



**Centro di Diritto Penale Europeo**  
di Catania

NUOVA SERIE

*Collana diretta da* Giovanni GRASSO - Anna Maria MAUGERI - Rosaria SICURELLA

**DIRITTO PENALE**  
***DELL'UNIONE EUROPEA***  
***E NELL'UNIONE EUROPEA***  
**STUDI IN ONORE DI GIOVANNI GRASSO**

a cura di

**Anna Maria MAUGERI - Rosaria SICURELLA - Francesco SIRACUSANO -  
Grazia Maria VAGLIASINDI - Valeria SCALIA - Annalisa LUCIFORA**

VOLUME I

**PISA**  
UNIVERSITY  
PRESS

Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea : studi in onore di Giovanni Grasso / a cura di Anna Maria Maugeri ... [et al.]. - Pisa : Pisa university press, 2023. - 2 volumi. - (Centro di diritto penale europeo di Catania. Nuova serie)

345.24 (23.)

I. Maugeri, Anna Maria II. Grasso, Giovanni <1950- > 1. Diritto penale comunitario

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a  
peer review secondo  
il protocollo UPI

**Comitato scientifico:**

Gerhard Dannecker, Henri Labayle, Francesco Palazzo, John Vervaele, Luis Arroyo Zapatero.

**Revisori:**

Roberto Bartoli, Luigi Foffani, Valsamis Mitsilegas, Adán Nieto Martín, Vincenzo Mongillo, Giuseppina Panebianco, Raphaelae Parizot. Nel futuro si potranno aggiungere altri revisori.

**Programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2, progetto EuRiPen**

© Copyright 2023

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel.+39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail [press@unipi.it](mailto:press@unipi.it) · PEC [cidic@pec.unipi.it](mailto:cidic@pec.unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISBN 978-88-3339-772-6

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: [www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

# VERSO UN'EUROPEIZZAZIONE DELLE CATEGORIE PENALISTICHE? IL PARADIGMA DELLA “COLPEVOLEZZA DI ORGANIZZAZIONE”

*Luigi Foffani*

SOMMARIO: 1. Introduzione e dedica a Giovanni Grasso. La categoria penalistica della “colpevolezza di organizzazione”. – 2. Il formante legislativo europeo: il “modello PIF”. – 3. Verso un unitario e indifferenziato diritto “sanzionatorio” europeo? – 4. “Colpevolezza” dell’ente e cultura della “*compliance*”. – 5. Il formante culturale-dottrinale: Klaus Tiedemann e l’idea di una “*Organisationsverschulden*”. – 6. Il formante legislativo nazionale: i modelli di organizzazione, la prassi imprenditoriale e il “cantiere della dogmatica”. – 7. Conclusioni: verso un aggiornamento del modello europeo?

## **I. Introduzione e dedica a Giovanni Grasso. La categoria penalistica della “colpevolezza di organizzazione”**

Nell’ambito del ricco e stimolante dibattito su una “cultura penale europea” in formazione e sulla prospettiva di una “europeizzazione, ibridazione e condivisione delle categorie penalistiche” promosso dalla scuola penalistica catanese<sup>1</sup> sull’onda dell’insegnamento di *Giovanni Grasso* e in onore di colui che a buon diritto e senza alcuna enfasi possiamo oggi celebrare come il maestro e il pioniere del diritto penale europeo in Italia<sup>2</sup>, il tema della c.d. “colpevolezza di organizzazione” assume un valore davvero esemplare e paradigmatico.

Con il concetto di “colpevolezza di organizzazione” siamo di fronte ad una categoria penalistica nuova, destinata a segnare questo inizio di secolo: una cate-

<sup>1</sup> Mi riferisco in particolare alle giornate di studi dal titolo “*Per una cultura penale europea: europeizzazione, ibridazione, condivisione delle categorie penalistiche*”, tenutesi il 24-25 maggio 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Catania.

<sup>2</sup> Basti ricordare l’opera monografica che ha posto le basi dello studio del “diritto penale europeo” in Italia: G. GRASSO, *Comunità Europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, Giuffrè, 1989.

goria che è frutto diretto della politica criminale europea, più che di uno spontaneo avvicinamento culturale dei diversi filoni della dottrina europea.

In realtà si tratta di una categoria nella quale possiamo individuare il convergere di tre fattori (o formanti che dir si voglia):

- *un formante legislativo europeo;*
- *un formante legislativo nazionale;*
- *un formante culturale-dottrinale.*

## 2. Il formante legislativo europeo: il “modello PIF”

In primo luogo il *formante legislativo europeo*: “*colpevolezza di organizzazione*” implica naturalmente una responsabilità da reato degli enti collettivi (persone giuridiche e – a seconda delle diverse soluzioni adottate a livello nazionale - associazioni anche prive di personalità giuridica, società commerciali, imprese private o in mano pubblica, ecc.<sup>3</sup>). La responsabilità delle persone giuridiche rappresenta l’acquisizione e la conseguenza più vistosa e significativa di trent’anni di politica criminale europea. Probabilmente impensabile fino a quindici o vent’anni fa, la tendenza politico-criminale alla responsabilizzazione delle persone giuridiche ha guadagnato rapidamente terreno, fino a diventare largamente maggioritaria nel continente europeo.

Unica eccezione fino ad oggi – ed ultimo baluardo, accanto alla Grecia, a difendere la perdurante validità del tradizionale dogma del “*societas delinquere non potest*” – era rimasto l’ordinamento giuridico del paese membro economicamente

<sup>3</sup> Sulla definizione e delimitazione degli enti collettivi destinatari della responsabilità *ex crimine* le soluzioni adottate dai diversi ordinamenti europei differiscono in misura assai significativa: mentre il legislatore italiano ha adottato, all’art. 1 d.lgs. 231/2001, la formula degli “enti forniti di personalità giuridica” e delle “società e associazioni anche prive di personalità giuridica”, il legislatore spagnolo, invece, si è mantenuto ancorato al requisito fondamentale della personalità giuridica (art. 31 *bis* CP). D’altro canto, il legislatore italiano ha esonerato da responsabilità la generalità degli enti pubblici non esercenti attività economica, nonché gli enti che esercitino funzioni di rilievo costituzionale, quali partiti politici e sindacati. In Spagna, per contro, è venuto espressamente meno il privilegio riguardante partiti politici e sindacati, mentre in un ordinamento come quello olandese – al quale va riconosciuto il ruolo storico di pioniere dell’avvento della responsabilità penale delle persone giuridiche nell’ambito dell’Europa di *civil law* (risalente al 1822 per i reati in materia tributaria e doganale, al 1950 per i reati economici e al 1976 per la generalità delle fattispecie penali) - si è superato persino il “tabù” della responsabilità penale degli enti pubblici, che è oggi espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza per quanto riguarda gli enti pubblici territoriali, con forti pressioni per estenderla anche alle amministrazioni statali [cfr. sul punto J. VERVAELE, *Societas/Universitas delinquere et puniri potest: 65 años de experiencia en Holanda*, in M. ONTIVEROS (ed.), *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 523-570].

più importante dell'Unione Europea, ossia la Germania: ma anche qui sembra ormai aver preso piede l'idea di una riforma nel senso della responsabilizzazione "ex crimine" degli enti<sup>4</sup>, con il progetto – già presentato ed ampiamente discusso nel corso della passata legislatura<sup>5</sup> – di una "legge per il rafforzamento dell'integrità nell'economia" („Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“), il cui art. 1 racchiude una "legge sulle sanzioni contro i reati collegati agli enti collettivi" („Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)“). Il progetto – che non prevede alcuna riforma del codice penale e di procedura penale – rappresenta una sorta di "micro-codice" (sostanziale e processuale) sulla responsabilità delle persone giuridiche ed introduce nuovi concetti giuridici, come la "responsabilità dell'ente" („Verbandsverantwortlichkeit“), il "fatto dell'ente" („Verbandstat“) e le "sanzioni agli enti" („Verbandssanktionen“), consistenti nella "sanzione pecuniaria all'ente" („Verbandsgeldsanktion“) e nella "ammonizione con riserva di sanzione pecuniaria all'ente" („Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt“), con possibile imposizione di prescrizioni per tutto il periodo di prova.

Anche il legislatore tedesco, dunque, sembra essersi messo sulla strada dell'accoglimento dell'impulso europeo, tracciando la linea di un nuovo ed originale "tertium genus" fra "Strafrecht" e "Ordnungswidrigkeitenrecht", ossia fra i tradizionali sistemi dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo. L'intera architettura del progetto legislativo e persino il linguaggio del legislatore tedesco – una legge "per il rafforzamento dell'integrità nell'economia" – appaiono innovativi ed assai lontani dall'ispirazione squisitamente penalistica delle leggi per la lotta contro la criminalità economica del secolo scorso<sup>6</sup>. La strategia e la filosofia dell'odierno legislatore tedesco (marcato dall'impulso europeo) non è né quella della pura e semplice repressione penale, né quella della mera prevenzione amministrativa, bensì quella di

<sup>4</sup> "Unternehmensstrafrecht ante portas?": così G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 41.

<sup>5</sup> Sulla pagina web del Ministero federale della giustizia [*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Stand 22. Juni 2020)*] accanto al testo del disegno di legge compare una monumentale serie di pareri e prese di posizione delle più diverse fonti (accademiche, professionali, di associazioni di categoria, ecc.), che testimoniano la straordinaria ricchezza del dibattito intervenuto su una riforma di portata storica per l'ordinamento tedesco.

<sup>6</sup> Il riferimento va alla prima e alla seconda legge per la lotta contro la criminalità economica ["Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (WiKG)"] del 29 luglio 1976 (BGBl., I, 1976, 2034) e del 23 maggio 1986 (BGBl., I, 1986, 721), che hanno segnato il volto del moderno diritto penale dell'economia tedesco, esercitando anche un importante influsso sul piano del diritto comparato. Cfr. in proposito G. DANNECKER, *Misure legislative per la lotta alla criminalità economica nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 635 ss.

una nuova forma del controllo sociale e dell'orientamento dell'attività economica con un inedito armamentario giuridico, che punta sulla attiva cooperazione e collaborazione degli attori economici: misure di “*compliance*”, indagini interne all'impresa, regolamentazione del “*whistleblowing*”, prescrizioni nel caso di sospensione della sanzione pecuniaria all'ente, ecc. Una linea sostanzialmente analoga era stata percorsa già alcuni anni addietro dal legislatore austriaco con il “*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*” del 2006, nel quale non compare alcuna “classica” definizione della natura giuridica delle sanzioni e della relativa responsabilità degli enti<sup>7</sup>.

Se dunque anche il legislatore tedesco dovesse compiere quest'ultimo e decisivo passo con la ripresentazione ed approvazione del progetto testé richiamato, si tratterebbe ovviamente di una novità di portata storica ed emblematica, quasi una sorta di tramonto del principio “*Societas delinquere non potest*” nell'intero continente europeo e nel contempo una sorta di affermazione definitiva dell'impulso politico-criminale sovranazionale scaturito sul finale del XX secolo sull'onda della campagna per la protezione degli interessi finanziari europei.

Ma il *trend* politico-criminale verso la responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche e degli enti collettivi in genere non può essere descritto solo come un movimento continentale ed ispirato dall'Unione Europea: altre agenzie sovranazionali – dall'ONU all'OCSE al Consiglio d'Europa<sup>8</sup> – a partire dalle numerose iniziative di lotta alla corruzione sul piano nazionale e internazionale, premono decisamente nella medesima direzione e recenti riforme soprattutto in America Latina estendono a macchia d'olio l'erosione – se non lo smantellamento - del tradizionale dogma ostativo della responsabilità penale o “para-penale” delle persone giuridiche<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. in proposito la rassegna dell'Istituto svizzero di diritto comparato, *Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich)*: J. FOURNIER, M. LANGHORST, J. VAN DEN BOSCH, C. VIENNET, *Strafbarkeit von Unternehmen*, Stand 30. April 2019, E-Avis ISDC 2019-09, p. 71 ss., disponibile in <www.isdc.ch>.

<sup>8</sup> Basti qui ricordare, fra le più significative, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Mérida, 9-11 dicembre 2003), che all'art. 26 richiama espressamente la necessità di rendere anche le persone giuridiche passibili di sanzioni per fatti di corruzione; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17 dicembre 1997); la Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari dell'UE o di Stati membri dell'UE (Bruxelles, 28 settembre 2005); la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (Strasburgo, 27 gennaio 1999).

<sup>9</sup> Nel mondo latino-americano il primo paese ad adottare una responsabilità da reato delle persone giuridiche – sotto la diretta pressione e influenza dell'OCSE – è stato il Cile: cfr. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, in *Política criminal*, 2010, p. 207 ss.

È vero che l'impulso europeo è stato fin dall'inizio ambivalente e ambiguo: volto sempre a richiedere responsabilità penale e sanzioni penali per le persone fisiche e a rendere "responsabili di reati" (questa è l'espressione impiegata) le persone giuridiche, ma senza mai richiedere ed affermare univocamente la natura penale della responsabilità e delle relative sanzioni.

L'ambivalenza ed ambiguità dell'impulso sovranazionale è stato anche verosimilmente uno dei segreti in positivo del rapido e clamoroso successo dell'iniziativa europea, consentendo soluzioni all'italiana (responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato), soluzioni alla spagnola (responsabilità penale della persona giuridica) e alla germanica (responsabilità da reato *sui generis* e senza ulteriori definizioni: soluzione già adottata in Austria e seguita da ultimo dal progetto tedesco testé richiamato).

Dal secondo protocollo della convenzione per la protezione degli interessi finanziari europei (1997)<sup>10</sup> ad oggi la formula della richiesta europea di responsabilizzazione delle persone giuridiche si è ripetuta ritualmente di atto in atto (convenzioni, azioni comuni, decisioni quadro e da ultimo direttive penali post-Lisbona), senza mai mutare di schemi, premesse e contenuto.

Questi gli elementi costitutivi del "modello europeo", in estrema sintesi:

- un reato (presupposto) commesso "a vantaggio" (o "in beneficio" o "a profitto") della persona giuridica;
- un reato commesso da un apicale o un subordinato dell'ente;
- una mancata sorveglianza o mancato controllo che abbia reso possibile l'attuare illecito di quest'ultimo (subordinato);
- e infine, un dettagliato elenco (peraltro meramente esemplificativo) di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" (senza alcun cenno al carattere penale piuttosto che amministrativo o "ibrido" di queste sanzioni).

Un modello europeo di costruzione della responsabilità degli enti assai agile e scarno, essenziale e flessibile: il "modello PIF", se così vogliamo chiamarlo, poiché nasce in occasione e sotto la spinta della prima convenzione per la protezione degli interessi finanziari europei (PIF) – che segna l'originario perimetro dell'esigenza politico-criminale che è alla base del coinvolgimento della responsabilità degli enti – e trova la sua più compiuta e recente definizione normativa con la direttiva penale per la protezione degli interessi finanziari europei del 2017 (Dir. 2017/1371/UE)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> *Atto del Consiglio del 19 giugno 1997 che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (97/C 221/02)*, in *GUCE*, 19.7.97, N. C 221/11 ss.

<sup>11</sup> *Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, in *GUUE*, 28.7.2017, L 198/29.

### 3. Verso un unitario e indifferenziato diritto “sanzionatorio” europeo?

Il silenzio delle iniziative europee sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente – unitamente alla varietà delle risposte degli ordinamenti nazionali – rivela piuttosto una sostanziale indifferenza del formante europeo rispetto alla natura (penale in senso stretto o amministrativo-penale) della responsabilità. Ciò che caratterizza oggi questo settore della responsabilità delle persone giuridiche – in una dimensione comparatistica europea – è sostanzialmente una piena fungibilità della natura della responsabilità: la responsabilità delle persone giuridiche costituisce l'espressione massima (la punta di diamante) nella costruzione di un omogeneo “*Sanktionsrecht*” europeo nel quale sembrano sfumarsi e confondersi i tradizionali confini fra il diritto penale e il diritto sanzionatorio amministrativo, in coerenza con l'elaborazione del concetto euroconvenzionale di “materia penale”<sup>12</sup>.

Vi sono diversi ambiti nei quali emerge oggi la tendenza verso un diritto sanzionatorio amministrativo iper-punitivo e alternativo alla (o competitivo con la) sanzione penale: dalla disciplina (europea e nazionale) di tutela della concorrenza sino alla regolamentazione degli abusi di mercato<sup>13</sup>; ma la responsabilità degli enti ha una diversa peculiarità: una piena “*fungibilità*” fra penale e amministrativo, per l'appunto, rivelata nella maniera più evidente, per esempio, dalla comparazione fra due discipline nazionali come l'italiana e la spagnola, pressoché identiche nella struttura e nel contenuto e divergenti solo all'ora di adottare l'una un'etichetta formale amministrativa e l'altra un'etichetta penale. Ma è una differenza della quale quasi non ci si accorge all'atto pratico, nell'osservare il concreto funzionamento dei due ordinamenti.

<sup>12</sup> Su questo processo storico cfr. in particolare le pionieristiche intuizioni di K. TIEDEMANN, *Gründerfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, in *ZStW*, 110 (1998), p. 497 ss., formulate in occasione del seminario della *Gesellschaft für Rechtsvergleichung* di Graz, 24-27 settembre 1997 (v. anche nella stessa sede le relazioni nazionali di L. Arroyo Zapatero per la Spagna e di C.E. Paliero per l'Italia; quest'ultima pubblicata anche in versione rielaborata e in lingua italiana: *La fabbrica del Golem: Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.).

<sup>13</sup> Rinvio sul punto a quanto già scritto in L. FOFFANI, *Verso un modello amministrativo di illecito e sanzione d'impresa “iper-punitivo” e fungibile alla sanzione penale?*, in M. DONINI, L. FOFFANI (cur.), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 249 ss.

#### 4. “Colpevolezza” dell’ente e cultura della “compliance”

Un altro aspetto fondamentale sul quale il formante legislativo europeo è sostanzialmente silente è quello che possiamo esprimere nell’idea di una “colpevolezza” dell’ente: la possibilità cioè che una delle categorie più emblematiche e fondanti della responsabilità penale classica della persona fisica possa trasmigrare o venire in qualche modo adottata, *mutatis mutandis*, nel diverso mondo della responsabilità degli enti.

Il modello di imputazione all’ente descritto dalle iniziative politico-criminali europee è estremamente scarno e si riduce al solo “vantaggio” (o “beneficio” o “profitto”) dell’ente e all’“omesso controllo” od “omessa sorveglianza”: troppo poco evidentemente per poter dire che il modello europeo di responsabilità della persona giuridica si fonda realmente su una idea di “colpevolezza” o difetto di organizzazione (intesi come sintomi di una imputazione soggettiva). Quest’idea emerge invece nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia di illeciti anticoncorrenziali<sup>14</sup> (cioè in uno di quegli ambiti governati da un diritto

<sup>14</sup> Poiché la disciplina *antitrust* – tanto al livello europeo quanto nazionale (in Italia con la l. 10 ottobre 1990, n. 287) – prevede illeciti d’impresa e non di persone fisiche (abuso di posizione dominante, intese illecite, violazione di divieti di concentrazione) è giocoforza – per evitare il rischio di una mera responsabilità oggettiva – ricercare all’interno dell’impresa un elemento di rimproverabilità dell’illecito definibile come colpa o difetto di organizzazione. Sul punto cfr. A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 207 ss. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, particolarmente espressive di un simile orientamento le conclusioni dell’Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 17 ottobre 2002 nella causa *Volkswagen AG*, C-338/00 P, § 62 ss., nonché nella stessa causa, CGCE, 18 settembre 2003, *Volkswagen AG*, C-338/00 P, § 91 (Commissione e Corte partono “da una nozione normativa della colpa, riferendosi ad una colpa propria dell’impresa. [...] Il fatto di riferirsi ad una colpa propria dell’impresa costituirebbe tuttavia solo il riconoscimento di una mancanza d’organizzazione per la quale non verrebbero presi in considerazione i diversi comportamenti obiettivamente illegittimi commessi da taluni collaboratori”); Trib., 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen*, in *Racc.* II-2707, § 2234. Più di recente si vedano ad es. le conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 18 aprile 2013 nella causa *Schindler Holding Ltd.*, C-501/11 P, § 97 ss., nelle quali si richiama espressamente il principio di colpa o difetto di organizzazione come criterio e limite fondamentale per l’applicazione all’impresa delle sanzioni previste dal diritto *antitrust* e si dà rilievo al *compliance program* e alla sua efficace implementazione come possibile causa di esclusione del “rimprovero di una colpa di organizzazione” (§ 97). “Non è infatti *a priori* possibile affermare l’esistenza di un *compliance program* funzionante quando una o più delle società controllate al 100% si sono rese colpevoli, durante un periodo di più anni, di violazioni di tale gravità contro le regole della concorrenza del mercato interno europeo, come è stato accertato nel caso della partecipazione della Schindler all’intesa concernente gli ascensori in Germania, in Belgio, nei Paesi Bassi e in Lussemburgo” (§ 98). “Può essere che

sanzionatorio amministrativo iper-punitivo al quale accennavo poc'anzi); a livello internazionale l'idea di una colpevolezza dell'ente e di una sottostante "cultura della *compliance* normativa", emerge nei documenti OCSE più recenti, a partire soprattutto da una raccomandazione del 2009 e dall'allegato contenente "*Good Practice Guidance on Internal Controls. Ethics and Compliance*"<sup>15</sup>.

## 5. Il formante culturale-dottrinale: Klaus Tiedemann e l'idea di una "*Organisationsverschulden*"

Ma il concetto di "*colpevolezza di organizzazione*" nasce storicamente ad opera del *formante culturale-dottrinale* – a partire dal concetto di "*Organisationsverschulden*" coniato dal compianto Klaus Tiedemann<sup>16</sup>, che ricordiamo tutti come il più grande maestro del diritto penale dell'economia in Europa – e penetra, in maniera forse sorprendente ma estremamente efficace, all'interno del formante legislativo nazionale.

Riprendendo una pregnante osservazione di Paliero<sup>17</sup>, "una volta caduto il dogma "*societas delinquere non potest*" e attribuito il ruolo di destinatario della sanzione penale e della relativa imputazione alla (*non*)persona giuridica, il paradigma del *personales Unrecht* non è stato, almeno su questo versante della penalità, archiviato *in toto*, come sembrava naturale, rinunciandosi definitivamente a un collegamento personalistico fra 'fatto-reato' e 'soggetto alla sanzione'. Viceversa, in tutte le aree giuridiche in cui questo sviluppo è avvenuto o si è anche solo profilato, si è assistito a una autentica "*caccia della colpevolezza*"

un *compliance program* non riesca ragionevolmente ad impedire ogni sia pur minimo illecito. Ma un *compliance program* che funzioni deve essere in grado di impedire efficacemente gravi e perduranti illeciti in materia di intese, come pure di portare alla luce le illegalità commesse e di porre immediatamente fine alle stesse. [...]” (§ 99). “Il solo fatto che i dipendenti di un'impresa siano di regola ammoniti, nell'ambito di un *compliance program*, ad agire lecitamente, non può bastare per esonerare l'impresa dalla sua responsabilità in materia di intese. Se, infatti, nonostante un tale *compliance program*, sono stati per più anni commessi gravi illeciti in materia di intese, allora può ritenersi che gli sforzi interni all'impresa in materia di messa in conformità non siano stati sufficienti e, in particolare, che non siano stati forniti stimoli adeguati ai dipendenti dell'impresa ad astenersi da manovre illecite” (§ 132).

<sup>15</sup> *Good Practice Guidance on Internal Controls. Ethics and Compliance*, adottate il 18 febbraio 2010 dal Consiglio dell'OCSE come parte integrante della *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* del 26 novembre 2009.

<sup>16</sup> Cfr. per tutti K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5a ed., München, Vahlen 2017.

<sup>17</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 186.

nella *responsabilità* dell'ente; *id est* alla *soggettivizzazione* dell'illecito dell'ente, del *kollektives Unrecht*, proprio in termini di (necessario) rimprovero *personale*. Quasi ovunque nel panorama europeo lo sforzo è stato quello di individuare un modello imputativo che in qualche misura si ricollegasse – non diversamente che per l'imputazione fisico-individuale – a un nucleo di rimproverabilità etico-sociale”, superando così la tradizionale obiezione di una “*incapacità di colpevolezza* dell'ente, motivata dall'impossibilità di reperire nella persona giuridica una *volontà* (pseudo)psicologicamente tipizzata e, dunque, di muovere all'ente un rimprovero suscettibile di percepibilità sociale”<sup>18</sup>.

## 6. Il formante legislativo nazionale: i modelli di organizzazione, la prassi imprenditoriale e il “cantiere della dogmatica”

Questo nucleo di rimproverabilità etico-sociale nei confronti dell'ente è quello che si è costruito – nel nostro ordinamento nazionale, ma non solo nel nostro – sulla figura giuridica dei modelli di organizzazione e gestione in funzione di prevenzione dei reati (MOG).

Il MOG – e la filosofia o cultura della c.d. “*compliance* normativa” che a tali modelli di organizzazione è sottesa – ha conosciuto in questo scorcio iniziale del nuovo secolo una straordinaria diffusione, tanto al livello della prassi di auto-organizzazione d'impresa (soprattutto della grande impresa, nazionale o multinazionale), quanto al livello normativo nazionale. Il “modello 231” del nostro ordinamento italiano è forse una delle espressioni più evolute di questa filosofia della *compliance* ed è stato espressamente ripreso in diverse esperienze nazionali più recenti, dalla Spagna<sup>19</sup> all'America Latina (Cile, Perù, Colombia, Ecuador, Messico)<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. ancora C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. Dir., I Tematici, Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano, Giuffrè, 2022, p. 65.

<sup>19</sup> L'art. 31 *bis* del *Código penal* spagnolo, introdotto nel 2010 (LO 5/2010 del 22 giugno) e riformulato nel 2015 (LO 1/2015 del 30 marzo), riprende quasi testualmente il contenuto degli art. 5-7 d.lgs. 231/2001, con la sola eccezione dell'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente nel caso di reato presupposto commesso da un apicale; inversione dell'onere della prova, peraltro, fortemente ridimensionata nella sua portata anche nel “sistema 231” sulla base della più recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., s.u., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhan*, in *DPC*, 19 settembre 2014, sul caso *Thyssenkrupp*, nonché la più recente Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *SP*, 20 giugno 2022, sul caso *Impregilo*, con nota di C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine alla estenuante vicenda “Impregilo”*, *ivi*, 27 giugno 2022.

<sup>20</sup> Per una rapida panoramica sulla penetrazione ed evoluzione della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche negli ordinamenti dell'America Latina, cfr. D.C. CARO

Se l'omessa adozione o inadeguata implementazione del modello di organizzazione possa configurarsi propriamente come "colpevolezza dell'ente" in relazione alla realizzazione di reati presupposto da parte di persone fisiche vincolate all'organizzazione d'impresa (come apicali o subordinati) è una questione più che mai aperta. Il dibattito è intenso e l'analisi deve essere approfondita.

Mentre la *ratio* dell'imputazione alle persone giuridiche dal punto di vista politico-criminale è ormai evidente e fuori discussione – soprattutto sul versante del rapporto fra impresa e criminalità economica – la *ratio* giuridico-sistematica dell'imputazione è invece tuttora problematica, non solo in Italia ma in tutta Europa.

Gli interrogativi sono molteplici. Nei casi di responsabilità della persona giuridica si configura una pluralità di illeciti ("illecito amministrativo dipendente da reato", come recita l'art. 1 della 231) o piuttosto un unico e unitario illecito? E, in quest'ultimo caso, quale sarebbe lo schema dogmatico di riferimento? Un concorso di persona fisica e giuridica nello stesso reato? Un omesso impedimento dell'evento (ossia il reato della persona fisica) da parte della persona giuridica? Una separata e autonoma figura di colpa dell'ente?

Come è noto le chiavi di lettura possono essere – e sono – le più variegiate. È aperta – come si è efficacemente osservato – la "caccia alla colpa nell'ente" dell'ente<sup>21</sup>.

Nella giurisprudenza più recente e più attenta – il riferimento va in particolare alla sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione sul caso *ThyssenKrupp*<sup>22</sup> – il paradigma della "colpevolezza di organizzazione" ha comunque fatto breccia, accanto alla visione eclettica di una responsabilità delle persone giuridiche come "*tertium genus*" fra il penale e l'amministrativo, una sorta di responsabilità "parapenale".

Il sistema della 231 – sostengono le Sezioni unite<sup>23</sup> – prevede la necessità della cd. colpa di organizzazione: "qui il rimprovero riguarda l'ente e non il soggetto che per esso ha agito. [...] Occorre allora ricostruire in guisa diversa quella che solitamente viene denominata colpa d'organizzazione, considerandone il connotato squisitamente normativo. Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando inizia-

CORIA, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica*, en *Gaceta penal & procesal penal*, 123 (2019), p. 117 ss.

<sup>21</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit. (nota 17), p. 186.

<sup>22</sup> Cass., s.u., 24 aprile 2014, cit. (nota 18).

<sup>23</sup> Cass., s.u., 24 aprile 2014, cit., (nota 18), p. 203.

tive di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione. [...] La responsabilità dell'ente si fonda sulla indicata colpa di organizzazione”.

Sulla base di questa evoluzione giurisprudenziale, in definitiva – riprendendo di nuovo le parole di *Paliero*<sup>24</sup> – “il cantiere della dommatica, entro i confini di questo nuovo diritto [penale delle persone giuridiche] rimane aperto” più che mai. Sarà decisivo, in prospettiva, il dialogo fra il “formante autoctono” dell'ente e il “formante istituzionale” della magistratura. “Solo nella misura in cui il secondo accetterà come regole tipizzanti (e quindi, se rispettate, ‘esimenti’) i protocolli di gestione del rischio auto-prodotti dall'ente, dapprima *riconoscendole* (valutandone l'idoneità alla luce delle *best practices* di categoria) e poi *vagliandone* la concreta applicazione (verificandone, cioè l'efficace implementazione), la responsabilità “ex 231” potrà definirsi “*colpevole*” nel senso espresso dall'Art. 27 comma I Cost.”.

Lungo questi binari sembra effettivamente muoversi la più recente e matura giurisprudenza di legittimità: si allude in particolare alla sentenza che ha posto finalmente termine alla lunga vicissitudine giudiziaria della società Impregilo<sup>25</sup> e che fornisce un contributo fondamentale alla ricostruzione del concetto di “colpa di organizzazione”. La sentenza – come si è efficacemente osservato – “trasuda una pionieristica ‘modernità’, laddove ‘riconosce’ e ‘legittima’ il ruolo dell'*auto-normazione* in sede di ‘validazione’ del modello di organizzazione”<sup>26</sup>; ricostruisce l'illecito dell'ente come un autentico illecito colposo, interpretando la “colpa di organizzazione” come violazione delle regole cautelari specifiche integrate dal modello di organizzazione dell'ente, redatto sulla base delle linee guida delle associazioni di categoria.

“Il fondamento della responsabilità dell'ente” – riconoscono con chiarezza i giudici di legittimità – “è costituito dalla ‘colpa di organizzazione’, essendo tale *deficit* organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale”<sup>27</sup>. Il modello di organizzazione e gestione “costituisce uno degli elementi che concorre a configurare o meno la colpa dell'ente, nel senso

<sup>24</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit. (nota 17), p. 218.

<sup>25</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, cit. (nota 19). La prima sentenza di legittimità sul caso Impregilo è invece Cass., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in *Le società*, 4/2014, con nota di C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, p. 474 ss.

<sup>26</sup> C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”*, cit. (nota 19), p. 6.

<sup>27</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, cit. (nota 19), p. 10.

che la rimproverabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, l'imputazione ad esso dell'illecito sono collegati all'inidoneità od all'inefficace attuazione del modello stesso, secondo una concezione normativa della colpa: in estrema sintesi, l'ente risponde in quanto non si è dato un'organizzazione adeguata, omettendo di osservare le regole cautelari che devono caratterizzarla, secondo le linee dettate dal citato art. 6" d.lgs. 231/2001<sup>28</sup>.

Nel tentare di definire poi "il parametro sul quale va calibrato il giudizio di adeguatezza del modello organizzativo", la Cassazione sottolinea che "il percorso in ordine ai criteri di progettazione e implementazione del modello da parte dell'impresa è frutto di un processo di auto-normazione, in cui è l'impresa, anche tenendo presenti le indicazioni delle associazioni di categoria, che individua le cautele da porre in essere per ridurre il rischio di commissione dei reati. Vi è, quindi, la necessità che il modello sia quanto più *singolare* possibile, perché, solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensione, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge. Di contro, in presenza di un modello organizzativo conforme a quei codici di comportamento, il giudice sarà tenuto specificamente a motivare le ragioni per le quali possa, ciò nonostante, ravvisarsi la 'colpa di organizzazione' dell'ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato"<sup>29</sup>.

I passaggi argomentativi della sentenza Impregilo indicano dunque all'ente il cammino di una delicata ricerca di equilibrio fra i due poli della individualizzazione e della standardizzazione del modello di organizzazione, sulla quale si gioca la partita della *compliance* normativa *versus* colpa di organizzazione. Una sentenza, in definitiva, che "eleva l'ente a protagonista della vicenda punitiva e ne sonda la morfologia, facendo finalmente 'respirare' la colpa di organizzazione", intesa come vero e proprio "polmone" della costruzione normativa delineata dal d.lgs.231/2001<sup>30</sup>.

L'evoluzione della giurisprudenza italiana di legittimità sembra dunque decisamente optare per una ricostruzione interpretativa del "sistema 231" nei termini di un illecito ("para-penale") pienamente "colpevole" dell'ente, tale da allinearlo senza ombre residue al paradigma dell'art. 27 comma 1 cost. Rimossa in via

<sup>28</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, cit. (nota 19), p. 11.

<sup>29</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, cit. (nota 19), p. 12-13.

<sup>30</sup> Così ancora C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"*, cit. (nota 19), p. 14.

preliminare l'“inversione dell'onere probatorio”<sup>31</sup> nel caso di reato presupposto commesso da un apicale – anche a costo di forzare la lettera dell'art. 6 comma 1 d.lgs. 231/2001 – ne risulta un illecito caratterizzato da una specifica e peculiare “colpevolezza di organizzazione” (definibile se vogliamo nei termini di una rimproverabilità “socio-normativa”<sup>32</sup> – piuttosto che “etico-sociale” - dell'ente). Una colpevolezza di organizzazione che assumerà normalmente e in via ordinaria le sembianze di una “*colpevolezza colposa*” (la “colpa di organizzazione” evocata a più riprese dalla sentenza Impregilo<sup>33</sup>), variamente graduata<sup>34</sup>; ma che potrà in alcuni casi limite tramutarsi persino in “*colpevolezza dolosa*”. Si tratta di casi marginali, ma comunque opportunamente presenti nell'architettura normativa del “sistema 231”, là dove si considera il caso in cui “l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità”; caso per il quale l'art. 16 comma 3 d.lgs. 231/2001 prevede sempre e inderogabilmente (senza nemmeno la via di fuga delle condotte riparatorie) “l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività”, ossia una sorta di “pena di morte” dell'ente.

## 7. Conclusioni: verso un aggiornamento del modello europeo?

Dopo questo sommario *excursus* sui più recenti sviluppi del “cantiere della dogmatica” (di fonte dottrinale e giurisprudenziale) in materia di colpevolezza di

<sup>31</sup> Sul punto la sentenza Impregilo (p. 7) è ancor più netta della precedente sentenza ThyssenKrupp: v. *supra*, nota 19.

<sup>32</sup> Sulla colpa di organizzazione come “colpevolezza di *caratura socio-normativa*”, [...] che esprime ormai il tratto caratteristico del modello italiano di responsabilità da reato dell'ente”, cfr. C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione*, cit. (nota 18), p. 65 e 68, al quale si rinvia per la più recente e approfondita analisi del concetto di “colpa di organizzazione nel sistema italiano di responsabilità da reato dell'ente” (spec. p. 74 ss.).

<sup>33</sup> Nella sentenza Impregilo l'illecito dell'ente assume pienamente le sembianze di un *illecito colposo di evento*, nel quale il reato presupposto della persona fisica (apicale o subordinata) ricopre il ruolo dell'evento e nell'accertamento della colpa di organizzazione si recepiscono gli schemi propri dell'accertamento della colpa penale della persona fisica, compreso il criterio del c.d. “comportamento alternativo lecito”, riferito alla piena osservanza della regola cautelare fissata dal modello di organizzazione per la prevenzione del reato della specie di quello concretamente verificatosi: Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, cit. (nota 19), p. 11.

<sup>34</sup> Colpa lieve, ad es., nelle ipotesi di condotte riparatorie o di tardiva adozione e implementazione del modello di organizzazione, richiamate dall'art. 12 comma 2 d.lgs. 231/2001 fra i casi di riduzione della sanzione pecuniaria all'ente. Colpa grave, invece, nell'ipotesi della presenza delle “gravi carenze organizzative” alle quali allude l'art. 13 comma 1 lett. a) come un presupposto per l'applicazione delle sanzioni interdittive.

organizzazione sul versante nazionale, è tempo a questo punto di giungere ad una breve e sommaria conclusione sul versante del formante legislativo europeo: la c.d. “formula PIF” ha avuto un successo che alla fine del XX secolo sarebbe probabilmente apparso assolutamente imprevedibile e straordinario; ma la sua spinta propulsiva si è ormai esaurita.

Dopo un quarto di secolo è certamente auspicabile un rinnovamento ed arricchimento della “formula PIF”: è tempo ormai di una espressa europeizzazione della categoria della colpevolezza di organizzazione e della sottostante e consolidata prassi della “*compliance* normativa”, diffusa ormai a livello globale.

La prospettiva è probabilmente quella di una disciplina europea della *compliance* che dia un quadro giuridico certo ed omogeneo alle imprese che operano sui diversi mercati europei. L'adeguamento e rinnovamento della “formula PIF” risponde ad una priorità ineludibile, che ribadisca verosimilmente e pragmaticamente il mantenimento del tradizionale *self restraint* sul versante della natura della responsabilità, ma che apra finalmente le porte al riconoscimento della necessità di una “colpevolezza di organizzazione” – comunque la si voglia definire (in termini di vera e propria “colpa di organizzazione”, seguendo la ricostruzione della nostra più recente giurisprudenza di legittimità, o in termini più affini invece alle tradizioni culturali e dogmatiche di altri ordinamenti) - e che apra soprattutto la strada ad un vero e proprio paradigma europeo della *compliance*.