I rapporti di vicinato dovevano essere affrontati attraverso delle "obligations de voisinage"²¹⁸ che vadano oltre i vincoli e le obbligazioni previste dal Codice. In altre parole: "Il faut montrer qu'il n'est pas possible de soumettre les voisins purement et simplement au droit commun, de le traiter comme deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre"²¹⁹. La semplice inesecuzione di questa nuova obbligazione di buon vicinato, ad esempio tra industria e popolazione locale, comporterà

²¹⁶ Art. 544 *Code civil*, cit.: "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

²¹⁷ LAURENT (F.), *Principes de droit civil française*, t. 20, Bruxelles, 1878, p. 435

²¹⁸ CAPITANT (H.), *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1859, p. 166

²¹⁹ *Ibidem*.

l'obbligo della riparazione. Al rischio professionale dentro la fabbrica, Capitant suggerisce di aggiungere il rischio industriale intorno alla fabbrica. In realtà, secondo l'autore, bisognava solamente enunciare una pratica affermata nei tribunali, secondo la quale si riconosceva una responsabilità senza colpa. In poche parole, la conformità dell'attività industriale alle autorizzazioni amministrative, alle precauzioni usuali e alle pratiche industriali standard, non potevano bastare ad accordare impunità all'esercizio del diritto di proprietà a danno dei reciproci diritti tra vicini. Capitant formula in tal modo una responsabilità senza colpa, che cerca al contempo di non porsi direttamente in contrasto con la dottrina classica della responsabilità giuridica costruita sull'articolo 1382 del Codice civile, semplicemente allontanandosi dal suddetto articolo²²⁰. Ripert situa il problema, dal punto di vista storico²²¹, nel fatto che dopo il disfacimento del sistema feudale, con la rivoluzione francese, e dunque, dopo l'abolizione della concezione romanistica della proprietà, viene meno completamente l'idea della solidarietà all'interno del regime giuridico della proprietà:

“Or c'est la liberté qui est la source de tous les conflits de droit privé. Plus elle se développe, plus la propriété apparaît comme dégagée de la communauté primitive, soustraite au pouvoir prédominant de l'autorité publique, plus les propriétaires sortent des liens familiaux, s'émancipent de la tutelle de la tribu, perd le sentiment de la communauté originaire et de la solidarité obligatoire, plus le conflit devient menaçant. C'est ce qui nous fait sentir à l'heure actuelle toute l'acuité du problème, et ce qui nous fait tendre de reconstruire sur une nouvelle base la solidarité détruite”²²².

Ripert vedeva la nascita del problema della responsabilità civile nella sparizione post-rivoluzionaria quasi totale della solidarietà all'interno della concezione del diritto di proprietà. L'industrializzazione e l'urbanizzazione avevano solo messo in evidenza un problema che in realtà già esisteva e che era insito nella dottrina. L'applicazione della responsabilità civile ai rapporti di vicinato era un implicito riconoscimento del carattere sociale della proprietà. I tribunali sostituiscono in certi casi la concezione del buon cittadino a quella del buon proprietario; dando credito alla necessità che il proprietario faccia tacere il suo interesse di fronte all'interesse altrui, di preoccuparsi delle conseguenze dei suoi atti,

²²⁰ *Ivi*, p. 168.

²²¹ RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse de doctorat, Paris, 1902, p. 479

²²² *Ivi*, p. 13

delle finalità sociali, riducendo il punto di vista individuale rispetto a quello generale²²³. Ripert riprende allora la questione della responsabilità civile contenuta nell'art. 1382 C.c., che vede ben ancorato al concetto di colpa e per scongiurare la teoria dell'abuso di diritto difende, come Capitant, l'esistenza di obbligazioni di buon vicinato, che andrebbero al di là della lettera del Codice e che presupporrebbero una responsabilità non limitata ai singoli soggetti ma anche alle *organizzazioni responsabili*. Uno dei principi generali rilevati attraverso l'opera di Geny è certamente quello in base al quale si riconosce a tutti gli esseri umani il diritto assoluto di agire e di sviluppare le proprie facoltà, sulla base della propria natura ed in vista di un proprio fine. Ma è anche vero che un principio di equità consiste nel fatto che ciascuno è responsabile delle sue colpe e "ciascuno corre il rischio relativo alle cose che gli appartengono"²²⁴. Allora, la responsabilità per colpa è una responsabilità stabilita per pura giustizia fin quando la seconda affermazione: "Chacun court le risque des choses qui lui appartiennent" è debole o del tutto inesistente. I sostenitori della teoria del rischio erano gli stessi che propugnavano la teoria della realtà della persona giuridica. Da questi due grandi temi, quelli di rischio e di personalità dell'ente, discussi in origine all'interno della dottrina civilista, nascerà la responsabilità da reato degli enti, e il dibattito intorno ad essa.

8. Conclusioni. dalla responsabilità civile alla rimproverabilità penale.

Nel diritto civile, per l'imputazione di un atto illecito è necessario che l'autore sia libero, cosciente e non affetto da demenza, o che non fosse stato colpito da una crisi di furia. Fino ad un certo punto, anche la responsabilità penale era legata a questo tipo di prerequisiti, ma verso la fine dell'800 e fino ai giorni nostri tutto cambia. Adesso la responsabilità è legata anche all'intelligibilità dell'atto rispetto alla condotta e al carattere dell'imputato. L'individuo apparirà tanto più responsabile della sua azione quanto più sarà vincolato ad essa da una determinazione psicologica. Più un atto sarà psicologicamente determinato, più il suo autore potrà essere considerato penalmente responsabile. Più l'atto sarà poco chiaro e

²²³ *Ivi*, p. 211

²²⁴ GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris, 1899, pp. 377 e ss.

gratuito, più ci sarà la inclinazione a scusarlo. D'altra parte, il diritto civile, è quel diritto che ha indotto la disciplina penale a modificarsi. In tal senso, si può sottolineare come il diritto civile ruoti intorno alla nozione di incidente, di rischio e di responsabilità. In particolare, nell'elaborazione del concetto di *responsabilità senza colpa* i civilisti mettono in evidenza alcuni aspetti importanti. Innanzitutto, questa responsabilità può essere stabilita seguendo il concatenamento tra cause ed effetti, e non con la successione delle colpe²²⁵. I rischi vanno ridotti il più possibile, ma non potranno mai sparire del tutto nelle caratteristiche della società moderna²²⁶. Il risarcimento ha la funzione di riparare gli effetti e diminuire i rischi futuri e non di punire in senso stretto. Si cancellava la nozione di colpa e si introduceva quella di rischio nel sistema della responsabilità civile; la sanzione veniva attivata per difendere e riparare e non per punire. Questa depenalizzazione attraverso la responsabilità civile costituita agli inizi del XX secolo sarà la base da cui partirà il nuovo modello del diritto penale. Proprio a partire dalla antropologia criminale si dirà che un criminale nato non è altro che un soggetto che rappresenta un rischio per la società in quanto ha un'alta probabilità di delinquere e tornare a delinquere. Allo stesso modo in cui si può stabilire la responsabilità civile senza stabilire una colpa ma calcolando un rischio, si potrà rendere penalmente responsabile un individuo senza determinare se è innocente o se ha colpa e collegando l'atto al rischio del crimine insito nel suo carattere e nella sua personalità. Perciò la sanzione non si propone di punire il soggetto ma di diminuire il rischio che questo torni a delinquere; ed ecco affacciarsi al discorso penale della responsabilità la categoria onnicomprensiva di *individuo pericoloso*, ma partendo da discorsi della giurisprudenza civile e di un modello economico basato su un rapporto rischio - beneficio. Si capisce allora che viene ad emergere tutto un apparato teorico che si innesta su una pretesa difesa della società. Considerando realisticamente la presenza di una serie di rischi potenzialmente pericolosi, bisognerà arginarli, contenerli, o meglio ancora controllarli e prevederli. Allo stesso tempo

²²⁵ Si fa riferimento alla *causalhaftung* tedesca, v. VOIGT (K.), *Die Fälle der Causalhaftung des bürgerlichen Gesetzbuches, Inaugural-Dissertation*, Munich, 1902.

²²⁶ SALEILLES (R.), *De le personnalité juridique*, op. cit., p. 98 : Saleilles sosteneva che un rapporto di causalità connesso ad un fatto puramente materiale, che di per sé si presenta come un fatto avventuroso, che non è né irregolare, né contrario alle pratiche della vita moderna, ma è sprezzante nei confronti dell'estrema prudenza che paralizza l'azione, in armonia con l'attività che si impone e che di conseguenza sfida gli odi e accetta i rischi: "ecco la legge della vita odierna, la regola comune, e il diritto è fatto per rispecchiare questa concezione attuale dell'anima e seguire la sua evoluzione successiva" .

però non si potrà azzerare il rischio, perché azzerarlo significherebbe eliminare anche quelle forze positive e fruttuose che in un certo grado sfruttano la mobilità dei limiti della legge e della morale²²⁷. Per altri autori, la cosa da considerare è che non è possibile tornare all'ordine passato, riavvolgere il tempo, fare come se alcun crimine fosse stato commesso, e allora :

“Les sociétés produisent un transfert [...] Elles sont acculées à la nécessité de détruire quelque chose [...] Pour se donner satisfaction, il suffit que la société soit capable de susciter un symbole, c'est – à – dire un être dont elle puisse faire, de bonne foi, le *substitut* du crime passé. La destruction d'un symbole remplacera la destruction du crime qui, en lui – même, ne peut pas être détruit [...] La peine se dirige vers le crime. C'est seulement parce qu'elle ne peut l'atteindre en lui – même qu'elle rebondit sur un substitut du crime”²²⁸.

Allora la pena è utile in quanto finzione del sacrificio all'egoismo collettivo. Il crimine va distrutto, se si vuole ritornare all'ideale equilibrio iniziale, ma ciò è materialmente impossibile, dunque le società hanno trovato un sostituto per rappresentare il crimine: "Ce substitut est le responsable, et le traitement qui lui est imposé est la sanction"²²⁹. Dunque, i responsabili di infrazioni o di veri e propri crimini non sarebbero altro che "des boucs émissaires sacrifiés à l'égoïsme collectif". In effetti, ciò è ancor più visibile nel fatto che la giustizia penale tiene, le eventuali vittime di un determinato comportamento, lontane dal dibattito giudiziario. La procedura civile, invece, mette faccia a faccia la vittima e il responsabile, il compito dell'autorità giudiziaria si semplifica nel valutare come il pregiudizio subito dalla vittima può essere riparato in conformità alla legge²³⁰. Questa rivalutazione della vittima nella definizione della responsabilità è accompagnata da una

²²⁷ Cfr. HAWKINS (M.), *Durkheim's sociology and theories of degeneration*, In *Economy and Society*, Vol. 28, 1, 1999, pp. 118-137; v. anche per uno studio sulla criminologia funzionalista, BERZANO (L.), PRINA (F.), *Sociologia della devianza*, Roma, 1995; In questa impostazione originariamente civilistica si potrebbe intravedere una somiglianza con quella teoria *durkheimiana* che voleva legare alla criminalità una sorta di fisiologia del progresso sociale, dove il crimine è un elemento da contenere, ma anche un frammento necessario alla salute del *corpo sociale*, sulla base degli elementi di innovazione, che avrebbe dovuto contenere in sé insieme agli elementi da scongiurare.

²²⁸ FAUCONNET (P.), *La responsabilité: étude de sociologie*, in *Sociologie française (1874-1938)*, 1928, p. 233-234.

²²⁹ DAVIDOVITCH (A.), *Le fonctionnement du concept de responsabilité pénale*, Paris, 1961, pp. 226 – 227.

²³⁰ COMBEISSIE (P.), *Durkheim, Fauconnet et Foucault. Etayer une perspective abolitionniste à l'heure de la mondialisation des échanges*, Paris, 1999, pp. 67 - 68.

nuova categoria di infrazione, quella che deriva dalle cosiddette azioni involontarie. Inoltre, nella disciplina della responsabilità industriale, amministrativa e politica, si definiscono penalmente significativi gli atti e le omissioni che sono causalmente rilevanti per la verifica dell'incidente, basta dimostrare che il soggetto responsabile era al corrente dell'eventuale pericolo e che non ha fatto niente per evitarlo. La possibilità di essere ritenuti penalmente responsabili per un atto non commesso che ha causato un danno non intenzionale, va ad erodere la logica stessa della responsabilità penale elaborata dalla dottrina classica. La scuola giuridica neoclassica, battendo su quest'ultimo punto, proponeva una riflessione in difesa dell'individualizzazione delle pene che vengono a introdursi nel quadro di una giustizia morale. Il fondatore di questa scuola, Pellegrino Rossi, sosteneva che il diritto di punire riposa sulla responsabilità morale dell'autore del fatto criminoso. E allora la pena dovrà essere innanzitutto retributiva ed espiatoria, dunque, totalmente individualizzata. La pena che risponde, in modo proporzionale, all'atto commesso dovrà "se proportionner à la moralité de l'acte et à celle de l'agent"²³¹, soprattutto "on doit prendre en considération tous les faits personnels qui peuvent affaiblir la culpabilité de l'auteur de l'acte"²³². Ecco la prima formulazione dell'idea di individualizzazione della pena. Tale idea rivoluzionerà il campo dell'esame giudiziario, poiché per valutare la moralità dell'atto, il giudice non dovrà più limitarsi alla valutazione dei fatti o delle intenzioni, ma esaminare anche l'individuo accusato, nella sua soggettività. A tali discorsi la reazione più comune consiste nella riaffermazione del libero arbitrio e più in generale, nella supposizione della conoscenza della distinzione tra giusto ed ingiusto²³³. Il fatto che il rischio può essere supportato da colui il quale non è in errore è una cosa che si poteva osservare tutti i giorni in

²³¹ ROSSI (P.), *Traité de Droit pénal, deuxième édition revue et précédée d'une introduction par Faustin Hélie*, Paris, 1855, p. 235.

²³²*Ibidem*, in tal modo, si riteneva che ciascuno potesse essere dotato di una responsabilità nulla o completa, senza graduazioni. Il problema era quello di far conciliare individualizzazione della pena e giustizia morale.

²³³ SALEILLES (R.), *Accidents de travail et Responsabilité Civile (Essai d'une théorie objective de la Responsabilité délictuelle)*, op. cit., p. 74: In definitiva, si può affermare che la matrice del nuovo sistema che fa della responsabilità una graduazione dello stato mentale è, paradossalmente, lo spiritualismo, che ha permesso di pensare a una giustizia soggettiva e a una individualizzazione delle pene: "S'il en est ainsi, appelons donc les choses par leur nom. Laissons cette idée de faute à côté, et disons, tout simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l'idée même de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques, et que là où un malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait paiera les risques: c'est le prix de la liberté, et c'est également la formule, j'ai essayé de la démontrer, de l'article 1382".

materia contrattuale, ed è la convenzione tra le parti che regola la ripartizione dei rischi, solo in difetto di tale ripartizione sarà la legge a organizzarla secondo equità. In materia contrattuale non è l'idea di colpa che domina la ripartizione dei rischi, è la convenzione o, al limite, il punto di vista dell'equità giudiziaria. Al di fuori della convenzione contrattuale, Saleilles parlerà non più di *équité contractuelle*, ma di *équité sociale*. In base ad una concezione classica di equità sociale, laddove non ci fossero dei fatti colposi, l'assunzione del rischio è da attribuire completamente al proprietario; è il proprietario che deve supportare il caso fortuito, o il fatto dannoso. Sarebbe, insomma, la condizione stessa del beneficio della proprietà, come una contropartita dei vantaggi che questa procura. Quando non si tratta solo di danno patrimoniale, ma di danno alla persona, si era obbligati ad assimilare la personalità alla proprietà, l'esistenza, comporta dei rischi, ma anche la proprietà ne comporta altrettanti. È proprio questo punto di vista classico che, secondo Saleilles mostra una falla nel sistema: infatti, non è il fatto di esistere a comportare dei rischi, ma è il fatto di agire. L'esistenza allo stato passivo può solo subire colpi, mentre allo stato attivo li affonda; e chi agisce deve sopportare i rischi delle sue azioni, e ad agire, dal punto di vista contrattualistico-sostanziale, non sono solo le persone fisiche, ma anche gli enti. La giustizia mette il rischio a carico di chi ha agito essendo libero di non agire. La Legge, nel Codice civile francese, stabilisce un sistema generale in base al quale la riparazione dovrà individualizzarsi di volta in volta, in misura alla volontà, rapportata al danno causato. Più il danno è volontario, più la pena sarà individuale. Se il fatto è involontario, è logico che si arriverà all'idea di una riparazione puramente oggettiva, corrispondente all'idea di rischio. L'intenzione non viene stabilita, resta un fatto apprezzato puramente e semplicemente nella sua materialità astratta, indipendentemente da tutte le idee di colpa. Il fatto intenzionale è guidato da una volontà generatrice di danni, il fatto si collega a questa volontà e il responsabile sarà tenuto a pagare per intero il danno causato. Il danno di imprudenza è un rischio che si concreta, un rischio che poteva essere evitato con un po' più di attenzione, è un fatto anormale. La colpa puramente oggettiva, che è un semplice rapporto di causalità, dunque è un fatto normale, conforme alla consuetudine della vita, ma pure implicante dei rischi. Dunque, dove non c'è una chiara volontà dell'autore, ecco che compare l'idea di rischio, e tutto o parte del tutto è riconducibile al rischio implicito nell'attività umana. Per riassumere, l'idea che riposa sull'analisi dell'articolo 1382 del Codice Civile francese, un punto di vista oggettivo rispetto ad un'analisi soggettiva che ancor oggi resta dominante. Stabilire, ad esempio,

un'imprudenza soggettiva è pressoché impossibile. L'unica cosa visibile, in certi casi, è un fatto materiale dannoso che sarebbe potuto essere evitato. Ma dimostrare che la volontà che presiede a questo fatto, sarebbe potuta essere diversa da ciò che in realtà è stata, è un problema simile alla quadratura del cerchio. Ed è già difficile, dice Saleilles, quando la volontà sa quel che vuole, dimostrare che era libera di non volerlo:

“mais quand elle n'a pas porté sur l'objet même qu'on lui reproche et que cet objet ne s'est pas présenté à l'esprit, démontrer que la volonté est coupable de n'avoir pas suscité en elle une pensée qui ne s'y présentait pas toute seule, s'est une prétention qui frise le ridicule”²³⁴.

In materia di infortuni sul lavoro, nelle condizioni dell'epoca del lavoro industriale sempre più incidenti hanno una causa destinata a rimanere oscura e indeterminata²³⁵. Ora, sostengono questi autori, se è vero che in assenza di colpa comprovata non può esserci responsabilità – e quindi non può esserci nemmeno l'indennizzo – è altrettanto innegabile l'ingiustizia di una situazione in cui solo alcuni individui subiscono le conseguenze negative di un'attività di cui altri profitano. Si impone allora l'istituzione di un principio di imputazione che non dipenda più dalla individuazione di una colpa, e da un legame di causalità tra quella colpa e il danno subito: in altre parole, di una nuova regola di giustizia che non sia più subordinata alla conoscenza dei fatti ma che sia in grado di instaurare un *rapporto di responsabilità* a prescindere dal loro accertamento. La soluzione proposta consiste nel ricollegare l'infortunio non più all'idea di "colpa, ma a quella di ripartizione dei rischi"²³⁶. Dunque, è questa trasformazione del diritto civile, e non la criminologia, ad aver indotto il diritto penale a modificarsi, tesi che poi ritroveremo pure nell'antropologia criminale. Gli incidenti potevano essere attribuiti ad una specie di colpa, ma si trattava di una colpa minima (una distrazione), per di più commessa da qualcuno che non era in grado di assumersene la responsabilità civile e di pagare i danni ad essa connessi. Bisognava fondare una responsabilità senza colpa basata su alcuni principi che i civilisti dell'epoca consideravano importanti: Innanzitutto si doveva fondare la responsabilità non più sulla colpa ma sul rapporto causa - effetto. La responsabilità doveva stare più dalla parte della

²³⁴ *Ivi*, p. 87.

²³⁵ JOSSERAND (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimée*, Paris, 1897, p. 215.

²³⁶ SALEILLES (R.), *Accidents de travail et Responsabilité Civile*, op. cit. p. 89.

causa che da quella dell'errore. Queste cause sono di due tipi che non si escludono vicendevolmente: il concatenamento di singoli casi precisi, indotti gli uni dagli altri, e la creazione di rischi inerenti a un certo tipo d'azione, d'attrezzatura, d'impresa, di competenza. Questi rischi devono essere ridotti nel modo più efficiente possibile. Il risarcimento non è fatto, poi, per sancire, come se si trattasse di una sorta di punizione, ma per riparare gli effetti e tendere a ridurre i rischi²³⁷. Così come si punisce l'ente per come esso è costituito (la difettosa organizzazione, come si vedrà più avanti) e non per la gradualità più o meno ampia della volontarietà colposa dell'atto o dell'omissione. Per questo, la sanzione non avrà il compito di punire un singolo soggetto che ha infranto coscientemente la legge, ma ha il compito di diminuire il più possibile il rischio di criminalità rappresentato dal suddetto soggetto. Ritorniamo allora all'idea di "*Défense sociale*"²³⁸, e a Prins. Quest'idea non è altro che la trasposizione delle elaborazioni del nuovo diritto civile nella giustizia criminale:

“La storia dei congressi di antropologia criminale e dei congressi di diritto penale; la cronaca dei cronisti tra dotti positivisti e giuristi tradizionali, la brusca distensione avvenuta all'epoca di Liszt, Saleilles e Prins; la rapida cancellazione della scuola italiana che seguì subito dopo; ma anche l'attenuarsi delle resistenze verso la psicologia del criminale tra i giuristi; la creazione di un relativo consenso intorno a una criminologia accessibile al diritto e di una penalità che prendesse in considerazione il sapere criminologico: tutto a cavallo dei due secoli sembra indicare chiaramente che era stato trovato *lo scambiatore*, di cui c'era bisogno. Questo trasmettitore è la nozione capitale di rischio: il diritto dà spazio a questa nozione con l'idea di responsabilità senza colpa (...)"²³⁹.

La domanda che cominciava ad insinuarsi non era tanto quella sulla libertà o sulla responsabilità, anche se queste prerogative non verranno mai abbandonate, ma quella sulla pericolosità, sul rischio sociale; "la grande novità da elaborare era il soggetto pericoloso.

²³⁷ FOUCAULT (M.), *L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale*, op. cit, p. 408: in un modo abbastanza inusuale, questa interpretazione della responsabilità civile, costruirà un vero e proprio modello per il diritto penale. In effetti, cos'è un criminale nato, un degenerato o una personalità criminale, se non qualcuno che, secondo un certo concatenamento causale non facilmente ricostruibile, ha un indice particolarmente elevato di probabilità criminale, perché porta dentro di sé un certo rischio di delinquere? Ecco che, proprio come si può stabilire una responsabilità civile senza colpa, ma semplicemente calcolando il rischio, in maniera analoga si potrà rendere penalmente responsabile un soggetto senza dover determinare se era libero e se c'è colpa. "Egli è responsabile perché, per il solo fatto di esistere, crea rischio, anche se non è colpevole poiché non ha scelto in piena libertà il male invece del bene".

²³⁸ PRINS (A.), *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1987.

²³⁹ FOUCAULT (M.), *L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale*, op. cit. in , p. 408.

Esistono dei soggetti pericolosi? Da che cosa li si riconosce? E come si può reagire alla loro presenza?”²⁴⁰. Dunque, nel diritto verrà introdotto qualcosa che è molto di più delle incertezze di un sapere problematico, forse i rudimenti di un altro diritto²⁴¹. Non è forse prendendo la stessa abitudine dalla dottrina della responsabilità civile e riportandola ancora una volta nel diritto penale che si può affermare che un ente può essere *punito* sulla base di una colpa di organizzazione? Quando durante i procedimenti penali contro le persone giuridiche si procede con la ricerca della lacuna organizzativa non si sta giudicando l’ente per ciò che è nella sua stessa costituzione strutturale? E del resto, non accade lo stesso in rapporto ai delitti dei *professionisti*, ossia a coloro che per le loro funzioni e saperi qualificati hanno obblighi più severi rispetto al bene messo in pericolo? Inoltre, il diritto penale, la repressione in senso stretto, per essere applicata vigorosamente ha dovuto sempre trovare una causa di attribuzione al reo di un certo disprezzo, una amoralità costitutiva, una ragione ulteriore alla infrazione della norma, è il requisito morale della *rimproverabilità*, e perciò si continua a cercare la confessione, il reo deve auto-riconoscersi non tanto nel delitto quanto nella colpa per il delitto²⁴². Tutto ciò si è visto abbastanza bene nella scuola italiana di Ferri e dello stesso ideatore del Codice penale Italiano Arturo Rocco²⁴³. Il sospetto che si aveva già all’epoca era che tutto questo movimento per la rimproverabilità dell’atto criminale fosse il tentativo di voler cercare, costituendola, al di là dell’elemento puramente normativo, una *colpa*, prima morale durante il giusnaturalismo con l’affermazione del libero arbitrio e lo spiritualismo cattolico, poi una sorta di colpa-difetto costitutivo, una specie di mal-

²⁴⁰ *Ivi*, p. 409.

²⁴¹ *Ivi*, p. 62: “Nella penalità moderna, in modo evidente da Beccaria in poi, si riconosce alla società come solo diritto sulla individualità, quello relativo a ciò che essi fanno: solamente un atto, definito come infrazione dalla legge, può dar luogo ad una sanzione, modificabile sulla base delle circostanze e delle intenzioni. Una giustizia che esercita il suo giudizio su ciò che si è, ed ecco cosa cambia rispetto al diritto dei riformatori del XVIII secolo, che volevano costruire un metodo giuridico per sanzionare in modo assolutamente egualitario le infrazioni esplicitamente e precedentemente definite dalla legge”.

²⁴² si v. BOBBIO (N.), *Il positivismo giuridico, lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1979.

²⁴³ FERRI (E.), *Relazione al progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti* (Libro I), Milano, 1921, p. 5: “Criterio fondamentale per una riforma delle leggi di difesa sociale contro la criminalità – scrive Ferri – deve essere che i provvedimenti repressivi siano più severi, cioè più efficaci, per i delinquenti abituali e più pericolosi per delinquenza congenita o acquisita e siano meno rigorosi, ossia meglio adatti per la grande maggioranza dei delinquenti occasionali e meno pericolosi ». Ferri continua affermando che qualunque tendenza antisociale sarebbe determinata meccanicamente da condizioni psico-patologiche, da influenze familiari, e ambientali, o da un’originaria “atrofia del senso morale”.

formazione psico-fisica col positivismo, con la scuola della *défence sociale* in Francia e con quella Lombrosiana in Italia, sia una tendenza che cela qualcos'altro²⁴⁴. Si pensi alla punibilità di certe condotte, il vagabondaggio ad esempio; il reato di vagabondaggio, che implicava un certo giudizio di disprezzo morale per il vagabondo, potrebbe essere considerato come una categoria funzionale al sistema politico liberale ottocentesco, lascia intendere che in fondo per secoli si è perseguito penalmente tale fenomeno piuttosto per difendere un modello socio-politico che per scongiurare un fenomeno considerato “dannoso”. Entro il perimetro del penalmente rilevante sono state intese le fattispecie più disparate: l'omosessualità, l'alcolismo, la dissidenza politica; etc.. La dissidenza politica è stata confusa per lungo tempo con i reati comuni. Si potrebbe pensare che per lungo periodo si è voluto sacrificare il singolo per salvare la società, o meglio, per salvare il modo in cui la società si organizza. Anche l'etimologia del verbo responsabilità ci porta più su un ritorno all'ordine offeso, che sulla concezione di una colpa moralmente intesa. Infatti, Il termine responsabilità deriva dal latino *respònsus*, participio passato del verbo *respòndere*, *rispondere* cioè, in un significato filosofico generale, impegnarsi a rispondere, a qualcuno o

²⁴⁴ È importante ricordare che una tradizione antica del diritto penale è quella di considerare la sovversione politica alla stessa stregua della delinquenza comune, si veda Per questi dati v. PETRINI (D.), *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure "praeter delictum"*, Napoli, 1996, p. 155; v. FERRI (E.), *Cause individuali e sociali del delitto*, in *La costruzione sociale della devianza*, CIACCI (M.) e GUALANDI (V.) (a cura di), Bologna, 1977, pp. 38 e ss.

a se stessi, delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano²⁴⁵. L'origine del termine si ritrova nell'opera *The Federalist*, una raccolta di articoli pubblicata nel 1788²⁴⁶, dove viene usata per la prima volta la parola *responsibility* per indicare che il governo americano è responsabile del proprio operato nei confronti del popolo che gli ha delegato i suoi poteri²⁴⁷. L'influenza della struttura, dell'organizzazione, sul crimine, si sta gradualmente svelando, e il discorso intorno alle organizzazioni di diritto privato e pubblico è un discorso che, in

²⁴⁵ Elemento di crisi delle tradizionali categorie penali di dolo e di colpa (con un avvicinamento consequenziale alla responsabilità penale dell'ente), come indirettamente ha rilevato lo stesso Saleilles, consiste nel fatto che la colpa rimproverabile non sarebbe altro che una categoria puramente simbolica che rinvia ad un rapporto eminentemente privatistico sul quale si fonderebbe la società, e il diritto penale: il rapporto creditore-debitore. Secondo A. Smith (A. Smith, *Essai sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre V, Chap. 3), "Les commerces et les manufactures ne peuvent fleurir longtemps (...dans un Etat...) dans lequel on ne voit pas l'autorité publique prêter sa force d'une manière constante et réglée pour contraindre au paiements de leurs dettes tous ceux qui sont en état de les acquitter(...)". Si pensi poi a come la difesa dei crimini commessi dal demente o dal minore nel processo penale si fondi fondamentalmente sull'assenza d'interesse nel crimine, dovuto all'inaffidabilità fisiologica della loro capacità di mantenere promesse, dunque dal reciproco disinteresse da parte della vittima o della società a riscuotere il debito. Si dice di un crimine senza *interesse* che è un crimine senza *ragione*. Così F. Nietzsche (NIETZSCHE (F.), *La genealogia della morale*, documento consultabile on line su <http://www.rodioni.ch/NIETZSCHE/genealogia.pdf>, n. 5), in *Genealogia della Morale*: "Questi nostri genealogisti della morale hanno mai, sia pur lontanamente, pensato che, per esempio, quel concetto fondamentale di *colpa* ha la sua origine nel concetto molto materiale di *debito*? O che la pena come *rivalsa* si è sviluppata prescindendo assolutamente da ogni presupposto sulla *libertà e non libertà del volere*? - e ciò sino al punto in cui c'è invece sempre in primo luogo bisogno di un *alto* livello di umanizzazione, perché l'animale *uomo* cominci a operare quelle diversificazioni molto più primitive come "intenzionale", *negligente*, *casuale*, *responsabile* e i loro opposti e a tenerne conto nella corresponsione della pena. Quel pensiero oggi così a buon mercato e apparentemente così naturale e inevitabile, cui si è sempre dovuto far ricorso per spiegare come si è originato sulla terra il sentimento della giustizia, il pensiero cioè che *il delinquente merita di essere punito perché avrebbe potuto agire diversamente*". Connettendo tale nozione di rapporto penale vittima-colpevole, come un rapporto economico creditore-debitore, con la nozione di *Rechtsgefühl*, ossia con l'affermazione di R. Jhering (R. Jhering, *L'esprit du droit romain*, Libro II, Part. I, Tit. I, Cap. 1, Paris, 1886) secondo la quale a fondamento di tale rapporto ci sarebbe quello che potremmo definire *le sentiment juridique*, dove il diritto "mio" soggettivo si riconnette a quello oggettivo dell'*ordinamento*, e dove l'ideale giuridico così inteso fungerebbe da interesse giuridicamente protetto giustificativo dell'istituzionalizzazione di tale rapporto. Un esempio paradigmatico viene enunciato da M. Foucault, il quale afferma che un tradizionale rapporto debitore-creditore sarebbe quello che si instaura tra *generazione vivente* e *generazione precedente* (es. sacrificio del primo nato) - questo però avviene quando si percepisce una progressione in termini di grandezza tra le due generazioni, quando invece si percepisce digressione anche il debito verso le generazioni precedenti viene percepito come meno importante o addirittura inesistente, che mi sembra il caso odierno. Si vuol dire che, se tutto questo discorso appare logico, e se in tale rapporto uno dei soggetti può essere persino *la generazione*, allora non deve stupire che in un rapporto siffatto, inserito nel contesto di categorie penalmente rilevanti, uno dei soggetti può essere l'*ente collettivo*, dotato certo di una volontà solo *dichiarata*, eppure soggetto capace di contrarre debiti, o crediti, con la società, in quanto portatore di interessi e simbolicamente inserito nello scambio fondato sull'idea di *Rechtsgefühl*.

²⁴⁶ JAY (J.), MADISON (J.), in in *The Federalist*, 1788.

²⁴⁷ FOUCAULT (M.), *L'angoisse de juger, (entretien avec R. Badinter et J. Laplanche)*, in *Le Nouvel Observateur*, n. 655, 30 mai-6 juin 1977, in *Dits et écrits*, Tome II, 1976-1988, Gallimard, Paris, 2001, p. 291.

qualche modo, comprende anche l'organizzazione di sistemi complessi, come quello sociale, politico ed economico. L'ostilità che gli esponenti delle teorie classiche del diritto penale hanno dimostrato per la responsabilità penale degli enti è probabilmente dovuta al fatto che le categorie giuridiche tradizionali attraverso le quali si è celata la vera posizione della responsabilità rispetto al crimine e la si è spostata dentro il criminale, nella sua stessa vita, nella sua anima prima e nella psiche dopo, senza vedere quanto possa invece derivare dall'interno di unità complesse non individuali, sociali, organizzazionali. Altro punto: si può *giudicare* e punire solo l'atto in quanto forza esteriore e non le ragioni intime che ne stanno all'origine²⁴⁸. Perciò sembra illogico l'argomento in base al quale essendo l'ente collettivo un ente sprovvisto di una realtà fisica in senso stretto e di una autonoma facoltà psicologica esso non potrebbe essere oggetto delle pene inflitte dal diritto penale. In realtà, tale affermazione viene smentita dalla funzione strumentale che tale concezione ha avuto sulla base delle considerazioni precedentemente illustrate, e, dall'altro, dal fatto che i soggetti di diritto non sono soggetti dell'ordine biologico ma sono soggetti legati ad una specifica logica, che è quella dell'astrazione giuridica fondata sull'analisi storica e sociale del diritto. In fondo, punendo l'ente si reprime un modo di organizzazione in cui l'ente si è costituito. Si ammette che il delitto può risiedere nel *modo di essere* di un'organizzazione, o in un modo di trarre profitto dall'attività economica. In definitiva, se si vogliono salvare le categorie penali tradizionali, come quella di imputabilità in base al grado di volontarietà dell'atto, allora dobbiamo negare la possibilità di punire l'ente, perché tali categorie hanno origine dal desiderio di spostare la responsabilità dal sistema sociale al singolo individuo. Se invece si vuole ammettere, come lo si affermava già all'inizio del XX sec.²⁴⁹, che la definizione di volontarietà dell'atto criminoso, come un'immagine fotografata in un dato istante, non è concretamente osservabile o accertabile nella maggioranza dei casi, e che in tutti i casi le ragioni intime dell'atto sfuggono al rapporto di causa-effetto, allora potremmo ammettere la indipendente punibilità delle organizzazioni, e quindi degli enti collettivi. In definitiva, riprendendo il discorso dei civilisti di inizio novecento, si può affermare che persona fisica e

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ SALEILLES (R.), *Accidents de travail et Responsabilité Civile*, op. cit., p. 102.

persona giuridica sono due categorie giuridiche²⁵⁰, due entità di diritto, entrambe capaci di recar danno a terzi e porre in pericolo beni giuridicamente tutelati. Se si è pronti a punire un individuo sostenendo che esso avrebbe potuto evitare un danno, allora bisogna essere pronti a reprimere la cattiva organizzazione che ha reso inevitabile un delitto o lo ha favorito, provocandolo. Il principio di *personalità delle pene*, universalmente riconosciuto come principio di garanzia dell'appartenenza dell'atto criminale al soggetto condannato, rivela il suo lato mistificatorio. Nessun equivoco, il braccio levato che uccide appartiene a chi ha ucciso, anche l'intenzione gli appartiene, come pure l'impulso e le sue intime ragioni. Resta il fatto che si può attribuire una responsabilità sulla base di ciò che è stato fatto, non sulla base di ciò che è stato pensato, poiché le ragioni di un delitto restano insondabili e nessuno può arrogarsi il diritto di comprenderle, giudicandole. Ecco, è da questo equivoco tra il giudicare ed il comprendere, nel punire, da cui bisognerebbe allontanarsi. Le categorie classiche del diritto penale, che si sono, sotto certi aspetti, sviluppate attraverso le evoluzioni del diritto civile, stanno lasciando sempre più spazio a nuovi istituti giuridici capaci di contenere una concezione penale della responsabilità che attenta ad una ricostituzione attraverso la protezione dell'interesse pubblico. I nuovi scambiatori di questo tipo di responsabilità, lo vedremo, si poggiano proprio su quelle categorie elaborate dalla dottrina civilistica a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del XX sec., si tratta dell'idea di *rischio consentito*, della *colpa qualificata e professionale*, delle *posizioni di garanzia*. Questi scambiatori si sostituiscono gradualmente al classico fondamento penale del *libero arbitrio*.

²⁵⁰ Che però ritrovano il loro elemento reale nel fatto che sono traduzioni in termini giuridici di fenomeni sociali realmente osservabili.

Cap. II

L'ente collettivo come Organizzazione nella gestione del rischio: il modello fondato sulla "posizione di garanzia".

*Una compagnia elefantica come quella
accumula al proprio interno troppa esperienza.
Di fatto dispone di una sorta di mente collettiva.
Ed Eldon e Rachael Rosen sono i portavoce
dell'entità azienda.
L'errore compiuto, evidentemente,
era stato il considerarli meri individui²⁵¹.*

1. Auto-regolazione dei mercati, auto-regolazione delle imprese e sistema penale.

La nozione di persona giuridica prende storicamente origine nell'alveo dei rapporti privatistici di natura contrattuale, dalle obbligazioni, e dall'elaborazione pubblicistica della personalità dello Stato. La dottrina civilistica di inizio secolo scorso ha mostrato come una persona giuridica possa essere giudicata al di là della verificabilità della sussistenza di una volontà colpevole. Non la volontà, ma una particolare modalità di condotta finalizzata al perseguimento di un interesse, può rendere un dato comportamento perseguibile. Tuttavia, se i termini su cui fondare la responsabilità penale, potevano essere ricostruiti attraverso categorie *normative*, bisogna chiedersi perché gli istituti tesi alla punibilità delle persone giuridiche sono stati attuati soltanto relativamente di recente. Al riguardo, ha svolto un ruolo essenziale lo smantellamento complessivo dell'apparato statale, e la conseguente privatizzazione delle funzioni inerenti la cura dell'interesse pubblico. Processo storico a cui si accompagna la maggiore complessità dei procedimenti di produzione di beni e servizi, che richiedono un alto grado di competenza strutturale degli enti gestori, e la ridefinizione dei limiti tra il potere politico e quello economico-finanziario. Di fronte ad eccezionali mutamenti storico-sociali si sono sviluppate nuove categorie di istituti giuridici (rischio consentito, responsabilità professionale, posizione di garanzia, posizione di protezione, il danno evitabile, etc.) che hanno permesso una riconversione del sistema penale in grado di

²⁵¹ DICK (Ph. K.), *Ma gli androidi sognano pecore elettriche?*, tr. it. DURANTI (R.), Roma, 2012, p. 75.

costituire la perseguibilità penale di certi comportamenti delle imprese.²⁵² Eppure, risulta difficile pensare ad uno Stato regolatore della responsabilità delle persone giuridiche in un momento storico nel quale anch'esso si ritrova proiettato in una dinamica di responsabilizzazione *tecnico-gestionale* e ad una regolamentazione economica che lo rende simile, almeno strutturalmente, ad una grande impresa. Lo Stato - impresa è tale nella misura in cui il suo funzionamento, pur restando polimorfo e idealmente teso verso il fine del pubblico interesse, dipende fundamentalmente dalla sua capacità a competere sul mercato e a rispondere alle esigenze che quest'ultimo detta. Lo Stato-impresa diventa un ente tra gli enti, nella misura in cui esso devolve settori legati alla gestione del pubblico interesse ad enti privati, o *c.d. para-statali*, operando una condivisione delle funzioni pubbliche che ha comportato una desacralizzazione e demistificazione della personalità giuridica dello Stato, nonché una certa flessibilità del concetto di sovranità. La legge, rendendo penalmente imputabili gli enti di diritto privato, allo scopo di tutelare l'interesse pubblico anche all'interno di attività economiche private, sottende una giustiziabilità diffusa degli enti, privati e pubblici, per una "cattiva gestione" di attività rischiose. Si è visto nel capitolo precedente che il tema dell'impresa, come organizzazione di più persone e mezzi, è già penetrato nella storia e nel diritto penale, sfatando il paradigma secondo cui il diritto penale tradizionale ha a che fare esclusivamente con gli individui presi singolarmente. Weber, dal canto suo, descrive l'impresa moderna come un agire continuativo (...) diretto ad uno scopo; dove però l'atto economico capitalistico consiste in un atto fondato sull'aspettativa di un guadagno "derivante dalle congiunture dello scambio". Sombart parla della razionalità del progetto imprenditoriale e del necessario assetto organizzativo di una pluralità di individui

²⁵² MARX (K.), *Il Capitalismo e la crisi*, Giacché(V.) (a cura di), Roma, 2009, p. 70; Per un'analisi ed una bibliografia più dettagliata sulla questione della irregolarità del ciclo attuale dell'economia secondo il modello Keynesiano si rinvia a GIACCHÉ (V.), *Il ritorno del rimosso: Marx, la caduta del saggio di profeta e la crisi, relazione al convegno Marx e la crisi*, testo completo consultabile in <http://www.data.unibg.it/dati/persone/46/3907.pdf>, Università di Bergamo, 20 aprile 2010. Marx individua qui, "nella ricerca moralistica del colpevole della crisi (lo speculatore), l'altra faccia della medaglia della fede ingenua nell'evitabilità delle crisi". Una fede fondata sulla convinzione che la crisi non sia dovuta al normale funzionamento dell'economia capitalistica. Secondo questa forzatura ideologica, la crisi viene sempre da fuori, sarebbe una *patologia* esterna al sistema, altrimenti di per se sempre sano. Quindi sarebbe dovuta ad errori o colpe specifiche. Ma, su questo punto, Marx non ha difficoltà ad osservare che "proprio il ripetuto insorgere di crisi a intervalli regolari, nonostante tutti i moniti del passato, smentisce l'idea che le loro ragioni ultime debbano essere ricercate nella mancanza di scrupoli di singoli individui".

che collaborano in modo permanente sotto una "volontà unitaria"²⁵³. Già nel 1939, c'era chi aveva notato che i danni arrecati dalle imprese, e dagli operatori economici in genere, alla società erano enormi, potenzialmente incalcolabili e degni dell'attenzione della legislazione penale. Sarà proprio in quegli anni, infatti, che viene pubblicato un articolo intitolato *White-collar crimes*²⁵⁴, che sarà ampliato nel libro pubblicato nel 1949. Sutherland si occupò, in un modo abbastanza singolare, quasi eversivo per l'epoca, dei crimini delle classi alte e medio-alte, insieme a quelli delle organizzazioni economiche, anziché occuparsi, conformemente a quanto facevano tutti i suoi colleghi, dei crimini commessi dalle classi disagiate, nelle *banlieue*, o come venivano definite in modo più esplicito: *classi pericolose*. Si utilizzò quale oggetto di indagine la storia di settanta società americane tra quelle incluse negli elenchi delle duecento maggiori società non finanziarie degli Stati Uniti. Egli studiò, su tale campionario societario, i reati, i procedimenti penali, le condanne e altri comportamenti illeciti sanzionati anche in sede amministrativa. Analizzò tutto ciò che da tali società potesse derivare di dannoso per la comunità, al di là della legislazione penale dell'epoca, che in effetti si mostrava molto clemente con tali soggetti. Il vero fulcro dell'indagine era dunque costituito dalla dannosità sociale delle attività dei soggetti presi a campione. La percezione che si aveva del crimine delle classi elevate era di non immediata evidenza. Si aggiungeva poi un sentimento di repulsione verso l'intervento dello Stato in tali attività, che si volevano completamente libere. Interessante anche la similitudine colta tra crimini societari e criminalità organizzata: secondo l'autore, quelli dei colletti bianchi erano veri e propri crimini organizzati, con il concorso di numerosi attori interni all'organizzazione stessa, e non

²⁵³ v. ACOCELLA (G.), *Sulla responsabilità: tra etica ed economia*, in BONAN (E.) e VIGNA (C.) (a cura di), *Etica del plurale; Giustizia, riconoscimento, responsabilità*, Milano, 2004, pp. 157 e 158; Interessanti le considerazioni sul tema proposte che mettono in evidenza la necessità di una regolamentazione decisa dei mercati e d'una impossibilità di questi ultimi ad auto-regolamentarsi autonoma in senso etico. La complessità dei rapporti che si annodano all'interno della struttura dell'impresa, tra questa e la società e, al suo interno, tra questa e gli individui che la compongono, " si presenta oggi particolarmente vivace nel variegato campo dell'etica degli affari ed in specie nel serrato confronto - rispetto a temi come il diritto di proprietà e la funzione sociale di essa - sul tema dell'etica dell'impresa. La natura complessa dell'impresa era evidente già a Werner Sombart che nel Borghese scriveva: noi chiamiamo impresa (nel senso più largo) l'attuazione di un piano predeterminato, e per la cui esecuzione occorre la collaborazione permanente di diverse persone sotto una "volontà unitaria". La dettagliata analisi che di conseguenza ne offre Sombart evidenzia i caratteri comunitari e al tempo stesso personali assunti dall'esperienza dell'impresa, nella quale - ancor più nel nostro tempo che in quello di Sombart - gli elementi sociali e di iniziativa individuale coesistono inestricabilmente e con più forti tensioni interne".

²⁵⁴ SUTHERLAND (E.H.), *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.

di rado con l'appoggio, formale o informale di consulenti esterni. Vi era inoltre una diffusa razionalità dei comportamenti, funzionali rispetto al raggiungimento dello scopo comune, che, unito all'impersonalità delle grandi imprese, costituite dalle strutture societarie, rendevano anche difficoltosa l'individuazione dei singoli responsabili. C'era un comune disprezzo tra la mentalità imprenditoriale e il delinquente comune, per le leggi e l'autorità in generale; sentimento al quale nella mentalità imprenditoriale si affianca la convinzione di esercitare un proprio diritto, anche quando questo contrastasse con quello della comunità. L'opera di Sutherland appare attualissima, oggi forse anche più della prima metà del novecento. Il crimine nascerebbe interamente all'interno dell'ambito sociale a cui si è destinati e lascerebbe poco spazio al libero arbitrio individuale o al determinismo dello sviluppo della personalità. Altro aspetto rilevato dall'analisi di Sutherland, è che nella criminalità economica risulta ancora più complicato individuare il crimine. Vi sarebbe un intervento debolissimo in termini di frequenza sulla criminalità delle classi elevate, che riscontriamo anche oggi, o delle organizzazioni economiche rispetto agli effettivi danni che questi apportano alla società, e al favoreggiamento di una diseguaglianza scandalosa nella distribuzione delle risorse, nonché ai veri e propri reati codificati in quanto tali. Insomma, il privilegio affaristico renderebbe la repressione meno efficace. Ciò aumenta il carattere episodico della repressione, rendendola fortuita e arbitraria. Da tali premesse emerge che il diritto penale non era un diritto realmente egalitario, influenzato com'è da meccanismi selettivi, di etichettamento sociale, e dal grande numero di una certa tipologia di delitti che sfuggono alla presa della repressione. Tale fenomeno rende ancor più inaccettabile il meccanismo retributivo ispirato alla esemplarità delle pene, rendendo chiara la riproposizione del modello ideologico del *capro espiatorio*, a cui si è già fatto cenno nel capitolo precedente²⁵⁵. La natura sacrificale del diritto penale poco si concilierebbe con la criminalizzazione delle organizzazioni. L'aspetto organizzativo resta, però, il carattere essenziale della criminalità economica, dovendosi distinguere l'atto illecito individuale, caratterizzato dalla sua funzionalità rispetto all'attività svolta, e dando maggior rilievo al funzionamento complessivo dell'organizzazione rispetto allo scopo. Un autore, dopo aver brevemente illustrato i fondamenti storici della dottrina che ha riconosciuto la capacità penale delle persone giuridiche, ritiene che solo la dottrina positivista ha saputo offrire un

²⁵⁵ In tale direzione vanno le interessanti pagine del saggio BONAZZI (G.), *Colpa e potere, sull'uso politico del capro espiatorio*, Bologna, Il Mulino, 1983.

fondamento teorico ragionevole alla responsabilità delle *personnes morales*. Infatti, il positivismo giuridico-penale, proprio in quanto indifferente alla nozione di colpa e piuttosto attento a reprimere la pericolosità dei soggetti, esso può, su tale fondamento, riconoscere questa disposizione nella persona giuridica. Bisogna riconoscere, dice Robert, che un onest'uomo, irreprensibile nella sua vita privata, può trasformarsi in delinquente al servizio della persona giuridica, inserito nel suo sistema organico, così come esso può cedere alla follia assassina di una folla impazzita. Allora, il regime della responsabilità della persona giuridica dovrebbe essere costruito nella maniera seguente:

“Est responsable le groupement dont la structure est vicieuse parce que, par exemple, le système de commandement y est trop concentré, ou au contraire trop inefficace, éparpillé qu’il est entre des centres concurrents ou rivaux. Le groupement est alors une organisation dangereuse qu’il faut corriger par des mesures de sûreté, sans se soucier de rechercher la faute de ses représentants, personnes physiques”²⁵⁶.

Un altro elemento che gioca a sfavore rispetto alla considerazione delle persone giuridiche quali soggetti sottoponibili alla legge penale è certamente quello che rende difficoltosa l'individuazione delle vittime del comportamento criminale delle organizzazioni. Nella maggioranza dei casi l'illecito economico non colpisce persone con un preciso volto e un'identità chiara, ma spesso colpisce intere comunità, valori comuni, spesso universali; si pensi al diritto ad un ambiente sano, o ai crimini economici che coinvolgono un intero sistema piuttosto che singoli individui. Appare particolarmente attraente, ad esempio, la teoria che ritiene questo fenomeno come un prolungamento degli effetti relativi ad una cultura della ricerca di egoistiche scorciatoie verso la massimizzazione del profitto. L'espansione della disciplina indirizzata a regolamentare tali fenomeni, e negli ultimi anni, a punire le organizzazioni come responsabili, ha mostrato l'enorme diffusione dei danni che vengono fatti in nome della produzione e del profitto. Il comportamento economico dannoso viene avvertito, culturalmente, come una semplice variante, magari considerata solo un po' più azzardata, del comportamento economico ordinario²⁵⁷. La centralità del discorso sull'allargamento della responsabilizzazione economica e sociale, di cui la responsabilità penale delle persone giuridiche è una delle declinazioni più paradigmatiche, è dovuto al fatto

²⁵⁶ ROBERT (J.-R.), *Droit pénal général*, Paris, Puf, 2005, p. 58.

²⁵⁷ ALESSANDRI (A.), *Diritto penale e attività economiche*, op. cit., p. 64.

che l'origine di tale movimento di responsabilizzazione generale, di fronte all'incertezza crescente, è un fenomeno prima di tutto politico-istituzionale che, a sua volta, rientra in un movimento ancora più largo e complesso derivante dalle molteplici spinte ad una ricomposizione del contratto democratico e del rapporto tra i cittadini e i *decisori* politici ed economici. Quindi per responsabilità attualmente dovremmo intendere anche un concetto che, ridefinendosi, determina un movimento parallelo nei rapporti sociali, politici ed istituzionali. Le *temps des responsables*, ha innescato come una percezione generalizzata che tutte le azioni umane, singolari o derivanti da molteplicità organizzate, implicassero la preoccupazione di pensare alle conseguenze più immediate, ma anche a quelle a lungo o lunghissimo termine e, dunque, a un'assunzione di responsabilità. Così, la questione dell'estensione della responsabilità ai decisori politici e alle organizzazioni economiche costituisce, oggi, un centro di ricomposizione del campo sociale. La responsabilità penale, intesa in questi termini, permetterebbe di introdurre un discorso più largo sulla responsabilità politica ed a predisporre mutazioni della legittimità del potere e delle istituzioni. Si è assistito, almeno a partire dagli ultimi trent'anni, ad un continuo accrescimento della pratica di responsabilizzazione penale delle persone giuridiche. Non passa giorno in cui un fatto economico, un *caso*, un *affaire*, non compaia nei maggiori canali di diffusione delle informazioni di massa. Gli scandali politici ed economici hanno toccato negli ultimi anni picchi mai sperimentati prima. Politici, amministratori, rappresentanti delle forze dell'ordine, organizzazioni, istituzioni e grandi società finanziarie, tutti questi soggetti sono finiti davanti al tribunale mediatico, prima di finire davanti a quello penale. Si pensi al problema legato al finanziamento lecito e a quello illecito dei partiti politici, o alla grande importanza che ha assunto nel dibattito giuridico penale il fenomeno della corruzione; fenomeno che del resto vede come protagonista dei recenti codici di riunificazione della materia proprio le persone giuridiche²⁵⁸. Non da meno è il settore privato: scandali su questioni inerenti a ospedali privati o a medicinali messi in circolazione da grandi società farmaceutiche, si pensi all'affare *Enron* e a quello *Parmalat*, e quali ripercussioni mediatiche hanno comportato, per non parlare delle grandi banche d'affari coinvolte in situazioni al limite del criminale. Le imprese private, dall'altro lato, vedono oggi la loro responsabilità chiamata in causa in ragione delle loro tecniche di gestione del rischio, ambientale o industriale. Si pone la

²⁵⁸ BARTOLINI (F.), *nuova disciplina di contrasto alla corruzione*, Milano, 2013.

questione della “tollerabilità” dei rischi e quella dell’opportunità della loro penalizzazione, ossia dei limiti relativi al rischio consentito in una determinata attività. Tale combinazione mediatica e giudiziaria della responsabilità decisionale e delle persone giuridiche ha prodotto l’emergenza di un’etica e di una *società del rischio*. Si tratta, per le persone giuridiche, di anticipare, prevenire, riparare, in un modo o nell’altro, gli effetti individuali o collettivi di certe condotte umane *pericolose*. Tali soggetti si trovano al centro della ridefinizione e ricomposizione della responsabilità penale. In relazione a ciò, il termine *decisione*, di un individuo o di una persona giuridica, prende senso in relazione alla distribuzione asimmetrica del potere all’interno di certi settori economici o di certi campi sociali. Quindi la *capacità* di decidere si lega al fatto che ci sono dei soggetti individuali o collettivi che hanno la facoltà di prendere decisioni che possono condizionare la vita di individui e di masse. L’elemento comune che lega tali soggetti è il fatto che questi argomenti rinviano ad un solo concetto, ossia alla legittimità delle *élites*²⁵⁹ (politiche, amministrative, economiche), giustificata sostanzialmente da una funzione specifica che caratterizza la loro attività, si è passati dal problema della sovranità a quello della legittimità. Il livello di legittimità delle *élites* è sentito come un indicatore generale di legittimità politico-sociale. In tale ottica, i soggetti individuali e le organizzazioni in questione sono considerati come i garanti della sicurezza²⁶⁰; sia in relazione alla pericolosità delle proprie attività economiche, sia in relazione alla qualità specifica di garanti all’interno del quadro democratico ed economico. La legittimità delle *élites* e delle organizzazioni, il loro ruolo apicale nelle società, trova allora la propria fonte nella volontà e nella capacità di rendere effettivi e percepibili dalla società il compimento dei doveri di prevenzione e di protezione. Da ciò si evince come la

²⁵⁹ Per una visione generale del rapporto, in Francia, tra diritto e morale si veda MALABAT (V.), *Principe de confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen*, in *Mélanges Guinchard, Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, 2010, pp. 975 à 983.

²⁶⁰ ACOCELLA (G.), *Sulla responsabilità: tra etica ed economia*, op. cit.; sul tema più ampio del rapporto tra legalità e legittimità, rispetto al potere e alle stesse *elites*, siano esse politiche o economiche, si v. RAPONE (V.), *Al di là del positivismo giuridico, del significato filosofico della legalità e del suo superamento*, NAPOLI, 2014, p. 20; in cui, a seguito di una accurata analisi dei concetti in parola sotto la lente dell’anti-formalismo giuridico, l’autore approda alla conclusione secondo la quale una natura *legale* e *legittima* delle *elites* deve fondarsi piuttosto su una “dimensione effettiva della conservazione razionale del corpo politico, affinché l’azione individuale e collettiva si possa sempre situare, senza supplenze fideistiche, in una ragionevole differenza tra una *res publica* e una “cosa nostra”, nella quale le ragioni del trascendimento dell’interesse individuale sono sottoposte agli interessi partigiani dei singoli ed arbitrariamente, quanto impropriamente, elevati al rango di *universale concreto*”.

responsabilità penale delle persone giuridiche non può fare a meno di fondarsi su una funzione fondamentale regolatrice. Bisogna riconoscere, infatti che la varietà delle norme penali, l'intrico che esse costituiscono, offre un'architettura complessa, dove la responsabilità penale non può essere messa in opera se non in maniera segmentata e plurale, in funzione della qualità degli attori e dei settori considerati. La responsabilità penale delle persone giuridiche permette di ricomporre il legame di fiducia tra cittadini e amministratori, tra consumatori e produttori. L'estensione della responsabilità penale alle persone giuridiche potrebbe essere intesa, parallelamente e insieme alla definizione di responsabilità organizzativa come portatrice di uno *status quo* tra apparati decisionali e cittadini. Questi ultimi potrebbero vedere nello strumento giudiziario penale un elemento di maggiore trasparenza e di controllo sulle *élites*, e sulle organizzazioni. In tal modo, le *élites* possono mantenere il dominio sulle decisioni e sulla propria specifica funzione, ma solo a condizione di assumersene la responsabilità: dunque, la responsabilità penale come regolatrice di un legame politico rinnovato all'interno dello spazio democratico ed economico. Sarà in questo duplice senso che procederemo nel presente capitolo nell'operare un'analisi giurisprudenziale e dottrinarie della struttura dell'organizzazione come soggetto di diritto penale: da una parte l'organizzazione ribalta la concezione sacrificale del diritto penale, di cui già si è parlato, fondata sull'individuo; dall'altra lo stretto legame tra politica ed economia che si riflette in una ridefinizione sociale, criminalizzando certe condotte delle persone giuridiche sulla base della qualità funzionale che esse rivestono nei confronti di attività considerate rischiose.

2. Responsabilità e rischio: il discorso intorno alla responsabilità penale degli enti.

Sembra fondamentale a questo punto rintracciare una precisa definizione di rischio nel diritto penale dell'economia. Infatti, quando si parla di rischio si fa riferimento ad un modo di calcolare l'entità e la possibilità dei danni che una determinata attività potrebbe comportare. L'origine storica dell'idea di rischio, mostra come quest'idea prima di essere applicata alle organizzazioni è stata utilizzata sugli individui. Allora perché sembra tanto difficile applicare tale idea anche alle organizzazioni all'interno di una logica penale?

Dovrebbe essere logicamente contrario il dilemma, dato che sarebbe sui singoli individui, sui loro corpi e le loro vite, che certe garanzie dovrebbero agire ad ogni momento e per proteggerli. A nostro avviso, si tratta della difficoltà legata al superamento della vocazione *sacrificale*²⁶¹. Nel diritto penale, fino a qualche anno fa, si teneva conto del rischio unicamente per definire la colpa nell'ambito del *c.d. rischio consentito*. Si trattava di una risposta penale alla penetrazione e complessificazione tecnologica e alla moltiplicazione delle possibili fonti di danno. L'intento era quello di limitare la responsabilità colposa a seguito di lesioni a beni giuridici arrecate nel corso di attività considerate pericolose, ma non per questo non consentite, in quanto ritenute necessarie allo sviluppo economico. Vi sono cioè delle attività intrinsecamente pericolose, che vengono tuttavia consentite in quanto indispensabili o comunque utili alla vita sociale: si pensi alla circolazione automobilistica, ferroviaria e aerea, alle attività produttive tecnologicamente complesse, alla produzione di esplosivi e veleni, alla ricerca medico-scientifica²⁶². Eppure, al riguardo, parte autorevole della dottrina evidenzia che la categoria del *rischio consentito*:

“vuol dire affidarsi all'impiego di una misura indefinibile e imprecisa, oggetto di una totale discrezione del giudice penale. In effetti, se il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento fosse sufficiente a delimitare il perimetro della colpa, bisognerebbe dichiarare la responsabilità penale tutte quelle volte in cui si verificano eventi dannosi derivanti da attività pericolose. Il limite della colpa, nelle attività che presentano un certo grado di pericolosità intrinseca, ma che comunque non sono definite illegali dall'ordinamento penale, deve essere allora stabilito sulla base del concetto di rischio consentito”²⁶³.

Allora, nel momento in cui si verifichi un determinato danno in conseguenza a tali attività, che però siano state svolte in modo diligente, ecco che mancherà il disvalore tipico dell'illecito colposo. Tale assunto non risolve il problema dell'individuazione della colpa in ambito di attività rischiose. Ancora più complesso è il problema che insorge di frequente

²⁶¹ Per i caratteri legati all'origine genetica della funzione sacrificale del diritto penale v. GAROFALO (L.), *L'homo liber della lex Numae sull'omicidio volontario*, in GAROFALO (L.) (a cura di), *Piccoli scritti di diritto penale*, Padova, 2008, in cui si ricorda come la logica sacrificale si traduca innanzitutto in una separazione dell'individuo dalla società, più che separazione potremmo dire, in senso figurato, amputazione, ossia il corpo sociale che si vuole percepire unitario intorno a qualcosa si amputa di una sua parte, la esclude, la offre alla divinità in funzione di pagamento del debito contratto proprio attraverso quella volontà di condividere quei valori. Dunque, qui si vuole far riferimento alla nozione di sacrificio in quanto scissione dell'individuo dalla comunità e in quanto debito dell'ordine alla natura disordinata delle cose.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale, sesta edizione*, Bologna, 2009, pp. 556 e ss.

dalla contrapposizione di valori giuridicamente protetti all'interno della categoria di rischio consentito. Si consideri la responsabilità relativa al tipo di produzione, ossia per il tipo d'attività svolta da un'impresa, quando, da un lato, si tratti di attività pericolose, e dall'altro, siano assenti previsioni legislative sulle misure cautelari da adottare. In casi del genere la formula del rischio consentito non risulta efficace nello sciogliere il nodo tra beni come quello della libertà dell'imprenditore nell'attività produttiva e altri beni giuridicamente protetti come quello alla vita o alla salute di tutti i soggetti minacciati dall'attività pericolosa. Il giudizio, rispetto alla rinuncia, a realizzare l'attività produttiva pericolosa, in ragione dell'osservanza dell'obbligo alla prudenza, resta all'arbitrio del giudice e deve essere equilibrato sulla base di delicati bilanciamenti di interessi che tengano in adeguato conto la tutela di tutti i diritti in gioco²⁶⁴. Spesso i limiti del rischio consentito vengono rilevati da valutazioni di tipo empirico, ritenendo consentito tutto ciò che, anche erroneamente, viene tollerato dalla comunità in cui l'attività pericolosa viene svolta; fatto che spesso si realizza in una legittimazione di attività che hanno un grado di pericolosità intrinseco che supera di gran

²⁶⁴ *Ivi*, p. 557.

lunga l'utilità prodotta nei confronti della comunità²⁶⁵. Tornando al discorso sulle ricadute del rischio all'interno della legislazione sul diritto penale dell'economia, si devono chiamare in causa i concetti di *valutazione del rischio* e di *gestione del rischio*. Bisogna preventivamente chiarire le dinamiche della differenza tra possibilità e rischio. Il concetto di possibilità rinvia a una valutazione circa la compatibilità del verificarsi di un evento con un certo contesto o una certa situazione. Si tratta in sostanza di un concetto che appartiene ad una logica binaria declinabile nei termini del "sì" e del "no". Esprime una secca alternativa tra ciò che, secondo leggi scientifiche, è verificabile, o possibile, e ciò che non lo è²⁶⁶. La *probabilità* è, invece, una valutazione tratta da esperienze scientifiche e statistiche, circa la frequenza con la quale un determinato evento accade, in un certo ambito preciso, si parla qui della probabilità frequentista che è un concetto estremamente graduabile da zero a uno e che sta alla base della nozione di pericolo, inteso come *calcolabilità probabilistica* degli effetti negativi che si possono attendere da una determinata situazione. Il concetto di rischio contiene la probabilità, incerta, combinata con l'importanza degli interessi in gioco. Nello

²⁶⁵ BECK (U.), *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. PRIVITERA (W.), SANDRELLI (C.), 1 ed., Roma, 2000. In ambito sociologico già più di vent'anni fa si cominciò a parlare di società del rischio. Successivamente al dibattito sociologico, si avviarono numerosi studi penalistici che assunsero a proprio oggetto le conseguenze in termini di diritto penale dell'emergere, e delle emergenze, delle società del rischio. Appare superfluo considerare, in tal senso, che la complessità tecnologica raggiunta a livello mondiale e la diffusione della stessa ha raggiunto livelli inimmaginabili fino a qualche decennio fa e ha reso, di conseguenza, potenzialmente più pericolose e più influenti tali attività in ambito sociale. Forse ancora più importante è che, conseguentemente a tale fenomeno, è stata prodotta una netta divisione tra chi produce e chi consuma; tra chi fa e chi subisce, potremo dire; difatti non bisogna essere dotati di una particolare immaginazione per poter dire che chi consuma subisce, dunque subiscono tutti, pure chi è anche nel ruolo di produttore oltre che in quello di consumatore. In questo quadro generale, in cui appare fondamentale la relazione produttore-consumatore (che ricorda il binomio debitore-creditore), vi era la consapevolezza che l'attività economica potesse avere dei risvolti offensivi generali nei confronti dei lavoratori, delle unità interne alle organizzazioni produttive, e nei confronti della collettività in generale, in quanto insieme di consumatori o di fruitori dell'ambiente nel quale tali attività si svolgono: "Era una società che aveva, già da tempo, dissolto i corpi intermedi, li aveva fusi, per costruire una società formalmente di individui, di atomi scissi l'uno dall'altro, legati tra loro solo da vincoli contrattuali, che avevano interamente sostituito quelli originari del ceto o del gruppo di appartenenza. Tutto si poteva comprare e tutto si poteva vendere, in un mondo di dimensioni oramai mondiali, dominato dalla libertà degli scambi e del libero movimento delle persone, come ancora ci ricorda Keynes. Si confidava che l'agire anche e soprattutto di tipo economico, fosse suscettibile di essere guidato da una razionalità strumentale, indispensabile per il compimento delle scelte: ne seguiva una fiducia nella controllabilità degli effetti e nella calcolabilità della natura, del tipo e della quantità delle conseguenze. Laddove non potevano intervenire le leggi generali, estratte dal gran libro della natura "scritto in linguaggio matematico", per dirlo con Galilei, come aveva fatto la cultura scientifica ottocentesca nella costruzione delle leggi della fisica e della termodinamica, poteva intervenire il calcolo delle probabilità, utilizzando i raffinati strumenti che risalivano a Pascal e alla metà del XVII secolo", in *Cfr. ALESSANDRI (A.), Diritto penale e attività economiche*, op. cit., p. 71.

²⁶⁶ *Ivi*, pp. 72 e ss.

specifico, quando si parla di valutazione del rischio si fa riferimento ad un obbligo di sicurezza che si articola in una preventiva ricognizione delle fonti di pericolo da parte di chi beneficia delle stesse attività potenzialmente pericolose. A seguito della valutazione preventiva dei possibili pericoli presenti nel sistema o nell'attività dell'organizzazione, bisognerà provvedere a quel secondo elemento a cui abbiamo accennato in precedenza, ossia alla gestione dei rischi rilevati, mediante la predisposizione delle cautele che la situazione di pericolo diagnosticata, sempre su basi probabilistiche, impone di adottare secondo *la migliore scienza ed esperienza disponibile*²⁶⁷. A questo punto la domanda è se il rischio può essere considerato alla stregua di un nuovo valore giuridico. La giurisprudenza, la dottrina e il legislatore penale di tutti i paesi dell'UE hanno in qualche modo inglobato all'interno dell'ordinamento giuridico la categoria economica di rischio. Ora, però, il rischio non ha nulla a che vedere coi rapporti tradizionali di *causa-effetto* che governano i criteri di imputazione della colpa e del dolo rispetto a determinati atti o omissioni penalmente rilevanti. Parte della dottrina fa notare che l'idea di rischio è stata introdotta nel diritto penale in ragione della sua vaghezza che permette di reprimere fattispecie che altrimenti resterebbero senza autore colpevole. In verità, quando si parla di rischio si fa riferimento ad una combinazione valutativa tra la probabilità che un determinato evento dannoso si verifichi e la gravità dell'evento stesso. Non di possibilità (che risponde alla logica del "sì" e del "no", del possibile e dell'impossibile), ma di probabilità, dunque, di gradi di incertezza, ogni volta in cui la certezza non è contemplabile. Il giudice penale tiene in conto dell'influenza che tale categoria può comportare nella valutazione dei fatti, ma non potrebbe servirsene quale unico elemento di giudizio sulla colpevolezza. La valutazione dei fatti non può affidarsi unicamente ad una definizione probabilistica dei gradi di incertezza. Fondamentale appare anche il caso in cui il legislatore è ricorso all'idea di rischio nella disciplina della responsabilità penale, o amministrativa, delle persone giuridiche. L'intrinseca inafferrabilità di tale lemma si presta facilmente a coprire difetti conoscitivi e prognostici. Consideriamo, ad esempio, tutte le possibili condotte criminose rispetto alla molteplicità dei reati-presupposto presenti nella normativa inerente alla responsabilità penale delle persone giuridiche. Soprattutto, ci riferiamo al caso italiano, all'idoneità del modello, che deve tenere necessariamente in conto l'esigenza al riferimento a tipi ideali, di una

²⁶⁷ *Ibidem.*

devianza morfologicamente frequente, in ambito organizzativo. Da ciò non bisogna pretendere di raggiungere, attraverso il modello, una completezza assoluta di argini organizzativi e procedurali, in uno sterile tentativo di prevedere ogni possibile variante comportamentale dell'ente collettivo e dei suoi membri²⁶⁸. I precetti legislativi sul modello organizzativo dell'ente possono riferirsi solamente ad una apprezzabile probabilità, in base a dati empirici e scientifici forniti attraverso l'analisi di una attività che possa volgersi allo sfruttamento a vantaggio o nell'interesse dell'ente attraverso l'illecito. Si tratta di una valutazione in termini di pericolo, definito sulla base ragionevole di esperienze derivanti dal passato e dalle discipline che si occupano di organizzazione. Ora, il rischio non ha nulla a che vedere con la logica inerente ai rapporti di causa-effetto che governano i criteri di imputazione della colpa e del dolo rispetto all'evento e rispetto ad un'impostazione penalistica tradizionale. Il diritto deve valutare i fatti e gli accadimenti determinandone le cause e non può esprimersi sulla sola base di parametri costruiti sull'incertezza²⁶⁹. Il rischio, proprio per questa sua natura inafferrabile, è un elemento utilissimo al diritto penale contemporaneo, ammesso che esso sia circoscritto a quelle fattispecie valutate in sede di prevenzione e in tutti quei casi dove il bene protetto risulti essere di rango particolarmente elevato²⁷⁰. L'imputazione colposa in tale direzione risulta paragonabile a una condotta che eccede la misura del rischio consentito; un rischio che si realizza nell'evento; ed è proprio il rischio illecitamente innescato che si deve produrre nell'evento perché il fatto assuma rilievo penale. Questa catena tra il rischio e l'evento deve essere letta attraverso le conoscenze scientifiche, che costituiscono strumento insostituibile per la comprensione dei nessi causali. La nozione di rischio consentito è di fondamentale importanza. Vi sono diversi tipi di rischi: Rischi non consentiti, come per esempio andare contromano in autostrada, oppure non rispettare la normativa sulla sicurezza sul lavoro. Rischi leciti, come viaggiare, nuotare quando il mare è agitato, fare paracadutismo. Si tratta di attività sottratte all'ordinamento

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ivi*, p. 86: "Il rischio rifugge, per le sue connotazioni intrinseche, dall'essere ingabbiato e rinchiuso nello stampo della fattispecie: rimanda a variabili incerte, venate dal soggettivismo, senza potere far valere un accreditamento scientifico sufficientemente solido".

²⁷⁰ Ad es., è questo il caso dei *reati di pericolo astratto*, dove però la legittimità all'uso valutativo della categoria di rischio può essere giustificata solo dalla ragionevolezza della previsione del pericolo, rispetto ai dati scientifici disponibili e alla gravità delle possibili conseguenze in relazione ai beni fondamentali protetti.

penale, in quanto riferibili a rischi di portata individuale e legittima. Esiste poi invece un'ampia categoria più sfumata e più complessa per la quale il rischio è consentito entro certi limiti²⁷¹. Si tratta di attività che comportano una misura di pericolosità in tutto o in parte ineliminabile e che, tuttavia, sono accettati dall'ordinamento perché, per esempio, afferenti ad importanti ambiti produttivi, scientifici, medici ritenuti utili. Il rischio, in questi casi, lungi dall'essere evitato, deve essere governato e arginato entro certi limiti. L'idea di rischio consentito conduce al punto cruciale: quando si tratta di attività rischiose, stabilire quale sia la linea di confine tra lecito ed illecito, tra ciò che è consentito fare e ciò che non è consentito fare, risulta difficile, spesso impossibile. In certi casi bisogna guardare al legislatore o all'autorità amministrativa per trovare una soluzione; ma, nella maggior parte dei casi la legge tace, oppure appare lacunosa. Ad esempio, la normativa può essere sovente datata rispetto alla velocità delle evoluzioni tecnologiche²⁷². E' chiaro che quello del rischio è un ambito in cui regnano l'incertezza, e la natura caotica dei contesti ai quale viene applicato. Il punto centrale resta quello dell'individuazione del rischio consentito, di una ideale linea di confine che potrebbe determinare incertezza ed insicurezza nelle condotte dei soggetti interessati. Rispetto alla nozione di limite del rischio consentito può essere declinato un *principio di standardizzazione* di linee guida, di protocolli, di regolamenti, di circolari. E' chiaro che le linee guida, i protocolli e i regolamenti possono, in certi casi, offrire delle indicazioni, dei limiti. Tuttavia, anche in questa materia, vi sono dei rilevanti problemi, perché occorre comprendere qual è la logica nella quale si è formata una certa prassi di comportamento, perché spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, e dunque non è detto che una *linea guida* sia un punto di approdo definitivo. Altre volte le linee guida sono obsolete o inefficaci e, dunque, anche sulle linee

²⁷¹ BAIOTTA (R.), *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, *Intervento all'incontro Chi valuta, chi decide, chi giudica*, organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011, consultabile on line sul sito di riv. *Diritto penale contemporaneo*, su http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/1169-colpa_e_gestione_del_rischio_in_situazioni_complesse/, 20 gennaio 2012.

²⁷² *Ibidem*: "Questa multiforme incertezza che caratterizza gran parte della moderne attività cui si interessa il diritto penale, conduce ad un risultato che per noi giudici è inquietante e che deve essere oggetto di profonda riflessione: l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra il lecito e l'illecito è proprio il giudice. Questa funzione di arbitro, di regolatore, rende davvero impegnativo il nostro lavoro e ci deve indurre ad una grande e profonda riflessione, con spirito di umiltà. Il fatto è che, più che moralisti, noi giudici siamo tecnici e dobbiamo tentare di comprendere in che modo la funzione equilibratrice che ci è di fatto demandata possa tradursi nella dinamica delle nostre categorie concettuali, in modo da essere gestita in modo equilibrato, oggettivo, razionale".

guida occorre posare uno sguardo speciale, occorre attenzione e cautela; le linee guida non sono - da sole - la soluzione ai problemi²⁷³. Sulla prevedibilità vi è una lunga tradizione giuridica che è stata alimentata dal tema della responsabilità industriale e degli enti: una materia molto affine all'ambito della *responsabilità professionale* perché anche in tale ambito vi è un problema di *previsione*, di *prevedibilità*, e soprattutto di *affidamento*, dunque di *garanzia*. Fondamentale appare dunque la definizione dei rischi e della prevedibilità dell'evento nelle strutture complesse degli enti collettivi, al fine di valutarne la responsabilità e di costituire i modelli a cui essi dovranno conformarsi.

3. Il principio di precauzione.

Affianco alla categoria del rischio, grande importanza negli ultimi anni ha assunto il *principio di precauzione*²⁷⁴. Il problema nasce non nel riconoscimento della necessità di tale principio per la gestione delle attività pericolose e illecite, ma piuttosto nella natura mobile ed indefinita dei limiti inerenti alle stesse. Duttilità che si confonde spesso con un grado troppo elevato di genericità²⁷⁵. Certi autori, hanno per primi individuato la delimitazione sociologica e teorica del *precauzionismo* giuridico e sociale moderno. Ma la consacrazione

²⁷³ *Ibidem*: “un comportamento non è lecito perché è consentito, ma è consentito perché diligente”.

²⁷⁴ GIUNTA (F.), voce *Principio di precauzione*, in *Dizionario di Diritto penale*, Milano, Il Sole 24Ore, 2008, pp. 905 ss.; FORTI (M.), “Accesso” alle informazioni sul rischio, *La “luce chiara della verità” e l’“ignoranza del pericolo”*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, 2007, PULITANÓ (D.), *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 2, 2006, spec. p. 786-788; PIERGALLINI (C.), *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, pp. 1 e ss., 438 e ss., 470 e ss., 475 e ss., 480 e ss.; JONAS (H.), *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt M., 1979; MARTINI (M.), *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 e ss.

²⁷⁵ MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, in *Diritto penale contemporaneo*, consultabile on line su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/principio_di_precauzione.pdf, 9 maggio 2011, p. 1, Nel cercare di dare una sommaria definizione del concetto di precauzione, potremmo dire che: “Qualora una valutazione scientifica evidenzi la presenza di rischi connessi allo svolgimento di certe attività, anche se, vista l’insufficienza o la contraddittorietà dei dati scientifici a disposizione, gli stessi non possono essere interamente dimostrati, né può essere precisata con esattezza la loro portata, il principio di precauzione impone nondimeno di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere la minaccia in questione, giungendo, se necessario, all’astensione dallo svolgimento dell’attività rischiosa. Specie nel caso in cui il rischio sia relativo a beni di rilevanza primaria, quali l’ambiente o la salute umana, l’assenza di certezza scientifica non può costituire un pretesto per la mancata o la tardiva adozione delle misure adeguate al contenimento del rischio”.

del principio a livello internazionale può essere rilevata nell'art. 15 della Dichiarazione approvata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992:

“Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale”²⁷⁶.

Più in generale, si potrebbe affermare che tale principio nasce in contrapposizione ad una logica egoistica antropocentrica e mira ad un atteggiamento di tipo solidaristico della comunità rispetto alla preservazione di determinati beni particolarmente importanti. Tutta l'insicurezza legata alla complessificazione socio-economica e all'avanzamento della tecnologia e della scienza viene affrontata attraverso una non meno complessa, quanto indefinita, *etica della responsabilità*, che nelle sue declinazioni in termini di prevenzione e di precauzione, dovrebbe fungere da baluardo contro i pericoli generati dall'insicurezza. Di conseguenza, la riflessione in ambito penale, intorno a questo principio, si è resa necessaria. Mettendo da parte le analisi d'ordine puramente sociologico, bisogna muovere da uno dei più importanti riconoscimenti normativi del principio di precauzione: l'art. 191 del TFUE (ex art. 174 TCE), secondo comma:

“La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”²⁷⁷.

Il principio di precauzione, seppur in assenza di una precisa definizione normativa, ha dimostrato una non trascurabile forza espansiva, assumendo, senza particolari difficoltà, la sostanza di vero e proprio principio generale del diritto posto a tutela di beni di rilevanza fondamentale ed è in questa direzione che vanno le statuizioni delle Istituzioni dell'Unione

²⁷⁶ ONU, *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo*, 14 giugno 1992.

²⁷⁷ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1° febbraio 1993, riguardante un programma comunitario di politica ed azione a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile, in *Gazzetta ufficiale* n. C 138 del 17/05/1993 pag. 0001 - 0004

Europea e le sentenze della Corte di Giustizia²⁷⁸. Bisogna mettere in evidenza che il concetto di *rischio* nella sua ristretta accezione si contrappone al concetto di *pericolo* in contesti caratterizzati da incertezza scientifica. Come è stato rilevato, il pericolo e, in particolare, il *pericolo astratto*, si fonda su una base scientifica certa e la sua legittimazione si rinviene appunto nella ragionevolezza della prova di una pericolosità-standard di certe sostanze o situazioni, bilanciata con la rilevanza dei beni oggetto di tutela²⁷⁹. Nel caso del rischio considerato come componente interno del principio di precauzione, la situazione risulta perfettamente invertita. Può accadere, appunto, che una sostanza si presuma pericolosa in ragione della sua riconducibilità ad una certa categoria di sostanze pericolose che presentano un certo grado di rischio (si pensi ai prodotti alimentari geneticamente modificati), senza che sia possibile fornire una prova positiva, o una prova negativa, sulla reale consistenza del rischio ipotizzato²⁸⁰. Il nuovo illecito di rischio, qualora fosse riconosciuto dal diritto penale, realizzerebbe un'anticipazione della tutela penale ancor più evidente, quindi anche più problematica sotto certi aspetti, di quella tradizionalmente affidata alle fattispecie di pericolo presunto. Comunque, il modello di reato privilegiato dal legislatore italiano in caso di violazione delle regole di prevenzione è quello della contravvenzione punita alternativamente con la pena detentiva e pecuniaria per le persone fisiche; e pecuniaria o interdittiva per quelle giuridiche²⁸¹. Quanto alla tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice, nella grande maggioranza degli ordinamenti europei ci si affida il più delle volte al rinvio alle norme di disciplina, rinunciando ad un'autonoma tipizzazione della condotta penalmente rilevante e rendendo spesso assai complessa l'opera di coordinamento affidata all'interprete. Si prenda, ad esempio, per collocare storicamente il fenomeno precauzionale nell'ordinamento penale, il modello di illecito costituito dalle contravvenzioni, bisognerebbe fare riferimento a fattispecie che nascono come semplici *trasgressioni di*

²⁷⁸ v. WHITESIDE (K.), *Precautionary Politics: Principle and Practice in Confronting Environmental Risk*, Cambridge, 2006.

²⁷⁹ PERINI (M.), *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 174 ss.; v. anche MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, op. cit., p. 1.

²⁸⁰ GARGANI (A.), *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2005, p. 96.

²⁸¹ MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, op. cit., p. 3.

*polizia*²⁸², rispondenti ai caratteri della prevenzione e della specializzazione, ma che col tempo sono diventate sempre più ampie ed eterogenee; finendo col rappresentare un mezzo indirizzato a fungere da carattere propulsivo ed evolutivo del diritto penale attraverso il rafforzamento di una tutela preventiva. Spesso l'obiettivo di prevenzione dei danni attraverso il diritto penale viene perseguito attraverso la predisposizione di fattispecie incriminatrici poste a tutela del rispetto di prescrizioni di ordine amministrativo. Si rilevava già nella prima parte del novecento come le contravvenzioni avessero come scopo fondamentale quello di tutelare taluni interessi della comunità e dello Stato²⁸³. Uno dei pericoli legati a tale modello è il rischio di passare da una tutela dei beni a una *tutela delle funzioni amministrative*. Il timore è che la sanzione penale posta a tutela di prescrizioni amministrative possa oltrepassare i limiti del principio di *necessaria offensività*, e costituire un illecito di pura disobbedienza. Il diritto penale contravvenzionale ha sempre rappresentato una forza propulsiva, soprattutto in ambito di responsabilità degli enti, oggi tale funzione, come abbiamo visto, è affidata al *c.d. diritto penale del rischio*. Non a caso nella legislazione speciale in materia ambientale, seppur in continua evoluzione, lo schema di tipizzazione più frequente è proprio quello sanzionatorio, nella maggior parte dei casi le norme incriminatrici si limitano a punire l'inosservanza di prescrizioni amministrative o l'inadempimento di formalità come, in primo luogo, la mancata richiesta di un'autorizzazione preventiva per lo svolgimento di una certa attività (schema che viene usato ad esempio per la prevenzione nella produzione di OGM)²⁸⁴. Effettivamente il riferimento alla legislazione penale in materia ambientale si rivela paradigmatico, evidentemente, e non solamente per la tecnica di tipizzazione privilegiata in questa materia, ma anche per le caratteristiche particolari del bene giuridico che per mezzo di quelle fattispecie si pretende di tutelare²⁸⁵. Spesso i danni all'ambiente non derivano tanto dalla condotta inquinante di un singolo individuo, ma da un modo di produrre o di smaltire, da un'organizzazione produttiva e da un insieme di condotte

²⁸² PADOVANI (T.), *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, tra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 429.

²⁸³ ROCCO (A.), *La pena e le altre sanzioni giuridiche, Prolusione al corso ufficiale di diritto penale nella R. Università di Napoli*, letta il 17 febbraio 1917, *Rivista penale*, 1917, pp. 329-49.

²⁸⁴ GALASSO (G.), *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Milano, 2006.

²⁸⁵ MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, op. cit., p. 3.

reiterate nel tempo. Da qui la necessità di ricorrere alla categoria di presunzione del pericolo; fatto reso ancor più pregnante dagli effetti devastanti a livello globale dei danni derivanti da attività inquinanti, e che quindi potrebbero giustificare il ricorso alla logica di precauzionale e di prevenzione. Siamo di fronte ad una crisi del bene giuridico che è in realtà la conseguenza dell'emersione di beni super-individuali e collettivi. Inoltre, la comprensione dei rapporti tra beni strumentali e beni finali risulta legata alla già richiamata contrapposizione tra tutela di beni e tutela di funzioni. La questione relativa alla decisione, sulla base del principio di precauzione, se una data attività presenti un livello di rischio tale da rendere necessaria un'interdizione dell'attività medesima di fronte all'incertezza sulla pericolosità oppure se questa attività debba essere lasciata libera nonostante i rischi che essa rappresenti non è una decisione prettamente giurisprudenziale ma è anche, e forse soprattutto, una decisione politica. In questo contesto possono inquadrarsi anche alcuni punti della Comunicazione della Commissione europea del 2000²⁸⁶, attraverso i quali traspare chiaramente la preoccupazione di evitare che dalla combinazione dell'incertezza scientifica con il principio di precauzione derivino legami così stretti da rivelarsi più *pericolosi* del rischio al quale intendono far fronte. Anzitutto, si precisa che, in una situazione di incertezza scientifica e a fronte di richieste più o meno pressanti da parte dell'opinione pubblica, la positiva adozione di misure non è l'unica via possibile, visto che "anche la decisione di non agire può costituire una risposta"²⁸⁷. In secondo luogo, si richiama più volte l'attenzione sull'accuratezza che deve caratterizzare la preliminare valutazione dei rischi, la quale deve basarsi sempre e solo su valutazioni di tipo scientifico, in grado di chiarire la tipologia di rischi ipotizzati ed il loro grado di incertezza. Si direbbe che la *precauzione* nel ricorso al *principio di precauzione* potrebbe fungere da prima linea guida da tener presente per raggiungere quel delicato ed incerto punto di equilibrio tra la libertà dei singoli individui, delle imprese e delle organizzazioni e l'esigenza di contenere al minimo il rischio di effetti negativi per l'ambiente o la salute umana. Il principio di precauzione, quale criterio d'imputazione, è destinato a trovare fertile terreno di insediamento non tanto nell'incertezza

²⁸⁶ Il cui scopo fu soprattutto quello di evitare che l'incertezza scientifica e il principio di precauzione combinandosi diano origine a combinazioni ancora più pericolose "pericolose" del rischio al quale dovrebbero far fronte.

²⁸⁷ STELLA (F.), *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 481 e ss.

scientifica in quanto tale, ma, ancor maggiormente, in un'incertezza scientifica destinata ad essere superata in tempi più o meno brevi attraverso le evoluzioni della ricerca. Si Pensi al caso delle esposizioni dei lavoratori a sostanze tossiche rappresentato in Italia dal *caso Porto Marghera*²⁸⁸ che ha assunto le dimensioni di autentico paradigma di riferimento: gli effetti nocivi di una certa sostanza, prima non conosciuti, divengono, al momento del giudizio, patrimonio consolidato della scienza ufficiale e della giurisprudenza. Dopo aver risolto positivamente il problema della riconducibilità causale dell'epatocarcinoma del lavoratore all'esposizione prolungata al cloruro di vinile monomero, si trattava di verificare se il datore di lavoro potesse *(ri)conoscere* gli effetti cancerogeni del *cvm*, e se, in ogni caso, sia stato sufficientemente prudente, *cauto*, a fronte di sostanze di cui era nota una certa pericolosità (di cui si poteva sospettare una generica rischiosità), sebbene in riferimento a patologie diverse da quella tumorale. La questione è, in termini più generali, quella dei complessi rapporti tra regola cautelare ed evoluzione del sapere scientifico e, quindi, delle più ampie conoscenze causali di cui il giudice dispone al momento del giudizio rispetto a quelle di cui l'agente era in possesso al momento della condotta. Non si è esitato ad affermare che, in contesti di tale genere, proprio il principio di precauzione possa fungere da valido punto di riferimento, legittimando l'obbligo di anticipare le cautele doverose in contesti di incertezza scientifica. In giurisprudenza, proprio in riferimento all'esempio *Porto Marghera*, si è inoltre precisato che "ciò che occorre cercare è la mera rappresentabilità di un evento generico di danno alla vita o alla salute" perché "in ambito di colpa il parametro è il rischio"²⁸⁹. Il passaggio, dunque, dalla regola cautelare alla regola precauzionale, che è sintetizzato nelle articolazioni motivazionali del *decisum* della Cassazione sul caso del polo petrolchimico di *Porto Marghera*, dove viene esplicitato, con riguardo alla riconoscibilità dei rischi

²⁸⁸ Trib. Venezia, 2 novembre 2001, Cefis e altri e Corte Ap. Venezia, 15 dicembre 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670 ss; con nota di C. Piergallini, Il paradigma della colpa; *Cass. pen.*, Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, S. Bartalini, in *Foro it.*, 2007, fasc. n. 10, con nota di R. Guariniello, *Tumori professionali a Porto Marghera*, c. 570. La questione è simile a quella a cui si è confrontata la giurisprudenza civile in materia di responsabilità del Ministero della salute per danni conseguenti ad emotrasfusioni con sangue infetto (le Sezioni Unite sono di recente intervenute sul tema con dieci sentenze, dalla n. 576 alla n. 585 del 2008, in *Foro it.*, 2008, I, cc. 453 e ss.), anche se, evidentemente, nel sistema della responsabilità civile i concetti di "colpa" e di "causalità" rispondono a principi differenti rispetto a quelli che regolano la responsabilità penale.

²⁸⁹ RIVA (R.), *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 1743 ss.

dell'attività lavorativa e dei potenziali sviluppi lesivi, che l'agente, gravato da una posizione di garanzia ha un obbligo:

“di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma e che nel contenuto di prevedibilità di siffatti rischi e dei potenziali sviluppi lesivi (...) rientri anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta ma potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione”²⁹⁰

Tale affermazione segna lo sganciamento, nella materia della sicurezza del lavoro, della prevenzione dell'evento dalla condotta conforme alla regola previamente posta: ponendo in crisi, in tal modo, la stessa funzione garantistica della regola cautelare, quale strumento selettivo delle condotte idoneo ad orientare consapevolmente l'agire del soggetto in vista dell'imputazione dell'evento secondo i criteri della responsabilità colpevole sanciti dall'art. 27 1° comma Cost.²⁹¹. In tale ottica interpretativa, sarebbe lecito ritenere che le aspettative di protezione rafforzata di beni giuridici primari, come la vita e la salute dei lavoratori, collegate all'esistenza di *posizioni di garanzia*, potrebbero senz'altro giustificare l'affermazione di responsabilità penale, specie nei reati omissivi impropri colposi, dove i profili oggettivi e soggettivi dell'imputazione dell'evento tendono a sovrapporsi, "in ragione della comune matrice normativa dei criteri dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e della regola cautelare volta a scongiurarlo, se si accerti che la condotta conforme alla regola cautelare, ove effettivamente tenuta, avrebbe avuto soltanto la possibilità di evitare l'evento lesivo, valorizzando, sul piano della tipicità, la componente omissiva insita nel rimprovero per colpa"²⁹². E ciò, quindi, a prescindere da una concreta verifica circa la effettiva efficacia *predittiva* della regola cautelare in relazione alla specifica offesa al bene giuridico, così da

²⁹⁰ Trib. Venezia, 2 novembre 2001; v. PETRINI (D.), *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro*, in BARTOLI (R.) (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 300.

²⁹¹ Cfr. Sez. IV, 17/09/2010, n. 43786, c.d. caso delle "Ferrovie Trento – Malè", il quale ha ammesso, che la questione relativa alla colpa e alla prevenzione a tal proposito resta ancora aperta e non sembra risolta; in Cass. pen., 2011, 5, 1712, con nota di Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*

²⁹² SCARDAMAGLIA (I.), *Diritto penale della sicurezza sul lavoro Tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, consultabile on line su <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353541107SCORDAMAGLIA2012b.pdf>, p. 3.

indirizzare l'imputabilità dell'evento al soggetto, anche ove sussista soltanto la possibilità, con le dirette conseguenze sul piano soggettivo della prevedibilità e della evitabilità, che le conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare l'obbligo preventivo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica e all'adozione delle misure preventive generalmente praticate. È vero che, sempre nel caso Porto Marghera, la Corte di cassazione ha esplicitamente escluso che il principio di precauzione possa vedersi riconosciuta una diretta efficacia nel diritto penale, rappresentando piuttosto un criterio che deve orientare l'operato delle pubbliche autorità in settori quali quello delle onde elettromagnetiche o dei prodotti alimentari geneticamente modificati. La regola di comportamento per effetto del principio di precauzione da *cautelare* diventerebbe *cautelativa*, e il solo comportamento diligente capace di fronteggiare un rischio così vago sarebbe costituito dalla mera astensione dall'attività; tale paradigma imporrebbe agli enti e agli specialisti una regola generale che recita: "se io non so cosa accadrà, allora non devo agire". I soggetti collettivi potrebbero però essere condannati sulla base di un difetto organizzativo, il che non contrasterebbe con i principi di personalità del reato. Mentre la persona fisica verrebbe condannata perché poteva (e doveva) sospettare il rischio connesso alla propria attività; spetterebbe eventualmente all'imputato provare di aver fatto "tutto il possibile per evitare il danno", con una sostanziale somiglianza rispetto ai toni tipici della responsabilità civile, si tratta di una questione legata alla competenza:

“La strada del diritto penale del rischio è, dunque, lastricata da troppe insidie, soprattutto quando è la prassi applicativa ad imboccarla, senza curarsi di rispettare il codice genetico di un tipo delittuoso che impone di ascrivere *nomologicamente* l'evento per colpa. Non si tratta, *de lege ferenda*, di esorcizzarla in blocco, specie quando la cornice empirico-criminologica restituisce costanti capaci di essere imbrigliate in condotte fortemente tipicizzate e a forma vincolata, che rinuncino espressamente all'ingenua, perché ormai impraticabile, idea di ascrivere eventi. Occorre, però, massima cautela e va riaffermato con forza che non spetta al giudice intraprendere un simile percorso, ma – lo reclama lo Stato di diritto – alla penna del legislatore”²⁹³.

Una delle più imponenti questioni critiche legate all'accertamento della colpa incontra, in situazioni caratterizzate da un sapere scientifico in continua evoluzione, è senza alcun dubbio la precisa individuazione del momento a partire dal quale si può dire che l'agente possa riconoscere i rischi connessi ad una certa attività e, quindi, si possa effettivamente

²⁹³ PIERGALLINI (C.), *Il paradigma della colpa*, op. cit., p. 1684.

attivare per impedirne i possibili sviluppi lesivi del bene giuridicamente protetto. L'attenzione va centrata, in particolar modo, sui doveri di informazione configurabili in capo a chi svolge determinate attività. Poi, se l'*incertezza*, può essere approssimativamente definita come una "mancata conoscenza di rapporti di derivazione causale"²⁹⁴, appare chiaro che l'unico rimedio in via preventiva che possa valere anche come criterio di imputazione è l'obbligo di acquisire tempestivamente le nuove informazioni disponibili, sulla base delle quali orientare poi il proprio comportamento. Si tratta, in altri termini, di far fronte alla critica in base alla quale "l'obbligo di approfondimento e di aggiornamento scientifico costituisce una pretesa di diligenza ancora difficile da conciliare con il canone dell'esigibilità, per via della sua insanabile genericità"²⁹⁵. Ci sembra poi sottinteso che il naturale destinatario della regole cautelari che impongono di riconoscere i rischi connessi ad una certa attività e di adoperarsi per contenerli o per azzerarli non è tanto la persona fisica, quanto piuttosto quella giuridica, tenuto conto della complessità del processo decisionale e delle attività oggetto degli scopi societari dell'ente. Occorre, perciò, fare i conti con la complessità del processo decisionale che caratterizza le organizzazioni in parola e che spesso rivela l'insufficienza degli schemi elaborati con riferimento all'agire individuale all'interno dell'impresa. Difatti, la moderna realtà delle organizzazioni complesse è caratterizzata da una frammentazione delle competenze e da una polverizzazione dei centri decisionali: la *procedimentalizzazione della decisione* che ne deriva rende assai difficoltoso l'adattamento del modello *individualistico*, basato sul più lineare percorso *informazione – scelta – azione – esecuzione*. Soprattutto, occorrerebbe predisporre meccanismi sanzionatori efficaci, domandandosi, ancora una volta, se e fino a che punto la sanzione penale possa servire allo scopo; ciò, evidentemente, anche valorizzando le indicazioni offerte dalla via del "diritto penale della persona giuridica"²⁹⁶. Si è osservato che la percezione dei rischi connessi alle società tecnologicamente avanzate ha determinato nei Paesi toccati da tale fenomeno una sorta di *trauma da modernità*. Il trauma determinato dagli immensi rischi inerenti a certe attività produttive hanno comportato il graduale affermarsi di un *nuovo modello penale*,

²⁹⁴ MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, op. cit., p. 11.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ MARINUCCI (G.), *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss.

incentrato sul *comportamento* più che sul risultato, in quanto tende ad *anticipare* la protezione del bene giuridico. Tale sistema è ancora in fase di costituzione e i principi non sono stati ancora del tutto accettati. Sulla base dell'idea di rischio e su quella di principio precauzionale si sta costituendo, inoltre, un modello penale che potrebbe essere definito modello di diritto penale della *causalità generale*, il quale non analizza l'entità dell'evento lesivo in sé, ma si basa su tutta una serie di valutazioni scientifiche tra cui ritroviamo la statistica, insieme alla scienza della valutazione del rischio, ma anche l'epidemiologia, la medicina del lavoro, la tossicologia, la biologia animale. Ecco che ritorniamo ai temi cari ai teorici positivisti dell'inizio del XX sec., perché da qui è facile arrivare ad un'idea precisa, che al limite si potrebbe inscrivere all'interno di un paradigma neopositivista. Infatti già Rocco all'epoca denunciava una sorta di stato di crisi del diritto penale, che si costituiva come astrazione dal diritto positivo e dalla regola; plasmandosi sui dettati di altre scienze, come quella della psicologia, dell'antropologia e della sociologia²⁹⁷. Si temeva uno sviluppo del diritto penale avulso dal diritto positivo e più vicino all'aspetto *antropologico-psicologico* che non a quello meramente *normativo-regolamentare*. Oggi la tendenza è quella a conformare il diritto penale su modelli comportamentali più o meno standardizzati. Si fa riferimento in particolare alla figura dell'*agente modello*, ad una normalizzazione che i positivisti già auspicavano e all'*homo eiusdem professionis et conditionis*²⁹⁸; trasferito al diritto penale degli enti si traduce nella rilevanza della ricerca della colpa attraverso l'esame della corrispondenza della struttura organizzativa dell'ente al modello prestabilito contenuto nei regolamenti. Il pericolo è che questi modelli prendono già intrinsecamente una forma di

²⁹⁷ ROCCO (A.), *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. III, Roma, 1933, p. 268: "o noi ci sbagliamo, o non c'è altro rimedio che questo, rimedio semplicissimo, almeno ad enunciarlo: tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto. [...]. Ma qui vedo già sorgere all'orizzonte una capitale obiezione. Si dirà che una tale distinzione della scienza del diritto penale dalla scienza psicologica, antropologica e sociologica, da un lato, dalla filosofia del diritto e dalla politica, dall'altro, non è scientificamente e praticamente possibile. Si dirà che, in tal modo, si distrugge il diritto penale come scienza, che se ne fa un vuoto, quanto pericoloso, formalismo; che si riduce la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche; che si bandisce un isolamento cellulare fra le varie scienze criminologiche, quanto mai gravido di nefaste conseguenze pratiche per la società civile. Ma non è punto il nostro pensiero a giungere ad una tal conclusione, né essa è punto una conseguenza necessaria delle nostre affermazioni. Ciò che si vuole è soltanto che la scienza del diritto penale conformemente alla sua natura di scienza giuridica speciale limiti l'oggetto delle sue ricerche dirette, allo studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale positivo"

²⁹⁸ v. FRISON-ROCHE(M.-A.) (a cura di), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, 1997.

penalizzazione preventiva rispetto all'evento che resta solo potenziale, e il cui rischio è spesso inafferrabile. Fatto che diventa ancora più evidente considerando che l'atto o l'omissione colpevole in tali casi va ricercata *ex ante* piuttosto che *ex post*. Ritornando alla centralità del principio di precauzione, bisogna intravedere nella sua evoluzione nomologica uno squilibrio a confine tra le esigenze regolative della *polis* e quelle operative della *techne*, e dunque tra timori apocalittici e liberalismo sfrenato. Un ulteriore elemento di preoccupazione riguarda, poi, la tendenza a utilizzare in maniera impropria e inadeguata il principio di precauzione. L'estrema duttilità concettuale del principio lo rende adattabile a tutti i contesti, molto eterogenei, interessati dalla nozione – oramai liquida – della *sicurezza*, ben al di là della tutela dell'ambiente, della vita, della salute e dell'incolumità. Sembra significativo, in tal senso, che, in relazione alla sicurezza nazionale e internazionale e alla lotta al terrorismo, le nuove strategie inaugurate dopo l'*11 settembre* 2001 – la *c.d. dottrina della guerra preventiva*²⁹⁹ o le misure interne di limitazione di libertà o diritti – siano ritenute, da alcune voci, riconducibili allo stesso principio di precauzione. Il che dimostra non soltanto la possibilità di un uso improprio di tale criterio, al di fuori cioè del suo ambito originario di applicazione (la protezione dell'ambiente) e delle sue estensioni analogicamente e testualmente ancora giustificabili (la tutela della vita e della salute); bensì, e soprattutto, anche la possibilità di un uso strumentale di tale “formula magica”, ossia quale “feticcio” da invocare, al di fuori del contesto suo proprio, per giustificare decisioni politiche (o giudiziarie) che più nulla hanno a che fare con un criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica³⁰⁰. Una volta messi in guardia da simili pericoli, bisogna riconoscere che il principio di precauzione nei vari settori della *sicurezza* si presta a giocare il ruolo di potenziale fattore di espansione del diritto penale. "Persino i reati di pericolo presunto o astratto conservano una base etiologica che, anche se solamente potenziale,

²⁹⁹ si veda DELMAS-MARTY (M.), *Le travail à l'heure de la mondialisation*, Paris, 2013.

³⁰⁰ CASTRONUOVO (D.), *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, documento consultabile on line su <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf>, p. 6; lavoro che intende mettere ordine ad una materia, quella della precauzione in diritto, che seppur avendo una matrice europea, non arriva ad consolidarsi in forma omogenea all'interno dell'UE.

risulta comunque essere nomologicamente fondata³⁰¹; oppure fondata su regole di esperienza, sull'*id quod plerumque accidit*. Mentre nel caso del principio di precauzione la base epistemologica sembra rovesciata: si sanzionano comportamenti che allo stato attuale della scienza non è possibile definire come innocui, ma nemmeno come certamente dannosi, si applica invece una *presunzione di pericolosità*. Si tratta di illeciti che, per forza di cose, sono molto vicini al modello della mera *disobbedienza* o alla violazione di procedure o di provvedimenti amministrativi attraverso fattispecie fondate sul momento autorizzativo, su tecniche ingiunzionali o sulla fissazione di limiti-soglia³⁰². Il *modello precauzionistico*, insieme a quello relativo all'imputazione penale alla persona giuridica, di cui spesso è elemento essenziale, dovrebbe essere inteso come sensibilmente diverso dal tradizionale modello del *pericolo astratto*, ossia al modello a *base etiologica* fondata su regole di esperienza o su leggi scientifiche. Si tratta di rischi temuti sulla base di serie supposizioni, ma non supportati da una logica di *causa-effetto*; in quanto non si è certi degli effetti di determinate attività, eppure talvolta si può ragionevolmente supporre una seria pericolosità delle attività in oggetto; il diritto penale cerca in qualche modo di continuare a ragionare in termini di *causalità*, anche in ambiti, come quello preso in analisi, dove vi è una palese impraticabilità. Perciò, tali illeciti dovranno essere costituiti caso per caso come inosservanze rispetto a divieti, ad obblighi di autorizzazione, di comunicazione di informazioni, o come violazioni di procedure, di prescrizioni ingiunzionali, di norme tecniche, di limiti di tollerabilità, etc. Si tratta di un nuovo fenomeno penale che potremmo definire come una *causalità potenziale*, senza leggi scientifiche o regole di esperienza, ma che richiede attenzione particolare in quanto, qualora gli effetti della potenziale causalità presupposta si verificassero, sarebbero particolarmente gravi e pericolosi, spesso

³⁰¹ Sulla causalità come presupposto della relazione di pericolo (in quanto relazione di possibilità/probabilità), ANGIOINI (F.), *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2. ed., Milano, 1994, pp. 19 e ss. (in part. 24).

³⁰² Come indicato da CASTRONUOVO (D.), *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, op. cit. p. 9, per approfondire in tema di reati fondati sul momento autorizzativo; MANTOVANI (M.), *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003; Il richiamo (in prospettiva de lege ferenda) al modello ingiunzionale di tutela anche negli ambiti di pertinenza del principio di precauzione, in direzione di una responsabilità prevalentemente a carico degli enti collettivi, è analizzato nelle analisi della letteratura penalistica. Cfr., per es.: GIUNTA (F.), voce *Principio di precauzione*, cit., 914 s.; FORTI (G.), *Accesso*, cit., 211-225.

disastrosi³⁰³. Un possibile effetto di specializzazione sul diritto penale, potrebbe derivare, eventualmente, dalla *costituzionalizzazione* del principio di precauzione, come è accaduto in Francia a proposito della tutela ambientale a seguito di una serie di dibattiti politici, parlamentari, contro i danni gravi e irreversibili causati da talune attività industriali e produttive, in virtù dell'art. 5 della *Charte de l'environnement*³⁰⁴ del 2004, annessa nel 2005 alla Costituzione del 1958. Una costituzionalizzazione della regola precauzionale sembra opportuna in relazione non solo allo scopo particolarmente sensibile a cui si indirizza tale istituto, ma anche perché l'effetto espansivo ricollegabile al principio di precauzione – un esito favorito anche dalla sua, ripetutamente denunciata, indeterminatezza di fondo – mostra come esso si comporti più come *principio giuridico*, che come vera e propria *regola normativa*: tale é la formulazione come enunciato generale, e quindi suscettibile di applicazione solo tramite *regole operazionali* particolari, influenzata dalle stesse fattispecie concrete alla quale di volta in volta viene applicato, ma non applicabile in via immediata. Sembra piuttosto che si tratti, in riferimento alle ormai numerose ed eterogenee formalizzazioni giuridiche (art. 191 *TFUE*; art. 7 del Regolamento *CE* n. 178/2002; art. 5 della *Charte de l'environnement* annessa nel 2005 alla Costituzione francese) di una particolare norma che esprime un criterio di valutazione, gestione e comunicazione del rischio in situazioni di incertezza scientifica o empirica secondo modalità metodologiche e procedurali che andranno determinate mediante ulteriore disciplina rimessa ad atti concreti, verifiche, valutazioni. Infatti, seppure vero è che "L'assenza di prove non è prova di assenza"³⁰⁵, bisogna ad ogni modo corroborare il principio di precauzione con analisi concrete e convincenti da allegare alla regola amministrativo-penale. Il principio di precauzione, allo stesso modo della responsabilità penale delle persone giuridiche, è un

³⁰³ Qui però preme mettere soprattutto in evidenza la qualità erosiva rispetto ai criteri classici del diritto penale rappresentata dal principio di precauzione e dai suoi predicati, come viene sottolineato in un quadro riassuntivo sulle reazioni dottrinali al processo di flessibilizzazione delle categorie penalistiche, in DE FRANCESCO (G.), *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti Stella*, I, Napoli, 2007, 513 ss.

³⁰⁴ per un'analisi critica v. BRONNER (G.) e É GÉHIN (É.), *L'inquietant principe de précaution*, Paris, 2010, p. 15.

³⁰⁵ *cit.* in GODARD (O.), *Le principe de précaution*, in HOTTOIS (G.) (a cura di), *Encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, 2000.

principio che in via originaria era contenuto all'interno del dominio del diritto civile³⁰⁶. Se da una parte la dottrina francese esclude l'inclusione di tale principio nel diritto penale, dall'altra, volendo constatare che la violazione di norme precauzionali è in qualche modo figlia dell'imprudenza, allora attraverso un facile sillogismo si potrebbe affermare che il principio di precauzione non dovrebbe essere lasciato inconseguente all'interno del sistema penale. Quest'affermazione nasce dalla constatazione che tale principio assume sempre più nella valutazione giurisprudenziali della colpa d'organizzazione e, più in genere, nei reati economici o legati alle attività produttive.

3.1. Ancora sul principio di precauzione come costo sociale del rischio.

La questione non è, per quanto concerne il diritto penale, tanto quella della virtualità dell'idea di rischio, quanto quella della sua accettabilità; infatti, proprio in questo consiste il dilemma del principio di precauzione:

“Un comportement dont la dangerosité semble établie peut rester acceptable si le dommage, bien que probable, apparaît de faible ampleur; alors qu'à l'inverse un comportement dont la dangerosité n'est pas établie peut être jugé néanmoins inacceptable si les effets potentiels semblent graves et irréversibles”³⁰⁷.

Il problema del principio di precauzione consiste prima di tutto nella difficoltà, spesso legata ad una discrezionalità estrema, nel definire il limite del grado di accettabilità di un rischio

³⁰⁶ SEILLAN (H.), *Dangers, accidents, maladies, catastrophes*, Paris, 1999: “Depuis quelques années, le principe de précaution, en autres effets, a fait irruption dans le champ de réflexion des spécialistes du droit de la responsabilité civile et du droit de la responsabilité administrative. Pour l'heure toutefois, la question de son influence sur le droit pénal en général et sur le droit pénal de l'imprudence en particulier n'est pas véritablement posée - un certain nombre de civilistes semblent même considérer qu'elle n'a pas à l'être -. Pourtant, si l'on veut bien admettre que la précaution est fille de la prudence, il n'est aucune raison d'exclure a priori l'hypothèse selon laquelle, dans certains cas, et à certaines conditions, le fait d'exposer autrui à un risque conjectural grave est constitutif d'une imprudence pénalement qualifiable. Cette prise en considération du risque du risque serait notamment utile en termes de prévention. Moyennant certains aménagements, le défaut de précaution pourrait ainsi relever de la faute d'imprudence, élément moral d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne. Par ailleurs, en l'absence de toute atteinte effective à la personne, et au-delà des quelques infractions-obstacle de précaution d'ores et déjà existantes, il pourrait aussi peut-être, de lege feranda, consommer un délit de mise en danger revisité”.

³⁰⁷ *Ivi*, p. 83.

connesso ad una determinata attività economica, industriale, scientifica, messa in opera da enti collettivi forniti di un'organizzazione capace di implementare i potenziali effetti dannosi a livelli inimmaginabili, allo stesso modo in cui sono capaci ad implementarne i profitti. Un esempio tipico può essere quello rappresentato dai *media* nazionali francesi, i quali hanno riportato il fatto che l'11 agosto 2009 il Tribunale di Créteil, in Francia, aveva interdetto all'ente operatore di telefonia mobile *Orange* d'installare una delle sue antenne di ripetizione nel 13° *arrondissement* di Parigi, a seguito di una denuncia degli abitanti della riviera "au nom du principe de précaution". In realtà, non è stato mai scientificamente provato che le antenne in questione potessero risultare nocive per la salute umana o per l'ambiente, dunque, in tali condizioni, anche altri dispositivi tecnologici che siano sottoposti ad una stigmatizzazione gratuita da parte dei media potrebbero a loro volta essere messi al bando. Il giudice, inoltre, si era pronunciato secondo una procedura d'urgenza, ritenendo il caso particolarmente importante e pericoloso. Si tratta di un esempio di *versione massimalista del principio di precauzione*: a questo punto, infatti, tutti gli abitanti di tutte le parti della città avrebbero potuto chiedere al Tribunale di interdire l'ente a posizionare dei ripetitori nella propria zona di residenza, ma in tal caso la città intera avrebbe dovuto rinunciare a utilizzare i telefoni portatili, le connessioni Wi-Fi, etc. Bisognerebbe, perciò, distinguere il principio di precauzione, che è un principio fondamentale per combattere gli effetti nefasti di attività pericolose generate dall'operare di enti super-umani, il cui unico interesse sarebbe quello del profitto a discapito della sicurezza dei singoli individui, dal *precauzionismo*, ossia dall'ideologia che sottende la volontà di applicare ovunque e sempre il principio di precauzione, e che in qualche modo, è esso stesso causa di insicurezza in quanto genera una sorta di allarme continuo immobilizzante e che non si deve temere di definire come uno dei fenomeni ideologici più importanti dell'epoca attuale. Il Méphistophélès di Goethe, "veut le mal, mais fait parfois le bien"³⁰⁸; il principio in parola invece vuole il bene, ma a volte fa il male. Al contrario, Bruno Latour si riferisce al concetto di precauzione nei seguenti termini: "un principe d'action, d'audace, d'enquête, de recherche hésitante du bien commun"³⁰⁹, esprimendo soddisfazione nel vederlo inscritto nella Costituzione francese. Anche qui, come

³⁰⁸ cit. in. BRONNER (G.), *L'inquiétant Principe de précaution*, op. cit., p. 24.

³⁰⁹ LATOUR (B.), *L'Économie, science des intérêts passionnés. Introduction à l'anthropologie économique de Gabriel Tarde*, Paris, 2008.

nel caso della responsabilità penale delle persone giuridiche, il principio di precauzione, nasce dall'esigenza dello Stato di ripartire la gestione della regolazione della *respublica*: da un lato, devoluzione di certe funzioni in passato ritenute pubbliche, dall'altro e come conseguenza, riaffermazione del principio di interesse pubblico attraverso una diffusione di certi principi di sicurezza e di cura dei beni pubblici. Infatti, storicamente si è cominciato a parlare esplicitamente di *principio di precauzione* quando in Germania, nel 1970, in uno studio realizzato per l'*Institut de politique européenne de l'environnement* del governo tedesco del 1976, se ne parla chiaramente:

“À l'origine de cette promotion, sans doute l'importante affaire de la "mort des forêts " (Waldsterben) et la nécessité de justifier politiquement et juridiquement les mesures restrictives qui vont être prises: elles vont au-delà de ce que les instruments juridiques disponibles auraient permis de faire. La précaution se distingue de la protection contre les dangers. La différence principale est dans l'identification du risque. Les pouvoirs publics ont évidemment à protéger contre les risques identifiables. La question est de savoir jusqu'où ils peuvent agir contre des risques qui ne sont pas encore identifiés, ou même en l'absence de risque”³¹⁰.

A tale fenomeno si accompagnò un *principio di cooperazione*, la protezione dell'ambiente era un affare di tutti, il principio “chi inquina paga”³¹¹, nato proprio in quegli anni, andava ben oltre le normali regole della responsabilità civile e penale, autorizzava delle misure governative in materia di protezione del territorio, della salute e dell'ambiente. Erano campi d'applicazione sterminati, dove tutto poteva essere compreso, sezionato, diviso. Il principio di precauzione verrà applicato poi dai tribunali amministrativi tedeschi; occasione per l'amministrazione tedesca di precisare il dominio pubblico dell'amministrazione sui principi direttivi del privato; come rispetto alla natura dei controlli da operare e ai modi in cui i controlli, ma anche le attività stesse, dovevano essere espletati. Negli anni novanta il principio veniva adottato da tutti gli Stati membri dell'UE, in modo oramai uniforme e contenuto all'interno di molteplici Trattati e convenzioni. Si ricordi l'embargo dell'Unione Europea verso la carne bovina proveniente dagli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna durante

³¹⁰ MOLTKE (K.), *The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy*, Institute for European Environmental Policy, février 1987. Adde S. Boehmer-Christiansen, *The precautionary principle in Germany – enabling Government, Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994, pp. 31 e ss.

³¹¹ v. BECK (H.), *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007 (prima edizione italiana, 2000); più di recente BECK (H.), *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Milano, 2008; JONAS (H.), *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.

l'emergenza della *c.d. mucca pazza*³¹². In tale occasione la Gran Bretagna si era duramente opposta, in quanto Paese membro dell'UE, ricorrendo alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, che a proposito statuirà:

“Compte tenu de la gravité du danger et de l'urgence, la Commission n'a pas réagi de façon manifestement inappropriée en adoptant, à titre transitoire et en attendant de plus amples informations scientifiques, une interdiction globale d'exportation des bovins, de la viande bovine et des produits dérivés”³¹³.

In un'altra Comunicazione la Commissione precisa il carattere politico della decisione sul principio di precauzione: La scelta della risposta da offrire rispetto ad una data situazione risulta da una decisione eminentemente politica, che è funzione del livello di rischio ritenuto accettabile per la società che dovrà sopportarlo. Ciò introduce un nuovo parametro, l'*accettabilità*, che è in qualche modo indipendente dal livello di protezione e dalla valutazione scientifica. La risoluzione del Consiglio Europeo di Nizza ripeterà tali considerazioni, ricordando che il principio di precauzione è indirizzato prima di tutto alle autorità politiche ed amministrative degli Stati membri. Ed è su questa scia che proliferano le varie molteplici agenzie di controllo legate all'Unione o ai singoli Stati membri. Ad esempio, in questa stessa logica, è stato elaborato il progetto sui prodotti chimici *VARCH* (valutazione, autorizzazione e restrizione dei prodotti chimici), adottato nel 2006 con il Regolamento 1907/2006 che istituisce un'Agenzia europea per i prodotti chimici e un processo di valutazione scrupoloso dei prodotti, la loro registrazione ed *etichettamento* sistematico, le procedure di autorizzazione e quelle di restrizione. Al fine di assicurare un alto grado di protezione l'articolo 1 impone l'obbligo per le industrie, per gli importatori e gli stessi utilizzatori di porre la massima attenzione nella produzione, nella messa sul mercato e nell'utilizzo di sostanze che possano avere effetti nocivi sulla salute o sull'ambiente, inoltre si rileva che tali disposizioni "repositent sur le principe de précaution"³¹⁴. Il principio di precauzione rappresenta in qualche misura il costo sociale del rischio, così si introducono nel processo di concezione ed introduzione nel mercato di una data innovazione, delle

³¹² Ordonnance de référé du 12 juillet 1996, affaire C-180/96.

³¹³ Arrêt du 5 mai 1998 (aff. C-180/96).

³¹⁴ v. EWALD (F.), *Le principe de précaution*, op. cit., p. 36.

complicazioni, dei ritardi, degli esami, delle ispezioni, delle attenzioni prima sconosciute. Bisogna accertarsi di avvenimenti non prevedibili, perché dipendenti da processi troppo complessi. Dietro la domanda del rispetto della prevenzione e della precauzione, in realtà si celano i diritti fondamentali della comunità e degli individui, come il diritto alla salute, all'ambiente, alla vita. Nel diritto penale, sulla base del principio della legalità delle pene, il rispetto delle libertà individuali ordina che sia la legge stessa a definire gli elementi dell'infrazione penale e le pene da applicare. Per poter dar vita ad una responsabilità penale, la violazione del principio di precauzione dovrebbe essere specificamente prevista dallo stesso Codice penale, o da una legge penale speciale. Praticamente, in tutti gli ordinamenti giuridici, il difetto di precauzione non può essere causa di incriminazione di portata generale. Allo stesso modo, nessuna legge penale condanna come infrazione la violazione di un tale principio, mentre viene contemplato il difetto di prevenzione come causa di imputazione della colpa. Mettendo in guardia da un'uso improprio del principio di precauzione e delle sue conseguenze sulla questione della personalità e soggettività giuridica, un'autrice afferma che bisognerebbe evitare di vedere nella *specie umana* qualcosa di diverso dall'umanità³¹⁵; ammettere il contrario potrebbe risultare pericoloso, nel senso che un essere *biologicamente* umano potrebbe appartenere alla *specie* senza appartenere all'*umanità*, tale soggetto resterebbe di conseguenza escluso dalla comunità umana. Ancora, accettare la concezione che vorrebbe separare i crimini contro la specie umana dai crimini contro l'umanità sarebbe un pericolo che potrebbe comportare la disumanizzazione dell'essere umano. Bisogna, poi, considerare il caso inverso, quando cioè il diritto penale tratta un soggetto non umano allo stesso modo in cui esso tratta l'umano. Anche umanizzare il non-umano, secondo l'autrice, potrebbe portare a legittimare forme di disumanizzazione³¹⁶. Nel XX sec., Il discorso intorno al diritto penale si nutre della *teoria eugenetica*, che in nome di una normalità mai realmente

³¹⁵ v. in DELMAS-MARTY (M.), *Humanité, espèce humaine et droit pénal*, in *Revue de science criminelle*, 2012, p. 495.

³¹⁶ *Ibidem*: "Toutes les nations ont pratiqué la déshumanisation, notamment sous la forme de l'esclavage (droit romain, droit américain). N'oublions pas qu'au XVI^e siècle les humanistes de la Renaissance se demandent encore si les Indiens sont bien des hommes : dans la célèbre *controverse de Valladolid* il fallut la force de conviction de Las Casas pour défendre l'idée, encore peu répandue, que les Indiens auraient les mêmes droits humains que les chrétiens. Et le risque de déshumaniser le criminel est encore présent en droit pénal. Non seulement par le jeu des peines ou traitements inhumains ou dégradants, mais par l'anthropologie qui sous-tend le débat responsabilité/dangerosité".

trovata³¹⁷, immagina la peculiare figura dell'anormale come un'evoluzione del mostro medioevale, come un essere umano incompleto, difettoso, misto tra l'umano e il non umano. In Germania si arrivò alle politiche di sterilizzazione, alle politiche di castrazione e di eliminazione degli *anormali*³¹⁸. Nel XXI sec. una nuova figura entra sulla scena³¹⁹, senza che le altre siano del tutto uscite dal teatro della *sicurezza*, si tratta del nuovo mostro, il terrorista: nemico internazionale, combattente illegale, fondamentalista, folle³²⁰. Rinasce, in certe zone oscure e militarizzate anche la pratica della tortura, per certi versi accettata dalla

³¹⁷ LOMBROSO (C.), *L'uomo delinquente*, Milano, 1876; Inoltre, esistono degli studi più recenti come quello di A. Khan che tendono a scongiurare le nuove tendenze teoriche a fondare il criminale come geneticamente determinato, che in Francia e in Italia hanno una lunga e celebre tradizione (*Le congrès d'anthropologie criminelle à Rome, Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886; per un'analisi *comparatio-temporale*, si veda anche PALMIERI (V. M.), *Fasti napoletani nello sviluppo dell'antropologia criminale, dai tempi andati a quelli attuali*, in *Quaderni di criminologia clinica*, n. 2, Napoli, 1970, pp. 269–279.). Teorie tra l'altro politicamente orientate, si pensi alle spinte derivanti dall'ala politica di Sarkozy in Francia per un riconoscimento scientifico del determinismo genetico rispetto a certi crimini sessuali, come quello della pedofilia; per approfondimenti sul tema si veda anche v. MOREL (B.-A.), *De la formation du type dans les variétés dégénérés ou nouveaux éléments d'anthropologie morbide*, Paris, 1864, p. 2-3. Come ha giustamente osservato Garofalo (GAROFALO (R.), *Criminologia*, Torino, 1885), la scienza criminale classica conosce solo due termini: il delitto e la pena. La sociologia criminale ispirata dal neo-positivismo giuridico, e dalle questioni legate alla sicurezza, ne conosce tre: il crimine, il criminale, e gli strumenti dell'ordine. Ora, la corrosione della pena attraverso un'espansione degli strumenti dell'ordine, come lo sono le misure di sicurezza (qualificate o meno) sottintendono la natura fondamentalmente positivista della tendenza del diritto penale contemporaneo. Una tendenza che probabilmente farebbe bene a tenersi lontana dalla facile soluzione dell'eugenetica e dalla creazione dei nuovi tipi criminali. L'espansione, che si iscrive ancora nel positivismo giuridico, della responsabilità penale degli enti va a contrapporsi simbolicamente a tali derive disumanizzanti, in quanto, essa, andando al di là del biologico e della responsabilità individuale, rintraccia la responsabilità fino all'interno delle strutture sociali e della società stessa, senza de-responsabilizzare, con ciò, l'individuo in quanto essere dotato di volontà cosciente e legato alla comunità da un contratto fondamentale. Tale teorie, nella maggior parte dei casi, ammettono l'esistenza di un contratto sociale, ma si ammette pure che non solo l'individuo può tradire il patto di non aggressione, ma anche le strutture complesse, fino alla comunità medesima nel suo complesso.

³¹⁸ v. CASONATO (C.), *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004, 841-856, a cui si rinvia per una ricca bibliografia sull'argomento.

³¹⁹ nello stesso senso si veda FOUCAULT (M.), *Les anormaux, Annuaire du Collège de France, 75e année, Histoire des systèmes de pensée, année 1974-1975*, 1975, pp. 335-399, consultabile in *Dits et écrits I., 1954-1975*, Paris, 2001, pp. 1690 e ss.; in particolare la figura *foucaultiana* del mostro-umano si sintetizza ancora una volta in uno sdoppiamento dell'individuo che si risolve una scissione dal corpo sociale: "ce qui fait qu'un monstre humain est un monstre, ce n'est pas seulement l'exception par rapport à la forme de l'espèce, c'est la trouble qu'il apporte aux régularités juridiques(...). Le monstre humaine combine l'impossible et l'interdit". Da tale presupposto doppiato del soggetto bisogna partire per studiare le evoluzioni del mostro umano, l'individuo pericoloso, e l'individuo da correggere.

³²⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Humanité, espèce humaine et droit pénal*, op. cit., p. 2.

stessa opinione pubblica³²¹. Il principio di precauzione, inventato per la protezione dell'ambiente e della salute al fine di rendere meno pericolose certe attività economiche integrando all'interno do organizzazioni complesse adeguati sistemi di sicurezza, viene trasferito agli esseri umani. Così, il diritto penale francese, come quello tedesco, aggiunge alla punizione una serie di misure di sicurezza a durata indeterminata, fondate su un pronostico di *recidiva*. Si tratta di un modo di eliminare un essere umano etichettato come pericoloso, al pari di un animale o di un prodotto nocivo. Il dispositivo tedesco viene ben presto condannato dalla *CEDU*, ma in relazione dell'articolo 5, perché la nozione di *pericolosità* risulterebbe troppo generica per motivare una limitazione della libertà personale:

“Pourtant on peut penser, avec Hegel, que la peine est “ un droit par rapport au criminel lui-même car en le punissant “ on l'honore comme être raisonnable. Cet honneur ne lui est pas accordé si le concept et la mesure de sa peine ne sont pas empruntés à la nature de son acte - de même s'il n'est considéré que comme une bête nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire, ou qu'on cherche à effrayer” . C'est bien alors de déshumanisation qu'il s'agit”³²².

Ma la regressione può derivare anche da una situazione inversa, che consiste nell'assimilazione del non-umano all'umano. Un primo esempio è quello dell'animale. Riconoscere l'animale, o la natura stessa come vittima, come soggetto da proteggere, in caso di violazione di diritti, è una novità per l'occidente. Il codice penale francese aggiunge nel 1992 ai crimini contro le persone e i beni, una nuova categoria, *autres crimes et délits* che raggruppa diversi comportamenti, volontari o involontari, contro gli animali³²³. In Italia Il maltrattamento degli animali è un reato, previsto e punito dall'art 544 ter. c.p. e non si tratta

³²¹ Si permetta a questo punto una parentesi cinematografica. Nel 1977 arriva al cinema il film collettivo / *nuovi mostri*, che in un'epoca segnata da un generale malcontento ed una recrudescenza della criminalità e del terrorismo rappresenta, in uno degli episodi, un sequestro di persona. Un uomo (Gassman) fa un appello televisivo ai rapitori di sua moglie affinché chiamino a casa per comunicare l'entità del riscatto. Appena la troupe televisiva lascia la casa, si scoprirà che l'uomo aveva tagliato i fili del telefono. Scena che ben simbolizza una funzionalità sociale del nuovo mostro, il terrorista, che “libera dalla norma” , mettendo in evidenza i vizi dell'uomo contemporaneo.

³²² DELMAS-MARTY (M.), *Humanité, espèce humaine et droit pénal*, op. cit., p. 3.

³²³ v. Cass. Pen., sez. III, ud. 13 dicembre 2012 (dep. 7 febbraio 2013), n. 5979, Pres. Fiale, Rel. Andreazza; Cass. Pen., Sez. III, ud. 28 febbraio 2013 (dep. 11 aprile 2013), n. 16497, Pres. Teresi, Rel. Andreazza; Nota a Cass. Sez. III, 6 marzo 2012 (dep. 26 marzo 2012), n. 11606, Pres. Squassoni, Rel. Ramacci; Cass., pen., sez. III, 9.6.2011 (dep. 22.7.2011), n. 29543.

più solo di un *delitto contro il patrimonio*³²⁴ (cioè il bene protetto è la proprietà privata dell'animale da parte di un proprietario), come è previsto dall'art. 638 (Uccisione o danneggiamento di animali altrui). La differenza è stata chiarita dalla Cassazione (sentenza n. 24734/2010), che sancisce come il delitto di cui all'art. 544 ter c.p., tutela ora il *sentimento* per gli animali: con l'art. 638 l'animale era tutelato quale *proprietà* di un terzo soggetto, che risultava essere la parte offesa; ma con l'art. 544 ter, è riconosciuta una condotta lesiva nei confronti dell'animale stesso. Fatto curioso, ma emblematico, nel 2004, una sentenza della *Chambre criminelle* della Corte di cassazione in Francia sottolinea che un animale (un poney sul quale il proprietario dello stesso aveva per gioco praticato degli atti di sodomia), non potendo esercitare alcun atto di volontà, né sottrarsi a ciò che gli viene imposto, è stato in tal modo trasformato in *oggetto sessuale*³²⁵, da ciò si capisce che l'animale non é, almeno nei casi giurisprudenziali più recenti, assimilabile alla cosa o alla mera proprietà. Quanto allo statuto della natura, alcuni dispositivi giuridici vanno molto lontano, affermando, come fa la Costituzione dell'Ecuador di riconoscere come soggetti di diritto "le persone, le comunità e la *natura*". La Svizzera fa della diversità biologica un soggetto di diritto reale³²⁶. Tra la personificazione della natura e quella dell'animale il non-umano si confonde sempre più con l'umano, favorendo così un processo di disumanizzazione all'inverso³²⁷. Venendo al dunque, si intende mettere in evidenza la confusione giuridica tra l'*umano* e il *non-umano*, che marca una funzione rispettivamente pendente verso l'elemento *retributivo-punitivo* per l'umano e verso quello *regolativo* verso il non umano. Si é sostenuto nelle pagine precedenti la realtà

³²⁴ LACAZE (M.), *La protection pénale différenciée des animaux " domestiques" et " sauvages"*, in MARGUÉAUD (j.-P.) (a cura di), *Revue semestrale de droit animalier*, 2/2012, p. 439.

³²⁵ cit. in MARGUÉAUD (j.-P.), *L'animal dans le nouveau code pénal*, D. 1995. Chr. 187.

³²⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Humanité, espèce humaine et droit pénal*, op. cit., p. 3.

³²⁷ *Ivi*, p. 4: "Nous proposons de repartir des deux couples évoqués précédemment pour nous livrer à un petit exercice de futurologie pénale. S'agissant du couple humain/inhumain, l'objectif est de protéger l'humanité contre traitements inhumains, le développement des nouvelles technologies incite à élargir la notion de traitements inhumains. Encore faut-il, pour respecter le principe de la légalité pénale, qui implique des définitions précises et prévisibles des comportements incriminés, tenir compte des interactions entre humanisation et hominisation, ou entre humanité et espèce humaine. Tel est l'objet du « droit pénal de l'inhumain », catégorie encore inachevée. S'agissant du couple humain/non humain, l'objectif est d'éviter l'assimilation du vivant non humain au vivant humain (monisme radical) sans pour autant renoncer à protéger l'animal et la nature. D'où la proposition de responsabiliser l'humanité présente vis-à-vis des générations futures et du vivant non humain. C'est le droit pénal du vivant non humain ou plus précisément de l'écosystème".

giuridico-sociologica della personalità degli enti, ma ci si è allontanati dalla visione dell'*antropomorfismo giuridico*, per avvicinarsi a quella che potremmo definire una visione ordinamentale³²⁸ di origine civilista. Certe garanzie hanno una loro ragione d'essere quando sono riferite all'umano. Quando si fa invece riferimento alle organizzazioni, alle imprese, agli enti collettivi in generale, pur volendo ammettere la realtà ordinamentale e sociale della personalità giuridica, dunque, l'esistenza nel mondo sociale, linguistico e giuridico di questi ultimi, non si vuole farne *soggetti umanizzati*, infatti ciò andrebbe oltre l'aderenza del diritto alla realtà oggettiva. In tal modo, tutte le garanzie che si attivano per gli esseri umani, non devono essere necessariamente applicate nel caso di responsabilità penale degli enti. Il principio di precauzione, come principio generale di regolamentazione delle attività potenzialmente pericolose, dovrebbe poter essere preso in considerazione dal diritto penale quando questi si riferisce agli enti o ai professionisti, in quanto il diritto penale delle persone giuridiche è prima di tutto un diritto di *regolazione sociale*. Se si fa riferimento al singolo *essere umano* in quanto tale, non possiamo pretendere che esso abbia i mezzi necessari ad avviare ricerche sulla natura pericolosa della sostanza che sta maneggiando o anche solo ad accorgersi della potenziale pericolosità dell'attività intrapresa. Le imprese che gestiscono settori importanti dell'economia e della società, si trovano in una posizione di *garanzia*³²⁹ rispetto alla comunità in cui operano, in quanto gestiscono dei beni che si inscrivono all'interno dei postulati del pubblico interesse, oppure espletano attività potenzialmente pericolose per soggetti terzi estranei alle attività stesse, che possono e devono indagare sulla natura delle proprie attività o delle proprie ricerche, sulle possibili conseguenze, sulla sicurezza di chi viene coinvolto suo malgrado. Il principio di *precauzione* non è altro che un prolungamento del principio di *prevenzione*, che impone delle regole di sicurezza a chi *gestisce* a proprio profitto la sicurezza della comunità. Se c'è incertezza sulle conseguenze di un'attività, sembra giusto scegliere di *non agire*³³⁰, e se si agisce con la consapevolezza di tale incertezza bisognerebbe pagarne le conseguenze penali. Tale principio, applicato agli enti, con l'esclusione dei soggetti singoli, dovrebbe essere temperato da precise previsioni

³²⁸ v. *infra*, T.I, Cap. I, II.

³²⁹ cfr. VENEZIANI (M.), *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*; MARINICCI (G.), DOLCINI (E.) (diretto da), *Trattato di diritto penale*. Parte speciale, vol. III, Milano, 2003, pp. 439 ss.

³³⁰ SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 91.

normative, quindi strettamente legato al diritto positivo, altrimenti si rischierebbe di paralizzare l'azione e la stessa attività degli enti. Il principio di precauzione e quello di prevenzione, dunque, insieme alla responsabilità penale degli enti come strumento, anche etico, oltre che regolamentare, attraverso il quale l'ordinamento ripartisce le funzioni di garanzia.

4. L'ente collettivo *garante* in un'analisi della figura del soggetto in *posizione di garanzia*.

Le posizioni di garanzia, che definiscono i casi di responsabilità *commissiva per omissione* sono istituti che sintetizzano la relazione complessa tra sistema penale e ordinamento giuridico nel suo insieme³³¹. Nel modello previsto dal Codice penale italiano attualmente in vigore, pur mancando una puntuale tipizzazione della figura in esame, il principio di legalità trova in parte soddisfazione nella attribuzione di rilevanza penale ad obblighi giuridici³³². La tecnica utilizzata è quella del rinvio a discipline extra-penali, mediante clausole di parte generale, esattamente come avviene per la regolamentazione della responsabilità amministrativa da reato degli enti. In questi casi il diritto penale deve riferirsi a sistemi di *dovere* che risiedono altrove nell'ordinamento giuridico, e che trovano in altri ambiti applicativi la specifica disciplina di base. In tale contesto il diritto penale non può funzionare autonomamente. Il paradigma penale implica una selezione degli obblighi penalmente rilevanti sulla base della colpevolezza e secondo i criteri della dottrina penale; ma stavolta vi sono anche vincoli di coerenza con modelli normativi *esterni* rispetto ai quali il diritto penale dovrebbe fungere da *extrema ratio* del sistema di tutela. Come è noto, tali reati appartengono alla categoria dei reati propri, Il reato *commissivo mediante omissione* costituisce la violazione, non solo del generico divieto di cagionare un certo danno ingiusto ad altrui, ma anche di una specifica regola di comando, che impone il dovere di *fare*, al fine di impedire il

³³¹ Su tale tema si vedano tra gli altri, PAGLIARO (A.), *Il reato: parte generale*, Milano, 2007; FANTOLISEI (F.), *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, 16 ed., 2003; BARTONE (N.), *Diritto penale Italiano: Giurisprudenza e ottica europea. Attuale e nuova codificazione*, Padova, 2007.

³³² GIUNTA (F.), *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 625: "la giuridicità dell'obbligo, di cui parla l'art. 40 comma 2 c.p., non può che significare la volontà legislativa di subordinare la rilevanza penale della posizione di garanzia all'esistenza di un obbligo di protezione, formalmente posto da una fonte dell'ordinamento a ciò abilitata".

risultato penalmente rilevante. La penalizzazione dei *reati impropri*³³³ presuppone una speciale relazione tra la categoria di soggetti destinataria del precetto penale e gli interessi che si intende tutelare: i destinatari della norma incriminatrice sono i potenziali offensori del bene giuridico protetto, proprio in quanto tali beni sono collegati alla sfera d'azione e di controllo dei soggetti in questione. Proprio in virtù di un rapporto speciale tra bene oggetto di tutela e soggetti qualificati in base al rapporto medesimo si sente l'esigenza di rendere i soggetti destinatari di particolari norme e doveri penalmente sanzionati, a tutela di certi interessi particolarmente collegati alla loro sfera d'azione e di controllo. Tali reati sono caratterizzati dal fatto che i destinatari della norma svolgono ruoli funzionali caratterizzati da poteri decisionali. Proprio questa loro esternalità alla norma intesa come normale attività, abituale, media, e quindi attività non normale, non abituale, non media, i soggetti che svolgono attività legate a funzioni di questo genere devono essere sottoposti ad una normativizzazione. Essi sono tenuti ad assicurare particolari garanzie di prevenzione e di precauzione rispetto al rischio di offesa dei beni che gestiscono e non appartenenti in linea diretta ai titolari delle posizioni di garanzia. La posizione di garanzia trova il suo baricentro negli obblighi ad essa legati, nell'osservanza della legge in senso stretto, così come essa si presenta ai *garanti*. Ogni volta che si verifichi un evento lesivo, all'interno del perimetro coperto dalla garanzia, bisognerà domandarsi se il garante abbia o meno omesso adempimenti di natura cautelare o precauzionale che la situazione avrebbe imposto al fine di evitare l'evento lesivo. Il riferimento alle *organizzazioni complesse*, indica un settore multiforme, non facilmente inquadrabile, a meno che non si faccia diretto riferimento alla persona giuridica nella sua valenza giuridico-economica³³⁴. Si tratta di un *carnet* di interessi estremamente ampio. Possiamo fare riferimento, ad esempio, a degli interessi *personali* dell'organizzazione medesima, munita di *personalità giuridica*, e da tutelare in funzione di

³³³ PULITANÓ (D.), *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, articolo consultabile *on line* su <http://www.ipasvi.torino.it/Portals/14/posizione+di+garanzia.pdf>, 2013, p. 4.; Secondo Pulitanò, L'autonomia e la rilevanza teorica e pratica della questione legata alle posizioni di garanzia emerge appieno se ci si pone nell'ottica " non del giudizio su fatti concreti, ma del problema dell'osservanza della legge, così come si presenta ai 'garanti' per il solo fatto di trovarsi in una data posizione" .

³³⁴ PULITANÓ (D.), *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, op. cit., p. 5, infatti "Il diritto penale delle organizzazioni complesse non si identifica concettualmente con il diritto penale delle persone giuridiche, anche se le persone giuridiche – in particolare quelle che svolgono attività d'impresa – ne costituiscono il nucleo".

ruoli interni ad essa, e allora parliamo di *diritto societario*³³⁵. Ma più di frequente si tratterà di tutelare interessi di terzi, esterni all'organizzazione o sottoposti ad essa, esposti ai pericoli che l'attività dell'organizzazione propaga nel mondo esterno, si tratterà allora di fare appello al *diritto penale d'impresa*³³⁶; che è soprattutto un diritto penale della sicurezza: pubblica sicurezza, sicurezza del lavoro, sicurezza ambientale, sicurezza dei consumatori. Siamo in un ambito assai più largo di quello rappresentato dal diritto penale delle persone giuridiche, anche se le persone giuridiche, e in particolare le imprese, ne costituiscono il nucleo essenziale. Ci sono anche tutti quegli attori che operano dentro l'impresa, come i dirigenti. A livello europeo, come per la responsabilità penale delle persone giuridiche così per i reati omissivi impropri, vi è una disomogeneità evidente. Mentre la figura del garante viene, sia pure in termini molto generali, categorizzata nello stesso Codice in Italia; in Francia non esiste una norma che configuri il reato omissivo improprio e, a dire il vero, neppure a livello dottrinario, salvo rari e recenti tentativi di formalizzazione ed elaborazione dell'istituto³³⁷. A dimostrazione dell'inesistenza della categoria in parola si può citare la sentenza del Tribunale di Poitiers del 1930 nella quale si stabilisce che l'inerzia non può equivalere alla commissione; decidere diversamente era corrispondente a decidere per analogia, la quale era vietata. Per quanto riguarda la Germania, al paragrafo 13 del *Strafgesetzbuch* si stabilisce che chi omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma se era giuridicamente obbligato a impedire il verificarsi di questo evento. In Inghilterra la questione diventa puramente giurisprudenziale, ed è dato sapere, in tal senso, che la giurisprudenza ha elaborato una interpretazione penalmente rilevante del verbo *to kill* che si estende ai casi in cui si cagiona la morte attraverso omissione. I progetti di riforma mantengono la struttura formale della disciplina, che affida ad una disposizione di parte generale il compito di dettare il criterio generale di individuazione delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti, fondamentalmente con rinvio a figure disciplinate da altri settori dell'ordinamento. Il modello vigente in Italia, che comporta un rinvio del diritto penale ad altri settori dell'ordinamento, mediante una

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ VERON (M.), *Droit pénal des affaires*, Paris, 2013; v. anche *Les aspects judiciaires de la lutte contre la délinquance financière*, opera collettiva, atti del seminario di Villeneuve-Lez-Avignon, 16-17 novembre 2000.

³³⁷ BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, thèse, Paris, 2012.

disposizione costruita come clausola generale, tende ad assicurare coerenza e completezza del sistema di tutela, a prezzo però di un *deficit* di determinatezza e di rinuncia a selezionare le posizioni di garanzia rilevanti secondo valutazioni specificamente penalistiche³³⁸. In tali ambiti si ritrovano le figure che popolano le imputazioni di reati propri nel diritto penale societario. Dietro la normativa penale è possibile rintracciare posizioni di garanzia radicate all'interno delle disposizioni che in linea più generale definiscono le *funzioni*³³⁹. Certi settori sono costituiti attraverso particolare riguardo al tipo di attività e di rapporti a cui fanno riferimento. L'attività d'impresa ne è l'esempio tipico, per la sua grande influenza su interessi penalmente protetti (incolumità pubblica, ambiente, sicurezza sul luogo di lavoro). Altri settori presentano problematiche di tal tipo, si pensi ancora all'attività di strutture sanitarie. Tali attività fanno sovente oggetto di articolate discipline extra-penali, a cui poi le norme penali rinviano onde definire l'ambito di applicazione, e che si rivolgono a coloro i quali svolgano una determinata attività, tra quelle vagliate in precedenza. Certe fattispecie di diritto penale di reati propri fanno riferimento all'attività dei soggetti che agiscono per l'organizzazione; reati categoricamente circoscritti, sia quando la norma penale faccia riferimento ad una particolare qualifica come quella di *imprenditore*, o anche *datore di lavoro*, sia qualora si rivolga a chiunque svolga una certa attività, come nel caso del diritto ambientale. Spesso i reati si costituiscono sulla base di una responsabilità fondata su fattispecie di diritto penale comune, come nei casi in cui il risultato del reato sia l'omicidio, lesioni personali, delitti contro la pubblica incolumità, etc³⁴⁰. Tali fattispecie si definiscono all'interno di certi perimetri settoriali dell'attività organizzativa e produttiva. La configurazione di posizioni di garanzia trovano agganci solidi in disposizioni di carattere generale, come quelle che fondano il dovere di sicurezza del datore di lavoro (art. 2087 cod. civ.) o disciplinano la responsabilità civile di padroni e committenti (art. 2049 cod. civ.), o in relazione all'esercizio di attività pericolose (art. 2050 cod. civ.). Il sistema di comandi del diritto penale che si occupa della *sicurezza* riconduce, nella maggior parte dei casi a figure

³³⁸ v. Relazione al " Progetto preliminare di riforma del Codice penale" - Parte generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 591 ss.

³³⁹ ROSSI (G.) (a cura di), *Controlli societari e responsabilità penale*, in *Rivista delle società*, Milano, 2001, pp. 446 e ss.

³⁴⁰ *Ibidem*.

legate alla posizione di garanzia finalizzata alla *prevenzione*, o alla *precauzione*, rispetto agli eventi di danno penalmente rilevanti. E' comprensibile che quest'ultimo problema abbia focalizzato l'attenzione dei penalisti, lasciando in ombra il dato normativo che appunta la posizione di garanzia e le correlative responsabilità, in un orizzonte che trascende quello penalistico, sul soggetto dell'attività disciplinata, non fa differenza se persona fisica o persona giuridica. Questo dato normativo, a ben vedere, non è affatto secondario per la ricostruzione ermeneutica del profilo penalistico³⁴¹. Il riconoscimento a livello europeo della responsabilità da reato degli enti, ha formalizzato una precedentemente sottintesa posizione di garanzia degli enti. Ad esempio, vanno considerati tutti quei reati che vengono commessi nell'interesse dell'ente medesimo, e dai soggetti che all'interno dell'organizzazione sono investiti da ruoli organici nella persona giuridica. La struttura della responsabilità amministrativa dell'ente, in quanto ai reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, fa spesso riferimento al modello *commissivo mediante omissione*. Sembra qui profilarsi un ambito di *garanzia* (impedimento di determinate categorie di reati nello svolgimento dell'attività dell'ente) che fa direttamente capo all'ente, nella prospettiva della responsabilità penale, ma può riguardare anche i soggetti apicali nella prospettiva penalistica di una eventuale responsabilità omissiva³⁴². Uno dei settori *naturali* a cui applicare la posizione di garanzia all'ente è quello del diritto del lavoro, ossia il campo empiricamente più rilevante e dal quale sono state tratte la maggior parte delle indicazioni normative in materia. Emerge un modello di disciplina per le posizioni di garanzia che presenta caratteri generali, affiancato da altri aspetti più specifici della materia. Il modello di diligenza è costituito sulla base della valutazione del rischio e dunque sul bisogno di assicurazione in base a modelli preventivi e precauzionali, anche attraverso le posizioni di garanzia dei soggetti apicali. Ma la messa in opera del programma complessivo è affidata ad un insieme di soggetti e di relazioni funzionali non individuabile attraverso la definizione soggettiva di un unico o di molteplici ma determinati soggetti in posizione di garanzia. E' questo lo schema razionale di un

³⁴¹ FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, sesta edizione, op. cit., p. 606: "persona fisica *garante* per il diritto penale è una persona tenuta a rendere operativa, per la sua posizione funzionale, una posizione di garanzia che in ultima analisi fa capo all'ente, diretto portatore della qualifica considerata dalla legge (imprenditore, datore di lavoro) o gestore e centro d'imputazione dell'attività disciplinata (poniamo, effettuazione di scarichi idrici, gestione di rifiuti, produzione o commercio di alimenti)".

³⁴² PULITANÓ (D.), *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, op. cit., p. 7.

modello di diligenza pertinente a qualsiasi attività rischiose. Sotto questo aspetto, la normativa sulla sicurezza del lavoro ha un valore paradigmatico. La centralità di idonei modelli organizzativi ritorna nella recente disciplina sulla responsabilità da reato degli enti. La rilevanza dei modelli, costruita in chiave di esonero dell'ente da responsabilità, ha la medesima funzione *cautelare* (preventiva) dei modelli di diligenza del diritto penale delle organizzazioni complesse. In genere, negli ordinamenti giuridici europei non esiste alcuna chiara indicazione normativa che individui gli obblighi giuridici ad attivarsi, la cui violazione comporti responsabilità penale. L'articolo 40 del Codice penale italiano non fornisce alcun criterio di selezione, salvo l'affermazione secondo la quale bisogna che si tratti di violazione di obblighi giuridicamente rilevanti. La definizione dei confini del diritto penale in questa specifica categoria di reati è demandata alle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza. La mancanza di chiare fonti legislative rende particolarmente delicata la questione relativa al rispetto del principio di *legalità formale* dell'obbligo di impedire l'evento; al fine di evitare una confusione tra sfera giuridica e sfera etica. Insomma, soprattutto quando si tratta di posizioni di garanzia penalmente rilevanti, bisogna mantenersi ad una stretta coerenza legale. Paradigmatica in tal senso una sentenza, di circa cinquanta anni fa, che ha negato la natura "giuridica dell'obbligo del figlio di impedire la morte del padre: un tale obbligo si ritenne, infatti, non fosse desumibile dalle norme del Codice civile relative ai rapporti di famiglia"³⁴³. Mentre, nella stessa logica e sempre riferendosi al Codice civile, si è statuito che, al contrario, sul padre incombe l'obbligo di impedire l'uccisione del figlio. Nonostante l'accortezza usata dal giudice italiano verso questa delicata categoria penale, la tradizionale concezione formale è stata sottoposta a numerose, quanto incontrovertibili critiche, delle quali la più importante è quella che focalizza la questione sulla considerazione secondo la quale tale concezione non sarebbe in grado di spiegare in modo soddisfacente le ragioni per le quali il diritto penale assimili l'*omissione non impeditiva* all'*azione causale*³⁴⁴. Non ogni obbligo di attivarsi è automaticamente convertibile in un obbligo penalmente sanzionato di impedire l'evento. Se fosse così si sottoporrebbe il giudizio sulla rilevanza penale di fattispecie concrete secondo criteri e termini che stanno al di fuori del sistema delle norme penali e facenti capo ad altre branche

³⁴³MARINUCCI (G.)- DOLCINI (E.), *Manuale di diritto penale, Parte generale*, op. cit., p. 216.

³⁴⁴ ROSSI (G.) (a cura di), *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., pp. 166 e ss.

dell'ordinamento giuridico. Fatto che urterebbe contro vari principi fondamentali che regolano il funzionamento del sistema penale, tra i quali ritroviamo la funzione di *extrema ratio* della norma penale e il *principio di legalità*. Da queste critiche sono emersi approcci tendenti a sostituire ed a integrare i tradizionali criteri giuridico-formali per l'individuazione degli obblighi di garanzia, attraverso l'utilizzo di criteri materiali o contenutistici, tratti dalle funzioni specifiche attribuibili alla responsabilità per omesso impedimento dell'evento. Ma nemmeno tale impostazione dottrinarina appare adeguata a circoscrivere la materia entro confini chiaramente definiti. Infatti, mancando chiarezza delle norme incriminatrici, e trattandosi della individuazione della responsabilità su basi funzionali, ecco che il giudice si trova ad avere un margine di discrezionalità molto ampio nel decidere sulla responsabilità dei soggetti ritenuti in posizione di garanzia rispetto ai beni giuridici protetti. A fondamento del meccanismo di responsabilità in esame sta l'esigenza dell'ordinamento di assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, a fronte dell'impossibilità dei titolari del bene a proteggerli. Ecco perché certi soggetti, diversi da quelli titolari, rivestono il peculiare ruolo di garanti dei beni oggetto di tutela. Da ciò si evince che il nesso causale tra omissione non impeditiva ed evento lesivo, presuppone non semplicemente un obbligo giuridico di attivarsi, ma una posizione di garanzia nei confronti del bene protetto, che è cosa totalmente differente. La garanzia, infatti, è definibile come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità, totale o parziale, del titolare a proteggerlo autonomamente. Dunque, la posizione del garante è diretta a riequilibrare una situazione di inferiorità rispetto ai poteri sulla cosa, sul bene, dove però, pur se il potere penda da un solo lato, la cosa, il bene, sono comuni a un certo numero di individui, e perciò si predispone la tutela³⁴⁵. Le posizioni di garanzia possono essere separate sulla base di una classificazione funzionale, sul loro contenuto materiale e sullo scopo della posizione di garante, in due tipi di base: *posizione di protezione* e *posizione di controllo*. La posizione di protezione ha per scopo quello di preservare determinati beni giuridici da tutti i pericoli che possano intaccare la loro integrità. Le posizioni di controllo hanno per scopo quello di neutralizzare eventuali forme di pericolo, al fine di garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che possano essere minacciati; si pensi alla posizione dell'ente e del datore di lavoro rispetto ai parametri di sicurezza da rispettare all'interno dell'attività produttiva,

³⁴⁵ *Ibidem*.

dell'organizzazione del lavoro e della struttura fisica stessa legata ai fini dell'impresa. Si distinguono anche le posizioni di garanzia *originarie* da quelle *derivate*. Le prime nascono in capo a determinati soggetti, in ragione del ruolo specifico che essi rivestono nei confronti del bene, le seconde passano dal titolare originario ad un soggetto diverso attraverso, nella maggior parte dei casi, un vero e proprio atto negoziale. Spesso tale passaggio avviene attraverso la stipula contrattuale. Bisogna però rispondere a determinate condizioni, al fine che gli obblighi di garanzia di fonte contrattuale possano soddisfare i precetti indicati dall'art. 40 del Codice penale. Innanzitutto, ritenendo l'assunto secondo il quale la posizione di garanzia viene costituita al fine di controbilanciare l'impossibilità dei titolari del bene di provvedere autonomamente all'integrità del bene medesimo, fuori dai casi di incapacità prevista già a livello legislativo, nei quali è la legge stessa a predisporre appositi garanti (è, ad esempio, il caso dei genitori quali garanti *ex lege* dei figli in minore età), la scelta di ricorrere a terzi non può che spettare, in tali casi ai titolari degli stessi beni esposti al pericolo. In tale ottica si può desumere che l'attitudine del contratto a costituire fonte di obblighi di garanzia è legata all'intervento, in qualità di parte contraente, dello stesso titolare del bene protetto. Comunque, si tratta non già di creazione *ex novo*, attraverso la fonte contrattuale, di nuove posizioni di garanzia, ma semplicemente del trasferimento ad altri dell'assolvimento di compiti di tutela originariamente spettanti al titolare dello stesso bene o a un garante a titolo originario. Ma tale condizione non basta alla reale e valevole sussistenza legale dell'assunzione di garanzia derivata e dunque di responsabilità penale in capo ad un terzo soggetto; bisogna anche che tale soggetto si posizioni sostanzialmente a garanzia del bene. Ciò vuol dire che il garante originario deve assicurarsi che il terzo abbia realmente *preso servizio* in funzione alla garanzia del bene protetto³⁴⁶. Si pensi al caso paradigmatico dei genitori che si allontanano da casa nonostante la bambinaia, violando l'impegno contrattuale, disertano l'appuntamento. Parallelamente si pensi all'ente che pur assumendo nel proprio organico un consulente esterno alla messa in sicurezza di un altoforno, non preveda un sistema di controllo sulla reale attività del consulente, che non si sia neppure presentato e non abbia svolto alcuna attività informativa in relazione all'oggetto da mettere in sicurezza. Ebbene, nel caso della bambinaia, se il bambino, abbandonato a se stesso, rimanga vittima di

³⁴⁶ MONGILLO (V.), *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del D. Lgs. n. 81/2008, e del Decreto "correttivo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, documento consultabile *on line* su [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Mongillo%20\(WP\).pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Mongillo%20(WP).pdf), 2009.

un evento mortale, la condotta della bambinaia illustrata nel breve esempio integra soltanto una violazione contrattuale, in quanto alla promessa di prestazione di servizio non si è realmente accompagnata un'effettiva presa in custodia del bene protetto; sarebbe stato diverso il caso in cui la stessa bambinaia avesse lasciato solo il bambino dopo che i genitori si siano allontanati. Allo stesso modo non si può trasferire la responsabilità al consulente che non abbia preso servizio all'interno dell'organico aziendale qualora pur esistendo il contratto di consulenza in ordine alla sicurezza, l'attività non avesse mai avuto luogo, anche nel caso in cui da tale mancanza derivino incidenti penalmente rilevanti; insomma, il garante originario deve assicurarsi della effettiva presa in carico da parte del garante derivato della protezione del bene oggetto di garanzia, e la responsabilità peserebbe solo sull'ente in quanto garante originario³⁴⁷. Dall'altro lato esistono le *c.d. posizioni di controllo* su fonti di pericolo che si costituiscono sulla base della presenza di due fattori: 1) il titolare del bene si trovi nell'impossibilità di proteggere il bene medesimo; 2) il garante tenga sotto la sua sfera di potere, la fonte, ossia l'oggetto materiale e l'attività, da cui derivi la situazione di pericolo a carico di terzi. Si tratta soprattutto di quelle responsabilità per eventi lesivi dovuti a fonti di pericolo che rientrano in una propria sfera di appartenenza o di attività. La *ratio* è chiara: chi è minacciato da fonti di pericolo legate alla proprietà o all'attività di terzi non sarebbe in grado di proteggersi da se in quanto ciò comporterebbe, appunto, un'ingerenza nell'attività altrui (un esempio al principio *chi inquina paga*). In tal modo la sicurezza dei soggetti minacciati risulterebbe dipendente da cautele predisposte da chi ha sotto il proprio controllo la cosa o l'attività pericolosa, come Saleilles sosteneva già circa un secolo fa³⁴⁸. A tale paradigma fanno capo quelle regole penalmente rilevanti legate ad obblighi di garanzia, alcuni espressamente formulati dal codice penale (art. 457 e art. 451 del Codice penale) ed altri contenuti nella legislazione speciale che incombe sul datore di lavoro a tutela della sicurezza sul luogo di lavoro e di conseguenza dell'incolumità dei lavoratori, spesso dell'incolumità pubblica. In tal caso, la fonte di pericolo dipende dallo svolgimento di un'attività che non è neutralizzabile dai soggetti che ne sono minacciati, in quanto privi sostanzialmente del potere di incidere sull'organizzazione dell'attività, e spesso sull'organizzazione dell'ente interessato a tale attività. Alla posizione di controllo su fonti di

³⁴⁷ FIANDACA (G.)-MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, sesta edizione, op. cit. p. 608.

³⁴⁸ v. *Infra*, Cap. I, par. 6 e 7.

pericolo, possono essere ricondotti anche tutti quei casi nei quali il garante è obbligato ad impedire l'agire illecito di un terzo. Una simile posizione di garanzia è subordinata alla presenza di presupposti che possono mutare rispetto ai settori che si prendono in considerazione. In relazione alla colpa il difetto di diligenza potrebbe configurarsi essenzialmente come il mancato riconoscimento della situazione tipica da parte di chi si trova in posizione di garanzia. Si pensi al datore di lavoro che per indifferenza o superficialità non si accorga che la natura del processo produttivo impone di adottare determinate misure di sicurezza, in tal caso il datore di lavoro potrebbe dover rispondere di omissione colposa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art.451 cod. pen.)³⁴⁹. Il rimprovero può anche riferirsi riguardo alle omissioni improprie, all'errata scelta dell'azione doverosa da compiere. Bisogna che il soggetto posto in posizione di garanzia possa conoscere la situazione tipica, e che essa sia riconoscibile. Inoltre, anche il fine dell'azione doverosa deve essere riconoscibile insieme ai mezzi necessari al raggiungimento di tale fine. Ora, prima dell'affermazione dell'ente come soggetto dotato di personalità giuridica e come soggetto sottoponibile alla norma penale, esso era chiamato in causa nel processo penale qualora vi fosse un'insolvibilità oggettiva da parte della persona fisica condannata, dell'agente in seno all'ente, per il risarcimento dei danni e per il pagamento delle sanzioni penali di natura pecuniaria. Certe *posizioni di garanzia derivate* assumono forma contrattuale, esistono dei tipi di posizioni di garanzia non diretti, e dipendenti, a certe condizioni, da una forma di garanzia originaria che non viene comunque meno nonostante il sopraggiungere della garanzia derivata. Si potrebbe far riferimento alla responsabilità penale delle persone giuridiche come a una responsabilità diretta e abbiamo visto come questa si regga su una serie di elementi organici, o sistemici e organizzativi, tra i quali spicca la nozione di *rappporto organico*, in base alla quale una persona giuridica può essere direttamente responsabile per un'azione colpevole materialmente eseguita da un suo organo

³⁴⁹ La Corte di Cassazione ha raggiunto, con la sentenza n. 2814 del 27 gennaio 2011, una posizione che si può considerare definitiva circa la individuazione delle responsabilità penale del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) nel caso di un infortunio occorso ad un lavoratore presso una azienda nella quale lo stesso svolge il proprio compito di prevenzione. La colpa professionale e la colpa tecnica del RSPP si affianca alla colpa generica del datore di lavoro, nel caso in cui un infortunio sul lavoro sia derivato da una carenza di misura di sicurezza e sia legato a delle violazioni alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro.

nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso³⁵⁰. Bisogna ricordare, però, questa nozione, mettendo l'accento sul fatto che finché si tratti di una responsabilità legata all'ente allora si fa riferimento all'azione riconducibile ad un *organo* dell'ente, investito di funzioni e d'*identità organica*, e in un rapporto simbiotico, almeno da un punto di vista simbolico, e di *volontà dichiarata*³⁵¹, con l'ente di cui esso è espressione. I soggetti agenti, organi dell'ente, possono essere visti come soggetti investiti da posizioni di garanzia derivate, dove la posizione di garanzia originaria è assunta dall'ente medesimo. Ovviamente, avendo optato per una nozione di persona giuridica che si risolva nel sistema che la costituisce e la integra, comprendente organizzazione e organi, non si potrebbe parlare di contrattualismo tra parti che compongono un'unità ordinata ad uno scopo. Si fa riferimento al rapporto sottostante tra i soggetti indipendenti che troviamo al di là del rapporto organizzazione-organo, ossia all'altro rapporto interno all'ente che è quello organizzazione-persona fisica, che nasce attraverso il contratto di lavoro o di consulenza tra ente e persone fisiche che intraprendono rapporti di dipendenza con l'ente medesimo. Se si riesce a vedere questa differenza di rapporti, questa particolarità di molteplicità di soggetti rispetto a situazioni giuridiche differenti, allora si vedrà come a fianco del rapporto organico, a cui può essere ricondotta la responsabilità dell'ente, si trova un rapporto legato a posizioni di garanzia reciproche, dove l'ente detiene la posizione originaria di controllo e i singoli soggetti quella derivata. Tale impostazione, oltre che agevole da un punto di vista teorico, in quanto permette di distinguere i rapporti che intercorrono tra ente e soggetti che lo costituiscono, e di dividerli rispetto alle funzioni *giuridiche*, ci permette anche di individuare in modo più efficace i casi in cui a rispondere della violazione di norme penali sia il soggetto individuale e non l'ente. Infatti all'infuori del rapporto organico, resta un rapporto contrattuale, spesso assimilato nelle specificazioni del contratto di lavoro, dove l'ente, soggetto indipendente, *affida* delle mansioni, delle funzioni, dei compiti, ai soggetti contraenti. Tali soggetti in tal modo si investono di una posizione di garanzia derivata e integrata, affidata dall'ente che a seconda dell'attività e delle finalità assunte sarà chiamato a una posizione di garanzia originaria

³⁵⁰ SELVAGGI (N.), *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; CERESA-GASTALDO (M.), ROSSI (A.), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2001, p. 25 e ss.

³⁵¹ BIENVENU (J.J.), *De la volonté interne à la volonté déclarée: un moment de la doctrine française*, in *Droits, Revue française de théorie juridique*, op. cit., p. 18 e ss.

rispetto a beni giuridici penalmente tutelati (ambiente, pubblica sicurezza, salute). Indirettamente tale posizione sarà assunta dai singoli soggetti contraenti, che fintanto che agiscano come organi, e quindi nell'ambito di funzioni aderenti alla logica e alla struttura organizzativa dell'ente, saranno assimilati all'ente stesso e le loro azioni o omissioni che abbiano infranto la legge penale posta a garanzia del bene, saranno assimilate all'azione o omissione dell'ente stesso, ritornando così ad un rapporto organico. Invece, nel caso contrario, quando tali soggetti agiscano all'infuori di impulsi provenienti dalla struttura organizzativa e gestionale dell'ente, allora agiranno in quanto singoli legati ad un contratto (e al rapporto organico sovrastante) che prevede la devoluzione di posizioni di garanzia derivate nei confronti di beni la cui tutela è demandata direttamente dall'ordinamento all'ente; allora, le azioni che violino i precetti della posizione di garanzia saranno imputabili ai singoli soggetti agenti materiali, in quanto già il fatto di non agire secondo le previsioni del modello organizzativo costituisce una violazione alle prerogative contrattuali dell'ente. Appare chiaro che non di rado saranno ravvisabili entrambi i casi contemporaneamente, come spesso accade i soggetti imputabili sono molteplici, l'ente che non avendo previsto un modello organizzativo adeguato a rintracciare e riconoscere, dunque a prevenire, i reati commessi attraverso funzioni e ruoli interni all'organizzazione, si trovi a dover rispondere dei danni derivanti da tale colpa. Al contrario, più raramente, ma non sarebbe escluso, potrebbe accadere che la persona fisica venga condannata per violazione di tale posizione derivata e l'ente venga assolto in quanto il suo *adeguato* sistema di controllo e di prevenzione legato alla posizione di garanzia primaria assunta risulta adeguato, ma è stato ignorato o fraudolosamente contornato dai singoli agenti. Un caso pratico si trova nella sentenza n. 49821 del 23 novembre 2012. la IV Sezione Penale della Corte di cassazione³⁵ partendo dal concetto di rischio, si individuano stringenti criteri di delimitazione delle diverse posizioni di garanzia individuandone i confini interni (ai fini della distinzione tra

³⁵² Cass. pen., Sez. IV (sent.), ud. 23.11.12 (dep. 21.12.12), n. 49821, Pres. Marzano, Est. Blaiotta, Ric. Lovinson; v. commento di MINNELLA (L.M.), *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, in *Diritto penale contemporaneo*, testo consultabile *on line* su http://www.penalecontemporaneo.it/area/1/-/33-/2072-infortuni_sul_lavoro_e_confini_della_posizione_di_garanzia/, 18 febbraio 2013, pp. 1 e ss.; “ La sentenza si segnala perché, partendo dal concetto di rischio, individua stringenti criteri di delimitazione delle diverse posizioni di garanzia, individuandone i reciproci confini interni (ai fini della distinzione tra datore, dirigente, preposto e responsabile del servizio prevenzione e protezione), ma anche il limite esterno con riferimento alla delicatissima questione dell'efficienza causale del comportamento anormale del lavoratore ex art. 41, 2 comma, Cod. pen.” .

persona giuridica, datore, dirigente, preposto e responsabile del servizio prevenzione e protezione), ma anche il limite esterno in riferimento alla delicata questione dell'efficienza causale del comportamento anormale del lavoratore ex art. 41, 2 comma, cod. pen. La sentenza muove da due ricorsi presentati avverso la decisione di secondo grado con la quale la Corte d'appello di Venezia aveva confermato la condanna in primo grado per gli imputati, nella loro rispettiva qualità di datore di lavoro (legale rappresentante della società) e responsabile del servizio di prevenzione e protezione, per il reato di omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche commesso ai danni di una lavoratrice. La vittima, addetta all'analisi di campioni di materiale vetroso accatastati nel piazzale dell'azienda, durante il prelevamento di tali campioni, veniva travolta da un collega alla guida di una pala meccanica. Nei giudizi di merito è stato accertato che l'infortunio era dipeso dalle gravi carenze organizzative, relative in particolare alla viabilità interna al piazzale dell'azienda. Quell'area era, infatti, adibita al transito di mezzi meccanici e, contestualmente, era anche il luogo ove si svolgeva attività di campionatura. Tali condizioni determinavano un forte rischio di interferenza tra pedoni e mezzi, aggravato dalla circostanza che le zone di lavoro di rispettiva pertinenza non erano delimitate e segnalate. La gravità della situazione era ben conosciuta dal vertice aziendale e dal r.s.p.p. (in capo al quale vengono riconosciute anche ingerenze di fatto nella gestione operativa della sicurezza dello stabilimento), dal momento che si erano già verificati in passato incidenti analoghi. I giudici richiamano il concetto di *rischio*, rilevando come, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, “ tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli “³⁵³. Questo fenomeno appare in tutta la sua chiarezza nella legge sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, dove il paradigma base delle misure generali di tutela è rappresentato esattamente dalla “valutazione dei rischi” (art. 15 e 28 D.lgs. 81/2008) e dove questi ultimi vengono definiti come “ probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”³⁵⁴. Il rischio però, inteso come categoria unitaria, non investe indistintamente tutti i soggetti coinvolti nella gestione della sicurezza, ma si declina diversamente a seconda

³⁵³ Cfr. LUHMAN (N.), *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

³⁵⁴ art. 15 e 28 D.lgs. 81/2008.

delle aree relative ad un determinato settore di attività. Alle diverse aree di rischio si affiancano i ruoli diversi che i garanti ricoprono all'interno dell'organizzazione. A ciascuna figura, a ciascun ruolo, è demandata la gestione di una o più aree di rischio. Proprio questa diversità di aree consente di separare, delimitare, specificare le diverse responsabilità che entrano in gioco in caso di infortunio. Il garante, concludono i giudici, non è altro che “ il soggetto che gestisce il rischio” . Gestione del rischio che ovviamente va affrontata e governata attraverso il rispetto di tutte quelle regole precauzionali dettate dalla prassi e ampiamente recepite dalla normativa di settore. Proprio attraverso l'individuazione delle diverse aree di rischio, e utilizzando lo strumento normativo offerto dall'art. 41 capoverso cod. pen., può essere affrontata, su basi più solide, l'ipotesi di comportamento *c.d. abnorme* o *anomalo* del lavoratore³⁵⁵. Sul punto i giudici richiamano alcune pronunce della Suprema Corte, tra cui quelle in tema di infortunio a seguito di abusiva introduzione notturna del lavoratore nel cantiere (Sez. IV, 25 settembre 2001 Rv. N. 221149) e di abusiva introduzione del lavoratore in proprietà privata attigua al luogo di lavoro (Sez. IV, 7 maggio 1985 Rv. 171215)³⁵⁶, e rilevano che, in realtà, più che di comportamento atipico o abnorme del lavoratore, occorre distinguere tra *rischio lavorativo* e *rischio extra lavorativo*. Solo nel primo caso, infatti, la condotta del garante, tenuta in violazione delle norme precauzionali, rileva ai fini della causazione dell'evento. Evidenzia quindi la sentenza che in quest'ipotesi “ la vittima, è occasionalmente un lavoratore, ma la situazione pericolosa nella quale si è verificato l'incidente non è riferibile al contesto della prestazione lavorativa, sicché non entrano in questione la violazione della normativa antinfortunistica e la responsabilità del gestore del cantiere”. Questa linea logica viene seguita anche nei casi, più controversi, in cui il comportamento atipico del lavoratore ha trovato comunque occasione nello svolgimento delle mansioni. La sentenza in esame richiama in proposito quelle decisioni ove si è ritenuto che la condotta esorbitante del lavoratore, in quanto incompatibile con il procedimento produttivo, inosservante di precise disposizioni antinfortunistiche o rigorosamente vietata, è causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento lesivo (Sez. IV, 10 novembre 1999 Rv. 183633, Sez. IV, 25 settembre 1995, Sez. IV, 8 novembre 1989 Rv. 183199)³⁵⁷.

³⁵⁵ MINNELLA (L.M.), *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, op. cit.

³⁵⁶ Sez. IV, 7 maggio 1985 Rv. 171215.

³⁵⁷ Sez. IV, 10 novembre 1999 Rv. 183633, Sez. IV, 25 settembre 1995, Sez. IV, 8 novembre 1989 Rv. 183199.

Anche in questi casi è opportuno, secondo i giudici, ricercare nel comportamento del lavoratore, non tanto la sua eccezionalità o abnormità - formule che per quanto ripetutamente utilizzate dalla giurisprudenza restano comunque piuttosto evanescenti - ma il travalicamento dell'area di rischio connessa all'attività svolta. Ed allora, conclude sul punto la sentenza, “ tale comportamento è interruttivo [...] non perché eccezionale ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare”³⁵⁸. Alla luce di questi principi la sentenza respinge il primo motivo di ricorso relativo all'asserita efficienza eziologica della manovra imprudente del lavoratore alla guida della pala meccanica. Quest'ultimo, invero, stava svolgendo una manovra tipica di quel segmento lavorativo e l'eventuale distrazione nella condotta, affermano i giudici, “non può essere considerato come un accidente estraneo al rischio che si trattava di governare, ma afferiva esattamente ad esso“. L'incidente, pertanto, è riconducibile primariamente al *comportamento* dei *garanti* che non hanno ben governato il rischio loro rimesso, ossia la probabile interferenza tra pedoni e mezzi meccanici in transito, rischio che è certamente di natura strutturale, sistemica, afferente alla complessiva organizzazione aziendale. Individuato nell'area di rischio il confine esterno che delimita la posizione di garanzia nelle organizzazioni lavorative, i giudici focalizzano l'attenzione sulle specifiche figure istituzionali che, all'interno dell'impresa, sono chiamate a governare i rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori. Il sistema prevenzionistico delinea, invero, una pluralità di ruoli, di modelli di garante, a ciascuno dei quali rimette il compito di gestire una determinata porzione di rischio e di responsabilità. Questa complessa ripartizione si spiega con la semplice considerazione che la sicurezza sul lavoro è quasi sempre un problema di organizzazione plurisoggettiva. Sono gli enti infatti - sotto forma di società di persone o capitali - ad avere ormai il monopolio sulle attività produttive, soprattutto nei settori altamente tecnologici. Questa realtà fa sì che all'organizzazione interna agli enti sia rimesso il controllo sui rischi, compito che si traduce nella divisione dei compiti tra più persone, nella frammentazione delle competenze e nella moltiplicazione dei centri decisionali. Il D.lgs. n. 81/2008, riprendendo definizioni già collaudate nella legislazione dei primi anni novanta, ma rispondendo anche alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza, ha cercato di descrivere con precisione le diverse figure chiamate a gestire la questione della

³⁵⁸ MINNELLA (L.M.), *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, op. cit., par. 2.

sicurezza negli ambienti di lavoro. Individuati i modelli astratti delle diverse posizioni di garanzia, la sentenza sottolinea anche la scarsa utilità di un approccio rigorosamente formalistico. Le responsabilità di ciascun soggetto non possono “ essere sempre definite e separate con una rigida linea di confine”, ma occorre guardare alla specifica realtà aziendale, al settore di attività, alla conformazione giuridica prescelta e alle sue dimensioni. Bisogna pertanto affrontare il problema dell'individuazione delle responsabilità anche in un'ottica *sostanzialistica*³⁵⁹. Proprio alla luce di questa ricognizione i giudici indicano le coordinate da seguire per l'individuazione del soggetto responsabile, evidenziando che “ occorre partire dalla identificazione del rischio che si è concretizzato, del settore, in orizzontale, e del livello, in verticale, in cui si colloca il soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che rivestiva” . Su questo punto deve anche rilevarsi che, proprio a causa della complessità assunta oggi dalle organizzazioni aziendali, possono in concreto riscontrarsi, non poche difficoltà nell'individuazione del soggetto - o dei soggetti - responsabili per l'infortunio, nonostante gli sforzi fatti dalla giurisprudenza e dal legislatore per delineare in termini stringenti i diversi ruoli aziendali. Di fronte a tali difficoltà il legislatore ha reagito inserendo nell'apposita disciplina dettata la responsabilità dell'ente per omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro³⁶⁰. Accanto all'investitura originaria del soggetto responsabile, dovuta direttamente alla legge sulla base del ruolo ricoperto nell'organizzazione, bisogna dar conto anche dell'investitura c.d. derivata. È questo il tema della delega di funzioni che nel nostro caso si traduce in una delega di posizioni di garanzia. Soprattutto molto si è discusso sugli effetti della delega e sulla sua capacità di svincolare da qualsiasi profilo di responsabilità il garante originario, che nel nostro caso è il datore di lavoro o la stessa persona giuridica. In realtà la natura e gli effetti dell'istituto non vanno fraintesi. Dal punto di vista giuridico, infatti, un conto è il trasferimento della titolarità delle funzioni da cui discende l'obbligo di garanzia, altra cosa è invece la delega dell'esercizio di tali funzioni. In altri termini il garante, ricoprendo una determinata qualifica, è investito direttamente dalla legge di determinati poteri e obblighi di garanzia. L'autonomia privata non può eludere tali obblighi se non rimettendo la titolarità della stessa qualifica. Con la delega di funzioni, invece, il soggetto

³⁵⁹ *Ibidem*, par. 3.

³⁶⁰ *Ibidem*.

delegante trasferisce al delegato l'adempimento, e non la titolarità, di alcuni di questi obblighi ed i relativi poteri. Nelle organizzazioni più complesse, nelle quali il datore di lavoro difficilmente riuscirebbe a gestire in prima persona gli innumerevoli compiti assegnati dalla legge (spesso tecnicamente molto complessi), invero, la delega diventa uno strumento indispensabile, spesso l'unico modo per gestire e organizzare l'azienda. Per ciò che riguarda il datore di lavoro, ad esempio: "La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite"³⁶¹. Evidenziati in questi termini i principi che regolano la ripartizione del rischio all'interno dell'azienda, la Corte ne fa applicazione respingendo il ricorso del datore di lavoro in merito all'asserita sussistenza di una delega di funzioni in capo al direttore dello stabilimento. A quest'ultimo, infatti, come emerso dalle risultanze processuali, non era stato delegato alcun compito in materia di sicurezza e comunque non godeva di alcun autonomo potere di spesa. Pertanto tutte le decisioni finali in tema di organizzazione aziendale restavano di esclusiva pertinenza del datore di lavoro. Il caso affrontato dalla sentenza in commento ha visto condannato anche il *r.s.p.p.*, il quale è stato ritenuto responsabile per l'infortunio non solo nella sua veste di responsabile, ma anche in quanto datore di lavoro di fatto, con poteri di ingerenza e di spesa nella gestione operativa della sicurezza. Nel valutare il ricorso presentato da questo soggetto, i giudici svolgono alcune interessanti riflessioni di principio su tale figura. Il servizio di prevenzione e protezione è quell'insieme di persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori. Il responsabile di tale servizio, a cui è rimesso il coordinamento dello stesso, è pertanto tenuto a collaborare con il datore di lavoro individuando e segnalando tutti i rischi connessi all'attività e proponendo le soluzioni adeguate al loro superamento. In giurisprudenza non è pacifico il riconoscimento di un'autonoma posizione di garanzia in capo a questo soggetto³⁶². Secondo l'indirizzo contrario, invero, i componenti del *s.p.p.* essendo dei semplici ausiliari del datore di lavoro, non possono essere chiamati a rispondere direttamente del loro operato, difettando di un effettivo potere decisionale. Essi sono soltanto consulenti e i risultati dei loro studi e

³⁶¹ ROCCHINA (S.), *Delega delle funzioni ed infortunio sul lavoro*, in *riv. Diritto del lavoro*, consultabile on line su <http://www.diritto.it/docs/33862-delega-delle-funzioni-ed-infortunio-sul-lavoro>, 2012.

³⁶² Cass. n. 32357 del 12/08/2010). Non a caso il D.lgs. n. 81/2008.

delle loro elaborazioni, come in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda (ad esempio, in campo fiscale, tributario, giuslavoristico), vengono fatti propri dal vertice che li ha scelti e che della loro opera si avvale per meglio ottemperare agli obblighi di cui è esclusivo destinatario (Cass. n. 32357 del 12/08/2010). Non a caso il D.lgs. n. 81/2008 non prevede, in capo a questi soggetti, autonome sanzioni penali. La sentenza in commento ritiene, invece, che anche in capo ai componenti del *s.p.p.* possa sussistere una specifica *posizione di garanzia*, rilevato che anche questi soggetti sono destinatari di specifici obblighi giuridici (art. 33 D.lgs. n. 81/2008)³⁶³. Tali obblighi integrano e fanno pienamente parte della complessa procedura valutativa e decisionale, che culmina nelle scelte operative assunte dal datore in materia di sicurezza. Il contributo di questi soggetti, pertanto, può certamente rappresentare un antecedente causale dell'evento dannoso. Nel riconoscere la rilevanza penale della condotta del *r.s.p.p.* i giudici richiamano anche la figura del lavoro *d'équipe*, passaggio questo che merita di essere evidenziato. Come noto, infatti, la responsabilità dell'*equipe* è tipica di tutti quei contesti in cui l'esercizio di un'attività rischiosa - ma lecita - ricade su diversi soggetti. I contributi dei singoli si legano tra di loro per il raggiungimento di uno scopo comune. Per arginare i rischi connessi a tale attività, pertanto, non basta il rispetto delle norme cautelari relative al singolo frammento di attività, ma è necessario che tutti i soggetti coinvolti operino diligentemente. I principi per mezzo dei quali valutare la responsabilità dei singoli componenti dell'*equipe* sono pertanto quello dell'*autoresponsabilità* (che impone a ciascun membro di tenere un comportamento diligente) e dell'affidamento (che consente, in presenza di determinate condizioni, di confidare sul corretto comportamento altrui). L'operato del *r.s.p.p.* può trovare un corretto inquadramento proprio nel *lavoro d'équipe*. Se questo soggetto non adempie diligentemente i propri obblighi, invero, l'intera organizzazione ne risente, non riuscendo più ad arginare i rischi connessi all'attività. In questi termini sul *r.s.p.p.* ricade una specifica posizione di garanzia. Se sul piano astratto la Corte non dubita sulla funzione di garante svolta anche dal *r.s.p.p.*, sul piano concreto i giudici annullano per vizio di motivazione la pronuncia di condanna impugnata. Quest'ultima, infatti, non indica con chiarezza quali siano state le violazioni, sotto forma di mancata segnalazione dei rischi o mancato stimolo per la loro rimozione. L'organizzazione, che resta sullo sfondo, è, a nostro avviso, il principale attore

³⁶³ *Ibidem*, " Nel riconoscere la rilevanza penale della condotta del *r.s.p.p.* i giudici richiamano anche la figura del lavoro di *équipe*"

delle posizioni di garanzia che abbiamo visto proliferare all'interno dell'azienda in esame; perché rappresenta il soggetto giuridico incaricato della *posizione di garanzia primaria*, dalla quale tutte quelle interne all'organizzazione medesima derivano e dipendono. Infatti, quando queste non potranno essere individuate, o quando esse siano state condizionate nel reato da un *difetto organizzativo*, allora sarà la responsabilità dell'ente ad entrare in causa.

4.1. *La responsabilità dell'ente collettivo autore indiretto e qualificato secondo alcune elaborazioni della dottrina francese.*

Nella gran parte dei casi le figure qualificate che si trovano in posizione di garanzia nei confronti dei beni tutelati sono solo indirettamente coinvolte nel reato, nel senso che esse non risultano essere all'origine della causa materiale diretta in rapporto al danno, ecco perché alla nozione di *garante* bisogna associare quella di *autore indiretto*. Anche questo concetto risulta fondamentale per comprendere meglio il fenomeno della responsabilità dell'ente, in quanto esso agisce sempre indirettamente rispetto al reato, attraverso i suoi organi³⁶⁴. L'autore indiretto deve costituire la causa ineluttabile e materiale del reato, anche quando la consumazione dell'azione delittuosa richiederà l'intervento di un terzo. Un esempio paradigmatico: preoccupati per il possibile dilatarsi della propria responsabilità penale a causa di eventuali negligenze legate alla gestione *della cosa pubblica*, gli amministratori locali francesi hanno tentato di influenzare il legislatore nella direzione di una depenalizzazione parziale della colpa penale per imprudenza. Sotto tali influenze si arrivò a vagliare la legge del 10 luglio del 2000, secondo la quale le persone fisiche che non hanno causato direttamente il danno, ma che hanno creato, o contribuito a creare, la situazione che ha permesso la realizzazione del danno, o che non hanno preso le misure necessarie per evitarlo, sono penalmente responsabili, se si stabilisce che esse hanno violato, in modo

³⁶⁴ ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Thèses, 2009; Tale opera ha soprattutto il merito di ricercare l'elemento morale all'interno di un rapporto mediato riferito al reato indiretto, differenziando metodologicamente la imputazione dall'imputabilità. Scopo, questo, enormemente ambizioso se si pensa al grande attaccamento al principio di causalità diretta e alla nozione di autore materiale del diritto penale francese. Appare superfluo qui specificare l'importanza che una dimostrazione sull'esistenza di una componente soggettiva che inglobi anche quella oggettiva del reato del soggetto indirettamente responsabile può avere su una teoria generale sulla responsabilità penale degli enti.

deliberato, una particolare regola di prudenza o di sicurezza prevista dalla legge o dai regolamenti, oppure che siano responsabili per colpa specifica che ha esposto terzi a dei rischi di una particolare gravità che essi non potevano ignorare³⁶⁵. Questo restringimento del campo della responsabilità penale in materia non intenzionale inserito nel paragrafo 4 dell'art. 121-3 del Codice penale francese, risponde ad una volontà di *de-responsabilizzazione* dei decisori pubblici e con questi, per inerzia, anche dei dirigenti d'impresa, dei direttori di servizi medico-legali e ospedalieri; insomma della direzione di tutti quei settori ove operino i *c.d. colletti bianchi*³⁶⁶. Il rapporto di causalità³⁶⁷, sembra il vero punto di snodo da cui non solamente parte l'idea di responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia, ma anche il punto divisorio d'origine della dottrina francese da quella di stampo tedesco o italiano. Il carattere personale della responsabilità penale dovrebbe avere come conseguenza logica quella di rigettare la *responsabilità penale per fatto altrui*. La questione cambia però quando si tratta di figure che hanno il dovere-potere di direzione, di controllo, di organizzazione e soprattutto di garanzia rispetto ad una determinata attività intesa nella sua globalità e nel rapporto con gli interessi e gli effetti che essa comporta³⁶⁸. La responsabilità penale non perderebbe la sua natura personale, fondandosi, in tal modo, nel rapporto di subordinazione funzionale. In quanto l'agente non sarebbe altro che il meccanismo materiale di un potere d'azione che risiederebbe altrove. Nella maggior parte dei casi si tratterebbe di fatti dipendenti da *défaillance* dei dirigenti o decisori. Il fatto

³⁶⁵ In senso critico sui risultati e l'impostazione generale di tale legislazione si veda l'analisi critica contenuta in LACAZE (M.), *La causalité issue de la réforme du 10 juillet 2000. Triste bilan sur la causalité issue de la loi du 10 juillet 2000*, in *Recherches et travaux, Mélanges DEA, Université Montpellier I*, 2006, pp. 103-121.

³⁶⁶ Cfr. SUTHERLAND (E.H.), *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, op. cit.; si veda anche MAYAUD (Y.), *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, Paris, 2012, pp. 87-88; Mayaud definisce l'autore morale come colui che non realizza materialmente il reato, ma ne incita o provoca il compimento. " Son engagement dans la délinquance est plus subtil, pour ne pas agir personnellement, mais faire commettre le délit par un autre" .

³⁶⁷ ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit.; MAYAUD (Y.) *La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou "paramètre déterminant"*, in *riv. RSC*, 2002, p. 100.

³⁶⁸ MAYAUD (Y.), *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, op. cit., p. 53: "Si en principe, nulle n'est passible de peines, qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé; il en est ainsi, notamment, dans les industries, ou commerces réglementés, où la responsabilité pénale remonte aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ou commerce".

materialmente commesso da terzi diventerebbe l'espressione della colpa di questi ultimi. La nozione di delega di poteri sarebbe un modo per evitare tale risultato, perché in tali casi la responsabilità sarebbe spostata sul *delegatario*, personalmente obbligato a sua volta alle obbligazioni legate al potere esercitato e trasmesso. Questo modo di affrontare la responsabilità penale dei decisori si trasmette in modo puntuale sulla persona giuridica, si *umanizza* in qualche modo la persona giuridica, comparandola ad un dirigente o a un decisore attraverso tuttavia un'impostazione generale dichiaratamente *finzionista*. In tal modo la persona giuridica viene considerata al di fuori della sua natura di soggetto collettivo. Non è la persona giuridica che agisce attraverso i suoi organi, ma sono le persone fisiche che agiscono attraverso modi e condizioni proprie della persona giuridica, dell'organizzazione, della struttura che essi interiorizzano, gli organi non agiscono per nome e per conto della persona giuridica, ma *sono agiti*³⁶⁹ dalla persona giuridica, nel senso che i loro comportamenti sono dettati da specifiche dinamiche interne all'organizzazione dell'impresa. Dunque, la persona giuridica non in quanto soggetto dal quale emana una sorta di delegazione di poteri, ma l'ente dal quale emana una realtà sistemica capace di influenzare, attraverso un processo di interiorizzazione, le azioni dei suoi organi, accompagnandole fino al reato, da questo punto di vista si tratta di un soggetto *realmente agente*. Un'impostazione simile si allontana dalla concezione *classica* del *principio di personalità* che sta a fondamento del diritto penale. Ma bisognerebbe pensare al diritto penale delle persone giuridiche come ad un altro diritto, *differente* in quanto sono differenti i soggetti che lo animano. Da questo punto di vista sembra veramente paradigmatico il fatto che in Francia noi non troviamo traccia di formalizzazione delle *posizioni di garanzia*, vogliamo dire che nella giurisprudenza e nella dottrina troviamo singoli casi, ma non una formalizzazione più o meno chiara che le includa e dia alla posizione del garante per la funzione o il ruolo un valore teorico di responsabilizzazione di base. Da ciò, bisognerebbe partire col rilevare le differenze tra il modo di concepire la responsabilità penale delle persone giuridiche e la

³⁶⁹ LACAN (J.), *Le séminaire. Les écrits techniques de Freud*, Paris, 2013.

responsabilità amministrativa degli enti in Italia³⁷⁰. Si potrebbe pensare che l'origine dottrinarie dell'introduzione della responsabilità amministrativa o, se vogliamo, quasi-penale delle persone giuridiche sia da ricercare proprio in questa figura importante del diritto penale contemporaneo, nella figura del garante. Che cos'è, in fondo, la colpa d'organizzazione se non una colpa legata al particolare ruolo svolto dall'ente, la realtà complessa che esso rappresenta, il fatto che esso abbia un ruolo specifico in rapporto all'attività che svolge, il fatto anche che esso sia sottoposto a regole più stringenti in ragione della sua attività e del fatto che essa possa mettere in pericolo beni particolarmente tutelati dal diritto penale e in cui terzi soggetti sono affidati alle *cure* della persona giuridica, che in qualche modo li include, servendosene. Il fatto che tale figura manchi nella formalizzazione legislativa francese, e in una dimensione generale anche in quella dottrinarie, fa capire meglio la difficoltà che sussiste nel tentativo di astrarsi dal ruolo causale tra attore diretto e attore indiretto, tra agente materiale e istigatore morale. Un caso emblematico è quello riguardante le collettività territoriali all'interno delle quali si tessono dei rapporti gerarchici o di subordinazione. Fenomeno che ha portato ad una forma di penalizzazione dei decisori politici negli enti locali. Ad esempio, un caso in cui ad essere condannato fu un sindaco per omicidio involontario, riguarda un drammatico incidente avvenuto in una stazione sciistica francese³⁷¹. La vittima fu un bambino di 3 anni e mezzo. Il sindaco, in precedenza, assunse personalmente l'onere di curare la sicurezza della stazione sciistica, dunque venne condannato. La Corte d'appello di Montpellier, ha rilevato la circostanza della creazione di un rischio permanente per gli sciatori, considerando colpevole il modo di gestire la stazione da parte del sindaco. La situazione del sindaco venne caratterizzata come portatrice di una particolare *funzione di garanzia*, alla quale egli doveva necessariamente rispondere, in modo tale che la mancanza di delega di responsabilità dal sindaco ad un garante tecnico venne considerata come causa di responsabilità del sindaco, che in tal modo aveva creato una "falla nel sistema di sicurezza" del suo Comune. Mancanza di delegazione come colpa, dunque, e

³⁷⁰ VARVARESSOS (A.), *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del lavoratore: giurisprudenza e sistema di un principio instabile*, in *Diritto penale contemporaneo*, consultabile on line su <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1378829633VARVARESSOS%202013a.pdf>, 2013; v. anche GIAVAZZI (S.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *riv. trimestrale Diritto penale dell'economia*, n. 1-2, gennaio-giugno, 2005, pp. 593 e ss.

³⁷¹ MAYAUD (Y.), *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, op. cit.

non è ciò che avviene anche molto spesso nella responsabilità penale imputata alle persone giuridiche? La Corte d'appello di Montpellier ha sottolineato nel dispositivo tale passaggio, affermando tra le altre cose che:

“Nella gestione di una stazione di sport invernale, il sindaco che non ha delegato i suoi poteri e le sue competenze, agisce come il dirigente d'impresa, per i poteri che esso esercita e per il profitto che esso produce per il suo Comune, il corollario di tali attività è un evidente principio di responsabilità funzionale del sindaco”³⁷².

Sulla base della legge 647 del 2000 sulla colpa, che ha modificato l'art 121-3 del Codice penale francese³⁷³, la responsabilità penale delle persone fisiche è diversamente apprezzata a seconda che la colpa commessa sia legata causalmente in modo diretto o indiretto alla persona responsabile. Se il legame causale è diretto, basterà all'imputazione penale della responsabilità una colpa semplice. Se, al contrario, il legame causale è indiretto, solamente una colpa qualificata, quindi una colpa cosciente, o anche formalmente qualificata può essere penalmente imputata. La responsabilità invece non sussiste se a una colpa semplice corrisponde un danno indirettamente causato³⁷⁴. Le persone fisiche però sono le sole beneficiarie di tale depenalizzazione per responsabilità indiretta per colpa semplice, mentre le persone giuridiche restano responsabili anche in tali casi. Ciò è sintomatico del fatto già accennato in precedenza secondo cui in Francia si ha questa abitudine a considerare le persone giuridiche come inserite in un rapporto dove esse possono servirsi di una persona che sia alle loro dipendenze, poi siccome non si tratta di una persona fisica, quindi non necessitante delle garanzie a queste ultime riservate, si può prospettare una sua responsabilizzazione anche per colpa semplice. Ma è proprio sulla base di una tale concezione degli enti che si avrà la necessità di cercare all'interno del processo penale alla

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ cit. in PLANQUE (J.-CL.), *la détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris, 2003, p. 211.

³⁷⁴ art. 121-3, Code pénal, gli articoli del Codice penale francese sono interamente consultabili *on line* sul sito legifrance.gouv.fr: “Dans le cas prévu par l’alinéa qui précède, les personnes physiques qui n’ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n’ont pas pris les mesures permettant de l’éviter, sont responsables pénalement s’il est établi qu’elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d’une particulière gravité qu’elles ne pouvaient ignorer”.

persona giuridica l'elemento soggettivo dell'agente indiretto³⁷⁵. La teoria legata alla *responsabilità indiretta*, che è legata in modo logico alla nozione di *autore morale*. Per autore indiretto qui si intenda colui che crea o contribuisce a creare la situazione che ha permesso la realizzazione del danno, oppure colui che non ha preso le misure adeguate per evitarlo. All'autore indiretto può essere imputato un reato non intenzionale, in quanto egli si trova all'origine di una *situazione* che ha permesso la realizzazione di un danno. Bisognerebbe dimostrare che l'autore indiretto non *prende in prestito* anche la fattispecie delittuosa formalizzata nel reato e realizzata da un eventuale autore diretto; si deve dimostrare che esso commette il suo *personale* e separato reato. In seguito sarà necessario dimostrare anche che quasi sempre l'autore indiretto fonda la sua azione di reato solamente sull'azione materiale dell'autore diretto al fine di realizzare il reato e non sul *carattere personale e soggettivo* dell'atto. Bisognava allora dimostrare la natura principale dell'imputazione del reato all'autore indiretto, prima ancora di rintracciare la sua natura oggettiva o materiale. Le cosiddette *faute délibérée* e *faute caractérisée*, costituiscono i due elementi soggettivi dell'incriminazione costituita dalla legge del 10 luglio del 2000, possono essere analizzate come una specie di forme d'*imprudenza cosciente*. La *faute délibérée* innanzitutto, consisterebbe a violare in modo deliberato, quindi cosciente, una regola di sicurezza o di prudenza. Ora, poiché l'oggetto di tale obbligazione mira a prevenire certi rischi legati a specifiche attività, la loro violazione deliberata consisterebbe di conseguenza in una coscienza del carico di rischi che l'azione porta con sé, rischio dunque perlomeno *in abstracto*, che può comportare un pericolo per i terzi coinvolti nell'attività rischiosa. Da ciò si capisce che la materialità della colpa qualificata andrebbe rintracciata in una maniera di individuare la coscienza che aveva l'autore per i rischi fatti correre a terzi; dunque, per la coscienza di un comportamento imprudente. Rimane necessaria la presenza di un autore principale. Da tale punto di vista la repressione dell'autore indiretto dipenderebbe dalla constatazione della presenza di un autore diretto. Per condannare l'autore indiretto bisognerebbe rintracciare innanzitutto quello diretto. La natura *principale*³⁷ dell'imputazione del reato all'autore indiretto si potrebbe innanzitutto dedurre dalla nozione di causalità indiretta fondata sul diritto positivo. Ora, poiché l'oggetto di una tale

³⁷⁵ MAYAUD (Y.), *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, op. cit, p. 88.

³⁷⁶ ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit. p. 419.

obbligazione consiste proprio nel prevenire certi rischi, la loro violazione deliberata implica direttamente la coscienza di un rischio, quantomeno astratto. Da ciò segue che la materialità del reato andrebbe rintracciata in una maniera di presumere la coscienza che aveva l'autore per il rischio fatto correre a terzi, dunque la coscienza della propria imprudenza nell'agire o nell'omettere di agire. Comunque si tratta di un sistema di partecipazione al reato, dove la presenza di un reato principale resta necessaria, come già si è avuto modo di chiarire. Perciò la constatazione dell'autore indiretto dipenderebbe dalla rilevazione di un autore diretto del danno³⁷⁷. Tale teoria avrebbe il difetto, che per trasposizione logica si riproduce anche nella responsabilità penale delle persone giuridiche, di implicare necessariamente la constatazione di una causa umana diretta del danno. Seguendo quest'ordine d'idee la *situazione pericolosa* creata dall'autore indiretto e che ha causato il danno, sarebbe precisamente quella *situazione* in cui si vede materializzarsi l'azione dell'autore diretto del danno. Tale soluzione però entra in crisi laddove, come spesso accade, l'autore diretto del danno sembra esserne anche la vittima. La vittima, infatti, non può, per definizione, essere considerata anche autore del reato; in quanto l'omicidio e le ferite implicano la causazione di un danno a terzi, e non a se stessi. La giurisprudenza francese, d'altro canto, sembra incline a rilevare la presenza di un autore indiretto anche quando si constata la sostanziale assenza di un autore diretto. Bisognerebbe da questo punto di vista uscire da una concezione puramente umana della causalità³⁷⁸. Se l'idea di partecipazione non convince allora conviene soffermarsi sull'idea di reato. Si possono distinguere due grandi categorie di reato non intenzionale: 1) reati diretti per imprudenza semplice; 2) reati indiretti o per imprudenza qualificata. Si potrebbe dire che ci sono dunque due modi di commettere un reato per ciascuna fattispecie non intenzionale, dunque due varietà d'autori giuridici. L'autore indiretto secondo tale concezione è un autore principale, in quanto esso commette un reato che gli è proprio, un reato di imprudenza che è totalmente distinto ed indipendente da quello eventualmente commesso dall'autore diretto

³⁷⁷ La *faute délibérée* e la *faute caractérisée* possono essere considerate come delle forme di imprudenza cosciente. La colpa deliberata, consiste innanzitutto nella violazione cosciente d'una obbligazione di sicurezza e di prudenza. Siccome l'oggetto di tali obbligazioni consiste nel prevenire certi rischi per le persone, la loro violazione cosciente implica in modo necessario la consapevolezza d'un rischio, almeno in forma astratta, fatto correre a terzi; v. CONTE (PH.), *Droit pénal spécial*, Paris, 2008, n° 25 ; MALABAT (V.), *Le délit de " mise en danger"*. *La lettre et l'esprit*, T. I, in JCP, 2000, n. 208.

³⁷⁸ In giurisprudenza si veda v. Cass. crim. 12 sept. 2000 : Bull. crim. 2000, n° 268 ; 9 oct. 2001 : Bull. crim. 2001, n° 204.

attraverso imprudenza semplice³⁷⁹. Sarebbe allora possibile qualificare l'autore indiretto rilevandone una certa distanza materialmente intesa tra la sua imprudenza ed il danno cagionato. In particolare, sarebbe diretto il comportamento che presenti una *prossimità spazio-temporale* rispetto al danno causato. Al contrario, la causalità indiretta si caratterizzerebbe dall'assenza di tale prossimità temporale o spaziale tra un'imprudenza e le sue conseguenze materiali. Attraverso la nozione giuridica di reato indiretto, la causalità indiretta rileva la sua natura costitutiva rispetto alla causalità partecipativa che invece riposa su un rapporto inter-soggettivo tra istigatore ed autore principale, come soggetti partecipanti allo stesso reato³⁸⁰. Ma la disposizione dell'articolo 121-3, paragrafo quattro, essendo limitata a solo beneficio delle persone fisiche porterebbe a credere che la natura di tale imputazione principale dell'autore indiretto non è compatibile con quella delle regole che reggono la responsabilità penale delle persone giuridiche³⁸¹. L'imputazione alla *personne morale* in Francia necessita l'imputazione di un reato ad un organo o rappresentante. Ora, se si adotta l'idea di una responsabilità "*par ricochet*" rispetto a quella delle persone fisiche, allora bisognerebbe ritornare all'idea di una causa di irresponsabilità a beneficio della sola persona fisica³⁸². Se invece si aderisce all'idea di responsabilità indipendente, allora saranno gli organi o rappresentanti in quanto tali e non in quanto persone fisiche, a commettere il reato, rendendo possibile la costruzione di una colpa semplice d'imprudenza nei confronti di un organo, anche quando nessun reato può essere attribuito alla persona fisica che impersona l'organo. Il problema nasce quando si considera il *principio di uguaglianza* di fronte alla legge poiché si tratta di ammettere che gli stessi fatti costituiscono reato quando essi sono commessi dalla persona giuridica. Non sono invece rimproverabili quando essi siano commessi dalla persona fisica. Da un punto di vista puramente materiale, la realizzazione di un reato da parte dell'autore indiretto dipende dalla caratterizzazione di un'*imprudenza*

³⁷⁹ v. ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 335, Tale concezione riposa su un " un critère purement physique qui oppose le lien direct au lien indirect"; v. inoltre Cass. crim. 15 mai 2001 : Bull. crim. 2001, n° 123.

³⁸⁰ CERF-HOLLENDER (A.), *Accidents du travail et loi du 10 juillet 2000*, in *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 402.

³⁸¹ ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., p. 430, " il y a peu de chance que l'imprudence simple de la personne physique, auteur indirect et organe de la personne morale, soit motivée par une volonté de servir l'intérêt général".

³⁸² SAINT-PAU (J.-CH.) *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., n. 177.

qualificata, da un danno e da un nesso di causalità certo, seppur indiretto, tra condotta e l'evento dannoso. Ora, è stato già osservato che tale causalità indiretta implica una certa distanza *spazio-temporale* tra il comportamento dell'autore indiretto ed il danno. Succede spesso che tra il comportamento dell'autore indiretto ed il danno si rende necessario per realizzare il reato, l'intervento di un terzo. Anche se presente con una certa frequenza, questa dipendenza materiale non sarebbe veramente necessaria, spesso accade, infatti, che non si rintracci l'intervento di un terzo nella realizzazione del reato. L'autore indiretto prenderebbe *in prestito* dall'autore diretto solo l'imprudenza materiale dell'autore diretto, non la sua imprudenza intesa come elemento psicologico e soggettivo. Difatti, come abbiamo già sostenuto in precedenza, la causalità che lega l'autore indiretto al danno può derivare da un terzo autore diretto, ma può anche derivare da una *situazione*, un avvenimento non materialmente umano ma sistemico o ambientale che richiede una certa attività di controllo, di manutenzione, etc³⁸³. Dalle ultime considerazioni sembrerebbe scaturire che l'imputazione del reato all'autore indiretto può avere natura principale. Tale natura risulterebbe dalla nozione di causalità indiretta che può essere conciliata con la responsabilità delle persone giuridiche, che è mantenuta in caso di colpa semplice in relazione indiretta con il danno. Ma anche restando principale, l'imputazione del reato all'autore indiretto dipende, non poche volte, dall'azione dell'autore materiale, senza però dipendere dal suo elemento psicologico. La persona giuridica nei panni di autore indiretto si rende indipendentemente imputabile attraverso la propria autonomia soggettiva. Il ragionamento seguito dalla più recente dottrina francese, si sostanzia in un tentativo di scongiurare l'idea di autore indiretto come semplice figura partecipativa del reato. Secondo questa tendenza il fatto che il reato possa nella maggior parte dei casi essere realizzato da un terzo autore diretto, potrebbe mettere in dubbio la concezione dell'autore indiretto persona giuridica come autore autonomo. Infatti l'ente, realizzando il reato attraverso l'azione materiale della persona fisica, pone la necessità di interrogarsi sulla compatibilità tra la figura di autore principale e persona giuridica³⁸⁴. Tali esitazioni potrebbero essere superate attraverso una deduzione della natura soggettiva dell'imputazione principale. In tale ottica

³⁸³ ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., p. 435-436, Cfr.: "Ainsi, l'auteur juridique, à travers l'auteur indirect, se singularise par son autonomie subjective ; en d'autres termes, l'imputation principale révèle, une fois de plus, sa nature subjective".

³⁸⁴ *Ivi*, pp. 439-440.

sia l'autore indiretto persona fisica, sia l'autore persona giuridica, apparirebbero come dei veri e propri autori principali e giuridicamente responsabili. L'interesse teorico della classificazione della natura giuridica degli enti si sostanzia nell'interesse pratico legato all'indipendenza penale di tali soggetti, rispetto alla repressione criminale. Veniamo dunque alla nozione di autore mediato, che richiama la figura di colui che utilizza un terzo inconsapevole per la realizzazione di un reato. In tal modo, l'autore mediato, utilizzando il terzo come uno *strumento umano*, dipenderebbe, da un punto di vista oggettivo, da un agente terzo nella commissione di un reato. Al contrario, siccome esso approfitta dell'incoscienza del terzo, che agisce inconsapevolmente rispetto alla realizzazione della fattispecie di reato, l'autore indiretto non dipenderà anche dall'elemento psicologico dell'agente, anzi ne sarà totalmente indipendente. Si pensi al caso di scuola di colui che consegna ad un terzo inconsapevole, che fungerà da somministratore, un flacone contenente una sostanza velenosa da somministrare alla vittima. L'esecuzione materiale dipende dall'intervento di un terzo, ridotto a puro strumento fisico nelle mani dell'istigatore, che resta il reale autore, anche se solo indirettamente coinvolto³⁸⁵. Il terzo, ridotto a strumento umano, potrebbe essere comparato allora a qualsiasi altro strumento materiale che permette la realizzazione di un reato, al pari di un oggetto o di un animale. Ecco che l'autore mediato, utilizzando il terzo inconsapevole come strumento cieco non è partecipe al reato, ma addirittura il vero artefice: l'autore giuridico di un reato commesso attraverso la *longa manus* del terzo. Un esempio classico fatto in dottrina è quello riguardante l'annuncio comparso sulla rivista *Minitel Rose*³⁸⁶, annuncio imbarazzante pubblicato a nome della vittima ed a sua insaputa. Le persone che hanno risposto all'annuncio con toni offensivi in relazione alla natura dell'annuncio stesso non potevano avere coscienza di mettere in pericolo l'integrità fisica o psichica della vittima, essendo inconsapevoli della falsità dell'annuncio. Anche il caso dell'avvocato che riporta in giudizio le falsità espresse dal suo cliente non può essere considerato che uno strumento umano del delinquere di quest'ultimo. In tutti questi casi, il terzo strumento umano non è cosciente di compiere un reato, in qualche modo esso è vittima di un errore sui fatti costituenti reato, che si concretizza nell'assenza della volontà criminale. Da ciò si deduce che l'autore mediato sfrutta strumentalmente l'autore materiale, e l'assenza

³⁸⁵ V. Cass. crim. 5 fév. 1958 : Bull. crim. 1958, n° 126.

³⁸⁶ Cass. crim. 17 juin 1992 : Bull. crim. 1992, n° 243.

dell'elemento psicologico del reato di quest'ultimo³⁸⁷. In rapporto alle persone giuridiche, il caso in cui un dipendente mette in pratica certe procedure che violino la *privacy* dei suoi colleghi, ma che consistono in procedure interne all'ente perfettamente in linea con le attività abituali dello stesso, e che pertanto non danno modo di percepire allo stesso dipendente, né alla dirigenza che subentra in una *situazione* già data, dell'illegalità di tale pratica. In questi casi si dovrebbe presumere che l'autore mediato ha piena coscienza della materialità criminosa. Perciò egli resta il solo soggetto a realizzare l'*elemento psicologico*. Anche attraverso una concezione soggettiva dell'imputazione principale un autore disapprova la *Chambre criminelle* quando ha qualificato come autore principale del delitto d'apertura di corrispondenza il datore di lavoro che ordina alla sua segretaria di aprire la corrispondenza dei suoi dipendenti. Secondo la *Chambre criminelle*, il dipendente (nello specifico il segretario) non sarebbe altro che un semplice agente d'esecuzione, che viene considerato come sottoposto all'autorità del datore di lavoro, come strumento nelle mani di quest'ultimo. Secondo un autore, invece, essendo pienamente cosciente del disvalore dell'atto il dipendente doveva essere considerato come autore responsabile dell'atto stesso, mentre il datore di lavoro sarebbe stato considerato come istigatore. Il dovere di obbedienza comporterebbe dei limiti e l'ordine superiore non costituirebbe in diritto penale una giustificazione per il soggetto agente materiale, in ragione della particolare gravità morale delle azioni represses attraverso lo strumento penale³⁸⁸. L'attaccamento alla centralità dell'azione diretta del danno si spinge nella dottrina e nella giurisprudenza fino a dire che l'istigatore di un demente o di un minore si fonderebbe sulla coscienza di questi ultimi

³⁸⁷ A tal proposito ricordiamo che si vuole mettere l'accento su una speciale forma di riprovazione, che è quella oggettiva, di cui si è fatto riferimento nel Cap. I(v. infra) e che deriva dalle elaborazioni del diritto civile specialmente di inizio 900, in tal senso si veda LACAZE (M.), *La réprobation objective en droit pénal – Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes*, *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice*, n° 1, octobre 2011, p. 257.

³⁸⁸ Su tale tema si v. MANACORDA (S.), *Imputazione collettiva e responsabilità individuale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008, pp. 83-4, il quale nel commentare l'argomento rispetto alle statuizioni del Tribunale di Norimberga sui crimini nella Germania nazista, dice: " dal punto di vista *cibernetico*, in un sistema organizzato gerarchicamente, affinché il sistema funzioni, devono avvenire dei cambiamenti nella struttura interna degli elementi, ed in particolare una perdita di controllo locale a favore della coerenza del sistema; il soggetto agente si trova allora in uno stato *eteronomico* (*agentic state*) in cui soddisfa i desideri altrui e non i propri, ciò che lo renderebbe altrimenti autonomo. Nello stato *eteronomico* in cui si trova, l'agente è confrontato ad una responsabilità divisa: da un canto rispettare l'autorità, dall'altra gli imperativi interni, e in questa biforcazione la coscienza si intorpidisce. In tali condizioni il soggetto smarrisce la responsabilità, o meglio si sente responsabile verso l'autorità in termini di obbedienza ma non del contenuto delle azioni prescritte dall'autorità" .

rispetto alla stretta materialità dei propri atti, e sulla loro volontà, seppur parziale, di agire malgrado tutto. Questo difetto di indipendenza soggettiva porterebbe all'esclusione dell'ammissione dell'autore mediato e a tendere piuttosto verso la nozione di complicità. In tal caso la repressione criminale sarebbe comunque garantita attraverso l'irresponsabilità penale dell'agente materiale, per incoscienza o per la minore età, che non impedirebbe la persecuzione penale dei partecipanti. La condizione intellettuale dell'imputazione all'agente, viziata da demenza, non cancellerebbe comunque il carattere criminale dell'azione. Secondo un altro principio, quello di *imputazione partecipativa*, la responsabilità degli enti riposerebbe su un reato principale, il cui soggetto attivo sarebbe la persona fisica³⁸⁹. Si è pure sostenuto che le condizioni di imputazione all'agente costituirebbero le condizioni di imputazione alla responsabilità penale della persona giuridica. Parallelamente tutte le cause di irresponsabilità penale a beneficio della persona fisica si trasferirebbero alla persona giuridica. Se però si resta su un simile rapporto esclusivo tra agente ed ente collettivo, è ovvio che l'unico modo per imputare la responsabilità penale alla persona giuridica è quello di sostenere la responsabilità oggettiva dell'ente. Ad esempio, nel caso dell'agente colpito da follia occasionale e temporanea, per quale motivo si potrebbe imputare una colpa alla persona giuridica per la quale lo stesso agente non sarebbe responsabile? Insomma, se si resta su tale specifico rapporto si rischia di incentrare il diritto penale su un rapporto di causalità limitato a due soggetti; dimenticando che la persona giuridica è un soggetto complesso, con una struttura complessa, e il rapporto reale spesso non si riduce alla coppia ente-agente, dove l'azione dell'agente può derivare da una serie di fattori che possono essere riconducibili al modo di funzionamento dell'organizzazione in cui esso opera. L'esistenza di uno stato temporaneo di incoscienza in capo al soggetto agente, sulla base delle ultime considerazioni, potrebbe essere considerato alla stregua di una *causa di forza maggiore* a beneficio dell'ente collettivo; constatandone l'assenza dell'elemento soggettivo del reato. Se però lo stato di incoscienza da cui è derivato il danno fosse stato riconducibile ad un difetto d'organizzazione o di controllo interno dell'ente, o laddove esso fosse stato riconoscibile o prevedibile, all'interno della struttura organizzativa della persona giuridica, ove nulla sia stato fatto di concreto per evitare i danni che da questo stato potevano derivare, ecco che l'ente potrà essere imputato penalmente e *personalmente* per non aver impedito l'evento

³⁸⁹ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 375 ; v. anche, RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 421.

dannoso³⁹⁰. In quest'ottica l'ente non "prende in prestito" il reato dal suo agente persona fisica ma poggia la propria imputabilità solo sull'elemento materiale di quest'ultimo. Le condizioni dell'imputabilità alla persona giuridica si fonderebbero di conseguenza sulla partecipazione nel reato che, a sua volta, dovrebbe essere elaborata sulla base del concetto di *causalità partecipativa*. In tal modo l'ente si vedrebbe imputato un reato in ragione della sua capacità di influenza su un agente operante all'interno delle sue attività funzionali³⁹¹. Nel momento in cui il codice subordina l'imputabilità di un reato della persona giuridica al fatto che un suo agente deve agire *par compte* della stessa, si caratterizzerebbe il reato dell'ente sulla base del profitto ricavato. Ma anche tale soluzione non appare soddisfacente, in quanto non tutti i reati sono sempre riconducibili ad un'idea convenzionalmente intesa di profitto³⁹². Attraverso il paradigma della partecipazione penale, la responsabilità della persona giuridica presenta l'inconveniente di comportare una criminalità indiretta e dipendente. Tale dipendenza non è solo oggettiva, ma anche soggettiva, perché attraverso la complicità l'ente dovrà servirsi sia dell'elemento materiale che dell'elemento morale dell'agente persona fisica. Ma l'impossibilità dell'imputazione alla persona fisica non impedirebbe al contempo l'imputazione alla persona giuridica. Ad esempio, nei casi in cui l'imputazione deriva dalla deliberazione di un organo collegiale dove la volontà individuale delle persone fisiche si disperde e si confonde con quella deliberativa dell'organo³⁹³. D'altro canto la *Chambre criminelle* ha stabilito che un sindaco può essere condannato per atti discriminatori, perché egli ha personalmente partecipato al reato, indipendentemente dal voto del Consiglio Municipale³⁹⁴. Apparentemente contraddittoria tale decisione è in realtà coerente in quanto la *Chambre* si preoccupa di ricordare che la partecipazione al reato è indipendente dalla deliberazione di un organo collegiale; infatti la Corte di cassazione conferma che un semplice voto favorevole non basta a stabilire che vi sia stata partecipazione colpevole di

³⁹⁰ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 371.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² RONCHEVSKY (N.), *Les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de la jurisprudence récente*, cit. in F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit. p. 463.

³⁹³ SAINT-PAU (J.-CH.), note sous Cass. crim. 18 janv. 2000.

³⁹⁴ Cass. crim. 11 mai 1999 : Dr. pén. 1999, com. n° 140 (arrêt), oss. VERON (M.); v. anche Cass. crim. 19 nov. 2003 : Dr. pén. 2004, com. n° 32, oss. ROBERT. (J.-H.)

uno dei membri del Consiglio Municipale e che, indipendentemente dal voto, un contributo particolarmente incisivo alla realizzazione del reato non impedisce la sua repressione. In realtà, a parte questi inconvenienti, il legislatore non intende, attraverso l'art. 121-2 creare un nuovo modo di partecipazione al reato. Anche la geografia codicistica, che lo posiziona lontano dai casi previsti dagli articoli sulla partecipazione sembrerebbe scongiurare una tale ipotesi. Ecco perché la Corte di cassazione decide che, nei casi previsti dalla legge, la colpa dell'organo o del rappresentante è sufficiente se essa è commessa per conto della persona giuridica a stabilire una responsabilità personale dell'ente. La necessità di una colpa distinta è rigettata e con essa l'imputazione partecipativa. Tale rigetto della imputazione partecipativa suggerirebbe la necessità dell'abbandono di una responsabilità *par ricochet* degli enti. Ma, allo stesso tempo, il rigetto da una responsabilità di riflesso (indiretta) non fa venir meno la necessità per la persona giuridica di servirsi dell'azione materiale dell'agente persona fisica per l'attuazione del reato³⁹⁵. Tale postulato costituirebbe la condizione indispensabile per una responsabilità diretta della persona giuridica in Francia. Secondo certa dottrina, quando un reato viene commesso da un organo o un rappresentante è la stessa persona giuridica a rendersi responsabile dell'atto colpevole. Teoria molto simile a quella della *immedesimazione organica* già elaborata dagli inglesi a fine ottocento. Si sostituisce il principio dell'*emprunt* di imputabilità della partecipazione al reato col principio che in Francia viene definito con l'espressione *confusion de criminalité*³⁹⁶. Tale teoria genera una palese contraddizione nel momento in cui da un lato conferma una visione meramente finzionistica della persona giuridica e dall'altro attribuisce sostanza giuridica e fattuale all'ente attraverso un principio di *immedesimazione organica*. Sulla base di tale postulato non sarebbe necessaria una *faute distincte* della persona giuridica, in quanto il fatto colpevole della persona fisica sarebbe lo stesso fatto colpevole della persona giuridica. Quindi se la persona fisica non agisce in nome o per conto dell'ente, ciò comporterebbe che essa non agisce in qualità d'organo, ma solo in quanto persona fisica, dunque per se medesima, escludendo la possibilità di imputazione degli atti all'ente. Ecco, un'affermazione

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ DESPORTES (F.), J.-Cl. Pénal Code, Art. 121-2, n° 152 ; v, nel medesimo senso, SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité des personnes morales : réalité ou fiction*, op. cit., n° 125.

paradigmatica esemplare dell'approccio appena enunciato³⁹⁷. Comunque, tale dissociazione avrebbe almeno il valore pratico di supportare il paragrafo 3 dell'art. 121-2, che autorizzerebbe un eventuale cumulo di responsabilità della persona giuridica e della persona fisica organo o rappresentante³⁹⁸. In tal modo, in ottemperanza agli art. 121-3 paragrafo 4 e 121-2 paragrafo 3, in materia di delitti non intenzionali, quando la causalità tra imprudenza e danno è indiretta. Il dirigente che ha commesso un'imprudenza semplice non risponde, in quanto persona fisica, personalmente di tali fatti colpevoli, mentre nelle vesti di organo esso può comportare la responsabilità penale della persona giuridica. Seguendo tale discorso, se un reato, considerati i fatti, non può essere stato commesso che da un organo dell'ente, diventa allora inutile la caratterizzazione del medesimo attraverso il rintracciamento della persona fisica agente. Se al contrario l'attribuzione all'organo appare incerta, allora bisognerà rintracciare la persona fisica agente. Tale autonomia della responsabilità della persona giuridica riposerebbe dunque su una dissociazione tra essa e la persona fisica organo o rappresentante. Secondo un autore, non si dovrebbe vedere in questa impostazione un cambiamento nella teoria di base che rintraccia dietro tutta questa costruzione come sempre presente la mano della persona fisica³⁹⁹. Per dimostrare quest'affermazione Carbonnier fa l'esempio di quella società di nazionalità francese che durante la I guerra mondiale poteva essere considerata come straniera se, a causa della nazionalità estera dei suoi membri, essa si trova sottomessa al controllo giuridico di un Paese straniero. Si noti che è proprio perché oggi un discorso simile non sarebbe praticabile che bisogna ripensare la responsabilità penale delle persone giuridiche. Tutte le grandi società ormai si sono nel frattempo internazionalizzate e quindi non possono più essere identificate sulla base della nazionalità dei propri membri. Ritornando alla dottrina francese analizzata, questa afferma che se dissociamo l'organo dalla persona fisica che lo compone, nella sostanza operiamo un vero e proprio svuotamento della persona giuridica; e la persona giuridica non sarebbe più capace, da sola, di *agire*. Ci sarebbe un limite invalicabile, fisico, secondo il quale anche parlando di

³⁹⁷ v. CONTE (PH.), *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, 2003, p. 109: "Le dirigeant de société se couperait en deux moitiés. Organe ici, personne physique là, mais, n'y a-t-il pas déjà quelques artifices à admettre la responsabilité pénale des personnes morales?".

³⁹⁸ SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité des personnes morales : réalité ou fiction*, op. cit., n° 125.

³⁹⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les personnes*, t.1, 20 éd., 1996.

persona giuridica come autore diretto, essa continuerà a dipendere dalla persona fisica. Infatti, sarebbero necessari "un bras, une main pour realiser matériellement une infraction" e quindi "la personne physique demeure au moins une ombre de la personne morale"⁴⁰⁰. Più di recente si perviene alla seguente conclusione: 1) da un punto di vista oggettivo e materiale la persona giuridica non può emanciparsi dalla persona fisica; da ciò la dottrina presa in esame fa derivare il carattere partecipativo della responsabilità delle persone giuridiche; 2) Dal punto di vista soggettivo, diciamo psicologico, dell'imputazione principale tale passaggio dall'elemento materiale a quello soggettivo, non impedirebbe alla persona giuridica di essere considerata come autore del reato, dal momento che essa conserva l'autonomia soggettiva nella realizzazione del reato, secondo le modalità che si è già analizzato⁴⁰¹. Quest'indipendenza soggettiva della persona giuridica nella realizzazione del reato significherebbe che essa è in grado di riprodurre l'elemento psicologico in via del tutto autonoma dall'agente persona fisica; essa non ne acquisterebbe l'elemento volontaristico. Tale impostazione presuppone in capo alla persona giuridica l'esistenza di una volontà propria distinta da quella della persona fisica. Parte della dottrina francese si ispira ad una radicale separazione disciplinare, che attraverso un discorso di stampo tecnicistico apparentemente votato al un funzionalismo giuridico, arriva ad un risultato opposto. Carbonnier sostiene che "certe teorie sociologiche" hanno sostenuto una realtà dei gruppi fondata sulla coscienza collettiva, una realtà diciamo così "psicologica", mossa da una comune volontà del gruppo e distinta da quella dei singoli membri⁴⁰². Secondo Carbonnier tutte queste teorie, che egli definisce *sociologiche*, sarebbero contraddette da questo semplice fatto: tali teorie non spiegherebbero perché certi gruppi, seppur dotati di una volontà collettiva unificata, non acquisiscono la personalità giuridica⁴⁰³. Ecco chiaramente espressa la tendenza a ricondurre tutto alla volontà del legislatore, ponendo la dottrina in una posizione subalterna al legislatore e alla giurisprudenza, limitando il proprio operato ad un commentario di ciò che *ha fatto* e *ha detto* la giurisprudenza o il legislatore. Il fatto che il

⁴⁰⁰ Cfr. ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., p. 471 e ss.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 473.

⁴⁰² v. BOUZAT (V. P.) - PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2 éd., Paris,, 1970, n° 229.

⁴⁰³ CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les personnes*, op. cit., n° 232

gruppo abbia la capacità o meno di commettere un reato autonomamente dipenderebbe dalla semplice volontà del legislatore di riconoscerlo come soggetto giuridicamente capace. Non si tratta qui di ricercare la natura della personalità giuridica degli enti. In base a tale impostazione di metodo, Carbonnier sostiene che se la sociologia cerca di dare una determinata risposta al problema, tale risposta sarà valutata non tanto sulla base della sua coerenza logica o sulla validità razionale che essa racchiude, ma unicamente sulla base della sua coerenza rispetto all'apparato normativo espresso nella legge. La persona morale può tendere la sua azione verso la realizzazione di un reato e in ciò resterebbe indipendente in ragione della sua capacità psicologica a "volere" il reato. Ma anche qui i massimalisti del corpo e della carne del diritto penale, sostengono in tutta sicurezza che i moventi "aient leur siege ailleurs que dans le cerveau d'un homme"⁴⁰⁴. Alcuni invece hanno sostenuto che se non si ammette la possibilità di una volontà criminale dell'ente collettivo allora non potrà neppure ammettersi l'esistenza di una qualsiasi altra volontà dell'ente, anche rispetto alle altre discipline giuridiche. Si prenda ancora una volta ad esempio il contratto, ebbene nel contratto una delle componenti essenziali alla stipulazione dello stesso risulta essere proprio l'accordo della volontà tra le parti⁴⁰⁵. In tal senso la *Chambre sociale* non ha esitato ad attribuire alla persona giuridica una colpa grave⁴⁰⁶ derivante da atto o da omissione volontaria e da coscienza del pericolo conseguente all'assenza di manutenzione di un motore, che abbia ferito un dipendente della società imputata. Questo nuovo passaggio attraverso il diritto civile ci riconduce a poter pensare ad una responsabilità indipendente della persona giuridica:

"Il est toute de même étrange que personne ne conteste pas l'efficacité économique de la volonté d'une société industrielle quand elle décide de l'implantation de ses sites de production, mais que les

⁴⁰⁴ DONNEDIEU (H.), nota su CA PARIS, 21 déc. 1949, D. 1950, p. 434.

⁴⁰⁵ FABRE-MAGNAN (V.M.), *Les obligations*, Paris, 2004, n° 60; AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), SAVAUX (E.), *Les obligations-L'acte juridique*, t. 1, A. Colin, Ed. 12, 2006, n° 79.

⁴⁰⁶ v. ad esempio, Cass. soc. 28 fév. 2002, JCP 2002, II, 10053, concl. BENMAKLOUF (A.), I, 186, n° 23, oss. VINEY (G.) ; D. 2002, p. 2696, note PRETOT (X.) ; su tali sentenze: v. JOURDAIN (P.), J.-Cl. Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 120-20, n° 69 e ss.; VACHET (G.), J.-Cl. Protection sociale, Fasc. 339, n° 22 e ss. ; v. anche, Cass. soc. 31 oct. 2002, Bull. civ. 2002, V, n° 336; Cass. soc. 11 avril 2002, Bull. civ. 2002, V, n° 127; 10 juin 2003, Bull. civ. 2003, V, n° 177 ; 14 oct. 2003, Bull. civ. 2003, V, n° 300.

mêmes contestent la réalité pénale de sa volonté quand elle décide de supprimer un site de production sans respecter les obligations du droit commercial ou du droit du travail inhérent à ce choix”⁴⁰⁷.

La giurisprudenza sembrerebbe riconoscere alla persona giuridica la capacità a riprodurre una certa volontà criminale distinta da quella dei membri che la compongono. Essa ha deciso, ad esempio, che i membri di un Consiglio Municipale non possono essere condannati per discriminazione quando la commissione di un delitto risulta dalla delibera di un organo collegiale, compresa quella dei consiglieri che hanno espresso voto favorevole⁴⁰⁸. In questa sentenza il giudice spiega che la decisione del Consiglio Municipale non deve essere intesa come il risultato di una semplice addizione delle singole volontà individuali dei membri del Consiglio; in quanto la decisione è valida solo se emanata dall’interezza del Consiglio come organo deliberativo; perciò tale deliberazione non dovrebbe comportare la responsabilità di ciascuno dei suoi membri, ma solo quella del Comune in quanto persona giuridica di diritto pubblico. Questa distinzione tra la volontà della persona fisica da quella della persona giuridica, giustifica un possibile cumulo di responsabilità, tra l’altro previsto dall’art. 121.2 comma 3⁴⁰⁹. Il ragionamento che è alla base di tale teoria sembra puramente strumentale. La persona giuridica in quanto autrice del reato dovrà poggiare sulla materialità dell’azione o dell’omissione della persona fisica, organo o rappresentante. Se essa si poggiasse anche sull’elemento psicologico della persona fisica allora si punirebbe due volte lo stesso reato, violando il principio del diritto penale *ne bis in idem*: “Malgré l’unité du fait matériel, l’infraction pourrait être consommée par la personne physique à défaut d’élément moral”⁴¹⁰. Tale volontà propria della persona giuridica conferirebbe una certa autonomia nella realizzazione del reato, poiché nonostante resti la dipendenza dalla persona fisica per la commissione dell’elemento materiale della fattispecie penale⁴¹¹, essa realizzerebbe

⁴⁰⁷ RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 405.

⁴⁰⁸ Cfr. ROUSSEAU (F.), *L’imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., p. 478.

⁴⁰⁹ DOHL (V. D.), *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d’une responsabilité pénale de la personne morale qui n’exclut pas celle du dirigeant personne physique)*, in *Mélanges B. Mercadal, F. Lefebvre*, 2002, p. 373, spéc. n° 47.

⁴¹⁰ Cfr. SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité pénale d’une personne physique agissant es qualité d’organe ou représentant d’une personne morale*, op. cit.; secondo l’autore il cumulo di responsabilità tra persona fisica e persona giuridica dovrebbe avere carattere perlomeno eventuale in diritto.

⁴¹¹ *Ivi*, n. 359 e ss.

indipendentemente l'elemento psicologico. Per concludere, sulla base del ragionamento seguito fin ora si evince che nel caso dell'autore indiretto o mediato che utilizza uno *strumento umano*, ossia un individuo incosciente della realtà materiale dei fatti che compie, tale autore prende in prestito (*emprunte*) l'elemento materiale del reato dall'agente. Perciò esso realizza solo l'elemento psicologico del reato, senza dipendere in ciò dall'agente materiale. In tal modo, e sulla base della teoria *soggettivista*, si potrebbe pensare all'autore mediato come persona responsabile per il reato commesso dall'agente. Nel caso della persona giuridica, siccome essa fondamentalemente viene considerata come un essere fittizio, essa avrà bisogno della persona fisica per integrare la fattispecie penale, Ma disponendo di una volontà propria, distinta da quella dei suoi membri, essa può riprodurre l'elemento psicologico del reato, senza doverlo *prendere in prestito* dalla persona fisica. Ma si sono visti i punti critici che questa teoria rappresenta, innanzitutto per la mancanza di una reale colpevolezza soggettiva dell'ente, che resta limitato nel rapporto agente-indiretto/agente-materiale, in quanto, a parte la finzione dell'immedesimazione organica non resta che un vuoto sostenuto dalla concezione *finzionistica* dell'entità collettiva. Dopodiché, anche sul piano della *rimproverabilità* della colpevolezza dell'ente non sembrano rintracciabili in tale teoria elementi idonei a giustificare l'intervento del diritto penale, a parte elementi puramente normativi e di politica criminale⁴¹², come è stato fatto già notare nel presente paragrafo.

4.2. *Dall'ente autore indiretto ai modelli legati alla competenza.*

Si sono analizzate le caratteristiche della natura indiretta della responsabilità penale degli enti, facendo corrispondere la responsabilità indiretta dell'agente persona fisica ad una corrispondente idea di colpevolezza indiretta dell'ente, che favorisce, o addirittura spinge, al reato. Si tenterà, di seguito, di dimostrarne nel contempo la componente derivante dalla posizione di garanzia occupata dalla persona giuridica e legata a specifiche competenze della sua struttura; natura simile, del resto, a quella figura variamente qualificata, già conosciuta

⁴¹² ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit. 385 e ss.

dall'ordinamento penale, che è quella del *professionista*⁴¹³. Il professionista, questo criminale ingegnoso, integrato socialmente, si potrebbe dire iperintegrato sfugge facilmente alla criminalizzazione. Oggi però il professionista, il tecnico, il dirigente, deve affrontare non solo la responsabilità che derivi dalla propria disonestà, dalle frodi, ma anche quella dipendente da *erreur professionnelle abnorme* o dalla cattiva valutazione dei rischi professionali inerenti alla propria attività. Il diritto penale che si interessa al professionista è parallelo a quello che si interessa all'ente, o alla impresa *tout court*. È un diritto penale che si è imposto, col tempo, al legislatore e alla dottrina. Perciò esso non è sufficientemente sistematizzato e si presenta come particolarmente problematico nel sentiero dell'applicazione degli istituti tradizionali della scienza penale⁴¹⁴. Si è visto già che dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica sono germogliate, in Francia e altrove, tutte quelle questioni che oggi si pongono al diritto penale delle persone giuridiche. Lo stesso, pure se in modi diversi e più attuali, si potrebbe dire per la *responsabilité professionnelle* in Francia, e per le *posizioni di garanzia* in Italia. In Francia, a livello penale, non è stata data ancora adeguata sistematizzazione unitaria, né in dottrina, né tantomeno in giurisprudenza alla categoria riconducibile a quelle figure professionali che per il particolare ruolo svolto nella società rappresentato dalla complessità delle attività svolte, detengono un più ampio potere oggettivo e dunque una più ampia responsabilità giuridica, oltretutto deontologica, legata alla competenza. Quelle che quantomeno concettualmente in Italia definiremo *posizioni di*

⁴¹³ L'impostazione generale di tale paragrafo si ispira, oltre che alla generale dottrina penale italiana, specialmente ad una ricerca che si potrebbe definire pionieristica in Francia, data l'assenza di una qualificazione normativa generale delle c.d. posizioni di garanzia, v. BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit.

⁴¹⁴ *Ivi*, p. 16.

*garanzia*⁴¹⁵. La responsabilità professionale è stata oggetto di numerose analisi settoriali nel diritto penale francese, mentre è sistematizzata globalmente nel diritto civile. Il carattere necessario di una sistematizzazione deriva dal fatto che in diritto civile la responsabilità professionale perde il suo carattere *responsabilizzante*, svuotato dal sistema delle assicurazioni e degli indennizzi⁴¹⁶. Insomma gli indennizzi e le assicurazioni priverebbero la responsabilità civile in ambito professionale di tutto l'effetto dissuasivo della norma precettiva. Lo stesso potrebbe dirsi per i danni industriali e ambientali dell'impresa che in certi casi resterebbero privi dell'elemento della responsabilizzazione se si lasciasse il settore regolato dal solo diritto civile⁴¹⁷. In altri termini, sia per i danni professionali che per quelli legati agli enti, guardati dall'angolo della responsabilità civile, le obbligazioni tendono a sfuggire alla responsabilizzazione. Un altro punto problematico che lega ancora una volta la responsabilità professionale a quella degli enti è quello rappresentato dal fatto che entrambe sfuggono alla presa del diritto civile, pur nascendo in seno ad esso, ma sono anche entrambe categorie estremamente *normativizzate*, sfuggendo parimenti ai tradizionali principi di *colpevolezza* e di *personalità del reato* classicamente intesi. Entrambe le categorie penali in parola, insomma, si pongono come unico settore normativizzato che deve fare i conti con il tradizionale concetto di colpa e di personalizzazione del reato nel diritto penale, con le categorie dogmatiche che lo concernono, di fronte alla necessità di una mera regolamentazione sociale e di una domanda di criminalizzazione. Veniamo in tal modo ad un terzo punto di congiunzione delle due categorie, quello della *regolamentazione*. In fondo, sia

⁴¹⁵ Come ricorda Pulitanó (PULITANÓ (D.), *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, op. cit. p. 1), seppure in Italia le posizioni di garanzia non trovano una netta sistematizzazione nel c.p. esse sono comunque presenti nell'ordinamento in modo indiretto attraverso la norma di rinvio; di seguito la definizione che ne dà l'autore in parola: " Evocate dalla clausola generale dell'art. 40 cpv. cod. pen., ma non regolate dal codice penale, le 'posizioni di garanzia' rilevanti ai fini della responsabilità 'commissiva per omissionem' sono istituiti per così dire di raccordo fra il sistema penale e l'ordinamento giuridico complessivo. La clausola generale contenuta nel codice penale dà rilievo penalistico a posizioni soggettive (obblighi giuridici) il cui fondamento e la cui disciplina vanno ricercati in un contesto normativo 'extrapenale', che definisce poteri e doveri corrispondenti a dati ruoli. E' qui la radice del denunciato deficit di tipicità: la fattispecie di reato 'omissivo improprio' non viene compiutamente delineata secondo la normale tecnica di tipizzazione, nella norma 'di parte speciale', ma viene costruita arricchendo la fattispecie di parte speciale con un elemento (la posizione di obbligo) da desumere dalla clausola 'di parte generale' combinata con principi giuridici extrapenali".

⁴¹⁶ CADIET (L.), *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Mélanges P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, 2000, p. 495.

⁴¹⁷ JOURDAIN (P.), *Les principes de responsabilité civile*, 7 ed., Paris, 2007, p. 21.

i reati professionali sia quelli dell'ente si inseriscono piuttosto all'interno di una concettualizzazione finalistica votata alla regolamentazione settoriale e più ampiamente sociale che a una retribuzione in senso tipicamente penale basata su una colpevolezza intesa in senso rigidamente dogmatico⁴¹⁸. Non è forse questo il punto più critico in sintesi evidenziato dalla dottrina tradizionalista dai tempi di Savigny, di Gierke, di Von Hiering?⁴¹ Questa reticenza a spostare il diritto penale più dalla parte della regolamentazione che da quella di una retribuzione in termini di riprovazione per la volontà espressa attraverso l'azione o l'omissione dell'agente? Questa incofessabilità delle ragioni di controllo sociale legata alle ragioni di ordine pubblico del diritto penale? Un certo carattere, sottinteso, normativo della responsabilità professionale e di quella degli enti; ma anche una natura empirica piuttosto che dogmatica, nel senso che entrambe sono progressivamente alimentate dal legislatore, non tanto sulla base di concetti dottrinari della scienza penale, quanto sulla base di una realizzazione di certi pericoli legati ai rischi derivanti da specifiche attività professionali, d'impresa, o anche da attività finanziarie d'ordine speculativo, attività spesso oscure in merito alla pericolosità che esse comportano, almeno fin quando non si verifichi concretamente un evento esemplare che colga l'attenzione pubblica e, dunque, del legislatore, nell'ottica di una ormai affermata normativa dell'*emergenza*. Il fatto che maggiormente, da un punto di vista teorico, dovrebbe far riflettere su una similitudine delle due categorie penali è che in entrambi i casi, quello del professionista e quello dell'ente, non si possa operare un giudizio sulla personalità dell'imputato, ma solamente sulla *personam*; ossia sulla maschera, sul ruolo nella sua variante funzionale. Insomma, siamo in un ambito in cui si rivela la natura meramente contrattuale del reato inteso come relazione iniqua debitore-creditore, in cui sfugge qualsiasi forma di pre-comprensione morale sull'imputato e sulla sua vita. Qui si può giudicare solo l'atto, in quanto scaturente da una funzione legata ad un ruolo secondo un modello eticamente e strutturalmente costituito dalla legge. In tal modo, giudicando ruoli e funzioni, il diritto penale è costretto a gettare la maschera e ad ammettere

⁴¹⁸ Sulla questione dell'uguaglianza in diritto penale si v. DANTI-JUAN (M.), *existe-t-il encore une égalité en droit pénal?*, in *Mélanges J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, 2006, p. 85; DECHENAUD (D.), *L'égalité en matière pénale, Bibliothèque de sciences criminelles*, 2008; THIERRY (J.-B.), *L'individualisation du droit criminel*, in riv. *RSC*, 2008, p. 59; sulla responsabilità come obbligo di rispondere si veda VILLEY (M.), *Esquisse historique sur le mot responsabilité*, in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, T. XXII, 1977, p. 59; v. anche DODARO (G.), *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012.

⁴¹⁹ v. *infra*, cap. I.

la sua natura squisitamente regolatrice della società, sulla base di modelli più o meno *normativizzati*. Perciò oggi è possibile rilevare la differenza profonda su tale argomento tra la dottrina tedesca e quella francese, nella misura in cui l'una non concepisce una vera colpevolezza dell'ente, in quanto genealogicamente legata ad una sistematica dogmatica del diritto penale; mentre l'altra, più pragmatica, non riesce dal canto suo a costituire una solida elaborazione teorica di personalità dell'ente in diritto penale, ma ne concepisce strumentalmente la punibilità, per ragioni d'ordine strettamente criminologico⁴²⁰. La scuola tedesca, attaccata alla ricerca filosofica, esprime una *concezione assiologica* del diritto penale, che vorrebbe applicare la norma penale sulla base della protezione di beni giuridici dogmaticamente precostituiti e di valore assoluto. I beni giuridici preesisterebbero alla legge⁴²¹ e questa resterebbe solamente strumentale rispetto alla protezione di questi ultimi. La dottrina francese è piuttosto di natura dichiarativa e formale, tradizionalmente positivista, almeno dai tempi della Rivoluzione francese in poi, nel senso di dare privilegio alla legge e alla volontà del legislatore⁴²². Beccaria vietò al giudice di interpretare la legge, la dottrina francese moderna seguendo tale precetto rifiuta di concepire la norma come necessitante di un elemento assolutamente ingiusto; non condividendo il fatto, come al contrario avviene in Germania, che la violazione della legge debba necessariamente attentare ad un valore sociale ed etico predeterminato⁴²³. Si tratta dell'antica contrapposizione tra un diritto penale *naturale* ed un diritto penale *artificiale*, fatto di reati che sanzionano la violazione in senso stretto della norma, e di una responsabilità penale quasi oggettiva. Ora, appare chiaro che il diritto positivo da un punto di vista funzionale è più congeniale rispetto a quello di stampo dogmatico germanico ad una responsabilizzazione degli enti e dei professionisti; ma dall'altro lato appare anche come un diritto che, abbandonando il suo ruolo normativo al solo

⁴²⁰ Su questo punto si veda MANACORDA (S.), *La théorie générale de l'infraction pénale en France: lacunes ou spécificité de la science pénale?*, in riv. RDPC, 1999, p. 35.

⁴²¹ per una visione dottrinarica generale sull'argomento si veda ROXIN (C.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, MOCCIA (S.) (a cura di), Napoli, 1998; si veda per un'analisi sul tema in parola che si coniughi con le considerazioni riprese da Duguit, come da Cap. I della presente opera; RAPONE (V.), *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, op. cit.; v. anche LACAZE (M.), *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse, Montpellier, 2009.

⁴²² BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit., p. 19.

⁴²³ MANACORDA (S.), *La théorie générale de l'infraction pénale en France: lacunes ou spécificité de la science pénale?*, op. cit.

scopo di una missione regolatrice, rischia di perdere il contatto, come in effetti avviene in Francia, con la *natura morale* ed esemplare della pena. Anche in tal caso il doppio soggetto professionale-ente imputato pone un identico dilemma: quello di coniugare un diritto penale funzionale *di scopo* di stampo tipicamente francese, con una certa sistematizzazione dogmatica che tenga conto anche della coerenza interna dell'apparato ordinamentale, di stampo tradizionalmente tedesco, o, nel caso di specie, come si vedrà, italiano. Tale comunione, del resto, non può avvenire senza tener presente che in un reato bisogna rintracciare anche il disvalore morale⁴²⁴. Da ciò si può dedurre che sussiste una certa comunanza teorica e che pure rispetto al moderno principio di individualizzazione della responsabilità penale le due categorie criminali si incrociano. In effetti, il concetto illuministico di responsabilità si poggiava sulla coscienza e sulla libertà di infrangere la legge. Oggi l'individualizzazione della responsabilità prende un'altra forma⁴²⁵. Ci si allontana dalla *spiritualizzazione della responsabilità attraverso la volontarietà dell'atto*⁴²⁶ per avvicinarsi piuttosto ad una personalizzazione in chiave *funzionalista* impostata su certe qualità oggettive che comportano un *surplus di responsabilità*. Quest'idea che la responsabilità sia legata ad una funzione coniuga la responsabilità degli enti a quella professionale nel senso che entrambe vengono declinate in funzione di una presunzione normativa di responsabilità, e delle responsabilità indirette per fatto altrui⁴²⁷. Un ulteriore punto in comune che sembra importante richiamare è quello *sanzionatorio*. Infatti, in entrambi i casi, sembrerebbe che le pene classiche si rivelino inefficaci a combattere i crimini professionali e quelli degli enti. Per colpire efficacemente questi due soggetti

⁴²⁴ La nozione di *elemento qualificante* in Francia é piuttosto recente e poco elaborata dalla dottrina. Per elemento qualificante bisogna intendere quella specifica componente di un certo insieme che qualifica l'insieme, che demarca la sua particolarità distinta dagli altri insiemi. In rapporto al reato, si tratta di un elemento costitutivo che lo distingue dagli altri, v. BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit. p. 29 : "L'intention de tuer distingue le meurtre de l'homicide, les substances mortifères qualifient l'empoisonnement et excluent l'administration de substances nuisibles(...) l'élément qualifiant renvoie à l'élément constitutif qui contient les fondements de l'infraction"; v. ad esempio MALABAT (M.), *Appréciation in astratto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Bordeaux, 1999, n. 150; per una visione più generale dell'elemento qualificante v. anche SAINT-PAU (J.-Ch.), note sous Crim. 14 févr. 2006: D. 2007, 1184.

⁴²⁵ ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, 2 ed., Paris, 1966.

⁴²⁶ FAUCONNET (P.), *La responsabilité: étude de sociologie*, in *Sociologie française (1874-1938)*, op. cit., p. 346.

⁴²⁷ BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit., p. 30.

qualificati, bisogna applicare pene che siano capaci di colpire l'attività concernente e lo *status* specifico di tali soggetti. Vi è una comune natura poco retributiva delle pene, che si fonda in un pragmatico riequilibrio dell'ordine compromesso dal reato. Le pene più frequenti, in questi casi, sono infatti quelle reali e quelle interdittive, che si sostituiscono alla più classica reclusione⁴²⁸. In tutto ciò che è stato detto finora, è possibile intravedere come la responsabilità legata a posizioni di garanzia e quella riconducibile agli enti, diventino i veri e propri istituti giuridici trainanti del nuovo diritto penale moderno, che si trova in fase di ristrutturazione, alla ricerca di una nuova identità, passando più dalla parte della regolamentazione della società che da quella repressiva in senso stretto; un diritto penale che vuole, insomma, imporre certi tabù e certe forme di solidarietà anche all'interno di attività complesse, qualificate, e perciò particolarmente rischiose. Che il diritto penale possa fungere da elemento regolatore non è certo cosa nuova⁴²⁹. La stessa responsabilità funge da elemento regolatore dei comportamenti sociali⁴³⁰. Si pensi alla teoria economica del diritto⁴³¹ o al fatto che sempre più le consulenze tecniche e professionali entrano nelle aule di tribunale per supplire il giudice e per integrare il diritto di elementi di intelligibilità rispetto ad attività complesse⁴³². Già Müller giungeva alla conclusione che il fondamento morale del diritto penale degli enti doveva rintracciarsi, non sul piano di una colpevolezza personale, piuttosto *tout court* nella tutela dei beni giuridici. Secondo Müller, quello di colpevolezza sarebbe fondamentalmente un concetto sociale, che può essere variato a seconda delle esigenze sociali del momento. Dunque, nel diritto penale nessuna responsabilità morale può veramente essere imposta, ma solo una responsabilità sociale. Tale carattere della penalità si tradurrebbe come "il non essere all'altezza delle aspettative sociali". Esisterebbe infatti una aspettativa sociale in base alla quale l'ente, attraverso meccanismi di controllo interni, pone

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁴²⁹ v. MAYAUD (Y.), *Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière*, in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2007.

⁴³⁰ v. VOGEL (L.), *L'économie, serviteur ou maître du droit*, in *Mélanges A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Paris, 2004, p. 605.

⁴³¹ v. per approfondimenti sul tema, EWALD (E.), *Responsabilité, solidarité, sécurité*, in *Risques*, 1992, n. 10, p. 14.

⁴³² DE SIMONE (G.), *Persone e responsabilità da reato, Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Firenze, 2012, pp. 191 e ss.

in essere sufficienti limiti alle derive criminogene innescate dall'inserimento del singolo in un'organizzazione complessa. Ad esso spetterebbe quindi il compito di impedire al suo interno la formazione di una criminalità d'impresa e di combatterne i fattori criminogeni ad essa collegati. "Il realizzarsi del fatto criminoso, espressione di quell'attitudine, evidenzerebbe per l'appunto l'inefficienza del sistema interno di controllo e in ciò consisterebbe la delusione delle aspettative sociali da parte del *Verband*, che giustifica la sua responsabilità per il fatto commesso"⁴³³. Naturalmente, questa funzione regolatrice comporta importanti conseguenze sul piano della nozione di reato e sul regime di responsabilità penale⁴³⁴. La sanzione che si fonda sulla *funzione* del soggetto giuridico è regolatrice nel senso che essa tende verso la correzione dei comportamenti dei soggetti nell'ambito della specifica attività di competenza. Inoltre, sempre dal punto di vista funzionale, il reato andrà considerato nella sua indipendenza dagli interessi particolari delle persone fisiche. Non è tanto il colpevole che dovrà essere perseguito attraverso la sanzione penale, quanto una persona che ha il *potere*, attraverso la *competenza*, in quanto investito di una *funzione*, di evitare il danno professionale o d'impresa.

5. Un'analisi generale sulla natura della colpa dell'ente collettivo.

Procedendo nella costruzione di un sistema interpretativo capace di contenere, coerentemente col sistema penale moderno, una responsabilità penale degli enti, la colpa organizzativa di funzione è spesso legata all'*obbligo giuridico d'impedire l'evento*, il quale deve scaturire sempre da fonti formali, costituite da legge extra-penale ovvero da contratto. Solo tali fonti sarebbero deputate ad individuare colui che si trova in posizione di garanzia rispetto a uno o più beni giuridici. La giurisprudenza però, ad esempio in ambito medico, comincia a privilegiare, quale fonte della posizione di garanzia, la mera posizione che il soggetto occupa in relazione ad una certa vicenda. "Si ritiene sufficiente, per l'insorgere

⁴³³ *Ivi*, pp. 391-392.

⁴³⁴ BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit., p. 35, v. specialmente nota 214 sulla nozione di regolazione in diritto.

dell'obbligo di impedire l'evento, l'instaurarsi di una relazione diagnostico-terapeutica tra medico e paziente, indipendente da rapporti giuridici formali tra le parti"⁴³⁵. La posizione di garanzia assume un valore più ampio e più vicina ad uno scivolamento verso una concezione sostanziale dell'obbligo di impedire l'evento, piuttosto che a una mera prescrizione regolamentare dello stesso. La sentenza Cass. pen., Sez. IV, ud. 29 gennaio 2013⁴³ rappresenta un esempio: una donna in stato di gravidanza viene ricoverata in una clinica su indicazione del suo ginecologo. In seguito, il ginecologo stesso viene contattato telefonicamente da un medico della struttura, per un'anomalia fetale riscontrata nel soggetto in cura. Il ginecologo, giunto nella clinica, omette di soffermarsi adeguatamente sui dati che nel frattempo sono emersi dal tracciato e consiglia alla gestante di attendere il parto naturale. L'attesa si rivela fatale, sopraggiunge, infatti, la morte del feto dovuta al ritardo nell'esecuzione del taglio cesareo. Il Tribunale, valutata come sussistente la posizione di garanzia, condanna il medico ginecologo curante per non aver impedito l'evento dannoso. Condanna che in seguito viene confermata in appello. Si asserisce inoltre che il rapporto tra il medico e la paziente si colloca in via di fatto, prescindendo dal rapporto privatistico corrente tra il ginecologo e la gestante. Fonte della posizione di garanzia è, dunque, la relazione terapeutica tra il medico e la paziente e non un contratto formale⁴³⁷. Da ciò sembra potersi desumere che la giurisprudenza interpreti in chiave evolutiva la figura professionale normativizzata dalla posizione di garanzia come una figura ibrida frutto di una fusione tra una fonte formale e una fonte consuetudinaria, a metà strada tra contratto e mera realtà

⁴³⁵ v. Cass. IV, 28 ottobre (1 dicembre) 2004, n. 46586, imp. Ardizzone, est. Romis; Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco; Cass. IV, 4 giugno (15 settembre) 2008, n. 35307, imp. Izzo, est. Romis; Cass. IV, 14 novembre (22 dicembre) 2008, n. 47490, imp. Calzini, est. Piccialli; Cass. IV, 2 dicembre 2008 (19 gennaio 2009), n. 1866, imp. Toccafondi, est. Blaiotta; Cass. IV, 4 marzo (11 marzo) 2009, n. 10819, imp. Ferlito, est. Romis; Cass. IV, 19 maggio (30 settembre) 2009, n. 38225, imp. Di Fabio, est. Izzo; Cass. IV, 8 aprile (28 maggio) 2010, n. 20370, imp. Zagni, est. Romis; Cass. IV, 26 maggio (23 settembre) 2010, n. 34521, imp. Huscher, in GIUNTA (F.), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004 - 2010)*, Napoli, 2011.

⁴³⁶ Cass. pen., Sez. IV, ud. 29 gennaio 2013 (dep. 19 febbraio 2013), n. 7967, Pres. Brusco, Est. Montagni, imp. Fichera, si v. nota a sentenza, SALE (C.), *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in riv. *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

⁴³⁷ v. Cass. IV, 15 dicembre 2005 (18 maggio 2006), n. 16991, imp. Mastropasqua, est. Marini, in GIUNTA (F.), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004 - 2010)*, op. cit., nella quale si afferma che la posizione di garanzia si ingenera non appena il medico, nella sua qualità di chirurgo di turno, venga informato della necessità della sua consulenza.

fattuale o sociale⁴³⁸. L'obbligo di garanzia consisterebbe nell'obbligo giuridico, gravante su certi soggetti, previamente forniti di poteri giuridici, derivanti da particolari qualità e competenze, nonché dalla gestione nei fatti di una determinata scienza o attività, idonei ad impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità o la mera impossibilità dei titolari di proteggerli adeguatamente. *L'obbligo di attivarsi*, invece, riguarda ogni obbligo giuridico di agire al fine di tutelare determinati beni, obbligo stabilito da una *norma specifica incriminatrice* a soggetti che, però, sono privi di preesistenti poteri giuridici o di fatto impeditivi, cioè non sono qualificati. Si tratterebbe del caso tipico dell'obbligo di soccorso a persona in pericolo ex art. 593 c.p., che insorge nei confronti di *chiunque*. L'obbligo di soccorso non individua, pertanto, un garante, né tantomeno una posizione di garanzia, ma solo un *soccorritore occasionale*.⁴³⁹ Si fa sempre più riferimento, nel diritto penale, a caratteristiche che potremmo ricondurre alla figura dell'agente modello, quindi ai *modelli*, o a linee guida, protocolli, insomma ad una serie di formule che contengono quella che deve essere la figura normativa del medico, del professionista in genere, che si trovi ad affrontare nello svolgimento della sua attività, situazioni rischiose per i terzi. Ci sarebbero certe attività legate a talune competenze ed a interessi specifici che, insieme ai poteri ed ai profitti che esse comportano, sarebbero limitate da certe responsabilità che la legge impone in un'ottica di sicurezza e di interesse della comunità, in una parola, di regolamentazione dei rischi. Ritornano qui, come per la responsabilità degli enti, a quella terminologia che ritroviamo in ogni tipo di gestione di attività complesse attraverso certi attori qualificati, persone fisiche e giuridiche, e che necessità di essere per certi versi normativizzata attraverso il precetto penale. Continuando attraverso questa linea interpretativa tendente ad accomunare le tecniche di imputazione delle persone fisiche in *posizioni di garanzia* con quella degli enti, un recente intervento della Cassazione ha sollecitato alcune riflessioni sulla parte dell'art. 3, comma 1, della Legge italiana dell'8 novembre 2012 n° 189, secondo la quale: "l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla

⁴³⁸ Sulla distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di attivarsi v. LEONCINI (I.), *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 1 ss.; MANTOVANI (F.), *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 342 ss. .

⁴³⁹ SALE (C.), *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, op. cit.

comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve⁴⁴⁰. Tutto questo movimento di categorizzazione di certe figure professionali e d'impresa, individuali e collettive, deve essere iscritto nell'evoluzione di un diritto penale *altro*, che negli ultimi anni si espande in settori di attività che vanno al di là della sfera personale dell'individuo e che si inseriscono nel modo di funzionare a livello sociale ed economico di soggetti qualificati attraverso un *surplus* di potere funzionale. Soggetti con competenze specifiche, enti che gestiscono attività complesse, tutti agenti all'interno di una categoria di attività rischiose per la comunità e per i terzi e che perciò vengono sottoposti ad una responsabilità penale fondata su *tipi funzionali*, su modelli professionali o organizzativi. Un esempio ai limiti, si riferisce alla sentenza con cui il 22 ottobre 2012 il Tribunale di L'Aquila⁴⁴¹, che ha condannato i componenti della *Commissione Grandi Rischi* per omicidio colposo di cui all'art. 589 C.p., comma 1 e 4, per lesioni colpose di cui all'art. 590 C.p., a sei anni di reclusione, nonché all'interdizione perpetua dei pubblici uffici. Come si evince dalla lettura del capo d'imputazione, la pubblica accusa ha contestato in sostanza agli imputati di avere colposamente fornito, nella propria qualità di componenti della *Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi*, riunitasi all'Aquila il 30 marzo 2009, informazioni tranquillizzanti alla popolazione della città, già allarmata per i molteplici fenomeni sismici che si stavano susseguendo da alcune settimane, inducendo così la popolazione medesima a rimanere nelle proprie case, e cagionando conseguentemente la morte di 37 persone e il ferimento di altre 5 in occasione del successivo devastante terremoto del 6 aprile 2009. Attraverso tale sentenza, il giudice accoglie nella sostanza le richieste fatte dalla pubblica accusa; arrivando alla

⁴⁴⁰ La sentenza della IV sez. ha giudicato su un caso che potremmo definire classico delle « *medical malpractice* ». Nello specifico si è trattato dell'erronea esecuzione di un intervento chirurgico di ernia discale, al cui esito la paziente è deceduta a causa di una emorragia grave. I profili esaminati dalla Corte concernono la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, nonché la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva. La conclusione dei giudici di legittimità è per una parziale abrogazione della fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie che hanno seguito le linee guida o la virtuosa pratica medica contenuta nei regolamenti e accreditate dalla comunità scientifica. Tale pratica abrogativa assomiglia a quella riferibile agli enti contenuta nel d. lgs. 231 del 2001, secondo il quale se l'ente dimostra di aver adottato una corretta organizzazione e un'efficace sistema di prevenzione dei reati che si sono verificati, allora essa non potrà essere ritenuta responsabile. In entrambi i casi il criterio di attribuzione soggettiva di responsabilità viene fondato su un modello preventivo, su un tipo soggettivo ideale che tenga conto dei beni giuridici protetti dall'ordinamento. Si tratta di un doppio giuridico del soggetto inteso nella sua globalità, ma su un doppio fondato sulla competenza, sull'attività, e in senso più generico: sulla *funzione*.

⁴⁴¹ v. Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi, giud. Billi, in *riv. Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2013.

condanna penale, in un settore delicato⁴⁴², quello dei *c.d. Grandi rischi*, in cui sono fondamentali le attività di analisi, valutazione e prevenzione dei rischi, nonché della corretta informazione nei confronti della comunità. Al fine di valutare la condotta degli imputati, sotto il profilo del grado di esigibilità della *condotta doverosa*, il giudice è ricorso alla *teoria dell'agente modello*, riferendosi a due sentenze della Suprema Corte (Cass. 5.5. 1998 e Cass. n. 16761/10)⁴⁴³. Il giudice si riferisce alla figura dell'agente modello, come:

“Colui che, nel suo comportamento, deve garantire un livello di diligenza concreto, che non deve essere limitato all'esame dei soli elementi percepiti, ossia che appaiano certi alla sua percezione, ma deve essere esteso anche alla considerazione di azioni percepibili”.

Applicando tali criteri occorre dunque vagliare se nel caso di specie l'agente modello vada ricercato nella cerchia ristretta degli *specialisti* o se invece non coincida proprio con il tipo di agente incarnato dagli imputati stessi. La scelta va in quest'ultima direzione, con un accertamento *individualizzato* della colpa che abbia come parametro uno *standard* di perizia elevatissimo richiedendo agli stessi "una condotta di previsione degli sviluppi causali parametrata in base alle loro (non comuni) *capacità*, alle loro (non comuni) *competenze* e alle loro (non comuni) *conoscenze*"⁴⁴⁴. Qui ci troviamo di fronte ad un caso estremo di *normativizzazione* penale attraverso la figura dell'agente modello, che forse sarebbe stato più coerente risolvere con una condanna della Commissione nel suo insieme come organo. L'ambito è estremamente complesso, molti dubbi si pongono alla stessa scienza che

⁴⁴² si veda per un'analisi sull'argomento SAKS-NEUFELD (F.), *Convergent Evolution in Law and Science: the Structure of Decision-Making under Uncertainty*, in *Law, Probability and the Risk*, 2011, vol. 10, pp. 133 e ss.

⁴⁴³ v. BLAIOTTA (R.), *Causalità giuridica*, Torino, 2010; CAPRIOLI (F.), *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51; CATALANO (E.M.), *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 527; DOMINIONI (O.), *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005; STELLA (F.), *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, pp. 240, 296; STELLA (F.), *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814; STELLA (F.)-GALAVOTTI (A.), *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 923; TARUFFO (M.), *La valutazione della prova*, in *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 230 ss.; TONINI (P.), *L'influenza della sentenza Francese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1231; CHERUBINI (P.), *Interferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.*, 2010, 4016; FROSINI (B.), *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie- Seminara, *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 70.

⁴⁴⁴ BASILE (F.), *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *riv. Diritto penale contemporaneo*, 2013.

dovrebbe essere preposta a modello di riferimento dell'agente, ma in cui ancora il diritto penale in funzione preventiva interviene attraverso una condanna, per quanto discutibile essa possa apparire. Ma è proprio su questo sistema che si costruisce oggi la colpa organizzazionale delle persone giuridiche, il criterio soggettivo. In effetti, è nell'ambito di una finalità *prevenzionistica* di reati che il diritto penale avoca a sé la facoltà di giudicare sui soggetti collettivi, e il modello organizzazionale dell'ente, al quale questo deve attenersi per non essere colpito dalla responsabilità penale è proprio parallelo e simile a quello dell'agente modello e della posizione di garanzia che opera sui singoli *professionisti* e *decisori*. Del resto tale modello opera anche all'interno dell'impresa per individuare le figure che in essa ricoprono quella posizione di garanzia sulla quale verrà costituita la responsabilità penale, ad esempio, del dirigente, oppure quella dell'organismo di controllo e prevenzione⁴⁴⁵. Al di là del discorso intorno alla *colpa* dell'ente, riconoscere un valore professionale all'attività dell'ente, vuol dire applicare alla colpa un regime penale misurato sulla natura delle sue funzioni e attività, così come avviene in riguardo alle persone fisiche⁴⁴⁶. In effetti, in Francia il legislatore fa puntualmente riferimento all'attività professionale della persona giuridica al fine di adattarla al regime della responsabilità penale⁴⁴⁷. Si dovrebbe parlare, allora, rispetto all'ente, di attività funzionali, ampliando la genericità del modello, collegate ad una specifica *posizione di garanzia*. All'interno di essa si intersecano e collaborano una serie di figure professionali e di saperi che contribuiscono a formare la più generica attività funzionale dell'ente, della quale la persona giuridica stessa profitta. All'interno di una logica *delegatoria* nell'ente, seguendo tale ragionamento si capisce che non si opera mai una delega di *funzioni* ma una delega di *poteri* dall'ente alla persona fisica, la funzione resta nella sfera di responsabilità dell'ente medesimo. Su tale base, il regime di responsabilità delle persone fisiche che operino in funzione di garanzia e normativamente sulla base di modelli professionali precostituiti, non differisce molto dal modello generale della responsabilità dell'ente. Rispetto ai primi, l'imputazione riposa

⁴⁴⁵ GALLO (M.), *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1966, p. 52; SANTAMARIA (D.), voce *Evento*, in Enc. Dir., XVI, Milano, 1967, p. 118; MAZZACUVA (N.), voce *Evento*, in Dig. Pen., IV, Torino, 1990, pp. 445 ss.; PAGLIARO (A.), *Principi di diritto penale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 131.

⁴⁴⁶ GIUDICELLI-DELAGE (V.G.), *Le droit pénal des affaires en Europe*, PUF, 2006, n. 164; HOPT (K.-J.), *Le droit des sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev. soc., 1987, p. 371.

⁴⁴⁷ Articolo 38 de l'avant-projet de réforme du Code pénal de 1978.

sempre su un'attitudine funzionale d'influenza sul reato, che risulta sia da un potere di direzione, sia da un potere di sorveglianza, e si esercita sia all'interno dell'ente nei reati d'impresa, sia all'esterno nel rapporto con i terzi.

6. Individuazione dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica e confronto con l'ente.

La colpa legata alla *posizione di garanzia*, deve essere necessariamente provata in sede processuale⁴⁴⁸. Dal punto di vista terminologico processuale si può dire che la colpa costituisce uno dei fattori principali legati all'imputazione e che rientra direttamente nell'oggetto stesso della prova⁴⁴⁹. Qui è fondamentale constatare che nel sistema penale italiano, così come in quello francese, sussiste il bando di qualsiasi presunzione di colpa in ambito penale; il giudice penale è infatti sempre tenuto ad accertare la colpa in concreto⁴⁵⁰. Quando manca la prova della colpa o essa appare insufficiente, o contraddittoria, l'imputato dovrà essere assolto ai sensi dell'art. 530 c.p.p. attraverso la formula: "il fatto non costituisce reato". Ora, è cosa nota, che la colpa si fonda su un requisito negativo e uno positivo. Il requisito negativo consiste nell'assenza di volontà di realizzare l'evento dannoso, o altro elemento costitutivo del reato (quando si tratti di reato d'evento oppure di reato di mera condotta). Il requisito positivo, che proprio in virtù della sua positività deve costituire l'oggetto della prova, consiste nella violazione di una regola cautelare. Si tratta del requisito che rappresenta "l'essenza stessa della colpa"⁴⁵¹; un'essenza tutta normativa, in quanto la

⁴⁴⁸ DI LORENZO (A.), *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli, 1955, p. 155 ss.; più di recente, nello stesso senso, GIUNTA (F.), *Commento all'art. 43*, in *Codice penale*, di PADOVANI (T.) (a cura), vol. I, IV ed., Milano, 2007, n. 19, p. 322.

⁴⁴⁹ Cfr. SIRACUSANO (D.), *Le prove*, in SIRACUSANO – DALIA – GALATI – TRANCHINA – ZAPPALÀ, *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1990, p. 372.

⁴⁵⁰ in Cass., Sez. IV, 18 novembre 2003, Parrillo; Cass., Sez. IV, 2 febbraio 1990, Barcella, in Arch. giur. circ. sinistri stradali, 1991, p. 129; Cass., Sez. IV, 16 marzo 1989, Profili, ivi, 1990, p. 104.; v. anche, di recente, Cass., Sez. IV, 28 maggio 2008 (dep. 8 settembre 2008), n. 34769, e Cass., Sez. IV, 24 maggio 2007 (dep. 26 giugno 2007), n. 24898; in dottrina, v. LUNGHINI (G.), *Commento all'art. 43*, in DOLCINI (G.) – MARINUCCI (E.) (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, II ed., Milano, 2006, p. 429.

⁴⁵¹ Cfr. ENGISCH (K.), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, pp. 226 e ss.

colpa si sostanzia nel contrasto tra la condotta effettivamente tenuta dall'imputato e la condotta rispettosa della regola cautelare violata e che avrebbe dovuto essere tenuta dall'imputato⁴⁵². Quando si parla di regola cautelare si fa riferimento sempre ad una regola di condotta che suggerisce di agire in un certo modo per evitare la verifica di un determinato evento, oppure la semplice realizzazione di un fatto tipico della fattispecie di reato. Volendo precisare ulteriormente, la regola di condotta verte più sulla corrispondenza di una predisposizione soggettiva ad un modello comportamentale, piuttosto che all'azione concreta in sé⁴⁵³. La colpa *generica* va poi distinta da quella *specificata*; la prima consiste in una violazione colposa di regole non scritte; mentre la seconda verte sulla violazione colposa di regole cautelari scritte. Ora, la regola cautelare e, in particolare, quella non scritta, scaturisce da una presunta valutazione di *prevedibilità* ed *evitabilità* dell'evento, rispetto ad una determinata situazione⁴⁵⁴. Per quanto riguarda la prevedibilità dell'evento, ci si potrebbe richiamare, come fanno certi autori, alla formula "riconoscibilità del pericolo di verifica del fatto antigiuridico"⁴⁵⁵. La formula che verte sulla *riconoscibilità*, in effetti, darebbe rilievo soprattutto ai fattori precedenti e concomitanti alla condotta; e non solo al risultato; e dai quali può dipendere il giudizio sulla colpevolezza. Dunque, se la regola cautelare ha origine da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità di un certo evento in una certa condizione, allora una possibile definizione di colpa può essere rintracciata in una violazione di una regola cautelare; ma essa consiste anche in una possibile prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Insomma, violare una regola cautelare vuol dire tenere una condotta che rende prevedibile la verifica di un evento dannoso evitabile. I concetti di prevedibilità ed evitabilità, sono pertanto concetti vaghi e generici, che però stanno alla base della colpa generica e specifica nella misura in cui, in tale ultimo caso, sono contenuti nella norma scritta; tali concetti sono applicabili sia al soggetto persona fisica, sia all'ente. A tal proposito bisognerebbe capire attraverso quale ottica e da che prospettiva guardare per

⁴⁵² VENEZIANI (P.), *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 3.

⁴⁵³ Cfr. BOLDT (G.), *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommoden Recht*, in *ZStW*, 1936, p. 54.

⁴⁵⁴ PULITANÒ (D.), *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007.

⁴⁵⁵ BASILE (F.), *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *riv. Diritto penale contemporaneo*, op. cit., p. 5.

provvedere ad una valutazione sintetica sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento in sede di accertamento della colpa; tema questo, grandemente dibattuto nella dottrina della colpa penale. Rispetto a tale argomento variabile vi sono una serie di valutazioni da fare che dipendono principalmente dal punto di vista dal quale si guarderà a tali due elementi. Si può costruire il modello, ad esempio, dal punto di vista del soggetto individuale, o da quello dell'organizzazione dell'ente, si possono considerare le competenze specifiche e la complessità delle attività svolte dei soggetti presi in esame⁴⁵⁶. Per operare tale valutazione bisognerebbe vedere se prevedibilità ed evitabilità dell'evento debbano essere fondate sulla persona del concreto soggetto agente. Diciamo però sin da subito che tale soluzione va scartata senza ombra di dubbio. Se infatti prevedibilità ed evitabilità fossero valutate a partire dal punto di vista del concreto soggetto agente persona fisica, tenendo presenti tutte le sue caratteristiche, tutte le sue qualità personali, tutti gli innumerevoli ed indeterminabili condizioni personali, renderemo inattuale un qualsivoglia giudizio sulla colpevolezza da parte del giudice. Troppo sfuggente ed inafferrabile apparirebbe il soggetto nella sua multi-variabile e multipla sfaccettatura. In tal modo qualsiasi giudizio sul soggetto sarebbe giustificato, e si potrebbe dire tutto e il contrario di tutto. Inoltre, difficilmente sarebbe applicabile all'ente, dal punto di vista ontologico, questo tipo di colpa, fondato sulla massima personalizzazione del soggetto, a meno che non si volesse aderire ad una visione di ortodossia antropomorfa, sul modello del Gierke, della persona dell'entità collettiva, ma, come già si è avuto modo di chiarire, non è questo il nostro avviso. Non bisogna, dunque, "soggettivizzare la colpa fino al punto di renderla inattuabile"⁴⁵⁷. In caso contrario, tutte le azioni sarebbero giustificabili sulla base delle attitudini personali del soggetto; e quindi se si volesse veramente dare un giudizio univoco sul soggetto, preso nella sua totale molteplicità, rimarremmo immobilizzati dalla quantità di informazioni ed interpretazioni che da quest'individuo o da questa persona giuridica deriverebbero. Bisogna, invece, domandarsi come si sarebbe comportato un osservatore ideale esterno nella valutazione della prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Sarebbe stato, per esso, un evento prevedibile ed evitabile? L'osservatore è un modello astratto che quindi va *costruito*, sia esso un agente

⁴⁵⁶ Sul paradigma logico del giudizio di probabilità, cfr. PEDRAZZI (C.), *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 61 e ss.

⁴⁵⁷ GALLO (M.), voce *Colpa penale*, op. cit., p. 639. Cfr. anche CANESTRARI (S.), *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 125.

modello, sia esso un modello di buona organizzazione d'impresa. Tale modello potrebbe fondarsi sulla figura ideal-tipica derivante dal *buon padre di famiglia*, dotato di sufficiente buon senso, oppure sulla figura paradigmatica dell'*uomo medio*, dell'organizzazione media, del professionista medio. Si potrebbe immaginare che questa figura ideale sia unica ed identica per tutte le fattispecie concrete e i soggetti *reali* che si trovino imputati per colpa davanti al giudice penale. In realtà, tale soluzione appare insoddisfacente. La complessità delle situazioni alle quali facciamo riferimento richiede qualcosa di più come parametro di riferimento del *buon padre di famiglia* o dell'*uomo medio*. Si fa riferimento ad *attività professionali* o a *funzioni complesse*, spesso frutto di un'organizzazione che richiede diverse sofisticate funzioni singolari. Così come quando ci rivolgiamo ad un chirurgo ci attendiamo *standards* professionali superiori rispetto a quelli dell'uomo medio, così quando si affida l'alimentazione energetica di una città ad una determinata società la cui attività consiste nella produzione di energia nucleare ci si attende standard di prestazioni e di sicurezza superiori a quelli che potremmo pretendere da una società che si occupa di pulizie dei condomini. È fondamentale, in sede di accertamento della colpa, differenziare l'ottica dell'osservatore ideale esterno attraverso la quale valutare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento⁴⁵⁸. Tale punto di vista potremmo farlo coincidere, ad esempio, con quello dell'esponente medio della cerchia di persone che per professione, per consuetudine, per funzione, svolgono una determinata attività oppure si trovino ad dover affrontare un certo tipo di pericoli legate a particolari procedure e funzioni: ad esempio, il punto di vista del chirurgo medio, dell'ingegnere medio, del sindaco medio di un comune, dell'impresa di costruzioni media, di una clinica psichiatrica media, etc. Ma pure il riferimento ad una media differenziata ci pare insoddisfacente; la media infatti non tiene in dovuto conto i progressi compiuti da certe scienze applicate o dall'organizzazione di certune attività. D'altronde, l'imprenditore medio, così come l'ente di costruzioni medio, non forniscono, in Italia, adeguate misure di sicurezza sul lavoro nella realtà dei fatti. L'ordinamento non può tollerare una tendenza verso l'illegalismo trainata da una media verso il basso, ossia non potrebbe tollerare la pratica vista nell'esempio precedente solo in quanto consuetudinaria nel comportamento osservabile della media dei soggetti impegnati nella specifica attività professionale. In tal modo, il normale verrebbe a costituirsi come norma, l'ordinamento perderebbe la sua vocazione di pretendere

⁴⁵⁸ MARINUCCI (G.), *La colpa*, op. cit., p. 192.

dai cittadini determinati comportamenti finalizzata alla tutela dei beni giuridici⁴⁵⁹. Senza contare che è difficile immaginare che il giudice possa individuare una figura media⁴⁶⁰. Allora, altra soluzione sarebbe quella di optare per il modello soggettivo fornito della migliore scienza ed esperienza, che in rapporto all'ente si tradurrebbe nel modello soggettivo fornito della migliore scienza ed esperienza, che nel caso dell'ente si tradurrebbe nel modello fornito della migliore organizzazione funzionale possibile rispetto non tanto alla produttività, quanto all'efficienza rapportata al rischio penale. Ma anche tale soluzione presenta gravi inconvenienti. Il confronto con la persona o l'organizzazione depositaria del massimo della scienza e dell'esperienza in un determinato settore, comporterebbe la paralisi di quasi tutte le attività umane rischiose; difatti non si potrebbe pretendere da un automobilista che abbia causato un incidente, la stessa abilità ad evitare il disastro di un pilota di Formula Uno. Allo stesso modo, non si potrebbe demandare all'ente che si occupa di trasporti alimentari, le stesse norme di sicurezza che potrebbero invece attendersi nei confronti di un ente che si occupa di materiale chimico pericoloso o inquinante⁴⁶¹. L'osservatore non è costruito ne sul modello di soggetto medio, ne su quello del soggetto super sapiente o super esperto, super efficiente, etc. Si tratta della definizione dell'agente

⁴⁵⁹ ROEDER (H.), *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969: "l'obiettivo misura di diligenza non si orienta sul normale uomo medio" (p. 52), perché "le abitudini estesamente diffuse della 'media' degli uomini potrebbero essere anche pericolose, perfino apertamente illecite" (p. 52, nota 17); MAURACH (R), *Deutsches Strafrecht*, A.T., II ed., Karlsruhe, 1958, p. 440: "propri dell'uomo medio potrebbero essere anche usanze e comportamenti abituali pericolosi, se non apertamente illeciti".

⁴⁶⁰ v. MANTOVANI (F.), *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 471.

⁴⁶¹ si parla a tal proposito di una pluralità di agenti modello: v. MARINUCCI (G.), *La colpa*, cit., p. 196: "Insomma, se il giudice, in sede di accertamento della colpa, valutasse la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dal punto di vista del migliore esponente del gruppo di persone che svolgono quella determinata attività, tutti coloro che si trovassero al disotto di quel livello(cioè tutti, meno uno!), prima o poi si troverebbero impossibilitati ad operare nel proprio settore d'attività in quanto bloccati da un complesso di inferiorità rispetto ad un tipo ideale inarrivabile(articolo). Per evitare il rimprovero per colpa ci si asterrebbe da qualsiasi attività complessa o minimamente rischiosa. Altro rischio del suddetto metodo sarebbe quello di creare una pericolosa corrispondenza tra colpa ed idoneità causale, con la conseguenza di snaturare la colpa come criterio che fonda un rimprovero personale per il fatto commesso. Ossia, si rimprovererebbe all'ente o al soggetto in posizione di garanzia rispetto al bene protetto, di non avere previsto un evento la cui prevedibilità o evitabilità erano al di fuori della sua effettiva portata. Constatando il fallimento di tutte le precedenti soluzioni brevemente visitate, possiamo dedurre che il punto di vista sul quale fondare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento per definire la colpevolezza, deve essere quello che un osservatore ideale esterno, diverso dal soggetto individuale o collettivo concreto"

modello, oppure dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁴⁶² per quanto riguarda le persone fisiche; mentre invece si parla di *modelli di buona organizzazione* in rapporto alla responsabilità da reato degli enti e all'imputazione soggettiva della colpa a questi ultimi. Per costruire la figura ideale dell'agente modello, o del modello organizzativo tipico efficace a scongiurare il rischio penale, prima di tutto bisognerebbe prendere le mosse dalla persona fisica che ha agito concretamente. Pure se l'agente modello non deve distinguersi troppo dalla persona agente responsabile diretto, in caso contrario si prenderebbe il rischio di offendere il principio di personalità della colpevolezza, cadendo nella trappola della responsabilità penale oggettiva, e allontanandosi dal principio fondamentale di imputazione personale della colpa. Non si può astrarre completamente dalla capacità personale dell'agente proprio in ragione del fatto "che una sua particolare capacità o conoscenza; oppure una sua accentuata incapacità o ignoranza, possano costituire il motivo principale dell'addebito della responsabilità colposa"⁴⁶³. Quando, ad esempio, vi sono incapacità organizzative, difetti, disfunzioni, lo stesso rimprovero sarà riferibile direttamente all'ente. Sulla base di certe note distintive desunte dallo stesso imputato, si può individuare un gruppo di persone, una categoria di enti. All'interno di tali gruppi occorrerà immaginare un agente modello, che sarà l'esponente, né *medio*, né *ultra esperto*; ma *coscienzioso*, avveduto, di tale gruppo⁴⁶⁴. In altre parole si trasferisce il buon senso del *pater familias* alla categoria specializzata e alle funzionalità della professione specifica del soggetto, o della funzione dell'ente. Infatti, anche quest'ultimo, trovandosi in posizione di garanzia, è paragonabile alla figura del *pater familias* e il funzionamento della sua organizzazione dovrà esprimere funzionalmente una serie di *output* dotati di *buon senso* nella regione della specifica attività che fa oggetto del suo interesse. La professione, l'ufficio, il mestiere, l'attività svolta dall'agente, fungono da criteri di distinzione dei gruppi sui quali costruire il modello. L'attività svolta dall'agente concreto è il criterio fondamentale per la costruzione dei modelli organizzazionali e funzionali sul quale fondare i criteri di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, che siano efficacemente in grado di costituire la colpa penale e di graduarla. Invece, per lo stesso fine, non possiamo mai prendere in considerazione, come indici di

⁴⁶² *Ivi*, p. 185.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 562 e ss.

selezione, tutte quelle caratteristiche soggettive attinenti alla sfera psico-caratterologica ed emotiva dell'agente concreto, come l'indifferenza, l'irascibilità, la superficialità, l'insensibilità, la pigrizia, etc⁴⁶⁵. L'ordinamento infatti pretende che l'agente esprima valutazioni e giudizi conformi o perlomeno compatibili con i valori da esso tutelati, dunque, non vanno considerati quei deficit, in *bonam partem*, per la costituzione dei parametri normativi del soggetto *agente modello*⁴⁶⁶. Queste conclusioni sulla pretesa oggettività del modello rafforzano maggiormente la convinzione sulla corrispondenza tra criteri di imputazione fondati sulla figura ideale dell'agente modello e quelli fondati sulla *buona organizzazione*. Tanto che, se non riconosciamo gli uni, non potremmo applicare nemmeno gli altri, e le critiche alla valenza della responsabilità penale degli enti si vaporizzerebbero sullo sfondo di tale comparazione. Non solo i due modelli sono costituiti entrambi sulla base di soggetti ideali privi di caratteri personalistici, ma pure entrambi partono da un'idea di colpevolezza fondata su *posizioni di garanzia*, ossia su rapporti privilegiati sia in termini di poteri, sia in termini di garanzie, con i beni oggetto di protezione. Di conseguenza neppure le carenze individuali relative alla preparazione e informazione, o le lacune personali tecnico-scientifiche potranno essere prese come scriminanti, in quanto rappresentano perlopiù il prodotto, diretto o indiretto, proprio di queste qualità negative.

7. Un metodo incrociato sulla colpevolezza dell'ente: modelli organizzativi e "posizione di garanzia".

Un elemento comune a numerose legislazioni europee in materia di diritto penale delle persone giuridiche consiste nel criterio soggettivo d'imputazione fondato sulla colpa d'organizzazione. Elemento che oramai tende ad introdursi, espandendosi, anche in quei Paesi che non l'hanno ancora adottato quale elemento soggettivo di imputazione di reato all'ente. Si pensi, ad esempio, alle recenti elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina francese che, nel tentativo di liberare l'*infraction* della *personne morale* dalle dipendenze

⁴⁶⁵ PALAZZO (F.), *Corso di diritto penale - parte generale*, II ed., Torino, 2006, p. 476.

⁴⁶⁶ FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 562: "la funzione preventiva del diritto penale risulterebbe eccessivamente indebolita se il reo potesse trarre vantaggio da quelle caratteristiche della personalità che lo inducono a violare facilmente la legge penale".

criminologiche dall'agente persona fisica, ha cominciato a forzare la lettera della legge, intravedendo una *faute diffuse* nella colpa dell'ente. Ancor più che alle persone fisiche che si trovino in posizione di garanzia, decisori e specialisti, responsabili qualificati in certe attività dalle quali altri dipendono, l'ente rappresenta l'attore privilegiato rispetto a questo tipo di reati. Esso é letteralmente costituito dal *ruolo*, da ciò che nelle persone fisiche rappresenta il doppio sociale della propria umanità, la *maschera*⁴⁶⁷, che le definisce e le qualifica. Bisogna assumere rispetto all'ente, che: "ogni volta che si parli di colpa di organizzazione, quale elemento soggettivo dell'illecito dell'ente da reato, si ripropone in premessa, sia pure tra le righe, il tema della colpa per inosservanza"⁴⁶⁸. Che nella specie consisterebbe in una violazione di regole cautelari. La colpa di organizzazione, comunque, non può consistere solo nella violazione di una regola cautelare, nel senso che per verificarne la colpevolezza occorrerebbe anche appurare l'effettiva *rappresentabilità* dell'evento, nella forma che abbiamo visto per la colpa della persona fisica in posizione di garanzia, della prevedibilità ed evitabilità dell'evento. L'illecito dell'ente, posto in questi termini, sembra allora essere costituito da una fattispecie a struttura complessa costituita da due elementi essenziali: la realizzazione di un reato - integrato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi - e la commissione dello stesso nell'interesse, o per conto degli enti, a seconda dell'ordinamento considerato, in tal senso può ritenersi differente ed autonomo dal reato commesso dalle persone fisiche. Le dinamiche organizzative sono state progressivamente e variamente rievocate all'interno dell'area giuridica europea quali possibili e fondamentali criteri di appartenenza del fatto di reato all'ente: è cominciato così ad emergere l'interesse per la "politica di impresa" e più in generale per la "organizzazione difettosa", allo scopo di ricostruire il personale contributo della *societas* al fatto criminoso. Sempre sul piano della colpevolezza, molti autori hanno contestato il valore etico di ascrivere un reato ad una persona giuridica, ossia la dubbia efficacia sul piano *etico* di muovere un rimprovero all'ente. La questione legata alla cattiva organizzazione é, come si é avuto modo di dire, legata alla sua autonomia rispetto ai soggetti che la compongono, autonomia che deriva dal fatto che l'ente é l'autore di certe attività specifiche e funzionali rispetto ad uno scopo

⁴⁶⁷ v. TRIGEAUD (J.-M.), *Personne responsabilité et droits de l'homme. une mise au point*, in riv. *Filosofia dei Diritti Umani*, Napoli, gennaio-aprile 2013.

⁴⁶⁸ FIORELLA (A.), *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in CAMPAGNA (F.) (a cura di), *Responsabilità*, 2008 pp. 267 e ss.

preciso che non appartengono e non potrebbero appartenere al singolo individuo, in ciò la persona giuridica resta non solo degna di rimprovero, pure in reazione al particolare potere offensivo di cui è dotata, ma anche un agente qualificato responsabile rispetto a certe garanzie poste a limite dello svolgimento sicuro della propria attività. Coloro che non ravvisassero, in tali considerazioni, l'afflato etico che dovrebbe caratterizzare una vera colpevolezza, inteso dunque come rimprovero penale, e ne traessero le conseguenze che un tale rimprovero sarebbe impossibile da attribuire alle imprese, dovrebbe considerare una riflessione sul pensiero di Hirsch⁴⁶⁹. Questa nuova necessità di concepire l'impresa attraverso un parametro etico appare chiaramente nell'odierno movimento di riforma dei sistemi penali europei, e all'interno degli insegnamenti più recenti delle scienze economico-aziendali. L'impresa infatti non è la mera *somma* degli individui che la costituiscono materialmente, ma è la *struttura* separata dagli individui a costituirla. Di conseguenza la colpevolezza dell'organizzazione non è identica a quella degli individui che ne fanno parte, infatti quest'ultima è fondata negli odierni ordinamenti che prevedono forme di colpevolezza fondate dalla struttura organizzativa dell'impresa, da errori rispetto alla selezione e controllo degli organi, e da altri difetti organizzativi. Si tratta di una colpevolezza per colpa d'organizzazione e per politica criminale d'impresa. Ritornando ad Hirsch⁴⁷⁰, in rapporto alla relazione tra agente materiale e persona giuridica, egli sostiene che in quanto strutture organizzate, le organizzazioni agiscono all'esterno attraverso l'azione dei propri organi; attraverso una particolare forma di agire che si potrebbe definire come *propria tramite terzi*. Nelle parole di Hirsch si ritrova il senso di ciò che in precedenza si è visto rispetto alle

⁴⁶⁹ Cfr. HIRSCH (H.J.), *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993, p. 22; si v. inoltre dello stesso autore, HIRSCH (H.J.), *La criminalisation du comportement collectif - Allemagne*, in de DOELDER TIEDEMANN(H.) (a cura di), *La criminalisation*, pp. 31 e ss: "se si osserva la realtà sociale si avverte che si parla di frequente di colpevolezza di una impresa. Si parla, ad esempio di una impresa chimica che per trascuratezza scarica sostanze tossiche in un fiume, che hanno distrutto la fauna ittica e messo in pericolo la potabilità delle acque. Oppure si parla di colpevolezza di un'impresa, come la vecchia *I.G. Farben*, in relazione allo sfruttamento e alla morte dei lavoratori. Questi esempi mostrano chiaramente che la colpevolezza non significa in alcun modo, in tali casi, qualcosa di eticamente indifferente. Anzi, nel muoverle un rimprovero di colpevolezza, si applica alla corporazione un *parametro morale*. Ciò si riflette anche nel fatto che si riconosce alle associazioni di persone un *onore* che può essere offeso. Si parla di onore non solo delle nazioni, ma anche delle imprese e delle associazioni. Il risvolto negativo, cioè il disonore, mostra chiaramente che anche qui si applicano parametri etici. (...) Pertanto, è assolutamente possibile constatare un parallelismo con la colpevolezza delle persone fisiche".

⁴⁷⁰ HIRSCH (H.J.), *Die Frage der Strffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen, 1993, in *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, in riv. ADPCP, 1993, p. 10.

ultime elaborazioni francesi⁴⁷¹ sulla imputazione alla persona giuridica. Si tratta di una teoria molto simile quella dell'immedesimazione organica, che si risolve in definitiva nel coincidere con il tradizionale modello di responsabilità per ascrizione, con tutti gli inconvenienti già enunciati che esso comporta. Un mutamento di paradigma rispetto alla apparentemente insuperabile responsabilità da reato per ascrizione degli enti, viene fornita da un altro autore, che individua una responsabilità funzionale degli enti dove viene esclusa una responsabilità per fatto individuale dei singoli soggetti agenti⁴⁷². Tale modello, andrebbe collocato coerentemente in un binario parallelo a quello meramente penale, in quanto si sviluppa per analogia ai sistemi di imputazione funzionale agli individui⁴⁷³. Per ogni categoria penale, bisognerà domandarsi quale funzione essa sia chiamata a svolgere in relazione ad una autentica responsabilità organizzativa⁴⁷⁴. Tale approccio metodologico prende spunto dalla constatazione ormai condivisa secondo la quale nel sistema penale moderno il principio individualistico della morale tradizionale su cui viene fondato un certo modo di comprendere la colpa, non sarebbe più in misura di dare soddisfacenti risultati alle questioni che si presentano di fronte ai tribunali penali nelle attuali condizioni industriali e funzionali altamente differenziate⁴⁷⁵. Dunque, sulla base del principio di *equivalenza funzionale*, si attribuisce all'organizzazione una responsabilità in chiave analogica a quella dell'autore umano specializzato in determinate attività. Tale analogia si giustificherebbe sulla base della constatazione dell'effettiva esistenza di strutture organizzative decisionali che producano *output* altamente qualificati e che rappresentino una piattaforma che assembli una competenza composita dalle attività dei singoli membri. Il modello di Heine si fonda su

⁴⁷¹ GIUDICELLI-DELAGE (V.G.), *Le droit pénal des affaires en Europe*, op. cit.

⁴⁷² Per un'analisi sintetica del pensiero di Heine cfr. NIETO MARTÍN (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (2008).

⁴⁷³ Nella teorizzazione del secondo binario, secondo Heine bisogna tener presente che *l'individualstrafrecht* è innanzitutto orientato retrospettivamente, mentre un *Kollektivstrafrecht* dovrebbe essere orientato prospettivamente. Per il *Verbandsanktionen* si tratta soprattutto dell'attivazione di energie organizzative aziendali volte alla regolazione e alla prevenzione dei pericoli legati al proprio settore d'attività.

⁴⁷⁴ HEINE (G.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 256 e ss.; HEINE (G.), *Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als, Zweite Spur*, in ALWART (H.) (a cura di), *Verantwortung*, pp. 90 e ss.; HEINE (G.), *Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in HETTINGER (M.), *Reform*, pp. 137 e ss.; CRAMER (P.), HEINE (G.), *Vorbei. §§ 25 ff.*, in SCHÖNKE (A.)/SCHRÖDER (H.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., pp. 520 e ss., n. marg. 112 e ss.

⁴⁷⁵ HEINE (G.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, op. cit., p. 313.

due principi di base: una *cattiva gestione dei rischi* legati all'attività; la *realizzazione effettiva del pericolo rappresentato dall'attività*, che realizzerebbe poi una mera condizione obiettiva di punibilità. Si tratterebbe di una forma di reati imputabili solo in rapporto alle organizzazioni complesse⁴⁷⁶. Si tratta di incentrare l'imputazione dell'ente su una difettosa gestione dei rischi che si riprodurrebbe, a sua volta, da una insufficiente diligenza organizzativa d'impresa nei confronti della specifica competenza dell'ente, tenendo conto dello stato attuale della scienza e della tecnica in relazione alla singola e specifica organizzazione complessa sulla base di modelli qualificati⁴⁷⁷. Un ruolo fondamentale alla teoria di Heine è rappresentato indubbiamente da quello che egli definisce il *dominio funzionale sistemico dell'organizzazione*⁴⁷⁸, che è l'equivalente di quel dominio sul fatto specifico che è attribuibile ai professionisti in un determinato ambito applicativo, a coloro che occupino posizioni di garanzia qualificate rispetto a determinati beni; si tratta di una posizione di controllo sull'attività dell'ente⁴⁷⁹. Tale dominio apparirà difettoso qualora l'impresa non attui rimedi ai pericoli prevedibili dal tipo di attività svolta, e quando essa, in ambito di pianificazione e di investimenti, non faccia rientrare la prevenzione adeguata di situazioni di crisi, o non adotta preventivi programmi precauzionali⁴⁸⁰. Anche nell'ambito della dottrina spagnola si tende, da ultimo, a determinare i criteri di imputazione degli enti sulla base dell'impostazione strutturale ed organizzativa criminale assunta da questi ultimi. In tale ottica appare interessante fare un accenno *en passant*, alla recente teoria *costruttivista* di colpevolezza organizzativa. Si tratta di analizzare la capacità funzionale dell'impresa ad

⁴⁷⁶ *Ibidem*, "Non si tratta più di un nesso personale di *anti-doverosità*, né della correlazione di puntuali accadimenti sulla base di una consolidata esperienza sociale, ma del venire a capo di situazioni di rischio, i cui schemi di svolgimento non appaiono concretamente pronosticabili, ma si formano soltanto col trascorrere del tempo".

⁴⁷⁷ HEINE (G.), *Plädoyer für ein Verbansstrafrecht als, Zweite Spur*, op. cit., p. 103.

⁴⁷⁸ HEINE (G.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, op. cit., p. 288.

⁴⁷⁹ Il dominio del fatto troverebbe corrispondenza, secondo Heine, nella *teoria sociologica del diritto riflessivo*, il quale contesta la possibilità di una conduzione diretta e personale delle organizzazioni complesse e propone una conduzione solo mediata dei sistemi autopoietici. Cio si traduce, secondo Gómez-Jara Díez nel dominio dell'organizzazione funzionale-sistemico; cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, p. 188.

⁴⁸⁰ Cfr. LONGHI (S.), *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, p. 401 e ss.; LISZT (F.), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, Berlin, 1905.

auto-organizzarsi, tale capacità sarebbe l'equivalente funzionale della stessa capacità di azione degli individui. Si parla di sistema *autopoietico* che si riproduce mediante decisioni⁴⁸¹. In quanto sede autonoma di autoriproduzione decisionale l'ente risulterebbe idealmente indipendente dai singoli individui che lo compongono. In quanto dotato di una certa libertà di autorganizzazione, derivante da una funzionale e specifica competenza organizzativa, e avrebbe il dovere di organizzarsi in modo tale da non produrre *output* lesivi nei confronti dei terzi e della comunità⁴⁸². L'autonomia rispetto al fatto di connessione dell'agente individuale si troverebbe allora in una colpevolezza autonomamente normativa per una configurazione dell'ambito di organizzazione dell'ente. Ora, tutte queste accattivanti soluzioni, a cui si è dato solo un breve saggio - sarebbe sin troppo ampia la dottrina in materia per citarla esaustivamente - si scontra con un assunto che va oltre il tradizionale motto *societas delinquere non potest*, si tratta qui di superare l'idea radicata nella tradizione della scienza giuridica secondo la quale non si può avere reato se non in capo ad un soggetto capace di discernere autonomamente il lecito dall'illecito, e perciò in grado di essere autore del reato nel senso che questo gli appartenga intimamente. Secondo Santi Romano "nel nostro ordinamento la personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 si radica, prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presuppone, identificabili solo in capo a persone fisiche"⁴⁸³. Perciò una colpevolezza appare impossibile rispetto a soggetti di altra natura costitutiva⁴⁸⁴. Anche se ammettessimo, secondo certi autori, la possibilità di costituire una responsabilità propria dell'ente, questa resterebbe una "responsabilità tecnica di pura ascrizione normativa, una responsabilità obiettivamente e soggettivamente altra rispetto a quella dell'individuo"⁴⁸⁵. Secondo questi autori, la persona giuridica può condurre una esistenza propria, quando sulla base di un regolamento e una struttura interna prestabilita, assume una forma organizzata

⁴⁸¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, p. 238.

⁴⁸² *Ivi*, 279.

⁴⁸³ ROMANO (M.), *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036.

⁴⁸⁴ BRICOLA (F.), *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 951 e ss.

⁴⁸⁵ ROMANO (M.), *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, op. cit., p. 401.

indipendente dalla somma delle singole coscienze che la compongono, ma tale esistenza non si potrebbe comunque risolvere in autocoscienza intesa come propria e autonoma capacità di scelta cosciente. Si potrebbe tentare di risolvere la questione secondo il più classico dei paradigmi, come avviene in Francia, ossia prendendo in prestito la colpevolezza dell'autore individuale, imputandola attraverso la teoria dell'immedesimazione organica. Ma già si è visto che in tal modo la colpevolezza della persona giuridica non sarebbe altro che un doppione della colpevolezza della persona fisica che ha posto in essere la fattispecie tipica di reato. Bricola ricorda che seppure la teoria organicista ha il pregio di poter considerare come appartenente all'ente il reato commesso dall'amministratore, non potrebbe comunque trasferire ad esso i presupposti della colpevolezza della persona fisica che ha agito⁴⁸⁶. Inoltre, in tal caso, bisognerebbe escludere la responsabilità dell'ente ogni volta non si possa rimproverare all'autore individuale una colpa. Oggi si tende comunque a superare tali obiezioni attraverso la colpevolezza di organizzazione di cui si è iniziato a parlare verso la fine degli anni '80 attraverso le elaborazioni dottrinarie lanciate da Tiedemann⁴⁸⁷. Müller ritiene necessario partire dall'analisi della funzione sociale del diritto penale. Innanzitutto,

⁴⁸⁶ Ci si chiede perché, una volta che si ammetta, rispetto all'azione individuale, un'analogia imputazione giuridica non possa operare anche sul versante della volontà colpevole. Se per ricollegare il fatto all'ente si preferisce ricorrere alla stampella della responsabilità organica, questa, per coerenza sistemica, non può essere abbandonata poi alla soglia della colpevolezza. In altri termini, o il criterio vale per entrambi gli elementi del reato, oppure per nessuno dei due; Cfr. ALESSANDRI (A.), *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, p. 56.

⁴⁸⁷ Come è noto la teoria ideata da Tiedemann si fonda proprio sull'omissione organizzata dall'ente di misure preventive e cautelari adatte ad arginare i normali rischi "del mestiere" dell'entità collettiva. La persona giuridica sarebbe allora chiamata a rispondere dei reati posti in essere dai suoi organi rappresentanti individuali per aver omesso di adempiere a quei doveri di vigilanza e di diligenza che le sono propri. Tale accentuazione del momento omissivo del rimprovero è palesemente incentrata su una colpevolezza di tipo normativo e sulla base di modelli oggettivi di ente. In tale ambito teorico, ciò che veramente si rimprovera all'ente è un fatto completamente diverso dal rimprovero che si potrebbe fare all'individuo agente, infatti, gli atti di organizzazione deficitari non violerebbero la norma tipica che descrive la fattispecie del reato presupposto, ma violerebbero una norma penale completamente diversa, ossia a quella relativa alla cattiva organizzazione dell'ente, che sarebbe solo indirettamente riferibile alla fattispecie penale concretamente realizzata. Tale osservazione ci sembra coerente col paradigma ascrittivo della colpa di organizzazione all'ente; difatti, ciò che si attribuisce alla persona giuridica, prima ancora che la colpevolezza, è un fatto diverso e solo indirettamente collegato a ciò che è stato effettivamente realizzato dall'autore individuale, si tratta di una colpa specifica e qualificata dell'ente in quanto soggetto in posizione di garanzia rispetto alle condotte lesive dei propri organi. Secondo romano, in tal senso, la sola soluzione alla responsabilità degli enti e alla compatibilità con la coerenza del sistema penale e con le garanzie costituzionali condivise dai paesi europei sarebbe quella di intraprendere per gli enti un sistema di imputazione che si fondi su una infrazione di natura penale - amministrativa. In questo settore del diritto potrebbe venire a consistenza una concreta colpevolezza di organizzazione su cui basare la responsabilità delle *societas*, da riscontrare caso per caso rispetto a modelli *ideal - tipici* e alla normativa di settore vigente.

secondo Müller si comincia ad ammettere una volta per tutte l'indimostrabilità di un reale *libero arbitrio*, che sta corrodendo l'idea tradizione della funzione retributiva del diritto penale, incentrandolo piuttosto sulla sua funzione ordinante all'interno della società. Non si tratta più di giudicare sulla colpevolezza intesa come "prospettiva della possibilità individuali di azione del delinquente, ma in quella del mancato adempimento di un dovere, delle pretese altrui"⁴⁸⁸. Dunque, la colpevolezza si risolverebbe fundamentalmente nel fatto di "non essere all'altezza delle aspettative sociali"⁴⁸⁹. Vi sarebbe un'aspettativa sociale secondo la quale l'ente attraverso meccanismi di controllo interni e predisposizioni organizzative, assicuri idonee contromisure alle possibili derive criminogene derivate dall'inserimento di un singolo individuo all'interno di un'organizzazione complessa. Ad esso spetterebbe quindi una sorta di controllo interno generalizzato. La ragione della pena all'ente consisterebbe, secondo l'autore, nel fatto di determinare una concatenazione causale tra l'attitudine criminale dell'ente ed il dolo o la colpa dell'agente. Verrebbe a costituirsi una sorta di cooperazione al reato dell'organizzazione attraverso la violazione dell'obbligo di costituire un adeguato controllo interno, il quale, se invece fosse stato soddisfatto, potrebbe funzionare come causa di esclusione di responsabilità dell'ente⁴⁹⁰. Alcuni autori hanno tentato di risolvere il problema attraverso le misure di sicurezza. Infatti, esse non richiedono la dimostrazione della colpevolezza per essere applicate, ma solo della *pericolosità oggettiva del soggetto*. Alcu rimprovero colpevole sarà necessario e si risolverebbe la questione attraverso una logica strumentale di prevenzione speciale⁴⁹¹. Verrebbe in tal modo contornato il limite presupposto di incapacità di colpevolezza dell'ente. L'impresa non essendo una persona umana, non andrebbe trattata come *fine in sé*. Da ciò nulla potrebbe impedire che essa venga strumentalizzata attraverso il diritto penale per perseguire finalità di prevenzione generale. L'obiezione che può essere fatta alle teorie fondate su tale assunto é molto semplice: le misure di sicurezza non possono avere carattere repressivo, né *general-*

⁴⁸⁸ ELLSHEID (G.), HASSEMER (W.), *Strafe ohne Vorwurf*, in LÜDERSSEN (K.), SACK (F.), (a cura di), *Abweichendes Verhalten*, Bd. II, Frankfurt a. M., 1975, p. 280.

⁴⁸⁹ MÜLLER (E.), *Die Stellung der Juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985, p. 23.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ PULITANÒ (D.), *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 430.

*preventivo*⁴⁹², devono invece essere basate sulla *pericolosità*, in caso contrario non si potrebbe parlare di misure di sicurezza ma di vere e proprie pene. Infatti, attraverso la misura di sicurezza si rinuncia a qualsivoglia elemento di *biasimo morale* nei confronti del soggetto a cui esse vengono applicate, e il diritto penale viene a costituirsi come mero mezzo di amministrazione giudiziaria di situazioni oggettivamente pericolose per la comunità. Un autore⁴⁹³ già negli anni 70' sostenne l'applicazione agli enti delle misure di sicurezza, quando il reato derivi in modo diretto o indiretto dall'oggetto sociale della società, da una *delibera* dell'assemblea dei soci, ovvero dalla *politica di impresa* dell'ente. Si tratta di una pericolosità che potrebbe fondarsi sui vari elementi che compongono l'organizzazione, o sull'organizzazione nel suo complesso⁴⁹⁴, che avrebbe "carattere preparatorio rispetto ad una pericolosità soggettiva, essendo l'organizzazione societaria in tali casi fonte probabile di nuovi illeciti perpetrati dagli amministratori"⁴⁹⁵. Ed è così che la persona giuridica non sarebbe più pensabile come soggetto attraverso la responsabilità, ma come *oggetto pericoloso*⁴⁹⁶. Tale soluzione sembra armonizzare il sistema delle sanzioni applicabili agli enti, ricorrendo però ad una tecnica lontana dal diritto penale *classico*⁴⁹⁷. In effetti, una volta ammessa la validità dei meccanismi di repressione fondati sulla pericolosità dello strumento organizzativo dell'ente, non sarebbe più opportuno né necessario continuare ad interrogarsi intorno alla sua capacità di colpevolezza. Dall'altro lato le misure di sicurezza potrebbero applicarsi agiatamente e svolgere senza difficoltà il ruolo che gli è proprio, ossia quello di contrastare la pericolosità oggettiva degli enti. Alle varie critiche che sono state contrapposte all'applicazione delle misure di sicurezza agli enti, quella che sembra la più significativa consta sull'assunto secondo il quale pure la pericolosità sociale andrebbe

⁴⁹² v. FEIJOO SANCHEZ (B.-J.), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002.

⁴⁹³ Le riflessioni di Bricola sull'argomento secondo Fiandaca-Musco, rappresentano la "posizione più avanzata della riflessione in materia", cfr. FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 163.

⁴⁹⁴ BRICOLA (F.), *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, op. cit., p. 1015.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ Si distingue nello specifico tra pericolosità criminale e pericolosità oggettiva o strumentale in FEIJOO SANCHEZ (B.-J.), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, op. cit., p. 50; in part., in rapporto all'impresa come oggetto pericoloso si v. pp. 137 e ss. della stessa opera.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

fondata, nella maggior parte degli ordinamenti moderni, su certi requisiti d'ordine soggettivo, che in quanto tali escluderebbero l'applicazione agli enti⁴⁹⁸, in poche parole non sarebbe comunque possibile prescindere dall'elemento *psicologico* dell'autore. Solo la pericolosità soggettiva, che riguarda le persone fisiche, è la conseguenza di una concezione *bio-antropologica*; mentre quella oggettiva, a cui faceva riferimento lo stesso Bricola, è una pericolosità fondata sull'*organizzazione* e sui mezzi della *societas*.

8. Conclusioni: la pena al di là del corpo biologico.

L'incapacità di pena, che presenta una sua autonomia nel dibattito penalistico contemporaneo, viene spesso utilizzata come argomento per negare la possibilità di colpevolezza dell'ente. Secondo un autore, qualunque sia la concezione di pena, resta pur sempre vero che essa va applicata a persone realmente esistenti ed operanti⁴⁹⁹. Inoltre, per la particolarità dei soggetti analizzati, le pene classiche non possono applicarsi, e spesso la pena si risolverà in sanzione pecuniaria, tale sanzione per poter avere natura penale deve essere convertita in mezzo *afflittivo* personale, altrimenti non si potrebbe più parlare di mera pena, ma di *sanzione amministrativa*⁵⁰⁰. Allora bisognerà capire se la pena sia compatibile con la particolare natura costitutiva degli enti collettivi, e se essa possa svolgere le funzioni penali che le sono proprie. Un'ovvia constatazione è stata quella di rilevare l'impossibilità per l'ente di avvertire i dolori inflitti con la pena criminale. Secondo Bettiol "La persona giuridica non può soffrire sotto l'esecuzione della pena così come soffre la persona fisica che

⁴⁹⁸ FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 163.

⁴⁹⁹ FLORIAN (E.), *Dei reati e delle pene in generale*, in A.A.V.V., *Trattato di diritto penale*, 2 ed., vol. I, pt. I, Milano 1996, p. 274; più di recente è stato osservato da FLORA (G.) (*Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 1398 e ss.) che "retribuzione, afflizione, prevenzione generale mediante intimidazione, mediante rafforzamento della coscienza etico-sociale dei cittadini, prevenzione-speciale-rieducazione, emenda, sono concetti che hanno significato unicamente in riferimento ad un essere umano in carne ed ossa.

⁵⁰⁰ BATTAGLINI (G.), *Responsabilità penale delle persone giuridiche?* in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, p. 665.

ha commesso il reato”⁵⁰¹. Un’obiezione si trova anche nella dogmatica positivista francese che intravede nella pena delle *personnes morales* un modo utilitaristico di prevenzione generale di applicare in ambito penale sanzioni che altrimenti si direbbero amministrative in senso ampio. Salvo ammettere che la pena non ha bisogno di essere sofferta dal condannato. Piuttosto bisogna riconoscere i soggetti in quanto proprietari di beni suscettibili di essere colpiti dalla sanzione, e soffrirne i colpi inflitti. La diminuzione oggettiva del bene giuridico appartenente al soggetto costituirebbe allora il male inflitto attraverso la pena, che in tal modo conserverebbe il suo essenziale contenuto afflittivo. Del resto, quando si applica la sanzione della reclusione non si fa altro che limitare, per rappresaglia del diritto contro chi infrange la legge, il diritto di libertà del condannato; così come con alcune sanzioni pecuniarie e interdittive si limita il diritto alla proprietà o rispettivamente alla libertà di esercizio di un’attività, le persone giuridiche concernenti. La scienza penitenziaria infatti - come è stato osservato⁵⁰² - è sufficientemente flessibile per fornire le misure sanzionatorie adeguate a colpire la persona giuridica nella sua costituzione, nella sua attività o nel suo patrimonio. Ma non basta, in effetti anche nei confronti degli enti è possibile emettere un giudizio di disvalore e di riprovazione concernente le loro attività, giudizio insito nella conseguenza dell’inflizione di una pena. Non è un fatto eticamente neutro quello riguardante una pratica generalizzata dell’azienda a riversare, al fine di risparmiare sui costi di smaltimento, dei materiali inquinanti nelle acque pubbliche, causando gravi danni di salute alle comunità limitrofe. Anche sotto l’aspetto della prevenzione generale vi sono non trascurabili elementi di efficacia della punibilità, data la palese efficacia della punizione della persona giuridica in relazione al rafforzamento della coscienza giuridica e a soddisfare le aspettative di punizione della collettività in generale, la quale spesso considera l’impresa come la vera autrice del fatto lesivo di reato⁵⁰³. Anche la funzione in termini di deterrenza e quindi della funzione *general - preventiva* della pena sembra soddisfatta, infatti oggi le imprese di grandi e medie dimensioni prevedono meccanismi di contenimento del rischio

⁵⁰¹ BETTIOL (G.), MANTOVANI (L.), *Diritto penale, parte generale*, 12 ed., Padova, 1986, p. 289.

⁵⁰² BRICOLA (F.), *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 961.

⁵⁰³ ACKERMANN (B.), *Die Strafbarkeit juristischer Personem im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt a.M.-Bern-NewYork, 1984.

penale proprio in ragione di evitare di essere colpite dalla sanzione attraverso la pratica di comportamenti illeciti nell'impresa. Da questo punto di vista sembra ancor più efficace la sanzione per gli enti rispetto alle persone fisiche, infatti le organizzazioni sono entità impostate per agire in modo *razionale*, valutando la convenienza patrimoniale ed economica delle scelte da fare in termini di confronto tra costi e benefici prevedibili⁵⁰⁴. Nei confronti della funzione special-preventiva si può presumere che la pena inflitta all'ente lo induca a modificare i suoi comportamenti e la sua struttura organizzativa futura allo scopo di evitare la sanzione, per non cadere ancora tra maglie della giustizia penale, e non subire altre diminuzioni patrimoniali. La questione si fa più spinosa quando invece si tenta di dimostrare la possibilità di *rieducare*, attraverso la pena, la persona giuridica. fatto che mette in forse la stessa legittimità costituzionale delle pene previste nei confronti dell'ente⁵⁰⁵. Molti autori, però, sostengono con convinzione la natura rieducativa della pena inflitta alle persone giuridiche, qui vale ricordare le parole di uno tra questi:

“La sanzione diretta all'impresa può permettersi quell'invadenza, quella pervasività e anche la violenza che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana respinge con forza qualora il destinatario sia una persona fisica. Nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una *persona nuova*, modificando il carattere e reimpostando la condotta di vita”⁵⁰⁶.

504 Rispetto a tale modello di attore “sembra attagliarsi particolarmente bene, perché razionalmente fondato, il paradigma della prevenzione generale”. La criminalità d'impresa viene descritta dall'autore in parola come una criminalità del profitto, le cui scelte sono determinate da un'aspettativa di guadagno e improntate a criteri di razionalità; v. PALIERO (C. E.), *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in A.A.V.V., *Impresa*, 2009.

⁵⁰⁵ Vi sono poi delle tendenze a considerare attualmente la pena come fenomeno che si allontana gradualmente dalla soluzione carcerale, per spunti di riflessione su tale tema, si vedano, ad esempio, BONIS-GARÇON (É.), *L'encouragement à un environnement non carcéral de la peine, Actes du colloque environnement et peine privative de liberté, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, n. 2, Cujas, février 2013, p. 157; si vedano inoltre le originali proposizioni contenute in A. Zabalza, in *journée d'étude: Environnement et peine privative de liberté, le 27 janvier 2012*. Gli atti della Conferenza sono pubblicati in, *les Travaux de l'ISCI de Bordeaux*, vol. 2, Bordeaux, éd. Cujas, 2013; si veda specialmente l'intervento iniziale di A. Zabalza.

⁵⁰⁶ DE MAGLIE (C.), *L'etica e il mercato*, Milano, 2002.

Il diritto penale fondato sui modelli organizzativi, e sull'agente modello persona giuridica, rivela la sua particolarità proprio nel fatto di lasciare che sia la stessa persona giuridica a riorganizzarsi e a rivedere i propri modi di produzione. *Rieducare* qui deve essere inteso nel senso che è la stessa persona giuridica che viene spinta, attraverso la minaccia del diritto penale, ad avviare metodi di gestione interna in armonia col diritto, adottando misure e metodi d'azione capaci di ridurre il rischio inerente la propria attività. Ritornando al concetto di *autopoiesi*, si può dire che attraverso la sanzione alla persona giuridica si induce il sistema autopoietico dell'impresa a riprodurre sistemi di organizzazione interni adeguati alla domanda di legalità e di sicurezza derivante dall'esterno dell'organizzazione. Si tratta di un sistema simile alla logica delle direttive europee, ossia si forniscono gli obiettivi che l'ente dovrà raggiungere, ma sul come esso si adeguerà viene lasciata una certa autonomia; solo in ultima istanza, quando l'ente non può o non vuole provvedere da solo, potranno essere prese misure da parte del giudice penale di commissariamento o addirittura di scioglimento definitivo dell'entità collettiva. Sorvolando sulla questione delle categorie di sanzioni, è ormai chiaro un'indubbia applicabilità di un gran numero di sanzioni afflittive anche per le persone giuridiche⁵⁰⁷. La questione della *lacuna organizzativa* e delle *politiche d'impresa* distorte come principi centrali dai quali desumere in giudizio la colpevolezza dell'ente e che devono perciò stare alla base delle finalità proprie del regime sanzionatorio applicato agli enti, è fondamentale soprattutto in rapporto al *principio di personalità delle pene*. Da un lato, nell'applicare, da parte del giudice, e nel costituire, da parte del legislatore, un adeguato sistema sanzionatorio per gli enti, bisognerà tener conto della loro particolare *natura organizzativa* di cui si è detto; dall'altro sarà necessario tener in dovuto conto la natura dell'attività svolta dall'organizzazione, la specialità dei *doveri di sicurezza* e di *controllo* che tale attività comporta, il *ruolo di garanzia specifico* che l'entità collettiva dovrà assumere rispetto a questa, ed i fini specifici, dividendo gli interessi leciti da quelli illeciti legati

⁵⁰⁷ BRICOLA (F.), *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in A.A.V.V., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, p. 76 e ss. Lo stesso Autore poneva lucidamente in evidenza il rapporto tra natura della responsabilità prescelta per l'ente e la struttura dei criteri di imputazione: v. BRICOLA (F.), *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 659: "dalle osservazioni svolte è emersa la necessità che per imputare all'ente sanzioni penali *stricto sensu*, il legislatore non si accontenti di requisiti che sottolineano la connessione del reato con l'attività dell'ente, o la vantaggiosità di esso per l'impresa. Occorrono elementi che identifichino più direttamente l'illecito con l'impresa e con la volontà sociale".

all'attività e alla posizione dell'ente. Tutto questo ha disegnato un sistema sanzionatorio diverso da quello applicabile alle persone fisiche, ma simile a quello applicato, e qui ritorniamo alla questione della similitudine tra ente e agente qualificato professionale, a certe categorie di soggetti individuali in posizioni di garanzia. In entrambi i casi le sanzioni tendono a colpire gli *interessi patrimoniali del colpevole*, oppure la libertà dello svolgimento dell'*attività professionale* specifica con una limitazione inerente i modi di svolgimento, nei casi più gravi l'interdizione totale di continuare a svolgere l'attività medesima⁵⁰⁸. Un problema sollevato da numerosi autori rispetto all'applicabilità sanzionatoria alla persona giuridica è quello relativo ai soci incolpevoli e al rischio di una violazione del principio del *ne bis in idem* della legge penale. Il rischio maggiore legato alla sanzione applicata agli enti

⁵⁰⁸ NIETO MARTÍN (A.), *La responsabilidad penal de la personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008; Esistono, secondo l'autore, tre approcci generalissimi per determinare il sistema delle sanzioni, bisognerà in merito valutare la loro capacità di incentivare l'organizzazione ad attivare meccanismi autonomi di aggiustamento che rinviino ad una specie di rieducazione dell'ente, nel contempo vedere quali tra questi sistemi sia il più adeguato a garantire un principio minimo di personalizzazione della sanzione sulla base della specialità dei soggetti considerati:

- *The Economic Model*: Il modello economico è fondato sulla convinzione in base alla quale una corporazione è fondamentalmente un'entità che ha come obiettivo quello di massimizzare i profitti. Dunque, se essa viene sottoposta alla minaccia penale di essere intaccata nella realizzazione dei propri profitti, allora essa si adeguerà adottando sistemi organizzativi adeguati a diminuire il rischio penale per l'impresa. Insomma, tale assunto si basa sulla considerazione seguente: se si rende economicamente svantaggioso per l'ente agire in modo illecito, allora rientrerà nell'area del profitto anche l'attivazione di sistemi di buona organizzazione, di conseguenza l'ente si adeguerà autonomamente a pratiche virtuose.
- *The Structural Model*: Secondo il modello strutturale, le entità collettive non sono sempre razionali nella loro azione, come vorrebbe sottintendere il modello economico appena considerato. Le entità collettive sarebbero motivate anche dagli interessi personali dei soggetti che la compongono, la struttura organizzativa sarebbe allora composta anche da tali interessi, e le sanzioni dovrebbero mirare non solo a colpire il profitto dell'impresa, ma anche a rilevare e colpire nella struttura quelle falle sistemiche che hanno permesso ai singoli organi di agire illecitamente.
- *The Restorative Justice Model*: Si tratta di un modello che tende più a convertire l'organizzazione che a punirla. Tale modello si serve di pratiche negoziali e di implementazione della conoscenza organizzativa. L'assunto di base consisterebbe nel fatto che l'impresa delinque per ragioni che si confondono con la convenienza e la competizione in contrasto con i doveri nei confronti della comunità e dell'amministrazione pubblica. In tal senso il diritto ha il solo interesse di restaurare la legalità attraverso un sistema sanzionatorio fondato sulle riparazioni. Le teorie analizzate hanno un obiettivo comune, ricondurre la persona giuridica verso una risocializzazione legale e riparare i danni derivanti dall'illecito. Riunendo la logica delle tre teorie generali potremmo dedurre che un sistema sanzionatorio adeguato dovrà mirare a: 1) ricondurre una organizzazione razionale (tendente al profitto) ma amorale verso un'etica della legalità; 2) spingere un'organizzazione lacunosa verso un modello strutturato capace di prevenire il rischio penale; 3) accompagnare le potenzialmente virtuose società in difficoltà con i costi dell'adeguamento al sistema ad una riconciliazione e alla riparazione dei danni provocati. Tutto ciò va conciliato con la specificità funzionale dell'organizzazione e nell'applicare le sanzioni bisognerà pensare a farlo proprio tenendo presente la natura specifica e il ruolo che l'organizzazione svolge, comprendendo le specifiche competenze, all'interno della società.

è che essa incida “su tutti i soci, sugli innocenti e sui *rei* ugualmente, sui capi e sui gregari, sui furbi e sugli ingenui”⁵⁰⁹. La detta constatazione sarebbe dunque in palese contrasto col principio indefettibile di *personalità della pena*. Una tale obiezione poggia le sue conclusioni su una concezione finzionistica dell’ente, concezione dalla quale ci si è già in precedenza debitamente allontanati. Secondo l’impostazione istituzionale dell’ente i soci non subiscono una punizione ma gli inevitabili effetti riflessi della pena che mira a colpire l’ente. Non colpisce forse anche la famiglia del *reo* la pena della reclusione quando essa colpisce un soggetto che provvedeva al mantenimento economico della famiglia? Il diritto penale non può occuparsi di tutte le conseguenze inerenti all’applicazione della legge penale, non lo ha mai fatto, piuttosto quello può essere considerato un problema di stato sociale. Si tratta della realizzazione del rischio sociale che resta inevitabilmente alla base dell’applicazione della legge. Del resto ci sembra coerente il ragionamento secondo il quale:

“Quando un azionista, seppur estraneo al gruppo che detiene la maggioranza, acquista delle azioni che possono portargli dei vantaggi che derivano dal comportamento illecito messo a punto dalla persona giuridica, si assume il rischio di un’eventuale condanna diretta dell’impresa: si tratta di inconvenienti che fanno parte delle regole del gioco”⁵¹⁰.

Altro rischio sarebbe allora quello di sanzionare due volte lo stesso soggetto individuale, il che comporterebbe la violazione del principio *ne bis in idem*. Il socio della società si troverebbe potenzialmente a dover subire due volte la stessa condanna, una in relazione al suo ruolo di socio e diretta alla società e l’altra in quanto singolo individuo colpevole. Il problema nasce ancora una volta dal non riconoscimento alla persona giuridica di una autonomia esistenziale soggettiva⁵¹¹. Si tratta in realtà di due soggetti diversi, persona fisica e persona giuridica, “le cui responsabilità anche se scaturiscono dal medesimo fatto non sono

⁵⁰⁹ ANTOLISEI (F.), *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000, p. 599; CONTI (L.), *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio *societas delinquere non potest*?*, in *Il diritto penale dell’impresa*, CONTI (L.) (A CURA DI), Padova, 2001, p. 8; NUVOLONE (P.), *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 53 e ss., il quale peraltro ritiene che l’impossibilità di una valutazione soggettiva del comportamento costituisca argomento rilevante nell’escludere la responsabilità dell’ente.

⁵¹⁰ DE MAGLIE (C.), *L’etica e il mercato*, op. cit., p. 347.

⁵¹¹ HIRSCH (H. J.), *La criminalisation du comportement collectif – Allemagne*, op. cit., p. 57.

in alcun modo sovrapponibili”⁵¹². L’autore persona fisica subirebbe oltre alla *sua* pena, non anche un’*altra* pena, ma solo gli effetti riflessi di quella della persona giuridica⁵¹³. Prima ancora dal fatto di esprimere interessi unitari a un gruppo di persone considerate nel loro insieme, la capacità giuridica andrebbe aggiudicata a qualsiasi soggetto capace di esprimere promesse e di mantenerle. Ossia a qualsiasi entità dotata di capacità a contrarre, in quanto è tale capacità che rende un soggetto giuridicamente e socialmente indipendente, riconosciuto e riconoscibile da qualsiasi individuo o ente come controparte contrattuale⁵¹⁴. Quando tale entità violi le regole, costituisce un debito, sia con la vittima sia con la società tutta intera, e in certi casi tale debito potrà essere saldato attraverso la pena, che spesso resta l’unica modalità, seppur simbolica, di sconto dei debiti contratti con la società attraverso il reato. La persona giuridica può contrarre debiti di questo tipo, essendo capace di godere di certi poteri e di certi valori spesso anche più importanti di quelli concessi ai singoli individui. Un punto critico della dottrina, a tal riguardo, rispetto al riconoscimento della piena capacità penale alle persone giuridiche, consisterebbe nella impraticabilità del principio della finalità repressiva del diritto penale. In effetti, bisogna dire che tali autori non hanno tutti i torti quando sostengono che la funzione della responsabilità penale deve essere valutata rispetto al suo effetto finale e repressivo: la pena. Sorvolando su tutta la lista giammai completa ed esaustiva che comprende i possibili significati storici o filosofici che sono stati attribuiti alla nozione di pena, possiamo qui limitarci a informare sulle nozioni convenzionalmente incluse in quasi tutti i manuali di diritto penale. In tale nozione ritroviamo le tre funzioni principali della pena: retributiva, preventiva generale, preventiva speciale⁵¹⁵. La dottrina e la giurisprudenza francese, ad esempio, traducono questa evidenza nei seguenti termini: In difetto di coscienza umana, non si può assumere che gli enti collettivi siano recettivi alle differenti funzioni della pena, in quanto essi non possono subirle in termini di sofferenza. E

⁵¹² DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato, Profili storici, dogmatici e comparatistici*, op. cit., p. 224.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Interessanti le recenti riflessioni sul ruolo della vittima del reato nel condizionare l’azione criminale, si veda tra gli altri, GOGORZA (A.), *Entrevista con Didier Preira, Jefe de la división de víctimas y de consejo de la Corte penal internacional, (Entretien avec M. Didier Preira, Directeur de la division des victimes et des Conseils de la Cour pénale internationale), Derechos Humanos en línea, n° 3, Bull. électronique IDEH-PUCP, fév. 2007.*

⁵¹⁵ SCIACCA (F.), *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Milano, 2000.

ancora: “ En admettant leur responsabilité pénale, le droit répressif ne risque-t-il pas d’y perdre son âme?”. Altri autori ammettono, invece, che la persona giuridica sia suscettibile di intimidazione; in tal senso l’ammenda per tali soggetti risulterebbe di conseguenza adeguatamente dissuasiva. Secondo Fauconnet⁵¹⁶, la responsabilità penale risponderebbe ad un bisogno insopprimibile di dissolvere, attraverso la sanzione penale, le conseguenze emozionali del crimine; si tratta della potenza simbolica della vendetta, della soddisfazione della vittima in termini emotivi, ma anche dell’intera società che altrimenti si chiederebbe: “perché questo essere collettivo può violare la norma e non io?”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ FAUCONNET (P.), *La responsabilité: étude de sociologie*, in *Sociologie française (1874-1938)*, op. cit., p. 178.

517

Cap. III.

La responsabilità da reato delle persone giuridiche in diritto comparato.

*Deux visages semblables,
dont aucun ne fait rire en particulier
font rire ensemble par leur ressemblance*⁵¹⁸.

1. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano: caratteri generali.

Nel tracciare la peculiarità della responsabilità degli enti nel sistema italiano, si può partire dalla forma, volutamente equivoca, che il legislatore italiano ha voluto imprimere alla disciplina in parola. Con il d.lgs. 8 giugno 2001 si parla, infatti, di *responsabilità amministrativa da reato* degli enti⁵¹⁹. L'esitazione nel definire la responsabilità come penale, è derivata dalla volontà del legislatore di non attribuire un carattere formalmente penale alla

⁵¹⁸ Pascal (B.), *Pensées* in *Oeuvres Complètes*, p. 502, Seuil, 1963.

⁵¹⁹ ALESSANDRI (A.), *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010; ALESSANDRI (A.), *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002; AMARELLI (G.), *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* Padova, 2003, pp. 941 e ss.; DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato, Profili storici, dogmatici e comparatistici*; op. cit.; DE SIMONE (G.), *Il « fatto di connessione » tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, in COMPAGNA (F.) (a cura di), 2012, p. 281; BRICOLA (F.), *Il costo del principio « *societas delinquere non potest* » nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, op. cit., p. 951; DE MAGLIE (C.), *L'etica e il mercato*, op. cit.; MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) (a cura di), *La responsabilità pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, in *Collection de l'UMR de droit comparé de Paris*, Vol. 30, Paris, 2013; MARINUCCI (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, op. cit., p. 445 e ss.; v. MAIELLO (V.), *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 879 e ss.; PALIERO (C.E.), *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, op. cit., p. 24; PALIERO (C.E.), *Dieci anni di « corporate liability » nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc., n. spec.*, 2011, pp. 5 e ss.; PALAZZO (F.), *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1534 e ss.; DE MAGLIE (C.), *L'etica e il mercato*, op. cit.; DE VERO (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit.; GUERRINI (R.), *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006; PASCULLI (M.A.), *La responsabilità « da reato » degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari, 2005; di RIVERDITI (M.), *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione*, Napoli, 2009; RUGGIERO (G.), *Contributo allo studio della capacità penale*, Torino, 2007; SANTI, (F.) *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004.

disciplina. Optando piuttosto per l'indicazione di un carattere *ibrido*, tra il penale e l'amministrativo, dovuto all'incertezza della dottrina nell'individuare nell'ente collettivo un soggetto penalmente rilevante⁵²⁰. Fino ad oggi, si vede nella denominazione della responsabilità degli enti in Italia, sotto il profilo penalistico, non tanto una misura dettata da ragioni di cautela legate all'effetto socio-economico potenzialmente derivante dalla creazione della fattispecie criminale, quanto alla conseguenza legata ad una mera natura *mista*⁵²¹ della disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti⁵²². La genesi del decreto in parola è frutto di precisi obblighi internazionali che imponevano di ratificare e di dare esecuzione ad alcuni importanti atti, elaborati sulla base dell'art. K.3 del *Trattato sull'Unione Europea: La Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee*, stipulata a Bruxelles il 26 luglio 1995, insieme ad altre Convenzioni e Trattati. Solamente con la *Convenzione Ocse* del 1997, art. 2, venne stabilito l'obbligo per le parti contraenti di “adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per costituire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblico ufficiale straniero”. Inoltre, se nel sistema giuridico di una delle parti contraenti della stessa Convenzione, non fosse presente la responsabilità penale delle persone giuridiche⁵²³, “sarebbe stato sufficiente

⁵²⁰ CORDERO, (F.), *Procedura penale*, 6 ed., Milano, 2001, p. 232: “Sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica, esista o no in carne ed ossa. Stiamo parlando dei presupposti (a parte rei), mancando i quali il processo sarebbe pura apparenza”.

⁵²¹ DE SIMONE (G.), *Il “fatto di connessione” tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, op. cit., p. 258.

⁵²² ALESSANDRI (A.), *Diritto penale e attività economiche*, op. cit., pp. 121 e ss; DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, p. 309, il quale, in qualità di uno dei più autorevoli commentatori della legge che ha introdotto nell'ordinamento italiano la *responsabilità da reato* degli enti, descrivendone i tratti *borderline*, proprio a partire dal *nomen iuris*, scriverà: “Il nuovo paradigma di espansibilità nasce all'insegna dell'interdisciplinarietà e del multiculturalismo dogmatico e normativo. La legge è come una pianta rigogliosa dalle molte radici, che si diramano in terreni giuridici tra loro culturalmente assai distanti. Una prima radice (quella dogmatica) va senz'altro individuata nella colpevolezza d'organizzazione: una categoria la cui paternità come s'è visto, può farsi risalire a Tiedemann (...)”.

⁵²³ Negli Stati Uniti la corruzione internazionale già dal 1978 costituisce un fatto penalmente rilevante, a seguito dell'adozione del *Foreign corrupt practices Act (FCPA)*, emanato al fine di dare risposta ai forti scandali che si erano prodotti nel corso degli anni '70. Furono, a tal proposito, proprio gli USA a sollecitare l'Ocse a promuovere un diritto penale internazionalmente condiviso che andasse proprio in questa direzione, in particolare per “porre fine ad una situazione di ingiustificato squilibrio tra le imprese americane - sulle quali già pendeva la spada di Damocle di una responsabilità penale per i fatti di corruzione commessi all'estero - e le imprese degli altri Paesi esportatori”; cfr. GAREGNANI (G.M.), *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Milano, 2008, cit. p. 68.

il ricorso nei loro confronti a sanzioni non penali, purché, efficaci, proporzionate e dissuasive”⁵²⁴. Il secondo Protocollo della Convenzione *Pif* del 19 giugno del 1997 all’art. 3.1, il quale sanciva l’obbligo per ciascuno degli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie⁵²⁵. Sono molteplici le radici culturali e normative del modello fondato sul d. lgs. 231. Si consideri, ad esempio, l’influenza suscitata dai *compliance programs*, costituito sotto l’egida delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*⁵²⁶ e vigenti sin dal 1991. Lo stesso *Progetto Grosso* ne prendeva a modello i postulati, la cui ultima versione era stata approvata solo qualche settimana prima della pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del d. lgs. 231/2001. Si tratta di un sistema fondato sui modelli di organizzazione, i quali devono essere “idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi” e che sono descritti sinteticamente negli art. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001⁵²⁷, Attraverso i quali il legislatore delegato ha pensato bene di riempire di contenuti la colpa d’organizzazione della *societas*, che potrà dirsi esclusa soltanto laddove si riesca a dimostrare (...) che l’ente, attraverso, per l’appunto, l’adozione di modelli organizzativi finalizzati alla minimizzazione del rischio-reato, abbia intrapreso “il cammino, tutt’altro che agevole, verso una cultura del controllo e della prevenzione”⁵²⁸. Il modello statunitense, seppur abbia rappresentato un punto di riferimento per lo sviluppo della normativa dei Paesi membri dell’UE in merito alla responsabilità penale delle persone giuridiche, e in particolare per l’Italia, si differenzia dal modello italiano di imputazione in modo sostanziale, soprattutto riguardo alla natura dell’elemento

⁵²⁴ *Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transaction*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1998, p. 1358 ss.

⁵²⁵ In *Gazz. uff. CE* n. C 221 del 19 luglio 1997: “Le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto determinante in seno alla persona giuridica basato sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o sull’autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, monche della complicità, dell’istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro, o del tentativo di commettere tale frode”.

⁵²⁶ DE MAGLIE (C.), *L’etica e il mercato*, op. cit., p. 71 e ss.

⁵²⁷ In riferimento alla valutazione dei rischi sul luogo di lavoro sono state successivamente previsti modelli di organizzazione più precisi rispetto a quelli forniti dal detto decreto, attraverso il d. lgs. n. 81 del 2008. La normativa vigente rinvia alla specifica regolamentazione in materia per l’individuazione di modelli organizzativi idonei di prevenzione dei reati.

⁵²⁸ DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., pp. 308-309.

sogettivo del reato che si è voluto attribuire all'organizzazione dell'ente collettivo⁵²⁹. Nel sistema statunitense l'ente che adotti, successivamente al reato, idonei modelli d'organizzazione capaci di prevenire pericoli o danni dello stesso genere di quelli ingenerati attraverso il reato medesimo, o che provveda la riparazione dei danni causati, può negoziare con il Pubblico ministero, non solo un'attenuazione della pena, ma addirittura l'abbandono dell'azione penale nei suoi confronti⁵³⁰. Quello americano è quindi un sistema che, attraverso la negoziazione tra pubblico ministero e persona giuridica, può comportare un capovolgimento della logica dell'imputazione alla *cattiva organizzazione* e ad una semplice tecnica procedimentale intenta a scovare gli attori individuali all'interno dell'organizzazione e di scagionare l'ente per aver collaborato alla loro individuazione. Il modello italiano mira piuttosto a fornire un'*elemento pedagogico* per le persone giuridiche. Di conseguenza, al fine di evitare che l'attività degli agenti individuali sconfini nella sfera d'intervento del diritto penale, si è costituito un modello misto che lega la responsabilità degli enti alla diligenza e all'attenzione dimostrata nella regolamentazione dell'attività a cui esso è votato, e dalla capacità degli organismi di controllo interno di contenere il rischio penale legato a tale attività⁵³¹. Da ciò si riconosce una matrice nettamente *europea* del paradigma ascrittivo, in particolare in base alla statuizione contenuta nell'art. 7 c. 1⁵³² del d. lgs. 231/2001. Il detto modello di responsabilità organizzativa viene recepito ad oggi nel sistema sanzionatorio austriaco (art. 3, c. 3, n. 2 del *VbVG* del 2006), e in quello spagnolo (art. 31-bis, c. 1, n. 2,

⁵²⁹ si permetta il rinvio al n.s. *La responsabilité pénale des personnes morales en Italie*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISCJ, SAINT-PAU (J.-CH.)* (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, Bordeaux, 2014.

⁵³⁰ *Ivi*: "Il s'agit d'un *modus operandi* purement anglo-saxon, très pragmatique, que nous ne retrouvons ni dans la législation italienne, ni dans la législation française. Celle fournie par la pratique américaine est donc une modélisation grossièrement pragmatique, qui nous semble très discutable. En réalité, le point crucial, souvent décisif, pour légitimer la décision du procureur de ne pas prendre des mesures pénales contre la société litigieuse, est la coopération de la personne morale à la découverte des personnes physiques coupables, qui sont donc sacrifiées pour sauver ladite organisation. Cette technique augmente la disparité des forces sur le champ pénal, en ce que les personnes qui ont agi dans l'intérêt de l'entité deviennent des pions consommables".

⁵³¹ *Ivi*, "l'Etat est le garant de la protection des différents intérêts de la production et de l'économie. De même, les agents économiques sont appelés à prendre en charge, dans une certaine mesure et indépendamment, tout ce qui, dans leur organisation, peut agir comme une garantie contre les dangers et les risques liés à leur activité".

⁵³² *cfr.* "Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza".

c.p.). Inoltre, si può ritrovare una simile impostazione negli art. 30 e 130 dell'*OWiG* tedesco, che prevede un illecito amministrativo consistente nella violazione dell'obbligo di sorveglianza nelle imprese e nelle organizzazioni complesse⁵³³. Il *Progetto Grosso* ha funto da referente interno insieme al d. lgs. n. 626 del 1994, in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, il quale “già attribuiva al datore di lavoro il compito di organizzare la sicurezza nello svolgimento dell'attività d'impresa; un compito, come è stato osservato, del tutto corrispondente all'adozione e all'attuazione dei *modelli organizzativi* previsti negli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231”⁵³⁴. Secondo alcuni autori, quello italiano costituirebbe un sistema di responsabilità delle persone giuridiche che potrebbe essere definito *sub-sistema chiuso*, “che aspira all'autosufficienza”⁵³⁵, ma che è anche estremamente complesso a causa della proliferazione dei modelli e delle regolamentazioni interne ed esterne al sistema stesso. Secondo altri, si è di fronte ad una sorta di *piccolo Codice* o di *mini-Codice*⁵³⁶. Un piccolo codice, quasi-penale plasmato sulla peculiare figura della persona giuridica che rappresenta indubbiamente un soggetto di singolare particolarità nel panorama socio-giuridico, e che si caratterizza per la spiccata complessità e specializzazione settoriale. Sembra coerente con la natura di tali soggetti, dunque, la scelta del legislatore italiano di non inserire all'interno del Codice penale la disciplina diretta agli enti collettivi, ma di lasciarli in un'area a sè, in tanto che rappresentanti di un ramo parallelo ed emergente del diritto penale delle funzioni e delle competenze, il quale si nutre della regolamentazione proveniente da altre discipline giuridiche. in tal senso anche secondo un autore:

“La maggior parte delle legislazioni europee ha optato invece per un inquadramento della relativa disciplina all'interno del codice, come è accaduto tra l'altro in Olanda, in Francia, in Belgio, in Svizzera, in Spagna e in Portogallo: una tendenza, questa, che da noi, come si è visto, ha trovato riscontro sia nel *Progetto Grosso* (artt. 22 e 121-131) sia nel più recente *Progetto Pisapia* (art. 56). È fuor di dubbio che una scelta di questo tipo possa avere un forte impatto simbolico e culturale - farebbe subito pensare ad un riconoscimento di una responsabilità

⁵³³ Si veda su tale punto DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., p. 310.

⁵³⁴ *Ivi*, p 311.

⁵³⁵ Cfr. PALIERO (C. E.), *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1016 s.

⁵³⁶ PIERGALLINI (C.), *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 572.

autenticamente penale delle *societas* (ma in realtà non è sempre detto che sia così) - e dovrebbe portare, sperabilmente, a un incremento della *funzionalità general-preventiva* della risposta sanzionatoria. Essa rompe, però, l'unitarietà e la continuità della regolamentazione, che viene ad essere frazionata in una pluralità di contenitori normativi diversi (sostanzialmente: il Codice penale, quello di procedura, e le varie leggi penali che prevedono i reati-presupposto)⁵³⁷.

All'interno del combinato disposto convergono l'illecito della persona fisica, che rappresenta il fatto di connessione, i criteri oggettivi e soggettivi d'imputazione e la qualifica richiesta all'art. 1 del detto decreto, che definisce le caratteristiche dei possibili destinatari⁵³⁸. Il legislatore, come è stato detto, con lo scopo di evitare un conflitto con l'art. 27, comma 1, della Costituzione italiana, ha voluto conferire alla responsabilità degli enti la denominazione di *responsabilità amministrativa*. Il dilemma sulla vera natura della *responsabilità amministrativa da reato* delle persone giuridiche in Italia non è solo accademica o puramente terminologica, in quanto essa impone anche l'applicazione di certi principi, e di una coerenza relativa alla *materia penale*. Si tratta di sapere quali sono le referenze ai principi costituzionali in materia penale della disciplina contenuta nel d. lgs. 231/2001. Se si qualifica questa responsabilità come *penale*, si dovrebbe tener conto degli artt. 25 e 27 cost., e degli artt. 111 e 112 cost. Tutti questi principi rientrano nella sfera di competenza della Corte costituzionale, che sarebbe, a tal punto, responsabile di giudicare sulla conformità o meno di tutte le disposizioni normative contenute nel decreto legislativo in parola. Non bisogna dimenticare neppure che le garanzie fondamentali riconosciute dalla *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* non possono essere invocate se non a condizione che sia in gioco una responsabilità di natura penale⁵³⁹. È

⁵³⁷ DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., p. 313.

⁵³⁸ v. tra gli altri, PADOVANI (T.), *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, DE FRANCESCO (G.) (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, in AA.VV., 2004, pp. 13 e ss; ZAGREBELSKY (G.), *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. pen., suppl. al n. 6, 2003; MANNA (A.), *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, p. 501; PALIERO C.E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (A.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 49; DE VERO (G.), *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, pp. 1127, 1132 e 1143.

⁵³⁹ ZAGREBELSKY (G.), *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. pen., suppl. al n. 6, 2003.

necessaria una connessione alla *materia penale* per condizionare una serie di garanzie contenute nell'art. 6 della Convenzione europea, come quella relativa al diritto ad essere informati sulle accuse che fondano l'azione penale, la presunzione d'innocenza, il diritto ad un doppio grado di giudizio, l'indennizzo in caso di errore giudiziario, o ancora, il principio di *ne bis in idem*. Molti autori, confortati da una parte della giurisprudenza, ritengono che quella delle persone giuridiche, rappresenti un *terzium genus* di responsabilità tra quella penale e quella amministrativa⁵⁴⁰. Si disegnerebbe la possibilità di una terza categoria di responsabilità, un terzo tipo, che combinerebbe i caratteri essenziali dei sistemi penale e amministrativo, allo scopo di conciliare le ragioni legate all'efficacia preventiva con le garanzie⁵⁴¹ inerenti al diritto penale⁵⁴². Questo cedimento delle barriere tra il diritto criminale e l'amministrativo è probabilmente un segnale indicativo di quello che accade ormai da decenni all'intero del sistema penale tradizionale, il quale, sempre più, tende a regolare piuttosto che a punire⁵⁴³. In Italia molteplici fattori, sostanziali e procedurali, condurrebbero a pensare che quella degli enti sia una responsabilità esclusivamente di natura penale. Sarebbe necessario, al fine dell'applicazione del d. lgs. 231/2001, constatare che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della società. Ora, se l'infrazione fosse di natura penale, la responsabilità che ne discenderebbe dovrebbe essere anch'essa di natura penale, e questo dovrebbe avvenire a prescindere della natura della persona alla quale è attribuito il reato. Persona fisica o persona morale non dovrebbe fare alcuna differenza. Sarebbe sulla natura del bene giuridico violato che si dovrebbe fondare, negli effetti, la qualificazione giuridica del comportamento illecito e non sulla natura del soggetto che ha

⁵⁴⁰ In tal senso si veda, DE VERO (G.), *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, op. cit., p. 1157, "il cuore della cui fattispecie è costituito da un reato completo di tutti i suoi elementi costitutivi " .

⁵⁴¹ v. n.s. *La responsabilité pénale des personnes morales en Italie*, op. cit. p. 80: "Plus précisément encore, il s'agirait d'une construction normative composée d'éléments hétérogènes et située à mi-chemin entre le droit pénal et les sanctions administratives. Ce système, en ce qu'il intègre des éléments d'ordre pénal [...], est régi par de fortes garanties. Cependant, par rapport au droit pénal classique, il présente des différences inévitables, en raison de la diversité de ses destinataires".

⁵⁴² In tal senso, v. G. DE SIMONE (G.), *Il fatto di connessione*, op. cit., p. 55. : "Quello messo a punto nel d.lgs. n. 231 è un modello ibrido o misto, nel quale coesistono problematicamente elementi strutturali differenti, riconducibili in parte al modello per ascrizione e in parte al modello di responsabilità originaria o per fatto proprio" .

⁵⁴³ Resta comunque il fatto che la maggior parte della dottrina continua a considerare quella degli enti una responsabilità esclusivamente penale.

commesso il reato⁵⁴⁴. Sarebbe infatti un controsenso qualificare un certo affare come inerente ad un contenzioso amministrativo quando da esso scaturisca una fattispecie concreta corrispondente ad un reato completo in ogni suo elemento⁵⁴⁵. Comunque, al di là delle numerose disposizioni di legge, che vanno nel senso di una natura penale della responsabilità, la soluzione al problema dipende soprattutto dal retroscena ideologico e culturale del giudice, che resta il solo vero interprete della legge⁵⁴⁶. Torna a tal punto la domanda fondamentale sulla natura della responsabilità da reato degli enti: La colpa d'organizzazione può veramente servire da fondamento alla responsabilità meramente penale, nel senso dogmatico, delle persone giuridiche? Bisognerebbe verificare se la colpa d'organizzazione può andare al di là dei limiti funzionali della responsabilità *par ricochet*, ma anche dei criteri dottrinari scaturenti dal diritto penale classico. Ciò che si può sinteticamente concludere da quanto detto sulla natura della responsabilità da reato degli enti in Italia è che:

- 1) Il sistema delineato nel d. lgs. 231 gravita nell'orbita del diritto penale, di cui condivide i principi e le garanzie fondamentali.
- 2) Vale, pertanto, anche per tale sistema, la copertura costituzionale offerta dalle disposizioni concernenti la materia penale, la cui *giustiziabilità* è fuori discussione.
- 3) Rispetto al sistema dell'*Individualstrafrecht* esso presenta, come è ovvio che sia, ineliminabili diversità, dovute alla diversità dei soggetti che ne sono gli autentici

⁵⁴⁴ FALZEA (A.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 141.

⁵⁴⁵ La Corte di Strasburgo ha più volte dichiarato che, per qualificare come penale una disciplina, non bisogna adottare una visione formale o puramente nominalista, ma concentrarsi sugli effetti sostanziali che tale disciplina è suscettibile di produrre, facendo particolare attenzione a certi indicatori, come quello riguardante la natura e lo scopo delle sanzioni adottate, il loro valore afflittivo, il modo d'esecuzione, o, ancora, la qualificazione giuridica scelta dal sistema interno; v. MAINES (V.), ZAGREBELSKY (G.) (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema penale italiano*, Milano, 2011.

⁵⁴⁶ DE SIMONE (G.), *La responsabilità da reato degli enti, natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, op. cit., p. 19.

protagonisti(qui bisogna ricorrere, e non potrebbe essere altrimenti, ai criteri normativi di ascrizione)⁵⁴⁷.

La versione che a questo punto sembra più accettabile - almeno per coloro che vedono in tale fenomeno l'emersione di un diritto penale moderno⁵⁴⁸, differente da quello fondato sulla colpevolezza psicologica - è quello secondo il quale il paradigma introdotto dal d. lgs. del 2001 costituirebbe una via sanzionatoria che si aggiunge a quelle tradizionali già esistenti e che hanno fin ora agito nel dominio dell'*Individualstrafrecht*⁵⁴⁹.

2. Struttura e autonomia della responsabilità degli enti In Italia.

Quanto alla struttura della responsabilità stabilita attraverso il d. lgs. 231/2001, essa si contraddistingue per essere una responsabilità diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore o degli eventuali autori persone fisiche del reato. In ciò quella italiana non è dissimile dalla responsabilità degli enti nell'ordinamento francese o da quelle previste in altri ordinamenti europei. Essa è una responsabilità diretta nel senso che non è subordinata a nessuna condizione sospensiva e non è sussidiaria, né alternativa, rispetto a quella della persona fisica⁵⁵⁰. La responsabilità è anche autonoma, nel senso che non presuppone l'accertamento delle responsabilità, quindi nemmeno la condanna della persona fisica che ha commesso il reato⁵⁵¹. Si intende con ciò che la responsabilità dell'ente

⁵⁴⁷ DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., p. 343.

⁵⁴⁸ DANNECKER (G.), *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, in GA, 2001, p. 105.

⁵⁴⁹ DE SIMONE (G.), *La responsabilità da reato degli enti, natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, op. cit., p. 18.

⁵⁵⁰ MANNA (A.), *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, p. 501.

⁵⁵¹ v. ad esempio, PASCULLI (M.A.), *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 231 e ss.

non è stata concepita come accessoria rispetto a quella dell'autore individuale⁵⁵². Si tratta di una norma necessaria alla effettività del sistema fondato dal d. lgs. 231, che consente di superare una responsabilità *par ricochet*, i cui limiti si sono già visti e, senza la quale, la minaccia sanzionatoria contro i reati degli enti e in particolare delle imprese sarebbe impraticabile. Quanto alle cause di estinzione del reato, solo attraverso l'amnistia si potrà eludere la responsabilità dell'ente. Tutte le altre cause di estinzione, valenti per le persone fisiche, restano per l'ente prive di rilevanza, e non incidono sulla sorte e sull'accertamento della responsabilità da reato dell'ente. In quanto autonoma, la responsabilità della persona giuridica concorre solo eventualmente con quella della persona fisica che ha materialmente agito in modo tale da costituire la fattispecie concreta del reato⁵⁵³. Se tali responsabilità concorressero necessariamente, allora da un punto di vista logico-materiale non si potrebbe più parlare di responsabilità accessoria, ma dipendente⁵⁵⁴. Il principio del cumulo, inoltre, esplicita una consapevolezza da parte del legislatore della natura mista del reato d'impresa, che è, non di rado, il risultato di una politica d'impresa combinata a scelte individuali. Resta da capire in che modo può avvenire l'imputazione di un reato alla persona giuridica, secondo la legislazione vigente in Italia. Si, allora, tratta di analizzare i criteri oggettivi e soggettivi di imputazione all'ente.

⁵⁵² DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., p. 34, Del resto, la necessità dell'autonomia della responsabilità dell'ente appare chiara di fronte alle ragioni criminologiche che hanno portato alla predisposizione degli ordinamenti europei di detta responsabilità: "La disposizione nasce, dunque, dalla realistica presa d'atto del modo in cui sono organizzate le imprese di grandi(o medio-grandi) dimensioni: la complessità e l'opacità delle strutture organizzative possono rendere oltremodo difficoltoso, quando non addirittura impossibile, l'accertamento delle responsabilità individuali. In certi casi, anzi ancor prima, appare problematica la configurabilità, in capo ad una stessa persona fisica, di tutti gli elementi costitutivi del reato".

⁵⁵³ Cit. in TIEDEMANN (K.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 631; si veda inoltre, a tal proposito, DRIENDL (J.), *Der X. Internationale Kongreß für Rechtsvergleichung*, in *ZStW*, n. 91, Budapest, 1978, pp. 241 e ss. Già Barone Constant dichiarò esplicitamente al X Congresso internazionale di diritto comparato: "Le due responsabilità si completano e si rafforzano reciprocamente"

⁵⁵⁴ Seppur non esplicitamente contenuta la specifica nel d. lgs. 231/2001, la si deduce dal testo di legge in parola e più volte da una esplicita giurisprudenza in argomento. La scelta di non esplicitare il principio del cumulo di responsabilità da parte del legislatore è stata fondata sul fatto che si tratta di due illeciti completamente distinti, e una norma che esplicitasse una tale distinzione apparirebbe meramente pleonastica e di principio(in *Relazione al d. lgs. 231/2001*); Una previsione esplicita è invece contenuta nel *Code pénal* francese(art. 121-2, comma 3). Si sottolinea che nel protocollo della Convenzione *Pif* si specifica che la responsabilità dell'ente "non esclude l'azione penale contro le persone fisiche, che siano autori, istigatori o complici, della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio di denaro" (art. 3, par. 3).

2.1. I criteri oggettivi d'imputazione.

I criteri oggettivi d'attribuzione della responsabilità penale risiedono nei termini di *interesse* e di *vantaggio* che la persona giuridica deve poter conseguire attraverso il reato stesso, condizione posta dall'art. 5 del d'lgs. 231/2001. L'interesse ha un'indole soggettiva, inequivocabilmente riferibile alla sfera volitiva del soggetto (persona fisica) che agisce. In altre parole, l'agente non deve aver agito contro la *societas*: laddove abbia agito nel suo interesse puramente personale, al fine dell'imputazione della responsabilità all'ente, è necessario che almeno tale interesse sia coincidente con quello dell'ente⁵⁵⁵. Il criterio del vantaggio è a caratterizzazione puramente oggettiva e opera a posteriori (da un punto di vista processualistico). “Anche in assenza di un fine *pro societate*, la realizzazione di un vantaggio da parte dell'ente, come conseguenza della commissione del reato da parte di un soggetto che lo rappresenti, è in grado di incardinarne la responsabilità”⁵⁵⁶, fatta salva una verifica - che potrebbe risultare negativa - dei criteri di imputazione soggettiva⁵⁵⁷. La soluzione *francese*, che si analizzerà in seguito, sembra essere maggiormente elastica. La locuzione *per conto* avrebbe meglio soddisfatto le esigenze personalistiche della responsabilità, potendosi riferire alla esistenza di una specifica politica criminale d'impresa, presupponendo una sorta di *voluntas* della *societas*, di cui la commissione del reato costituisca solo la particolare realizzazione materiale⁵⁵⁸. Sotto il profilo ermeneutico, il binomio oggettivo d'attribuzione della responsabilità alla persona giuridica, fondato sull'interesse o sul vantaggio ha posto e continua a porre numerosi e importanti problemi. L'interesse dovrebbe caratterizzare, in un senso puramente *soggettivo/psicologico*, la

⁵⁵⁵ Si veda la relazione al d. lgs. 231, in *AODV 131*, su http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=10.

⁵⁵⁶ DI GIOVINE (O.), *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, op. cit., p. 63.

⁵⁵⁷ Il *Code pénal*, invece, è fondato sull'espressione semplice e generica, dunque più facilmente adattabile, seguente: “pour le compte(...)”, Art. 121-2, Code pénal : “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants”.

⁵⁵⁸ v. n.s. *La responsabilité pénale des personnes morales en Italie*, op. cit.

condotta della persona fisica che agisce nell'interesse della persona giuridica, e richiederebbe una verifica *ex ante* del reato. Il termine vantaggio, sarebbe maggiormente suscettibile di suggerire una realtà di natura oggettiva; ossia, l'acquisizione di un vantaggio, più o meno immediato, dell'ente collettivo; e esigerebbe, di conseguenza, sempre una verifica *ex post*⁵⁵⁹. Su tale doppio criterio d'imputazione oggettiva numerose *querelles* si sono avviate nel tempo, e fino ad oggi, tra gli autori della dottrina. Da una parte, certi autori hanno affermato il carattere unitario di questi due criteri. Nella sostanza essi sostengono che il criterio del vantaggio sia un semplice rafforzamento del criterio, principale, dell'interesse⁵⁶⁰. Essi affermano che, dal punto di vista della prova penale, laddove fosse possibile apprezzare un vantaggio *ex post*, logicamente sarebbe ancor maggiormente presumibile un interesse *ex ante*, in quanto, presumibilmente, laddove c'è vantaggio, doveva esserci pure interesse. Di conseguenza, quando l'agente, persona fisica, agisce nel suo personale interesse, il fatto che esso abbia generato attraverso il suo agire, anche un vantaggio per la persona giuridica, non sarebbe più significativo al fine dell'imputazione all'ente. In effetti, l'identificazione organica tra persona fisica e persona giuridica sarebbe in tal modo compromesso dallo stesso scopo personale nel quale agirebbe l'agente. In tal modo, il criterio del vantaggio si ridurrebbe a semplice *criterio probatorio* rispetto alla dimostrazione dell'esistenza di un interesse dell'ente. Il criterio del vantaggio consisterebbe in una violazione del principio di responsabilità penale personale, concepito nel senso minimale di *fatto proprio e colpevole*, enunciato all'art 27 Cost. Il vantaggio potrebbe essere totalmente indipendente dall'attitudine personale e cosciente dell'autore. Un'altra parte della dottrina sostiene un'interpretazione piuttosto *dualista* dei criteri oggettivi d'imputazione all'ente dell'interesse e del profitto⁵⁶¹. Queste interpretazioni trovano la loro origine dalla

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ v. tra gli altri, PULITANÒ (D.), *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, op. cit., p. 425 ss.

⁵⁶¹ si veda, tra gli altri, DOVERE (S.), *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, pp. 97 e ss.

lettura del rapporto che ha accompagnato il d. lgs. 231/2001⁵⁶², secondo il quale l'interesse della persona giuridica caratterizza, in un senso oggettivo, il comportamento della persona fisica agente, e necessiterebbe comunque d'una verifica solo *ex ante*. All'inverso, il vantaggio può derivare da una verifica sulla sola persona giuridica, anche quando l'agente non ha agito nell'interesse di quest'ultima; potendo poi, tale presupposto, essere verificato attraverso una verifica probatoria *a posteriori*. Si tratta dell'interpretazione sostenuta a livello giurisprudenziale dalla seconda Camera della Suprema Corte di Cassazione, in un'importante sentenza del 20 dicembre 2005. Secondo la Corte, i due criteri devono considerarsi come alternativi⁵⁶³. Ad ogni modo, il criterio del vantaggio dovrebbe essere considerato come legato alla colpa organizzativa dell'ente, permettendo così di non lasciare impuniti i reati nei quali, anche laddove l'agente non abbia agito nell'interesse dell'ente, si sia verificato comunque un vantaggio legato ad una organizzazione difettosa dell'attività o nella struttura. I problemi più recenti legati al criterio oggettivo di imputazione all'ente si pongono in presenza di reati non intenzionali, specialmente in rapporto ai reati di danno all'integrità fisica o di attentato alla vita delle persone; categorie molto presenti negli incidenti sul lavoro, ma pure in certi casi di inquinamento e disastro ambientale, comportanti rischi per la salute e la sicurezza pubblica. In questi diversi casi, in effetti, il criterio dell'interesse esigerebbe necessariamente una volontà cosciente della persona giuridica nella persona del suo organo. Sembrerebbe alquanto difficile concepire un interesse laddove l'attività ha comportato il ferimento o la morte di operai impegnati nello svolgimento delle attività dell'impresa. La giurisprudenza ha tentato di risolvere il problema appoggiandosi in particolare sul secondo criterio d'imputazione (il vantaggio), affermando che l'ente collettivo sarebbe responsabile dei reati commessi intenzionalmente e previsti agli artt. 589 e 590 del Codice penale italiano, ossia quando il non rispetto omissivo delle misure di precauzione e di regolamenti inerenti alla sicurezza sul posto di lavoro abbiano condotto al

⁵⁶² la questione appare chiarita nelle motivazioni della sentenza Cass., Sez. II, 30 gennaio 2006, *Jolly Mediterraneo*, in *Foro it.*, II, 2006, 329 ss., dove si nota una tendenza giurisprudenziale favorevole ad un'interpretazione del vantaggio come criterio non solo complementare, ma anche eventualmente alternativo all'interesse.

⁵⁶³ Trib. Milano, 20 dicembre 2004, in *Dir. pratica delle società*, 2005, n. 5, 69: "i due sintagmi non siano usati come sinonimi e che il secondo termine faccia riferimento alla concreta acquisizione di un'utilità economica, mentre l'interesse implica solo la finalizzazione del reato a quella utilità senza richiedere peraltro che questa venga effettivamente conseguita: se l'utilità economica non si consegue o si consegue solo in parte, sussisterà un'attenuante e la sanzione nei confronti dell'ente potrà essere ridotta".

ferimento o alla morte, al fine di conseguire delle economie, come il risparmio o la limitazione delle spese sulle misure di sicurezza. Ossia, quando il fine non era quello di scaturire la morte o il ferimento degli operai, ma il *risparmio economico*, quindi non vi era un interesse rispetto al risultato, ma solo un vantaggio. I criteri dell'interesse e del vantaggio non sono infatti legati sempre all'evento dannoso prodotto (es. la morte e il ferimento degli operai), quanto piuttosto alla violazione di regole di sicurezza che sono all'origine del danno⁵⁶⁴.

2.2. Il criterio soggettivo d'imputazione.

L'impresa deve fronteggiare la dinamica ambientale auto-organizzandosi in modo da raggiungere sistemi sempre più elevati di complessità interna, e trovando proprio in questa complessità le determinanti essenziali della creazione di valore⁵⁶⁵. Appunto per questo, i

⁵⁶⁴ Progetto Grosso, *Progetto preliminare di riforma del codice penale*, Parte generale, in Riv. it. dir. proc. pen. 2001, p. 691; Una soluzione al problema dell'oscurità applicativa del doppio sistema d'imputazione oggettiva del reato all'ente potrebbe rintracciarsi nell'art. 121, paragrafo 1, del progetto Grosso, il quale recita: "La persona giuridica può essere chiamata a rispondere (...): 1) per delitti dolosi commessi *per conto* o comunque nell'interesse specifico della persona giuridica, da persona che aveva il potere di agire per la persona giuridica stessa; 2) per i reati realizzati nello svolgimento dell'attività della persona giuridica, con inosservanza di disposizioni pertinenti a tale attività, da persone che ricoprono una *posizione di garanzia* (...)". Avvicinando il criterio di imputazione oggettiva italiano al più semplice e meno problematico criterio francese.

⁵⁶⁵ La struttura dell'interesse e sul vantaggio - o anche *l'agire pour compte* - dell'ente collettivo, andrebbe vista nell'ottica di una letteratura aziendalistica che distingue tra decisione individuale, e processi decisionali organizzativi. a) il modello di decisione individuale tradizionale va sotto il nome di *approccio razionale*, e presuppone che l'agente ricorra a procedure sistematiche per prendere decisioni. Il processo si articolerebbe in otto fasi: monitorare l'ambiente; definire il problema; specificare gli obiettivi della decisione; diagnosticare il problema; sviluppare soluzioni alternative; valutare le alternative; scegliere l'alternativa migliore; realizzare l'alternativa scelta. Ma il modello funziona bene solo nel momento in cui chi prende la decisione ha il tempo e il modo di realizzare un processo ordinato, raramente, dunque, si concilia con le caratteristiche della realtà societaria e aziendale; b) a questo bisogna aggiungere che sempre più rare sono le decisioni prese da un solo individuo. Spesso l'identificazione del problema e la sua soluzione interessano molte aree aziendali, e possono addirittura coinvolgere altre organizzazioni, superando l'ambito decisionale del singolo soggetto agente. Tali decisioni sono influenzate dalla struttura interna dell'organizzazione e dal *modus operandi*, nonché dagli obiettivi a lungo termine della stessa. Si considerano anche le c.d. *anarchie organizzative*, che presentano le seguenti tre caratteristiche: preferenze problematiche, tecnologia non chiara e poco interiorizzata, *turnover* delle posizioni organizzative. La denominazione *anarchia organizzativa* indica che la struttura generale del processo organizzativo e dell'azione che ne scaturisce assume spesso il carattere della pura causalità - il che è paradossale in strutture che dovrebbero assicurare una profonda razionalità delle decisioni - legata com'è all'incontro di flussi indipendenti di eventi.

criteri di imputazione sul piano oggettivo, non esauriscono il carattere personale della responsabilità dell'ente. Occorre che l'ente sia anche *rimproverabile* secondo una logica penalistica, a tal fine si ricorre ai *criteri di imputazione soggettiva del reato*⁵⁶⁶. Il problema posto da autorevole dottrina, in coerenza con le disposizioni volute dal legislatore, non si è riproposto nella maggior parte dei sistemi di imputazione all'ente in Europa. Infatti, nei suddetti sistemi, i criteri oggettivi assumono su di sé “tutto il peso dell'ascrizione normativa, non essendo previsto alcun criterio soggettivo di imputazione”⁵⁶⁷. Come si è detto, non è questo il caso italiano, che invece, almeno da questo punto di vista, si pone come esempio da seguire in rapporto al recepimento dei criteri soggettivi d'imputazione all'ente, come è stato fatto notare in una recente Conferenza tenutasi a Parigi nell'ottobre del 2011 in relazione alle prospettive europee e internazionali della responsabilità penale degli enti in un'ottica *comparatistica*⁵⁶⁸. I criteri soggettivi d'attribuzione della responsabilità penale alla persona giuridica permettono di attribuire all'ente una responsabilità diretta e soggettiva, fondandosi su una particolare specie di colpa, adatta alla specificità dei soggetti a cui essa è rivolta; si tratta della *colpa d'organizzazione*. Nello specifico, gli articoli del d. lgs. del 2001 hanno previsto, oltre ai criteri oggettivi d'imputazione, un criterio soggettivo fondato sui modelli d'organizzazione e di gestione di natura preventiva, che devono essere garantiti attraverso la supervisione di un organo specifico, sconosciuto alle altre giurisdizioni europee: *l'organo di sorveglianza* (D. lgs. 231/2001, Art. 231-6)⁵⁶⁹. In altre parole, la legge obbliga la persona giuridica ad aderire a modelli e a procedure interne virtuose, la cui mancanza potrà essere

⁵⁶⁶ FALZEA (A.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., p. 311: “L'ipotesi più avanzata starebbe in ciò che la legge estende alla responsabilità penale la medesima normativa che governa la responsabilità civile, con ciò stabilendo che a fondare la responsabilità penale della persona giuridica basti che il reato sia commesso dalla persona-organo in tale sua veste e pertanto nel suo interesse. Un'ipotesi più equa e in definitiva più corretta, esige un *quid pluris*, e cioè un comportamento, anche tacito (come è la c.d. politica d'impresa), dell'organo sovrano della persona giuridica o di chi comunque è in grado di governarne le sorti, che dall'interno legittimi per il singolo reato o per una serie definita di reati l'azione penalmente illecita della persona-organo che la pone materialmente in essere”.

⁵⁶⁷ DE SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativistici*, op. cit., p. 374.

⁵⁶⁸ MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, op. cit.

⁵⁶⁹ v., tra gli altri, FIORELLA (A.), *Sui poteri dell'organismo di sorveglianza. Tra decisioni dell'ente e attuazione dei suoi indirizzi operativi*, in *Itinerari d'impresa*, 2003, pp. 170 e ss.

motivo di rimprovero da parte del giudice penale. Ciò che potrà essere rimproverato sarà una negligenza alla normativa che impone di adeguarsi a certi *standards* organizzativi e strutturali che garantiscano in una certa misura lo svolgimento delle attività societarie dotate di una difesa solida, razionale e ragionevole della sicurezza in modo da impedire lo svolgimento dell'attività dell'impresa permetta la commissione di reati da parte dei soggetti agenti individuali o di coloro che ne sono sottoposti. La legge si rivolge direttamente all'impresa per una gestione virtuosa delle sue attività specializzate, attraverso la cooperazione dei soggetti membri della stessa, al fine di evitare che l'attività imprenditoriale, legata all'organizzazione dell'ente, non prenda la forma d'aggressione, penalmente rilevante e condannabile sotto il profilo della *rimproverabilità*. Se la persona giuridica è strutturata sulla base dei principi regolativi determinati dalla legge, allora essa sarà esente da rischio penale, e dalla relativa responsabilità, anche laddove uno dei suoi membri individuali commetta un reato in seno all'organizzazione, o occultandosi all'interno della sua struttura. Si tratta, a questo punto, di considerare la prova della *buona organizzazione* dell'ente come causa d'irresponsabilità in materia penale. Una volta che il modello organizzativo è adottato, se esso è appropriato ed efficace, nessuna responsabilità potrà essere attribuita all'ente collettivo. È un modello molto simile a quello fondato sulla figura paradigmatica del *garante*, ossia di colui che, conformemente alla diligenza e alla professionalità che può essere normativamente pretesa rispetto all'attività particolare che esso svolge, e da cui esso ne trae il relativo profitto, deve essere considerato come sottoposto a regole più stringenti in materia di responsabilità, di fronte ai terzi e alla società nel suo insieme. Tale modello è parallelo a quello fondato sulla *posizione di garanzia* legata alle *attività professionali specializzate*⁵⁷⁰. Anche i professionisti sono suscettibili di essere accusati di non aver seguito certi *standards*, certe procedure, e certi modelli; questo non in quanto persone intese nella loro intelligenza umana, ma solo in quanto medico, architetto, chimico, etc. dunque un diritto penale applicato alla *personam*, intesa come *ruolo funzionale*, e non il soggetto inteso come essere umano in tutte le sue estensioni indeterminabili. Ora, è pur vero che sempre più nella sfera delle attività economiche, il rischio zero non esiste; o meglio, esso deve essere

⁵⁷⁰ v. per esempio, Cass. pen., Sez. III, sent. 19.2.2013 (dep. 13.3.2013), n. 11835, comm. FERRI (G.), MIGLIO (M.), *Delega di funzioni all'interno di una struttura organizzativa complessa e responsabilità per il cattivo stato di conservazione degli alimenti in una catena di supermercati*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 2013; sul tema v. anche la *thèse* di BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit.

considerato come una tendenza obiettiva mai pienamente realizzabile. Perciò, e nell'ottica di avvicinarsi al rischio zero, senza mai raggiungerlo, la responsabilità penale degli enti, attraverso la caratterizzazione soggettiva della colpa organizzativa, si sottrae alle trappole dogmatiche di una responsabilità puramente oggettiva. Si può interpretare la colpa dell'ente come una sorta di *insufficienza strutturale* dell'organizzazione, che non si preoccupa di proteggere gli interessi dei terzi che essa gestisce, o peggio cerca di contornare tali modelli al fine di proseguire vantaggi economici illeciti⁵⁷¹.

2.3. I modelli organizzativi.

Nel comma 2 dello stesso articolo sono indicati le caratteristiche del modello comportamentale. Il modello, in via preliminare, deve individuare i settori di attività nel cui ambito risulti possibile che vengano commessi reati; bisogna, in altre parole, disegnare la mappatura del *c.d. rischio-reato*. Si tratta di un sistema di *auto-valutazione interno* (*Control self Assesstement*)⁵⁷². Tali modelli sono importanti in una serie di reati che ai giorni nostri attirano maggiormente l'attenzione della società e del legislatore, come ad esempio il reato di corruzione. Anche gli agenti sono monitorati, e non solo la dirigenza. La valutazione si muove in una duplice direzione: in senso orizzontale, a seconda delle attività svolte dall'ente, e in senso verticale, seguendo gli organigrammi dell'organizzazione d'*equipe* della struttura aziendale. Le linee guida elaborate dalla *Confindustria* evidenziano come la norma evochi un concetto di rischio accettabile, che non si esaurisca in una accezione economica, ma che al contrario prescinde e va oltre quest'ultima, attenta com'è al riguardo dell'interesse pubblico. Il programma deve incidere sulla dimensione gestionale, deve cioè incidere sulle decisioni dell'ente rispetto a fatti inerenti alla fattispecie criminosa da prevenire. Bisogna formalizzare il processo decisionale sulla base dei modelli in modo tale da facilitare la

⁵⁷¹ FEIJÓO SÀNCHEZ (B.-J.), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, op. cit., pp. 172 e ss.

⁵⁷² Il sistema risulta ormai largamente utilizzato, ad esempio, nel sistema bancario, sottoposto a stringenti controlli di questo tipo, si veda ad esempio l'analisi contenuta in GRANATA (A.), *I codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. L'esperienza dell'Associazione bancaria italiana*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, 2003, p. 93.

verifica della legalità e legittimità delle decisioni che hanno portato al danno del bene protetto dal diritto penale. Un fatto ugualmente importante riguarda la ripartizione delle spese all'interno dell'organizzazione, ossia alla gestione delle risorse finanziarie. Esiste, come certa giurisprudenza ha dimostrato⁵⁷³, un carattere potenzialmente criminogeno di una irrazionale ripartizione delle spese aziendali all'interno della società. Il modello deve inoltre fare in modo che l'organismo di controllo possa svolgere in modo adeguato la sua funzione, e la predisposizione di un meccanismo informativo interno sembra necessaria. Uno dei problemi più discussi riguardo i modelli di riferimento, consiste nel determinare quale soggetto debba effettivamente indicare i modelli idonei applicabili alle singole realtà aziendali. La creazione del modello sarebbe potuta essere affidata in modo diretto a ciascuna azienda, ma si sarebbe caduti, così facendo, nel paradosso di affidare la creazione della regola al destinatario della stessa; con tutti i disagi che ne sarebbero potuti pervenire, e ovviamente l'imbarazzo del giudice che avrebbe dovuto far riferimento, nel giudicare e rimproverare l'ente, a regole da quest'ultimo stabilite. Si sarebbe trattato, seppur in una logica di grande flessibilità, di una insperata commistione tra *custodes et custodium*. D'altro canto si sarebbe potuto affidare alla legge stessa il compito di indicare non solo l'individuazione degli obiettivi dei modelli, ma anche l'indicazione dei singoli contenuti sulla base delle attività funzionali delle organizzazioni. Ma, in tal modo, si sarebbe incorso nel rischio opposto, ossia di una insopportabile rigidità del sistema che avrebbe determinato una invadenza illiberale all'interno dell'economia degli enti, imbrigliando l'attività imprenditoriale. All'opposto, delle indicazioni generiche da parte della legge non avrebbero ingenerato una adeguata forza orientativa capace di indirizzare i comportamenti aziendali verso un rischio penale minimizzato. Dalle ultime considerazioni è possibile spiegarsi la genesi del comma 3 dell'art. in parola; ossia si chiarisce il perché si adotta una soluzione di compromesso demandando ad un'autorità pubblica, nella fattispecie al Ministero della Giustizia, organo dello Stato idealmente *super societas*, il compito di valutare sulla validità

⁵⁷³ Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, imp. Espenhahn e altri.

dei programmi e di formulare le opportune osservazioni⁵⁷⁴. L'elaborato astratto contenente il progetto su cui verranno fondati i corretti modelli di riferimento dell'organizzazione aziendale potrà comunque essere calibrato sulla specifica realtà imprenditoriale⁵⁷⁵. Va detto che negli enti di piccole dimensioni, e dunque dotati di un'organizzazione semplice, non è necessario l'organo di sorveglianza, in quanto le funzioni di quest'ultimo possono essere svolte direttamente dalla dirigenza. Infatti, negli enti di piccole dimensioni, il rispetto del dovere di diligenza non passa necessariamente attraverso l'attuazione dei programmi di gestione complessa. In via definitiva è il giudice a dover valutare l'efficacia del programma, come l'idoneità di questo a prevenire efficacemente la realizzazione dei reati del tipo di quello commesso. In questo caso, il giudizio di adeguatezza sarà possibile quando la società giustifichi coerentemente per quale ragioni se ne è discostato. Il legislatore aspirava a creare un dialogo sistematico ed integrato, in cui la riduzione inevitabile della libertà imprenditoriale viene realizzata in nome della trasparenza⁵⁷⁶. A seguito di una serie di scandali di natura finanziaria (si pensi al caso *Enron*), ambientale (uno tra tutti, il caso *Ilva di Taranto*), e della recente tendenza allo smantellamento del tradizionale complesso fondato sui diritti dei lavoratori, il discorso sulla deterrenza del sistema organizzativo aziendale è ormai legato al fatto che le misure di sicurezza preventive, per quanto esse siano strutturalmente impegnative, rispetto alla commissione di quei reati, risultino, non solo possibili, ma persino auspicabili; al punto tale che le pur giustificate preoccupazioni

⁵⁷⁴ DI GIOVINE (O.), *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, op. cit., pp. 90-92; "(...) l'art. 6 del regolamento di attuazione del decreto legislativo, emanato con d.m. 26 giugno 2006, n. 201 dispone, al comma 2, che "il Direttore generale della giustizia penale, nell'ambito degli ordinari stanziamenti di bilancio del Ministero della giustizia, può avvalersi della consulenza di esperti in materia aziendale, designati con decreto del capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, tra i soggetti i quali non abbiano rapporto di lavoro subordinato o autonomo, o di collaborazione anche temporanea, con le associazioni di categoria legittimate all'invio dei codici di comportamento".

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ DI GIOVINE (O.), *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, op. cit., p. 94 : Porre un codice etico significa, in sintesi, fissare in termini espliciti il principio che l'interesse aziendale non può valere come scusa o pretesto per infrangere la legge: affinché ciascuno si senta sostenuto nelle scelte conformi al diritto, potendosi richiamare a tavole ufficialmente proclamate in seno all'impresa. Al tempo stesso, gli operatori in posizione subalterna (tali sarebbero, nell'economia del decreto legislativo, anche gli apici, se vi è una volontà sociale che guida e controlla le loro scelte) viene garantito che scelte eticamente dovute non potranno dar luogo a ritorsioni aziendali; Il codice etico resta infatti una parte essenziale del modello organizzativo, si v. in particolare CAPUTO (M.), *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

riguardanti la forte intromissione, organizzativa e burocratica, da parte dei pubblici poteri nel governo delle società⁵⁷⁷, potrebbe essere ritenuta residuale.

2.4. I soggetti abilitati a impegnare la responsabilità dell'ente.

In rapporto alla questione della colpevolezza dell'ente, alcuni autori si sono chiesti se la colpa d'organizzazione, possa veramente integrare una colpevolezza penalmente intesa. In particolare se l'accezione *normativa* della colpevolezza permetta di trascurarne gli elementi psicologici, oppure, più efficacemente, li organizzi in maniera diversa, senza escluderli⁵⁷⁸. Il carattere astratto di questa specifica colpa, fa in modo che i requisiti della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento, che pure gli sono essenziali, allontanano il soggetto dal concreto evolvere del fatto imputato; assumendo un carattere piuttosto di predisposizione della persona giuridica al compimento del reato, si tratterebbe, insomma, di una sorta di pre-colpevolezza dell'ente. Ciò in quanto gli atti colpevoli sono direttamente compiuti dalle persone fisiche rappresentanti o organi dell'ente. L'art. 6 del decreto legislativo riguarda le ipotesi in cui il reato sia stato commesso: da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. Si tratta di quei soggetti indicati nell'art. 5 al comma 1, lett. a, dello stesso decreto e che rivestono all'interno dell'organizzazione una

⁵⁷⁷ Va detto che i dati statistici forniti da *Confindustria* e dall'*Associazione italiana internal auditors*, sembrano smentire la supposizione secondo la quale nei fatti l'applicabilità dei modelli sarebbe inattuabile. A metà ottobre del 2007 risultava che la quasi totalità delle società quotate si era dotata di un modello organizzativo; mentre, tra le non quotate di dimensioni medie o grandi, già nel gennaio del 2007 il 62,5% aveva adottato il modello, il 25% aveva iniziato la procedura di avviamento preventiva per l'adozione, solamente il 12,5% non lo aveva ancora adottato. Tale tendenza, viene confermata dalle analisi effettuate su un campione di 300 società, dall'*Assonime*, nel maggio del 2008. Dalla detta indagine è emerso che il 75% delle società ha adottato il modello di prevenzione dei reati e i relativi protocolli funzionali alla prevenzione del rischio-reato. I dati riguardanti le piccole e medie imprese risulta invece che su 600 società analizzate solo l'11%, nel 2006 (effettuata da *Ipr marketing*), aveva adottato il modello, e solamente 1/5 del campione si è dichiarato disponibile ad adottarlo in futuro. Infatti, come si è detto, l'adozione dei modelli ha senso solo se applicata a strutture complesse, che giustificano la predisposizione di procedure standardizzate, non quando le società sono già sotto il vigilante controllo di un unico organo dirigenziale, capace di controllarne nel dettaglio la sicurezza in ragione delle piccole dimensioni dell'azienda.

⁵⁷⁸ ALESSANDRI (A.), *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità*, 2003, p. 47.

posizione apicale. In tal senso l'ente non risponde del reato se dimostra di aver assunto le misure necessarie, come già detto, ad impedire la commissione dei reati del tipo di quello realizzato. Si inverte, così, l'onere probatorio. Difatti, l'art. 6 al comma 1 prevede che l'ente fornisca la prova che i suoi organi dirigenti abbiano adottato ed efficacemente attuato, precedentemente alla commissione dei fatti ad esso imputati, modelli idonei di organizzazione e di gestione; e di aver istituito un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo con mansioni di vigilanza sull'osservanza della regolamentazione nella specifica materia d'attività dell'ente medesimo. Il controllo deve essere effettivo ed adeguato, in modo tale che il reato deve costituire il frutto dell'iniziativa personale del vertice che abbia raggirato in modo fraudolento il suddetto sistema di controlli interni.

2.5. Individuazione dell'ente imputabile in ambito pubblicistico.

Allo scopo di individuare la tipologia di enti presi in considerazione dalla disciplina in esame, bisogna andare oltre le persone giuridiche di diritto privato, e analizzare anche agli enti pubblici esercenti o meno pubblici poteri, gli enti pubblici economici e gli enti pubblici non economici⁵⁷⁹. Dal punto di vista dei destinatari pubblici, la grande attualità del problema deriva da una casistica importante in cui la necessità di una presa in carico del diritto penale dei reati degli enti si coniuga con l'emergenza di illeciti commessi dalle *c.d. public companies*, soprattutto in rapporto alle società per azioni a partecipazione pubblica, moltiplicatesi attraverso il fenomeno della privatizzazione delle imprese pubbliche; privatizzazione spesso non integrale e che assume forme statuarie particolari. In ordine al profilo pubblicistico la legge delega 29 settembre del 2000 n. 300 ha stabilito: che sono esclusi gli enti “che svolgono funzioni di rilievo costituzionale” e che “per persone giuridiche si intende gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”⁵⁸⁰. Dunque, una volta esclusi tutti gli enti pubblici territoriali (Regioni, Comuni, etc.), lo Stato, e gli enti previsti dalla Costituzione (ad es. il

⁵⁷⁹ PAVANELLO (E.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico - Societas publica delinquere potest*, Padova, Padova, 2011.

⁵⁸⁰ Legge delega 29 settembre del 2000 n. 300, art. 11, commi 1 e 2.

Parlamento, la Corte costituzionale, etc.), si dovrebbe individuare la nozione precisa di “esercizio di pubblici poteri”⁵⁸¹. Il d. lgs. 231 del 2001, attraverso il quale il legislatore delegato ha voluto precisare le disposizioni del legislatore delegante, ha stabilito che le disposizioni in parola si applicano “agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica” e che non si applicano “allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale” (art. 1, commi 2 e 3, d. lgs. n. 231/2001). Si è in tal modo accentuata la dicotomia ente pubblico economico/ente pubblico non economico. Due recenti pronunce possono aiutare a comprendere il senso che la normativa ha assunto rispetto all’interpretazione giurisprudenziale. Nella prima pronuncia⁵⁸², la Corte di Cassazione ha annullato un’ordinanza del Tribunale di Belluno che ha stabilito di non poter ordinare il sequestro preventivo nei confronti dell’ente imputato, per la natura pubblicistica dell’ente in questione, in base all’esonero stabilito dal d. lgs. 231. Secondo la Cassazione però non è sufficiente che l’ente abbia natura pubblica, ma esso deve anche non svolgere attività economiche. Secondo la Corte, già il fatto che l’ente ospedaliero in questione, fosse costituito in forma di società per azioni, avrebbe dovuto suggerire al giudice di merito, che l’ente integri l’esercizio di attività economiche, avente finalità lucrativa. È prevalsa l’impostazione teorica secondo la quale se il fine dell’ente è etero-determinato, allora la società a prescindere dalla sua natura formalmente pubblicistica, deve essere considerata come ente pubblico economico⁵⁸³. La seconda decisione ha riguardato una società mista cui erano stati demandati, da un Comune, compiti relativi alla raccolta e smaltimento dei rifiuti⁵⁸⁴. Anche in tal caso la Corte ha ritenuto che l’ente in questione debba annoverarsi tra quelli a cui fa riferimento il d. lgs. 231/2001. La natura pubblicistica delle funzioni non sarebbe di per sé in grado di esonerare l’ente; bisogna di volta in volta stabilire se l’ente svolga o meno un’attività economica che rilevi una finalità lucrativa. La Corte rileva che

⁵⁸¹ CASTELLANA (A.M.), *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici in economia*, Padova, 1989, pp. 189 e ss.

⁵⁸² Cass. pen., 9 luglio 2010, n. 28699, in Cass. pen 2011, pp. 1888 e ss.

⁵⁸³ Si veda, MANACORDA (S.), *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa della responsabilità e degli enti*, su <http://www.rivista231.it>, 2006, p. 161.

⁵⁸⁴ Cass. pen., 26/10/2010, n. 234, in Cass. pen., fasc. 5, 2011, pp. 1907 e ss.

laddove esista una struttura societaria è da presumere la finalità lucrativa. Bisogna comunque stabilire quali siano i pubblici poteri rilevanti. La stessa relazione al decreto, ad esempio, accenna confusamente al problema se Università e aziende ospedaliere, ma si pensi anche agli ordini professionali e alle Camere di commercio, debbano essere considerati come enti pubblici erogatori d'un pubblico servizio, e come tali esclusi dalla normativa del decreto legislativo 231/2001. Si pone anche il problema di stabilire il destino normativo di quelle aziende pubbliche che, pur se per legge non hanno fine lucrativo, sono comunque tenute ad agire con criteri imprenditoriali. La prassi applicativa dimostra che la finalità lucrativa assurge a parametro di rilievo nonostante che la diversa indicazione del legislatore - esercizio di poteri pubblici - sia slegata da ogni valutazione intorno alla finalità di lucro dell'ente. Si tenta, in tal modo, di resistere alle istanze restrittive del legislatore, in relazione alla inapplicabilità della normativa in parola agli enti pubblici. La stessa dottrina invoca una estensione della normativa a tutti gli enti pubblici⁵⁸⁵. La trasformazione dello Stato e dell'economia, con il relativo cambiamento della struttura e del funzionamento dei pubblici poteri, hanno portato una penetrazione dell'interesse privatistico con quello pubblicistico. Si pensi al fatto che gli introiti delle sanzioni amministrative pecuniarie rientrano attualmente nel bilancio degli enti territoriali; dunque la stessa potestà punitiva rischia di essere esercitata con il grave condizionamento di una finalità di lucro, in termini di bilancio, da parte dell'ente pubblico. In tale scenario si collocano le società private di recupero crediti tributari cui si affidano gli enti territoriali locali. Si può pervio dubitare che lo Stato, nelle sue multiformi rappresentazioni, non agisca con finalità lucrative più o meno frequentemente, nei più disparati settori, spesso contro la legge stessa⁵⁸⁶. La *ratio* della legge può essere rintracciata, non tanto nella natura pubblica del potere, quanto nel potere medesimo, che

⁵⁸⁵ Si consideri che ad esempio la Regione Lombardia e la Regione Veneto hanno invitato le proprie società controllate e le ASL a dotarsi di modelli organizzativi adeguati previsti dal dog. 231/2001.

⁵⁸⁶ RIONDATO (S.), *Responsabilità penale degli enti che esercitano pubblici poteri e degli enti pubblici economici(e non), tra tipo criminologico e tipo normativo di autore*, in *Dir. pen. econ.*, n. 3, 2011, p. 515: C'è chi ha sostenuto che la vera *ratio* dell'esclusione dello Stato e degli altri enti pubblici: Si fonda sulla tendenza a non affrontare la questione del "potere pubblico delinquente" o del "delinquente tramite il potere pubblico", ad affermare in buona sostanza che il sovrano, il detentore del potere, è *legibus solutus*: la *ratio* delle esclusioni va ricercata su questa via, che non ha nulla a che fare di principio con l'economico o con la stessa natura privatistica o pubblicistica degli enti, natura che, quale essa sia, può essere o no accompagnata dall'esercizio del pubblico potere, mentre è irrilevante la mera inclusione nella "cosa pubblica", come non ha nulla da spartire, qualora manchino poteri pubblici, con lo svolgimento di funzioni o servizi definibili come pubblici.

deve essere pubblico. Siccome in questo momento il potere pubblico appare recessivo, nei confronti di un potere in ascensione, che è quello tecnico-scientifico e quello delle organizzazioni funzionali, ecco che si apre la strada in modo graduale alla possibilità di imputare quelli che tradizionalmente venivano individuati come pubblici poteri, che se un tempo erano, almeno formalmente, assolutamente pubblici, oggi lo sono parzialmente; inglobati in questo processo di riorganizzazione e di commistione tra il pubblico e il privato.

2.6. Un caso irrisolto: i limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione.

Sintetizzando la questione relativa ai limiti spaziali di applicazione della legge penale, ci si potrebbe domandare se i criteri di applicazione territoriale ed extraterritoriale della legge penale per il reato della persona fisica divergono da quelli relativi, per il medesimo reato, alla persona giuridica. Per quanto riguarda la responsabilità degli enti stranieri (con sede principale all'estero) per fatti commessi sul territorio italiano, bisogna prendere atto del silenzio del d. lgs. 231/2001. In un'ordinanza del 2004 si è riconosciuta l'applicabilità del d. lgs. 231/2001 agli enti stranieri per fatti di corruzione realizzati in Italia, indipendentemente dalla presenza o meno di responsabilità delle persone giuridiche nell'ordinamento giuridico al quale l'ente appartiene⁵⁸⁷. A tal proposito, si è sostenuto che il detto orientamento costituisce una conseguenza del principio di obbligatorietà della legge penale italiana, o del relativo criterio di territorialità di applicazione della legge penale⁵⁸⁸. Per quanto riguarda, invece, la questione relativa all'opposta ipotesi di commissione del fatto integralmente all'estero, ad essa è dedicata un'apposita disposizione nella parte generale, del d. lgs. 231/2001. In tal caso il legislatore ha stabilito l'applicabilità della legge italiana, adottando la stessa risoluzione della disciplina, già adottata per le persone fisiche autrici o concorrenti in

⁵⁸⁷ G.i.p. Trib. Milano 27 aprile 2004, (ord.), Siemens AG, note di LANZI (A.), *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, in *Guida dir.*, 2004, n. 19, p. 80.

⁵⁸⁸ PISTORELLI (L.), *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, p. 13.

un reato, la quale conduce ad una estensione della legislazione penale italiana⁵⁸⁹. Si potrebbe subito dedurre la diretta applicabilità della normativa in oggetto. Ora, non v'è alcun dubbio sul fatto che il luogo di commissione dell'illecito dell'ente, nell'impianto del decreto legislativo n. 231/2001 sia quello del reato presupposto dell'autore persona fisica, come precisato, del resto, dall'art. 36 del decreto legislativo in ordine alla competenza territoriale. Eppure, data la particolare natura dell'ente, e al fine di rispettare l'art. 27 comma 1 della Costituzione, rispetto al profilo di autonomia da identificarsi nella colpevolezza normativa dell'ente, incentrata sulla carenza dei modelli di prevenzione dei reati della specie di quelli consumati, sarà necessario provare anche la presenza di una lacuna organizzativa che abbia consentito la realizzazione del fatto. Nello stesso art. 4, del d. lgs. 231/2001, si prevede per l'applicabilità della legislazione italiana, l'ulteriore requisito della sede principale in Italia. Tale requisito va letto, secondo l'impostazione teorica della presente ricerca, attraverso una interpretazione orientata alla realizzazione delle finalità preventive che il d. lgs. 231/2001 persegue, le quali, combinate anche con la necessità del rispetto del principio di personalità nell'ascrizione dell'illecito, conducono ad attribuire al requisito in oggetto un significato lineare con l'intero impianto della responsabilità amministrativa da reato degli enti. Tale requisito, peraltro, va inteso in senso sostanziale e non meramente formale, ossia la limitazione riguarda quelle fattispecie degli enti "laddove si svolge la prevalente attività di direzione ed organizzazione"⁵⁹⁰. Anche in tal caso, il ruolo essenziale è svolto dalla struttura organizzativa e dall'attività dell'ente; fatto che tra l'altro si iscrive nella direzione dell'autonomia della responsabilità dell'ente da quella della persona fisica⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Sulla specifica norma si veda FIDELBO (G.), *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *jus*, 2011, pp. 249 e ss. In particolare, l'art. 4 del d. lgs. 231, relativo ai reati commessi all'estero, dispone che:

1. Nei casi e alle condizioni previsti dagli articolo 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.
2. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo.

⁵⁹⁰ PISTORELLI (L.), *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, op. cit., p. 15.

⁵⁹¹ MANACORDA (S.), *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2012, p. 107: "In sintesi, solo gli enti la cui sede principale - intesa in senso sostanziale - si trovi in Italia possono essere chiamati a rispondere dei fatti di reato commessi da singoli individui all'estero giacché è in Italia che si è realizzata la lacuna organizzativa che ne fonda il rimprovero".

2.7. L'apparato sanzionatorio.

A prescindere dalla natura che si voglia attribuire alla responsabilità amministrativa da reato degli enti fondata sul d. lgs. 231 del 2001 - penale, amministrativa o *tertium genus* -, essa presenta un marcato carattere *afflittivo*. Carattere penale che è stato evidenziato dagli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁹². Infatti, la risposta sanzionatoria nei confronti dell'ente è fondata sul modello di quella prevista per l'autore persona fisica dalle singole norme incriminatrici dei reati-presupposto⁵⁹³. I reati sono, a tal proposito, suddivisi in tre fasce, alle quali si fa corrispondere un diverso grado, per ciascuna fascia, di gravità del reato. Il modello adottato dal decreto⁵⁹⁴ è strutturato su una tripla qualità sanzionatoria (sanzioni pecuniarie, interdittive e *sui generis*). Si rileva un chiaro indirizzo *special-preventivo* oltre che di *stigmatizzazione* di pratiche rischiose o pericolose da parte dell'ente a

⁵⁹² Il sistema sanzionatorio, in rapporto al criterio della natura dell'illecito e a quello della gravità della sanzione irrogata, appare facilmente riconducibile alla materia penale, come elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e, dunque, concernente le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU; qualificazione che è del tutto indipendente da quella stabilita dal legislatore italiano. La natura penale di questo tipo di sanzioni è stata confermata già a partire dal 1980 dalla corte EDU attraverso lo storico caso *Deweer* (Cfr. *Affaire Deweer* - decisione del 27-02-1980, vol. serie A, n. 35, Pubblicazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo); nel quale la Corte ha affermato il carattere penale dell'infrazione di un'ammenda relativa ad una transazione effettuata con la pubblica amministrazione, sotto la minaccia della chiusura provvisoria dello stabilimento. Ciò conferma il fatto che la sanzione può, entro certi termini, presentare un carattere sufficientemente degradante ed afflittivo, dovuto ai riflessi negativi sul mercato e sulla struttura colpita, che produce normalmente la sanzione penale. Si pensi alla prospettiva per l'ente economico imputato di una chiusura provvisoria dello stabilimento, la possibile perdita di clientela e della fiducia sul mercato. La detta sentenza della Corte europea, sottolinea come il danno che questo tipo di sanzione comporta nell'organizzazione e nel mercato, sia sufficiente a far emergere la misura coercitiva come sanzione di natura penale, e non solo come misura meramente amministrativa; per approfondimenti sul tema si veda NICOSIA (E.), *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 42 e ss.; sulla gravità delle sanzioni interdittive si veda FIORELLA (A.), *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive. Introduzione al Convegno "Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse"*, Roma 30 novembre-1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 73 e ss.

⁵⁹³ Si veda DE SIMONE (G.), *Il "fatto di connessione" tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, op. cit., pp. 349 e ss.

⁵⁹⁴ AMATO (G.), *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 2001, p. 67; ROSSI (A.), *Le sanzioni dell'ente*, in VINCIGUERRA-CERESA (G.), p. 31; HIDALGO (R.), SALOMON (G.), MORVAN (P.), *Entreprise et responsabilité pénale*, L.G.D.J., 1994; RIVERDITI (M.), *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, pp. 271 e ss.

livello della *rimproverabilità*. Il perno centrale del discorso sanzionatorio resta, comunque, la sanzione pecuniaria che “impone al giudice di determinare autonomamente il numero delle quote⁵⁹⁵, collegandolo alla gravità, oggettiva e soggettiva, dell’illecito; e di assegnare, quindi, un valore economico ad ogni singola quota, determinandolo sulla base della capacità economica della persona giuridica”⁵⁹⁶. Nella prima fascia si trovano i delitti puniti con la reclusione fino a tre anni (bassa gravità); nella seconda fascia si trovano i delitti puniti con la reclusione da tre a dieci anni (media gravità), nella terza fascia quelli puniti con la reclusione da un minimo di quattro anni fino ad un massimo superiore a dieci anni (di particolare

⁵⁹⁵ Nel contesto della disciplina sanzionatoria è di fondamentale importanza l’adeguamento della sanzione alle condizioni economiche e patrimoniali dell’ente. Per garantire questo, il giudice avrebbe dovuto fare ricorso all’art. 133 bis del codice penale anche per gli enti. L’articolo, imponendo al giudice di tener conto delle condizioni economiche del reo, prevede un aumento della pena pecuniaria sino al triplo o una diminuzione fino ad un terzo. Traslando tale previsione sulla forbice edittale contenuta nella delega, si conviene che le pene edittali diventano troppo ravvicinate tra loro ed inidonee a garantire le funzioni proprie delle pene. Sulla base del modello commisurativo per quote adottato dal legislatore, prima il giudice determina, in base ai tradizionali indici di gravità dell’illecito, l’ammontare del numero delle quote; poi, tenendo conto delle condizioni economiche della persona giuridica, determina il valore monetario della singola quota. Con questo sistema, rigorosamente attuativo dei limiti edittali previsti dalla delega, la sanzione (da vedere nel suo complesso con le previsioni interdittive) esplica le funzioni ad essa proprie di prevenzione generale e speciale.

⁵⁹⁶ PALIERO (C.E.), *Il d. lgs. 2001 n. 231*, op. cit., p. 846. Il quale evidenzia “il risultato complessivo che ne deriva consente quindi di leggere in trasparenza l’operazione commisurativa, tenendo ben distinti i due elementi, tra loro spuri, della riprovevolezza dell’ente per il fatto, e quello della sensibilità per la pena da quest’ultimo, essenzialmente determinata dalle sue capacità economico-finanziarie”.

gravità)⁵⁹⁷. Sono state, perciò, previste cornici edittali differenziate rispetto alla detta suddivisione: fino a duecento quote, per la prima fascia; da duecento a seicento quote, per la seconda; da trecento a ottocento quote, per la terza. Si modula la pena sul disvalore oggettivamente inteso del fatto di connessione⁵⁹⁸, ma anche sulla colpevolezza integrata dei suoi potenziali autori. La commisurazione della sanzione avviene essenzialmente in due passaggi, risultanti dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del decreto 231: innanzitutto si richiede la determinazione del numero delle quote dell'illecito concretamente realizzato (da un minimo di 100 a un massimo di 1000 quote)⁵⁹⁹. I criteri per determinare il *quantum* della risposta sanzionatoria sono la gravità del fatto (criterio oggettivo) e il grado di responsabilità dell'ente; in ultima istanza, ed eventualmente, incide il comportamento successivo dell'ente rispetto al reato e la sua *buona volontà* nell'eliminarne le conseguenze dannose, o quantomeno

⁵⁹⁷ Qui basti ricordare come per lungo tempo la pena scaturiva da semplici operazioni matematiche, v. BOVIO (G.), *Saggio critico del diritto penale* (1872), Milano, 1912, Parte I, § IV, pp. 22 e ss., si può notare, “premesse che non esiste idea di giustizia fuori dall'idea di proporzione”, come egli pose la questione se le proporzioni filosofiche e morali fossero diverse da quelle matematiche. “L'idea che aveva del concetto, del resto, era stringente, nel senso che “la proporzione è proporzione senza più o meno” e occorre fare applicazione al reato e alla pena per comprendere se la giustizia penale avesse o no proporzione, che voleva dire se fosse o meno giusta. Egli non riteneva che il “mondo morale” fosse di per sé estraneo all'idea di proporzione, distinguendo una proporzione con mero valore estetico, caratterizzato da un’armonia o convenienza di parti”, e una proporzione con valore matematico, ossia quella con “eguaglianza di ragioni”. Precisava, però, “che qui si ragiona di proporzione matematica: che in fatto di giustizia penale l'armonia estetica enterebbe “come il cipresso di Orazio nella dipintura del naufrago”. Trattandosi di “eguaglianza di ragioni”, la proporzione matematica doveva concretarsi in un'equazione in cui i termini si potevano alternare e invertire; ciò implicava necessariamente l'omogeneità degli stessi termini dell'equazione, nel senso che non poteva esistere proporzione matematica tra termini eterogenei. Dunque, la proporzione penale tra reato e pena, termini eterogenei, era “intrinsecamente assurda” e tale da far “ridere i matematici e i filosofi”. L'illustre napoletano, dunque, arriva alla conclusione che tra reato e pena non può rintracciarsi alcun rapporto di proporzione, spiegando ulteriormente, con un acuto ragionamento, che questo rapporto non potrebbe essere recuperato neanche nella forma della “ragione” o della “approssimazione”. Dimostrato che la proporzione, fondamento del diritto, è introvabile nella pena contrariamente a quanto sosteneva la Scuola classica, l'Autore la individuò nella giustizia sociale che, tuttavia, non riteneva attuabile senza una “riforma dello Stato”; cit. tratte da CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, In *Persona, pena, processo*, GALLO (M.) (a cura di), Napoli, 2012, p. 4.

⁵⁹⁸ CARMONA (A.), *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, pp. 1011 e 1014.

⁵⁹⁹ Tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente, nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti; in d. lgs. 231 del 2001, art. 11, comma 1.

attenuarle, e nel prevenire ulteriori rischi di reato⁶⁰⁰. Il riferimento della normativa in parola al *fatto di reato*, nel determinare la risposta sanzionatoria, si inserisce all'interno di una considerazione oggettiva meramente fattuale sull'entità del danno patrimoniale cagionato dall'illecito; al vantaggio e al profitto economico conseguiti dall'ente. Il reato resta "l'evento consumativo nei cui confronti deve essere accertata la valenza causale della disorganizzazione dell'ente"⁶⁰¹. Il requisito del grado di responsabilità dell'ente è un modo di fondare il rimprovero dell'ente su una base soggettiva normativa e *prevenzionistica*; si tratta di rintracciare le ragioni del rimprovero alla *societas* nel mancato impedimento di un evento dannoso (o nella sua diretta causazione) dovuto ad un'accertata violazione dei modelli fondati sulle regole di condotta che regolano lo specifico settore d'attività e di professionalità dell'ente⁶⁰². Importante a tal proposito è ricordare il ruolo svolto dal grado di prevedibilità del rischio-reato, proprio in ragione dell'assunzione dei doverosi *modelli prevenzionistici*. Sempre nella direzione di un'accentuata natura *special-preventiva* della risposta sanzionatoria all'ente, si consideri, in tal senso, la rilevanza riservata all'attività svolta dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti; si tratta di considerare la capacità a delinquere del *reo* desunta dalla condotta susseguente al reato. In via secondaria si

⁶⁰⁰ Si fa notare come la questione della prevenzione risulta onnipresente all'interno della legislazione, anche le sanzioni, oltre ad avere una finalità di ordine etico rispetto ai beni giuridici protetti attraverso il diritto penale, mira proprio ad uno scopo preventivo. In ciò ritroviamo una *species* del fine rieducativo, costituzionalmente sancito, della pena, in termini strutturali di organizzazione. Con la sanzione si vuole innanzitutto prevenire la profusione di ulteriori rischi-reato attraverso una rieducazione normativa dell'organizzazione nella sua componente strutturale e finalistica.

⁶⁰¹ RIVERDITI (M.), *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione*, op. cit., p. 287.

⁶⁰² Si ricordano le precedenti considerazioni ispirata dalla tesi di M. Benejat proprio sulla professionalità nel reato dell'ente e sulla conseguente *faute diffuse* che ne deriverebbe. Questi autori inseriscono tale impostazione nel più generale discorso di uno sviluppo parallelo al diritto penal-amministrativo di una serie di istituti penali nazionali e internazionali fondati sul principio di precauzione; le sanzioni, pensate in questi termini, hanno un valore afflittivo che mira prettamente alla regolazione di settori d'attività complessi e specializzati. Si assiste, secondo chi scrive, ad una progressiva normativizzazione dei comportamenti sociali a livello degli agenti qualificati specializzati per settore d'attività, persone giuridiche o fisiche.

rammentano le sanzioni interdittive, riservate ai casi di particolare gravità⁶⁰³, le quali si palesano in una volontà di evitare che i difetti della struttura organizzativa propaghino la loro potenziale incidenza su importanti interessi di terzi incolpevoli (lavoratori, creditori, consumatori). Con tale previsione il legislatore ha inteso predisporre uno strumento afflittivo idoneo a superare gli inconvenienti politico-criminali della sanzione pecuniaria, che nel lungo periodo è suscettibile di essere inserita tra i normali rischi di gestione della persona giuridica economica. A tale finalità afflittiva, si aggiunge, anche qui, una matrice di natura chiaramente preventiva, originata dal fatto che l'interdizione va ad intervenire proprio su quelle attività nel cui ambito è maturato l'illecito oggetto del rimprovero. Sono, infine, previste le sanzioni della confisca del prezzo del reato o del profitto del reato, con la sola eccezione della parte che può essere restituita al danneggiato, sempre disposta con la sentenza di condanna (art. 19); e della pubblicizzazione della sentenza di condanna (art. 18). La confisca obbligatoria, a differenza di quanto accade per l'art. 240 c.p., valorizza la capacità di deterrenza al fine di garantire una più efficace azione di contrasto alla criminalità del profitto⁶⁰⁴. Particolarmente importanti sono le disposizioni attraverso le quali si è introdotto un sistema premiale per quegli enti che, a seguito della commissione dell'illecito, si pongono in linea coi principi ispiratori della disciplina normativa. In tal senso, sono state previste importanti riduzioni sanzionatorie a vantaggio delle persone giuridiche che, prima dell'apertura del dibattimento, abbiano preventivamente rimosso le conseguenze e i presupposti che hanno portato al reato e dunque al danno; e abbiano nel contempo adottato e reso operativi i modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Si contempla, nel quadro normativo di riferimento, la figura del

⁶⁰³ L'art. 9, il quale, nel riproporre il contenuto della legge delega, individua nei seguenti termini: "Interdizione dall'esercizio delle attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni e servizi". Recentemente si va diffondendo una pratica interdittiva pre-sanzionatoria da parte degli enti pubblici locali, i quali pongono interdizione alla partecipazione a gare pubbliche e bandi per le persone giuridiche che non hanno adottato un adeguato modello organizzativo e che non rispondano ai codici etici secondo la normativa del d. lgs. 231 del 2001.

⁶⁰⁴ LOTTINI (R.), *il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (G.) (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 171.

commissario giudiziale, la cui nomina è posta nella facoltà del giudice, ogni volta che:

- a) Deve trattarsi di ente che svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione potrebbe provocare un grave pregiudizio per la collettività;
- b) Tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, potrebbe rilevare determinanti ripercussioni sull'occupazione⁶⁰⁵.

Resta forte, in tale quadro generale la percezione che la volontà del legislatore sia stata quella di approntare un modello sanzionatorio a forte impronta *general-preventiva* collegata sull'intera disciplina di responsabilizzazione dell'ente, ma pure attenta a quell'elemento di rimproverabilità indispensabile all'autonomia della materia penale. Si tiene conto, pur restando nell'ambito penalistico, della peculiarità del destinatario della sanzione, e delle sue particolari caratteristiche comportamentali ed organizzative. Si ravvisa una finalità pedagogica generale della sanzione che mira appunto a modificare quelle cattive pratiche organizzative o di politica d'impresa che hanno determinato le condizioni che hanno condotto alla realizzazione del reato e dello specifico rischio concretizzatisi nell'illecito dell'ente⁶⁰⁶. Si ricorda come, da ultimo, la legge anti-corrruzione incide a sul d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Con il comma 77 si inserisce il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere nella rubrica e nel testo dell'art. 25, comma 2. Pertanto all'ente responsabile di tale illecito si applicherà la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. Il legislatore italiano conferma, in tal modo, la sua volontà di ritenere l'ente un attore importante nella vita sociale di cui il diritto penale deve continuare ad occuparsi attentamente al fine di regolare i

⁶⁰⁵ Art. 15 d. lgs. 241 del 2001; si veda in proposito RIVERDITI (M.), *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, op. cit., p. 280.

⁶⁰⁶ *Ivi*, pp. 280 e 281.

possibili effetti distortivi dell'economia⁶⁰⁷. La risposta sanzionatoria nel modello costituito attraverso il d. lgs. 231 del 2001, è, come del resto accade in molti altri ordinamenti penali europei, una impostazione che dal punto di vista strategico può rilevare una certa similitudine al sistema punitivo nei confronti degli individui che impersonano posizioni di garanzia, soprattutto d'ordine professionale. In entrambi i casi, reati degli enti o reati professionalmente caratterizzati, le sanzioni predilette sono quella pecuniaria e quella interdittiva; che, seppur, come ha ricordato la Corte di Strasburgo, restano delle sanzioni a carattere afflittivo, quindi a carattere meramente penale, si inseriscono in una impostazione a finalità prevalentemente preventiva. Si cerca attraverso la sanzione, di regolare il sistema in modo che esso sviluppi, più o meno autonomamente, una predisposizione alla prevenzione. I soggetti a cui mira la sanzione, intesa in questi termini, sono dunque tutti quei soggetti qualificati che svolgono attività particolarmente complesse potenzialmente pericolose per i terzi e che necessitano di meccanismi di prevenzione *normativizzati* in grado di sostenere la posizione di garanzia assunta dagli enti rispetto ai beni protetti attraverso il diritto penale.

3. Conclusioni: alcune considerazioni sulla colpevolezza dell'ente in "posizione di garanzia". Il caso degli infortuni sul lavoro.

La colpevolezza dell'ente, nell'ordinamento italiano, viene confrontata ad un grande ostacolo, rappresentato dall'art. 27 cost. Qui non si vuole far riferimento a chi lamenta l'impossibilità strutturale di colpevolezza da parte dell'ente, la cui struttura normativa non avrebbe retto un concetto ad elevato contenuto psicologico, e dunque antropomorficamente

⁶⁰⁷ In tema di reati societari, viene inserita nel comma 1 dell'art. 25 ter un'ulteriore disposizione, identificata con la lettera s-bis, con cui si applica la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote al fatto di corruzione tra privati previsto dal nuovo art. 2635 c.c., comma 3, ovvero di chi dà o promette denaro o altra utilità ai soggetti indicati nei primi due commi (amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e soggetti a loro preposti). Da ricordare che sulla base dell'art. 26 della Convenzione di Merida, ciascuno Stato deve prevedere accanto alla responsabilità delle persone fisiche che hanno commesso i reati anche quella delle persone giuridiche, adottando sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive di natura penale o non penale, comprese le sanzioni pecuniarie; *cfr.* CASARTELLI (G.), PAPI-ROSSI (A.), *Le misure anti-corruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, 2012, p. 21.

plasmato⁶⁰⁸. Eppure, ciò che può dare una sistemazione logica coerente alla responsabilità da reato degli enti è una colpevolezza fondata sulla " *rimproverabilità*, concetto, invece, ben riferibile alla realtà degli enti⁶⁰⁹. Si è già detto come la colpa d'organizzazione potrebbe essere fatta risalire alla posizione di garanzia primaria dell'apparato organizzativo nel suo complesso rispetto a quelle secondarie di coloro che né costituiscono le singole manifestazioni, degli agenti garanti secondari. Ma prima ancora di addentrarsi nel tema, occorre fare riferimento proprio alle posizioni di garanzia secondarie operanti all'interno dell'ente. Esse ruotano essenzialmente intorno al problema di come si atteggi la responsabilità per omesso impedimento ai sensi dell'art. 40. c.p. di un evento infortunistico o accidentale ai sensi di una fattispecie base commissiva di lesioni colpose o omicidio colposo, e in particolare, di quali siano i criteri di individuazione dell'obbligo di garanzia, a partire dalle norme dettate in materia di sicurezza, che pongono a carico di determinati soggetti *obblighi prevenzionistici*. Il tema delle posizioni di garanzia all'interno dell'impresa, diviene, in tal modo, quello della selezione tra gli obblighi giuridici di attivarsi, e di quelli che siano idonei a fondare l'equiparazione tra agire ed omettere prevista dall'art. 40 c.p., inoltre, quello dei presupposti giuridico-fattuali di detti obblighi. Un'importante elaborazione, sia dottrinale che giurisprudenziale, sul tema delle posizioni di garanzia in ambito infortunistico - si prenderà a modello soprattutto la disciplina degli infortuni sul lavoro - è quella fondata sulla individuazione del fondamento causale di queste ultime sul criterio del *dominio sull'impresa*⁶¹⁰. Nel senso che la responsabilità per l'omesso impedimento dell'evento presuppone un dominio generale sull'organizzazione, ossia il dominio sull'attività, o sul processo di produzione, attraverso la quale si è generato l'evento. La sfera di garanzia che graverebbe sul garante - organo o rappresentante dell'ente collettivo - rispetto ai titolari dei beni oggetto della garanzia (in tal caso il bene strumentale consisterebbe nella "regolarità della funzione di governo del rischio", mentre il bene finale consiste nel bene della vita, dell'incolumità individuale, etc.) non si definisce in ragione del vincolo di subordinazione del lavoratore, ma del suo *assoggettamento* ad un'organizzazione fonte di rischi

⁶⁰⁸ BATTAGLINI (C.), *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, op. cit., pp. 661 e ss.

⁶⁰⁹ DI GIOVINE (O.), *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in LATTANZI (G.) (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 24.

⁶¹⁰ SCHÜNEMANN (B.), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, München, 1979.

infortunistici⁶¹¹. Il testo unico, introdotto con il d. lgs. n. 81 del 2008, nell'art. 2 lett. b), stabilisce il fulcro della qualifica dirigenziale, è nella "responsabilità dell'organizzazione o dell'unità produttiva, in quanto esercita poteri decisionali e di spesa". Ma ancor più significative indicazioni emergono dall'art. 299 t.u. (Esercizio di fatto di poteri direttivi) che completa la disciplina del fondamento delle posizioni di garanzia in ambito dell'ente collettivo: essa dispone che "le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere d) ed e) del t.u. gravano altresì su colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti"⁶¹². La legge pone a carico di un soggetto interno all'ente un obbligo di garanzia penalmente rilevante: in quanto quel soggetto appaia, in astratto e preventivamente, investito dei poteri giuridici di direzione sull'organizzazione (art. 2087 c.c.) che lo pongano in una condizione di signoria rispetto al processo di produzione dell'evento dannoso o pericoloso. Utilizzando un noto schema concettuale, si può dire che l'insieme dei poteri giuridici dei quali risulti dotato il garante, al momento del fatto, fonda, e al contempo delimita, una sua sfera di *competenza* per l'evento lesivo tipico: un livello di responsabilità strettamente commisurato alla struttura giuridica delle funzioni, tenuto conto delle regole interne dell'organizzazione aziendale⁶¹³. Bisogna a questo punto vedere come il citato *dominio sull'organizzazione* si articoli sui vari livelli, verticali e orizzontali, della garanzia e della stessa organizzazione. Il legislatore *tipizza* una rete di posizioni di controllo *a cascata*, la cui peculiarità consiste in un grado crescente di controllo sugli eventi, e di potere sulla riduzione dei rischi⁶¹⁴. La posizione del garante primario che, come già si è detto, si caratterizza per il

⁶¹¹ PULITANÒ (D.), *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1985, 3 s.

⁶¹² VASSALLI (F.), *La responsabilità penale per il fatto dell'impresa*, in *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, IORI (a cura di), Firenze, 1981, 41.

⁶¹³ si veda per un'analisi approfondita sulle posizioni di garanzia all'interno dell'organizzazione per gli infortuni sul lavoro, il saggio (da cui è tratta la citazione) di PISANI (N.), *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. Dir. pen. econ.*, Milano, n. 1-2, gennaio-giugno 2009, p. 129.

⁶¹⁴ BASENGHI (F.), *La gestione della sicurezza, profili soggettivi*, in AA.VV., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2008. "Per scomposizione a cascata si intende la suddivisione della posizione di doverosità tra tutti coloro che collocati ai diversi livelli dell'organizzazione considerata, siano assegnatari di una quota più o meno ampia di poteri e prerogative di intervento sull'ambiente di lavoro, sui suoi connotati organizzativi, sul processo, sulle modalità esecutive della prestazione".

“potere sull’organizzazione”, ha natura solo potenzialmente generale ed illimitata quanto ad ambito di estensione. Si tratta, perciò, di delimitarne il campo d’azione individuale dei garanti in tanto che agenti della persona giuridica e determinare in via residuale la colpa d’organizzazione come *funzione difettosa colpevole* della struttura, fondata sulla normativa inerente alle modalità accettabili di una determinata attività produttiva o scientifica; facendo nondimeno risalire la funzione di garanzia *secondaria* dell’organo interno, da quella *primaria* dell’organizzazione dell’ente. Un campo fertile per l’ampliamento dell’obbligo di garanzia del datore di lavoro a quello dell’organizzazione è rappresentato dalle *c.d. misure generali di tutela* ed in particolare da precetti strutturati in forma di clausole aperte, che pongono a carico del datore di lavoro doveri preventivi a struttura aperta, quali ad es. i doveri di aggiornamento delle misure: sotto il vigore del d. lgs. n. 626 l’articolo 3 del d. lgs. n. 624 del 1994 prevedeva l’obbligo di eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico e ove ciò non fosse possibile “la loro riduzione al minimo”. Difatti, si è visto come tali parametri dipendano non raramente, anche se non sempre, dal modo di essere organizzato dell’ente rispetto alle funzioni esercitate, piuttosto che dai singoli agenti, che nelle imprese di grandi dimensioni spesso non sono in grado di controllare neppure un singolo settore funzionale al complesso dell’organizzazione dell’ente medesimo. La giurisprudenza penale, infatti, conferma indirettamente queste ultime considerazioni, avendo iscritto tali misure generali di tutela nell’ambito del più generale dovere di sicurezza di cui all’art. 2087 c.c. desume da tale regolamentazione un allargamento a dismisura dell’obbligo di garanzia del datore di lavoro, che va al di là, troppo spesso, della reale capacità di controllo preventivo di quest’ultimo. Anche sul fronte dei doveri di aggiornamento delle misure il t.u. alla lett. t) dell’art. 15 t.u., impone al datore di lavoro “la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire nel tempo il miglioramento dei livelli di sicurezza, anche attraverso l’adozione di codici di sicurezza e di buone prassi”⁶¹⁵. Ma anche su questo punto bisogna specificare che, oltre quella personale del dirigente o di chi ha la funzione specifica di controllo sulla programmazione delle attività dell’impresa, potrebbe venire a sussistenza una responsabilità integrata dovuta, ad esempio, a scopi che non tengano in dovuto conto della detta programmazione per soddisfare con

⁶¹⁵ Sulle misure generali di tutela previste dall’art. 15 del Testo unico, cfr. TIMELLINI (G.), *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza alla luce del T.U.*, in *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, BASENGHI (F.), GOLZIO (L.E.), ZINI (A.) (a cura di), Torino, 2008, pp. 87 e ss.

maggior efficacia fini di interesse economico dell'ente a scapito di quello del lavoratore, o più in generale di quello pubblico. In tal caso la detta programmazione preventiva sarebbe il frutto di una colpa integrata e generalizzata dell'ente medesimo. A ben vedere la nuova formulazione della disposizione conferisce una curvatura «organizzativa» al dovere di aggiornamento delle misure di tutela, e dall'altra rappresenta uno sforzo di attribuire una dimensione normativa alle regole di sicurezza⁶¹⁶. All'art. 2 del detto t.u. si trova la questione relativa alla posizione di maggior prossimità rispetto alla fonte di pericolo, che il dirigente riveste: lett. e) adozione di misure appropriate; tempestiva informazione circa i rischi di un pericolo grave e immediato lett. i); richiesta di osservanza da parte dei lavoratori di norme vigenti o di disposizioni aziendali in materia di sicurezza o di uso di mezzi di prevenzione di infortuni (lett. f). Il testo unico, ricostruendo in termini funzionali la qualifica di dirigente, rafforza l'idea che il dirigente altri non sia che un delegato, ovvero il soggetto che sia investito dello svolgimento di specifiche funzioni, senza perciò acquisire la responsabilità complessiva sull'organizzazione, che invece resta all'ente sulla base del d. lgs. 231/2001⁶¹⁷. Detto ciò, è fondamentale chiarire la posizione giuridica del delegante. È noto che uno dei "pilastri" dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro rilevante ai sensi dell'art. 40 c.p., è rappresentato dall'obbligo di vigilanza del delegante sul delegato e la relativa *culpa in vigilando* in cui versa il primo se, essendo a conoscenza di irregolarità, esso non intervenga per sanarle. Ora, l'art. 16 lett. b) t.u. impone "che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate". Ma anche qui, bisogna dire che esistono certe competenze non delegabili, in quanto frutto d'un sistema complesso ed integrato di numerose competenze singolari che si compenetrano, nonché del sistema informativo e dell'inter-connessione di legami interni ed esterni alla struttura organizzativa, la quale, sotto quest'aspetto, assume una specifica e irripetibile attività funzionale, capace a sua volta di stabilire una posizione primaria di garanzia

⁶¹⁶ PISANI (N.), *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 133: "Osservandolo con attenzione, il dovere di aggiornamento si presenta come un'articolazione del dovere di conformare l'organizzazione per prevenire rischi di reato: sul datore di lavoro incombe un obbligo di programmazione che investe l'organizzazione di misure di adeguamento delle procedure: ricorso ad organismi specializzati, alla competenza di soggetti strutturata, come parte dell'organizzazione dell'impresa. Ciò consente di dire, alla luce del nuovo testo della disposizione, che non è corretto ascrivere all'imprenditore-datore di lavoro, un dovere illimitato di aggiornamento (art. 2087 c.c.)".

⁶¹⁷ Si veda Cass.pen., sez. IV, 21-01-2008, n. 3011.

normativamente sanzionabile. E infatti, ribaltando i termini della questione, una volta stabilito che il datore di lavoro può essere chiamato a rispondere in ragione della sua qualità di garante per la sicurezza (*culpa in vigilando*), in relazione alle attività del delegato, la norma sembra stabilire che, l'adozione di un modello di organizzazione idoneo a prevenire "reati (eventi) della stessa specie" di quello verificatosi, alla stregua dell'art. 16, comma 3 t.u., rappresenta un fattore di esonero, non solo della responsabilità da reato dell'ente, ma anche della responsabilità penale per l'evento in concreto verificatosi che grava sul datore di lavoro. Il che è ragionevole se si considera che l'attribuzione del fatto alla persona fisica del datore di lavoro fa perno proprio sull'inadeguato o inesistente modello di organizzazione; il che vuol dire, che anche sul piano dell'esimente le due posizioni di garanzia, quella primaria dell'ente e quella secondaria del dirigente, al di là dell'agente che ha agito concretamente (il delegato), sono accomunate dalla stessa sorte, e al livello normativo, e a quello di una ragionevole logica di responsabilizzazione. Un altro punto riguardante i soggetti in posizione di garanzia secondaria rispetto a quella dell'ente riguarda la relativamente recente figura dell'*organismo di vigilanza*. Con l'introduzione della responsabilità da reato dell'ente in materia di sicurezza vengono attratti tra gli ingranaggi dell'art. 40 c.p. i soggetti componenti dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, con il compito di vigilare sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento dei modelli di organizzazione e di gestione⁶¹⁸. Sul punto è opportuno soffermarsi su quale sia l'oggetto della vigilanza preventiva che spetta all'O.d.v. anche nel quadro dell'art. 30 t.u. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. La preoccupazione del legislatore è quella di costituire, attraverso il corretto modello organizzativo in materia di sicurezza, la creazione di nuclei funzionali di tutela idonei a garantire un'efficace organizzazione del controllo sul rischio⁶¹⁹. Ora, la vigilanza dell'O.d.v. è funzionale all'efficace attuazione del modello organizzativo, e al

⁶¹⁸ Sulle funzioni dell'organismo di vigilanza, v. DE VERO (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, pp. 182 e ss.

⁶¹⁹ MONGILLO (V.), *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 325 e ss.

corretto adempimento degli obblighi di cui al comma 1 dell'art. 30 t.u. tra i quali si evidenziano alla lett. b) quelli connessi alla valutazione dei rischi ed alla predisposizione delle misure di protezione e protezione. È una vigilanza sul corretto esercizio della funzione di valutazione dei rischi, volta a prevenire quelle lacune organizzative da cui può derivare l'infortunio. Nel quadro di quella che è stata acutamente definita l'organizzazione del controllo del rischio, il ruolo di vigilanza dell'O.d.v. quindi sembra concentrarsi sull'osservanza di protocolli cautelari e non sulla prevenzione di specifici eventi o comportamenti illeciti⁶²⁰. Anche l'O.d.V., come il dirigente, diviene un ingranaggio di quel meccanismo legislativo volto a creare normativamente una posizione di garanzia dell'ente, con cui spesso condividono la responsabilità (che non deve intendersi sostitutiva a quelle individuali), fondato sulla realtà socio-istituzionale dell'ente, che in quanto gestore organizzato di beni fondamentali della comunità, deve risponderne come garante primario, insieme a tutti quei singoli garanti secondari, determinabili, l'uno e gli altri, sulla base delle specifiche competenze in ragione dell'attività rischiosa. Tutto ciò va inserito in un discorso più ampio relativo alle figure fondamentali, che costituiscono il sistema penale moderno, degli agenti modello, persone fisiche e giuridiche che siano. Nell'ente bisogna confrontarsi con il fenomeno dell'organizzazione, che rende questo discorso più complesso, nella sua varietà di forme e articolazioni, verticali ed orizzontali, ed estese a settori di attività tra loro estremamente differenti, all'interno della medesima struttura organizzativa. Risulta, in verità, già complesso immaginare l'agente modello, e costituirlo normativamente, rispetto ad un determinato tipo di attività che la persona fisica di volta in volta *impersona*, risulta ancora più ostico rispetto all'ente. Sembra più ragionevole demandare al chirurgo di attenersi a quelle regole di esperienza e di scienza che risultano come le più adatte a fronteggiare specifici rischi legati alla sua attività medica; ma allo stesso soggetto, il medico, quando esso si metterà alla guida di un veicolo, si domanderà di rispondere ad un differente modello, che è quello del guidatore prudente. All'interno dell'ente questa molteplicità di statuti risulta essere ancora più folla e complessa, intrecciata com'è a livelli e funzioni diverse, seppur differenziate, della sua organizzazione complessiva. Il richiamo ad una molteplicità di agenti modello, e di agenti modello collettivi, richiede la comprensione dell'impresa moderna nella sua qualità specifica di struttura integrata d'organizzazione e coordinazione di

⁶²⁰ *Ibidem*.

professionalizza differenti. Non è possibile attribuire alla sola dirigenza, che resta per sua parte responsabile, la completa responsabilità di plasmare una efficace via regolativa-prevenzionistica di gestione dei vari soggetti agenti. Perciò la funzione del modello stabilito attraverso il d. lgs. 231/2001 è innanzitutto pedagogica nei confronti delle organizzazioni⁶²¹. È questo il carattere innovativo e vincente del modello fondato sul d. lgs. 231/2001, che non ritroviamo negli altri ordinamenti europei e che potrebbe fungere da modello europeo, per imprimere un carattere soggettivamente caratterizzato alla colpa dell'ente.

3.1. La colpevolezza di organizzazione come fatto proprio alla persona giuridica.

A questo punto bisogna domandarsi a quale, tra i diversi modelli di responsabilità astrattamente ipotizzabili, possa ricondursi il paradigma ascrittivo ideato dal legislatore italiano nel 2001. Seppure, per una parte il sistema ascrittivo, rappresentato dal d. lgs. n. 231, risulta ancora prevalentemente orientato verso un modello di responsabilità indiretta, o *par ricochet*, o accessoria; dall'altra parte presenta alcuni importanti caratteri salienti del paradigma di responsabilità originaria o per fatto proprio⁶²² e, in particolare, il riconoscimento della colpa d'organizzazione come criterio soggettivo d'imputazione e presupposto della responsabilità della *societas*⁶²³. Il modello italiano, così come si presenta, fondato sul criterio oggettivo e su quello soggettivo d'imputazione, potrebbe definirsi come un modello misto o ibrido⁶²⁴, oppure, come è stato definito da Haeusermann, un modello

⁶²¹ ALESSANDRI (A.), *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, CAMPAGNA (A.) (a cura di), Napoli, 2012, p. 261: "La non diligente auto-organizzazione, che non sia in pratica adeguata a contenere le proiezioni offensive prevedibili, costituisce un'indicazione precisa per ritenere che il fondamento della responsabilità dell'ente, l'oggetto del rimprovero, consista appunto in un'inaccettabile indifferenza agli interessi altrui".

⁶²² DE VERO (G.C.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit.

⁶²³ sui paradigmi di responsabilità v. ABANTO VÁSQUEZ (M.-A.), *Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de la soluciones penales*, in *Rev. pen.*, 2010, n. 26, p. 4 e ss.; ROTH (R.), *Responsabilité pénale de 'entreprise: modèles de réflexion*, in *ZStR*, n. 115, 1997, pp. 355 e ss.; DE MAGLIE (C.), *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2005, pp. 547 e ss.

⁶²⁴ Si parla in dottrina di una terza opzione mediata e compromissoria. Infatti, la disciplina italiana presenterebbe elementi comuni a diversi modelli europei; si v. in tal senso CASAROLI (G.), *Sui criteri d'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 595.

*limitatamente individualistico*⁶²⁵. Si tratta di modelli che, da un lato, tengono conto, al fine di rintracciare la responsabilità dei reati, della condotta delle persone individuali, e dall'altro, fondano tale ricerca sui comportamenti degli enti collettivi. Innanzitutto, è stata adottata la teoria dell'*immedesimazione organica*, per cui l'azione dell'autore individuale che agisce per conto della *societas*, viene imputata sulla base dell'azione individuale come se essa fosse un fatto proprio all'ente (il *c.d. fatto di connessione*). Si è visto che in Italia, l'immedesimazione organica viene applicata attraverso lo specifico fatto di connessione legato all'interesse o al vantaggio (art. 5, comma 1, d. lgs. 231). Alla teoria dell'immedesimazione organica fa riferimento una recente pronuncia della Corte di cassazione⁶²⁶, per confermare la compatibilità della disciplina del d. lgs. 231/2001 con il principio di immedesimazione organica, sostenendo la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art 27, comma 1, cost.; e agli art. 3 e 24 cost. In particolare la Corte ha sostenuto che:

“La persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione(...). L'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (secondo l'art. 27 cost.)”⁶²⁷.

Tale impostazione si avvera quando ad agire sia stato uno dei soggetti collocati in posizione apicale. Si potrebbe parlare di un agire proprio tramite terzi, che si specifica attraverso la peculiare struttura organizzata dell'ente⁶²⁸. All'interno del testo della Relazione governativa alla struttura definitiva del d. lgs. 231 del 2001, infatti, la teoria dell'immedesimazione organica è nominata in modo diretto solo in rapporto alle ipotesi nelle quali si rintracci una responsabilità diretta di uno dei soggetti apicali⁶²⁹. Raccordare la detta teoria con la necessità di corrispondere all'ente una responsabilità diretta per fatto proprio e colpevole, laddove

⁶²⁵ HAEUSERMANN (A.), *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, Freiburg, 2003, p. 17

⁶²⁶ Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, p. 1878.

⁶²⁷ la Corte di Cass. pen. sez. VI, luglio 2009, parla inoltre di responsabilità diretta per fatto proprio, di natura amministrativa.

⁶²⁸ HIRSCH (H.J.), *Die Frage der Strffähigkeit von Personenverbänden*, op. cit., p. 35.

⁶²⁹ Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, p. 15 e ss.

fatto e colpa appartengono primariamente alla persona fisica che ha materialmente agito, ponendo in esistenza il reato (il che non vale a dire produrlo, la produzione può scaturire da un complesso di atti e di interferenze, può essere, del resto, frutto di un sapere e di competenze a origine multilivello), con la previsione normativa (art. 6) che attribuisce rilevanza alla colpevolezza d'organizzazione, che non è di immediata comprensione. In effetti essa può fondarsi sulla presunzione che l'organo agisce, attraverso il costruito formale della relazione d'organo della *societas*, sul presupposto che questi esprima e rappresenti la politica dell'ente, o più in generale una sua estensione ideologica. Nei casi, non rari, di reati commessi dall'agente non in posizione apicale, sottoposto all'altrui direzione o vigilanza, la relazione si limita a configurare un'ipotesi secondo la quale:

“Quanto ai dipendenti, non v'è ragione per escludere la responsabilità dell'ente dipendente da reati compiuti da tali soggetti, quante volte essi agiscano appunto per conto dell'ente, e cioè nell'ambito dei compiti ad essi devoluti. In altre parole, con riguardo al rapporto di dipendenza, quel che sembra contare è che l'ente risulti impegnato dal compimento, da parte del sottoposto, di un'attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica”⁶³⁰.

Dunque, il fatto del dipendente non può essere imputato all'ente come fatto suo proprio; in tal caso non potrebbe farsi riferimento alla teoria dell'immedesimazione organica⁶³¹. Si può invece ipotizzare di imputare direttamente all'ente collettivo l'inosservanza degli obblighi di direzione e di controllo, criterio del resto previsto dalla normativa relativa alla legge del 2001⁶³². A questo tipo di imputazione per astrazione si aggiunge quella fondata sulla

⁶³⁰ Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, p. 16.

⁶³¹ Si tenga presente che alcuni autori hanno ipotizzato già da tempo un'accezione allargata del concetto d'organo dell'ente collettivo, così da contenere anche la figura del semplice dipendente, come è stato fatto notare. De Vero (DE VERO (G.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., pp. 59 e ss.) in rapporto al d. lgs. 231/2001 non esita a schierarsi a favore della legislazione italiana nella parte in cui essa fonda la colpevolezza d'impresa sulla mancata adozione di modelli organizzativi dell'ente appropriati ad evitare il reato commesso; e dunque all'imputazione diretta alla *societas*.

⁶³² E SIMONE (G.), *Persone giuridiche e responsabilità da reato, Profili storici, dogmatici e comparatistici*, op. cit., p. 407. La ragione principale per la quale il legislatore italiano ha scelto di legare la responsabilità della persona giuridica al compimento di reato da parte dell'agente individuale sembra essere una ragione, più che politica, culturale: un'ovvia e prevedibile adesione al modello di responsabilità per astrazione e all'idea tramandata secondo cui le persone giuridiche di altro non potrebbero essere chiamate a rispondere se non dei reati posti in essere da certe persone fisiche.

colpevolezza “*propria ed autonoma della societ s*”⁶³³ che si fonda sul rimprovero per un difetto d’organizzazione, o pi  esattamente per la mancata adozione di adeguati modelli organizzativi adatti a prevenire il rischio-reato dipendente dalla specifica attivit  dell’ente considerato. Un’interpretazione pi  recente in dottrina e in giurisprudenza⁶³⁴   quella secondo la quale i due paradigmi ascrittivi contenuti nell’art. 231 (oggettivo e soggettivo), servono, in prima istanza, a stabilire ed individuare la colpa d’organizzazione, ma successivamente tale ultima potrebbe essere intesa pi  che come mera colpevolezza, come fatto riconducibile direttamente alla persona giuridica, e, in tal modo, costituire piuttosto che il criterio, lo stesso contenuto del rimprovero che si indirizza all’ente collettivo⁶³⁵. Si osserva che la colpa della persona giuridica attiene principalmente alla sua struttura⁶³⁶ e che la mancata predisposizione e applicazione dei modelli preventivi rappresenta il contenuto fondamentale del rimprovero. Questa impostazione si instaura su un ragionamento giuridico secondo il quale l’illecito dell’ente non si esaurisce col reato, ma va ricercato prima di tutto in una condotta colposa di omessa organizzazione coscienziosa ed etica della sua attivit , secondo regole di prevenzione e di razionalizzazione adatte a prevenire reati e dunque danni a terzi e alla comunit  nella quale l’ente opera. In questo ragionamento, che sta alla base del d. lgs. 231/2001, il reato   solo il presupposto di ci  che viene prima di esso, ossia della condotta colposa dell’ente; non solo esso   alla base di una nuova forma di responsabilit , ma   anche un fatto autonomo rispetto al reato, il quale resta chiaramente solo eventuale rispetto alla detta condotta colposa dell’ente. In quest’ottica il rimprovero che si muove all’ente   solo indirettamente legato al reato, in quanto quest’ultimo origina da una condotta colposa di mancata predisposizione dei modelli di riferimento, condotta che potrebbe essere

⁶³³ *Ibidem*.

⁶³⁴ Trib. Milano, G.i.p. Giordano, ord. 5 febbraio 2008, in *Foro ambr.*, 2008, p. 219 e ss., secondo cui la responsabilit  della societ s   per fatto proprio, il quale consiste nel non aver prevenuto ed evitato che determinate persone commettessero reati nel suo interesse e a suo vantaggio; Trib. Torino, G.i.p. Moroni, ord. 23 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 2812 e ss., l’ente non risponde del reato commesso dalle persone fisiche ma di un autonomo illecito amministrativo riconducibile ad una propria carenza organizzativa, che ha finito per rendere possibile la consumazione del reato nel suo interesse e a suo vantaggio; si veda inoltre Trib. Milano, G.i.p. Tacconi, ord. 25 gennaio 2005, il quale statuisce nel senso che l’ente   autore di un comportamento differente e ben distinto dal reato della persona fisica.

⁶³⁵ *Ivi*.

⁶³⁶ ALESSANDRI (A.), *Attivit  d’impresa e responsabilit  penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, pp. 262 e ss.

considerata anche maggiormente rimproverabile del reato stesso, non solo rispetto al potenziale *surplus* di danno che essa contiene, ma anche e soprattutto rispetto ad una valutazione propriamente *eticizzante* della vita sociale ed economica della società. Quando si afferma che la responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica si produce solamente quando possa rilevarsi una sua colpevolezza d'organizzazione, la quale abbia concretamente contribuito alla realizzazione del reato attraverso la persona fisica agente, e si ipotizza una sorta di partecipazione dell'ente al reato, ovvero un *concorso anomalo* tra l'imputazione della persona fisica e quella dell'ente per lo stesso fatto, certo, ma per un distinto illecito, il contributo, materialmente inteso, della *societas* non potrà che essere quello organizzativo, e, ancora una volta, all'ente si potrà attribuire un illecito, e non una colpevolezza classicamente intesa⁶³⁷. In tal senso, il fondamento del rimprovero all'ente potrà consistere nell'evitabilità dell'evento, ossia nell'esigibilità dell'adozione di un modello organizzativo idoneo⁶³⁸ a prevenire i reati. Questo, rispetto alla normativa contenuta nel d. lgs. 231/2001, sembra essere la soluzione più adeguata per corrispondere all'imputazione all'ente un carattere peculiarmente personalistico e, dunque, per caratterizzarne il rimprovero, in aderenza all'art. 27, comma 1, della Costituzione italiana. Tale lettura, fortemente incentrata su una progressiva vocazione *prevenzionistica* del diritto penale, sembra peraltro funzionare meglio del criterio fondato sul fatto dei soggetti in posizione apicale. Porre al centro della fattispecie ascrittiva un fatto diverso, e precedente sul piano temporale, a quello legato all'opera dell'agente e alla teoria fondata sull'immedesimazione organica, significa configurare un modello che si avvicina piuttosto all'impostazione teorica della responsabilità originaria o per fatto proprio dell'ente, più di quanto non sia il paradigma di responsabilità per ascrizione. Rispetto al modello italiano, si rileva una tendenza generale, che non si limita alla questione della responsabilità penale, o penale-amministrativa, degli enti, ma che attiene piuttosto ad una sottile tendenza ad inserire il principio regolatore di precauzione all'interno di una logica sanzionatoria quasi-penale.

⁶³⁷ *Ibidem.*

⁶³⁸ Cfr. ARENA (M.), *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, in www.filodiritto.com, 2008.

4. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento francese: caratteri generali.

La Francia ha rappresentato in Europa un Paese precursore in rapporto alla responsabilità penale degli enti⁶³⁹. La peculiarità dell'ordinamento francese fa della versione d'oltralpe della *personne morale* un caso emblematico del modo di costruzione d'un modello d'imputazione dei reati all'ente. Nonostante le elaborazioni evolutive di certa dottrina e di certa giurisprudenza⁶⁴⁰, si rileva che l'ordinamento francese fonda attualmente la colpa penalmente rilevante dell'ente, dalla quale ne fa dipendere la responsabilità, su una particolare presunzione di commissione del reato da parte dell'agente persona fisica, astrattamente individuata dalla legge, sulla base del legame ipotetico sussistente tra fattispecie di reato e condotta. Tale regola d'imputazione, che si fonda sul concorso di responsabilità dell'ente con l'agente materiale e sulla possibile esclusione della perseguibilità della persona fisica nei reati colposi, oppure nei casi non rari in cui la persona fisica agente non sia esattamente rintracciabile, prefigura una presunzione di colpa della persona giuridica nel cui interesse l'agente ipotetico ha agito. Sarà qui opportuno procedere ad un'analisi evolutiva della *responsabilité pénale des personnes morales* in Francia,

⁶³⁹ L'attuale codice penale francese é stato approvato attraverso quattro leggi il 23 luglio 1992, pubblicato nel *Journal Officiel de la République française*, nello stesso 23 luglio 1992. Il libro V del codice penale, dedicato agli altri crimini e delitti, é entrato in vigore con la *Loi d'adaptation* n. 1336, del 16 dicembre 1992; attraverso tale legge si iscrive per ogni fattispecie di reato, la possibilità di estenderne la perseguibilità anche alle *personnes morales*.

⁶⁴⁰ SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe*, Resp. civ. et assur. 1998, chron. n°22; SAINT-PAU (J.-CH.), note sous Cass. 1 civ. 15 déc. 1998: D. 1999, jurispr. p. 425; SAINT-PAU (J.-CH.), note sous Cass. crim. 18 janv. 2000: D. 2000, jurispr. p. 636; SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, p. 71; SAINT-PAU (J.-CH.), *La faute diffuse de la personne morale*, note sous Cass. crim. 29 avril 2003, D. 2004, p. 167; SAINT-PAU (J.-CH.), *Le fait d'autrui source de responsabilité : fait causal ou fait générateur?*, Resp. civ. et assur. 2004, chron. n°1; SAINT-PAU (J.-CH.), *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, 1, p. 134.

partendo dal modello introdotto attraverso il nuovo Codice penale del 1994 per arrivare alla legge del 2004 n. 204⁶⁴¹, conosciuta sotto il nome di c.d. *loi Perben* che ha stabilito l'autonomia generale del criterio di imputazione alla *personne morale* fondato principalmente sul meccanismo di attribuzione della colpa c.d. *par ricochet*, o per rappresentanza. Altro elemento da analizzare nella legislazione francese è la legge del 10 luglio 2000⁶⁴² che, seguendo una tendenza generalizzata a livello internazionale di commistione tra colpa e causalità legata alla funzione, ha determinato un meccanismo di imputazione della colpa agli enti incentrato sull'elemento causale, laddove esso sia connesso ad un particolare obbligo funzionale⁶⁴³. Bisogna tenere comunque in dovuto conto che la legislazione francese è storicamente legata, com'è stato qui rammentato a più riprese, a una visione strumentale e pragmatica del diritto, lo scopo dei commentatori e della dottrina è, in tal senso, convogliato primariamente a offrire un supporto alla risoluzione delle antinomie contenute nella legislazione e di giustificazione di quest'ultima sul piano logico. Il giudice francese, come il giurista, deve essere *bouche de la loi*⁶⁴⁴, in tal senso un autore, parlando della responsabilità penale della persona giuridica: “À la vérité, c'est sans doute moins une réflexion philosophique sur les fondements de la responsabilité pénale des personnes morales que des raisons pragmatiques qui permit son éclosion”⁶⁴⁵. Il sistema che viene a tracciarsi si fonda su due principali disposizioni, gli artt. 121-2, c. uno e tre; e 121-3, c. quattro del codice penale. L'art. 121-2 stabilisce la responsabilità delle persone giuridiche e il relativo concorso di responsabilità delle persone fisiche; al c. 1: “Le persone giuridiche,

⁶⁴¹ Legge 9 marzo 2004, n. 204, in *Journal officiel de la République française*, 10 marzo 2004, n. 59, pp. 4567 e ss.

⁶⁴² Legge 10 luglio 2000, n. 647, in *Journal officiel de la République française*, 11 luglio 2000, pp. 10484.

⁶⁴³ Tale sistema è stato criticato a più riprese da buona parte della dottrina francese: v. per esempio GIUDICELLI-DELAGE (G.) (a cura di), *Droit des affaires*, PUF, 2000, pp. 70-83; DI MARINO (G.), *Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 38, pp. 46 e ss.; MARÉCHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 38, pp. 46 e ss.

⁶⁴⁴ DESPORTES (F.), LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, 7 ed., Cujas, 1997, n. 638.; sull'assenza di una appropriata elaborazione dottrinarica v. anche le note di ROBERT (J.-H.), *DROIT PÉNAL GÉNÉRAL*, PUF, *Thémis*, 2006.

⁶⁴⁵ SAINT-PAU (J.-CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, in *La cohérence des châtements*, Essai de philosophie pénale et criminologie, vol. 10, Dalloz, 2012, p. 42.

eccetto lo Stato, sono penalmente responsabili (...) dei reati commessi, per loro conto, dai loro organi o rappresentanti”. C. 3: “La responsabilità penale delle persone giuridiche non esclude quella delle persone fisiche autrici o complici dei medesimi fatti, salvo il disposto del comma 4 dell’articolo 121-3”. L’articolo 121-3 indica l’elemento soggettivo demandato al fine della sussistenza del reato, tale articolo stabilisce, al c. 4, un particolare regime d’imputazione per i reati colposi commessi da una persona fisica: Nei casi previsti dal comma precedente, le persone fisiche che non hanno direttamente causato il danno, ma che hanno creato o contribuito a creare la situazione che ha permesso la realizzazione dello stesso o che non hanno preso le misure idonee a permettere di evitarlo, sono penalmente responsabili se è stabilito che esse hanno violato in modo manifestamente deliberato una specifica obbligazione di prudenza o di sicurezza prevista dalla legge o dal regolamento, ovvero che hanno commesso una colpa qualificata che abbia esposto altri ad un rischio di particolare gravità che esse non potevano ignorare. Nel 1947, un autore osserva che in caso di violazione della regola concernente la disciplina delle società commerciali, la quale è fondamentale per la buona gestione delle finanze pubbliche:

“Il y aurait un grand intérêt pratique à ce que, derrière la responsabilité de l’administrateur, qui demeure souvent inopérante, il y ait la responsabilité de la société elle-même, dont le patrimoine offre une gage plus considérable”⁶⁴⁶.

Questo percorso storico pragmatico dell’evoluzione di una responsabilità delle *personnes morales* in Francia si è progressivamente imposto attraverso gli stessi strumenti giuridici indicati dal Consiglio d’Europa⁶⁴⁷. Dal 1977, il Comitato dei ministri raccomanda ai governi degli Stati membri di esaminare il principio di responsabilità penale degli enti, al fine specifico di lottare contro certe forme peculiari di criminalità all’interno di settori funzionali e specialistici della produzione e della finanza: ambiente, criminalità finanziaria, protezione

⁶⁴⁶ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n. 258

⁶⁴⁷ SAINT-PAU (J-CH.), *L’ évolution de la responsabilité des personnes morales: d’une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 42; v. l’approfondita analisi di DE VEL (G.), *La responsabilité pénale des personnes morales dans les instruments juridiques du Conseil de l’Europe*, in *La responsabilité penale des personnes morales en Europe*, La Chartre, 2008, p. 343.

dei consumatori⁶⁴⁸. Non meno importante fu l'intervento, nella riflessione politica e teorica, del Ministro della Giustizia Robert Badinter e il suo impegno rivolto alla modernizzazione del sistema repressivo francese attraverso il superamento del monolitismo della responsabilità penale⁶⁴⁹. Il testo del 1978 fu respinto, come modificato nel 1980 dalla commissione bicamerale parlamentare per le riforme istituzionali e dalla commissione governativa istituita *ad hoc*⁶⁵⁰, venne elaborato nella stessa commissione nel 1983 un altro *Avant-Projet*, con il quale si abbandonava, rispetto alla fattispecie relativa di persona giuridica, il riferimento esclusivo agli enti collettivi a carattere economico, industriale o finanziario, per optare per una più generale perseguibilità di tutte le categorie di soggetti collettivi⁶⁵¹. Quest'ultimo progetto però non ebbe successo in dottrina, né tantomeno in giurisprudenza, solo nel 1986, attraverso il progetto di legge n. 300, si giunse a una discussione parlamentare dei testi progressivamente elaborati⁶⁵². Si contrapposero due differenti orientamenti parlamentari, sia rispetto al fondamento *personalistico* della responsabilità, legata a sua volta alla colpevolezza, in relazione a quella dell'agente persona

⁶⁴⁸ Risoluzione n. 28 del comitato dei ministri, sul contributo del diritto penale alla protezione ambientale; Raccomandazione 12, riguardante la criminalità degli affari; Raccomandazione 15, riguardante il ruolo del diritto penale nella protezione dei consumatori.

⁶⁴⁹ A tal proposito v. PRADEL (J.), *Le projet de loi du 20 février 1986 relatif à la réforme au code pénal*, in *Le journal des procès*, 1986, pp. 31 e ss., il quale si legge che nella presentazione del Progetto di Codice penale svoltasi il 19 dicembre 1985 presso l'Università di Parigi I, il ministro indicò le quattro principali criticità del Codice penale del 1810 e, dunque, le principali linee da seguire per la riforma. Secondo il ministro le difficoltà più gravi risultavano essere quelle relative all'arcaicità del vecchio strumento normativo; nell'inadeguatezza rispetto alle evoluzioni della società, soprattutto rispetto alla mancanza di una positivizzazione della responsabilità penale dei principali attori del sistema socio economico; nella contraddittorietà; nell'incompletezza e disorganicità dell'impianto complessivo.

⁶⁵⁰ L'*Avant-Projet* del 1978 fu ritenuto inappropriato rispetto alle aspettative repressive maturate dalla presidenza d'Estaing. Si ricordi qui insieme a Alessandro Varvaressos (VARVARESSOS (A.)), *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per la violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del lavoratore: giurisprudenza e sistema di un principio instabile*, in *riv. Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2013.

⁶⁵¹ DELMAS-MARTY (M.), *La responsabilité pénale des groupements dans l'Avant-Projet de révision du Code pénal*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1980, I, pp. 42, la soluzione sulla quale si volle edificare l'identità di tali "groupements sans personnalité juridique dont la réalité justifie la responsabilité", fu rilevata attraverso il ricorso a due parametri: la teoria dell'apparenza e il criterio interpretativo sostanzialistico.

⁶⁵² v. le sedute del Senato del 9, 10 e 18 maggio 1989, del 7 luglio e del 21 ottobre 1992, nonché la seduta del 2 luglio 1992 dell'Assemblea nazionale, in *Journal Officiel de la République française e Sénat, Débats parlementaires*, 1989, 1-31, pp. 550 e ss.; 32-58, pp. 798 e ss.; ibidem 1992, 58-76, pp. 2456 e ss. e pp. 2476; *Journal Officiel de la République française-Sénat, Débats parlementaires*, 1989, 1-31, p. 553.

fisica; sia per ciò che riguardava l'ampiezza dell'entità *personne morale*, introdotta nel 1986, attraverso il progetto di legge sopra citato, in sostituzione della formula più generica di *groupement*; che lasciava dei dubbi relativi alla genericità del contenuto e alla troppo vaga delimitazione della nozione stessa. Deciso a prendere delle misure adeguate nei confronti della crescente criminalità economica, il Comitato dei ministri adotta in seguito, nel 1988, un testo più generale:

“Le imprese devono poter essere rese responsabili di reati commessi nell'esercizio delle loro attività, anche quando il reato è diverso dallo scopo dell'impresa; 2) l'impresa dovrebbe essere così responsabile senza che vi sia oppure no identificazione di una persona fisica che abbia commesso i fatti o le omissioni costitutive del reato; (...) 5) l'imputazione della responsabilità all'impresa non dovrebbe esonerare dalla loro responsabilità le persone fisiche implicate nel reato, in particolare, le persone esercenti delle funzioni di direzione dovrebbero essere rese responsabili dei mancati alle loro funzioni laddove esse abbiano condotto al reato”.

In seguito a questo testo fondamentale, anche se non vincolante, il Consiglio d'Europa introdurrà attraverso diverse convenzioni, che presentano invece un effetto vincolante, il principio della responsabilità delle *personnes morales*: Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale nel 1998 (*STE 172*); *Convenzione penale sulla corruzione (STE 173)* e *Protocollo addizionale (STE 191)*; *Convenzione sulla Cyber - criminalità (STE 185)* e *Protocollo addizionale relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi attraverso sistemi informatici (STE 189)*. I differenti rapporti esplicativi di questi testi precisano che la responsabilità penale delle persone giuridiche s'impone per ovviare alle gravi difficoltà a perseguire le persone fisiche per le quali la responsabilità penale non può essere ingaggiata in ragione della collettivizzazione del processo decisionale. Prima di entrare nel merito dell'attuale normativa che in Francia regola la responsabilità penale delle persone giuridiche, bisognerebbe capire cosa s'intenda, in Francia, per *personne morale*. A tal proposito la fattispecie che si riferisce all'art. 121-2 c.p., fondandosi sull'elemento della personalità giuridica, dovrebbe essere considerata come

inapplicabile agli enti di fatto e a quelli non riconosciuti dall'ordinamento⁶⁵³. D'altro canto, una società di fatto, rientrando nell'ampia categoria delle *personnes morales*, non potrebbe essere esclusa da responsabilità; ben oltre che sul piano logico, ciò apparirebbe completamente paradossale rispetto all'efficacia del meccanismo repressivo e preventivo costruito per garantire l'ordine nella società degli enti collettivi⁶⁵⁴. La necessità di sufficiente determinatezza delle norme penali non sarebbe compromessa, quando un ente presenta tutte quelle caratteristiche che sulla base del diritto civile ne fanno un soggetto capace di obbligarsi, in altre parole di non sottostarsi alle conseguenze della *propria*⁶⁵⁵ attività. Perciò, non avrebbe senso, richiedere una formalizzazione per la validità soggettiva di un reato che è di fatto legato a elementi di ordine sostanziale, ossia alla relativa capacità dell'ente a impegnarsi nei confronti dei terzi. Il giudice penale può, sulla scia di tale ragionamento, ravvisare in sede di accertamento della responsabilità, l'esistenza di un ente di fatto cui sia attribuibile la responsabilità per la trasgressione a una norma che lo impegnava verso un terzo o verso la comunità intera; si potrà allora responsabilizzare, pure penalmente, lo stesso ente, oltre che gli eventuali responsabili persone fisiche, per il reato per cui si debba procedere in sede penale⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Cour de Cassation, Ch. Crim., 14 dic. 1999, che ha stabilito che sarebbe paradossale che sulla sola base di una struttura organizzativa che non presenti i caratteri formali della personalità giuridica, si possa far scomparire le persone giuridiche che nei fatti agiscono e che restano le sole titolari e debentrici dei diritti per i quali la società partecipata non è altro che uno strumento di pura gestione. Su tali basi, la Corte, attraverso l'interpretazione estensiva dei testi legislative, ha stabilito la condanna della società e la relative responsabilità nei confronti del soggetto colpito da lesioni colpose subite durante l'esecuzione delle proprie mansioni in un cantiere.

⁶⁵⁴ Parte della giurisprudenza, infatti, ha ritenuto come passibili di sottoposizione a giudizio di responsabilità penale, gli enti di fatto sulla base della completa integrazione dei riferimenti normativi alle qualifiche di "proprietario" e "imprenditore"; v. Cour de Cass., Ch. Crim., 11 mag. 1937; Cour de Cass., Ch. Crim., 15 lug. 1943; Cour. De Cass., Ch. Crim., 13 apr. 1956.

⁶⁵⁵ Una determinata attività può dirsi *propria* ad un soggetto, nel senso che appartiene alla sfera di possibilità generata da quest'ultimo, quando essa è originata proprio da quel soggetto particolare e non da un altro.

⁶⁵⁶ VARVARESSOS (A.), *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del lavoratore: giurisprudenza e sistema di un principio instabile*, op. cit.

4.1. *L'art. 121-2 del Code pénal francese: una responsabilità penale indiretta per la persona giuridica.*

Il sistema francese, introdotto dal Codice penale del 1992 all'articolo 121-2, appare oggi come un sistema misto che è evoluto attraverso un'elaborazione legale e giurisprudenziale. In un primo momento, la responsabilità penale delle *personnes morales*, fu concepita come una responsabilità *par ricochet*, ossia indiretta. Il legislatore, seguendo le indicazioni di una prevalente tesi finzionistica di stampo tradizionalmente Savignano, ha considerato che la persona giuridica non possa esperire autonomamente alcuna azione diretta nei confronti dei fatti costituenti la fattispecie incriminata, non potendo essere autonomamente imputabile di reato. Perciò egli ha preteso, al fine dell'imputazione all'ente collettivo, la sussistenza di tutti gli elementi del reato per il quale si procede in capo ad una persona fisica qualificata da una posizione di garanzia all'interno della società incriminata, come si può dedurre dal combinato disposto dell' 1. e 3. comma dell'art. 121-2 *c.p.*, che stabilendo il cumulo di responsabilità presuppone la sua sussistenza in tutti i suoi elementi in capo alla persona fisica⁶⁵⁷. Tale formula rischierebbe di far scattare un meccanismo di reciproca esclusione da responsabilità tra i due soggetti. Infatti, se si dovesse considerare che la responsabilità della persona fisica debba necessariamente comportare quella della persona giuridica, questa ne sarebbe necessariamente opzionale e aggiuntiva, l'ente potrebbe eccepire ogni volta la mancanza di un organo o di un rappresentante nella dinamica della commissione del reato. Quest'ultima interpretazione, tale assunto si pone in contrasto con la lettera della legge 121-2 *c.p.*, che mira invece ad attenuare la responsabilità dei soggetti deputati alla gestione e alla sorveglianza all'interno dell'organizzazione delle persone giuridiche⁶⁵⁸. D'altra parte, ove invece si ritenesse come superfluo accertare la preventiva responsabilità della persona fisica, questa potrebbe eccepire, secondo alcuni autori, lo *stato di necessità*, in altre parole la coazione psichica, assumendo di aver agito su mandato imperativo della persona giuridica

⁶⁵⁷ Per approfondimenti su tale questione, v. ROBERT (H.), *Les évolutions jurisprudentielles intervenues récemment*, in *Le Moniteur de travaux publics et du bâtiment – Cahier special n. 3, 2. Partie – La responsabilité pénale des personnes morales*, 2002, p. 12.

⁶⁵⁸ *Journal Officiel de la République française, Débats, Sénat*, 10 apr. 1990, p. 190.

per beneficiare dell'impunità attraverso la persecuzione esclusiva dell'ente collettivo⁶⁵⁹. La giurisprudenza ha preferito l'esclusione della pregiudizialità⁶⁶⁰, negando che ai fini dell'imputazione della persona giuridica sia necessaria la condanna dell'organo rappresentante, interpretando il riferimento alla sussistenza di una responsabilità concorrente della persona fisica come una soluzione giuridica indirizzata ad impedire il beneficio dell'irresponsabilità alla persona fisica agente⁶⁶¹. La Corte di Cassazione francese giudicò che gli elementi costitutivi di un reato, intenzionali o non intenzionali, dovevano essere caratterizzati poiché appartenenti a una persona fisica, e solo in seguito, questi atti o omissioni, potevano essere imputati alla *personne morale*⁶⁶². Tale regola era giustificata attraverso una concezione spiccatamente finzionistica della *personne morale*, che non può commettere di per sé un reato penalmente rilevante; inoltre, si pensava che in tal modo si potesse più agiatamente evitare una *deresponsabilizzazione* delle persone fisiche agenti o dei decisori che sovrastavano gli atti o le omissioni costituenti tipicamente il reato. La responsabilità penale degli enti non avrebbe costituito una causa d'irresponsabilità delle persone fisiche che restano responsabili personalmente per i propri atti e omissioni colpevoli come stabilito dallo stesso articolo 121-2, c. 3 del Codice penale francese. E non sarebbe potuto essere altrimenti data la natura pragmatica e non sistemico-dottrinarica della responsabilità penale della persona giuridica francese e la convinzione radicata da Savigny in poi che la *personne morale* non sarebbe altro che un'invenzione dello spirito, ossia un'astrazione dettata dal pragmatismo del potere dello Stato attraverso le espressioni del legislativo. La responsabilità degli enti venne, in tal modo, intesa come una responsabilità

⁶⁵⁹ Questo argomento è piuttosto noto tra i penalisti francesi come "teoria delle baionette non pensanti", v. ad es., BARBIÉRI (H.), *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, in *Les Petites Affiches*, 1993, n. 123 p. 26; dove si può leggere, in tema dell'efficacia scriminante dell'ordine imperativo, che sebbene la giurisprudenza tradizionale sia attestata sull'affermazione di un'insussistenza di una coazione psichica, l'autore sostiene che laddove non appaia *manifestamente illegal* e sia ravvisabile la buona fede del soggetto, sarebbe ipotizzabile un'attenuazione della sanzione in virtù dell'art. 122-2 e 122-4 c.p.

⁶⁶⁰ Trib. Grande Instance de Grenoble, 15 mag. 1997.

⁶⁶¹ Trib. De Lyon, 3 giu. 1998, in *Droit pénal*, 1999, pp. 18 e ss., occ.; ROBERT (J.-H.); MOULY (H.-C.), *La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail*, *Petites affiches*, 6 ott. 1993, n. 120, p. 33.,

⁶⁶² Per i reati intenzionali v. Crim., 2 dic. 1997, JCP 1998, II, 10023, rapp. DESPORTES (F.); 29 apr. 2003, D. 2004, p. 167, note SAINT-PAU (J. CH.); 1 apr. 2008, Dr. pénal 2008, comm. 140, osserv. VÉRON (M.); Per i reati non intenzionali, Crim., 18 gen. 2000, p. 636, note di SAINT-PAU (J. CH.).

opzionale o di complemento a quella delle persone fisiche⁶⁶³. Dall'altro lato si trattava anche della creazione di una nuova categoria dogmatica, fondata su una sorta di *antropomorfismo mediato* dalla rappresentanza, che agisce come elemento di congiunzione dei due soggetti giuridici co-presenti nel medesimo reato, in tale quadro, la volontà agirebbe poi come causa giustificativa del "passaggio" di responsabilità da un soggetto all'altro⁶⁶⁴. Tale concezione iniziale, che non era condivisa da parte della dottrina⁶⁶⁵, venne gradualmente abbandonata, in particolare modo attraverso la legge del 10 luglio del 2000, anche se il legislatore non realizzò fino in fondo l'influenza che il nuovo dispositivo legale avrebbe avuto sulla responsabilità delle *personnes morales*. Innanzitutto, l'art. 121-3, allinea quattro prevede solo l'imputazione a una persona fisica per un reato d'imprudenza in tal modo gli enti non sembrarono coinvolti dalla legge del 2000. Comunque, in breve tempo la Corte di Cassazione fu chiamata a risolvere una questione riguardante la responsabilità penale di una persona giuridica in caso di *colpa semplice* per imprudenza, quando essa sia origine della causa indiretta di un danno commesso da una persona fisica agente per conto dell'impresa in qualità di organo o rappresentante. Si prefigurarono due differenti soluzioni: Da un lato, si affermò che la persona fisica colpevole d'imprudenza semplice non sarebbe imputabile per reato, quindi sarebbe penalmente irresponsabile; in modo tale l'art. 121-2 del Codice penale troverebbe applicazione solo nel caso in cui il reato sia commesso per conto della *personne morale* dai suoi organi o rappresentanti. L'irresponsabilità della persona fisica si tradurrebbe

⁶⁶³ SAINT-PAU (J. CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 44: "La responsabilité pénale des personnes morales apparaissait ainsi comme une responsabilité d'une responsabilité, une sorte de garantie de la responsabilité des personnes physiques, ou encore une responsabilité additionnelle".

⁶⁶⁴ DESPORTES (F.), *Rapport sous Cassation Criminelle*, 2 dic. 1997, in *JurisClassis Pénal*, 1998, n. 22640; DELAGE (G.), *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Droit pénal*, 2005, pp. 12 e ss.; per spunti critici rispetto a tale impostazione v. CONTE (PH.), *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in ROBERT (J.-H.) (a cura di), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal – Actes du colloque du 18 octobre 2001*, Paris, 2002, pp. 109 e ss.; BARBIÉRI (J.-F.), *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, op. cit., p. 24, che considera il carattere nocivo dei fatti rimproverabili alla persona giuridica piuttosto in riguardo all'ordine pubblico compromesso che non alla volontà colpevole dell'ente, insomma, in tal modo la responsabilità si consoliderebbe oggettivamente per un colpevole danno all'ordine pubblico. Perciò, "(...) le législateur incrimine désormais d'avantage un comportement attentatoire à l'ordre public qu'une faute au sens classique; aussi la définition des infractions est-elle devenue *objective*, c'est-à-dire opérée à partir des faits, et non à partir de leur auteur".

⁶⁶⁵ v. SAINT-PAU (J.CH.), *La responsabilité des personnes morales est elle une responsabilité par ricochet?*, nota a Crim., 18 gen. 2000, p. 636.

nell'immediata irresponsabilità della persona giuridica per mancanza di uno degli elementi essenziali a completare la fattispecie di reato. Quest'analisi condusse a far beneficiare le *personnes morales* della depenalizzazione della colpa per imprudenza semplice ideata dal legislatore per le persone fisiche⁶⁶⁶; ciò, secondo certa dottrina, era contrario allo spirito discriminante del legislatore che attraverso la riforma in parola, intendeva indirizzarsi ad una de-responsabilizzazione per le sole persone fisiche, in particolare per i decisori politici locali e per gli esercenti attività professionali. La Corte, dunque, stabilì che l'inosservanza a regole di sicurezza imputabile all'attività decisionale dell'impresa, oppure a un organo dell'ente incaricato della sicurezza, è suscettibile, nonostante l'assenza di colpa specifica o cosciente, di comportare la responsabilità penale dell'impresa⁶⁶⁷. In tal senso, la responsabilità dell'ente non è sottoposta alle specificità della colpa dei suoi organi, ma sarebbe totalmente indipendente una volta rientrando tra le fattispecie di reato previste dall'art. 121-3, allinea quattro, del Codice penale⁶⁶⁸. Da questo punto di vista, la qualifica d'organo o rappresentante si fonda sulla capacità di concentrare su di sé i requisiti della rappresentanza sostanziale. Di conseguenza, i soggetti che di diritto possono impegnare l'ente verso l'esterno, e dunque ingaggiarne la responsabilità, sono in via primaria gli esponenti apicali della gestione tecnico-finanziaria dell'ente, coloro che per le proprie particolari responsabilità e competenze all'interno dell'ente hanno la capacità di caratterizzarlo e indirizzarlo. Non solamente, quindi, chi è qualificato sulla base della normativa civile e commerciale, ma anche da fonti interne alla stessa organizzazione, ossia i soggetti che pur non avendo una qualifica formalmente apicale, sono dotati di funzioni, aventi validità ed efficacia effettiva nell'attività dell'ente medesimo⁶⁶⁹. A proposito della questione concernente la qualificazione dei dirigenti di fatto, e in specifico alla loro perseguibilità e capacità di comportare, attraverso le loro azioni, una responsabilità penale delle persone giuridiche, la giurisprudenza si è attestata su posizioni di responsabilizzazione del dirigente

⁶⁶⁶ MAYAUD (Y.), *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, op. cit.

⁶⁶⁷ Crim. 24 ott. 2000, Bull. crim. n. 308; D. 2002, p. 514, note di PLANQUE (J.-C.) et somm., p. 1801, oss. ROUJOU (G.); RSC 2001, p. 162, oss. MAYAUD (Y.) e p. 371, oss. BOULOC (B.).

⁶⁶⁸ Crim., 14 sett. 2004, Dr. pénal 2005, comm. 11, oss. VÉRON (M.).

⁶⁶⁹ ROBERT (J.-H.), *Les préposés sont-ils représentants de la personne morale?*, in *Mélange Couvrat*, Paris, 2001, pp. 383 e ss.; si v. inoltre, Cour de Cassation, Ch. Crim., 9 nov. 1999; Cour de Cassation, Ch. Crim., 14 dic. 1999; Cour de Cassation, Ch. Crim., 30 mag. 2000; Cour de Cassation, Ch. Crim., 12 set. 2000.

di fatto, di quanti hanno visto, nella figura di tali amministratori, un tipico schema interpositorio, seppur necessitando, ai fini della effettiva punibilità della persona giuridica, la consapevolezza di tale sistema all'interno dell'organizzazione medesima⁶⁷⁰. La tesi prevalente, rafforzata da una fondamentale pronuncia della giurisprudenza⁶⁷¹, si è attestata verso un riconoscimento progressivo della responsabilità della persona giuridica per l'attività compiuta da una persona fisica, avente funzioni, di fatto, dirigenziali, o comunque apicali; a tale constatazione si richiede comunque la prova dell'effettivo potere decisionale fattuale che consegua all'affidamento di parte o di tutta l'organizzazione funzionale dell'ente stesso⁶⁷². Tale giurisprudenza fu salutata come conforme allo spirito e alla lettera dell'art. 121-3, allinea quattro, da gran parte dei commentatori giuridici, e fu all'origine di un capovolgimento concettuale della teoria della responsabilità penale degli enti in Francia. La Corte di cassazione francese, difatti, conferma che il Codice penale permette di distinguere due condizioni della responsabilità penale: il reato e l'imputazione⁶⁷³. Il fatto che gli elementi costitutivi di base di un reato di omicidio colposo, o danni fisici involontari dovuti a imprudenza siano stati effettivamente consumati sulla base del testo specifico contenente la fattispecie penalmente rilevante, non rende logicamente consequenziale che le condizioni d'imputazione all'agente persona fisica siano effettivamente realizzate. In tal caso, bisognerà verificare se la colpa dell'agente corrisponde al modello colposo previsto dalla legge per le persone fisiche; il testo parla di una *faute délibérée ou caractérisée*. In tal modo, un reato d'imprudenza per colpa semplice, che sia la causa indiretta di un danno, potrà essere caratterizzato in capo alla persona fisica⁶⁷⁴. Qui per caratterizzazione si intende che il soggetto attivo che contribuisce all'integrazione della fattispecie di reato nella norma positivamente concepita costituente il modello di reato è caratterizzato nella persona

⁶⁷⁰ DELMAS-MARTY (M.) (a cura di), *Droit pénal des affaires*, Paris, 2000, la quale era favorevole all'equiparazione dei dirigenti di fatto a quelli di diritto.

⁶⁷¹ Cour de Cassation, Ch. Crim., 13 giu. 2006.

⁶⁷² MARÉCHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, op. cit., p. 50.

⁶⁷³ Su tale distinzione v. soprattutto ROUSSEAU (F.), a cui si è già fatto ampio riferimento nelle pagine precedenti, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit.

⁶⁷⁴ Qui per caratterizzazione si vuole intendere che il soggetto attivo che contribuisce all'integrazione della fattispecie di reato nella norma positivamente concepita costituente il modello di reato è caratteristico nella persona fisica.

fisica⁶⁷⁵. Secondo certi autori, tale osservazione della Corte di cassazione avrebbe condotto a un radicale cambiamento della natura giuridica del concetto di responsabilità dell'ente che, in seguito alla legge del 10 luglio 2000⁶⁷⁶, non poteva più definirsi come una responsabilità *par ricochet*. Sulla base delle disposizioni dettate dall'art. 121-2 del *Code pénal*, le *personnes morales* sono responsabili non più attraverso una responsabilità principale della persona fisica, ma per gli atti o le omissioni colpose di un organo o rappresentante che agisce per conto della persona giuridica. Tali atti o omissioni non appartenevano più propriamente alla persona fisica, ma all'organo o rappresentante che essa incarnava. Si tratta della classica *teoria dell'identificazione organica*, che seppur venne considerata un avanzamento rispetto alla responsabilità indiretta.

4.2. I deboli segnali verso paradigmi organizzativi.

La teoria della rappresentazione organica è ormai superata attraverso un'interpretazione evolutiva giurisprudenziale che anche in Francia, seppur in modo peculiare e ancora parziale, si orienta verso paradigmi di tipo *organizzazionale* dell'imputazione soggettiva, allontanandosi sempre più dalla questione dell'atto o dell'omissione della persona fisica, per valorizzare la valutazione delle pratiche, della politica e cultura d'impresa⁶⁷⁷. Quest'avanzamento progressivo verso una responsabilità senza rappresentazione, fondato

⁶⁷⁵ v. SAINT-PAU (J.-CH), *L'évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit., p. 46; il quale spiega come l'assenza di una adeguata distinzione tra reato (infraction) e imputazione "*conduit certains auteurs à une impasse conceptuelle car le dispositif légal paraît alors permettre la responsabilité pénale d'une personne morale à raison d'un fait de la personne physique qui n'est pas une infraction*"; secondo lo stesso autore un atto colpevole per imprudenza semplice che causa indirettamente un danno fisico, o la morte della vittima, e che corrisponderebbe formalmente a reato di omicidio o per danni fisici involontari, darebbe vita almeno ad un reato colposo, che però non potrebbe essere imputato alla persona fisica, in applicazione dell'art. 121-3 allinea 4; "*la loi du 10 juillet 2000 n'est pas une loi d'incrimination mais de responsabilité pénale*".

⁶⁷⁶ v. sulla questione dell'influenza esercitata dalla loi del 10 luglio 2000, sulla teoria in Francia della responsabilità penale delle persone giuridiche, PRADEL (J.), *Droit pénal général*, CUJAS, 17 ed., 2008-2009, n. 544.

⁶⁷⁷ v. SAINT-PAU (J.-CH), *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction*, op. cit.

sulla *faute d'entreprise* si impone in quanto conseguenza d'un fenomeno tecnico legato alla funzione specifica dell'impresa:

“La *faute d'entreprise* est une *faute diffuse*, une *faute anonyme* au regard des personnes physiques. Des traces de cette tendance sont observées sur d'autres continents(Canada, Australie), mais également dans certains États européens⁶⁷⁸(...)”.

La Francia non sfugge a questo fenomeno che si manifesta tecnicamente in due fasi. La giurisprudenza francese ha in un primo momento progressivamente adattato la teoria della rappresentanza, da una parte allargando il numero delle categorie di persone qualificate a fungere da rappresentanti o organi della persona giuridica, d'altra parte facilitando l'imputazione dei reati ai rappresentanti della persona giuridica. In tale fase dell'evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia la responsabilità resta comunque indiretta. Eppure, l'osservazione, attraverso il diritto comparato, di certe proposizioni dottrinali, e di qualche decisione giurisprudenziale mostra che la responsabilità delle persone giuridiche potrebbe, attraverso una concezione di diritto evolutivo, diventare una responsabilità senza rappresentanza, cioè una responsabilità diretta, al fine di permettere di superare l'impunità dei gruppi, facilitata dall'anonimato del processo decisionale. Secondo l'articolo 121-2 del Codice penale francese, la mediazione di un organo o d'un rappresentante è una condizione necessaria per ingaggiare la responsabilità di una persona giuridica; gli elementi costitutivi del reato devono così essere caratterizzati in capo alla persona fisica agente in qualità d'organo o rappresentante, principio che la Corte di cassazione ha confermato tanto per i reati intenzionali che per i reati non intenzionali⁶⁷⁹. Ma la portata di tal esigenza è attenuata dalla giurisprudenza sia nella sostanza, sia in rapporto alla prova. Innanzitutto, un adattamento delle regole sostanziali della rappresentanza dell'ente può essere osservata attraverso un'interpretazione giurisprudenziale estensiva della nozione d'organo o di rappresentante. Inoltre, un adattamento della regolamentazione della prova della rappresentanza risulta dal fatto che dall'identificazione dell'organo o

⁶⁷⁸ v. SAINT-PAU (J.-Ch.), *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction*, op. cit., p. 47; ADAM (S.), COLETTE-BASECQZ (N.), NIHOUL (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, La charte*, Bruxelles, 2008.

⁶⁷⁹ Crim., 18 gen. 2000, D. 2000, p. 636, note di SAINT-PAU (j.-CH.).

rappresentante, autore o complice del reato, non si può dedurre una condizione necessaria all'integrazione della responsabilità penale della *personne morale*. La nozione d'organo resta fissata attraverso la legge o gli statuti che la determinano. La giurisprudenza ha invece applicato una interpretazione estensiva della nozione di rappresentante. In primo luogo, il termine rappresentante riguarda tutte quelle persone investite di un potere di rappresentanza, non solamente attraverso una decisione giudiziaria - si pensi all'amministratore *ad hoc* - ma anche da una convenzione, e in special modo da una delega di poteri. La Corte di Cassazione ha, in tal modo, ammesso che il "delegatario di potere rappresenta la persona giuridica ai sensi dell'articolo 121-2, in materia d'igiene e di sicurezza". Lo stesso vale per il dipendente titolare di una sua delegazione di potere⁶⁸⁰. Il rappresentante di una persona giuridica può, allo stesso modo, essere un dipendente di un'altra impresa, quando più imprese hanno formato un gruppo e hanno delegato il loro potere ad un unico rappresentante del legatario in materia di igiene e di sicurezza. In secondo luogo, la giurisprudenza sembra ammettere che una persona fisica, la quale non abbia alcuna delegazione di poteri, ha la qualità di rappresentante, quando essa agisce manifestamente per conto della persona giuridica. Tale tendenza è stata osservata, in un primo momento, a proposito della condanna di un'impresa pubblica fondata sulla constatazione che i sottoposti a livello gerarchico, i quali partecipano al potere della dirigenza, rappresentano l'impresa pubblica e agiscono per suo conto⁶⁸¹. Più di recente, è stato ammesso che un dipendente che occupa un posto elevato in seno a una società di comunicazione e si trova in una posizione di responsabilità rispetto all'organizzazione e al funzionamento di un'operazione pubblicitaria importante, agisce per conto della persona giuridica quando essa pratica una discriminazione nella gestione delle assunzioni, anche quando il sottoposto non ha ricevuto una formale delega di poteri. La soluzione è differente quando il dipendente agisce di propria iniziativa, senza riferirsi al personale gerarchicamente superiore. Inoltre, un agente commerciale, legato da un contratto di mandato, è una persona fisica che, seppure non sia un organo della persona giuridica, ha qualità di rappresentante della persona giuridica e può ingaggiarne la responsabilità,

⁶⁸⁰ Crim. 26 giu. 2001, Bull. crim. n. 161; D. 2002, p. 1802, oss. ROUJOU DE BOUBÉE (G.); RSC 2002, p. 99, oss. BOULOC (B.).

⁶⁸¹ Crim. 6 apr. 2004, Bull. crim. n. 84; Dr. pén 2004, comm. 108, oss. ROBERT (J.-H.).

qualunque sia il suo statuto⁶⁸². Tale giurisprudenza estensiva avvicina il diritto francese ai sistemi giuridici (Paesi Bassi, Stati Uniti) che ammettono che un dipendente di una società, un aderente ad un'associazione, o un membro di un sindacato, possano generare, attraverso i loro atti, la responsabilità penale della persona giuridica. Ciò non significa che la persona morale sia responsabile di tutti i reati commessi al suo interno, poiché il reato deve essere commesso, ad ogni caso, per suo conto. Quest'interpretazione estensiva della nozione di rappresentante condurrà alla necessità di precisare tale condizione nel testo di legge, che, fino ad allora, sembrava assorbita dall'esigenza della mediazione di un organo o di un rappresentante in senso stretto. In maniera più generale, un reato commesso per conto della persona giuridica è un reato commesso nel suo interesse, e a suo profitto, sia all'interno di un'attività rilevante rispetto al proprio oggetto sociale, sia al suo funzionamento o alla sua organizzazione⁶⁸³. In relazione alla questione dell'interesse, emerge il problema della volontà, ossia del modo in cui si considera come distinta la volontà dell'organo da quella dell'ente. Facendo derivare da questa distinzione delle volontà, singolari o collettive, una duplicità della colpa, incrinando, in tal modo, la solidità della *c.d. responsabilità per rappresentanza*. A tal riguardo, la già citata sentenza della *Cour de Cassation* del 2 dicembre 1997, seppur in maniera non diretta, stabiliva l'insussistenza di una colpa distinta della persona giuridica, non risultando credibile la constatazione di una prova della volontà delittuosa dell'organizzazione nel suo complesso⁶⁸⁴. La sistematizzazione di una tale operazione interpretativa, necessaria ai fini della soluzione dell'aporia derivante dalla formulazione dei commi 1 e 3 dell'articolo 121-2 c.p., confuta la teoria secondo la quale il riferimento ai *mêmes faits* sia indicativa dell'esistenza di due reati, le cui condizioni d'imputazione risultino conseguentemente differenti, in specie sotto il profilo del coefficiente psicologico: questo, pur potendo essere ritenuto distinto da quello imputato alla persona fisica, non può assurgere ad argomento giuridico sufficiente a giustificare l'esistenza di due sfere di colpevolezza diverse, in quanto gli "stessi fatti" considerati a fondamento di questa ipotetica bipartizione identificano in realtà il medesimo reato. Una giurisprudenza di merito aveva rilevato la necessità di una colpa propria della persona giuridica, adoperandosi

⁶⁸² Crim. 23 febb. 2010, n. 09-818119, inédit.: *Contrats conc. consom.* 2010, n. 193, oss. RAYMOND (G.).

⁶⁸³ Crim. 23 febb. 2010, n. 0981819, inédit: *Contrats conc. consom.* 2010, n. 193, oss. RAYMOND (G.).

⁶⁸⁴ v. anche PRADEL (J.), VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2012.

per caratterizzare un coefficiente psicologico che avrebbe potuto condurla alla commissione del reato pur nell'identità del fatto tipico: significativamente il Tribunale di Parigi, in un caso concernente un incidente sul lavoro, si era attivato nella dimostrazione che la condotta della società incriminata era costitutiva della colpa causalmente connessa alla realizzazione del danno, come del pari avevano fatto il Tribunale di Versailles, osservando che il reato contestato era “ il frutto di una politica deliberata dell'impresa, di una strategia adottata al fine di evitare una perdita di mercato” , e il Tribunale di Strasburgo, che in un'ipotesi di somministrazione abusiva di manodopera, rilevava come fosse “ l'organizzazione difettosa dell'impresa ad aver permesso la commissione del reato”. Sulla base di tali enunciazioni, divenute costanti nella giurisprudenza successiva, si è così pervenuti ad integrare il riferimento alla cointeressenza della persona giuridica nella realizzazione del reato attraverso la creazione di un parametro valutativo nuovo: esso è il prodotto dell'istanza volontaristica propria dell'articolo 121- 2 c.p. e della dinamica concreta in cui tale *voluntas criminosa* si esplica, *la colpa d'organizzazione*, che descrive la condotta tipica della persona giuridica come *locus optimalis* per la realizzazione materiale della fattispecie di reato da parte della persona fisica. La Corte di Cassazione francese stabilisce un adattamento delle regole riguardanti la prova a proposito della rappresentanza, stabilendo che per l'identificazione della persona fisica agente in qualità d'organo o di rappresentante non è necessaria l'applicazione dell'articolo 121-2 del codice penale nel momento in cui si stabilisca che non sia possibile che il reato sia stato commesso da persona diversa da un organo o un rappresentante dell'ente. Si tratta di una mera *presunzione d'imputazione* di un reato a un organo o rappresentante, che può essere osservata in materia di reato di imprudenza. In due sentenze del 20 giugno 2006, la Corte di cassazione ammette la condanna di una persona giuridica per omicidio involontario senza identificare le persone fisiche autrici delle imprudenze che hanno condotto alla reato. “dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants”⁶⁸⁵. Una posizione simile é stata presa dalla stessa Corte di cassazione anche in materia di ferite involontarie, in termini praticamente identici. In questi casi, che riguardano dei reati di omissione per imprudenza, la presunzione si percepisce chiaramente e non sussiste alcun dubbio in merito al fatto che il reato sia stato commesso per conto dell'ente. Il fatto

⁶⁸⁵ Crim., 20 giu. 2006, D. 2007, 617, note SAINT-PAU (J.- CH.).

conosciuto, ossia quello riguardante l'omissione rispetto ad un obbligo di sicurezza scaturente dalle mansioni di competenza di un organo o un rappresentante; permette di presumere un fatto che, al contrario, è sconosciuto: l'imputazione dell'omissione all'organo o rappresentante, dunque, alla stessa *personne morale*. In altri termini, è per il solo fatto che certe prescrizioni legali o regolamentari possono essere *personalmente* e astrattamente imposte ad un dirigente, o a un sottoposto fornito di delega, se la loro violazione può di seguito essere indirettamente imputata all'ente. Si tratta, in definitiva, di una responsabilità penale professionale, fondata su un'omissione, riscontrata nella sfera di competenza del professionista che avrebbe dovuto esercitare correttamente la sua *funzione*⁶⁸⁶. Per ciò che concerne altri tipi di reati, nei casi in cui si è constatata l'assenza di possibilità di identificare l'organo o il rappresentante autore del reato, ciò non ha comunque comportato un impedimento alla condanna della persona giuridica. Si pensi al caso di una generale attività di produzione di false fatture, che si possa inscrivere nel quadro di una politica generalizzata commerciale di una società, in modo tale che le fatture false non possano essere state prodotte se non attraverso l'organo o rappresentante competente, seppur non specificamente identificati⁶⁸⁷. Si pensi pure alla pubblicazione di annunci pubblicitari di natura ingannevole che permetta la condanna della persona giuridica per "publicité de nature à induire en erreur" senza necessariamente rilevare l'identità e l'esistenza di una persona fisica: "dès lors que l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par un organe ou représentant"⁶⁸⁸.

4.3. Il problema della responsabilità oggettiva e la c.d. "faute diffuse".

⁶⁸⁶ v. BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit.

⁶⁸⁷ Crim., 25 giu. 2008, Bull. crim., n. 167; RSC 2009, p. 89, oss. FORTIS (E.); Dr. pénal 2008, comm. 140, oss. VÉRON (M.); Rev. pénit. 2008, p. 858, oss BONFILS (PH.); Rev. soc. 2008, p. 873, note MATSOPOULOU (H.).

⁶⁸⁸ Crim., 16 dic. 2009, n. 07-86584, Gaz. Pal. 24-25 marz. 2010, p. 20.

Tali presunzioni di colpevolezza presentano una certa fragilità logica in rapporto alla questione della *intenzionalità* e dell'elemento soggettivo e personale del reato. Ora, la presunzione fondata sul fatto che un atto costitutivo di un reato non possa essere commesso che attraverso un organo o un rappresentante, poiché tale atto si iscrive, appunto, nelle funzioni di competenza di di tale organo rinviabili alla persona giuridica, non toglie la necessità che bisogna provare l'intenzionalità o quantomeno la colpevolezza dell'azione o omissione dannosa. Insomma, la presunzione d'imputazione alla persona giuridica presupporrebbe una relativa presunzione di *rimproverabilità*, ossia di colpevolezza, penalmente intesa, dell'ente nel senso più largo. Il problema consiste nel fatto che la presunzione di colpevolezza urterebbe contro il principio fondamentale di *presunzione d'innocenza*, garantito attraverso l'art. 6 della CEDU⁶⁸⁹. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ammette che tutti "i sistemi giuridici sono costituiti anche attraverso delle presunzioni di fatto e di diritto e che la convenzione non pone evidenti ostacoli di principio, ma in materia penale obbliga gli Stati contraenti a non sorpassare i limiti ragionevoli, tenendo in dovuto conto la gravità dei fatti, e preservando il diritto alla difesa"⁶⁹⁰. Allo stesso modo, la presunzione di colpevolezza è ammessa dal Consiglio costituzionale francese, dal momento in cui è comunque assicurato il diritto alla difesa, e che i fatti inducano ragionevolmente ad una verosimiglianza dell'imputabilità⁶⁹¹. In realtà, la presunzione di colpa, non è altro che una presunzione di fatto secondo certi autori⁶⁹², ossia un mezzo di prova, che non ha come diretta conseguenza il fatto di spostare il carico della prova, ma solo il suo oggetto. Resta infatti a carico del pubblico ministero di dimostrare che un fatto materiale è stato commesso dalla persona imputata. Ma al fine di restare entro i limiti del ragionevole, la deduzione di un fatto sconosciuto (l'intenzionalità o la colpevolezza) a partire da un fatto conosciuto (l'atto di esecuzione) è ammissibile solo a due condizioni:

⁶⁸⁹ MATSOPOULOU (H.), Note Crim., 25 giu. 2008, Rev. soc. 2008, p. 873 e ss.; MORVAN (P.), *La personne morale maltraitée par le droit pénal*, in *le bicentenaire du Code pénal*, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 171 e ss.

⁶⁹⁰ CEDU, 7 ott. 1988, Série A, n. 141-A.

⁶⁹¹ Cons. cost., 16 giu. 1999, n. 99-411 DC, JO 19 giu., p. 9019.

⁶⁹² SAINT-PAU (J.-CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 52.

- che l'atto di esecuzione esprima senza equivoci lo stato mentale dell'autore. Ad esempio, il caso già visto della produzione di false fatture, è la chiara espressione della coscienza dell'illecito, ossia dell'inesattezza del documento e del suo carattere volutamente falso.
- che l'atto d'esecuzione rilevi direttamente della competenza specifica o della funzione scaturente dall'azione o dalla omissione di un organo o di un rappresentante. In modo tale che sussista una certa verosimiglianza nel corrispondere la funzione colpevole con l'organo o rappresentante. Ad esempio, sempre in rapporto all'emissione di fatture false, la loro emissione rileva necessariamente della competenza di un rappresentante dell'impresa.

Quando invece queste condizioni non coesistono, la presunzione di colpevolezza risulta giuridicamente fallace. È il caso dell'utilizzazione di un diploma di un dipendente psicologo, senza la sua autorizzazione, da una società che organizza degli *stage* per la sensibilizzazione sui pericoli del traffico autostradale, al fine di ottenere un profitto all'interno di un'altra regione, non costituisce un abuso di fiducia imputabile alla persona giuridica, se i giudici non hanno potuto constatare se l'uso del diploma implicava la volontà di farne un uso ingannevole o di comportarsi come suo proprietario⁶⁹³. La ricerca del giudice implica la necessità di constatare che il delitto sia stato commesso per conto della società da uno dei suoi organi o rappresentanti. Tale presunzione d'imputabilità d'un reato colposo a un organo o ad un rappresentante non rimette in causa il sistema fondato dall'art. 121-2 del Codice penale, e non sembra essere contrario ad una doverosa stretta interpretazione della legge penale, dal momento in cui si tratta solamente di un'interpretazione probatoria. Il reato è imputabile alla *personne morale* in quanto il suo elemento psicologico è oggettivamente riconducibile ad un atto di funzione e l'elemento materiale risulta invece dalle stesse circostanze⁶⁹⁴. Il modello classico sarebbe una soluzione troppo banale secondo alcuni

⁶⁹³ Crim., 1 apr. 2008, comm. 140, oss. VÉRON (M.)

⁶⁹⁴ Sembra illogico allora l'atteggiamento della giurisprudenza della Corte di cassazione quando essa permette di stabilire la responsabilità di un soggetto "quand bien même ni l'élément matériel ni l'élément moral de l'infraction ne lui serait imputable" (MORVAN (P.), art. préc. n. 16), poiché "le mécanisme de la responsabilité pénale est désincarné, vidé de sa substance morale (la faute) et du concept cardinal de la causalité, sous la force écrasante d'une mécanique abstraite". Secondo il J.-Ch. SAINT-PAU tale discorso non appare solo anacronistico, ma disconosce l'evidenza.

autori, in quanto non si tratterebbe di creare, attraverso l'attribuzione di responsabilità alla persona giuridica che passa per i suoi organi o rappresentanti, una responsabilità senza rappresentanza, ma solo di provare attraverso una semplice presunzione l'intervento di un *substratum* umano. In dottrina e in giurisprudenza, da qualche anno si comincia a domandare se sia possibile fondare la responsabilità morale sulla *c.d. faute diffuse*, ossia una colpa dipendente da un'azione o omissione che possa inscrivere entro il quadro di funzioni e competenze interne al funzionamento e all'interesse dell'ente collettivo, senza perciò che tale colpa sia imputabile e appartenga anche all'organo o rappresentante⁶⁹⁵. La consacrazione di questo genere di responsabilità è stata fatta dalla giurisprudenza che, entro i limiti del suo potere d'interpretazione, non può comunque dispensarsi totalmente dal riferimento, almeno formale, all'organo o rappresentante. Ecco perché secondo alcuni autori sarebbe indispensabile un intervento del legislatore in tale direzione, allo scopo precipuo di permettere la repressione di reati commessi dalle grandi imprese e multinazionali, nella quale l'opacità dei meccanismi decisionali, fa attualmente ostacolo all'applicazione dell'art. 121-2 del *Code pénal* francese. La teoria della *faute diffuse* venne originariamente respinta dalla Corte di cassazione che, in principio, e rispettando alla lettera l'art. 121-2 del Codice penale francese, esige che gli elementi materiali e quelli morali del reato, siano innanzitutto caratterizzati in capo ad un organo o ad un rappresentante, per poi in seguito essere indirettamente riferiti alla *personne morale*⁶⁹⁶. Anche se tale giurisprudenza risulta ridotta grazie all'ammissione di una presunzione di imputazione del reato all'organo o rappresentante, resta comunque il fatto che la responsabilità non è direttamente imputabile alla persona giuridica. Tale posizione di principio viene ad estinguersi nel momento in cui la responsabilità penale delle persone giuridiche è attribuita sulla base di una peculiare qualificazione giuridica (per le *c.d. posizioni di garanzia*), o per una qualità di fatto che non può che essere attribuita che ad essa solamente. Nel primo caso la persona giuridica viene definita in quanto *auteur qualifié* attraverso lo stesso testo di legge penale, quindi positivamente qualificato in quanto autore di reato; nel secondo caso essa coincide con

⁶⁹⁵ La teoria si distingue dalla *c.d. teoria della faute distincte*, la quale consiste nella necessità di aggiungere la colpa della persona giuridica a quella dell'organo o rappresentante persona fisica.

⁶⁹⁶ Crim., 2 dic. 1997, préc. --- 18 gen. 2000, préc., Crim., 23 mag. 2006, n. 05-84846, il quale giudica che non è sufficiente constatare un difetto di sorveglianza o d'organizzazione della società per aversi responsabilità penale della stessa.

l'autore materiale del reato. In rapporto alla responsabilità penale della persona giuridica come autrice qualificata dal testo di legge, certi reati presuppongono una certa qualificazione del soggetto, che spesso coincide con la qualifica professionale o funzionale dello stesso, il che qualifica la natura del reato come *reato professionale*. Tale qualità, cioè quella di professionista, non appartiene in alcun modo specificamente all'organo o al rappresentante, ma alla stessa *personne morale*⁶⁹⁷, che si presenta allora nella sua veste di autore qualificato, spesso attraverso una formula giuridica simile a quella che rivestono i portatori di posizioni di garanzia. Tale fenomeno è stato osservato in Francia innanzitutto in rapporto al reato di *pratique commerciale trompeuse* (C. consom., art. L. 121-5). La Corte di cassazione valida, a tal proposito, una condanna per pubblicità ingannevole, precisando che l'imputato non si è preoccupato di vagliare la veridicità delle informazioni contenute nell'informativa pubblicitaria, e riprendendo la medesima formula già espressa nelle motivazioni del giudice di prima istanza afferma che i comportamenti della *personne morale*: "relève d'une politique commerciale voulu et organisée, au préjudice du consommateur, de telle sorte que les faits de la prévention caractérisent le délit"⁶⁹⁸. Tale sentenza sembra consacrare l'imputazione diretta per una sorta di colpa d'impresa alla persona giuridica, contravvenendo all'art.121-2 del Codice penale francese. Un'analisi più corretta mostra invece che il riferimento formale ad un organo o rappresentante viene mantenuta, attraverso l'ammissione da parte della Corte di una presunzione d'imputazione penale⁶⁹⁹. Ad ogni modo, la decisione in parola manifesta almeno una tendenza al superamento dell'imputazione indiretta e la costituzione di una responsabilità diretta fondata su una colpa d'impresa (*c.d. colpa d'organizzazione*). La responsabilità degli enti è legata alla qualifica professionale degli stessi, dunque alla loro specifica funzione, tale assunto sembra ancora più apprezzabile in materia di diritto del lavoro. In seguito alla codificazione del *Code du travail* francese, i reati in materia di igiene e di sicurezza dei lavoratori (articoli L. 4741-1 e ss.) designano come autore il datore di lavoro. Ora, tale qualifica appartiene alla *personne morale* e non certo ad un suo organo o rappresentante. Perciò, la Corte di cassazione stabilisce che in caso di incidente sul luogo di

⁶⁹⁷ SAINT-PAU (J.-CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 54.

⁶⁹⁸ Crim., 24 marz. 2009, Dr. pénal 2009, comm. 153, oss. ROBERT (J.-H.).

⁶⁹⁹ SAINT-PAU (J.-CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 55.

lavoro che abbia causato vittime, i reati in materia di igiene e di sicurezza sono imputabili alla persona giuridica direttamente, per la sua qualità di datore di lavoro della vittima. Secondo alcuni autori, da tale affermazione risulterebbe una contraddizione giuridica. In un'ottica di rispetto letterale dell'art. 121-2 del Codice penale, il giudice dovrebbe esigere la mediazione di un organo o di un rappresentante, affinché la violazione di un obbligo di sicurezza possa essere imputata ad una persona fisica per poi essere indirettamente attribuita all'ente collettivo. Ma la persona fisica, in tal caso, risulta sprovvista della qualità giuridica di datore di lavoro necessaria alla costituzione della fattispecie di reato positivamente intesa; dunque formalmente essa non può essere qualificata come autrice di reato per la fattispecie considerata. Allo stesso modo, la *personne morale*, in un ottica di responsabilità *par ricochet*, "prende in prestito" la sua responsabilità da quella della persona fisica, e non potrà essere qualificata come autrice del medesimo reato. In un altro senso interpretativo, si potrebbe constatare che se si considera con maggiore flessibilità il testo relativo all'art. 121-2, il giudice penale potrebbe evincerne il riferimento all'organo o al rappresentante. In tal modo, la persona giuridica sarebbe direttamente qualificata come autrice materiale del reato in ragione della sua qualità professionale di datore di lavoro; a questo punto l'intervento di una persona fisica non sarebbe più necessario⁷⁰⁰. Ma si tratterebbe della classica teoria della personificazione della persona giuridica attraverso la teoria dell'organo, che si è già visto comportare una serie di problemi in dottrina, come in giurisprudenza.

4.4. *La persona giuridica come autrice materiale del reato.*

La responsabilità diretta della persona giuridica appare con maggiore evidenza quando l'imputazione del reato si fonda su dei difetti oggettivamente contestabili alla sola persona giuridica nel suo insieme, che si manifestano attraverso un'imprudenza o una negligenza colpevole. Oltre ad essere non intenzionale, tale colpa è identificata, secondo taluni autori,

⁷⁰⁰ v. per approfondimenti, MARÉCHAL (M.), *Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales*, op. cit., n. 20.

anche dall'essere una colpa *diffusa*⁷⁰¹, in quanto essa non può essere attribuita ad una persona fisica in particolare. Essa é anche una colpa oggettiva in quanto sul piano probatorio la constatazione del difetto colpevole si stabilisce *ipso facto* attraverso l'imprudenza⁷⁰². Innanzitutto si può osservare la *colpa diffusa* nel senso inteso sopra nei reati di *atteintes à l'intégrité des personnes* (C. pén., art. 221-6 e 222-19 s.) o *des biens* (C. pén., art. 322-5). Quando la morte o i danni fisici involontari risultano dalla difettosità di una macchina o di un prodotto, se può essere osservato che la responsabilità della persona giuridica é stabilita attraverso la dimostrazione della qualificazione rivestita da quest'ultima nella fabbricante o distribuzione, senza necessità di fare riferimento ad un singolo atto compiuto da un organo o rappresentante. La Corte di cassazione condanna una società in ragione dei suoi propri mancamenti, consistenti in un difetto di progettazione di un automa programmabile che pilota un simulatore e in assenza di dispositivi di sicurezza sul posto di lavoro⁷⁰³. In mancanza di una imputazione diretta del reato alla persona giuridica, la responsabilità per tale reato sarebbe irrintracciabile, dato che la negligenza o l'imprudenza colpevole non potrebbero essere imputate a un organo o a un rappresentante, essendo essi fisicamente lontani dalla progettazione o dal funzionamento di un prodotto difettoso, ma piuttosto a molteplici dipendenti - incaricati, ad esempio, del controllo qualità - che giuridicamente non possono essere definiti formalmente rappresentanti dell'ente, ossia come persone investite di un potere di agire in nome e per conto della persona giuridica. Ammettendo la responsabilità della persona giuridica, in ragione della difettosità di un prodotto, la Corte di cassazione francese potrebbe sembrare attribuire all'ente una responsabilità penale per fatti derivanti da *chose*, il cui difetto potrebbe non essere dovuto alla sola qualità oggettivamente intesa, del fabbricante o del distributore. Secondo una certa impostazione, dunque, una *faute diffuse*, manifestatasi all'interno dell'attività industriale e commerciale dell'ente si palesa attraverso la difettosità di un prodotto originato dal difetto colpevole nella progettazione dello stesso.

⁷⁰¹ Su tale nozione particolare (*faute diffuse*), v. SAINT-PAU (J.-CH.), *La faute diffuse de la personne morale*, oss. Crim., 29 apr. 2003, D. 2004, p. 167. ; *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, op. cit.

⁷⁰² Per una spiegazione adeguata di tale osservazione v. CONTE (PH.) e MAISTRE DU CHAMBON (P.), *droit pénal général*, Armand Colin, 7 ed. 2004, n. 385.

⁷⁰³ Crim., 29 sett. 2009, n. 09-80254; Comp. Crim., 24 marz. 2009, n. 2009, n. 08-86530, Dr. pénal 2009, comm. 84, oss. ROBERT (J.-H.) per l'imputazione diretta alla persona giuridica di reato per pubblicità di natura ingannevole o tale da indurre in errore, in modo che esso sia "frutto della sua politica commerciale voluta e organizzata".

Tale consacrazione di una responsabilità diretta dell'ente per la costituzione stessa di *cose* costituisce una sorta di sicurezza contro i danni derivati dal processo di produzione e di gestione di beni comuni, o forse dovremmo parlare di *assicurazione*, sociale⁷⁰⁴, permettendo al diritto penale di *assicurare* la sua funzione regolatrice, e non è un caso se tale funzione regolatrice si concentra oggi proprio su *funzioni* legate a certi *professionalismi*⁷⁰⁵ che non appartengono solo alla competenza della persona fisica, ma anzi, in modo certamente amplificato e potenzialmente più pericoloso, appartengono piuttosto agli enti collettivi. La colpa penale diffusa può essere rilevata anche dai reati puniti sulla base di violazioni degli obblighi di sicurezza o di prudenza stabiliti da legge o da regolamento. In tal caso basta la sola constatazione oggettiva della violazione a costituire l'elemento morale del reato. Tale regola appare simmetrica alla posizione della Corte di cassazione, la quale giudica in materia intenzionale che la sola constatazione di una violazione, in conoscenza di causa di un'interdizione legale da parte del soggetto agente, comporta la presunzione di un'intenzione colpevole come stabilito dall'art. 121-3, allinea 1 del Codice penale francese⁷⁰⁶. D'altra parte, in rapporto alla teoria dell'imputazione, la violazione di un obbligo di sicurezza o di prudenza, imposto dalla legge o da regolamento, deve essere imputata alla persona giuridica, in quanto appare naturale che un obbligo si impone alla persona che dispone del potere di farlo rispettare, e a regolare il pericolo oggetto dell'obbligo. Naturalmente, l'esecuzione materiale di tali obblighi presuppone l'azione attraverso il mezzo materiale di persone fisiche, e in particolare di organi o rappresentanti; ma se si tratta di un'astensione, ossia di un fatto negativo, l'inazione potrà essere direttamente imputata a coloro che per la loro specifica funzione, sono incaricati di prendere misure regolatrici delle possibili cause di turbamenti all'ordine pubblico o alla sicurezza, o alla struttura organizzativa della società: si tratta della c.d. *responsabilità penale della funzione*⁷⁰⁷. In tale prospettiva, sembra naturale dichiarare come direttamente responsabile d'omicidio involontario un centro ospedaliero universitario constatando che: "Une défaillance manifeste du service d'accueil des urgences, en infraction au règlement intérieur de l'hôpital qui impose la présence d'un médecin sénior

⁷⁰⁴ SALEILLES (R.), *Les accidents du travail et responsabilité civile*

⁷⁰⁵ v. anche BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit.

⁷⁰⁶ Ad esempio, Crim., 25 mag 1994, Bull. crim., n. 203.

⁷⁰⁷ v. ancora BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, op. cit.

dans chaque unité fonctionnelle”⁷⁰⁸. Allo stesso modo, può essere imputato alla persona giuridica la violazione, attraverso omissione, di diversi obblighi regolamentari, destinati a evitare la propagazione di un incendio. Sarebbe dunque possibile porre la persona giuridica sotto esame per il reato di propagazione di un grave incendio, laddove esistano dei gravi indizi che attestino la sua partecipazione a titolo di autore o di complice alla commissione del delitto di distruzione involontaria d’un bene appartenente a terzi, per l’effetto di un incendio provocato da inosservanza ad un obbligo di sicurezza o prudenza imposto da legge o da regolamento. Alcuni autori, negli ultimi anni, hanno auspicato la soppressione da parte del legislatore francese del riferimento agli organi o rappresentanti⁷⁰⁹. Tale impostazione, secondo questi autori, va iscritta in una prospettiva europea che concepisce lo strumento penale come un’arma efficace di lotta contro la criminalità economica e contro quella organizzata. In tale prospettiva si vuole evitare che l’anonimato del processo decisionale di certe grandi società e multinazionali possa costituire una causa di impunità di crimini che si ripercuotono sulle comunità o sulla salvaguardia del pubblico interesse. Tale concezione si avvicina a certe rare elaborazioni dottrinali francesi le quali hanno elaborato la nozione di *infraction commise pour le compte della personne morale*, ai sensi dell’art. 121-2 del Codice penale francese. Tale formula risulta attualmente assorbita attraverso il ricorso alla nozione d’organo o di rappresentante⁷¹⁰. Il reato commesso per conto della persona giuridica sembrerebbe apparire secondo certi autori come il reato commesso nell’interesse economico di quest’ultima (profitto), o al suo interesse giuridico, ossia in riferimento al suo oggetto sociale⁷¹¹. Dunque, l’espressione “pour le compte” significherebbe “nell’esercizio di attività aventi ad oggetto di assicurare l’organizzazione, il funzionamento e gli obiettivi del gruppo

⁷⁰⁸ Crim. 9 mar. 2010, D. 2010, p. 2135, nota MARÉCHAL (J.-Y.).

⁷⁰⁹ MARÉCHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP 2009, I, p. 249; Comp. PLANCQUE (J.-C.), *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français, une œuvre encore perfectible, La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, op. cit., p. 175 e ss.

⁷¹⁰ PLANCQUE (J.-C.), *La détermination de la personne morale responsable*, L’Harmattan, 2004, n. 414.

⁷¹¹ v. SAINT-PAU (J.-CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales, Réalité et fiction*, op. cit., n. 146 e ss.

dotato di personalità giuridica, anche se per essa non ne sarà scaturito alcun profitto⁷¹². Per integrare un reato, commesso per conto della persona giuridica, dell'elemento soggettivo e di quello materiale, restano a questo punto due distinte modalità su cui l'ordinamento francese si focalizza. Innanzitutto, identificando una persona fisica agente per conto della persona giuridica in quanto autore materiale degli elementi costitutivi del reato. in tal modo la responsabilità penale dell'ente sarà fondata su un fatto personale compiuto attraverso la funzione di rappresentanza della persona fisica agente, che agirà in quanto organo o rappresentante dell'ente medesimo. Bisogna anche constatare che, secondo certi autori, il fondamento di una responsabilità senza rappresentanza dell'ente, non comporterebbe una de-responsabilizzazione delle persone fisiche agenti, che invece restano responsabili quando esse sono identificabili e laddove concorrano le circostanze che permettano la loro incriminazione. Quando, al contrario, l'anonimato del processo decisionale impedisce una chiara identificazione di una persona fisica agente, il giudice penale dovrà integrare l'elemento morale e quello materiale della fattispecie di reato direttamente in capo all'ente collettivo. Da una parte apparterrà al giudice il compito di verificare che il reato sia direttamente riferibile a un'attività riferibile all'impresa attraverso il criterio del profitto, dell'oggetto sociale, o dell'organizzazione e la sua struttura. D'altra parte, la sentenza di condanna dovrà essere fondata anche sul fatto che l'intenzione o l'imprudenza risultino da dati concreti, seppur esclusivamente oggettivi, manifestanti la volontà dell'ente: deficienza dell'organizzazione, regole di sicurezza insufficienti, limitazioni budgetarie irragionevoli, assenza di investimenti strutturali, misure parziali per la conformità a una legislazione sociale o ambientale. Secondo gli autori in parola⁷¹³. Come afferma un autore⁷¹⁴, la maggior parte dei giuristi francesi ha rifiutato di accettare la possibilità di instaurare all'interno

⁷¹² SAINT-PAU (J.-CH.), *L' évolution de la responsabilité des personnes morales: d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation*, op. cit. p. 61: "La formule française pour le compte paraît englober les deux autres critères(intérêt et objet social) évoqué par les législations(...); il en résulte que la consécration légale d'une responsabilité pénale sans représentation des personnes morales suppose seulement une suppression des mots *organes ou représentants* du texte pénal".

⁷¹³ *Ivi*, op. cit. p. 62: "La responsabilité pénale des personnes morales n'est pas une responsabilité sans faute, mais une responsabilité pour faute objective, qui n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques agissant pour son compte selon un critère de cumul qu'il conviendrait également de préciser dans une réforme législative globale(...)".

⁷¹⁴ J.-C. Planque, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 271.

dell'ordinamento penale una reale responsabilità degli enti, fondando tale rifiuto su una presunta assenza di volontà nella *natura* dell'ente collettivo. Essi hanno pensato che il diritto penale può applicarsi solo agli esseri fatti "de chair et de sang dotés de volonté"⁷¹⁵. Ed è proprio a partire da tale presupposto che non solo si è inizialmente voluto negare la possibilità di realizzare l'elemento materiale del reato alla persona giuridica, e dunque di considerarla quale soggetto di diritto penale, ma curiosamente anche la stessa inclusione della responsabilità penale degli enti viene oggi fondata, nell'ordinamento francese, sulla detta negazione. Proprio perché l'ente collettivo non esisterebbe, se non come figura astratta e di pura fantasia; allora il legislatore all'occorrenza può *decidere di farlo esistere*. Perciò il giudice non ha il dovere concreto di rintracciare la colpa dell'ente, in quanto quest'ultimo non sarebbe dotato né di coscienza, né di volontà, ma, più semplicemente, il giudice deve verificare se è stato commesso un reato in nome della persona giuridica, indirettamente messo in atto da una persona fisica, che resta la reale protagonista dei fatti delittuosi. Tutto questo discorso sull'inconsistenza degli enti come soggetti materiali e sull'opportunità politica di costituirli come soggetti di diritto nacque in Francia con l'applicazione dell'*ordonnance* del 1945⁷¹⁶. Si è già visto come l'immagine dell'ente che gli autori contemporanei della detta *ordonnance* evocano, è quella di una *machine juridique*. Ripert sottolineava la natura macchinosa dell'ente, sostenendo che si tratta d'"une bonne machine pour le capitalisme", e che "il ne faut rien lui demander de plus que de bien fonctionner", l'autore continua affermando che non bisogna, nel giudicare l'ente collettivo, cercare l'anima dello stesso, perché essa non esiste, sia essa una ricerca fondata su una presunta personalità morale dell'ente o su l'idea di istituzione⁷¹⁷. Allo stesso modo, un altro autore sostiene che in diritto penale è la preponderanza dell'elemento psicologico che distingue tale disciplina del diritto dalle altre, e dunque : "l'intention coupable, la volonté, ne peut avoir son siège que chez une personne physique"⁷¹⁸. Più di recente la dottrina francese è

⁷¹⁵ *Ivi*, p. 68.

⁷¹⁶ Ordonnance du 5 mai 1945, relativa alla responsabilità delle imprese di stampa, d'informazione, e di pubblicità, colpevoli di *collaborazionismo*; (G. O. 6 mai 1945, p. 2571; D. 45, lég., p. 98.

⁷¹⁷ RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, vol. 3, n. 53, p. 122.

⁷¹⁸ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RID, 1950, p. 339.

impegnata su un'opera di sistemazione positiva e di ricerca di una coerenza interna della lettera della legge penale. Questo a partire proprio da una presunta inconsistenza materiale dell'ente collettivo e dalla sua dipendenza dalla norma positiva. In altre parole, non è l'ente il soggetto delle elaborazioni dottrinarie intorno alla persona giuridica, ma è la norma che ne stabilisce a priori i casi di colpa penale idonei a costituirne la responsabilità e lo costruisce in quanto automa del diritto penale contemporaneo nato dalla penna del legislatore. Un autore, ad esempio, dichiara che la *personne morale* non ha altra volontà se non quella dei propri dirigenti che la dirigono e la costituiscono simbolicamente per rappresentanza. Ma allo stesso modo, e procedendo con la stessa logica, si potrebbe dire che non esiste un *demos* rappresentato, ma esisterebbe solo l'eletto rappresentante. Il problema allora sarebbe quello di sapere, in diritto pubblico, se si ammettesse l'inesistenza come fenomeno reale del *demos*, cosa debba rappresentare l'eletto in un regime democratico. Inoltre, dire oggi, all'interno di un regime democratico che gli enti non sono dotati di volontà, o almeno di un modo d'espressione della volontà che rende in qualche modo responsabile tutta la comunità che appartiene all'ente, vuol dire negare quella delega di responsabilità, quel circolo idealmente virtuoso, che sta alla base e fa da essenza al regime democratico. Se non si ammette che la responsabilità del rappresentante non è anche indirettamente la responsabilità del soggetto rappresentato, sia esso anche una comunità unita solo da un punto di vista politico, vuol dire affermare che la funzione legata al diritto di voto non ha alcun valore sostanziale, e che dietro la rappresentanza democratica non vi è alcuna coscienza, né quella della maggioranza, né tantomeno quella della comunità che attraverso il voto esprimono quella direzione che una comunità si *vuole* dare. Questo discorso che lega la responsabilità degli enti di diritto privato alla dottrina dello Stato e del diritto pubblico, che era il luogo di discussione centrale dei giuristi francesi di inizio secolo scorso, si è oggi perduto, come si è perduta la percezione del legame tra i due fenomeni, che hanno delle evidenti conseguenze reciproche. Riportare la responsabilità all'interno dell'ente collettivo e sull'ente medesimo vuol dire ripercorrere un discorso di coscienza del percorso circolare, che non trova mai un centro sicuro, della responsabilità, che ha a che vedere anche con l'attuale sistema politico. Insomma, se esiste il rappresentante, inteso nel senso più largo, allora esso esiste per rappresentare *qualcosa*, che sia essa l'ente di diritto privato o la società partecipata. Per un autore⁷¹⁹, quello intorno agli

⁷¹⁹ ROBERT (J.-H.) (a cura di), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal – Actes du colloque du 18 octobre 2001*, Paris, 2002.

enti è un problema che s'instaura sui fondamenti stessi della responsabilità penale. Secondo Robert, sarebbe inconcepibile l'assunto per cui la responsabilità penale degli enti è fondata sulle stesse basi di quella delle persone fisiche. Insomma, su nozioni come quelle che abbiamo già visto e messe in discussione: libertà, coscienza, volontà. le *personnes morales* non sarebbero fornite di una coscienza e una volontà unitaria che permetta un giudizio morale costituito su tali parametri. Quest'affermazione, seppur in linea con quanto detto finora, ci sembra che andrebbe estesa anche alla colpa professionale, e a quella legata alle posizioni di garanzia. Ossia a tutte quelle entità che pur non esistendo da un punto di vista oggettivistico-naturalistico, costituiscono, però, una parte importante del tessuto sociale, una *complessificazione* della divisione sociale del lavoro, e un doppione di ciascun individuo che debba essere giudicato davanti al giudice penale per reati legati alla professione o ad una dovuta garanzia a terzi. Sarebbe a questo punto un connettore che lega il reato ad un interesse differente da quello individuale tradizionale, ossia l'interesse legato alla funzione, dove pubblico e privato si confondono. Infatti, la *funzione* in diritto è ormai legata ad una visione mista *pubblico/privato* della delega alla cura dell'interesse pubblico, e questo fenomeno che demanda nuove forme di responsabilità penale che inseriscano una morale dei valori comuni nella regolamentazione funzionale delle attività di gestione e produzione. Anche quando ci si trova di fronte agli ormai classici casi di *malasanità*, e alla responsabilità del medico, bisogna ammettere che non si giudica tanto l'essere umano nella sua interezza, o un'entità cosciente naturale, o ancora la volontà di nuocere del soggetto, viene invece semplicemente giudicata la funzione e l'indirizzo della funzione esercitata, la bontà non dell'uomo in quanto tale, ma del medico, del soggetto che applica una scienza, della *funzione* del soggetto. Si parlerà, allora, di *deontologia*, di tecnica, di procedure, di modelli di riferimento e di pratiche dannose. Certo, in fondo al ruolo c'è l'individuo, il soggetto unitario e volontario, l'umano. Ma di fronte al giudice c'è un ruolo ed un soggetto giuridico, che in quel momento sarà valutato sulla base della sua coerenza ad un sistema di regole, che sono regole di natura penale che mirano ad indirizzare verso fini legali l'attività in parola. Così come per la persona giuridica, che ha una funzione concreta e reale nella società e che viene interpretata dai soggetti singolari che vivono in essa, ma anche attraverso essa, in modo unitario; di fronte al giudice siede il personaggio, come nel caso del professionista; dietro al personaggio ci sarà un individuo, come nel caso della persona giuridica vi sarà il *l'organo/rappresentante*. In entrambi i casi, persona giuridica e persona fisica, persona e

personaggio si alternano; ma ciò che viene giudicato è solo il personaggio, che non è, per ciò, una mera finzione; esso opera *veramente* all'interno della società, e *veramente* può essere funzionale e disfunzionale ad essa, *concretamente* può nuocere e rompere il patto alla base del diritto penale, attraverso, ad esempio, la trasgressione della norma e della regolamentazione di una certa attività privata che all'interno di una logica di profitto permessa dal diritto tutela nel contempo anche l'interesse pubblico in quanto interesse primario della comunità. Anche l'assunto, sostenuto da altri autori francesi⁷²⁰, che hanno cercato di trovare un fondamento logico alla responsabilità penale degli enti, cercando al contempo di sostenere l'impossibilità di una volontà indipendente dell'entità collettiva, sembra fallace proprio nel fondamento costruito intorno al tentativo di far rientrare la volontà all'interno del loro discorso. Secondo questi ultimi la responsabilità penale degli enti non riposerebbe su una volontà colpevole, ma semplicemente sul fatto di reato in quanto costitutivo di danni ai beni fondamentali difesi dal diritto penale; il che ci riporterebbe immediatamente alle riflessioni sulla natura positivista di fondo della dottrina francese. La conseguenza di tale affermazione, da un punto di vista logico, sarebbe quella di affermare una responsabilità penale oggettiva che potrebbe essere affrontata solo attraverso l'applicazione di misure di sicurezza. Tale conseguenza è dovuta non alla presunta assenza di volontà, ma per l'assenza di *rimproverabilità morale* che ne deriverebbe secondo tali autori, non direttamente dall'assenza di *volontarietà* degli atti o delle omissioni; senza rimproverabilità delle infrazioni, si ricadrebbe verso il puro diritto amministrativo, il cui fine è quello di regolare e non quello di reprimere imprimendo una direzione etica a ciò che è permesso o non permesso fare. Essi restano legati ai tradizionali fondamenti di un diritto penale che ormai viene sorpassato dalla giurisprudenza, dai principi generali, dalle procedure e dalle stesse strutture d'applicazione della pena, si pensi alla crisi del *perimetro penitenziario*, e alla sua ridefinizione, e dunque alla inattualità della critica all'impossibilità sanzionatoria verso gli enti collettivi. Non intravedono la possibilità di fondare la responsabilità, e la soggettività legata ad essa, sulla base di altri attributi che non siano legati necessariamente alla volontarietà degli atti. L'elemento intenzionale del reato non è necessariamente sinonimo di volontarietà ma può essere declinato in altre forme a seconda degli interessi e della natura dei soggetti. Si sostiene che senza un impulso umano capace di

⁷²⁰ v. BOCCON-GIBOD (D.), *La responsabilité pénale des personnes morales. Présentation théorique et pratique*, Editions ESKA, 1994.

simulare la volontarietà dell'atto, la *personne morale* risulterebbe inerte e inutile, come un pianoforte senza pianista. Per dimostrare l'esistenza possibile di una volontà colpevole dell'ente certi autori francesi⁷²¹ si affidano all'opera di Mestre, il quale sostiene che sarebbe a partire d'un *impulsion humaine* che la *personne morale* "devient un être vivant, doué d'une vie distincte de celle de ses membres"⁷²². Nell'*avant-projet* del *Code pénal* del 1978 si dichiara che la vita di un ente collettivo "se caractérise par une volonté et une activité qui dominant la volonté et l'activité des membres, souvent interchangeables"⁷²³. Lo stesso Codice penale del 1994 mette in evidenza l'importanza della volontà criminale, che viene intercettata subito dalle prime sentenze sul tema⁷²⁴. Nonostante ciò la giurisprudenza penale francese comincia a conformarsi all'idea che non bisogna ricercare la volontà ma piuttosto bisogna ritrovare l'interesse sulla base del quale l'azione è stata messa in moto e se a tale interesse, legato alla formula *par le compte de* inscritta all'art. 121-2 del *Code pénal*, abbia corrisposto una struttura organizzativa funzionale al crimine che, secondo Un autore⁷²⁵, comincia ad essere intercettata dalla giurisprudenza (seppur in modo peculiarmente simile ai casi di *violazione di regole cautelari* da parte delle persone fisiche), e sicuramente da certa

⁷²¹ PLANQUE (J.-C.), *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, op. cit. p. 276.

⁷²² MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèses, Paris, 1899, p. 15.

⁷²³ *Avant-projet définitif du Code pénal de 1978. Documentation Française*, p. 41.

⁷²⁴ v. Cass. crim. 28 juin 1995, Dir. Pén. 1995, comm. n. 274, note ROBERT (J.H.).

⁷²⁵ VILLANI (E.), *Infortuni sul lavoro e "défaut d'organisation" nella esperienza giurisprudenziale francese, in Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, CAMPAGNA (F.) (a cura di), Napoli, 2012, p. 416; interessante a fini comparatistici un caso deciso dalla Corte d'Appello di Grenoble (CA Grenoble, 6 avr. 2006, in www.legifrance.gouv.fr) "la quale assolveva una società dall'accusa di omicidio colposo per un incidente avvenuto nel corso di un esperimento su un apparecchio per l'alta tensione, in vista della commercializzazione dell'apparecchio medesimo, pur con qualche incertezza, la causa dell'incidente veniva ricondotta alla inadeguatezza delle viti usate per fissare lo strumento (le quali avrebbero dovuto essere di 35 centimetri anziché 30). Ebbene nell'argomentare la sentenza di proscioglimento, l'organo giudicante afferma che, anche quando fosse accertata l'inosservanza di una prescrizione cautelare, questa "violazione andrebbe ancora imputata ad un organo o rappresentante che sia stato inadempiente dal punto di vista tecnico e che commesso un difetto d'organizzazione o abbia omesso di mettere in opera procedure di controllo. Prosegue la Corte affermando che una tale dimostrazione non v'è stata, perché delle procedure interne erano previste ed erano state messe in opera per garantire la sicurezza dei prodotti, sia in vista della futura utilizzazione da parte dei clienti, sia rispetto alla fase di costruzione e sperimentazione all'interno dello stabilimento". Questa prospettiva evolutiva di certa giurisprudenza francese, secondo l'autrice risulta essere non solo l'unica attuale alternativa in Francia per una astrazione di reato all'ente sotto il profilo soggettivo, ma anche l'unico modo per evitare una automatica condanna degli enti che risulterebbe essere una variante di colpa oggettiva; v. pp. 420 e 421.

dottrina francese, come si è visto nelle pagine precedenti sulle teorie formulate da altri autori⁷²⁶. Infine, la giurisprudenza si è in parte allontanata dal modello *c.d. par ricochet*, appoggiandosi sull'idea di politica d'impresa, soprattutto in materia di infrazioni volontarie⁷²⁷ o, come si è visto, per i casi di reati involontari⁷²⁸. Tali tentativi urtano contro la resistenza della Corte di cassazione, che vorrebbe un ritorno al sistema *par identification* dell'imputazione alla *personne morale*⁷²⁹. Una resistenza che allontana l'ordinamento giuridico francese non solamente dall'impostazione fondata sulla *realtà* e sulla *funzione qualificata* della persona giuridica nella società, ma anche da un'evoluzione giurisprudenziale nel senso di un riconoscimento, nella *personne morale*, di quell'elemento soggettivo che resta fondamentale ai fini dell'imputazione penale⁷³⁰.

4.5. Il sistema sanzionatorio.

⁷²⁶ MARÉCHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 249; TRICOT (J.), *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français*, RSC, 2012, pp. 19 e ss.

⁷²⁷ v. ad es. i casi di manipolazione dei flussi in borsa, in STASIAK (F.), *Responsabilité pénale de la personne morale*, RSC, 2010, pp. 165 e ss.

⁷²⁸ MAYAUD (Y.), *Responsabilité pénale d'un centre hospitalier universitaire pour défaut d'organisation*, RSC, 2010, p. 617.

⁷²⁹ CERF-HOLLENDER (A.), *Responsabilité pénale des personnes morales: confirmation du retour à l'orthodoxie*, RSC, 2012, pp. 377 e ss.; ROBERT (J.-H.), *Homicide involontaire à la charge d'une personne morale: frein, mais non fin, de la jurisprudence relative à son imputation présumée*, in RSC, 2012, pp. 825 e ss.

⁷³⁰ v. MANACORDA (S.), *La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne: modèles normatifs et obstacles théoriques*, in *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, op. cit., p. 29.

Gli articoli 131-38 e 131-39⁷³¹ stabiliscono le pene principali previste nei casi di responsabilità penale delle *personnes morales*. Si tratta principalmente della dissoluzione dell'ente, sorveglianza giudiziaria e ammenda. L'ammenda è pari a cinque volte a quella prevista per le persone fisiche; tale montante è raddoppiata in caso di recidiva. La dissoluzione non è applicabile agli enti pubblici, ai partiti e ai gruppi politici, ai sindacati professionali e alle istituzioni rappresentative del personale. La dissoluzione è prevista quando l'oggetto dell'ente è illecito, oppure quando esso sia stato pervertito al fine della commissione di reati; ossia quando la persona giuridica è illecita sin dall'origine. Comunque, la dissoluzione non può essere inflitta se non per reati che comportano perlomeno tre anni di reclusione per le persone fisiche. Lo scopo specifico della dissoluzione deve essere quello di evitare il pericolo rappresentato dall'ente per i terzi. La sorveglianza giudiziale può essere stabilita per una durata di cinque anni o più. Tale misura non può applicarsi alle persone giuridiche di diritto pubblico. Un mandatario del Ministero della Giustizia sarà designato al fine di sorvegliare le attività dell'impresa. Esso elaborerà un

⁷³¹ L'articolo 131-38 dispone: "Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 Euros". Nell'articolo 131-39 c.p., invece, si prevedono vari tipi di pene complementari: "Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : 1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés; 2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales; 3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire; 4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés; 5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus; 6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé; 7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement; 8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21; 9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique; 10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise; 11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal; La peine complémentaire de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse. Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

rapporto ogni sei mesi al giudice istruttore, il quale potrà rapportare a sua volta al giudice di merito al fine di una pronuncia che può far scaturire nuove pene. L'interdizione definitiva, o per una durata massima di cinque anni, di esercitare, direttamente o indirettamente, una o molteplici attività professionali o sociali, può essere pronunciata dal giudice di merito⁷³². La determinazione di dette attività resta funzione dell'attività nella quale il reato è stato commesso. L'articolo evoca la chiusura definitiva o per un massimo di cinque anni dello stabilimento che è servito a commettere il reato, tale misura integra anche l'interdizione di esercitare l'attività oggetto del reato. La legge prevede anche la possibilità per il giudice di condannare all'interdizione di emettere assegni o di utilizzare delle carte di credito bancarie, per una durata minima di cinque anni. La confisca è prevista per le cose che hanno permesso la commissione del reato o per quelle che costituiscono il prezzo del reato. Per quanto riguarda le pene contravvenzionali, la tematica dell'incidenza delle pene previste agli artt. 131-38 e 131-39 c.p. sul funzionamento complessivo delle persone giuridiche si lega alla problematica del difetto di personalizzazione del trattamento sanzionatorio, aggravata dalla palese facilità con cui la giurisprudenza imputa una fattispecie di reato ad una persona giuridica mediante il ricorso al meccanismo della *presunzione di commissione* del reato per giustificare la responsabilità. A tale ultimo proposito, continuando ad analizzare il sistema sanzionatorio francese, certa dottrina rileva come, al di là dalla pena della dissoluzione prevista dal 1° comma dell'articolo 131-39, che non costituisce ricorso frequente nell'ordinamento francese, come l'estensione di una sanzione preesistente, particolarmente gravosa per il funzionamento dell'ente risulta la stessa pena dell'ammenda, che invece resta pena fondamentale. L'ammenda, prevista dall'art. 131-37, 1° comma c.p. è indicata come sanzione generale. Anche qui, come si è fatto notare in rapporto all'ordinamento italiano, l'aumento esponenziale del carico sanzionatorio può risultare fatale nei confronti degli enti sprovvisti di una struttura finanziaria solida, anche a dispetto della personalizzazione della pena ex art. 132-24, 1° comma c.p. che è fondata sulle capacità economiche. Altrettanto incisive risultano le sanzioni previste ai commi 2° e 4° del medesimo articolo, che stabiliscono rispettivamente l'interdizione a titolo definitivo, ovvero per una durata non superiore a cinque anni, dall'esercizio diretto o indiretto di una o più attività professionali o sociali, e la chiusura definitiva, ovvero non superiore a cinque anni, degli stabilimenti

⁷³² Cfr. BARBIÈRI (J.-F.), *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, op. cit., pp. 24-25.

dell'impresa, o di uno o plurimi di essi, che siano serviti alla commissione dei fatti incriminati: in tale ipotesi, l'equivalenza con la dissoluzione è palese, specie qualora l'interdizione sia pronunciata rispetto ad un'attività produttiva particolarmente sviluppata, ovvero la chiusura colpisca uno stabilimento essenziale all'attività dell'ente, posto che le medesime “non beneficiano di una plasticità d'azione o di localizzazione paragonabile a quella delle persone fisiche, in quanto le possibilità di riconversione della produzione sono sovente inesistenti o teoriche”. Parallelamente l'analisi rispetto alla sanzione di cui al 5° comma sembra offrire un'impostazione più specifica, ad esempio, l'esclusione dagli appalti pubblici, specificatamente per le imprese c.d. *mono-cliente*, che lavorano esclusivamente o prevalentemente per un unico soggetto. La sottoposizione a sorveglianza giudiziaria sembra invece dar vita a distinte impostazioni (3° comma dell'articolo 131-39 c.p.), essa rappresenta un serio ostacolo alla libertà di gestione dell'ente, non essendo il c.d. *observateur de gestion*, un amministratore legato all'ente, ma esterno ad esso, e anzi, corpo estraneo all'interesse privatistico dell'ente, in quanto organo tenuto a salvaguardare il rispetto della normativa stabilita dal legislatore. Si intravede, attraverso tale misura, l'alto grado di pervasività che possono rappresentare queste misure rispetto alla libertà di gestione economica e manageriale delle imprese e società dal punto di vista della libertà privata a fini puramente economicissimi. Il fenomeno è certamente legato alla volontà di indirizzare l'apparato sanzionatorio verso la modificazione delle strutture societarie e dei modelli di organizzazione, “in ragione delle esigenze di riduzione dei costi e dell'adattamento delle forme legali a modelli caratterizzati da una deresponsabilizzazione degli organi apicali delle persone giuridiche”⁷³³. Si prenda, ad esempio il settore delle violazioni alla normativa antinfortunistica, l'efficacia dell'apparato sanzionatorio appena enunciato, in astratto garantita dalla previsione legislativa di concordare singole misure economiche a valutazioni contenute nelle relazioni degli istituti votati alla sorveglianza e al rispetto delle obbligazioni generali di igiene e di sicurezza, ai *compliance programs* elaborati dal soggetto in funzione di attore in posizione di garanzia, risulta maggiormente sacrificata proprio in ragione della tendenziale astensione in sede di giudizio, all'utilizzazione di strumenti che vadano oltre l'ammenda. Pur se in misura meno diretta rispetto all'ordinamento italiano, anche alle

⁷³³ VARVARESSOS (A.), *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del lavoratore: giurisprudenza e sistema di un principio instabile*, op. cit., p. 46.

personnes morales, dell'ordinamento francese si prevedono numerose disposizioni che invertono l'onere della prova in rapporto alla verifica di un evento rischioso e che contribuiscono, insieme alle suddette sanzioni, ad appesantire la posizione dell'ente in sede di giudizio. È un esempio paradigmatico la disposizione dell'articolo 4154-3 c. tr., ex art. 34 della legge 12 maggio 2009, n° 526, che, nella disciplina dei contratti di lavoro a termine, presume a carico dell'imprenditore (dunque anche della persona giuridica) *la faute inexcusable* di cui all'articolo 452-1 del Code de la *sécurité sociale*, laddove si rilevi un incidente sul lavoro o una malattia professionale, se i lavoratori siano stati destinati a delle mansioni pericolose senza ricevere l'adeguata formazione alla sicurezza ai sensi dell'articolo 4154-2 c. tr.⁷³⁴.

4.6. brevi conclusioni sulla responsabilità penale degli enti nell'ordinamento francese.

In estrema sintesi, il legislatore francese, animato da un forte pragmatismo di stampo positivista, e poco incline alla costruzione di complicate elaborazioni dottrinarie, opta a favore della soluzione apparentemente più semplice e lineare per ciò che concerne i criteri d'imputazione della responsabilità penale alle *personnes morales*⁷³⁵. Innanzitutto, la scelta legislativa è stata fatta in favore d'un sistema formalmente penale, inserendo le relative disposizioni all'interno del Codice penale francese, e prevedendo l'applicazione di tutta la normativa del diritto penale generale inizialmente costruita per essere applicata alle persone fisiche, anche in rapporto alle persone giuridiche, in maniera piuttosto indifferenziata. Il criterio d'imputazione per il quale ha optato il legislatore francese è stato quello dell'identificazione organica, o della responsabilità penale attribuita all'ente *par ricochet*, in virtù del quale la *personne morale* risponde per il semplice fatto che un individuo, organo o rappresentante, abbia commesso un reato agendo per conto dell'ente medesimo. La maggioranza dei rappresentanti della dottrina francese ha considerato tale modello di responsabilità come perfettamente conforme alle categorie classiche del diritto penale,

⁷³⁴ *Ivi*, p. 47.

⁷³⁵ MANACORDA (S.), *La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne: modèles normatifs et obstacles théoriques*, op. cit., pp. 26 e ss.

probabilmente senza domandarsi veramente se tale sistema s'accordi o meno ai principi e alla struttura del diritto penale tradizionale. Come si è potuto notare, solo recentemente, sotto l'impulso della giurisprudenza e di qualche autore, una certa evoluzione, non sempre lineare, di tale modello è stata osservata. Alcuni autori cominciano a percepire i segni di un progressivo allontanamento della responsabilità penale della persona morale da quella del diritto penale classico abituato ad operare la repressione unicamente sui comportamenti delle persone fisiche. Si comincia, insomma, a intravedere la rottura, anche in Francia, di quel legame stretto di identificazione che ha retto e regge l'imputazione dell'ente su quella dell'agente persona fisica. Di conseguenza, una maggiore autonomia dell'imputazione all'ente si sta facendo strada in Francia grazie al progressivo riconoscimento di una colpevolezza propria dell'ente⁷³⁶. A questo graduale cambiamento (ancora in corso), si è arrivati innanzitutto attraverso l'intervento legislativo della legge del 12 giugno 2000, che mirava ad una riforma della responsabilità della persona fisica per reati involontari, al fine di limitare l'incriminazione dei decisori pubblici; tale legge sganciando il concetto di colpevolezza dell'ente da quello della persona fisica, ha indebolito inevitabilmente la relazione esistente tra la responsabilità della persona fisica e quella della persona morale. Riformando l'art. 121-3 del Codice penale, si è stabilito all'allinea 4 dello stesso articolo che le persone fisiche che abbiano causato in modo indiretto il danno, non potranno rispondere per colpa involontaria, a meno che essi non abbiano agito con *faute caractérisée* ovvero *délibérée*. La dissociazione dalla responsabilità dell'ente deriva dal fatto che per esso la colpa semplice basterà ad integrare, insieme agli altri elementi necessari, l'imputazione⁷³⁷. Anche la giurisprudenza si è allontanata dal modello di responsabilità *par ricochet*. Essa si è espressa in tal senso innanzitutto nelle decisioni in cui ha omesso, su base di ragioni d'opportunità, di identificare la persona fisica autore di reato, condannando però la *personne morale*, imputando una presunzione sul fatto che l'azione o omissione non poteva essere commessa se non da un organo o rappresentante dell'ente e rilevando che l'azione è stata

⁷³⁶ MARECHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, op. cit., p. 249.

⁷³⁷ GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La responsabilité dans l'entreprise après la loi di 10 juillet 2000*, in RSC, 2001, p. 824 e ss.

compiuta per conto dell'ente medesimo⁷³⁸. Infine, come si è avuto già modo di osservare, negli ultimi anni la giurisprudenza ha fatto qualche passo verso la ricerca di una responsabilità propria all'ente, appoggiandosi sulla nozione di politica d'impresa, in materia di reati volontari⁷³⁹ e involontari⁷⁴⁰. Tutti questi tentativi giurisprudenziali si scontrano con una certa resistenza da parte della Corte di cassazione, la quale difende l'interpretazione autentica dei testi e il sistema per identificazione dell'imputazione all'ente attraverso gli atti o le omissioni degli organi o rappresentanti⁷⁴¹.

5. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento tedesco.

Nel 1953, il Congresso dei giuristi tedeschi si pronunciò contro una penalizzazione delle imprese, probabilmente in reazione alla tendenza derivante dall'esperienza vissuta durante la Germania del nazionalsocialismo, che propugnò una repressione penale collettiva senza precedenti in Europa. Il diritto penale tedesco⁷⁴², influenzato dalla detta esperienza storica, a differenza di quanto previsto da altri ordinamenti europei, non prevede l'applicazione di sanzioni meramente penali nei confronti degli enti collettivi. Nonostante la contrarietà genetica all'introduzione della repressione penale nei confronti delle persone giuridiche, anche la Germania è stata oggetto di una pressione internazionale. Bisogna constatare che le indicazioni contenute nelle raccomandazioni provenienti dalle Istituzioni europee che hanno avviato le riforme negli altri Paesi dell'Unione non hanno ottenuto alcun eco in Germania;

⁷³⁸ ROBERT (J.-R.), *Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *JCPG*, n. 50, 12 déc. 2011, p. 1385; ROBERT (J.-H.), *Vers une refondation de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *JCPG*, n. 25, 18 juin 2012, p. 740.

⁷³⁹ STASIAK (F.), *Responsabilité pénale de la personne morale*, op. cit., pp. 165 e ss.

⁷⁴⁰ MAYAUD (Y.), *Responsabilité pénale d'un centre hospitalier universitaire pour défaut d'organisation*, op. cit., pp. 617 e ss.

⁷⁴¹ CERF-HOLLENDER (A.), *Responsabilité pénale des personnes morales: confirmation du retour à l'orthodoxie*, in *RSC*, 2012, p. 377 e ss.; ROBERT (J.-H.), *Homicide involontaire à la charge d'une personne morale: frein, mais non fin, de la jurisprudence relative à son imputation présumée*, op. cit., p. 825 e ss.

⁷⁴² Verh. 40. DJT Bd. II, p. E 84, E 86, E 88.

salvo un'estensione applicativa delle sanzioni amministrative agli enti nei casi di infrazioni vertenti sulla violazione degli interessi finanziari della Comunità Europea. Nonostante la capacità giuridica degli enti sia stata storicamente messa in discussione dalla dottrina, bisogna riconoscere che una capacità delittuosa delle persone giuridiche è stata ammessa molto presto in Germania. Si pensi a Gierke⁷⁴³, che, fondandosi su un istituto ripreso dal diritto civile, ossia la personalità giuridica degli enti collettivi in ordine contrattuale, ammette una capacità delittuosa degli enti derivata dalla volontà autonoma di questi ultimi, ponendosi in netta opposizione rispetto alle correnti teoria *savignane*. Si è già accennato, del resto, a quegli autori penalisti tedeschi - tra tutti von Liszt⁷⁴⁴, M. E. Mayer⁷⁴⁵, ma anche Baumann/Weber⁷⁴⁶ - che si sono allineati all'idea di una volontà propria della persona giuridica. Basti qui ricordare la celebre frase di Liszt che recita: "Chiunque sia capace di concludere un contratto, può ugualmente concludere dei contratti fraudolenti o usurari"⁷⁴⁷. Secondo certi autori della dottrina tedesca, siccome le persone giuridiche sono indiscutibilmente inserite nel mondo sociale e giuridico, esse dovrebbero essere ritenute capaci di delinquere attraverso le azioni concrete dei propri organi o rappresentanti⁷⁴⁸. In ragione di un'adesione sempre più diffusa di una responsabilità propria agli enti collettivi, anche in Germania si fa strada l'idea di una responsabilità funzionale, la quale, allontanandosi dall'idea di responsabilità per fatto personale, trova un più largo sostegno tra i giuristi penalisti tedeschi scettici sul punto, in relazione al difetto di volontarietà degli atti delle persone giuridiche. In tal caso però, si considera come elemento colposo un comportamento che potrebbe essere in realtà indicativo piuttosto d'un difetto di funzionamento del sistema dell'organizzazione dell'ente. Infatti, l'opinione della maggioranza dei giuristi tedeschi ha rigettato una definizione così larga di colpa della

⁷⁴³ GIERKE (O.), *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, op. cit.

⁷⁴⁴ LISZT (F.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18 Aufl., Berlin, 1911, p. 121, Nr. 3.

⁷⁴⁵ Cfr. MAYER (M.E.), *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 96, n. 23.

⁷⁴⁶ Cfr. BAUMANN (J.), WEBER (U.), MITSCH (W.), *Strafrecht*, AT, 10 Aufl., Bielefeld, 1995, p. 196.

⁷⁴⁷ LISZT (F.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit.

⁷⁴⁸ JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISCI, SAINT-PAU (J.-CH.)* (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, Bordeaux, 2014.

persona giuridica, temendo la costruzione dottrinarica, o peggio legislativa, di una forma di responsabilità oggettiva. Perciò anche in Germania ritroviamo, perlomeno in dottrina, il classico modello dell'identificazione organica, secondo il quale la colpa della persona fisica responsabile può, a certe condizioni, essere imputata alla *societas* stessa. D'altra parte, il modello d'origine americana c.d. *Vicarius Liability*⁷⁴⁹ - che si basa sul comportamento colposo dell'insieme delle persone fisiche che contribuiscono ad esteriorizzare l'azione dell'ente -, più complesso sotto il piano teorico, non ha trovato alcuna adesione in Germania. Nonostante ciò, il numero di autori che aderiscono, in un modo o nell'altro, ad una forma di responsabilizzazione, penale o para-penale, degli enti in Germania è aumentato rispetto a una decina di anni addietro. La ragione più frequentemente addotta al fine di giustificare l'introduzione di una sanzione alla *societas* in Germania è quella secondo la quale senza la detta sanzione si permettere agli enti una potenziale irresponsabilità organizzativa in seno al funzionamento dell'impresa. Non ritorneremo nelle pagine a seguire, sui temi già esaurientemente trattati delle ragioni criminologiche (le quali appaiono, tra l'altro, evidenti) che stanno alla base dell'esigenza di sanzionare attraverso un sistema repressivo-penale o quasi-penale taluni comportamenti degli enti. Basti sapere che in Germania, seppur il legislatore resta ostinato, e la maggior parte della dottrina continua a perorare l'esigenza di tenere la struttura classica e personalistica del diritto penale, alcuni autori hanno posto e pongono il problema delle organizzazioni nel diritto penale contemporaneo⁷⁵⁰. L'esistenza di un comportamento penalmente rilevante dell'ente è un argomento da sempre controverso nella dottrina tedesca. Feuerbach⁷⁵¹, ad esempio, si fece apostolo della responsabilità individuale, opponendosi alla capacità penale delle persone giuridiche, come soggetti incapaci di compiere azioni penalmente illegali, fondamentalmente in ragione di una presunta incapacità a volere dell'ente collettivo - e utilizzando, del resto, ragionamenti che non sono lontani da quelli che utilizzò lo stesso Savigny. La giurisprudenza tedesca non ebbe alcuna difficoltà a seguire i postulati della dottrina, e ben presto la Corte suprema dell'Impero tedesco rigettò l'ammissione di una responsabilità penale delle persone

⁷⁴⁹ LEIGH (L.H.), *Strict and Vicarious Liability: a study in administrative criminal law*, in Sweet & Maxwell, London, 1982.

⁷⁵⁰ Si veda in tal senso EIDAM (G.), *Straftäter Unternehmen*, München, 1997, pp. 30 e ss.

⁷⁵¹ FEUERBACH (A.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Gießen, 1836, § 28.

giuridiche non solo in ragione dell'assenza di imputabilità penale, ma ancor prima, adducendo la totale incapacità d'agire delle *societas*⁷⁵². Secondo alcuni autori, nella natura stessa delle cose sarebbe iscritto che le teorie che assimilano l'atto in diritto penale a l'espressione di un comportamento volontario e colpevole, devono negare, nel contempo, la capacità giuridica delle imprese. Si consideri che gli autori (numerosi in Germania) favorevoli alla *c.d. teoria finalistica del diritto penale*, secondo i quali il diritto penale traduce la colpa attraverso l'interpretazione giuridica di comportamenti intenzionali finalisticamente determinati, sono naturalmente portati alla negazione della responsabilità penale delle persone giuridiche. Parallelamente al rifiuto della capacità giuridica degli enti, la responsabilità delle persone giuridiche è di conseguenza esclusa dalla maggioranza dei rappresentanti del pensiero giuridico tedesco. Se si concepisce la colpa come la conseguenza di una capacità d'agire personalmente, in maniera arbitraria e differenziata, allora secondo questi autori sarebbe impossibile immaginare di attribuire responsabilità giuridica all'ente. Infatti, siccome le azioni o le omissioni all'interno dell'impresa sono concretamente eseguite da persone fisiche individuali, sarebbe, in tal senso, responsabilità di queste ultime l'azione o omissione volontariamente intesa che vada al di là dei limiti legali prestabiliti normativamente dall'ordinamento giuridico. Controversa, secondo la dottrina tedesca, resta pure l'idea secondo la quale la responsabilità dell'ente si poggierebbe sulla responsabilità dell'organo rappresentante dello stesso⁷⁵³. In quanto la responsabilità per una colpa commessa da un terzo non può creare un'altra responsabilità differente dalla prima. In questo semplice passaggio si capisce perché in Germania il principio diffuso soprattutto negli ordinamenti giuridici anglosassoni, della responsabilità indiretta per fatto altrui, è stata considerato come fallace, un errore classico poiché i termini di azione e di responsabilità sarebbero rimpiazzati erroneamente attraverso la differenziazione tra *imputabilità dell'azione e imputabilità della responsabilità*⁷⁵⁴. Non bisognerebbe dimenticare, sostengono questi autori, che l'imputabilità della responsabilità necessita della constatazione di una colpa o una concreta azione derivante da un comportamenti di uno o più impiegati dell'impresa. Ma, se il senso di una sanzione penale delle persone giuridiche, è proprio quello di evitare di

⁷⁵² Cfr. RGSt 16, p. 123; 28, p. 105; 33, p. 264.

⁷⁵³ JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, op. cit.

⁷⁵⁴ TIEDEMANN (K.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, op. cit.

lasciare impuniti crimini quando l'agente materiale non sia rintracciabile, allora tale modello non rappresenterebbe un progresso, in quanto secondo l'immedesimazione organica non si può attribuire una colpa all'impresa se non si prova che il reato sia stato commesso da una o più persone determinate. Un altro dei problemi classicamente sollevati dalla dottrina tedesca è quello inerente alla doppia condanna che provocherebbe l'applicazione della responsabilità penale agli enti, ossia la condanna dell'impresa per un'azione la cui origine sarebbe individuale lederebbe il principio tradizionale del diritto penale del *ne bis in idem*, che sta alla base dell'unicità dell'azione repressiva; infatti, in tal caso si punirebbe non solo la persona fisica agente ma anche la *societas*⁷⁵⁵. Tale fenomeno si tradurrebbe in una doppia condanna per la persona fisica che si vedrebbe sanzionata sia in qualità di singolo agente che in quella di associato all'ente. Inoltre, e nella stessa direzione, è stato sostenuto che le conseguenze della penalizzazione dell'impresa comporterebbe delle conseguenze che potrebbero rappresentare un'ingiusta punizione anche per gli innocenti impiegati (si pensi a come l'ammenda può mettere in pericolo il posto di lavoro degli impiegati in modo indiretto). D'altra parte, tale argomento risulta piuttosto debole, se non per altro, perché tutte le sanzioni potenzialmente potrebbero comportare ripercussioni sui terzi, fatto che non rende di per se una sanzione illegale. Come, infatti, fa notare Hirsch, la condanna a una sanzione pecuniaria contro il colpevole può avere conseguenze negative per tutta la sua famiglia, senza che con questo venga influenzato il carattere legale della sanzione. Insomma, nessuno ha mai messo in dubbio il sistema penale classicamente inteso per timore di arrecare danno ai congiunti dei condannati, eppure anch'essi da un punto di vista del un diritto fondato sulla libertà individuale sono incolpevoli; sotto un'aspetto più civilistico, invece, chi condivide il "patrimonio" (nella famiglia), gli interessi (nell'impresa), di un dato soggetto, ne deve patire anche i debiti, seppur indirettamente. Per tutte le menzionate ragioni, fino ad oggi, non si è potuto stabilire in Germania un vero diritto penale dell'impresa e per questo è stata intrapresa la via delle sanzioni amministrative. Già a partire del 1968 il legislatore tedesco ha stabilito la possibilità di infliggere delle ammende agli enti collettivi attraverso l'art. 30 della legge sulle infrazioni amministrative. La possibilità di sanzionare la *societas* attraverso un'ammenda non ha posto problemi al legislatore, poiché la sanzione amministrativa, a differenza della sanzione penale, non necessita di imputazione di una

⁷⁵⁵ JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, op. cit.

colpa, né di rimproverabilità sotto il profilo etico⁷⁵⁶. Nonostante ciò, bisogna tener presente che il dominio d'applicazione dell'art. 30 è stato considerevolmente allargato al fine di raggiungere gli obiettivi indicati a livello europeo nel 2002, e presenta alcuni aspetti a carattere para-penale. In sintesi l'art. 30 stabilisce quanto segue:

- Dominio di applicazione: la sanzione amministrativa è applicabile a tutti gli enti collettivi⁷⁵⁷; la questione relativa alla capacità giuridica, di conseguenza, non si pone.
- *Il fatto generatore dell'illecito amministrativo*: la sanzione amministrativa può essere inflitta ad un'impresa solo se supportata dal *c.d. fatto generatore* (o di *connessione*), tale fatto può essere un illecito penale, ma anche una semplice infrazione amministrativa⁷⁵⁸. La necessità della sussistenza del fatto generatore è spiegata attraverso l'esclusione di una responsabilità propria dell'impresa, di conseguenza il reato o l'infrazione dovranno essere osservate innanzitutto in capo alle persone fisiche agenti da cui dipende il fatto di connessione. La categoria di persone che possono essere considerate come autori del fatto di connessione o *c.d. fatto generatore*, ai sensi dell'art. 30, è limitata. La detta legge richiede che l'autore abbia agito come responsabile in quanto inquadrato in una funzione dirigenziale dell'impresa, un ruolo comunque operativo da cui appaia chiara la funzione di garanzia e di responsabilità nei confronti dell'ente medesimo. L'ammenda viene stabilita sulla base del fatto di connessione. Se il fatto generatore è un'infrazione amministrativa, l'ammenda non può superare ciò che è previsto per il genere d'infrazioni considerato. Se invece si tratta di delitto penale, e in caso di premeditazione, l'ammenda può arrivare a un milione di euro. Se il reato non è intenzionale si può arrivare all'inflizione di un'ammenda per un limite di cinquecentomila euro. Infine, il par. 4 dello stesso articolo prevede che l'ammenda deve essere perlomeno equivalente al valore del vantaggio economico tratto dal reato per l'impresa. In passato, ad esempio, la società Siemens è stata condannata per violazione delle regole di conformità etica a un'ammenda di 395 milioni d'euro. L'ammenda amministrativa può essere inflitta all'autore materiale e

⁷⁵⁶ GOLDSCHMIDT (J.), *Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Aalen, 1969.

⁷⁵⁷ BT-Dr 10/318, p. 40.

⁷⁵⁸ EIDAM (G.), *Straftäter Unternehmen*, op. cit., p. 205.

all'impresa contemporaneamente⁷⁵⁹, ma è ugualmente possibile indirizzare l'ammenda alla sola impresa, in tale ultimo caso non sarà necessario, al fine di applicare la sanzione amministrativa, di determinare l'identità dell'autore materiale del fatto generatore. Basterà provare, come visto nel caso francese (che però si iscrive all'interno del processo penale), che l'atto non possa essere stato commesso che da un organo o rappresentante dell'ente esercente, nella specifica disciplina oggetto della sanzione, una funzione di direzione. Anche nei casi in cui l'infrazione si rilevi che derivi da una cattiva gestione delle attività dell'ente, sarà parimenti opzionale l'identificazione della persona fisica al fine dell'applicazione della sanzione, in quanto, in tal caso, si presume che solo gli organi esercenti le suddette attività di gestione e direzione abbiano potuto compiere atti determinanti al fine del compimento dell'infrazione stessa. Per quanto riguarda la competenza sulla decisione d'infliggere l'ammenda amministrativa, bisogna distinguere i due seguenti casi: 1) Se il fatto generatore è un'infrazione amministrativa, l'ammenda sarà inflitta attraverso le autorità amministrative che sono competenti anche in rapporto all'inflizione della sanzione all'autore materiale⁷⁶⁰; 2) Se il fatto generatore è un reato penale, è il *Strafgericht*, ossia un organo giuridico che si occupa dell'inflizione di pene correzionali, che si occupa della repressione dell'infrazione amministrativa, incidentalmente al processo penale dell'autore materiale⁷⁶¹. Secondo un autore, le modalità d'applicazione e gli effetti della sanzione pecuniaria amministrativa sono così simili a quelli della sanzione penale (o para-penale) che, in dottrina, sempre con maggior forza si sente reclamare una vera e propria penalizzazione in senso sostanziale e formale della *societas*. Così ha fatto Hirsch, che, allontanandosi dall'opinione generale tedesca, ha stabilito un rapporto di parentela logica tra la sanzione amministrativa alle imprese e la sanzione penale. Tale pensiero origina dalla constatazione secondo la quale il fatto di infliggere una sanzione pecuniaria all'impresa esigerebbe comunque una rimproverabilità sotto l'aspetto etico di quest'ultima, sia essa inquadrata in un contesto penale o amministrativo. Secondo l'autore, bisogna trovare un modo, in Germania, per applicare la sanzione conferendo al contempo una disapprovazione etica da parte dell'ordinamento

⁷⁵⁹ JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, op. cit.

⁷⁶⁰ HIRSCH (H.J.), *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, op. cit., p. 319.

⁷⁶¹ Bohnert, *OWiG*, 3 ed., 2010, § 30, p. 54.

nella veste del giudice al comportamento dell'organizzazione responsabile dell'infrazione. Un autore⁷⁶², sostiene che risulta difficile comprendere il motivo per cui la questione della capacità giuridica e della responsabilità dell'impresa debba essere affrontata sulla base dei classici principi del diritto amministrativo e penale. Quello che resta è il fatto che, in diritto, una condanna a una sanzione esige necessariamente un'azione o un'omissione e una responsabilità determinata. E in tal senso, la questione della responsabilità della persona giuridica non diviene meno problematica in diritto amministrativo che in diritto penale; in quanto, in entrambi i casi, secondo i principi sopra enunciati si tratterebbe di una imputazione per fatto attribuibile materialmente a un terzo (l'organo o il rappresentante) e dunque solo indirettamente imputabile all'ente⁷⁶³, su un piano prettamente dogmatico. Da questo punto di vista, i giuristi tedeschi non vedono la ragione di un cambiamento di regime della responsabilità delle persone giuridiche, come invece è avvenuto in Francia, senza aver prima risolto le contraddizioni sul piano dogmatico che, come si è visto, comporta l'assunzione di una responsabilità indiretta dell'ente fondata sul modello di immedesimazione organica. Perciò, nonostante le spinte europee, e le indicazioni rappresentate dal diritto penale comparato, il legislatore tedesco si è impostato su un immobilismo legislativo in materia, mantenendo l'applicazione delle sanzioni amministrative all'ente, in quanto giudicate meno temerarie, sotto l'aspetto dogmatico, delle sanzioni penali⁷⁶⁴. La tradizionale resistenza di una criminalizzazione della *societas* in diritto tedesco si è fondata sull'impossibilità di rintracciare una sostanziale volontà psicologica colpevole e, fatto ritenuto fondamentale dal giurista tedesco, sulla impossibilità di prendere coscienza in modo diretto dei comandamenti espressi dal diritto penale e delle relative sanzioni. La dottrina tedesca, è tradizionalmente contraria all'assunto secondo il quale una colpa può passare da un soggetto all'altro sotto forma di responsabilità indiretta. Ecco perché anche in Germania il modello proposto da

⁷⁶² JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, op. cit.

⁷⁶³ Qui, come si può agevolmente notare, non si fa nemmeno lontano riferimento alla teoria della responsabilità diretta e soggettiva dell'ente, seppur normativa, su presupposto del difetto colpevole d'organizzazione.

⁷⁶⁴ BOHERT (L.), *OWiG*, op. cit., § 1, point 12, 19; Göhler, *OWiG-König*, 16 ed., 2012, vor § 1, p. 10.

Tiedemann⁷⁶⁵ è sembrato maggiormente efficace sotto il piano dogmatico. Infatti, attraverso l'ammissione di una colpa, seppur sui generis, propria all'impresa attraverso il difetto d'organizzazione, si scavalcherebbero tutti quegli ostacoli dogmatici sollevati dalla dottrina tradizionalista. Anche tale modello, però, è stato fatto oggetto di numerose critiche, tra le quali quella secondo la quale un gruppo organizzato non può organizzarsi in modo indipendente, ma solo attraverso l'azione di coloro che lo determinano in quanto tale, ossia le persone fisiche, ritornando, in tal modo, sullo stesso dubbio dogmatico della responsabilità indiretta. Per questo motivo, è stato proposto da più parti l'applicazione di misure di sicurezza alla persona giuridica, tagliando di netto il rapporto tra sanzione e colpevolezza, e spostandolo sulla meno discussa pericolosità dell'organizzazione. Ma anche in tal caso, si è detto, l'applicazione di tali misure porrebbe nuove problematiche. Infatti, le misure di sicurezza sono strettamente legate all'idea di pericolosità del soggetto al quale si applicano. Un autore ha considerato sussistente una pericolosità insita nell'organizzazione stessa dell'ente, nel suo comportamento potenzialmente criminale, e nella difficoltà di rintracciare le responsabilità individuali che si disperderebbero nella complessità organizzativa⁷⁶⁶. Le misure di sicurezza, comunque, richiederebbero perlomeno una capacità giuridica dell'autore dei fatti; e se, come sembra avvenire in Germania, non si ammette la capacità giuridica dell'ente, allora una condizione essenziale all'applicazione delle misure di sicurezza viene a mancare. Per tutte queste ragioni, che amplificano quanto già è stato detto sui dubbi dogmatici all'applicazione della responsabilità penale agli enti, anche in Germania, entro sanzione penale (o misura di sicurezza) e sanzione amministrativa, sarebbe più agevole introdurre una terza via, sotto la forma di una sanzione indipendente dagli istituti tradizionali di capacità e responsabilità giuridica. L'interesse di costituire il *tertium genus* per la responsabilità degli enti consisterebbe principalmente nel dare finalmente un'inquadratura giuridica definita al principio di prevenzione generale e speciale. Sembra che ancor più pregnante sia la necessità di sostanziare giuridicamente un altro principio, che è quello precauzionale, è su questo principio che può (e ormai deve) fondarsi una nuova responsabilità giuridica, non solo degli enti, che possa andare oltre gli ostacoli di una dogmatica che conosceva ancora

⁷⁶⁵ TIEDEMANN (K.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, op. cit.

⁷⁶⁶ SCHÜNEMANN (B.), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 237.

troppo poco le necessità regolative di una società ove la colpevolezza si disperde tra le maglie di una rete di competenze e di funzioni interconnesse tra loro, e dove gli interessi individuali sono inseriti in organizzazioni capaci di convogliarli e di implementarli al di là dei limiti legali dell'ordinamento. Si va oltre quel principio di responsabilità sociale di cui parlava Tiedemann, come responsabilità indipendente dalla singola azione. I destinatari delle regole etiche di comportamento rispetto alle attività potenzialmente pericolose, che vengono indirizzate alle persone fisiche particolarmente qualificate in ragione di prevenzione generale, sono anche destinatari collettivi. In Germania queste teorie di parapenalizzazione dei soggetti collettivi si riconducono ad una responsabilità di tipo funzionale, in particolare Jakobs ha reclamato una responsabilità di tipo funzionale, già molti anni addietro, per le persone fisiche⁷⁶⁷. Tale idea, di una responsabilità fondata su una logica meramente funzionalista, venne rigettata per le persone fisiche, in quanto prevedendo un'imputazione prettamente funzionale alla repressione di determinati comportamenti in ragione della prevenzione generale, essa non sarebbe compatibile con i diritti fondamentali legati alla dignità umana⁷⁶⁸. Infatti, secondo quest'idea, l'individuo sarebbe ridotto a semplice ingranaggio giuridico repressivo al fine di servire un obiettivo di regolazione sociale. Alcuni autori hanno fatto notare che nel caso delle persone giuridiche la teoria sopra citata sarebbe perfettamente applicabile, in quanto l'impresa non potrebbe giovare del diritto fondamentale alla dignità umana. Perciò, in tal caso, un'imputazione puramente funzionale della responsabilità per ragioni di rispetto del principio di prevenzione dei reati sarebbe, sotto l'angolo legislativo, perfettamente ammissibile; così come auspicabile sul piano criminologico. Dal punto di vista dell'efficacia al fine d'una affermazione del principio di prevenzione, la sanzione pecuniaria offre un efficace deterrente. È stato già proposto, in Germania, di aumentare la somma massima della sanzione amministrativa a venti milioni di euro; il che sembra essere ancora troppo poco considerati gli interessi, illegalmente conseguiti, da certe imprese operanti sul mercato tedesco. Nel sistema tedesco manca, inoltre, la possibilità di commissariare l'impresa attraverso una curatela imposta dal giudice, sanzione fondamentale al fine di prevenire i reati delle organizzazioni. In Germania, tale mancanza

⁷⁶⁷ JAKOBS (G.), *Strafrecht*, AT, 2 Aufl., Berlin, 1991, pp. 17 e 22.

⁷⁶⁸ KANT (I.), *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, § 49; ROXIN (C.), *Strafrecht*, AT I, 4 ed., München, 2006, § 19.

sanzionatoria, è stata persino definita come l'uovo di Colombo da uno dei più convinti partigiani della dottrina tedesca della penalizzazione dell'impresa. Non sarebbe assolutamente ammissibile, invece, sul piano della prevenzione, la dissoluzione della società attraverso la sentenza di condanna - che è stata comparata alla pena di morte per la persona fisica -. Rispetto alla prevenzione speciale, del resto, la dissoluzione non comporterebbe nulla di positivo, dato che impedirebbe il recupero del "condannato" sotto il profilo sociale e funzionale. E sotto il profilo generale, la dissoluzione andrebbe evitata anche per ammortizzare i danni verso i dipendenti, che altrimenti perderebbero il loro impiego. Sotto il profilo criminologico ed etico tale soluzione sembra in effetti essere addirittura controproducente, secondo i giuristi tedeschi, i quali restano perplessi della ortodossia del Consiglio europeo quando esso raccomanda, parallelamente a quanto stabilito nel Codice penale francese⁷⁶⁹, di dare al giudice penale una libertà totale d'apprezzamento della sanzione applicabile, che va dal semplice avvertimento simbolico, fino ad arrivare alla dissoluzione dell'impresa, vale a dire alla sua condanna alla pena capitale. L'idea di parte della nuova generazione di giuristi tedeschi consiste in una formulazione puramente funzionale della responsabilità penale degli enti, fondata sul principio di prevenzione, e affinata attraverso una concezione di qualificazione speciale di certe attività produttive ed economiche; e perciò indipendente dall'atto causativo e dalla colpevolezza. Non si percepiscono, a differenza dell'opinione di chi scrive, un valore di riaffermazione etica, proprio all'interno del meccanismo di funzione che viene posto a giudizio penale. Infatti, l'organizzazione può funzionare in modo da prevenire i pericoli potenziali a terzi, quindi contenendo in essa quelle qualità che la rendano, non solo funzionante sul piano effettivo, ma eticamente irreprensibile; oppure può funzionare ma senza contenere in essa, costruttivamente, quegli anticorpi normativi ed organizzativi capaci di renderla immune al rimprovero penale, e dunque, in tal caso, potrà anche funzionare, in termini economico-sociali, ma sarà ugualmente colpevole laddove esso non rappresenti pure un'attenzione organizzativa alle istanze sociali e prevenzionistiche. Ciò non in quanto uno o più rappresentanti l'abbiano determinato come tale, ma in quanto la dinamica interna all'organizzazione abbia permesso, al fine di conseguire interessi privatistici, la costituzione di una struttura che favorisca il reato della fattispecie verificata.

⁷⁶⁹ Art. 131- 39 No. 1 c.p.

Comunque, la negazione della possibilità di una colpevolezza dell'ente da parte della più recente dottrina tedesca, non sembra impedire l'ammissione, per il futuro, di una imputabilità para-penale attraverso l'adozione di una responsabilità di *tertium genus*, sul modello italiano.

6. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento spagnolo.

Anche in Spagna, come negli altri Paesi considerati nella presente analisi comparativa, era diffusa la convinzione che le persone giuridiche non potessero commettere reati. La dottrina si opponeva con convinzione ad una criminalizzazione delle *societas*⁷⁷⁰. Le ragioni relative alla decisione legislativa di non procedere alla criminalizzazione degli enti sono pressappoco le stesse di quelle che si è avuto modo di conoscere per i casi precedenti e non ci si attarderà, nel presente paragrafo a ripercorrerne gli elementi, al fine di dare spazio piuttosto alle originalità rappresentate dal modello spagnolo⁷⁷¹. Anche la questione relativa all'evoluzione legislativa⁷⁷² trainata dall'Unione Europea si è svolta attraverso sentieri simili a quelli già percorsi in Italia, Francia e Germania. A tal proposito, il legislatore spagnolo indica nel documento riassuntivo delle motivazioni della riforma, che la responsabilità penale delle persone giuridiche è stata inserita all'interno dello stesso Codice penale - come in Francia - al fine di rispettare gli obblighi internazionali contratti. Ma, per la Spagna, come per gli altri Paesi esaminati, alcun obbligo di qualificazione penale è stato assunto con la firma dei

⁷⁷⁰ MIR PUIG, (S.), *Derecho penal. Parte general*, 9 ed., Ed. Reppetor, Barcelona, 2011, p. 195.

⁷⁷¹ *Ivi*, p. 195.

⁷⁷² DOPICO (J.), *"Responsabilidad de personas jurídicas"*, in *Memento práctico penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, p. 319-328.

trattati in parola⁷⁷³. Ad ogni modo, la riforma del Codice penale venne approvata nel 2010⁷⁷⁴. C'è da dire che in realtà la riforma ha formalizzato una consuetudine che già era ampiamente praticata in via giurisprudenziale in Spagna. Già dal 1983 si aggiunse, infatti, al vecchio Codice penale spagnolo, uno strumento per evitare l'impunità di coloro che agiscono, in modo illecito, in nome e per conto di una persona giuridica⁷⁷⁵. Ma il più importante passo avanti verso una responsabilizzazione dell'ente venne fatto nel 1995 con l'art. 129 del Codice. Si tratta di un articolo che, in certi casi, autorizza il giudice a condannare la persona giuridica a sopportare delle *consequenze accessorie* per reati commessi dai rappresentanti dell'ente, dove il termine *consequenze accessorie* si rivelò essere una formula eufemistica per la dissimulazione dell'applicazione di vere e proprie pene agli enti collettivi⁷⁷⁶. Infatti, nella categoria di "consequenze accessorie", si trovarono inserite sanzioni variegata come la sospensione dell'attività dell'ente, la chiusura coattiva degli stabilimenti, il commissariamento giudiziario, fino ad arrivare addirittura alla dissoluzione della persona giuridica. Nonostante l'applicazione della detta normativa fosse riservata agli enti la cui attività fosse considerata nel suo insieme come criminale o a quelli con finalità terroristiche⁷⁷⁷, essa resta interessante in quanto attualmente ancora in vigore in Spagna e agisce come complemento degli articoli contenuti nel Codice penale dopo la riforma⁷⁷⁸. Il legislatore spagnolo, attraverso l'introduzione all'art. 31 bis del Codice penale, ha scelto di

⁷⁷³ Secondo un settore dottrinario, il diritto amministrativo sarebbe adeguato a imporre delle conseguenze giuridiche sufficientemente dissuasive e convincenti; inoltre presenterebbe un maggior rispetto del principio di *ultima ratio* del diritto penale; si v. in tal senso v. OCTAVIO DE TOLEDO (E.) (2009), *Responsabilidad penal para los entes sociales*, in *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXII, 2009, p. 92-155.

⁷⁷⁴ ORTUBAY (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Espagne*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISJC, SAINT-PAU (J.-CH.)* (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, Bordeaux, 2014.

⁷⁷⁵ GRACIA (L.), *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, vol. I-II, Ed. Prensas de la Universidad, Zaragoza, 1985.

⁷⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO (M.) (*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.) parla di *frode delle etichette*. Anche per una parte della dottrina spagnola, come è successo in Italia, parla, piuttosto che di pena, di misure di sicurezza; altri invece parlano di una *terza via* aperta tra pene e misure di sicurezza.

⁷⁷⁷ NIETO MARTIN (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, in *Revista xurídica galega*, N.º. 63, 2009, pp. 47 e ss.

⁷⁷⁸ A seguito della riforma del 2010, l'art. 129 c.p. riguarda gli enti di fatto, anche senza personalità giuridica.

qualificare come penale la responsabilità degli enti. Ma in Spagna, come abbiamo visto per l'Italia, pure si sono levate varie voci dalla dottrina e dalla giurisprudenza a reclamare la natura puramente formale della qualificazione penale delle infrazioni degli enti e a ipotizzare una natura *sui generis* della responsabilità d'impresa⁷⁷⁹. La personalità giuridica dell'ente anche in Spagna, è stata fatta derivare dalla personalità giuridica di tradizione civilista, adottando nell'ordinamento spagnolo una nozione di persona giuridica molto simile a quella scaturita dalla evoluzione dottrinarie che si è analizzata nella presente opera in rapporto ai civilisti francesi di inizio secolo scorso⁷⁸⁰. Così, i concetti fondamentali di esistenza (nascita, dissoluzione, funzionamento) dell'ente collettivo sono stati tratti dalla legislazione civile. Anche in Spagna il legislatore ha escluso alcuni soggetti dalla normativa⁷⁸¹. Si presta attenzione alla filosofia di tradizione roussoniana, secondo la quale lo Stato, in quanto organo supremo e unitario non può agire attraverso la predisposizione dello *jus puniendi* contro se stesso, dunque si escludono dal giudizio penale le amministrazioni pubbliche, i partiti politici e i sindacati (che sono esclusi in ragione del ruolo istituzionale del quale sono investiti, ignorando i fenomeni di corruzione di cui si rendono spesso protagonisti), così come le società commerciali dello Stato a cura dell'interesse pubblico. L'esclusione delle società commerciali dello Stato che forniscono servizi di interesse generale ha posto numerosi problemi relativamente alla questione di comprendere cosa significhi precisamente "espletare pubbliche funzioni e assumere servizi di interesse pubblico". Bisogna specificare che le società commerciali di diritto privato ma a partecipazione statale sono state create al fine di evitare la sottoesposizione alle regole troppo stringenti a cui sono sottoposte le imprese di diritto pubblico. Resta il fatto però che i servizi che esse forniscono sono di natura eterogenea che spesso si confonde con interessi di natura privatistica. Dunque, al fine di non rischiare di creare un regime privilegiato per le dette società sarebbe necessaria una

⁷⁷⁹ ROBLES (R.), *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*, in *Diario La Ley*, n. 7705, Sección Doctrina, 29 Sep. 2011.

⁷⁸⁰ in BAJO (M.), FEIJOO (B.J.) e GOMEZ-JARA (C.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012) critica il fatto che la legge abbia adottato un criterio puramente formale di identificazione della persona giuridica. Secondo l'autore sarebbe stato preferibile un sistema fondato piuttosto sulla complessità organizzativa.

⁷⁸¹ Art. 31 bis. 5.

interpretazione restrittiva di interesse pubblico⁷⁸². Alcuni autori, a ragione, fanno notare come proprio in quanto particolarmente tenute a salvaguardare, o addirittura a perseguire, obiettivi di pubblico interesse, tali società dovrebbero essere ancor più strettamente controllate sotto il profilo del rischio della commissione di delitti al loro interno. Il sistema sanzionatorio costituito dal legislatore spagnolo prevede l'imputabilità alla persona giuridica di un *numerus clausus* di reati. La lista dei possibili reati imputabili all'ente è stata tratta dagli obblighi di natura internazionale che hanno portato ad adottare la legislazione in materia. Interessante notare che in Spagna i reati di imprudenza sono ugualmente sottoposti ad un regime di *numerus clausus* in materia penale, fatto che determina un parallelismo tra i reati delle persone fisiche qualificate operanti in posizioni di garanzia e quelli della persona giuridica, elemento, questo, che può essere ben interpretato nel senso di una comune radice prevenzionistica del diritto penale delle persone giuridiche, che è, come si è visto, la tesi principale della presente ricerca. L'articolo 31 bis del Codice penale necessita, per la sua applicazione, anch'esso dell'azione di una persona fisica, ovvero del *c.d. fatto di connessione*. A tal proposito, da una parte si richiede che il reato sia materialmente legato alla commissione o omissione dei quadri dirigenti; ma è possibile anche che sia rilevante in tal senso l'azione o l'omissione di un sottoposto se si dimostri che i fatti siano scaturiti grazie ad un difetto degli obblighi di controllo e direzione. Nonostante il Codice penale spagnolo, all'art. 31 bis, non preveda circostanze aggravanti⁷⁸³ per l'ente, esso ha costituito una lista di circostanze attenuanti, di cui il giudice deve tener dovuto conto, e che determinano un'alleggerimento della posizione dell'ente di fronte al giudizio penale, nonché un'ammorbidente della risposta sanzionatoria. Bisogna precisare che tutte le circostanze attenuanti contenute nell'art. 31 bis, come accade in altri ordinamenti, sono disposizioni che vertono sul comportamento dell'ente realizzato posteriormente, e non prima o durante, la commissione del reato⁷⁸⁴.

L'art. 31 bis. al comma 4, stabilisce le circostanze attenuanti:

⁷⁸² NIETO (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, in *Revista jurídica galega*, Nº. 63, 2009, págs. 47-70.

⁷⁸³ L'art. 66 bis du CP, in quanto alla determinazione della pena per la persona giuridica, si riferisce alla recidiva come specifico elemento aggravante.

⁷⁸⁴ Sulle circostanze attenuanti conseguenti al reato si v. GARRO (E.), *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, in *InDret*, 1-2013.

- 1) La confessione del reato alle autorità, qualora la *societas* non sia a conoscenza della procedura giudiziaria a suo carico.
- 2) La collaborazione con le autorità inquirenti, utili a fornire informazioni che possano contribuire allo spedito svolgimento delle attività di investigazione in merito agli eventuali reati dell'impresa.
- 3) La riparazione o la riduzione dei danni da parte dell'ente.
- 4) L'adozione di modelli organizzativi efficaci a prevenire nuovi reati prima della sentenza di condanna⁷⁸⁵.

Un'analisi sintetica delle attenuanti mostra che l'obiettivo della normativa in parola⁷⁸⁶ tende a favorire la collaborazione processuale tra imprese e Stato al fine di scoprire e punire i reati commessi in seno all'organizzazione aziendale, e, allo stesso tempo, premiare l'adozione dei modelli preventivi d'organizzazione. L'art. 31 bis del Codice penale spagnolo sembrerebbe costituire un sistema repressivo dei reati degli enti fondato sul modello vicariale classico - la c.d. responsabilità *par ricochet* - che si manifesterebbe nello stesso contenuto letterale della normativa, la quale parla, al paragrafo uno, di *hecho del dirigente*. Nonostante ciò, molteplici elementi hanno fatto riconoscere alla dottrina maggioritaria una preponderanza del carattere fondato sul modello di responsabilità propria all'ente. Fatto che, tra l'altro, si manifesta anche nella possibilità di punire cumulativamente la condotta colposa dell'ente e quella, separata⁷⁸⁷, della persona fisica agente, senza per questo violare il principio del *ne bis in idem*⁷⁸⁸. Per dichiarare come responsabile l'ente collettivo, il Codice penale spagnolo, come si è visto anche nella maggior parte degli ordinamenti giuridici presi in esame, esige un fatto di connessione, che traduce l'elemento materiale rappresentato dalla condotta della persona fisica concretamente agente nell'elemento imputabile indirettamente all'ente. Nonostante si esiga che sia stato un individuo a commettere materialmente il delitto, basterà constatarne l'esistenza, senza necessità d'identificare la persona fisica che lo ha realizzato. Si tratta dunque di un valore oggettivo, quello del fatto materiale, che si riallaccia alla responsabilità

⁷⁸⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*, in *Diario La Ley*, n. 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010.

⁷⁸⁶ *Ibidem*.

⁷⁸⁷ v. DOPICO (J.), *Responsabilidad de personas jurídicas*, op. cit., p. 826.

⁷⁸⁸ NIETO (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, p. 57.

diretta della persona giuridica legata soggettivamente al difetto d'organizzazione⁷⁸⁹. Se la persona fisica non è responsabile, ad esempio per il sopravvenire d'una causa d'esclusione di responsabilità, questo fatto non comporterebbe l'esclusione automatica della responsabilità dell'impresa. È evidente, dunque, che la colpevolezza della persona fisica non è equivalente a quella della persona giuridica, e non è trasmissibile. Si tratterebbe di due distinte responsabilità che vanno separatamente valutate, seppur legate dal *c.d. fatto di connessione* attraverso un atto materiale⁷⁹⁰. Perché possa essere imputato all'impresa, l'atto della persona fisica deve essere in rapporto stretto con l'attività e l'organizzazione dell'ente, dev'essere, volendo utilizzare un'espressione sintetica, un'atto sociale⁷⁹¹. Perciò, secondo alcuni autori spagnoli, l'atto dell'organo rappresentante in sé non è sufficiente a integrare l'imputazione all'ente, ma deve essere supportato da altri elementi: 1) Che l'autore individuale abbia commesso il reato in nome e per conto della persona giuridica; 2) E che il reato sia stato commesso in rapporto al conseguimento d'un interesse per la società, ovvero che l'atto delittuoso abbia facilitato il conseguimento dell'oggetto sociale dell'impresa⁷⁹². In sintesi, *de lege lata*, l'attività individuale sarà considerata tendente al profitto della *societas* se, *ex ante*, la detta attività rappresenta un carattere idoneo a ottenere un beneficio per l'ente - in Italia, parallelamente: il vantaggio - anche laddove esso non sia diretto o immediato⁷⁹³. Anche in Spagna, come si è visto per l'Italia, resta aperta la questione sul contributo che la constatazione che il fatto abbia comportato un vantaggio o meno all'impresa abbia un valore determinante. Alcuni autori sostengono che il fine del profitto debba rilevare una natura disfunzionale colposa dell'organizzazione dell'ente, la quale dovrebbe essere soppressa sistematicamente attraverso il diritto penale. Per tali autori ciò che conta non è tanto il fatto che l'impresa abbia o meno tratto un vantaggio, né tantomeno che l'organo rappresentante abbia commesso i reati nell'interesse dell'impresa. Quello che sarebbe veramente

⁷⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO (M.), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 59.

⁷⁹⁰ *Ivi*, pp. 109 e ss.

⁷⁹¹ *Ivi*, pp. 109 e ss.

⁷⁹² ZUGALDÍA, (J.M.), *Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n 976, 2010.

⁷⁹³ GÓMEZ TOMILLO (M.), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit, pp. 86 e 87.

determinante al fine dell'imputazione della colpa all'ente consisterebbe nell'adozione o meno delle misure di prevenzione dei reati concretamente verificatosi, in una logica di riduzione dei rischi legati all'attività d'impresa⁷⁹⁴. In quanto ai modi di imputazione, il Codice penale prevede la responsabilità penale per i reati commessi dai subordinati, e quella per gli atti commessi dagli organi apicali. Per quanto riguarda l'imputazione dei reati commessi dai subordinati, la giustificazione della responsabilità dell'ente viene fatta dipendere dall'art 31 - bis del Codice penale spagnolo dal fatto che la commissione di tali reati possa derivare da un'insufficienza nei sistemi di controlli interno legata ad una mancata adozione degli adeguati sistemi di prevenzione⁷⁹⁵. La responsabilità penale dell'impresa può nascere anche in rapporto ai reati commessi dalla dirigenza. Secondo certi autori, anche se il testo di legge potrebbe far pensare ad una responsabilità di tipo vicariale, in realtà il sistema spagnolo sarebbe incentrato piuttosto su una responsabilità propria all'ente. Infatti, tra le circostanze attenuanti, ritroviamo, allo stesso modo che in Italia, quelle relative all'introduzione di misure organizzative adeguate a costituire un'efficace sistema di prevenzione al fine di evitare il compimento di altri reati. Tale attenuante sarebbe valida sia nel caso in cui siano i dirigenti a commettere il reato, sia quando il fatto venga materialmente compiuto da un subordinato⁷⁹⁶. Sembra indubbio che i dirigenti influiscano sul carattere etico dell'impresa, ma è vero anche il contrario, in quanto il sistema nel suo insieme è capace di favorire o di reprimere i fenomeni di criminalità isolata, o, al contrario di integrarli in un sistema che condivide o che comunque si disinteressa a tali fenomeni⁷⁹⁷. Se il dirigente commette un reato, l'ordinamento spagnolo stabilisce una presunzione di responsabilità

⁷⁹⁴ NIETO (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, op. cit.; Quest'autore ricorre ad un esempio estremo: l'esperienza mostra che all'interno di certi istituti educativi, abusi sessuali possono essere commessi contro dei minori. Sarebbe allora interessante vedere se i detti istituti abbiano preso misure per prevenire e identificare gli abusi. In effetti alcune imprese hanno già sperimentato l'applicazione di misure di prevenzione di molestie sessuali (si pensi alle linee telefoniche interne messe a disposizione dei dipendenti per la denuncia).

⁷⁹⁵ Sull'idea di controllo, v. GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 4.

⁷⁹⁶ NIETO (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, op. cit, p. 59.

⁷⁹⁷ *Ibidem*: "Dans les petites entreprises, il n'y a souvent qu'un seul dirigeant, et c'est lui qui gère l'entreprise. Dans ces cas, il est très difficile de mettre en pratique des systèmes de contrôle. De la même façon, il est peu probable que la société se démarque vraiment de l'infraction. Il est donc très difficile de prouver matériellement l'altérité de la personne morale".

dell'impresa, ma siccome la presunzione di reato non è un istituto accettabile in un diritto penale moderno, in quanto essa attenterebbe al fondamentale principio di presunzione d'innocenza, si è stabilita una presunzione solo processuale, nel senso che si tratta di un'inversione dell'onere della prova, sarà dunque la società che dovrà dimostrare di aver adottato degli efficaci modelli di prevenzione dei reati. Per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio, il ventaglio di sanzioni applicabili all'ente appare, in Spagna, non dissimile a quello visto nei casi di Italia e Francia: l'ammenda, la dissoluzione, la sospensione delle attività, la chiusura degli stabilimenti, l'interdizione delle attività, la sorveglianza giudiziaria, l'esclusione da sovvenzione pubblica o ad ottenere vantaggi fiscali. L'ammenda resta la sanzione principale, che in Spagna assume un carattere imperativo, ossia va sempre emessa insieme alla sentenza di condanna, mentre le altre sanzioni hanno carattere facoltativo ed opzionale. Il sistema più utilizzato è quello delle ammende calcolate sulla base dei giorni; ma alcuni reati prevedono il pagamento di una somma fissa, proporzionale, ossia calcolata sulla base del beneficio ottenuto⁷⁹⁸. Il sistema a giorni-ammenda può essere applicato per un tempo massimo di cinque anni e per quote quotidiane per un massimo di cinquemila euro al giorno. Il metodo per la determinazione della quantità sanzionatoria è fondato sulla natura preventiva dello scopo repressivo. Il giudice è tenuto ad emettere una sanzione sufficiente a scoraggiare l'impresa a commettere nuovi reati, ed anzi ad incoraggiarla a prendere misure preventive per evitarli, ma allo stesso tempo la sanzione non deve essere tanto severa da compromettere l'esistenza stessa dell'impresa, e ciò per ragioni economiche evidenti (si consideri che un'ammenda troppo severa potrebbe compromettere anche gli interessi di eventuali creditori)⁷⁹⁹. In breve, sorvolando sulle altre forme di sanzione applicabili in Spagna diverse dall'ammenda, di cui si è già discusso nei paragrafi precedenti, si può notare come il sistema sanzionatorio spagnolo sia rivolto alla repressione di disfunzioni illegali che siano sintomatiche di una mancanza nel sistema di prevenzione dei reati in seno all'impresa. In tal senso, se si tratta di imprese che svolgono un'attività legale che però abbiano commesso un'infrazione ai sensi dell'art 31-bis, e sulle quali non si sospetti in sede giudiziale una particolare pericolosità, l'ammenda sarà la risposta sanzionatoria più

⁷⁹⁸ BACIGALUPO (S.), *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)*, in *Diario La Ley*, n. 7541, Sección Doctrina, 5 gen. 2011.

⁷⁹⁹ NIETO (A.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, op. cit, p. 65.

appropriata. Per gli enti con un alto rischio di recidiva e per quelli che perseguono interessi generalmente illegali, invece, la sanzione pecuniaria non sembra sufficiente, dunque, si ricorrerà alle altre forme sanzionatorie di repressione dei reati: la dissoluzione, la sospensione, la chiusura degli stabilimenti, etc. Nel sistema spagnolo si percepisce facilmente che l'apparato sanzionatorio è molto simile a quello fondato sulle misure di sicurezza, in quanto ciò che sembra veramente determinante ai fini dell'applicazione della sanzione non è tanto la colpevolezza, quanto la mancanza deficitaria di un adeguato sistema di prevenzione dei reati all'interno dell'organizzazione⁸⁰⁰. Ovviamente, considerato quanto detto nel corso della presente opera, non possiamo condividere una costruzione dogmatica del sistema d'imputazione e di quello sanzionatorio fondato quasi esclusivamente su ragioni d'ordine criminologico, e che rendono il sistema spagnolo di responsabilità penale degli enti piuttosto legato ad una logica fondata sulle misure di sicurezza, che non può e non deve sostituirsi ad una corretta imputazione penale basata sulla colpa. La dottrina spagnola riconosce che la riforma attuata nel 2010, da un punto di vista criminologico, è stato un tentativo riuscito di lotta alla corruzione e la criminalità economica organizzata, conformemente alle linee direttrici europee⁸⁰¹. Detto questo, per ciò che concerne l'imputazione penale, la maggior parte dei penalisti spagnoli afferma che la persona giuridica non può essere responsabile se non dei suoi propri atti. Tale posizione è giustamente attenta a non creare un sistema di imputazione di responsabilità penale oggettiva e a rispettare il principio di personalità delle pene. Alcune critiche importanti possono essere mosse al sistema spagnolo di responsabilità penale degli enti. Il legislatore ad esempio, nella lista dei reati imputabili all'ente, si è reso colpevole di numerose, e in alcuni casi eclatanti omissioni. Un esempio tra tutti è quello dell'omissione all'interno della lista di cui sopra dei reati contro i diritti dei lavoratori. L'assenza di cause d'esclusione della responsabilità penale degli enti, è un ulteriore punto critico. In tal senso, parte della dottrina ha fatto notare che sarebbe più appropriato promuovere un sistema preciso di *compliance programs* e di protocolli di prevenzione dei reati d'impresa. Sarebbe così più facile interpretare l'adozione di detti modelli come causa preventiva di esonero da responsabilità dell'ente. Per quanto concerne le sanzioni mancano alcune pene rintracciabili in diritto comparato, ad esempio, la

⁸⁰⁰ *Ivi*, p. 68.

⁸⁰¹ ORTUBAY (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Espagne*, op. cit.

pubblicazione della sentenza di condanna, l'obbligo di eliminare le conseguenze del reato, etc. Si riscontra del resto una forte insicurezza giuridica nella determinazione delle conseguenze sanzionatorie del reato e l'assenza di alcuni aggiustamenti di diritto penale, come la possibilità di adeguare la pena all'ente specifico⁸⁰². In realtà, la regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo è ancora incompleta e comporta, secondo molti autori, una certa insicurezza giuridica. La dottrina ha sapientemente cercato di elaborare, attraverso analisi dogmatiche all'avanguardia in Europa, delle categorie appropriate per facilitare un'applicazione che si accordi alle garanzie proprie al diritto penale, resta però importante attendere l'interpretazione giurisprudenziale, per l'applicazione di una materia ancora giovane nel diritto penale spagnolo⁸⁰³. Nonostante la relativa giovinezza dell'art. 31-bis del Codice penale spagnolo, la regolamentazione in materia ha già subito una recentissima riforma e la giurisprudenza non ha ancora avuto modo di applicare appieno le potenzialità della detta normativa. Inoltre, ben presto si assisterà ad ulteriori modifiche da parte del legislatore, in quanto l'ultimo progetto di riforma del Codice penale, dell'aprile del 2013, propone delle modifiche importanti dell'art. 31-bis. Tra queste recentissime modifiche del progetto di riforma del 2013 si fanno notare in particolare: 1) non si parla più di profitto, ma di beneficio diretto o indiretto dell'ente, venendo in contro alle elaborazioni della dottrina più recente⁸⁰⁴; 2) in rapporto ai soggetti individuali organi rappresentanti dell'ente, l'articolo propone una definizione di coloro che, in maniera individuale, o in quanto membri di un organo collettivo, sono autorizzati a decidere a nome della persona giuridica; 3) fatto innovativo e che va sottolineato con forza è che il progetto di riforma contiene l'ammissione tra i soggetti imputabili delle società commerciali dello Stato, pur limitando le sanzioni che potranno colpirli (in modo esclusivo l'ammenda e l'ordine di controllo giudiziario); 4) La novità più importante riguarda però una norma che avvicina il modello spagnolo a quello italiano, ossia essa stabilisce il modello preventivo organizzativo da adottare, che, se adeguatamente adottato, eviterà la sanzione penale alle persone giuridiche. Fatto che porrà il sistema spagnolo su una posizione più rispettosa nei confronti

⁸⁰² GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 10.

⁸⁰³ ORTUBAY (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Espagne*, op. cit.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

del principio di personalità legato all'imputazione penale agli enti. Il modello in parola mira dunque, attraverso la riforma, a incentrare il sistema penale delle persone giuridiche sulla regolamentazione preventiva, soggettivizzando l'imputazione all'ente, e a stabilire con maggiore precisione i termini del modello da adottare, prestando alla corretta adozione dell'apparato preventivo di *compliance programs* un valore esoneratorio della responsabilità penale per i reati commessi a loro nome. sembra abbastanza chiara la tendenza della riforma a portare la normativa spagnola in materia verso l'adozione di un coerente modello fondato sui *Compliance*⁸⁰⁵. Inoltre, e anche qui si può notare l'avvicinamento della normativa spagnola a quella italiana, si impone agli enti l'adozione di un organo di vigilanza, dotato di autonomi poteri d'iniziativa e di controllo, che rappresenti un dipartimento indipendente interno alla stessa società, provvisto di risorse sufficienti al fine di gestire efficacemente il sistema di prevenzione messo a punto attraverso i modelli indicati dai regolamenti e dalla legge. In generale, si può affermare che con la riforma del 2013 il legislatore ha accettato gran parte dei suggerimenti della dottrina, che ha proposto a più riprese un modello simile a quello italiano della responsabilità penale degli enti fondato su una responsabilità propria all'ente sulla base del difetto organizzativo, indipendentemente dal fatto che questa *défaillance* abbia o meno concretamente dato luogo alla commissione di reato. Non meno corrette sembrano alcune note di altra dottrina che vedono nella riforma una risposta troppo affrettata a questioni estremamente complesse. Si paventa una tendenza, rinnovata, del legislatore a cedere alla tentazione di un'estensione irriflessiva del diritto penale, non solo attraverso la creazione di nuovi reati fondati sulla semplice disobbedienza. Si teme inoltre che il modello rappresentato dalla riforma, fondato sui *compliance programs*, non sia stato adeguato alle particolarità della cultura commerciale spagnola e che, dunque, possa rappresentare una sorta di camicia di forza per l'organizzazione aziendale degli enti. In sintesi, si riscontra un auspicato progresso verso un maggiore carattere personalistico del diritto penale degli enti, ma non sufficiente ad arginare la tendenza a penalizzare la disobbedienza *tout court* ai regolamenti e, in secondo piano, sarebbe stato forse più adeguato un sistema di *compliance* maggiormente attento a certe specificità dell'ordinamento spagnolo, nonché completato da una serie di precisazioni che, secondo alcuni autori, mancano nel progetto di riforma del 2013.

⁸⁰⁵ JIMENEZ-GUSI (R.) e POL (D.), *El anteproyecto de reforma del Código Penal: un paso de gigante hacia una cultura de Compliance y la lucha contra la corrupción*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 867, 2013, p. 9.

7. La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento belga.

Tradizionalmente legato al principio *societas delinquere non potest*⁸⁰⁶, il Belgio è stato uno dei Paesi maggiormente ricettivi,⁸⁰⁷ nonché uno dei primi, che, spinto dalle raccomandazioni internazionali e da molteplici rapporti di commissioni d'inchiesta parlamentari, ha adottato una legge, il 4 maggio 1999, costitutiva della responsabilità penale degli enti. La legge belga privilegia un sistema di responsabilità penale diretta degli enti⁸⁰⁸ che non è condizionato, quantomeno in linea di principio, dall'identificazione delle persone fisiche che hanno agito in nome o per conto della persona giuridica. Una delle prime questioni che il legislatore belga ha dovuto affrontare è stata quella di operare una scelta tra una concezione finzionista della natura giuridica dell'ente, e una concezione che in Belgio viene descritta come *c.d. teoria della realtà tecnica*, secondo la quale l'ente possiede una propria consistenza reale, distinta da quella dei membri, che gli permette di prendere delle decisioni autonome e di perseguire gli obiettivi che essa si fissa. È quest'ultima decisione che il legislatore ha

⁸⁰⁶ TULKENS (F.), KERCHOVE (M.), GUILLAIN (C.) e CARTUYVELS (Y.), *Introduction au droit pénal – Aspects juridiques et criminologiques*, 9 ed., Kluwer, Waterloo, 2012, pp. 262-263.

⁸⁰⁷ GEEROM (S.), *De toerekening van het misdrijf aan de rechtspersoon - Een rechtsvergelijkende analyse*, Panopticon, 1997, p. 421 et s.; FAURE (M.) e SWARZ (K.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Intersentia, Mortsel, 1998, 283 p. ; ADAM (S.), COLETTE-BASECQZ (N.), NIHOUL (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruges, 2008, 501 p.

⁸⁰⁸ CREPLET (O.), *Propos sur la nature de la responsabilité morale de la personne morale*, J.T., 2011, pp. 477-486.

adottato⁸⁰⁹. Si è scelto di adottare una serie di misure di sicurezza, sostenute da certi autori⁸¹⁰, optando decisamente per un sistema di responsabilità penale, assimilando il *fare* e l'*omettere* della persona giuridica a quello della persona fisica. È stato sostenuto che un atto rimproverabile può essere imputato alla persona giuridica, e quindi che quest'ultima sia dotata della capacità, seppur specifica, di intendere e di volere, richiesta per una corretta imputazione penale⁸¹¹. Fondando la responsabilità delle persone giuridiche su parametri penali, il legislatore ha tentato di attenersi alle regole del principio di personalità della responsabilità penale, escludendo in modo immediato la responsabilità penale indiretta per atti commessi da terzi; fatto che obbliga i giudici di merito a verificare l'esistenza degli elementi costitutivi del reato in capo alla persona giuridica, non solo in capo alla persona fisica attraverso la quale essa ha agito. È l'art. 5 del Codice che impone il principio della responsabilità penale degli enti in Belgio e ne limita il campo d'applicazione⁸¹². La responsabilità penale si applica, in principio, a tutte le persone giuridiche; anche in Belgio i parametri definitori della personalità giuridica sono presi in prestito dal diritto civile e commerciale. La legge si applica, dunque, agli enti dotati di personalità giuridica, comprese le società commerciali di diritto pubblico. Il Codice penale Belga, all'art. 5, assimila alle persone giuridiche con capacità penale ad alcune entità collettive sprovviste di personalità

⁸⁰⁹ *Doc. parl.*, Ch., Projet de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, Exposé introductif du ministre de la Justice, n° 2093/5, p. 3.

⁸¹⁰ v. HENNAU (CH.), SCHAMPS (G.) e VERHAEGEN (J.), *Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective - A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales*, J.T., 1998, pp. 561-570; HANNEQUART (Y.), *La responsabilité pénale des personnes morales : punir l'être collectif ou corriger ses déficiences?*, J.T., 1999, pp. 281-283.

⁸¹¹ *Doc. parl.*, Sénat, n° 1217/6, p. 19. Così si legge nel rapporto del Senato: "Quel est l'intérêt d'avoir recours au droit pénal pour infliger ces sanctions, dont on aurait pu faire des mesures de sûreté, qui ne supposent pas qu'un élément moral soit identifié ? Un membre explique que l'intérêt est symbolique; il est de frapper des sociétés en raison d'un comportement dont elles sont responsables. La responsabilité pénale est le principe de base de la proposition. Ce principe tient compte de l'évolution de la société, de la multiplication des personnes morales, de la subtilité avec laquelle les personnes morales contournent les sanctions. D'autre part, la responsabilité pénale affirmée implique des sanctions particulières. Le ministre explique que le fait d'avoir recours au système du droit pénal constitue un choix fondamental du projet. Il n'est pas question d'avoir une responsabilité objective des personnes morales. Il faut que la personne morale ait commis une faute. Les personnes morales doivent être traitées de la même façon que les personnes physiques, avec les mêmes garanties".

⁸¹² NIHOUL (M.), *Le champ d'application, La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 après cinq années d'application*, La Chartre, Bruges, 2005, pp. 17-86.

giuridica, come ad esempio le società partecipate e quelle a fini commerciali sprovviste della detta personalità formale e le società civili. Alcune tra esse, oltre a non essere provviste di personalità giuridica formale, sono anche sprovviste di un patrimonio, fatto che rende difficoltosa, se non impossibile, l'applicazione delle pene previste⁸¹³. Sono invece escluse dal novero delle persone giuridiche a cui possa applicarsi il diritto penale le associazioni di fatto, come i partiti politici e i sindacati. L'articolo 5 del Codice penale esclude dal campo di applicazione della responsabilità penale degli enti un certo numero di enti collettivi di diritto pubblico che sono rivestiti della personalità giuridica, e i cui organi sono democraticamente eletti; si tratta dello Stato federale, delle Regioni, i Comuni, le Provincie, organi territoriali e dei centri pubblici di aiuto sociale. Secondo l'art. 5 del codice penale belga, un reato può essere imputato alla persona giuridica quando il reato è intrinsecamente legato alla realizzazione del suo oggetto sociale, oppure alla difesa dei suoi interessi, o, infine, quando i fatti concreti dimostrano che il reato è stato commesso per conto dell'ente⁸¹⁴. Il legislatore ha inteso imputare all'ente solo quei reati che presentano un legame con quest'ultimo, scongiurando la possibilità che la persona giuridica possa vedersi imputata di reati a cui essa è estranea. Infatti, i lavori preparatori all'art. 5 del Codice penale precisano:

“On estime que la responsabilité pénale de la personne morale ne doit être engagée que quand il existe un lien intrinsèque entre le fait infractionnel et la personne morale en tant que telle. Il ne paraît pas approprié de rendre la personne morale pénalement responsable de faits commis par des personnes ayant un lien avec elle (employés, administrateurs, ...) quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur propre intérêt ou pour leur compte”⁸¹⁵.

Un reato sarà effettivamente imputabile alla persona giuridica quando esso sia intrinsecamente legato al suo oggetto sociale, anche se i reati non devono necessariamente verteere sull'oggetto sociale dell'ente, ma basterà che essi siano commessi al fine di raggiungere l'oggetto sociale, strumentalmente. Dunque, in principio l'ente non dovrebbe

⁸¹³v. *Doc. parl.*, Sénat, n° 1217/6, Avis du Conseil d'État, p. 125.

⁸¹⁴ MASSET (A.), *La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modélisée*, *J.T.*, 1999, p. 655, note 19; ROGER-FRANCE (E.) e VAN DEN ABEELE (D.), *Les banques et la responsabilité pénale des personnes morales : imputabilité et risques pénaux*, *D.B.F.*, 2003, p. 272.

⁸¹⁵ *Doc. parl.*, Sénat, n° 1217/6, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, p. 3. Voy. aussi *Corr. Mons*, 27 mai 2007, *Dr. pén. entr.*, 2009, p. 77.

vedersi imputare la responsabilità penale se il reato, come un furto, una truffa, un abuso dei beni sociali, sia commesso in suo pregiudizio. Il legislatore mira alla punizione dei reati intrinsecamente legati alla difesa degli interessi dell'ente, in modo tale da poter sanzionare i fatti punibili che non sarebbero legati al suo oggetto sociale, ma che comunque vengano commessi in suo conto e attraverso i quali essa trae un vantaggio di qualunque tipo (economico, finanziario, morale, etc.), o che le permette di evitare una perdita, un pregiudizio, o un semplice inconveniente. Infine, un reato è stato commesso per conto della persona giuridica quando esso sia stato causato da una persona fisica capace di comportare l'impegno della persona giuridica, a condizione che essa non agisca nel suo interesse personale profittando della sua posizione di organo o rappresentante⁸¹⁶. Così, genererebbe la responsabilità dell'impresa, il capo cantiere che assuma dei lavoratori stranieri senza permesso di lavoro; parallelamente, il reato di corruzione attiva commessa dal dirigente d'impresa per ottenere una gara d'appalto pubblico; anche in tal caso, non si richiede che l'impresa abbia tratto un profitto. Il legislatore belga ha voluto impostare per gli enti una responsabilità penale diretta. Nonostante le buone intenzioni, sembrerebbe che il legislatore si sia mostrato poco attento a addurre una valida impostazione teorica ai suoi scopi, ma soprattutto nell'indicare al giudice in che modo stabilire l'elemento morale del reato in capo alla persona giuridica⁸¹⁷. È significativa in tal senso il parere del Consiglio di Stato nel quale si è constatato che per stabilire l'elemento morale del reato in capo alla persona giuridica il legislatore non fa altro, sostanzialmente, che rinviare alla constatazione dello stesso in capo ad una serie qualificata di persone fisiche⁸¹⁸. I dirigenti devono essere a conoscenza del reato

⁸¹⁶ Corr. Liège, 26 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1375.

⁸¹⁷ *Doc. parl., Sénat, n° 1217/6, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice*, pp. 9-10: « La situation doit être évaluée à l'instar de ce qui aurait valu pour une personne physique. Il faut donc se demander si l'élément moral aurait été considéré comme réalisé dans le chef d'une personne physique ». Ou encore, dans l'exposé des motifs: « Le projet n'explicite pas le mode d'imputation des faits à la personne morale. Il a été considéré qu'il s'agit d'une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation du juge (...). Il devra être établi soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale. On vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction (...); le juge se basera cependant sur l'attitude des organes au sein de la personne morale, y compris les organes de fait, qui ne peuvent pas nécessairement être identifiés comme personnes physiques; (...) la responsabilité pénale de la personne morale peut aussi être la conséquence de faits matériels commis par certains de ses préposés ou mandataires ».

⁸¹⁸ *Doc. parl., Sénat, n° 1217/6, annexe*, pp. 47-55.

o incitare allo stesso. Nel caso di reati non intenzionali, bisogna dimostrare che la dirigenza sia stata negligente nel prendere le misure atte a prevenire i detti reati. Il giudice dovrà esaminare le decisioni della persona morale supponendo che essa persegue propri obiettivi, che non si identificano necessariamente con quelli delle persone fisiche che la compongono⁸¹⁹. Quindi, anche se la persona fisica autrice dell'elemento materiale non possa essere identificata, la responsabilità penale potrà essere comunque imputata all'ente. Quando invece sia richiesto per integrare gli elementi dello specifico reato che sia rilevato un elemento intenzionale, la Corte di cassazione ammette che è sufficiente constatare che i dirigenti fossero a conoscenza dell'intenzione di commettere il reato e vi abbiano acconsentito⁸²⁰. Insomma, basterebbe anche il consenso tacito dei dirigenti ad atti costituenti reato per integrare la responsabilità dell'ente, come può essere l'assenza di opposizione degli organi collegiali dell'impresa allo svolgimento dei detti atti. Quando anche gli organi di fatto, quindi non la dirigenza, impegnino la persona giuridica in atti criminosi, quest'ultimi possono essere causa di imputazione all'ente dei reati scaturenti da tali attività, fatta salva l'ipotesi in cui se ne servano per fini personali e dunque utilizzino l'ente come mero strumento attuativo di disegni criminali che vadano a proprio esclusivo vantaggio⁸²¹. Inoltre, quando si richieda, per l'integrazione del reato, una colpa, semplice o qualificata, l'ente sarà imputato allorché esso presenti un'organizzazione difettosa, nei termini più o meno simili a quelli già visti nel caso italiano e in quello spagnolo. Si tratta della colpa organizzativa dell'ente che in Belgio ha la particolarità di essere assimilata a quella civilistica legata alla nozione di buon padre di famiglia, ossia rapportata alla normale impresa prudente e diligente nello specifico ambito di attività considerato. Il rischio però resta quello che in giurisprudenza, per inerzia, l'elemento morale (psicologico) in capo alla persona fisica venga dedotto dall'elemento colposo legato alla persona fisica attraverso la quale si sia realizzato materialmente il reato. La Corte di cassazione ammette che per constatare l'elemento morale

⁸¹⁹ KUTY (F.), *Principes généraux de droit pénal belge*, t. III, *L'auteur de l'infraction pénale*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 120.

⁸²⁰ Cass., 20 avril 2011, F.10.2026.F, *Pas.*, 2011, p. 1063, *T. Strafr.*, 2011, p. 355.

⁸²¹ JACOBS (A.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISCI, SAINT-PAU (J.-CH.)* (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, Bordeaux, 2014.

proprio alla persona giuridica, il giudice può fondarsi sul comportamento dei suoi dirigenti⁸²² e nel caso in cui una persona fisica identificata, abbia commesso coscientemente un reato, la colpa della persona giuridica coincide con quella della persona fisica, o comunque gli è intrinsecamente legata. In una sentenza del 23 settembre 2008, la Corte, dopo aver ricordato l'esigenza di una colpa propria alla persona giuridica, non rigetta la sentenza della Corte d'appello che assimila la colpa propria alla persona giuridica a quella della persona fisica avente una funzione dirigenziale in seno all'impresa, in quanto quest'ultima avrebbe agito attraverso l'intermediazione della persona fisica⁸²³. Il legislatore belga, come si avrà modo di vedere, a livello sanzionatorio ha optato per l'esclusione del principio del cumulo di responsabilità, riservando la possibilità di cumulo solo in caso di reati volontari dell'organo agente persona fisica. Il legislatore nella maggior parte dei casi, dunque, ha optato per una responsabilità esclusiva della persona giuridica o di quella fisica⁸²⁴, infatti: "Lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée"⁸²⁵. È chiaro, tuttavia, che se la responsabilità penale della persona giuridica è imputata all'ente esclusivamente grazie all'intervento materiale della persona fisica, non si potrebbe applicare né la responsabilità penale all'ente, né un cumulo di responsabilità, dato il divieto di cumulo posto dal legislatore belga. La dottrina ha cercato invano di dare un senso logico all'avverbio *esclusivement*, in quanto la persona giuridica resta legata all'atto o all'omissione di un organo rappresentante⁸²⁶. Ciononostante, per uno stesso reato che sia imputabile sia alla persona fisica che a quella giuridica, solamente la persona che ha commesso il reato più grave sarà sanzionata; l'altra beneficerà di un'esenzione dalla pena, sotto forma di circostanza assolutoria. La responsabilità penale di ciascuno dei soggetti in causa, persona fisica e persona morale, potrà, dunque, essere

⁸²² Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N, *Pas.*, 2008, p. 2034, *T. Strafr.*, 2009 e note BAVEL (H.).

⁸²³ Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N, *R.A.B.G.*, 2009, p. 477 e note WAETERINCKX (P.).

⁸²⁴ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999, n° 1217/1, pp. 6-7 ; Cour arb., arrêt 128/02 du 10 juillet 2002 ; Cour arb., arrêt 8/2005 du 12 janvier 2005 ; Cour arb. (aud. plén.), arrêt 75/2004 du 5 mai 2004.

⁸²⁵ art. 5, al. 2 C.P.

⁸²⁶ MASSET (A.), *La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modélisée*, op. cit., p. 656.

stabilita, con obbligo di risarcire il danno. Ma solo una, quella che si renderà protagonista della colpa più grave, incorrerà in una sanzione, fatto che agisce in deroga al diritto comune. Tale logica legislativa si spinge anche oltre. Infatti, laddove più persone fisiche siano implicate nel reato, insieme alla persona giuridica, una sola di esse potrà essere condannata, sia essa una persona fisica o una persona giuridica⁸²⁷. Tale soluzione non vale per i reati intenzionali commessi dalle persone fisiche; nel senso che, se queste ultime abbiano commesso il reato in modo cosciente e volontario, esse potranno essere condannate alla pena insieme alla persona giuridica⁸²⁸. La nozione di *colpa più grave*, in base alla quale si punisce una sola persona responsabile, anche quando ve ne sia più di una, non è un concetto tradizionale del diritto belga, esso non è neppure definito dalla legge, a scapito del principio di legalità. La definizione dei termini del concetto in parola è lasciata all'apprezzamento del giudice, il quale deve tenere in conto le rispettive parti di responsabilità incombenti sulla persona fisica e su quella giuridica nella realizzazione della fattispecie di reato⁸²⁹. Sembrerebbe che il criterio sia piuttosto causale che morale, la riprova starebbe nei lavori preparatori della legge sulla responsabilità penale degli enti che hanno indicato nel soggetto che è ad origine della causa diretta del danno la persona maggiormente responsabile, che rende la responsabilità della persona giuridica o di quella fisica determinante nella commissione del reato⁸³⁰. Così, la colpa più grave rinvia agli elementi costitutivi del reato, alle circostanze specifiche di ogni fattispecie, al grado di autonomia di cui dispone la persona fisica. A titolo d'esempio, il giudizio del Tribunale di Nivelles, del 15 settembre 2004, giudicando su una questione relativa ad un incidente ferroviario tra due treni della SNCB, che aveva causato numerose vittime, ammetteva che i reati erano involontari. Il tribunale doveva dunque decidere chi, tra la persona giuridica (*SNCB*) e le persone fisiche implicate, era responsabile della colpa più grave. Il Tribunale ritenne, in definitiva, che, vista l'attitudine tenuta da ciascuno dei differenti agenti della *SNCB*, tutti hanno una parte di

⁸²⁷ KUTY (F.), *Principes généraux de droit pénal belge*, op. cit, p. 161.

⁸²⁸ Secondo Anne Jacobs "Si la personne morale a commis l'infraction sciemment et volontairement, l'on reste dans le cadre de l'article 5, al 2 *initio* du Code pénal et il appartiendra au juge de désigner la personne physique ou morale – ayant commis la faute la plus grave ; ce sera évidemment la plupart du temps la personne morale".

⁸²⁹ Doc. parl., Ch., n° 2093/5, p. 15.

⁸³⁰ Doc. parl., Sénat, n° 1217/1, pp. 6-7.

responsabilità colposa rispetto all'evento di reato; tali reazioni colpose, sono la conseguenza di una assenza di formazione adeguata all'interno della società *SNCB*, che non ha preso alcuna misura sufficiente per permettere ai suoi agenti di reagire in modo efficiente di fronte ad una situazione di grave crisi. Il tribunale statui, dunque, che la *SNCB* era responsabile della colpa più grave, e perciò, solo la responsabilità di quest'ultima comportò una risposta sanzionatoria⁸³¹. Un altro esempio riportato, è quello di un ospedale imputato insieme al suo direttore e ad un'infermiera, per omicidio involontario nei confronti di un paziente che fu trovato morto all'interno di un locale tecnico, successivamente alla decisione che il suo stato di salute non giustificava la decisione di costringerlo coercitivamente al letto. Il Tribunale considerò che il direttore e l'ospedale erano entrambi colpevoli, non avendo preso le misure di sicurezza necessarie, ma era quella dell'ospedale la colpa più grave non contenendo disposizioni per la chiusura a chiave delle porte dei locali tecnici pericolosi⁸³². Si ritenne la colpa della persona fisica più grave di quella della persona giuridica, in un caso di non comunicazione dell'identità del conduttore di un veicolo di una società che sorpassava i limiti di velocità consentiti dalla legge. Il Tribunale statui che sarebbe dovuto essere uno dei dirigenti della società a dover prendere le misure adatte a identificare gli utilizzatori dei veicoli della società⁸³³. L'art. 5, al. 2, del Codice penale belga disciplina l'ipotesi di reato volontario della persona fisica. In tal caso, il Tribunale ha la facoltà di condannare la persona fisica e quella morale cumulando le responsabilità. In modo tale che l'atto della persona fisica comporta necessariamente la colpa della persona giuridica, ma solo eventualmente quella della persona giuridica⁸³⁴. È stato, così, considerato come agente volontariamente la persona fisica che ha ostacolato la sorveglianza, rifiutandosi di presentare la documentazione societaria richiesta dall'ispettore addetto all sicurezza della società⁸³⁵. Allo stesso modo, gli amministratori di una società che hanno temporeggiato sulla necessità di rispettare l'obbligo,

⁸³¹ Pol. Nivelles, 15 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1407, *J.J.P.*, 2005, p. 3 ; per altri casi v. not. Pol. Huy, 10 décembre 2002, *J.J.P.*, 2003, p. 251; corr., Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331.

⁸³² Corr., Bruges, 2 mai 2005, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2007, p. 228.

⁸³³ Corr. Eupen, 28 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1119.

⁸³⁴ JACOBS (A.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, op. cit.

⁸³⁵ Corr. Liège, 9 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1420. Dans ce cas d'espèce, le tribunal a condamné à la fois la personne physique et la personne morale.

a questi indirizzato, di sanare il sito industriale, promettendo alle autorità competenti senza dar seguito alle proprie promesse, una bonifica, sono considerate responsabili per colpevolezza dolosa rispetto al reato considerato⁸³⁶. Secondo la Corte di cassazione nel caso di reati *commise sciemment et volontairement*, bisogna intendere che materialmente anche un reato non intenzionale può essere compreso in tale categoria, dando luogo ad un cumulo di responsabilità⁸³⁷. Allora, il cumulo di responsabilità sarà applicabile dal giudice di merito ogni qualvolta vi sia condanna per reati, colposi o dolosi che siano compiuti con coscienza e volontà rispetto alle condotte rischiose o pericolose oggetto del rimprovero penale. Il legislatore belga, assumendo anche a livello delle pene applicabili una dogmatica giuridica dell'ente legata alla teoria *antropomorfa*, ha creato un sistema sanzionatorio fondato sulla conversione delle pene di reclusione, previste per i reati delle persone fisiche, in pene pecuniarie. La pena della reclusione resta indirettamente la pena di riferimento. La convinzione del legislatore belga sulla possibilità per l'ente di commettere qualsiasi tipo di reato, compreso l'omicidio, ha originato questo modo umanizzato di riprodurre il sistema sanzionatorio. L'ammenda a carico dell'ente costituisce sempre la pena principale, con la particolarità che non può essere accompagnata da una pena sussidiaria⁸³⁸. Il sistema di conversione dalla reclusione prevista per la fattispecie di reato contenuta nel Codice penale diretta alle persone fisiche e riportata sull'ente collettivo, si declina nei seguenti termini: La pena della reclusione diviene al minimo un'ammenda di 500 euro moltiplicata per il numero di mesi corrispondenti al minimo della pena della reclusione; mentre per il limite massimo si statuisce un'ammenda di 2000 euro moltiplicata per il numero di mesi corrispondenti al massimo della pena privativa di libertà⁸³⁹. La pena dell'ergastolo è convertita in

⁸³⁶ Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 273 et concl. Vandermeersch.

⁸³⁷ Cass., 4 mars 2003, P.02.1249.N et concl. De Swaef, *NjW*, 2003, p. 563, *Pas.*, 2003, p. 457 et concl. De Swaef, *R.W.*, 2003-2004, p. 1022. Si tratta di un caso di un amministratore di una società attiva nel settore dei trasporti che fu condannata a causa dei danni provocati al rivestimento di un tratto autostradale per il sovraccarico di un camion (art. 56 décret Parl. fl. 19 décembre 1998); si trattava di un reato punito senza necessità di dimostrare l'intenzionalità nello stesso. Ma il tribunale ha corretto quest'interpretazione sostenendo che comunque resta fondamentale, seppur non ritrovare la volontarietà del reato, "en égard à l'état d'esprit concret de l'auteur".

⁸³⁸ Cass., 19 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 647 (réglementation en matière de transport de personnes) ; Cass., 8 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 544, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 273.

⁸³⁹ JACOBS (A.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, op. cit.

un'ammenda tra un limite minimo di 240000 euro e un massimo di 720000 euro. La pena dell'arresto, invece, si traduce da un minimo di 25 euro a un massimo di 250 euro. Si precisa che di recente la disciplina delle pene è stata sottoposta ad un regime addizionale che obbliga a moltiplicare per sei le ammende previste dalla legge, che possono essere ridotte col beneficio delle circostanze attenuanti. Anche la pena della confisca si adatta alle persone giuridiche dal modello originariamente creato per le persone fisiche. Gli art. 35 e ss. prevedono poi una serie di pene specifiche per la persona giuridica, come quella della dissoluzione. Quest'ultima non può però essere pronunciata contro le persone giuridiche di diritto pubblico e contro tutte quelle che non fanno parte degli enti creati con la sola ragione di esercitare le attività perseguibili per le quali esse sono state condannate. L'interdizione di esercitare un'attività può essere pronunciata solo quando essa sia prevista dalla legge concernente lo specifico reato. L'art. 50 bis del Codice penale stabilisce che nessuno può essere ritenuto civilmente responsabile al pagamento di un'ammenda per la quale un'altra persona è condannata, se essi siano condannati per il medesimo fatto di reato. Cosicché, l'ente non può essere obbligato a pagare un'ammenda per la responsabilità risalente al suo impiegato che abbia colposamente agito volontariamente. Il legislatore belga ha scelto di stabilire una responsabilità penale diretta a carico delle persone giuridiche, assimilandole completamente alle persone fisiche, attraverso un discutibile modello dogmatico antropomorfo. Di conseguenza, il giudice dovrà rilevare una responsabilità personale e diretta in capo alla persona giuridica, sulla base di un comportamento rimproverabile, pur riconoscendo che essa non può agire se non attraverso il tramite dei suoi organi rappresentanti. Nella pratica giurisprudenziale belga si osserva, tuttavia, che l'elemento soggettivo è spesso indirettamente rintracciato nelle persone fisiche agenti come organi dell'ente, soprattutto in rapporto ai reati volontari. Per quanto concerne i reati colposi, invece, è il difetto organizzativo dell'ente a costituire l'elemento soggettivo. Alcuni autori si chiedono se la colpa d'organizzazione non sia diventata una colpa a se, differente dai reati a cui si riferisce, costituendo essa stessa un reato a parte, indipendentemente dall'imputazione del reato riferibile alla persona fisica; in tal senso essi auspicano l'intervento del legislatore.

8. Conclusioni: analisi comparativa sotto la lente del diritto dell'Unione Europea.

Di fronte alla distanza dei principali modelli europei, che qui è stata semplificata attraverso l'analisi di alcuni casi rappresentativi, bisogna chiedersi quale è stato l'orientamento del legislatore dell'EU⁸⁴⁰. Un'armonizzazione in materia delle singole soluzioni nazionali è fortemente auspicabile se si vuole assicurare la coerenza giuridica e l'uguaglianza tra gli attori su scala europea. L'analisi dei testi europei, al di là di una certa indifferenza del legislatore dell'Unione per certe questioni, rivela una tendenziale preferenza per il modello più rudimentale tra quelli finora analizzati, quello dell'identificazione organica. L'Unione Europea, che ha una competenza penale limitata, persegue i suoi obiettivi di costruzione di una politica criminale parzialmente comune agli Stati membri attraverso due leve principali. La prima leva costituisce un freno alla penalizzazione e mira ad annullare gli eccessi della repressione che potrebbero costituire ostacolo alla creazione di un mercato unico⁸⁴¹. L'incidenza indiretta del diritto dell'Unione, fondato sull'eliminazione delle antinomie tra i sistemi nazionali europei, è suscettibile di contribuire in maniera mediata a un certo riavvicinamento delle legislazioni nazionali, ma ciò non si produce in relazione con la responsabilità penale delle persone giuridiche che si caratterizza, almeno fino ad oggi, per un difetto piuttosto che per un eccesso di disciplina penale. L'altra leva si fonda piuttosto sulla promozione di un'accelerazione alla penalizzazione di certe materie attraverso l'impulso dato dalle Istituzioni europee ai legislatori nazionali, al fine che essi si dotino autonomamente di legislazioni penali adeguate ad assicurare la protezione di certi beni giuridici di portata transnazionale. In tale senso s'inscrive la politica di avvicinamento degli ordinamenti nazionali, che consiste nell'obbligare i legislatori dei ventisette Stati membri a conformarsi ad una disposizione europea che funge da modello. Attraverso la seconda leva di riavvicinamento delle legislazioni europee, il legislatore dell'Unione ha cercato di guidare le risposte nazionali concernenti la criminalità d'impresa nel corso degli ultimi anni. Per quanto riguarda i criteri di selezione delle materie nelle quali il diritto dell'Unione ha cercato di intraprendere un modello omogeneo di responsabilità degli enti, il primo passo venne compiuto attraverso il secondo *Protocollo alla Convenzione per la protezione degli interessi*

⁸⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.), *La responsabilité pénale de l'entreprise: vers une espace judiciaire européen unifié?*, Actes du Colloque du 13 décembre 1996, Cour de cassation, Dalloz, 1997.

⁸⁴¹ MANACORDA (S.), *Union européenne et droit pénal: esquisse d'un système*, RSC, 2000, p. 96 e ss.

finanziari del 1997⁸⁴². La legittimazione delle Istituzioni europee a rinforzare la domanda di penalizzazione indirizzata agli Stati membri é in questo senso particolarmente forte, nonostante il fatto che essa risponde ad istanze d'ordine burocratico e regolamentare. Com'è stato giustamente sottolineato, sarebbe stato più coerente promuovere l'armonizzazione su temi veramente prioritari per i cittadini europei, come la tratta di esseri umani, o la protezione ambientale, invece che su temi più generici⁸⁴³. Il cammino della responsabilità delle persone giuridiche ha seguito un percorso essenziale: l'Unione ha promosso un'approccio parcellizzato, ma tendenzialmente sistematico. Innanzitutto, l'inclusione delle regole sulla responsabilità penale delle persone giuridiche attraverso gli strumenti europei di armonizzazione penale viene trattata in maniera sistematica e costante. Da circa quindici anni, infatti, tutti i testi, o quasi, che integrano un'armonizzazione tra le discipline nazionali penali che riguardano persone fisiche, hanno incluso delle regole di armonizzazione riguardanti, parallelamente, la responsabilità delle persone giuridiche. In tale contesto l'articolo 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ha consacrato la pratica legislativa in parola attraverso una maggiore formalizzazione giuridica⁸⁴⁴. É stato previsto che le direttive possono stabilire delle regole minimali relative alla definizione di reati e di sanzioni nelle discipline concernenti forme di criminalità particolarmente gravi e che rivestano una dimensione transfrontaliera, risultante dal loro carattere e dall'incidenza a livello europeo. Si tratta della competenza *c.d. autonoma*⁸⁴⁵, in virtù della quale é possibile un'armonizzazione delle regole sulla responsabilità delle persone giuridiche nei seguenti campi: terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori e delle donne, traffico di droga, traffico d'armi, riciclaggio di denaro, corruzione, criminalità informatica,

⁸⁴² Secondo Protocollo, K. 3, *Trattato sull'Unione Europea, Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee*, JO n. C 221, del 19/07/1997, p. 12 e ss.

⁸⁴³ BARATTA (A.), *Il corpus juris e la cultura giuridico-penale europea*, in MOCCIA (S.) (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, ESI, 2004, p. 25 e ss.

⁸⁴⁴ GIUDICELLI-DELAGE (G.), LAZERGES (C.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. *UMR de droit comparé de Paris*, vol. 28, Paris, *Société de législation comparée*, 2012.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

criminalità organizzata⁸⁴⁶. In questo primo quadro di armonizzazione l'Unione ha già stabilito certe regole minimali per la responsabilità degli enti, facendo ricorso all'intero ventaglio di strumenti di diritto derivato. Si tratta di convenzioni, di azioni comuni e di decisioni-quadro che sono state adottate a tale scopo. Più di recente le nuove direttive penali di sostituzione includono sistematicamente delle regole che esigono dagli Stati membri che essi sanzionino gli atti criminali delle persone giuridiche. Un esempio di questo tipo è rappresentato dalla Direttiva del 2011 sulla tratta degli esseri umani⁸⁴⁷. Inoltre, l'armonizzazione dei dispositivi legislativi e regolamentari attraverso una direttiva può aver luogo laddove si ritenga indispensabile al fine di assicurare la messa in opera efficace di una politica dell'Unione in una disciplina facente oggetto di misure d'armonizzazione. È il tipico caso delle politiche europee sulla protezione ambientale. Si pensi alla Direttiva legata all'inquinamento atmosferico (2005/35/CE), in virtù della quale: "Ogni Stato membro prende le misure necessarie al fine che le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati previsti all'art. 5 bis, paragrafo 1 e 3, e all'art. 5 ter. La seconda caratteristica della strategia dell'Unione in materia di responsabilità degli enti è rappresentata dalla sua natura parcellizzata, ciò in ragione di una scelta frammentaria dei domini d'intervento delle Istituzioni europee, e alla rinuncia di una regola generale comprendente tutte le discipline di reato. La scelta puntuale sui domini d'intervento è il risultato della struttura peculiare della politica istituzionale dell'Unione. Essa interviene solo in campi precisi e determinati, ossia dove i Trattati trovano fondamento giuridico e siano perciò applicabili. Questo fenomeno comporta un certo numero di paradossi: se la pedopornografia o le mutilazioni genitali femminili hanno fatto oggetto di molteplici iniziative e testi dell'Unione Europea rispetto alla responsabilità degli enti, nulla è stato previsto rispetto alla sicurezza e all'igiene sul luogo di lavoro, le stesse direttive in materia di inquinamento atmosferico hanno dovuto attendere degli anni prima di assumere valore penale. Più in generale, la scelta delle discipline da armonizzare sembra essere guidata attraverso imperativi di efficacia e da una preoccupazione simbolico-politica che si accorda male con la

⁸⁴⁶ ARROYO (L.), MUNOZ DE MORALES ROMERO (M.), *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome (art. 83.1 TFUE)*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, 2012, p. 113 e ss.

⁸⁴⁷ Direttiva 2009/123/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 sulla prevenzione della tratta degli esseri umani.

razionalità e l'equilibrio che si dovrebbero esigere in tutti i ricorsi alla sanzione penale. Il risultato finale di questo modo d'intervenire del diritto dell'Unione è rappresentato dalla rinuncia a una regola generale sulla responsabilità delle persone giuridiche, applicabile all'insieme dei reati. Il risultato rispetto agli ordinamenti nazionali appare per questo poco soddisfacente. I legislatori nazionali si trovano, infatti, davanti ad obblighi di diritto europeo per la disciplina di certi reati, e a un vuoto legislativo europeo su altri. Fatto che genera, come si è visto nei paragrafi precedenti, a livello positivo, un diritto penale delle imprese a più velocità tra gli Stati membri. Per quanto riguarda la natura della responsabilità degli enti, l'Unione esprime una certa indifferenza. I testi europei non contengono alcun riferimento alla necessità di una sanzione penale per gli enti. L'Unione si limita a domandare una responsabilità penale o amministrativa che sia adeguata ed efficace a prevenire le infrazioni da essa perseguite⁸⁴⁸. I testi dell'Unione sembrano, del resto, preferire un modello fondato sul concetto di identificazione organica dell'ente per le azioni compiute attraverso i suoi organi o rappresentanti, che abbiano agito per conto dello stesso. Modello di cui si è già detto e i cui limiti sono stati abbondantemente enunciati nel corso della presente trattazione. Il diritto dell'Unione, dunque, di fronte alle forti divergenze tra le soluzioni individuate a livello comparativo, domanda la costituzione legislativa di sistemi che prevedano la responsabilità degli enti senza specificarne la natura, premesso che tale responsabilità risponda a certi parametri di adeguazione e che essa sia proporzionale rispetto alla capacità offensiva dei reati in oggetto. Quest'approccio, che potrebbe essere definito "sistematico", resta comunque parcellizzato e frammentario, in difetto di un livello di competenza generale dell'Unione in materia penale. Si è ancora lontani da un auspicabile modello generalizzato a tutti i Paesi membri dell'Unione. Ciò porta a introdurre il problema relativo alla struttura dell'imputazione, concepito ancora secondo un modello dualista. Le ragioni di questa scelta sono da considerarsi inerenti ad una natura ambigua della responsabilità richiesta da Bruxelles, a sua volta largamente orientata da certe resistenze di alcuni Stati membri, tra i quali troviamo la Germania e la Francia. Nonostante ciò, uno dei fattori che condizionano maggiormente la scelta insoddisfacente del legislatore europeo è rappresentata anche dall'insufficienza dell'elaborazione normativa, oltre che teorica, del principio di

⁸⁴⁸ COM (2011) 573 final.

colpevolezza dell'Unione⁸⁴⁹. La Corte di giustizia dell'EU, ad esempio, non ha mai evocato, nelle sue decisioni (eppure numerose in diritto penale), un principio di responsabilità per fatto proprio, o un principio di colpevolezza, il quale, tra l'altro, non figura in alcun testo primario dell'Unione. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, entrata in vigore a fine del 2009, e che ha consacrato un intero capitolo alla giustizia, nel quale figurano numerosi principi di diritto e di procedura penale, non presenta alcuna indicazione concernente la responsabilità penale. I timidi passi compiuti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Sud Fondi* del 2009⁸⁵⁰, che avrebbero potuto condizionare l'evoluzione del diritto dell'Unione attraverso una stretta applicazione dell'art. 6 del Trattato UE, fanno pensare meno alla consacrazione del *nullum crimen sine culpa* a livello sovranazionale, che a una estensione soggettiva della legalità in termini di prevedibilità positiva. Davanti a questa povertà di indicazioni intorno alla responsabilità penale, e in presenza di una debolezza giurisprudenziale e dogmatica dell'EU in merito al principio di colpevolezza, bisognerebbe ripensare ai meccanismi di imputazione di reato agli enti e a una ricostruzione del modello europeo di colpevolezza delle persone giuridiche. Si tratterebbe di fondare la colpevolezza dell'ente, in parte ispirandosi al modello italiano, su basi fondamentalmente normative. La scorciatoia del modello fondato sull'identificazione d'organo, che passa attraverso gli atti e le omissioni della dirigenza dell'impresa, non é, come si é visto, soddisfacente, e certamente esso non funziona laddove l'individuo ha agito nel suo esclusivo interesse. Il modello italiano, e in parte quello Spagnolo, concedono all'ente l'esenzione da responsabilità quando le regole di conformità siano state eluse fraudolosamente dalla dirigenza. Se si ammette la possibilità che la dirigenza, in qualità d'organo dell'entità collettiva, possa comportare la responsabilità dell'ente medesimo, bisognerà ammettere anche che l'ente potrà vedere la sua responsabilità attenuata, o esclusa, quando esso sia diligentemente dotato di un sistema adeguato di prevenzione dei reati⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ SICURELLA (R.), *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, RSC, 2002, p. 15 e ss.

⁸⁵⁰ Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, *Sud Fondi e altri c. Italia*.

⁸⁵¹ MANACORDA (S.), *La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne: modèles normatifs et obstacles théoriques*, op. cit., p. 23 e ss.

Conclusioni generali.

I.

1. Partendo da un'analisi terminologica della parola *persona* si è inizialmente cercato di circoscrivere l'oggetto della ricerca all'interno di una dinamica linguistica della soggettività giuridica. In tale ottica si è optato per una definizione fondamentalmente normativa che vede le persone giuridiche come enti capaci di agire e di produrre fatti giuridicamente rilevanti. Considerato che il diritto penale è un diritto del fatto, ossia un diritto che pone ad oggetto della propria disciplina i fatti scaturenti da azioni o omissioni materiali, se ne è dedotto che gli enti andrebbero considerati come soggetti scaturenti da un autonomo fenomeno pregiudico, comprovato dall'esistenza dei *cd. enti di fatto* e dalla constatazione che la loro esistenza, così determinata, dà vita a fatti sociali concretamente osservabili. Certo, l'osservazione secondo la quale all'interno dell'ente collettivo agiscono materialmente le persone fisiche, ha suscitato non poche difficoltà nella storia della definizione dogmatica delle persone giuridiche. Si tratta di sapere se, quando si parla di persona giuridica, si intenda finzionisticamente fare riferimento a l'insieme individuale che la compone, attraverso un utile meccanismo giuridico di semplificazione, oppure ad un'unità collettiva dotata di una propria autonomia rispetto alle individualità singolari.

2. In tale prospettiva si è messo in discussione il tradizionale brocardo *societas delinquere non potest*. Tale assunto, attraverso un'analisi storica e politica della concezione della persona giuridica, operata nel secondo paragrafo, è stato parzialmente confutato. Si è visto che non è storicamente vero che gli enti collettivi siano stati esclusi dal novero dei soggetti passibili di pena. Da ultimo, tra le più importanti elaborazioni civilistiche del XIX sec., riguardanti la responsabilità per danno, si è sostenuta la tesi secondo la quale il diritto dovrebbe rispondere alla realtà sociale e alle necessità concrete dei soggetti giuridici, cioè alla difesa dell'individuo posto di fronte ad un mondo pericoloso ed ad un'organizzazione sociale fondamentalmente iniqua.

3. Tra coloro che hanno sostenuto il carattere finzionistico della personalità giuridica degli enti collettivi, spicca l'autorevole figura di Léon Duguit. Secondo quest'autore, la tradizione teorica dello Stato fa di esso il guardiano effettivo dell'ordine pubblico, attraverso l'arma

della sovranità, al fine di raggiungere i suoi scopi di interesse generale. La sovranità è intesa come il diritto da parte dello Stato ad agire senza essere chiamato a rispondere di tali azioni, in quanto considerate necessarie al perseguimento dell'interesse pubblico. Lo Stato era considerato una persona giuridica *irresponsabile* che non doveva rispondere delle proprie azioni in virtù degli interessi generali che esso perseguiva. D'altra parte, lo Stato, dal punto di vista del diritto privato, è tradizionalmente il soggetto ritenuto in grado di violare il vincolo di bilancio imposto alle altre associazioni, in virtù di una prerogativa etica. Ultimo esempio storico a conferma di tale affermazione è stato quello dell'imperante politica *keynesiana* sviluppatasi nella prima metà del 900 e seguita sino agli anni 70'. L'opera di Duguit si pone magistralmente in opposizione alla concezione realistica dello Stato e degli enti collettivi in generale⁸⁵². L'autore, in estrema sintesi, nega sia la personalità degli enti, che la sovranità dello Stato. Nega la personalità degli enti in quanto secondo la sua teoria essa è una semplice finzione, e le sole realtà restano gli esseri umani. Nega anche la sovranità dello Stato in quanto egli ritiene che quest'ultima implichi l'esistenza di diritti laddove egli vede soltanto l'esistenza di doveri. Infatti, l'unica teoria legale legittima dello Stato sarebbe quella che lo renderebbe capace di soddisfare i necessari bisogni del momento legati all'interdipendenza sociale. Per Duguit lo Stato è un gruppo di uomini che, attraverso un'evoluzione storica, ha generato una distinzione netta tra governanti e governati. Secondo questa teoria, lo Stato, spogliato di sovranità, e investito dai doveri di perseguire il benessere pubblico, sarebbe ridotto alla posizione di cittadino privato⁸⁵³, dal momento che risponderebbe solo agli imperativi dettati dal diritto oggettivo contenuti nell'ordinamento. Una tale riduzione implicherebbe necessariamente la responsabilità per le sue azioni. Ciò che, in sostanza è derivato dalla concezione dello Stato sovrano, che Duguit ha combattuto, è

⁸⁵² HAROLD (L.), *Studies in the problem of sovereignty*, London, 1917, per una traduzione italiana si veda Nota su L. Duguit, RAPONE (V.) (a cura di), in *Filosofia dei Diritti Umani*, gennaio-aprile 2013, pp. 73 e ss.

⁸⁵³ TRIGEAUD (J.-M.), *Justice & Hégémonie. La philosophie du droit face à la discrimination d'État*, Éd. Bière, 2006: Secondo l'autore, Hauriou invece pone l'accento sull'analisi della "chose publique", oggetto delle attività di *servizio pubblico* sulla base delle quali si fondano le attività dei funzionari, ossia degli organi dello Stato. In generale tali istituzioni richiederebbero l'esistenza di un una serie di poteri e di funzioni convergenti verso il medesimo scopo; che nel caso dello Stato deve essere quello dell'interesse pubblico, inteso come l'interesse dell'insieme degli individui fondanti una comunità politica. L'interesse pubblico si troverebbe in tal modo relativizzato come elemento soggettivo, inerente ad una rappresentazione "de l'esprit et de la volonté". Anche Hauriou, seppur in modo del tutto distinto rispetto a Duguit, si pone nel medesimo rapporto con lo Stato volto a disegnare i limiti di quest'ultimo, tenendoli ben saldi sulla nozione di interesse pubblico, contrario ad una costituzione della sovranità fondata su una autoproduzione istituzionalizzata di un potere governante o di una classe di individui.

stata l'impossibilità dell'affermazione di diritti sociali originari, o pre-statali, da opporre alla sfera politico-normativa statale. Ma al di là del rapporto inter-individuale tra i soggetti, assolutizzato da Duguit, esisterebbe un rapporto "inversamente proporzionale tra la possibilità dei gruppi sociali di autoregolarsi e la crescita della relazione giuridica di origine pubblico-statale (allo stesso modo, sembra sussistere anche un rapporto di proporzionalità diretta tra la crescita dell'autonomia privata e la crescita della regolazione pubblico-statale)"⁸⁵⁴, fenomeno, tra l'altro, profondamente attuale.

4. Secondo altri autori, tra cui spicca l'autorevole figura di Raymond Saleilles, sarebbe una negazione storica dei fatti, quella di non riconoscere una propria autonomia giuridica e sociale agli enti collettivi. I quali, proprio in funzione di una decentralizzazione del potere, attraverso una demistificazione delle funzioni sovrane dello Stato, dichiara l'autonomia dell'esistenza degli enti collettivi, al di là di un originario riconoscimento sovrano dello Stato, o comunque, prima di questo. Sarebbero l'unità dello scopo e gli interessi comuni a giustificare l'esistenza degli enti collettivi, il tutto legittimato da quell'insieme di volontà individuali che, consacrando il diritto alla libera associazione degli individui, danno vita ad un'unica volontà collettiva e comunicativa attraverso gli organi funzionali dell'ente medesimo (v. Cap I., par. 4 e 5).

5. Si è successivamente analizzata la nozione di diritto soggettivo⁸⁵⁵, quale oggetto fondamentale di tutte le facoltà legate alla personalità giuridica, e che si afferma esteriormente come un potere stabilito dalla legge, dal diritto oggettivo. Esso è esclusivo, ossia riservato ad un solo soggetto, contrario ad un controllo della collettività e definisce la sfera d'autonomia attraverso le possibilità legali di agire che esso stesso costituisce. Il diritto soggettivo riposa su un titolo o un'investitura formale e non sulla capacità diretta ad esercitarlo. A conferma di tale affermazione è stato fatto l'esempio del minore e quello del demente, i quali risultano destinatari ultimi dei diritti loro attribuiti, mentre coloro che esercitano effettivamente i diritti, attraverso la propria indipendente volontà, ossia i curatori o i tutori, non ne giovano e non ne sono destinatari; perciò il soggetto giuridico per il quale i

⁸⁵⁴ GRECO (T.), *Diritto e legame sociale*, Torino, 2012, p. 93.

⁸⁵⁵ v. TRIGEAUD (J.-M.), voce *Droit(- subjectif)*, in AUROUX (S.) (a cura di), *Les notions philosophiques. Dictionnaire*, II, T. 1, PUF, pp. 704 e ss.

diritti vengono esercitati, in alcuni casi resta un soggetto senza volontà rilevabile, ossia il minore o il folle (v. Cap. I, par.5). Allo stesso modo la volontà collettiva dell'associazione, dell'impresa, dell'organizzazione, sarebbero rappresentate da volontà organiche e funzionali messe al servizio di un comune scopo. Per parlare di diritto soggettivo e di autonomia del soggetto bisogna rilevare un potere autonomo di volontà, ossia un potere che assicuri la garanzia degli interessi di carattere sociale. Secondo l'autore, tutti i soggetti dotati di una volontà autonoma capace di realizzare un interesse suscettibile di essere giuridicamente accettato, saranno da considerare come persone giuridiche.

6. Sulla base della presente trattazione, l'idea di personalità, in tutte le sue accezioni, anche in quelle che riguardano l'individuo, è, una realtà specificamente giuridica, che nasce da una relazione fondata sull'*astrazione* - non su una finzione - che trae dalla realtà sociale fatti reali e li traduce in termini giuridici; sarebbe a dire che essa esiste nell'ordinamento a condizione di tenere presente certe nozioni astratte che la strutturano e la legano alla realtà sociale. È, a tal scopo, importante distinguere tra astrazione e finzione. Una realtà giuridica non implica necessariamente un rapporto che si stabilisce tra essa e una realtà naturale. La finzione esclude un rapporto logico con la realtà, mentre l'astrazione ordina la realtà sulla base di coordinate mentali, ma partendo da essa. Se questa corrispondenza tra ciò che è esterno e ciò che è giuridico viene rispettata, si avrà una realtà giuridica applicata ad una realtà oggettiva. La personalità giuridica è un rapporto di questo genere: un insieme di condizioni in base alle quali si può affermare che un soggetto esistente nella realtà esterna al diritto è giuridicamente autonomo. Tale relazione non è una condizione nell'ordine naturale e innato, certi rapporti tra le cose vengono stabiliti sulla base di un ordine e di una logica giuridica che prende ispirazioni dalle cose, e dalle soggettività, stesse che essa ordina. La concezione giuridica del mondo è solo una delle sue definizioni possibili e resta uno strumento collegato alla realtà attraverso una logica settoriale, quella giuridica, appunto. In tale tipo di impostazione teorica l'autonomia del soggetto collettivo va rintracciata nella sua capacità a produrre effetti come fatti giuridicamente e socialmente rilevanti. Per realizzare la propria autonomia, nel senso appena descritto, l'ente stabilisce un rapporto con un elemento strumentale e un elemento soggettivo, in modo tale che l'elemento soggettivo sia l'oggetto che il primo mira a produrre. Bisogna, perché ci sia un soggetto giuridico, che vi sia la presenza di un insieme di rapporti, costituiti in vista di collegare un atto di volontà allo

stesso insieme organico che ha contribuito a produrlo. Perciò è necessaria una organizzazione destinata a produrre una manifestazione di volontà, in modo tale che questa non sia un fatto che si produca separatamente, attraverso l'intervento di un terzo, ma che essa si presenti come un effetto immediato e diretto dell'organizzazione stessa: in tal senso, è l'istituzione che rende possibile la realizzazione della persona giuridica. I due elementi essenziali della personalità giuridica, elemento oggettivo ed elemento soggettivo, non sono come due elementi estranei ed eterogenei l'uno all'altro; essi sono, al contrario, legati in un rapporto intimo, che si sintetizza attraverso l'elemento strutturale ed organizzativo. Attraverso questa sintesi, potere strumentale e volontà organica restano distinti. Il potere di agire nell'interesse di un soggetto è attribuito attraverso una volontà che gli corrisponde; da ciò si potrebbe evincere che la scissione dei due elementi non sarebbe necessaria e che la volontà si trovi esattamente dove si cristallizza il potere di agire; in altre parole, che essa abbia il suo centro organico nel meccanismo stesso che si è costituito a suo servizio, l'organizzazione. I due elementi si distinguono perché poggiano la loro struttura organica su basi sostanzialmente differenti. Quello che si potrebbe definire come parte strumentale dell'istituzione è la sua organizzazione collettiva, i cui membri che la costituiscono, considerati allo stato isolato, non hanno più alcun legame che li leghi all'unità organizzativa stessa; è solo nella complessità del loro rapporto reciproco che essi possono valere come elementi d'attività collettiva, come costitutivi di un meccanismo giuridico. Ma è attraverso l'agire degli individui che esso si forma. Questo meccanismo si comporta nell'individuo come una volontà funzionale, separata da quella personale, anche se l'atto di volizione, in quanto atto psichico individuale resta della stessa natura. Al fianco dell'elemento oggettivo che realizza l'unità corporativa dell'ente, l'elemento soggettivo ne rivela la parte individuale e la pluralità sottostante la personalità unitaria. L'elemento soggettivo è una volontà diffusa e a scopo collettivo. Dunque, è corretto dire che, analiticamente, gli elementi essenziali si distinguono, per poi legarsi *simbioticamente* in una sintesi che li rende indispensabili l'uno a l'altro.

7. Una volta dogmaticamente determinata la persona giuridica, e assunta una posizione rispetto alla sua autonomia e effettività all'interno del discorso normativo, bisognava vedere perché assumere l'ente come soggetto dotato di capacità giuridica penale. Secondo un

autore, alla “irresponsabilità organizzata”⁸⁵⁶ bisognerebbe contrapporre un principio di responsabilità organizzativa, capace di orientare la generazione attuale verso la sopravvivenza di quella futura. La questione che interessa in rapporto alla presente ricerca, è quella relativa alle ragioni di una penalizzazione graduale delle entità collettive. Insomma, chi e come è responsabile di certi rischi, e a chi e come, imputare le pene per i relativi danni che da tali rischi provengano. Questo discorso non può essere slegato da quello riguardante il fenomeno delle privatizzazioni delle prestazioni statali. Alla erosione della sovranità, di cui si è fatto cenno, è seguita una profonda trasformazione dello stato sociale, sotto la pressione della concorrenza e delle diseguglianze globali, nonché della crisi finanziaria, il tutto legato ad una razionalizzazione tecnicista e scienziata dell’azione istituzionale. In questo contesto e sotto queste spinte, è nata l’idea generale secondo la quale ciascuno deve preoccuparsi responsabilmente del proprio futuro. Ossia si è passati in pochi anni, dallo stato sociale, alla assoluta responsabilità individuale. Questo accade in tutti i settori della regolazione giuridica. Ad esempio, nel diritto della regolazione ambientale si sta espandendo l’idea di un controllo responsabilizzato, organizzato su principi di diritto privato (si pensi al principio *cd. chi inquina paga*). I reati “non devono più rinviare a deficienze della socializzazione, o alla struttura sociale classista, né devono più indurre a impostare misure preventive e di risocializzazione dei colpevoli (...) piuttosto il colpevole deve nuovamente essere considerato pienamente responsabile sul piano individuale”⁸⁵⁷. Circostanze e ambiente, valgono sempre meno a sgravare l’individuo dalla sua responsabilità biografica. Ciascun individuo dovrà progettarsi e condurre la propria vita in maniera tale che essa sia il risultato di un progetto responsabilmente e individualmente prescelto. A ciascuno viene imputata la propria scelta di vita, pur sapendo bene che è calato in una rete di organizzazioni sociali (famiglia, impresa, ecc..) a cui è sostanzialmente legato. Attraverso questa tendenza, la società civile, in quanto società della responsabilità per antonomasia, finisce per rendere smisurate le imputazioni, assolutizzando la responsabilità individuale. Allora ciascuno diventa responsabile di tutto, e la responsabilità diventa un concetto vuoto, privo di reale contenuto. Al fine di sfuggire a questo pericolo di paradossale svuotamento delle responsabilità individuali attraverso una loro absolutezza, non si può, d’altra parte,

⁸⁵⁶ GÜNTHER (K.), *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, CEPPA (L.) (a cura di), Torino, 2010.

⁸⁵⁷ GÜNTHER (K.), *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, op. cit., pp. 9-10.

riprendere quella direzione contraria di commiserazione e di assistenza “dalla culla alla tomba”, e dalla culla al crimine, fino al punto di sgravare l'individuo dalla responsabilità, togliendogli di conseguenza la libertà. Perciò, la responsabilizzazione penale delle organizzazioni ha assunto il ruolo di una sorta di cuscinetto tra il riconoscimento delle responsabilità individuali e l'insicurezza sociale derivante da tale riconoscimento. Ripercorrendo l'opera di Saleilles, è corretto affermare che è responsabile il soggetto da cui dipende l'azione. Più correttamente un autore ha considerato che responsabile è “colui che può farci qualcosa”⁸⁵⁸. Il problema è che sapere se una persona potesse veramente farci qualcosa non è facile, e spesso impossibile. Per trovare una risposta, l'intero processo di modernizzazione dell'imputazione è stato organizzato come un processo di intensificazione, razionalizzazione e differenziazione delle pratiche sociali di imputazione. Questo accade mentre, sul piano sociale, vengono smantellate le vecchie gerarchie organizzative e superati i contratti collettivi di lavoro. Gli individui sono sottoposti a fenomeni di flessibilità e contrattazione individuale del lavoro. Essi, ad esempio, devono diventare "imprenditori di sé stessi" invece di assoggettarsi a regole giuridiche fisse e a norme fissate per tutti dalle burocrazie sindacali. Il problema è che in tale ottica non tutti gli individui dispongono di pari capacità d'inserimento. Ora, lo stato sociale era storicamente nato come risposta ai rischi che non erano più padroneggiabili dalla prudenza e dalla *ratio* individuale. Attraverso la consapevolezza che non poteva imputarsi al solo individuo la responsabilità derivante da incidenti, malattie, disoccupazione, poté farsi strada l'idea di una solidaristica garanzia sociale attraverso l'assicurazione statale. Ora, l'allontanamento da questo modello assistenziale e la conseguente responsabilizzazione individuale, sul piano penale, si è tradotta in un allontanamento dalle pratiche di socioterapia e risocializzazione che avevano sostituito la punizione, iscrivendo la pratica dei tribunali in una responsabilità individuale inasprita. La demistificazione delle responsabilità individuali però, rischia di creare ingiustizie, come si è già detto, in quanto essa tende a ripercuotersi soprattutto su coloro che non si sono adattati al modello, o non ne avevano le possibilità di vita, oppure che non potevano controllare le variabili da cui il fatto di reato era dipendente. Perciò, la devoluzione della regolamentazione pubblica verso istituzioni e organizzazioni private, e l'autoregolamentazione e autoresponsabilizzazione delle organizzazioni, funge da importante componente di una distribuzione più giusta delle responsabilità all'interno della società. Con

⁸⁵⁸ *Ibidem*.

ciò si spiegherebbe anche il fenomeno pubblicistico in base al quale all'aumento di una responsabilizzazione politica individuale dei soggetti che operano nel quadro di istituzioni pubbliche, è corrisposta una graduale responsabilizzazione attraverso il diritto penale delle organizzazioni private e delle imprese. La regolamentazione socio economica, privata dell'aura della sovranità pubblica, ha dato vita a responsabilità individuali più rigorose, e ad una condivisione delle responsabilità degli enti collettivi derivante da una oramai consolidata promiscuità con quelli pubblici.

8. In tale ottica, individuare le responsabilità organizzazionali o individuali, vuol dire individuare l'interesse e la *funzione* che stanno all'origine del reato. Funzione, in quanto seguendo il filo logico sopra indicato, si tratta di reati compiuti da soggetti che rivestono un ruolo funzionale o regolativo sotto la spinta di interessi privati, fenomeno che, come detto, si sostituisce a quello pubblicistico nella cura delle funzioni sociali dello Stato attraverso la messa in opera istituzionalizzata dello stato sociale. Interesse, perché tali funzioni non vengono più espletate da organi dello Stato, ma da organizzazioni ed imprese di diritto privato, o al limite *c.d. parastatali*, che perseguono interessi privati che vanno di volta in volta individuati. Si potrebbe considerare questi soggetti collettivi come persone giuridiche private che devono assumere una particolare *posizione di garanzia* rispetto ai beni che essi hanno in gestione, dimostrando, spesso, anche una certa *professionalità* tecnica d'esecuzione. Infatti, essi in quanto enti di diritto privato possono trarne legittimamente profitto, ma in quanto enti gestori di beni sui quali l'attività può risultare particolarmente rischiosa e pericolosa per la comunità, sono obbligati ad offrire obbligatoriamente una serie di garanzie a tutela di quest'ultima⁸⁵⁹. La cooperazione, o quasi commistione, pubblico-privato fa nascere la problematica del controllore. In altre parole, se pubblico e privato, attraverso una sorta di gestione congiunta delle funzioni di produzione e regolazione, si confondono, allora come garantire che esse osservino la legge? Secondo un autore, il diritto pubblico costituirebbe un sistema di regole autonome al fine di riconciliare l'interesse generale delle

⁸⁵⁹ Si tratta qui di tenere ben presente, al fine di non rischiare di trincerarsi su posizioni che comporterebbero un sistema chiuso di "disumanizzazione dell'umano" (v. *Il Cap par. 3.1.*), che al di là del soggetto normativamente ed astrattamente costituito, si tratterebbe in seguito di operare un "dédoublement fonctionnel" (v. TRIGEAUD (J.-M.), *Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement reel*, in ALFERILLO (P.E.), ARIAS (A.G.), SOMMER (CH.G.) (a cura di), *Liber Amicorum*, T. I, Córdoba, 2010, p. 150.). Ossia di percepire i soggetti attraverso i ruoli che essi assumono secondo un fine funzionale, e dei valori materialmente intesi che essi rappresentano. Non si tratta qui di considerare la persona in chiave universale.

collettività pubbliche e gli interessi finanziari del suo *partner* privato⁸⁶⁰. Per un lungo periodo il diritto relativo alla delega di servizi é stato dominato dal solo principio di equilibrio finanziario. Più di recente, al di là dell'*equilibrio finanziario* e remunerativo, é stata rivelata l'importanza del principio del *transfert* dei rischi di gestione legati all'attività delegata, i quali identificano una vera e propria delega di servizio pubblico. L'ordinamento tenta di normativizzare questo equilibrio fondamentale, il giudice si indirizza ormai all'efficienza del delegato per cercare di tenerlo entro limiti compatibili con l'interesse generale.

II.

1. Il movimento di responsabilizzazione degli individui attraverso la liberazione di forze individuali, un tempo inquadrate attraverso la burocrazia e dalle sovrane cure dell'amministrazione, ha comportato un'incertezza crescente, rispetto al rischio insito in un progetto di vita personale e libero, è a un fenomeno di allargamento delle diseguaglianze sociali originato dalla differenza di condizioni personali delle esistenze. In tale contesto é fondamentale, al fine di riequilibrare il sistema, stabilire con il massimo rigore quelle responsabilità che fuoriescono dal normale ambito personale e che sono tali da mettere a *rischio* i progetti individuali. Proprio in questa prospettiva, la *deregulation*, e la devoluzione di funzioni di amministrazione e di gestione, in quello che un tempo era definito *pubblico servizio*, ha originato la necessità di una forte responsabilizzazione delle istituzioni private, che detengono la gestione, e i benefici derivati, di beni comuni. La responsabilità a cui ci si riferisce determina un movimento parallelo nei rapporti sociali, politici ed istituzionali. Le *temps des responsables*, ha innescato una percezione generalizzata che tutte le azioni umane, singolari o derivanti da molteplicità organizzate, implicassero la preoccupazione di pensare alle conseguenze più immediate, ma anche a quelle future. La natura tradizionalmente sacrificale del diritto penale, d'altra parte, che pone a carico del singolo effetti che hanno origine in una realtà complessa e multilivello, trova un elemento di moderazione nella

⁸⁶⁰ RAPP (L.), Variations autour de la personnalité juridique en droit publique, in *Personnalité juridique*, BIOY (X.) (a cura di), L.G.D.J., 2012.

responsabilizzazione degli enti collettivi come tecnica di riconoscimento di responsabilità sistemiche diffuse, ossia non individualmente determinabili.

2. In tal senso, è sembrato particolarmente importante approntare una definizione moderna di rischio, perché è proprio dalla questione del rischio che oggi partono tutti i discorsi intorno alla punibilità di certi comportamenti, e la libertà dei soggetti individuali è inversamente proporzionale ai rischi che essi devono correre per attività che vanno a profitto di terzi. Il reato, che comunque ha bisogno del *c.d. elemento materiale* per essere completo, deve essere costruito sulla base della problematica relativa al fatto come sintomo di un rischio potenziale e ulteriore per la comunità. Allora si parlerà di rischio penale d'impresa, di rischio professionale, di rischio ambientale. Tutti questi rischi vanno arginati, previsti, in una parola, vanno controllati attraverso meccanismi di previsione e di prevenzione la cui costituzione deve essere rintracciata nella corretta applicazione di modelli, dei *c.d. compliance programs* e della corretta prudenza che non può che essere particolarmente normativizzata in merito alle attività più complesse e pericolose. E' chiaro che le linee guida, i protocolli e i regolamenti possono, in certi casi, offrire delle indicazioni, dei limiti. Tuttavia, anche in questa materia, vi sono dei rilevanti problemi, perché occorre comprendere qual'è la logica nella quale si è formata una certa prassi di comportamento, perché le linee guida sono spesso frutto di scelte totalmente economicistiche.

3. Sulla prevedibilità dei rischi vi è una lunga tradizione giuridica che è stata alimentata dal tema della responsabilità industriale e degli enti: una materia molto affine all'ambito della *responsabilità professionale* perché anche in tale ambito vi è un problema di *previsione*, di *prevedibilità*, e soprattutto di *affidamento*, dunque di *garanzia*. Fondamentale è, certo, la corretta definizione dei rischi, ma ciò in funzione di meglio definire la prevedibilità dell'evento dannoso, in particolare nelle strutture complesse delle organizzazioni, tra le cui maglie possono nascondersi, e spesso vi è interesse a nascondere, gravi rischi per la comunità. In particolare, la trasgressione di regole precauzionali correttamente normativizzate, contenute in regolamenti di settore, oppure in codici di comportamento di imprese è figlia dell'imprudenza, e spesso di una negligenza interessata. Chiaramente, non si può pretendere di poter azzerare i rischi, specialmente nelle attività d'impresa. Bisognerà, invece, definire la soglia di accettabilità, ossia il grado di pericolo che si è disposti ad accettare al fine di consentire un'attività ritenuta in sé proficua e utile. Il principio di

precauzione, in tal senso, rappresenta il costo sociale del rischio, che obbliga ad accertarsi di avvenimenti non esattamente prevedibili, perché dipendenti da processi troppo complessi. Fino ad ora, nessuna legge stabilisce una pena per la violazione del principio di precauzione; il difetto di precauzione non può, infatti, essere causa di incriminazione di portata generale, mentre viene contemplato il difetto di prevenzione come causa di imputazione della colpa. Sembra però che tale principio sia destinato a influenzare sempre più il diritto penale, in particolare il diritto penale delle imprese e quello settoriale di certe attività particolarmente rischiose, che vanno specialmente garantite.

4. La garanzia in tal caso potrebbe essere definita come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità, totale o parziale, del titolare a proteggerlo autonomamente. Si parlerà, in tal caso, di posizioni di garanzia. La posizione del garante è diretta a riequilibrare una situazione di inferiorità rispetto ai poteri sulla cosa, sul bene, dove però, pur se il potere penda da un solo lato, la cosa, il bene, sono comuni a un certo numero di individui, e perciò si predispose una tutela particolarmente scrupolosa. Si è visto anche che le posizioni di garanzia possono essere separate sulla base di una classificazione funzionale, sul loro contenuto materiale e sullo scopo della posizione di garante, in quattro tipi di base: *posizione di protezione* e *posizione di controllo*, posizioni di garanzia *originarie* e *derivate* (v. Cap. II, par. 4). La *ratio* è chiara: chi è minacciato da fonti di pericolo legate alla proprietà o all'attività di terzi non sarebbe in grado di proteggersi da sé in quanto egli non ha le capacità per controllare quell'attività. In tal modo la sicurezza dei soggetti minacciati risulterebbe dipendente da cautele predisposte da chi ha sotto il proprio controllo la cosa o l'attività pericolosa. In particolare si è fatto riferimento al rapporto sottostante tra soggetti indipendenti che si trovano al di là del rapporto organizzazione-organo, ossia all'altro rapporto interno all'ente che è quello organizzazione-persona fisica, che nasce attraverso il contratto di lavoro o di consulenza tra ente e persone fisiche. Attraverso questa differenza di rapporti, si è visto come a fianco del rapporto organico, a cui può essere ricondotta la responsabilità dell'ente, si trova un rapporto legato a posizioni di garanzia reciproche, dove l'ente detiene la posizione originaria di controllo e i singoli soggetti quella derivata. Tale impostazione permette di distinguere i rapporti che intercorrono tra ente e soggetti che lo costituiscono, e di dividerli rispetto alle funzioni che essi assumono, permette anche di individuare in modo più efficace i casi in cui a rispondere

della violazione di norme penali sia il soggetto individuale e non l'ente. Infatti all'infuori del rapporto organico, resta un rapporto contrattuale, spesso assimilato nelle specificazioni del contratto di lavoro, dove l'ente, soggetto indipendente, *affida* delle mansioni, delle funzioni, dei compiti, ai contraenti. Tali soggetti si investono di una *posizione di garanzia derivata*, affidata dall'ente che, a seconda dell'attività e delle finalità assunte, sarà chiamato a una *posizione di garanzia originaria* rispetto a beni giuridici penalmente tutelati. Indirettamente tale posizione sarà assunta dai singoli soggetti contraenti, i quali fintanto che agiscano come organi, e quindi nell'ambito di funzioni aderenti alla logica e alla struttura organizzativa dell'ente, saranno assimilati all'ente stesso e le loro azioni o omissioni che abbiano infranto la legge penale posta a garanzia del bene, saranno assimilate all'azione o omissione dell'ente, ritornando così ad un rapporto organico-funzionale. Invece, nel caso contrario, quando tali soggetti agiscano all'infuori del rapporto con la struttura organizzativa e gestionale dell'ente, allora agiranno in quanto singoli legati ad un contratto che prevede la devoluzione di posizioni di garanzia derivate nei confronti di beni la cui tutela è demandata direttamente dall'ordinamento all'ente; allora, le azioni che violino i precetti della posizione di garanzia saranno imputabili ai singoli soggetti agenti materiali, in quanto già il fatto di non agire secondo le previsioni del modello organizzativo costituirebbe una violazione alle prerogative contrattuali dell'ente, e al contempo una colpa qualificata. Si sono in seguito analizzate le caratteristiche della natura indiretta della responsabilità penale degli enti sulla base di alcune recenti elaborazioni dottrinali francesi (Cap. II, par 4.1), facendo corrispondere la responsabilità indiretta dell'agente persona fisica ad una corrispondente idea di colpevolezza indiretta dell'ente, che favorisce, o addirittura spinge, al reato. Partendo da questi presupposti, si è configurata una natura qualificata della persona giuridica comparata alla figura del professionista, ossia dell'individuo particolarmente competente e legittimato sulla base della propria specifica competenza ad operare in un determinato settore. In tal senso sono stati trovati molteplici punti di incontro tra persona giuridica e professionista. Innanzitutto, entrambi questi soggetti devono far fronte ad attività particolarmente rischiose e perciò specialmente normativizzate, proprio in virtù della complessità insita nella necessaria competenza ad essi richiesta. Anche dal punto di vista delle sanzioni ad essi applicabili si è fatto notare come sia l'ente che il professionista hanno trovato un posto all'interno della disciplina penale per difetto di una responsabilità civile che si vedrebbe svilita del proprio valore dissuasivo dal sistema assicurativo e degli indennizzi.

Entrambe queste categorie di soggetti non si prestano ad un'applicazione tradizionalmente intesa degli istituti della colpevolezza e del dolo, essendo i reati professionali e d'impresa strettamente legati alle regolamentazioni di settore e, come detto, ad un'alta normativizzazione specializzata. Sia i reati professionali, che quelli d'impresa si inserirebbero in una concettualizzazione finalistica votata alla regolamentazione settoriale, piuttosto che ad una retribuzione in senso meramente penale fondata su una colpevolezza intesa in senso dogmatico. Infine, è rilevabile una comune natura poco retributiva delle pene, che si fonda in un pragmatico riequilibrio dell'ordine compromesso dal reato. Le pene più frequenti, in questi casi, sono infatti quelle reali e quelle interdittive, che si sostituiscono alla più classica reclusione. In tutto ciò che è stato detto finora, è possibile intravedere come la responsabilità legata a posizioni di garanzia e quella riconducibile agli enti, diventino i veri e propri istituti giuridici trainanti del nuovo diritto penale moderno, che si trova più dalla parte della regolamentazione che da quella repressiva in senso stretto; un diritto penale che vuole imporre certi tabù e certe forme di solidarietà anche all'interno di attività complesse, qualificate, e perciò particolarmente rischiose.

5. Riconoscere un valore professionale all'attività dell'ente, vuol dire applicare un regime penale misurato sulla natura delle sue funzioni e attività. Si dovrebbe parlare, rispetto all'ente, di attività funzionali collegate ad una specifica *posizione di garanzia*. All'interno di esso si intersecano e collaborano una serie di figure professionali e di saperi che contribuiscono a formare la più generica attività funzionale dell'ente, della quale esso profitta. In una logica *delegatoria*, nell'ente non si opera mai una delega di *funzioni*, ma una delega di *poteri* dall'ente alla persona fisica, la funzione resta nella sfera di responsabilità dell'ente medesimo, che è il solo complessivamente competente. Su tale base, il regime di responsabilità delle persone fisiche che operino in funzione di garanzia e sulla base di modelli professionali precostituiti, non differisce molto dal modello generale della responsabilità dell'ente. Rispetto ai primi, l'imputazione riposa sempre su un'attitudine funzionale d'influenza sul reato, che risulta da un potere di direzione e da un potere di sorveglianza, e si esercita sia all'interno dell'ente, nei reati d'impresa, sia all'esterno, nel rapporto con i terzi.

6. Paradigmatica, in tal senso, la ormai costante attenzione che il diritto penale dell'economia presta, all'interno di un processo di privatizzazione dei controlli sui comportamenti a rischio penale, ai *c.d. gatekeepers*, ossia a quei soggetti che, seppur estranei all'organizzazione dell'impresa e alla sua gestione attraverso l'organizzazione complessa, svolgono funzioni di controllo in condizioni di relativa indipendenza. Si pensi ai ripetuti interventi del legislatore penale in tema di revisione dei conti, o alla crescente responsabilizzazione di professionisti e componenti di organi di controllo dell'ente nell'ambito della *disciplina antiriciclaggio*⁸⁶¹. Siamo di fronte ad una manifestazione della recente strategia legislativa di matrice europea di privatizzazione progressiva del controllo sull'illegalità degli affari e delle imprese. Anche su questo punto, sulla necessità di determinare dei controlli che siano indipendenti ma non necessariamente pubblici, si percepisce un temporaneo smarrimento del legislatore e della giurisprudenza penale. Che tipo di qualifica attribuire a questi agenti controllori? Una recente sentenza di merito, ha attribuito al professionista controllore la qualifica di persona esercente un servizio di pubblica necessità. Mentre altra giurisprudenza aveva categoricamente escluso la qualifica di pubblico agente in capo al professionista⁸⁶². La natura anfibia dell'attestatore fallimentare, o del controllore attesta una volta di più la progressiva perdita di pregnanza nel diritto penale della distinzione pubblico-privato. Si è assistito alla enucleazione di ruoli professionali puniti in quanto strategici⁸⁶³. Tali ruoli vengono sanzionati come reati propri, a prescindere dalla qualifica pubblica o privata dell'autore che viene considerato come guardiano di garanzia dell'attività dell'organizzazione, ossia uno dei centri di responsabilità che completano quello dell'organizzazione stessa e della persona fisica agente materiale: "Se in precedenza era la qualità di pubblico agente a portare con sé un corredo di responsabilità penali ora è il rilievo socio-economico della professione il cuneo indispensabile per la

⁸⁶¹ si veda l'art. 55, comma 5, del d. lgs. 231/2001 alla luce del d. lgs. 231/2007 che punisce l'omissione di comunicazione dovuta in caso di infrazione alla normativa anti-riciclaggio da parte dell'organismo di vigilanza, ma pure di autorità pubbliche di settore, tra le quali anche il Ministero dell'Economia.

⁸⁶² Trib. Rovereto, 12/1/2012, in *Fallimento*, 2012, p. 834.

⁸⁶³ es. L. 262/2005; d. lgs. 231/2007; d. lgs. 231/2010; ma soprattutto, più aderente alle considerazioni fatte il d. l. 83/2012, che ha introdotto l'art. 236 bis l.f.

separazione della responsabilità penale dalla libertà economica⁸⁶⁴. Tutto questo movimento di confusione pubblico-privato, di professionalizzazione delle condotte, della parallela modellizzazione delle organizzazioni, ma soprattutto di responsabilizzazione sulla base delle funzioni legate alla specifica attività, spesso derivanti da un passaggio di funzione di garanzia dall'ente pubblico a quello privato, hanno portato ad un emergere del paradigma colposo in contesti connotati da una liceità di base e alla tendenza della casistica ad ordinarsi *per settori*, in ragione dell'attività nella quale si inquadrano i fenomeni criminosi. In particolare, emerge sempre più l'impossibilità di cogliere con precisione fatti che non appartengono ad una decisione esteriore, bensì psichica, quindi interiore, e la difficoltà dello sforzo di dare veste giuridica ad una realtà che è incerta, in quanto non osservabile, né storicamente ricostruibile. È stato detto che dolo e colpa sono istituti giuridici che, almeno in certi settori del diritto penale, sono in declino. Si afferma una generale tendenza al superamento dell'unità interpretativa, attraverso gli istituti classici in precedenza ritenuti universali del diritto penale, in favore di una pluralità di orientamenti settoriali, numerosi quanto sono numerose le categorie di attività interessate dalle nuove tipologie di criminalità non intenzionale⁸⁶⁵.

7. In tal modo, gli *indicatori* hanno assunto un ruolo fondamentale, come criteri di prova alla luce dei quali interpretare il materiale probatorio. Essi acquisiscono un significato sostanziale nella misura in cui è loro riconosciuta la capacità di *indicare* i sintomi esteriori di atteggiamenti colposi da parte dell'organizzazione o del professionista e, comunque, in tutti quegli ambiti settoriali di attività particolarmente complesse. Il sistema penale si avvia così ad articolarsi per settori attraverso la valorizzazione degli indici, risultando troppo debole il criterio legato alla colpa fondata sull'accettazione del rischio. Partendo dalla premessa che il diritto penale debba considerarsi come diritto penale del fatto e che, dunque, l'addebito andrebbe sempre fondato in primo luogo sul piano dell'elemento oggettivo, prendendo spunto dalla *cd. teoria dell'adeguatezza* sociale, si è arrivati all'elaborazione di una teoria dell'adeguatezza professionale. Secondo quest'ultima, fino a quando la persona fisica o

⁸⁶⁴ CONSULICH (F.), *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo Art. 236 bis L.F.*, in *riv. Diritto penale dell'economia*, n. 3, 2012, pp. 613 e ss.

⁸⁶⁵ MAZZANTINI (E.), *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, op. cit, p.1143.

giuridica, dotata di un particolare sapere tecnico-funzionale, ponga in essere attività conformi a regole deontologiche, di settore, organizzative, la punibilità sarebbe sempre da escludersi⁸⁶⁶. Mentre sarebbe colpevole quell'organizzazione non conforme al modello normativo vigente nel suo settore di attività ed adatto ad evitare il tipo di evento verificatosi; allo stesso modo sarebbe colpevole il professionista che non si sia diligentemente adeguato alle regole professionali contenute nei testi di riferimento per la sua attività e che, per questo, abbia causato l'evento dannoso che esse intendevano evitare.

8. Su tali presupposti si è affrontata la questione delle misure sanzionatorie adeguate a colpire la persona giuridica. Anche nei confronti degli enti è possibile emettere un giudizio di disvalore concernente le loro specifiche attività. Non sarebbe, infatti, esente da rimproveri una pratica generalizzata dell'azienda che, al fine di conseguire un risparmio economico, non si adegui alle norme di sicurezza sul lavoro. Anche sotto l'aspetto della prevenzione generale vi sono non trascurabili elementi di efficacia della punibilità, data la palese efficacia della punizione della persona giuridica in relazione al rafforzamento della coscienza giuridica e al soddisfacimento delle aspettative di punizione della collettività in generale, la quale spesso considera l'impresa come la vera autrice del fatto lesivo di reato. Anche la funzione in termini di deterrenza e quindi della funzione *general - preventiva* della pena sembra soddisfatta. Infatti oggi le imprese di grandi e medie dimensioni prevedono meccanismi di contenimento del rischio penale proprio in ragione di evitare di essere colpite dalla sanzione attraverso la pratica di comportamenti illeciti nell'impresa. Nei confronti della funzione special-preventiva si può presumere che la pena inflitta all'ente lo induca a modificare i suoi comportamenti e la sua struttura organizzativa futura allo scopo di evitare la sanzione, per non cadere ancora tra le reti della giustizia penale, e non subire, di conseguenza, le relative diminuzioni patrimoniali. In rapporto alla funzione *rieducativa* della pena, il diritto penale fondato sui modelli organizzativi, rivela la sua particolarità proprio nel lasciare che sia la stessa persona giuridica a riorganizzarsi e a rivedere i propri modi di produzione. *Rieducare* qui deve essere inteso nel senso che è la stessa persona giuridica che viene spinta, attraverso la minaccia sanzionatoria, ad avviare metodi di

⁸⁶⁶ HELFER (M.), *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in riv. *L'indice Penale*, n. 1, 2013, pp. 185 e ss.

gestione interna in armonia col diritto, adottando misure e metodi d'azione capaci di ridurre il rischio inerente la propria attività.

III.

1. Affrontata l'evoluzione storico-dogmatica della persona giuridica (v. Cap.I) ed elaborato il modello organizzativo dell'ente fondato sulle *c.d. posizioni di garanzia* (v. Cap. II), la presente ricerca si é orientata verso l'analisi dei principali modelli concretamente adottati in Europa, muovendo dall'efficacia e dalla coerenza rispetto ad un possibile modello uniforme ai Paesi dell'Unione Europea. A tal scopo, é stata avviata un'analisi comparativa dei sistemi giuridici di responsabilità degli enti dei Paesi, tra i più rappresentativi dell'area europea (v. Cap. III). Innanzitutto, é stata fatta notare la natura *ibrida* della responsabilità degli enti in Italia che, attraverso il d. lgs. 231/2001, introduce la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, stabilendo una responsabilità formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale. Il decreto ha introdotto nell'ordinamento italiano la "cultura dei controlli" interni delle imprese e il modello di organizzazione e di gestione volto a prevenire la responsabilità da reato degli enti, il che rappresenta una vera svolta innovatrice all'interno del diritto penale contemporaneo. I criteri oggettivi di imputazione prevedono - come avviene, con qualche variante, in tutti gli altri sistemi analizzati - che una persona fisica dotata di poteri di rappresentanza, d'amministrazione, di direzione, di gestione, o di controllo⁸⁶⁷, abbia commesso un reato nell'interesse o a profitto dell'ente. La caratteristica fondamentale del sistema italiano riguarda i criteri soggettivi d'imputazione di responsabilità agli enti nei quali un ruolo preponderante viene assunto dalle regole d'organizzazione e di gestione interna all'impresa e, destinate a prevenire la realizzazione dei reati. Nei casi in cui i reati siano stati commessi da soggetti in posizione apicale, la responsabilità solidale dell'impresa rimane valida, salvo che i sistemi d'organizzazione e di controllo siano stati fraudolosamente aggirati dalla dirigenza. Mentre, se i reati siano stati materialmente commessi da soggetti in posizione para-apicale, l'adozione e la corretta messa in opera delle regole di conformità ai modelli

⁸⁶⁷ Sono inclusi anche gli organi in posizione para-apicale, ossia coloro che siano dipendenti da posizioni di rappresentanza, d'amministrazione, di direzione, di gestione, o di controllo altrui, e che siano stati fatti oggetto di una delega di poteri.

rappresenteranno una causa di esonero da responsabilità, o almeno ad un'attenuazione, a seconda dei casi, per l'ente collettivo. Questa impostazione si instaura su un ragionamento giuridico secondo il quale l'illecito dell'ente non si esaurisce col reato, ma va ricercato prima di tutto in una condotta colposa di omessa organizzazione della sua attività, secondo regole di prevenzione e di razionalizzazione adatte a prevenire reati. In questo ragionamento, che sta alla base del d. lgs. 231/2001, il reato è solo il presupposto di ciò che viene prima di esso, ossia della condotta colposa dell'ente; non solo esso è alla base di una nuova forma di responsabilità, ma è anche un fatto autonomo rispetto al reato, il quale resta chiaramente solo eventuale rispetto alla detta condotta colposa dell'ente. In quest'ottica il rimprovero che si muove all'ente è solo indirettamente legato al reato, in quanto quest'ultimo origina da una condotta colposa di mancata predisposizione dei modelli di riferimento, condotta che potrebbe essere considerata anche maggiormente rimproverabile del reato stesso, non solo rispetto al potenziale *surplus* di danno che essa rappresenta, ma anche ad una valutazione fondata sulla prevenzione dei rischi.

2. Quando si afferma che la responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica si produce solamente quando possa rilevarsi una sua colpevolezza d'organizzazione, la quale abbia concretamente contribuito alla realizzazione del reato attraverso la persona fisica agente, e si ipotizza una sorta di partecipazione dell'ente al reato, ovvero un *concorso anomalo* tra l'imputazione della persona fisica e quella dell'ente per lo stesso fatto, certo, ma per un distinto illecito, il contributo, materialmente inteso, della *societas* non potrà che essere quello organizzativo, e, ancora una volta, all'ente si potrà attribuire un illecito, e non una colpevolezza classicamente intesa⁸⁶⁸. In tal senso, il fondamento del rimprovero all'ente potrà consistere nell'evitabilità dell'evento, ossia nell'esigibilità dell'adozione di un modello organizzativo idoneo⁸⁶⁹ a prevenire i reati. Questa sembra essere la soluzione più adeguata per corrispondere all'imputazione all'ente carattere personale e, dunque, per caratterizzarne soggettivamente il rimprovero. Porre al centro

⁸⁶⁸ *Ibidem*.

⁸⁶⁹ Cfr. ARENA (M.), *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, in www.filodiritto.com, 2008.

della fattispecie ascrittiva un fatto diverso, e temporalmente precedente a quello realizzato dall'agente, significa configurare un modello che si avvicina piuttosto all'impostazione teorica della responsabilità originaria o per fatto proprio dell'ente, più di quanto non sia il paradigma di responsabilità per ascrizione (*immedesimazione organica*).

3. Nel modello italiano, si rileva una tendenza generale, che non si limita alla questione della responsabilità penale, o para-penale, degli enti, ma che attiene piuttosto ad una sottile tendenza ad inserire il principio regolatore di precauzione all'interno di una logica sanzionatoria quasi-penale. Tale modello, interamente costruito su un sistema altamente normativizzato d'imputazione di reati all'ente, sulla base di una organizzazione difettosa, è stato seguito in altre legislazioni, come quella del Regno Unito⁸⁷⁰ (Corporate Manslaughter) e della Svizzera. Nonostante quest'evoluzione, il modello di responsabilità soggettiva dell'ente, fondato sui modelli organizzativi preventivi, è ancora lontano da una generalizzazione su scala europea. Un certo numero di ordinamenti giuridici, e tra di essi alcuni tra i più importanti sul piano simbolico, rigettano ancor oggi una nozione penale e soggettiva di responsabilità degli enti.

4. Il carattere innovatore della riforma in Francia (v. Cap. III, par. 4) in materia di responsabilità delle *personnes morales* fu incontestabile. Il nuovo Codice penale rompeva finalmente con il principio *societas delinquere non potest*, che era sopravvissuto in maniera praticamente ininterrotta dall'antico diritto romano, salvo alcuni casi minoritari segnalati dalla dottrina. Fortemente ispirato da un orientamento pragmatico, il legislatore e la dottrina francese si sono dimostrati particolarmente disinteressati a elaborazioni dottrinarie. Così, motivato da ragioni di pragmatica criminologia penale, l'ordinamento francese mosse i primi passi verso una penalizzazione della responsabilità degli enti prima di molti altri Paesi. Fondatosi su una concezione antropomorfa del diritto penale sulla base della necessità di rispondere ad una criminalità d'impresa sempre più pericolosa e potenzialmente nociva, specialmente in materia ambientale e in tutti quei domini settoriali in cui era tangibile il rischio

⁸⁷⁰ WELLS (C.), *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present, and future*, in PIETH (M.), IVORY(R.) (a cura di), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, n. 127, 2011, pp. 88 e ss.

produttivo, si sviluppò un diritto penale dell'economia più efficace in rapporto ai reati commessi materialmente dalle persone fisiche, le cui azioni o omissioni potevano essere imputate a decisioni complessive provenienti dalla dirigenza dell'impresa. Poco inclini alle elaborazioni dogmatiche di stampo tedesco, il legislatore francese optò, dunque, per la soluzione apparentemente più semplice, in quanto ai criteri d'imputazione di reato agli enti. Venne prediletto un sistema d'imputazione formalmente penale, inserendo le relative disposizioni direttamente all'interno del Codice, e attraverso una potenziale applicazione di tutti i reati di parte generale previsti per le persone fisiche, anche alle *personnes morales*. Il criterio di imputazione adottato dal legislatore francese è quello della *c.d. identification organique*, o della responsabilità *par ricochet*, in base al quale la persona giuridica risponde dei reati compiuti, dal proprio organo o rappresentante, che abbia agito per conto dell'ente. Solo recentemente la dottrina e la giurisprudenza francese si interrogano sulla coerenza sistemica di tale modello. Alcuni autori hanno recentemente sentito la necessità di elaborare formulazioni giuridiche capaci di sancire una demarcazione progressiva della responsabilità della *personne morale* da quella della persona fisica. Gradualmente, anche nel sistema giuridico francese, si fa strada l'elaborazione di un modello fondato su una colpevolezza propria all'ente, sotto forma di *faute diffuse*⁸⁷¹. Innanzitutto, il legislatore, attraverso la legge 12 juillet 2000, volta alla riforma della responsabilità per colpa delle persone fisiche, al fine di limitare la crescente imputazione di reati nei confronti delle autorità pubbliche, ha indebolito la relazione esistente tra la responsabilità delle persone fisiche e quella delle *personnes morales*. Riformando l'articolo 121-3 del Codice penale, nel quale venne aggiunto l'allinea 4, le persone fisiche che abbiano causato in maniera indiretta il danno, non potranno rispondere per il reato involontario, a meno che esse non siano ritenute responsabili per colpa specifica o cosciente. Mentre per le persone giuridiche una colpa semplice sarà sufficiente a integrare l'imputazione penale⁸⁷². D'altra parte, la giurisprudenza si è gradualmente allontanata da un modello di responsabilità penale *par ricochet*. Infatti, essa ha condannato l'ente anche nei casi in cui non è stato possibile rintracciare l'agente persona fisica, autore materiale del reato. Infine, la stessa

⁸⁷¹ *Ibidem*.

⁸⁷² GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La responsabilité dans l'entreprise après la loi du 10 juillet 2000*, op. cit., pp. 824 e ss.

giurisprudenza, più di recente, ha compiuto piccoli passi verso il riconoscimento di una colpa autonoma fondata sulla politica d'impresa, ad esempio in materia di reati volontari legati alle frodi finanziarie⁸⁷³; e in materia di reati colposi, ad esempio per il decesso di pazienti all'interno di aziende ospedaliere⁸⁷⁴. Tutti questi tentativi giurisprudenziali urtano contro una certa resistenza da parte della Corte di cassazione, la quale predilige una interpretazione originaria dei testi che sarebbero legati al modello fondato sull'*identificazione organica*⁸⁷⁵.

5. Ci é sembrato indispensabile anche un'analisi della disciplina contenuta nell'ordinamento giuridico tedesco, non solo per il ricco dibattito dottrinario che ivi ha caratterizzato il tema della responsabilità degli enti nel diritto penale, ma anche perché il legislatore tedesco si rifiuta, ancor oggi, di superare l'antico principio *societas delinquere non potest*. L'ordinamento tedesco figura, infatti, tra i Paesi che non hanno ancora adottato una responsabilità penale degli enti, né una responsabilità *ibrida*. Una scelta evidentemente dettata dalla complessità dogmatica di un'ordinamento particolarmente legato ad una concezione giuridica sistematica e di principio. La Germania riconosce, comunque, l'applicabilità di un certo numero di sanzioni finanziarie alle persone giuridiche. Sulla base dell'art. 75 *StGB*, il patrimonio di una persona giuridica può fare oggetto di confisca quando esso sia riconoscibile come strumento o prodotto del reato. Non si tratta, ad ogni modo, di applicazione di pene in senso stretto, tali misure mirano semplicemente a sottrarre all'impresa i mezzi o i prodotti scaturenti da reato, misure che del resto sembrano avere una portata formalmente preventiva, senza alcuna dichiarazione di colpevolezza. D'altra parte la legislazione tedesca ammette che una persona giuridica possa essere chiamata a rispondere di certe infrazioni di natura amministrativa. Si tratta di un sistema di ammende che si fonda su un parametro imputativo fondato su un modello, ancora una volta, di identificazione organica, sulla base del quale viene stabilito che l'infrazione deve essere opera materiale di un

⁸⁷³ STASIAK (F.), *Responsabilité de la personne morale*, RSC, 2010, pp. 165 e ss.

⁸⁷⁴ MAYAUD (Y.), *Responsabilité pénale d'un centre hospitalier universitaire pour défaut d'organisation*, RSC, 2010, pp. 617 e ss.

⁸⁷⁵ ROBERT (J.-H.), *Homicide involontaire à la charge d'une personne morale: frein, mais non fin, de la jurisprudence relative à son imputation présumée*, RSC, 2012, pp. 825 e ss.

rappresentante o un dirigente dell'ente, nell'esercizio delle sue funzioni, e che tale azione abbia comportato un vantaggio per la persona giuridica. La Germania, continua così a mantenere un modello fondato sul principio *societas delinquere non potest*, in virtù di un forte radicamento del principio tradizionale di colpevolezza come fondamento essenziale della responsabilità penale.

6. Il legislatore spagnolo, al contrario, ha scelto di inserire la responsabilità penale delle persone giuridiche all'interno dello stesso Codice penale, come in Francia, al fine di rispettare gli obblighi internazionali contratti e confutando ogni dubbio sul suo orientamento, optando per una qualificazione dichiaratamente penale della responsabilità degli enti. Dal punto di vista dell'imputazione, l'articolo 31 bis del Codice penale necessita, per la sua applicazione, anch'esso dell'azione di una persona fisica, ovvero del *c.d. fatto di connessione*. A tal proposito, da una parte si richiede che il reato sia materialmente legato alla commissione o omissione da parte dei quadri dirigenti, ma è possibile che sia rilevante in tal senso l'azione o l'omissione di un sottoposto se si dimostri che i fatti siano scaturiti grazie ad un difetto degli obblighi di controllo e direzione. Più in generale il sistema creato dal legislatore spagnolo mira a favorire la collaborazione processuale tra imprese e Stato al fine di scoprire e punire i reati commessi in seno all'organizzazione aziendale, e, allo stesso tempo, premiare l'adozione dei modelli preventivi d'organizzazione. In sintesi, si tratta di un modello di responsabilità degli enti ancora in evoluzione (v. Cap. III, par. 6), dove è possibile osservare un auspicato progresso verso un maggiore carattere personalistico del diritto penale degli enti, ma non sufficiente ad arginare la tendenza a penalizzare la disobbedienza *tout court* ai regolamenti.
7. Infine, il Belgio rappresenta un sistema particolarmente rigoroso, per non dire rigido, nell'applicazione della responsabilità penale agli enti. Esso ha privilegiato un modello di responsabilità penale diretta degli enti,⁸⁷⁶ che non è condizionata, quantomeno in linea di principio, dall'identificazione delle persone fisiche che hanno agito in nome o per conto della persona giuridica. Una delle prime questioni che il legislatore belga ha dovuto

⁸⁷⁶ CREPLET (O.), *Propos sur la nature de la responsabilité morale de la personne morale*, op. cit., pp. 477-486.

affrontare è stata quella di operare una scelta tra una concezione *finzionista* della natura giuridica dell'ente, e una concezione che in Belgio viene definita *teoria della realtà tecnica*⁸⁷⁷, secondo la quale l'ente possiede una propria consistenza reale, distinta da quella dei membri, che gli permette di prendere delle decisioni autonome e di perseguire gli obiettivi che essa si fissa. È quest'ultima decisione che il legislatore ha adottato⁸⁷⁸. Si è scelto di adottare una serie di misure di sicurezza optando decisamente per un sistema di responsabilità penale, assimilando il *fare* e l'*omettere* della persona giuridica a quello della persona fisica. È stato sostenuto che un fatto dannoso può essere imputato direttamente alla persona giuridica e, quindi, che quest'ultima sia dotata della capacità, sia pure specifica, di intendere e di volere, richiesta per una corretta imputazione penale. Fondando la responsabilità delle persone giuridiche su parametri classicamente penali, il legislatore ha cercato di attenersi alle regole del principio di personalità della responsabilità penale, escludendo in modo immediato la responsabilità penale indiretta per atti commessi da terzi; fatto che obbliga i giudici di merito a verificare di volta in volta l'esistenza degli elementi costitutivi del reato in capo alla persona giuridica, e non si tratta della semplice corrispondenza o meno ai modelli normativi prestabiliti, ma alla constatazione della colpevolezza soggettivamente intesa. In ragione della forte ortodossia votata ad una concezione profondamente *antropomorfa* della personalità giuridica dell'ente in Belgio, alcuni autori si chiedono se la colpa d'organizzazione non sia diventata una colpa a sé, differente dai reati a cui si riferisce, costituendo essa stessa un reato a parte, indipendentemente dall'imputazione del reato riferibile alla persona.

8. Non si può ignorare la complessità dei profili che andrebbero valutati e le numerose difficoltà da affrontare legate alle profonde e persistenti differenze europee in merito alle legislazioni penali, laddove si volesse ipotizzare la possibilità di un'armonizzazione. Le differenze maggiori si manifestano soprattutto tra i sistemi che si ispirano ad un pragmatismo accentuato (Francia, Belgio) e i sistemi che si fondano su una tradizione più sensibile a concettualizzazioni e categorie sistematiche nella definizione dei fenomeni penali (Italia, Germania, Spagna). Ma al di là delle dette differenze generali tra

⁸⁷⁷ *Ibidem*.

⁸⁷⁸ Doc. parl., Ch., *Projet de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, Exposé introductif du ministre de la Justice*, n° 2093/5, p. 3.

ordinamenti giuridici europei, ve ne sono molte altre, più specifiche, che imporrebbero un'estrema prudenza in una auspicabile elaborazione di armonizzazione in materia. Tali differenze, del resto, non impediscono di mettere in evidenza una serie di caratteristiche di base comune ai diversi sistemi. Infatti, ormai tutti gli ordinamenti giuridici europei fanno riferimento, seppur con un valore indicativo diverso, a modelli di prevenzione dei reati e a codici di comportamento settoriali per le imprese. Partendo dalla constatazione secondo la quale l'ente, per le attività che esso svolge, può essere considerato come soggetto in posizione originaria di garanzia e di controllo rispetto a terzi (Cap II, par. 5), che non posseggono una indipendente possibilità di tutela, dunque, sostanzialmente incapaci. Un modello comune potrebbe essere fondato proprio dall'elaborazione di linee direttrici comuni delle discipline per settore d'attività. In effetti, data la natura particolarmente tecnica del contenuto delle *c.d. guidelines*, esse presenterebbero un carattere sufficientemente universalizzante e poco politico, per cui non sarebbe difficile accordare su questo i differenti ordinamenti penali europei. Ad un secondo livello sarebbe auspicabile un'intervento legislativo dell'Unione Europea in uno dei settori ad interesse internazionale predominante (criminalità organizzata, riciclaggio, corruzione, etc.), con lo scopo di costituire un programma di conformità al fine di prevenire certi reati e di determinare, nel settore di riferimento, dei criteri di imputazione di responsabilità penale, o para-penale, per gli enti. Si potrebbe, ad esempio, inizialmente intervenire solo sulle lacune e sulle carenze dei singoli Stati membri, costituendo una sorta di valore aggiunto ai sistemi repressivi già adoperati dagli ordinamenti nazionali. Considerando il carattere transnazionale di certi fenomeni criminali, un'intervento innovatore dell'Unione dovrebbe innanzitutto mirare a evitare che gli autori del reato possano approfittarsi delle differenze esistenti tra i sistemi repressivi; anche per questo la cooperazione andrebbe incoraggiata⁸⁷⁹. La cooperazione, per essere efficace, necessita di norme minimali comuni che, seppure non implicano un'armonizzazione completa, d'altra parte richiedono che il comportamento criminale sia chiaramente definito nel rispetto del principio di *sécurité juridique*⁸⁸⁰. Seguendo i principi fissati dalla

⁸⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁸⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, Bruxelles, 20/09/2011 - COM (2011, 573).

Commissione europea nella prospettiva dell'armonizzazione, il problema che sembra prospettarsi è quello di meglio definire come i denominatori comuni delle legislazioni penali europee nei settori considerati possano arrivare ad una sintesi accettabile. In tal senso, la resistenza ad una piena instaurazione in Europa della responsabilità penale degli enti, si concentra soprattutto intorno al problema della natura di questa responsabilità e, di conseguenza, intorno a quelle condizioni che assicurano la legittimazione d'un regime sanzionatorio che, per la sua intrinseca severità, rischia, se non ben articolato e definito, di infrangere i principi fondamentali di personalità della responsabilità penale, tanto sotto l'aspetto oggettivo, che sotto quello soggettivo. Bisogna vedere in che misura la responsabilità penale degli enti costituisce, o meno, un'attribuzione di responsabilità per l'altrui fatto o, comunque, un'attribuzione oggettiva di responsabilità. In altre parole, bisogna costruire un modello che marginalizzi il rischio di responsabilità oggettiva, in modo che i dubbi ancora posti da numerosi Paesi siano eliminati, nella prospettiva di una conformità piena e convinta ad una regolamentazione penale o para-penale delle persone giuridiche. Uno dei temi principali è, dunque, quello delle garanzie proprie al diritto e al processo penale. Il modello dell'Unione Europea, almeno quello proposto fino ad oggi, non sembra rispondere finora adeguatamente a tali esigenze⁸⁸¹. La direttiva del 5 aprile 2011 in materia di tratta degli esseri umani⁸ definisce la responsabilità degli enti in relazione alle posizioni apicali delle persone fisiche; o ad altri organi che, seppur non apicali, agiscano per conto della persona giuridica. La direttiva menziona anche un altro requisito, secondo cui l'infrazione deve risultare dalla violazione degli obblighi di controllo interno dell'impresa. Qui, posizione soggettiva dell'autore persona fisica e dipendenza causale del difetto di controllo costituiscono degli elementi puramente oggettivi. Il *quid pluris*, che caratterizzi la responsabilità penale degli enti e la distingua da quella delle persone fisiche agenti per conto di essi, non viene adeguatamente considerato. In tal modo, non è possibile

⁸⁸¹ FIORELLA (A.), *Une norme modèle sur les critères d'imputation?*, in MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, in *Collection de l'UMR de droit comparé de Paris*, Vol. 30, Paris, 2013, pp. 63 e ss.

⁸⁸² Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che ha rimpiazzato la Decisione-quadro del Consiglio 2002/629/JAI.

imputare alla persona giuridica un'attitudine soggettiva che le sia propria⁸⁸³. Per poter imputare una responsabilità specifica e soggettiva alla persona giuridica bisogna trovare un modello di imputazione differente da quello applicato all'organo dell'ente, autore dell'infrazione. Bisogna studiare in che misura questo scopo può essere conseguito attraverso l'elaborazione di criteri di imputazione fondati sui programmi di conformità di settore e modelli di prevenzione dei reati. In particolare, tenendo conto degli strumenti normativi già elaborati dall'Unione, delle differenze nazionali tra i Paesi membri e delle teorie enunciate nel corso della presente trattazione sulla responsabilità fondata su posizioni di garanzia e di controllo; ma soprattutto considerato il carattere dei reati della persona giuridica come particolarmente legato al tipo di attività da essa intrapreso. Si potrebbe, a questo punto, stabilire la responsabilità degli enti su una serie di criteri guida: 1) La posizione dell'autore materiale, della persona fisica, in rapporto funzionale diretto con l'organizzazione dell'ente. Ossia che la persona fisica sia sottoposta ad obblighi, funzioni, e regolamenti che, in relazione all'attività specifica svolta, mirino a fargli assumere una *posizione di garanzia* rispetto al bene compromesso e in quel settore, garanzia che sia riferibile a quella dell'ente, in quanto originaria; 2) Il reato, o l'infrazione, deve avverarsi a seguito di una lacuna organizzativa dell'impresa; 3) Prima della commissione del reato, esso doveva essere prevedibile e evitabile, secondo i regolamenti concernenti la materia di attività dell'impresa, o su una generica esigibilità di comportamento dell'ente in rapporto alla protezione dei beni sui quali esso è tenuto a garantire la sicurezza. Non da ultimo la proliferazione e la razionalizzazione di Codici di comportamento per le imprese e dei Codici di settore, da parte dei governi europei più accorti all'emergenza di un nuovo diritto penale dell'economia e dell'impresa, rappresentano indicatori importanti del riconoscimento della personalità giuridica degli enti e della necessità di uniformare la materia a livello europeo.

⁸⁸³ GOBERT (J.), *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in making but was it worth the wait?*, Mod. L.R., 2008, p. 413.

Bibliografia

- ABANTO VÁZQUEZ (M. A.), *Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de la soluciones penales*, in *Rev. pen.*, n. 12, 2010, pp. 124 e ss.
- ACOCELLA (G.), *Sulla responsabilità: tra etica ed economia*, in BONAN (E.), VIGNA (C.) (a cura di), *Etica del plurale; Giustizia, riconoscimento, responsabilità*, Milano, 2004.
- ADAM (S.), COLETTE-BASECQZ (N.), NIHOUL (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruges, 2008.
- ADORNO (T.-W.), *Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt am Main, 1996.
- ALBANESE (B.), *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
- ALBERTI (G.B.), *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001*, in *Le società*, 2002, p. 539 e ss.
- ALESSANDRI (A.), *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, pp. 535 e ss.
 - *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.
 - *Il criterio d'imputazione all'ente nei reati colposi*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, CAMPAGNA (A.) (a cura di), Napoli, 2012.
 - *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 35 e ss.
 - *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983.
 - *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *AA.VV., La responsabilità*, 2003.
 - *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 521/I.
- ALPA (G.), CHIODI (G.) (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ri-codificazione*, Milano, 2007
- AMALFITANO (A.), *La responsabilità tra rischio e colpa nell'elaborazione della dottrina civilistica in Francia*, in *riv. Filosofia dei diritti umani*, Fasc. 35, sett. - dic. 2012, pp. 39 e ss.

- AMATO (G.), *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 2001.
- AMARELLI (G.), *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941.
- AMBROSETTI (E.), *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in *La legge penale*, Ronco (M.) (a cura di), Bologna, 2006.
- AMODIO (E.), *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320.
- ANCEL (M.), *La defense sociale nouvelle*, 2 ed., Paris, 1966.
- ANGIOINI (F.), *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2 ed., Milano, 1994.
- ANTOLISEI (F.), *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000.
- ARANGIO-RUIZ (V.), *La società in diritto romano*, Napoli, 1965.
- ARENA (M.), *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, in www.filodiritto.com, 2008.
- ARROYO (Z.), *Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna*, in PALAZZO (F.) (a cura di) *AA.VV., Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, pp. 206 e ss.
- ARROYO (L.), MUNOZ DE MORALES ROMERO (M.), *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome (art. 83.1 TFUE)*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, 2012, pp. 113 e ss.
- ASCARELLI (T.), *Considerazioni in tema di società e persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 317 e ss.
 - *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, pp. 921 e ss.
- ASHWORTH (A.), *Sentencing and criminal justice*, Ed. 5, Cambridge, 2005.
- ATTILI (F.), *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 54 e ss.
- AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), SAVAUX (E.), *Les obligations-L'acte juridique*, t. 1, A. Colin, Ed. 12, 2006.
- BACIGALUPO (S.), *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)*, in *Diario La Ley*, n. 7541, Sección Doctrina, 5 gen. 2011.

- BAIOTTA (R.), *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, Intervento all'incontro *Chi valuta, chi decide, chi giudica*, organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011, in riv. *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- BAJO (M.), FEIJOO (B.J.) e GOMEZ-JARA (C.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- BALDWIN (R.), *Rules and Government*, Oxford, 1995.
- BARATTA (A.), *Il corpus juris e la cultura giuridico-penale europea*, in MOCCIA (S.) (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, ESI, 2004, p. 25 e ss.
- BARBIÉRI (J.-F.), *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, in *Les Petites Affiches*, 1993.
- BARTOLI (R.) (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010.
- *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BARTONE (N.), *Diritto penale Italiano: Giurisprudenza e ottica europea. Attuale e nuova codificazione*, Padova, 2007.
- BASENGHI (F.), *La gestione della sicurezza, profili soggettivi*, in AA.VV., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2008, pp. 18 e ss.
- BASILE (F.), *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in riv. *Diritto penale contemporaneo*, 2013, pp. 99 e ss.
- BASILE (M.), FALZEA (A.), voce *Persone giuridiche, a) diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983.
- BATTAGLINI (G.), *Responsabilità penale delle persone giuridiche?* in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, pp. 661 e ss.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), HOUQUES-FOURCADE (M.), *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle persone*, Vol. I, BONFANTE (P.), PACCHIONI (G.), SRAFFA (A.) (a cura di), Milano, 2002.
- BECK (U.), *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Milano, 2008.

- *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. PRIVITERA (W.), SANDRELLI (C.), 1 ed., Roma, 2000.
- BELLINGERI (L.) *Dal sistema dei privilegi alla legge n. 633 del 1941: l'evoluzione del diritto d'autore nella normativa italiana*, in DE ROBBIO (A.) (a cura di), *La proprietà intellettuale tra biblioteche di carta e biblioteche digitali*, Roma, 2001.
 - BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, L.G.D.J., 2012.
 - BERGEAUD-WETTERWALD (A.), SAINT-PAU (J.-CH.) (a cura di), *La preuve pénale. problèmes contemporains en droit pénal compare*, in *Actes du IIème Congrès du Comité international des pénalistes francophones*, 2013.
 - BERNASCONI P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043 e ss.
 - BERTHÉLEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, Paris, *Librairie de la société général des lois et des arrêts et du journal du palais*, 1899.
 - BERZANO (L.), PRINA (F.), *Sociologia della devianza*, Roma, 1995.
 - BETTI (E.), *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.
 - BIENVENU (J.J.), *De la volonté interne à la volonté déclarée: un moment de la doctrine française*, in *Droits, Revue française de théorie juridique - Vol. 28 (La volonté)*, 1999.
 - BIERLING (V.), *Zur Kritik der jurisdischen Grundbegriffe*, t. II, Berlin, 1923.
 - BLAIOTTA (R.), *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
 - BOBBIO (N.), *Il positivismo giuridico, lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1979.
 - BOCCON-GIBOD (D.), *La responsabilité pénale des personnes morales. Présentation théorique et pratique*, Editions ESKA, 1994.
 - BÖHLAU (D.H.), *Rechtssubject und Personenrolle*, Berlin, 1871.
 - BOHNERT (J.), *OWiG*, 3 ed., 2010, § 30, p. 54.
 - BOISTEL (A.), *Conception des personnes morales (Rapport présenté au 2° Congrès international de philosophie tenu a Genève, dal 4 all'8 settembre 1904*, Genève, 1904.
- *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1870.

- BOLDT (G.), *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW*, 1936.
- BONIS-GARÇON (É.), *L'encouragement à un environnement non carcéral de la peine*, *Actes du colloque environnement et peine privative de liberté*, *Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, n. 2, Cujas, 2013.
- BORDES (M.H.), *La responsabilité des syndicats professionnels*, thèse, Toulouse, 1922.
- BOUZAT (V. P.) - PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2 éd., Paris, 1970, n 229.
- BOVIO (G.), *Saggio critico del diritto penale (1872)*, Milano, 1912.
- BRICKEY (K.F.), *Corporate Criminal Liability*, in *riv. American bar association*, vol. I, n. 3, 1986, pp. 32 e ss.
- BRICOLA (F.), *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 1011 e ss.
 - *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, Vol. I, 1979, pp. 659 e ss.
 - *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *AA.VV.*, *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, pp. 76 e ss.
- BRONNER (G.) e É GÉHIN (É.), *L'inquiétant principe de précaution*, Paris, 2010.
- BROWN (J.), *The Personality of the Corporation and the State*, in *Law Quarterly*, Londra, 1998.
- BUONOCORE (V.), *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quarto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 19.
- BUENO-SALINAS (S.), *La noción de persona jurídica en el derecho canónico: su evolución desde Innocencio IV hasta el C.I.C. de 1983*, Barcellona, 1985.
- CADIET (L.), *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Mélanges P. Drai*, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000.
- CALISSE (C.), *Svolgimento storico del diritto penale in Italia, dalle invasioni barbariche alle riforme del XVIII sec.*, Milano, 1906.
- CANESTRARI (S.), *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.

- CAPITANT (H.), *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le - propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1859.
- *Introduction à l'étude du droit civil*, 2° ed., Paris, 1898.
- CAPRIOLI (F.), *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 185 ss.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les personnes*, t.1, 20 éd., 1996.
- *Droit civil. I. Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, ed. VII, Paris, 1967
- CARMONA (A.), *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, pp. 66 e ss.
- CARNELUTTI (F.), *Teoria generale del reato*, Padova, 1983.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 2003, ristampa del 1920, II vol. 1920-1922.
- CASAROLI (G.), *Sui criteri d'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008.
- CASARTELLI (G.), PAPI-ROSSI (A.), *Le misure anti-corrruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, 2012.
- CASONATO (C.), *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004.
- CASTELLANA (A.M.), *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici in economia*, Padova, 1989.
- CASTRONUOVO (D.), *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
- *La colpa penale*, Milano, 2009.
- *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- CATALANO (E.M.), *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 154 e ss.

- CATERINI (M.), *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, In *Persona, pena, processo*, GALLO (M.) (a cura di), Napoli, 2012.
- CERESA-GASTALDO (M.), ROSSI (A.), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2001.
- CERF-HOLLENDER (A.), *Accidents du travail et loi du 10 juillet 2000*, in *Rev. sc. crim.*, 2001.
- *Responsabilité pénale des personnes morales: confirmation du retour a l'orthodoxie*, in *RSC*, 2012, p. 377 e ss.
- CHAUMET (F.), *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, Paris, 2011.
- CHERUBINI (P.), *Interferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.*, 2010.
- COCO (N.), *Jellinek e la odierna crisi dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1923.
- COFFEE j.r. (J.C.), *No soul to be damn: no body to be kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan law review*, 1981.
- COLLIARD (C.A.), *La machine et le droit privé française au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950.
- COMBEISSIE (P.), *Durkheim, Fauconnet et Foucault. Etayer une perspective abolitionniste à l'heure de la mondialisation des échanges*, UQAC, 1999.
- CONSULICH (F.), *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo Art. 236 bis L.F.*, in *riv. Diritto penale dell'economia*, n. 3, 2012, pp. 613 e ss.
- CONTE (P.), *Droit pénal des société commerciales*, Paris, 2004.
 - e MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, 7e éd., Armand Colin, 2004.
 - *Droit pénal spécial*, Paris, 2008.
 - *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 93 e ss.
- CONTI (L.), *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, CONTI (L.) (a cura di), Padova, 2001.
- CORDERO, (F.) *Procedura penale*, 6 ed., Milano, 2001.

- COSTA (P.) e ZOLO (D.) (a cura di), *Lo Stato di diritto, storia, teoria, critica*, Milano, 2003.
- COTTA (S.), *Persona (filosofia)*, in *Encicl. del diritto*, Giuffrè, Milano, 1983.
- CRAMER (P.), HEINE (G.), *Vorbei. ff 25 ff.*, in SCHÖNKE (A.) e SCHRÖDER (H.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27, Aufl.
- CREPLET (O.), *Propos sur la nature de la responsabilité morale de la personne morale*, J.T., 2011.
- D'ALESSANDRO (F.), *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969.
- DAKIN (D.), *Turgot and the Ancient Régime in France*, London, 1939.
- DANNECKER (G.), *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, in *GA*, 2001.
- DANTI-JUAN (M.), *existe-t-il encore une égalité en droit pénal?*, in *Mélanges J. Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, ISC, 2006.
- DAVID (R.), BASTID (S.) (a cura di), *La personnalité morale et ses limites*, Paris 1960.
- DAVIDOVITCH (A.), *Le fonctionnement du concept de responsabilité pénale*, Paris, 1961.
- DAVY (G.), *A propos de l'évolution de la pensée juridique contemporaine*, *Revue de Métaphysique*, 1921, pp. 55 e ss.
- DE FRANCESCO (G.), *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti Stella*, T. I, Napoli, 2007.
- DE MAGLIE (C.), *L'etica e il mercato*, Milano, 2002.
 - *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2005.
 - *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351.
- DE SIMONE (G.), *Il "fatto di connessione" tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, in COMPAGNA (F.) (a cura di), 2012.
 - *Persone giuridiche e responsabilità da reato, Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Firenze, 2012.

- *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di (GARUTI) (G.), Padova, 2002.
- DE VERO (G.C.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO (G.F.), PADOVANI (T.), PAGLIARO (A.) (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008.
- *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1135 e ss.
- DECHENAUD (D.), *L'égalité en matière pénale*, in *Bibliothèque de sciences criminelles*, 2008.
- DELAGE (G.), *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Droit pénal*, 2005.
- DELMAS-MARTY (M.), *Humanité, espèce humaine et droit pénal*, in *Revue de science criminelle*, 2012.
- *La responsabilité pénale dans l'entreprise en France*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004.
- *La responsabilité pénale des groupements dans l'Avant-Projet de révision du Code pénal*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1980.
- *La responsabilité pénale de l'entreprise: vers une espace judiciaire européen unifié?*, Actes du Colloque du 13 décembre 1996, Cour de cassation, Dalloz, 1997.
- DEMOGUE (R.), *La notion de sujet de droit*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1909.
- *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, 7 ed., Cujas, 1997.
- DESPORTES (F.), *Rapport sous Cassation Criminel*, 2 dic. 1997, in *JurisClassis Pénal*, 1998.
- DI GIOVINE (O.), *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in LATTANZI (G.) (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005.
- DI LORENZO (A.), *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli, 1955.

- DI MARINO (G.), *Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La semaine juridique*, 2009.
- de LA BOÉTIE (É.), *Discours de la servitude volontaire*, Paris, 2011.
- DODARO (G.), *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012.
- DOHL (V.D.), *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique)*, in *Mélanges Barthélemy Mercadal, Lefebvre*, 2002.
- DOMINIONI (O.), *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.
- DONINI (M.), *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RID, 1950.
- *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947.
- DOPICO (J.), "Responsabilidad de personas jurídicas", in *Memento práctico penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid.
- DOVERE (S.), *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008.
- DRIENDL (J.), *Der X. Internationale Kongreß für Rechtsvergleichung*, in *ZStW*, n. 91, Budapest, 1978.
- DUGUIT (L.), *Etudes de droit public*, Vol. I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Vol. II, *L'Etat, les gouvernements et les agents*, in *Traité de droit constitutionnel*, 2° ed., (specialmente t. 1 e 2), Paris, 1928.
- *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1950.
- DURKHEIM (E.), *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962.
- EIDAM (G.), *Straftäter Unternehmen*, München, 1997.
- ENGISCH (K.), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, pp. 226 s.
- ENNECERUS (N.) e NIPPERDEY (H.K.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, in *rev. Persee*, Vol. I, 15 ed., Tübingen, 1959.
- ESCARRA (M. J.), *Les Fondations en Angleterre*, Paris, 1907.
- EWALD (E.), Responsabilité, solidarité, sécurité, in *Risques*, 1992.

- FABRE-MAGNAN (V.M.), *Les obligations*, Paris, 2004.
- FALZEA (A.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981.
- FAUCONNET (P.), *La responsabilité: étude de sociologie*, in *Sociologie française (1874-1938)*, 1928.
- FAURE (M.) e SWARZ (K.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Intersentia, Mortsel, 1998.
- FEIJÓO SÀNCHEZ (B.J.), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.
- FERRARA (F.), *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI (F.), vol. II, tomo 2, Torino 1956.
- *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923.
- FERRI (E.), *Cause individuali e sociali del delitto*, in *La costruzione sociale della devianza*, CIACCI (M.), GUALANDI (V.) (a cura di), Bologna, 1977.
- *Relazione al progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, Milano, 1921.
- FERRI (G.), MIGLIO (M.), *Delega di funzioni all'interno di una struttura organizzativa complessa e responsabilità per il cattivo stato di conservazione degli alimenti in una catena di supermercati*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/> , 2013.
- FERRUA (P.), *Procedimento di accertamento delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1483.
- FEUERBACH (A.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Gießen, 1836.
- FIANDACA (G.), MUSCO (E.), *Diritto penale. Parte generale, sesta edizione*, Bologna, 2009.
- FIDELBO (G.), *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *jus*, 2011.
- FIORE (P.) (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 1893.
- FIORELLA (A.), *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in CAMPAGNA (F.) (a cura di), *Responsabilità*, 2008.

- *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive. Introduzione al Convegno "Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse"*, Roma 30 novembre-1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, pp 145 e ss.
- *Une norme modèle sur les critères d'imputation?*, in MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, in *Collection de l'UMR de droit comparé de Paris*, Vol. 30, Paris, 2013.
- *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.
- voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, p. 5107.
- FLORA (G.) (*Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*), in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 64 e ss.
- FLORIAN (E.), *Dei reati e delle pene in generale*, in *Trattato di diritto penale*, 2 ed., vol. I, pt. I, A.A.V.V., 1996.
- FORNARI (L.), *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 63.
- FORTI (M.), "Accesso" alle informazioni sul rischio, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, 2007.
- FOUCAULT (M.), *L'angoisse de juger, (entretien avec R. Badinter et J. Laplanche)*, *Le Nouvel Observateur*, n. 655, 30 mai-6 juin 1977, in *Dits et écrits*, Tome II, 1976-1988, Gallimard, Paris, 2001.
 - *L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale*, In *Déviance et société*, Vol. 5 - N°4, 1981.
 - *Les anormaux, Annuaire du Collège de France, 75e année, Histoire des systèmes de pensée, année 1974-1975*, 1975, pp. 335-399, in *Dits et écrits I., 1954-1975*, Paris, 2001.
- FOUILLÉE (A.), *Science sociale contemporaine*, Paris. 1897.
- FRANCHI (F.), *A quoi peut bien servir la responsabilité des personnes morales?*, *Rev. science crim.*, 1996, pp. 56 e ss.

- FRISON-ROCHE(M.-A.) (a cura di), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, 1997.
- FROSINI (B.), *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006.
- FROSINI (T.E.), *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, 2011.
- GALASSO (G.), *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Milano, 2006.
- GALGANO (F.), *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA (A.) e BRANCA (G.) (a cura di), Bologna-Roma, 1967.
- *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 553.
- *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scaloja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 65.
- GALLO (M.), *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1966.
- voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino, 1958.
- GAREGNANI (G.M.), *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Milano, 2008.
- GARGANI (A.), *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2005.
- GAROFALO (L.), *L'homo liber della lex Numae sull'omicidio volontario*, in GAROFALO (L.) (a cura di), *Piccoli scritti di diritto penale*, Padova, 2008.
- GAROFALO (R.), *Criminologia*, Torino, 1885.
- GARRO (E.), *Comportamiento post-delictivo positivo y delincuencia asociativa*, in *InDret*, 1-2013.
- GARUTI (G.), *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Dir.pen. proc.*, 2003, pp. 143 e ss.
- GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris, 1899.
- GIAVAZZI (S.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *riv. trimestrale Diritto penale dell'economia*, 2005, pp. 595 e ss e pp. 857 e ss.
- GIERKE (O.), *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Vol. II, Munich, 1888, (ristampa 1954)

- *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Breslau, 1880, rist., ed. 7, Aalen, 1981, pp. 189-190. Trad. It. GIOLITTI (A.), *Otto Von Gierke, Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1974.
- GIOVENALE, *Satire*, RAMOUS (M.) (a cura di), Milano, 1996.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), LAZERGES (C.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, Paris, Société de législation comparée, 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Droit des affaires*, PUF, 2000.
 - *La responsabilité dans l'entreprise après la loi di 10 juillet 2000*, in RSC, 2001, p. 824 e ss.
 - *Le droit pénal des affaires en Europe*, PUF, 2006.
- GIUNTA (F.), *Commento all'art. 43*, in *Codice penale*, di Padovani (T.) (a cura), vol. I, IV ed., Milano, 2007.
 - *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004 - 2010)*, Napoli, 2011.
 - *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pp. 92 e ss.
 - *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, DE FRANCESCO (G.) (a cura di), Torino, 2004, p. 43.
- GOBERT (J.), *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in making but was it worth the wait?*, Mod. L.R., 2008.
 - *Corporate Killing at home and abroad – Reflections on the Government's proposals*, in L.Q.R., 2002, p. 72.
- GODARD (O.), *Le principe de précaution*, in HOTTOIS (G.) (a cura di), *Encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, 2000.
- GOGORZA (A.), *Entrevista con Didier Preira, Jefe de la división de víctimas y de consejo de la Corte penal internacional*, (*Entretien avec M. Didier Preira, Directeur de la division des victimes et des Conseils de la Cour pénale internationale*), *Derechos Humanos en línea*, n. 3, Bull. électronique IDEH-PUCP, fév. 2007.

- GOLDSCHMIDT (J.), *Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Aalen, 1969.
- GÓMEZ TOMILLO (M.), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ (C.), *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.
 - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*, in *Diario La Ley*, n. 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010.
- GRACIA (L.), *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, vol. I-II, Ed. Presas de la Universidad, Zaragoza, 1985.
- GRANATA (A.), *I codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. L'esperienza dell'Associazione bancaria italiana*, in *AA.VV., Responsabilità degli enti*, 2003, pp. 122 e ss.
- GRECO (T.), *Diritto e legame sociale*, Torino, 2012.
- GUERRINI (R.), *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006.
- GUERRY (A.M.), *Essaie sur la statistique morale de la France*, Paris, 1888.
- GÜNTHER (K.), *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, CEPPA (L.) (a cura di), Torino, 2010.
- HACKER (M.E.), *The penal ability and responsibility of the corporate Bodies*, in *Jour. American Institute of Criminal Law, and criminology*, Paris, 1923.
- HAEUSERMANN (A.), *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, Freiburg, 2003.
- HANNEQUART (Y.), *La responsabilité pénale des personnes morales: punir l'être collectif ou corriger ses déficiences?*, *J.T.*, 1999.
- HAROLD (L.), *Studies in the problem of sovereignty*, London, 1917.
- HART (L.A. H.), *Il concetto di diritto*, CATTANEO (M.A.) (a cura di), Milano, 2002.
- HAURIOU (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929.
 - *Lecons sur le mouvement social*, ed. 2, Paris, 1899.
- HAWKINS (M.), *Durkheim's sociology and theories of degeneration*, In *Economy and Society* Vol. 28, 1, London, 1999.
- HEINE (G.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995.

- HENNAU (CH.), SCHAMPS (G.) e VERHAEGEN (J.), *Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective - A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales*, J.T., 1998.
- HIDALGO (R.), SALOMON (G.), MORVAN (P.), *Entreprise et responsabilité pénale*, L.G.D.J., 1994.
- HIRSCH (H.J.), *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, in *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 324*, Opladen, 1993, p. 608.
- *La criminalisation du comportement collectif - Allemagne*, in de DOELDER TIEDEMANN (H.) (a cura di), *La criminalisation*, 1999, p. 57.
- HOBBS (T.), *Leviatano*, MAGRI (T.) (a cura di), Milano, 2005.
- HÖLDER (E.), *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905.
- HOLDSWORTH (W.S.), *A History of English law*, Ed. V, vol. 12, Methuen, 1942.
- HOPT (K.-J.), *Le droit des sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes*, *Rev. soc.*, 1987.
- IHERING (R.), *La lotta per il diritto. E altri saggi*, Milano, 1989.
- JACOBS (A.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISCJ*, SAINT-PAU (J.-CH.) (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, 2014.
- JÄGER (CH.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in *Travaux de l'ISCJ*, SAINT-PAU (J.-CH.) (a cura di), n. 4, Éd. CUJAS, 2014.
- JELLINEK (G.), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914.
- *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892.
- JHIERING (R.), *Esprit du droit romain*, trad. (a cura di) GUENOUX (R.), Paris, 1877.
- *La lotta per il diritto*, trad. (a cura di) RACINARO (R.), Milano, 1989.
- JIMENEZ-GUSI (R.) e POL (D.), *El anteproyecto de reforma del Código Penal: un paso de gigante hacia una cultura de Compliance y la lucha contra la corrupción*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 867, 2013.
- JONAS (H.), *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt M., 1979.
- JOSSERAND (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimée*, Paris, 1897.
- JOUANJAN (O.), *Georg Jellinek ou le juriste philosophe*, Prefazione all'opera di G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État*, Paris, 2005.

- JOURDAIN (P.), *Les principes de responsabilité civile*, 7 ed., L.G.D.J., 2007.
- JOUSSE (M.), *Traité de justice criminelle de France*, Tome II, Paris, 1771.
- KANT (I.), *Critica della ragion pratica*, Bari, 1966.
- KELSEN (H.), *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
 - *La nozione di Stato e la psicologia sociale, con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, trad. a cura di CONTRI (B.) e MARZOTTO (C.), Milano, 2007.
 - *Teoria generale del diritto e dello Stato*, PECORA (G.) (a cura di), ed. II, Milano, 1994, parte I, cap. IX, lett. A.B., (prima edizione, in lingua inglese, KELSEN (H.), *General Theory of Law and State*, Harvard Un.Pr., Cambridge, 1945).
- KOHELER (J.) - LORDI (L.), *Moderni problemi del diritto*, Milano, 1909.
- KUTY (F.), *Principes généraux de droit pénal belge*, t. III, *L'auteur de l'infraction pénale*, Larcier, Bruxelles, 2012.
- LA QUETELET (A.J.), *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l'homme*, Paris, 1869.
- LACAN (J.), *Le séminaire. Les écrits techniques de Freud*, GHD, 2013.
- LACAZE (M.), *La causalité issue de la réforme du 10 juillet 2000. Triste bilan sur la causalité issue de la loi du 10 juillet 2000*, in *Recherches et travaux, Mélanges DEA, Université Montpellier I*, 2006.
 - *La protection pénale différenciée des animaux " domestiques " et " sauvages "*, in MARGUÉAUD (J.-P.) (a cura di), *Revue semestrale de droit animalier*, 2/2012.
 - *La réprobation objective en droit pénal – Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes*, *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice*, n° 1, octobre 2011.
 - *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse, Montpellier, 2009.
- LANZI (A.), *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, in *Guida dir.*, 2004, pp.36 e ss.
- LATOUR (B.), *L'Économie, science des intérêts passionnés. Introduction à l'anthropologie économique de Gabriel Tarde*, Paris, 2008.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil française*, t. 20, Bruxelles, 1878.

- LÉCHALAS (L.), *Manuel de droit administratif*, in *Juridiction administrative*, Paris, 1922.
- LEONCINI (I.), *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- LÉVY (E.), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique (sélection et introduction)*, Paris, 2003.
- LISZT (F.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14 éd., 1905.
- *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, Berlin, 1905.
- LOMBARDI (L.), *I possessi plebei, la manomorta e lo svincolo della proprietà fondiaria*, Napoli, 1883.
- LOMBROSO (C.), *L'uomo delinquente*, Milano, 1876.
- LONGHI (S.), *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906.
- LORINI (G.), *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova, 2000.
- LOTTINI (R.), *il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (G.) (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.
- LUCCHINI-GUASTALLA (E.) (a cura di), alla voce *Mandato*, dell'*Enciclopedia Traccani*, 2013.
- LUHMAN (N.), *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.
- LUNGHINI (G.), *Commento all'art. 43*, in DOLCINI (G.) – MARINUCCI (E.) (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, II ed., Milano, 2006.
- MAINES (V.), ZAGREBELSKY (G.) (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema penale italiano*, Milano, 2011.
- MAIORCA (C.), *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Palermo, 1933.
- MAJORANA (D.), *La notion de droit public subjectif*, in *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, 1909.
- MALABAT (V.), *Appréciation in astratto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Bordeaux, 1999.
- *Les réformes du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, 2009.
- *Le délit de "mise en danger"*. *La lettre et l'esprit*, T. I, in JCP, 2000.

- *Principe de confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen*, in *Mélanges Guinchard, Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, 2010.
- MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGÉ (G.) (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, in *Collection de l'UMR de droit comparé de Paris*, Vol. 30, Paris, 2013.
- MANACORDA (S.), *Imputazione collettiva e responsabilità personale, uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008.
 - *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa della responsabilità e degli enti*, su <http://www.rivista231.it>, 2006.
 - *La théorie générale de l'infraction pénale en France: lacunes ou spécificité de la science pénale?*, in *riv. RDPC*, 1999.
 - *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2012, pp. 66 e ss.
 - *Union européenne et droit pénal: esquisse d'un système*, *RSC*, 2000, p. 96 e ss.
- MANNA (A.), *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002.
- MANTOVANI (D.), *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.
- MANTOVANI (F.), *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- MANTOVANI (M.), *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003.
- MARÉCHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 38.
- MARINI (G.), voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988.
- MARINUCCI (G.), *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 126 e ss.
 - *La responsabilità Penale delle persone giuridiche (uno schizzo storico-dogmatico)*, in *Riv. italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2007, pp. 445 e ss.
 - *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009.
 - *Societas puniri potest, uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2002, pp. 1191 e ss.

- *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARTINI (M.), *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010.
- MARX (K.), *Il Capitalismo e la crisi*, Giacché (V.) (a cura di), Roma, 2009.
- MASSARO (A.), *Principio di precauzione e diritto penale, nihil novi sub sole?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- MASSET (A.), *La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modélisée*, J.T., 1999.
- MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina dei gruppi di società*, Napoli, 2006.
- MAUGERI (A.), *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- MAURACH (R.), *Deutsches Strafrecht*, A.T., II ed., Karlsruhe, 1958.
- MAYAUD (Y.) *La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou "paramètre déterminant"*, RSC, 2002.
 - *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, LAMY, 2012.
 - *Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière*, in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2007.
 - *Responsabilité pénale d'un centre hospitalier universitaire pour défaut d'organisation*, RSC, 2010, p. 617.
- MAYER (M.E.), *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915.
- MAYER (O.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1914.
 - *Die Juristische Person Und Ihre Verwertbarkeit Im Öffentlichen Recht*, ristampa, Berlin, 2009.
- MAZZACUVA (N.), voce *Evento*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990.
- MC CORMICK (N.) - WEINBERG (O.), *Il diritto come istituzione*, LA TORRE (M.) (a cura di), Milano, 1990.
- MELOSSI (D.), *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, 2002.

- MERLE R. VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Parigi, 1984.
- MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Vol. II, Paris, Thèse, 1899.
- MICHAUD-QUANTIN (P.), *Universitas, Expressions du Mouvement Communautaire dans le Moyen- Age Latin*, Paris, in riv. Persee, 1970
- MICHOU D (L.), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1924.
- MILITELLO (V.), *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *Studium Juris*, 2000, p. 779.

- MINNELLA (L.M.), *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- MIR PUIG, (S.), *Derecho penal. Parte general*, 9 ed., Ed. Reppetor, Barcelona, 2011, p. 195.
- MOINE-DUPUIS (I.), *Complicité et contribution à une infraction non intentionnelle: un choix trop libre*, in *rev. pénit.*, 2005.
- MOLTKE (K.), *The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy*, Institute for European Environmental Policy, février 1987.
- MONGILLO (V.), *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2005.
- *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del D. Lgs. n. 81/2008, e del Decreto "correttivo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2009.
- MOREL (B.-A.), *De la formation du type dans les variétés dégénérés ou nouveaux éléments d'anthropologie morbide*, Paris, 1864.
- MORVAN (P.), *La personne morale maltraitée par le droit pénal*, in *le bicentenaire du Code pénal*, Éditions Panthéon-Assas, 2010.
- MOULY (H.-C.), *La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail*, *Petites affiches*, 6 ott. 1993.
- MÜLLER (E.), *Die Stellung der Juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985.
- NEUBECKER (F. K.), *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Ed. I, Leipzig, 1908.

- NICOSIA (E.), *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- NIETO MARTÍN (A.), *La responsabilidad penal de la personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- NIETZSCHE (F.), *La genealogia della morale*, Milano, 2001.
- NIHOUL (M.), *Le champ d'application, La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 après cinq années d'application*, La Chartre, Bruges, 2005.
- NOVICOW (J.), *Conscience et volonté sociales*, Paris, 1897.
- NUVOLONE (P.), *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 53 e ss.
- OGUS (A.), *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, 1994.
- ORESTANO (R.), *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978.
 - *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968.
- ORTUBAY (M.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne*, actes de la Conference du 18 mai 2013, in SAINT-PAU (J.-CH.) (a cura di), *Travaux de l'ISCJ*, n. 4, Éd. CUJAS, 2014.
- PADOVANI (T.), *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, tra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, 1985, pp. 42 e ss.
 - *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, DE FRANCESCO (G.) (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, in *AA.VV.*, 2004.
- PAGLIARO (A.), *Il reato*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da GROSSO (C.F.), PADOVANI (T.), PAGLIARO (A.), Milano, 2007.
 - *Principi di diritto penale*, VIII ed., Milano, 2003.
 - *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 19.
- PALAZZO (F.), *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

- *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*; atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), Napoli, 2003.
- PALIERO (C.E.), *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa*, 2009, pp. 129 e ss.
- *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 55 e ss..
- *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, n. spec., 2011, pp. 89 e ss.
- *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (A.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002.
- *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica ad una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.
- voce «*Ordnungswidrikeiten*», in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 128.
- PALMIERI (V. M.), *Fasti napoletani nello sviluppo dell'antropologia criminale, dai tempi andati a quelli attuali*, in *Quaderni di criminologia clinica*, n. 2, Napoli, 1970.
- PAOLOZZI (G.), *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato*, Torino, 2006.
- *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l’accertamento della responsabilità degli enti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 239.
- PASCULLI (M.A.), *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*, Bari, 2005.
- PASQUALUCCI (P.), *Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati*, in *Quaderni fiorentini*, n. 15, 1986.
- PAVANELLO (E.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico - Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011.
- PEDRAZZI (C.), *Codici etici e leggi dello stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1049.

- PELLISSERO M., *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 368.
- PEPE (G.), *Lo Stato ghibellino di Federico II*, Bari, 1951.
- PERINI (M.), *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- PERLINGIERI (P.), STANZIONE (P.), *Persone fisiche*, in PERLINGIERI (P.), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997
- PERNICE (S.), *Etudes sur les personnes morales*, vol. I, Paris, 2001.
- PETRINI (D.), *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure "praeter delictum"*, Napoli, 1996.
 - *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro*, in (R.) BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010.
- PETROCELLI B., *La colpevolezza*, Napoli, 1948
- PICARDI (N.), GIULIANI (A.), *testi e documenti per la storia del processo*, T. I, *Code Louis*, t. II, *Ordonnance Criminelle (1670)*, Milano, 1996.
- PIERGALLINI (C.), *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.
 - *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 571 e ss.
 - *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1363.
- PIN (X.), *Droit pénal général*, Dalloz, « Cours », 5^{ème} éd. 2012.
 - « *L'infraction juste* », Mélanges J.-H. Robert, LexisNexis, 2012 , p. 585 et s.
- PISANI (N.), *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. Dir. pen. econ.*, Milano, n. 1-2, gennaio-giugno 2009.
- PISTORELLI (L.), *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011.
- PLANCQUE (J.-C.), *La détermination de la personne morale responsable*, L'Harmattan, 2004.
- POSNER (R. A.), *Economic Analysis of law*, Oxford, 1992.

- PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Cujas, 17 ed., 2008.
 - *La responsabilité des personnes morales en droit pénal comparé*, in *Straffjustiz und Rechtsstaat Justice pénale et Etat de droit*, Schulthess, 2003.
 - *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Quelques questions*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 1998, p. 153.
 - *Le projet de loi du 20 février 1986 relatif à la réforme au code pénal*, in *Le journal des procès*, 1986.
- PRINS (A.), *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1987.
- *Progetto Grosso: Progetto preliminare di riforma del codice penale*, Parte generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, T. 2, libro VIII, par. XXVIII, Basilea, 1732.
- PULITANÓ (D.), *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 2, 2006.
 - *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, articolo consultabile on line su <http://www.ipasvi.torino.it/Portals/14/posizione+di+garanzia.pdf>, 2013.
 - *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità «da reato»*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Spagnolo, 2007, p. 25.
 - *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1985, pp. 183 e ss.
 - *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 430 e ss.
 - voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir., agg.*, vol. VI, Milano, 2002.
- QUADRATO (R.), *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979.
- QUIEVY (J.F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, Paris, 2009.
- RAPONE (V.), *Il limite extragiuridico dell'ordinamento. Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo '900*, Napoli, 2012.

- *Irrealizzare il crimine senza disumanizzare il criminale: un approccio antiformalistico al problema della responsabilità penale*, in *La Fine è l'Inizio*, 2012.
- *Diritto pubblico e teoria della conoscenza: "la volontà di potenza statale" al vaglio della critica realistica*, introduzione a DUGUIT (L.), *Il diritto e lo Stato, La dottrina francese e quella tedesca*, trad. RAPONE (V.), Soveria Mannelli, 2012.
- Nota su L. Duguit, in *Filosofia dei Diritti Umani*, gennaio-aprile 2013, pp. 73 e ss.
- RAPP (L.), *Variations autour de la personnalité juridique en droit publique*, in *Personnalité juridique*, BIOY (X.) (a cura di), *L.G.D.J.*, 2012.
- RASSAT (M.L.), *Droit pénal général*, Elipses, 2006.
 - *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, *L.G.D.J.*, 2003.
- RENAZZI (F.M.), *Elementa juris criminalis*, Libro I, *De delictis generatim*, editio octava, Bologna, 1826.
- RIONDATO (S.), *Responsabilità penale degli enti che esercitano pubblici poteri e degli enti pubblici economici (e non), tra tipo criminologico e tipo normativo di autore*, in *riv. Dir. pen. econ.*, n. 3, 2011, pp. 88 e ss.
- RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, 1902.
- RIVA (R.), *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006.
- RIVERDITI (M.), *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009.
- ROBERT (J-H.) (a cura di), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal – Actes du colloque du 18 octobre 2001*, *L.G.D.J.*, 2002.
 - *Droit pénal général*, Thémis, PUF, 2006.
 - *La coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité des personnes morales*, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007.
 - *Homicide involontaire à la charge d'une personne morale: frein, mais non fin, de la jurisprudence relative à son imputation présumée*, in *RSC*, 2012, pp. 825 e ss.

- *Les évolutions jurisprudentielles intervenues récemment*, in *Le Moniteur de travaux publics et du bâtiment – Cahier special n. 3, 2. Partie – La responsabilité pénale des personnes morales*, 2002.
- *Les préposés sont-ils représentants de la personne morale?*, in *Mélange Couvrat*, 2001.
- *Vers une refondation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *JCPG*, n. 25, 18 juin 2012, p. 740.
- *Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *JCPG*, n. 50, 12 déc. 2011, p. 1385.
- ROBLES (R.), *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*, in *Diario La Ley*, n. 7705, Sección Doctrina, 29 Sep. 2011.
- ROCCHINA (S.), *Delega delle funzioni ed infortunio sul lavoro*, in *riv. Diritto del lavoro*, VIII, 2012, pp. 96 e ss.
- ROCCO (A.), *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. III, Roma, 1933.
- *La pena e le altre sanzioni giuridiche, Prolusione al corso ufficiale di diritto penale nella Università di Napoli*, letta il 17 febbraio 1917, *Rivista penale*, 1917.
- RODOTÀ (S.), *Dal soggetto alla persona, trasformazioni di una categoria giuridica*, *riv. Filosofia politica*, in *Materiali per un lessico politico europeo: "persona"*, n. III (dicembre 2007), Bologna, 2001.
- ROEDER (H.), *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, Berlin, 1969.
- ROGER-FRANCE (E.) e VAN DEN ABEELE (D.), *Les banques et la responsabilité pénale des personnes morales: imputabilité et risques pénaux*, *D.B.F.*, 2003.
- ROMANO (S.), *L'ordinamento giuridico*, ristampa della II ed., Firenze, 1962.
- *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V. E. Orlando, Milano, 1908.
- ROSSI (G.) (a cura di), *Controlli societari e responsabilità penale*, in *Rivista delle società*, Milano, 2001, pp. 53 e ss.
- ROSSI (P.), *Traité de Droit pénal, deuxième édition revue et précédée d'une introduction par Faustin Hélie*, Paris, 1855.

- ROTH (R.), Responsabilité pénale de 'entreprise: modèles de réflexion, in *ZStR*, n. 115, 1997.
- ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009.
- ROUSSEAU (J.J.), *Du contrat social ou Principes du droit politique*, TREMBLAY (J.-M.) (a cura di), ER, 2002.
- ROXIN (C.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, MOCCIA (S.) (a cura di), Napoli, 1998.
- *Strafrecht*, AT I, 4 ed., München, 2006.
- RUFFINI (F.), *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed. in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, (a cura di) FALCO (M.), vol. II, Milano 1936.
- SABBIONETI (M.), *Democrazia sociale e diritto privato, La terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, in *Per la storia del pensiero moderno*, Fasc. 91, Milano, 2010.
- SAINT-PAU (J.-CH.) (a cura di), *Environnement et peine privative de liberté, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice*, n. 1 e 3, 2013.
- (a cura di), *Traité des droits de la personnalité, coll. Traités*, LexisNexis, 2013.
- *La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale*, in *Dr. Pén.*, 2007.
- *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, in *Gaz. Pal.*, 2005, p. 10.
- *La faute diffuse de la personne morale*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 169.
- *La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003.
- *La responsabilité des personnes morales est elle une responsabilité par ricochet?*, nota a *Crim.*, 18 gen. 2000.
- SALE (C.), *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in *riv. Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, L.G.D.J., 2003.
- *Les accidents du travail et responsabilité civile*, Paris, 1897
- SANTAMARIA (D.), voce *Evento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.

- SANTOSUOSSO (A), *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2002.
- SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, T. 2, Paris, 1855.
- *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di SCAIOLA (V.), Milano, 1888
- SCARDAMAGLIA (I.), *Diritto penale della sicurezza sul lavoro Tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- SCHROTH (H.J.), *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993.
- SCHÜNEMANN (B.), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979.
- SCIACCA (F.), *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Milano, 2000.
- SEILLAN (H.), *Dangers, accidents, maladies, catastrophes*, Préventique, 2012.
- SELVAGGI (N.), *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.
- SICURELLA (R.), *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, RSC, 2002.
- STASIAK (F.), *Responsabilité pénale de la personne morale*, RSC, 2010.
- STELLA (F.), GALAVOTTI (A.), *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 42 e ss.
- *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 81 e ss.
- *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- SULLIVAN (G.R.), *Expressing Corporate Guilt*, in *O.J.L.S.*, 1995, p. 281.
- SUTHERLAND (E.H.), *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.
- TARELLO (G.), *Orientamenti analitico linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *AA.VV., Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 304 e ss.
- TARUFFO (M.), *La valutazione della prova*, in *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.

- THIERRY (J.-B.), *L'individualisation du droit criminel*, RSC, 2008.
- TIEDEMANN (K.), *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 64 e ss.
- TIMELLINI (G.), *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza alla luce del T.U.*, in *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, BASENGHI (F.), GOLZIO (L.E.), ZINI (A.) (a cura di), Torino, 2008.
- TONINI (P.), *L'influenza della sentenza Francese sul volto attuale del processo penale*, in *riv. Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 129 e ss.
- TOMASI (G.), *Morality not mysterious? Riflessioni sul concetto Kantiano di libertà*, in DUSO (G.) e RAMETTA (G.) (a cura di), *La libertà nella filosofia classica tedesca, politica e filosofia tra Kant, Fichte, Schelling e Hegel*, Milano, 2000.
- TRIGEAUD (J.-M.), *Personne responsabilité et droits de l'homme. une mise au point*, in *riv. Filosofia dei Diritti Umani*, Napoli, gennaio-aprile 2013.
 - (J.-M.), *Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement reel*, in ALFERILLO (P.E.), ARIAS (A.G.), SOMMER (CH.G.) (a cura di), *Liber Amicorum*, T. I, Córdoba, 2010.
 - *Droit (subjectif)*, in AUROUX (S.) (a cura di), *Les notions philosophiques. Dictionnaire*, II, T. 1, PUF, 2002.
 - *Justice & Hégémonie. La philosophie du droit face à la discrimination d'État*, Éd. Bière, 2006.
- TULKENS (F.), KERCHOVE (M.), GUILLAIN (C.) e CARTUYVELS (Y.), *Introduction au droit pénal – Aspects juridiques et criminologiques*, 9 ed., Waterloo, 2012.
- ULMANN (W.), *The Delictual Responsibility of Medieval Corporations*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 64, 1950
- VALÉRY (P.), *Œuvres*, vol. II, Paris, 1960.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (M. de), *Les personnes morales*, Lille, 1900.
- VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2012.
- VARVARESSOS (A.), *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per la violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del*

lavoratore: giurisprudenza e sistema di un principio instabile, in *riv. Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2013.

- VASSALLI (F.), *La responsabilità penale per il fatto dell'impresa*, in *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, IORI (a cura di), Firenze, 1981.
- VENEZIANI (M.), *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*; MARINICCI (G.), DOLCINI (E.) (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Milano, 2003.
- VÉRON (M.), *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 2013.
- VILLANI (E.), *Infortuni sul lavoro e "défaut d'organisation" nella esperienza giurisprudenziale francese*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, CAMPAGNA (F.) (a cura di), Napoli, 2012.
- *Trasferimento di funzioni e «presunzione di delega»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1005.
- VILLEY (M.), *Esquisse historique sur le mot responsabilité*, in *La responsabilité*, *Arch. Phil. Droit*, T. XXII, 1977.
- VOGEL (L.), *L'économie, serviteur ou maître du droit*, in *Mélanges A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Paris, 2004.
- VOIGT (K.), *Die Fälle der Causalhaftung des bürgerlichen Gesetzbuches*, *Inaugural-Dissertation*, Munich, 1902.
- WESTER-OUISSE (V.), *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n. 1, 2009, pp. 56 e ss.
- WELLS (C.), *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present, and future*, in PIETH (M.), IVORY (R.) (a cura di), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, n. 127, 2011.
- WHITESIDE (K.), *Precautionary Politics: Principle and Practice in Confronting Environmental Risk*, Cambridge, 2006.
- WINDSCHEID (P.), *Pandekten*, Ed. 9, Frankfurt, 1906.
- WORMS (R.), *Organisme et Société*, Paris, 1869.
- ZAGREBELSKY (G.), *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *AA.VV., Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, suppl. al n. 6, 2003.

