

QUESITI

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

Il diritto penale degli enti *nello spazio*: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto

Il saggio affronta il tema della legge penale degli enti nello spazio, inquadrandolo nella prospettiva dogmatica dell'illecito dell'ente e della sua interazione col diritto penale dell'individuo.

The essay focuses on corporate crimes and the applicable national law, framing it in the dogmatic perspective of the offence committed by the company itself and its interaction with the usual, natural person oriented, criminal law.

SOMMARIO: 1. Il problema e le sue implicazioni. - 2. *Detto e non detto* nel d.lgs. n. 231 del 2001. - 3. L'art. 6 c.p. in rapporto all'illecito dell'ente: dogmatica dell'evento e effetti estensivi della responsabilità. - 4. Sulla presunta lacunosità della normativa ovvero sull'integrazione del d.lgs. n. 231 del 2001 *nel* o *col* diritto penale. - 5. Grado di esigibilità organizzativa e diritto di difesa.

1. Il problema e le sue implicazioni

La questione, in materia, massimamente problematica è nota e attiene all'applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 all'ente con sede all'estero, privo di articolazioni organizzative nel nostro Paese.

Si tratta di stabilire se, in presenza di un reato-presupposto della responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001, commesso in Italia da un soggetto che "appartenga" a un ente "straniero" e che abbia agito nell'*interesse* o a *vantaggio* di quest'ultimo, possa ritenersi responsabile ai sensi della richiamata normativa *anche* l'ente di appartenenza, benché risulti sprovvisto di snodi organizzativi sul territorio italiano.

Il tema è suggestivo e delicato. Suggestivo perché intercetta, ovvero in esso si riassumono, due *topoi* della modernità giuridica: la *globalizzazione* dell'economia, riflessa nella transnazionalità dell'attività imprenditoriale; la *deantropomorfizzazione* del diritto penale, riflessa nel rivoluzionario prodotto legislativo del 2001. Delicato per gli effetti sul piano politico-economico che è in grado di determinare. Semplificando, a seconda della soluzione prescelta, gli enti esteri potrebbero essere indotti a non investire in Italia in ra-

¹ Tra i principali contributi sul tema della *globalizzazione* nella prospettiva penalistica, HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001; DAVID, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano, 2001; FLICK, *La globalizzazione dei diritti: il contributo dell'Europa dal mercato ai valori*, Milano, 2004; ID, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 598 ss.; BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, Pisa, 2007.

gione dei rischi penali (ovvero dei costi per prevenirli) che vi si accompagnano oppure avvantaggiati in un'ottica concorrenziale rispetto a quelli italiani, tenuti a sopportare i costi collegati alla previsione della responsabilità da reato che li riguarderebbe *esclusivamente*. Senza contare, poi, in questo secondo caso, lo stesso rischio di *forum shopping*: le imprese italiane, per evitare i poc'anzi richiamati costi, potrebbero decidere di collocare la propria sede e i propri stabilimenti all'estero, così eludendo l'orbita applicativa del decreto. Val la pena segnalare subito che i tracciati giurisprudenziali (di merito) riflettono un'assoluta convergenza sulla legittimità della *corresponsabilizzazione* dell'ente straniero, sia pure all'esito di una faticosa ricerca di riferimenti positivi interni al decreto, che, in sé considerati, risultano non pienamente persuasivi, necessitando del supporto di un processo "osmotico" col diritto penale (dell'individuo), pur evocato (sebbene non approfondito) nelle stesse pronunce.

2. *Detto e non detto nel d.lgs. n. 231 del 2001.*

L'impressione è che il Decreto non si occupi della questione in esame.

Il tema dell'applicabilità della normativa *nello spazio* è affrontato espressamente con riferimento all'ipotesi, eguale e contraria, del reato commesso all'estero da un soggetto "appartenente" a un ente italiano. Ed è risolto in maniera coerente con le linee (ideologiche) di fondo proprie della disciplina codicistica: secondo cioè una proiezione *tendenzialmente* universalistica della nostra legge punitiva², che, nel sistema degli enti, dovrebbe trovare riscontro nel regime dell'extraterritorialità previsto nell'art. 4³. In base a questa disposizione gli enti aventi la sede principale nel nostro Paese rispondono dei reati commessi all'estero al ricorrere delle condizioni indicate: in particolare, quelle di cui agli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., per via delle quali si ripropone la disciplina dettata per i reati commessi dall'estero dalle persone fisiche, necessariamente filtrata dalle specificità della disciplina dettata per la responsabilità degli enti⁴;

² Sul tema, per tutti, DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006, cap. I; TRAPANI, voce *Legge penale. II) Limiti spaziali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 2; BORSARI, *I limiti personali e spaziali all'obbligatorietà della legge penale nazionale*, in *La legge penale*, a cura di Ambrosetti-Cocco, Trattato breve di diritto penale (diretto da Ambrosetti-Cocco), vol. I, Padova, 2016, 164 ss.

³ In questo senso MANACORDA, *Le «frontiere» del societas delinquere non potest. Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di Centonze-Mantovani, Bologna, 2016, 175, il quale chiude il cerchio, evidenziando come il complementare regime della territorialità vigerebbe, grazie all'opera giurisprudenziale, rispetto all'ipotesi speculare della responsabilità dell'ente straniero per il reato commesso in Italia.

⁴ Si veda, per tutti, FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi*

quella, negativa, collegata all'esigenza di evitare la doppia incriminazione, secondo cui occorre che nei confronti dell'ente non proceda lo Stato del *locus commissi delicti*; infine, quella che subordina la procedibilità alla formulazione della richiesta del Ministro di Giustizia anche nei confronti dell'ente, quando questa risulti necessaria perché si proceda nei confronti dell'autore del crimine.

Discorso a parte merita, per la sua significatività anche ai fini della nostra riflessione, l'ulteriore condizione riposta nella necessità che l'ente abbia in Italia la propria sede principale; da intendersi, quest'ultima, conformemente alla giurisprudenza che mira a evitare facili elusioni⁶, in senso sostanziale e non formale, ossia come centro di prevalente, *effettivo svolgimento dell'attività amministrativa di direzione e organizzazione dell'ente*⁷. La previsione, che segna un discostamento in chiave restrittiva rispetto alla parallela disciplina della punibilità della persona fisica per le ipotesi in cui – ex art. 7 c.p. – non si richiede la relativa presenza nel territorio dello Stato (e correlativamente, riproduce il requisito della presenza del cittadino nel territorio dello Stato contenuta negli artt. 9 e 10 c.p.), risponde all'esigenza di rendere coerente la regolamentazione dell'applicabilità della normativa *nello spazio* con la disciplina della dinamica imputativa del reato all'ente – *costituzionalmente orientata* – di cui agli artt. 5, 6 e 7 del decreto⁸. La lacuna organizzativa, in cui si sostanzia quell'autonoma forma di colpevolezza ritagliata sulle prerogative della *societas*, la quale impedisce la deriva del sistema verso forme di responsabilità oggettiva mascherata dietro la “finzione” dell'immedesimazione organica (pur sempre operante sul piano oggettivo)⁹, funge, in ultima analisi, anche da ele-

all'estero, in *JUS*, 1-2, 2011, 249 ss.; e, da ultimo, BAFFA, CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità “da reato” degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all'ente “italiano” per reato commesso all'estero e all'ente “straniero” per reato commesso in Italia*, in *Giurisprudenza Penale web*, 7-8, 2018, 2ss.

⁶ Su tale clausola come «versione anticipata» del *ne bis in idem*, dove cioè l'efficacia preclusiva è riferita alla semplice litispendenza e non alla decisione definitiva, si veda MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 101.

⁷ Per tutte, Cass. civ., Sez. VI, 6 novembre 2014, n. 23719.

⁸ Per tutti, PISTORELLI, *Profili problematici della responsabilità internazionale degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2011, 15.

⁹ In questo senso MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, cit., 106-107.

⁹ Sulla teorizzazione della colpevolezza organizzativa, tra i principali contributi nella letteratura italiana, senza pretesa di esaustività, in ordine di tempo, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2006, 3, 167 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, *passim*; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, *passim*; PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini-Orlandi, Bologna, 2013, 171ss.; VILLANI, *Alle radici del concetto di “colpa di organizza-*

mento di connessione capace di arrestare un assoluto processo di *universalizzazione* della nostra legge punitiva degli enti.

È parso, cioè, ragionevole e coerente con l’impianto nucleare della disciplina riconoscere l’estraneità al nostro ordinamento di fatti criminali *materialmente* realizzati all’estero e generati da *organizzazioni aziendali difettose o ad essi funzionali* non radicate nel nostro Paese¹⁰.

Posto ciò, non convince la tesi secondo cui *a fortiori* lo stesso art. 4 del decreto conterrebbe implicitamente la regola di disciplina per l’ipotesi del reato commesso in Italia imputabile all’ente con sede esclusiva all’estero. In questa direzione di senso, si è concluso che se, come avviene, la disciplina della corresponsabilizzazione dell’ente vale quando il reato è commesso all’estero, con evidente marcatura della sua dimensione universale, tanto più essa dovrà applicarsi in ogni caso in cui il reato-presupposto di tale responsabilità sia commesso in Italia¹¹. Invero, le due ipotesi in esame, se si muove dalla logica che informa la normativa nella sua componente nucleare (vale a dire, la dinamica imputativa del reato all’ente) e che risulta trasfusa nel requisito della sede principale assunto come “condizionante” dall’art. 4, non sembrano assimilabili o comunque accomunabili sotto l’egida di una medesima matrice concettuale.

Diversamente, se proprio si volesse derivare dalla disposizione di cui all’art. 4 una qualche indicazione circa la regolamentazione della fattispecie direttamente sotto la nostra lente, si dovrebbe piuttosto concepire l’elemento di

zione” nell’illecito dell’ente da reato, Napoli, 2016, *passim*; FIORELLA, SELVAGGI, *Dall’utile al giusto*, Torino, 2018, *passim*; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, *passim*; PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 175 ss.

Sull’architettura della disciplina italiana tra fondamento organico e colpevolezza organizzativa, si rinvia a DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., cap. V.

¹⁰ In questo senso FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all’estero*, cit., 252.

¹¹ Così, in dottrina, RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 990 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 143, il quale nota come sarebbe strano ammettere che il legislatore «dopo aver recepito l’ampia dimensione di universalità risultante dagli artt. da 7 a 10 c.p.» abbia rinunciato «all’elementare principio di territorialità nei confronti delle persone giuridiche “straniere”». Cfr. anche PISTORELLI, *I principi generali*, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Milano, 2007, 31 ss.

In giurisprudenza, Trib. Lucca, 31 luglio 2017 n. 222, in *Giurisprudenza Penale Web*, 20.8.2017, decisione che possiamo considerare come la *summa* delle argomentazioni di volta in volta utilizzate dalla giurisprudenza a sostegno dell’applicabilità del decreto agli enti esteri privi di articolazioni organizzative in Italia per i reati ivi commessi.

connessione spaziale individuato nella sede principale dell'ente, dove cioè si dipana la sua attività organizzativa, come un argomento favorevole alla conclusione opposta a quella poc'anzi riportata¹²: nel senso che, in assenza di articolazioni organizzative sul nostro territorio, l'ente straniero non potrebbe essere assoggettato alla disciplina dettata dal decreto. Ed è appunto questo l'approdo di chi ha posto l'accento sulla centralità riconosciuta, nella configurazione della responsabilità dell'ente, ai profili di tipicità soggettiva dell'illecito: che si risolvono nell'inottemperanza a una regola cautelare di tipo organizzativo, la quale non può che verificarsi - e dunque localizzarsi - nel luogo dove l'ente ha la sede¹³.

Approdo che, peraltro, allineerebbe il "penale" degli enti con l'omologo "civile", attesa la rilevanza accordata dal sistema italiano di diritto internazionale privato al dato (per così dire) "strutturale"¹⁴, e sopirebbe le pur non decisive preoccupazioni emerse con riferimento all'eventuale lesione di principi eu-rounitari¹⁵.

¹² Nello stesso senso già GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in *Resp. soc. ann. enti*, 4, 2012, 14 ss.; STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Cos, AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1294 ss.; CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, in *Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di Cavaliere-Longobardo-Masarone-Schiaffo-Sessa, Napoli, 2017, 427; e, sia pure in maniera dubitativa, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 45;

¹⁴ L'art. 25 L. 31 maggio 1995, n. 218, prevede, da un lato, che le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione societaria, e, dall'altro, che può trovare applicazione la legge italiana solo se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale degli affari.

Si è osservato come tale disciplina enucleerebbe un principio che non potrebbe che valere per il sistema punitivo degli enti nell'ipotesi in cui questo fosse da ritenersi lacunoso *in parte qua* (CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 428).

D'altra parte, il disallineamento tra i due sistemi, col conseguente slancio maggiormente universalistico di quello penale, non dovrebbe implicare discrasie sul piano dei rapporti tra diverse tipologie sanzionatorie, potendo rispondere alle prerogative pubblicistiche della legge punitiva.

¹⁵ A venir in rilievo su questo piano sarebbe l'ipotizzato contrasto con la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento (artt. 49 e 54 TFUE) dell'obbligo di adozione del modello di organizzazione e gestione ex art. 6 del decreto, che verrebbe *sostanzialmente* imposto dal legislatore italiano all'ente straniero per evitare le gravose conseguenze della responsabilità da reato (BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 827 ss.; STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, cit. 15). Tuttavia, il rilievo può ritenersi superabile: da un lato, attraverso la valorizzazione dei profili di prevenzione di sfere di criminalità particolarmente gravi ravvisabili nella normativa italiana, che consentono ex art. 52 TFUE, nel rispetto dei canoni della proporzionalità e di idoneità a garantire il conseguimento dello scopo, di giustificare una restrizione delle libertà eurounitarie (così BAFFA-CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 20); dall'altro, ponend-

L'art. 4 non è l'unica disposizione del decreto su cui la giurisprudenza ha fatto leva per affermare la tesi "estensiva".

Altro riferimento normativo, valorizzato in maniera sovrabbondante, è l'art. 34, il cui disposto, nel conferire rilevanza alle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili, rinvia anche all'art. 1 c.p.p. e dunque al principio della giurisdizione italiana¹⁶. Invero, non si vede come questa disposizione, che stabilisce chi esercita la giurisdizione penale nel nostro ordinamento e secondo quali norme, possa servire a definire il regime di applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 nello *spazio*.

Ulteriore rinvio normativo interno al decreto, comparso nelle posizioni giurisprudenziali, è quello all'art. 1, disposizione che, nell'identificare con gli enti tipologicamente connotati i soggetti destinatari della disciplina, non opererebbe alcuna distinzione circa la loro nazionalità, ricomprendendo quindi nel novero pure quelli "stranieri"¹⁷. Anche qui, però, la presunta ricomprensione degli enti "stranieri" non può che apparire ultronea rispetto alla delimitazione del raggio della disciplina sul piano dei soggetti.

In più occasioni si è fatto leva sul dettato dell'art. 36, la norma che attribuisce la competenza a decidere le sorti dell'ente al giudice penale del reato presupposto: sicché – se ne è dedotto – il *locus commissi delicti* della persona fisica radica la competenza per l'accertamento della responsabilità dell'ente a prescindere dalla sua nazionalità¹⁸.

Anche tale richiamo normativo sembrerebbe riprodurre quel vizio d'eccedenza concettuale prima segnalato: in particolare, ritenere che, attraverso una norma sulla competenza processuale, il legislatore abbia preso posizione in materia di legge penale nello *spazio*.

Tuttavia, alcuni tratti di peculiarità della disposizione consentono una più ampia lettura, che, diversamente, ne dimostrerebbe la pertinenza alla materia. Si potrebbe, cioè, imputare all'uso del verbo «conoscere» un significato più esteso di quello che parrebbe circoscritto al termine («competenza») cui si

do l'accento sull'elusione della normativa italiana che si accompagnerebbe all'estromissione degli enti esteri e, conseguentemente, sulla violazione del principio comunitario di non discriminazione (così ANGELINI, *Art. 4*, in Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n.231*, Padova, 2008, 93 ss.).

¹⁶ Cfr. Trib. Milano, Ufficio G.i.p., ord. 13 giugno 2007, in *www.rivista231.it*; Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit.

¹⁷ Cfr. Trib. Milano, Ufficio G.i.p., ord. 13 giugno 2007, cit.; Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit. In dottrina, per tutti, DELSIGNORE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa in Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi-Garuti-Veneziani, Torino, 2010, 76.

¹⁸ Così, per tutte, Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, cit.; successivamente, in particolare, cfr. Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit.

accompagna, assegnando al contempo un valore trasversale e assorbente all'intitolazione della sezione normativa di appartenenza che lo stesso art. 36 apre, dove compare espressamente il riferimento alla «giurisdizione».

Nondimeno - a conferma di una sostanziale elasticità del dato normativo, disponibile all'attribuzione di più intenti regolatori - si può anche sostenere che l'intitolazione della sezione sottende *semplicemente* la scelta di affermare la *giurisdizione penale* su un tipo di illecito (almeno formalmente) di natura diversa; ciò che peraltro troverebbe supporto nella differente collocazione assegnata alle norme sulla efficacia spaziale (art. 4). E, in questo senso, anche il riferimento alle «attribuzioni» del giudice penale, presente nella rubrica della norma, possiederebbe un significato particolare, non riguardando solo le regole in materia di competenza *stricto sensu*, bensì essendo, più genericamente, volto individuare il giudice chiamato a decidere sull'illecito amministrativo, nonché la tipologia di norme processuali applicabili¹⁹.

In definitiva e salvo il percorso concettuale tracciabile in seno all'art. 36, i tentativi volti a recuperare dal *non detto* ciò che si vorrebbe *far dire* non sembrano di per sé appaganti.

Cominciando, allora, a esaminare i dati normativi *extra* decreto, di sicuro attinente, in ragione del rilievo in termini di coerenza sistematica, è il richiamo operato dalla normativa del settore creditizio - il d.lgs. n.385 del 1193 (Testo Unico Bancario) così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n.197 del 2004, che ha introdotto l'art. 97 *bis* («Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato») - ai profili di applicazione spaziale della disciplina. Il comma 5 dell'art. 97 *bis* estende espressamente alle succursali italiane di banche comunitarie e extracomunitarie - «in quanto compatibile» - la regolamentazione (derogatoria rispetto alla disciplina generale in punto di sanzioni) prevista nei commi precedenti in materia di comunicazione istituzionale degli illeciti amministrativi dipendenti da reato *ex* d.lgs. 231 del 2001 a carico degli istituti bancari e di esecuzione delle relative sanzioni amministrative. Tale estensione segnalerebbe, o, forse, non escluderebbe, l'operatività del d.lgs. 231 del 2001 anche agli istituti di credito esteri non aventi sedi succursali in Italia, ma operanti nel territorio nazionale²⁰.

¹⁹ Cfr. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi di pendenti da reato*, a cura di ID., Padova, 2002, 271; BELLUTA, *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2003, 24;

²⁰ In argomento, cfr. le riflessioni di FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 58, e di FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. soc. e enti*,

Tuttavia, non può sfuggire, innanzitutto, come il dettato normativo non si riferisca al caso dell'ente estero privo di articolazioni organizzative in Italia, ma alla diversa ipotesi dell'ente estero dotato di succursali in Italia²¹; e, inoltre, come esso non si presti a una lettura univoca, potendo ben rappresentare un'espressa deroga alla disciplina generale del decreto in ipotesi escludente dal campo operativo della disciplina gli enti "stranieri" *tout court*²².

3. L'art. 6 c.p. in rapporto all'illecito dell'ente: dogmatica dell'evento e effetti estensivi della responsabilità.

Occorre chiarire che i referenti normativi oggetto della rapida rassegna poc'anzi svolta appaiono, negli itinerari giurisprudenziali, piuttosto che autonomi capisaldi argomentativi della tesi espansiva propugnata, degli *elementi di conferma* di quanto già ricavabile *altrove*: segnatamente, dal codice penale. Quasi che nel mosaico composto dai singoli tasselli derivati dalle disposizioni del decreto, le disposizioni codicistiche fungano da collante o, più efficacemente, da architrave su cui lo stesso mosaico normativo poggia.

Il sillogismo giudiziale muove infatti, quasi sempre, dal richiamo al principio di imperatività del diritto penale di cui all'art. 3 c.p., la cui regola, tradotta nel diritto penale degli enti, significa che il fatto di *operare* in Italia comporta l'obbligo di rispettarne la legge²³. E - si prosegue nel sillogismo - non v'è dubbio che le società implicate nelle vicende che hanno dato luogo al formante giurisprudenziale, pur non avendo sede o stabilimenti nel nostro Paese, vi abbiano *sostanzialmente operato*.

Talvolta questo richiamo normativo è ulteriormente sviluppato mediante espresso riferimento alla norma che ne ribadisce (al comma 1) e, in un certo senso, ne specifica (al comma 2, nell'ottica della giurisdizione) il contenuto: l'art. 6 c.p.²⁴.

2007, 4, 182.

In giurisprudenza, oltre al richiamo operato dal Trib. Lucca, 31.7.2017, cit., si veda Trib. Milano, 13.6.2007, cit.

²¹ Sulla natura delle succursali bancarie e, in particolare, su quelle di banche estere, si rinvia ancora all'approfondimento di FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero*, cit., 56.

²² Cfr. STAMPACCHIA, *La responsabilità degli enti con sede sociale all'estero*, cit., 11 e 13 ss.

²³ Cfr., in particolare, per primo, Trib. Milano, Ufficio G.i.p., ord. 27 aprile 2004, in *Guida al dir.*, 2004, 19, 72 ss., che a sostegno della tesi porta l'esempio della normativa in materia di circolazione stradale: le autovetture immatricolate all'estero devono rispettare, quando circolino in Italia, l'obbligo di munirsi di cinture di sicurezza anche se nel proprio Paese d'origine non sia previsto tale obbligo di dotazione. Nello stesso senso, Trib. Milano, sez. XI, ord. 28 ottobre 2004 e Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 13 giugno 2007, cit. E, successivamente, Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit.

²⁴ Un tentativo di sviluppo argomentativo in questa direzione è presente, in particolare, in Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit.; e, implicitamente, in Trib. Modena, 24 febbraio 2016.

Il secondo comma di tale disposizione consentirebbe di radicare la giurisdizione nel nostro Paese, dove cioè si è verificato il fatto individuale²⁵: «l'azione o l'omissione [...] è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

La disciplina del caso che direttamente ci impegna, ricavata dal codice penale, sarebbe simmetrica rispetto a quella, sopra richiamata, dettata dall'art. 4, espressamente prevista nel decreto in quanto "speciale" in senso derogatorio rispetto alle corrispondenti regole codicistiche destinate alla persona fisica.

In effetti, come quest'ultima disposizione valuta il luogo di commissione del reato della persona fisica ai fini della localizzazione estera dell'illecito, lo stesso non potrebbe che valere per il fatto territoriale²⁶. Salvo, tuttavia, osservare che, nella prima circostanza, l'applicabilità della disciplina del decreto all'ente è pur sempre *generalmente* subordinata alla presenza nel nostro Paese del suo centro direttivo (*id est*, la sede principale intesa in senso sostanziale), luogo dove vengono adottate le decisioni di maggior peso per l'*organizzazione*; ciò che è indice, oltre che della peculiarità della fattispecie, anche della non perfetta simmetria delle due discipline.

Ad ogni modo, un corretto e completo approfondimento della lettura dell'art. 6 nella sua portata omnicomprendensiva - ai fini, dunque, della *territorialità* del reato dell'individuo e dell'ente - non può prescindere dalla necessità di incanalare il ragionamento su binari dogmatici.

È infatti l'illecito dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001 a rappresentare il reato rilevante ai sensi dell'art. 6 c.p., della cui localizzazione si sta discorrendo; ed è, quindi, alla sua struttura che si deve far riferimento per procedere alla relativa collocazione nello *spazio*²⁷. Partire dall'individuazione del *locus commissi delicti* della persona fisica per derivarne automaticamente quello dell'ente, sarebbe in senso allegorico come *guardare il dito e non la luna*. Diversamente, occorre inquadrare sul piano dogmatico l'illecito dell'ente, spiegandone la

²⁵ Cfr. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, cit., 260, il quale individua nell'art. 6 c.p. - «la vera disposizione chiave in questa materia» - la norma che delimita (restringendoli) i confini operativi dell'art. 4 D.lgs. n.231 del 2001.

²⁶ Cfr. sul punto VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 116 ss.

²⁷ In dottrina, per tutti, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 142-143, che osserva come la realizzazione del reato rappresenti, «nella struttura "composita" dell'illecito dell'ente», certamente qualcosa in più di quel «frammento di condotta» che già è sufficiente a sottoporre l'illecito al principio di territorialità di cui all'art. 6 c.p.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 45, la quale rileva che «la soluzione del quesito dipende in larga parte da come si intenda il "reato" di cui risponde l'ente»; FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero*, cit., 54, la quale segnala che a venire in questione «è proprio la natura del "fatto" attribuito all'ente».

relazione col reato della persona fisica.

Sulla base di una necessaria opera di sintesi e di semplificazione, possiamo segnalare al riguardo almeno due possibili, e alternative, “visioni”. Quella secondo lo schema concorsuale²⁸, nel senso cioè della configurazione di una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una (nuova) ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nel *medesimo* reato (a fronte di diverse dinamiche imputative)²⁹; tesi poi condivisa dalla stessa Suprema Corte³⁰.

Quella in termini di illecito monosoggettivo, con le difficoltà derivanti dall’assenza di una tipicità oggettiva, ma la possibilità di ricavarla dal contenu-

²⁸ Cfr. ROMANO, *La responsabilità degli enti, società e associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393.

²⁹ PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in «Societas puniri potest». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 17 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1539 ss.; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss.

Più a fondo. A rigore, e volendo, la manifestazione soggettiva della partecipazione dell’ente nel reato della (“sua”) persona fisica si presta poi a una gradazione che evoca quella propria della colpevolezza delle stesse persone fisiche. In effetti, è evidente che la dimensione soggettiva di questa compartecipazione, oltre a poter coincidere con la colpa organizzativa *stricto sensu* (dove il contributo causale è di tipo omissivo), potrebbe anche essere assimilata a una sorta di “dolo-colpevolezza” quando il reato venga commesso sotto la direttiva programmatica dell’ente stesso (che vi contribuirebbe, a seconda del caso, in forma attiva o omissiva) (per una tale articolazione cfr., ancora, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss., la quale, con riguardo ai reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro, inquadra la questione nell’area tematica della cooperazione nel delitto colposo di cui all’art. 113 c.p.).

Quanto alla compartecipazione *pseudo-dolosa* dell’ente, si intuisce poi che in siffatta circostanza, la quale dovrà assumere rilievo sul piano della commisurazione della sanzione (ex art. 11 del decreto), o il modello non è stato mai adottato o ne è stata deliberatamente “bloccata” la sua operatività o, ancora, esso ha rappresentato solo un apparato di facciata dietro il quale si celava un accordo criminale ben pianificato.

Si è, in generale, osservato che la “visione” secondo lo schema concorsuale risulterebbe disarmonica rispetto all’operatività, sul piano dell’imputazione oggettiva del reato quale fatto *proprio* dell’ente, della teoria dell’immedesimazione organica, tradottasi nel requisito dell’agire criminale individuale “interno” all’ente nel suo interesse o a suo vantaggio: si dovrebbe, in effetti, ammettere la plausibilità di un concorso dell’ente in un fatto *proprio* (per tale rilievo, cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., 409 in nota 532). Tuttavia, si potrebbe fornire una rilettura della teoria adeguata al peculiare contesto, interpretando funzionalmente il criterio di imputazione oggettivo, vale a dire riconoscendovi un requisito di pura riferibilità teleologica del crimine all’ente, quale presupposto della sua corresponsabilizzazione, piuttosto che uno stringente meccanismo di traslazione dello stesso fatto penalmente rilevante.

³⁰ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss., con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*. Nello stesso senso, ai fini della localizzazione dell’illecito dell’ente ex art. 6 c.p., Trib. Lucca, 31 luglio 2017, cit.

to omissivo della colpa di organizzazione³¹. In questa seconda prospettiva, il *deficit* organizzativo, più che la *colpevolezza*, rappresenterebbe propriamente il *fatto* imputabile alla persona giuridica³²; *fatto* che sarebbe punito al verificarsi dell'evento-condizione *fatto-reato* della persona fisica³³.

Calando l'illecito dell'ente *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, secondo le fisionomie poc'anzi tratteggiate, nelle maglie dell'art. 6 c.p. si ottengono i seguenti risultati.

Non dovrebbe essere problematica la prima alternativa considerata. Si ritiene pacificamente sufficiente che una parte del reato unitariamente valutato sia stata realizzata da uno dei compartecipi nel nostro territorio, affinché tutto il fatto venga *ivi* localizzato³⁴; e ciò vale per qualsiasi forma di compartecipazione (nonché per i reati associativi)³⁵. Posto ciò, non si incontrano ostacoli nel sostenere l'applicabilità del decreto all'ente estero, privo di articolazioni organizzative in Italia, per il reato commesso in Italia da un individuo ad esso "appartenente", nel quale il soggetto collettivo *ha concorso*.

Più complesso è l'impianto nella struttura dell'art. 6 c.p. dell'illecito dell'ente come concepito dalla seconda posizione esegetica.

In passato si è ritenuto che il legislatore, col termine «evento» di cui all'art. 6 c.p., alludesse all'evento-elemento costitutivo del fatto tipico, sicché agli eventi-condizioni obiettive di punibilità – com'è, nella lettura che si sta ripercorrendo, il *fatto-reato* della persona fisica al quale è subordinata la punibilità dell'ente –, a causa della relativa estraneità all'area di tipicità della fattispecie, sarebbe stata preclusa la possibilità di radicare la giurisdizione nel nostro territorio³⁶. Con l'effetto, *oggi*, di impedire l'affermazione della responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001* dell'ente estero per il reato commesso in Italia dalla persona fisica che ad esso "appartenga".

In realtà, l'art. 6 c.p. pare richiamare *genericamente* l'evento nella sua dimensione naturalistica, causalmente correlato all'azione o all'omissione, a prescindere dunque dalla qualificazione del suo "ruolo" nell'ambito della fatti-

³¹ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., 407 ss.

³² Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., 409, il quale precisa come tale «autentico fatto» avrebbe a fondamento della propria rimproverabilità la sua stessa *impedibilità* ovvero «l'esigibilità dell'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo».

³³ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., 409.

³⁴ Per tutti, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *sub art. 6*, Milano, 2004, 125-126; APRILE, *Art.6*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Tomo I, Milano, 2015, 251-252.

³⁵ In giurisprudenza, per tutte, Cass., Sez. VI, 16 luglio 2003, Dattilo, in *Mass. Uff.*, n. 225486; Id., Sez. V, 12 dicembre 2006, M.F. M. e altri, *ivi*, n. 235247.

³⁶ In questo senso, DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963, 243 ss.

specie oggettiva³⁷. Se così è, l'evento-condizione obiettiva di punibilità ben potrà servire da elemento di connessione territoriale *ex art. 6 c.p.*³⁸, sempre che esso abbia derivazione causale dall'azione/omissione, come richiesto espressamente dalla disposizione codicistica.

In quest'ottica, dunque, si direbbe che l'evento-condizione *fatto-reato* della persona fisica è in grado di radicare nel nostro territorio l'illecito dell'ente estero e, in tal modo, di consentire l'affermazione della sua responsabilità *ex d.lgs. n.231 del 2001* per il reato realizzato nel nostro Paese dal soggetto che in esso ricopra una posizione "apicale" o "subordinata". E, in effetti, risiede nella logica imputativa definita dal decreto l'idea che il reato della persona fisica sia avvinto da un nesso di derivazione, si direbbe *causale*, con la lacuna organizzativa riscontrata presso il soggetto collettivo³⁹. Con la precisazione, forse superflua, che il richiamato nesso di derivazione causale viene generalmente richiesto ai fini della dimostrazione della *colpevolezza* dell'ente in relazione al reato commesso dalla persona fisica, valutato per tal via *come anche dell'ente* e pertanto ad esso imputato: tant'è che in questa direzione di senso si spinge per la valorizzazione della prospettiva del *comportamento alternativo lecito*⁴⁰, che impone di verificare se l'osservanza della condotta conforme al dovere di diligenza sarebbe valsa a impedire/*evitare* l'evento e, in caso negativo, a escludere il legame *causale* tra *colpa* e *evento*⁴¹. Diversamente, nella "visione" della seconda impostazione esegetica, dove il reato della persona fisica è relegato ai margini della fattispecie ascrittiva ossia nel campo delle condizioni obiettive di punibilità, la correlazione causale tra *deficit* organizzativo del soggetto collettivo e reato del soggetto individuale andrebbe apprezzata su un piano *puramente* (oggettivo-)naturalistico - il che, *on va sans dire*, è pur sempre sufficiente ai fini del riscontro di *territorialità* di cui all'art. 6 c.p. - in

³⁷ In questo senso, già in passato, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 380, nota 72.

³⁸ Del resto, sarebbe incongruo, da un lato, negare che l'evento-condizione obiettiva di punibilità condizioni la giurisdizione, e, dall'altro, come avviene, riconoscere che esso individui la competenza territoriale *ex art. 8 c.p.p.*

³⁹ Per tutti, da ultimo, FIORELLA, SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, Torino, 2018, 2017 ss.; PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 212 ss.

⁴⁰ Secondo, dunque, i canoni classici di accertamento della colpa individuale, per i quali si rinvia, per tutti, da ultimo, a PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, voce in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Milano, 2017, 222 ss.

⁴¹ Cfr., per tutti, MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., 250 ss.; FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, a cura di A.M. Stile-Mongillo- G. Stile, Napoli, 2013, 182; MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di Centonze-Mantovani, cit., 153 ss.; PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 213.

quanto la *colpevolezza* dell'ente *sarebbe per un fatto diverso da quello integrante il reato della persona fisica*⁴².

Ciò peraltro non toglie che, trattandosi di fattispecie fondamentalmente omisiva, causalità della colpa e causalità della condotta verranno a coincidere, risolvendosi entrambe in una dimensione controfattuale (ovvero immaginaria)⁴³.

4. Sulla presunta lacunosità della normativa ovvero sull'integrazione del d.lgs. n. 231 del 2001 *nel* o *col* diritto penale.

L'analisi poc'anzi svolta è in grado di offrire una soluzione alla questione affrontata; una soluzione che ci appare per di più stringente in ragione della copertura dogmatica che sembra garantirla.

La disciplina della responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. n.231 del 2001 *nello spazio* si snoda lungo la dorsale segnata da due norme che delimitano i confini delle ipotesi regolate: quella di cui all'art. 4 del decreto, per quanto riguarda la responsabilità dell'ente italiano per il reato commesso all'estero; quella di cui all'art. 6 c.p., per quanto riguarda la responsabilità dell'ente estero per il reato commesso in Italia, "rappresentata" - se si crede - nel contesto *metafisico* dall'art. 36 del decreto.

Ergo: il decreto nulla, o quasi, *direbbe* circa la seconda ipotesi non perché lacunoso *in parte qua*, bensì in quanto *integrato* sul punto dal codice penale.

Chiaro è, infatti, che le ricostruzioni della disciplina facenti leva sull'art. 6 c.p. - più precisamente, sugli artt. 3 e 6 c.p. - recano in sé l'indispensabile e implicita premessa del completamento del decreto attraverso il diritto penale. Premessa dovuta all'incapacità - *fisiologica, perché sarebbe stata inesigibile per il legislatore la pretesa di assoluta completezza* - della disciplina contenuta nel decreto di fungere pienamente da sistema *auto-regolativo*.

La ricerca di un bacino regolativo a cui attingere, o, meglio, la pertinenza del sistema giuridico *già* individuato come fonte *integratrice*⁴⁴ ripropone la pro-

⁴² In questa prospettiva, che peraltro - si riconosce (DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., 409 ss.) - mal si concilia col dettato normativo del decreto (dove, tra l'altro, non è espressamente richiesta l'esigibilità dell'adozione dei modelli) e non si armonizza con l'operatività dell'immedesimazione organica (la quale si rivelerebbe inutile, attesa la diversità dei fatti ascritti al soggetto individuale e a quello collettivo, salva la (ri-)lettura "adeguatrice" proposta in nota 29), l'eventoreato della persona fisica, aggiungiamo noi, potrebbe assumere le sembianze della (discussa categoria della) condizione obiettiva di punibilità intrinseca, in quanto significativo dello sviluppo offensivo dell'offesa perpetrata con la condotta.

⁴³ In generale, sul punto, cfr. ancora PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, cit., 242.

⁴⁴ Cfr. sul punto MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., 136, la quale ipotizza che lo stesso legislatore del 2001 «forse intimamente convinto della natura penale al di là della qualificazione assegnatele

blematica della *natura* della responsabilità da reato dell'ente preveduta dal decreto, che qui non è possibile ripercorrere. Tuttavia, possiamo comunque sbrigativamente osservare che, quale che sia la reale natura di tale forma di responsabilità - *tertium genus*, sia pure all'interno di un panorama eterogeneo, secondo la più accreditata giurisprudenza, che al contempo ne riconosce la contiguità col *penale*⁴⁵; autenticamente penale, secondo la prevalente dottrina⁴⁶; amministrativa, come vuole l'intitolazione del decreto e secondo comunque altre voci⁴⁷ -, l'aver identificato col sistema penale la fonte di "approvvigionamento" pare comunque l'opzione più funzionale allo scopo ovvero più rassicurante: per il livello massimo di *garanzie* in esso previste; per il consolidato strumentario dogmatico, certamente in grado di riempire gli spazi vuoti della nuova disciplina.

4.1. Ai nostri fini, può allora essere utile indagare tale fenomeno di *integrazione* normativa, distinguendo al suo interno due possibili forme che, per semplicità, chiamiamo: *nel* penale (ossia, consustanziale al penale) e *col* penale (ossia, cofunzionale al penale).

In base al primo modello, la responsabilità da reato degli enti, contenuta nel decreto, rappresenterebbe un *nucleo* normativo *interno* al diritto penale, di cui condividerebbe l'intera disciplina, fatta salva la necessità di plasmare i singoli istituti, ritagliati sulla persona fisica, a "immagine e somiglianza" di quella giuridica. Coerente con tale impostazione *hard*, che sconta però la difficile riconducibilità al diritto penale di alcuni profili di disciplina del decreto, sarebbe il riconoscimento della natura propriamente penale di siffatta respon-

nel "titolo" [...] ha lasciato spazi vuoti per l'interprete che solo un tentativo di riconduzione, almeno fin dove possibile, all'interno di paradigmi penalistici, pur rivisitati in virtù del *destinatario*, può forse riuscire dogmaticamente a riempire».

⁴⁵ Per tutte, Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*. Così anche la *Relazione* al decreto. In dottrina, in questo senso, tra gli altri, AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, a cura di Ronco, Bologna, 2006, 191.

⁴⁶ Cfr., tra gli altri, MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, 8 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1109 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale-parte generale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008, 322 ss.; PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1535.

⁴⁷ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 400; MARINUCCI, *Societas puniri potest. Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 116 ss.

sabilità.

In base al secondo modello di integrazione, la responsabilità da reato degli enti rappresenterebbe un *nucleo* normativo *autonomo* rispetto al penale, la cui palese “contiguità” con questo consentirebbe di guardare ai relativi paradigmi per riempire gli spazi vuoti e per disporre di un armamentario dogmatico idoneo a servire da guida per l’interprete nella lettura dei vari aspetti della disciplina. Coerente con tale impostazione *soft*, che peraltro risulta più consona alle scelte di disciplina adottate nel decreto, connotate sempre da un immancabile grado di specificità *soggettiva*, sarebbe innanzitutto l’idea di un *tertium genus* di responsabilità.

La ricostruzione interpretativa additata sopra come risolutiva della questione afferente l’applicabilità del decreto all’ente “straniero” per il reato commesso nel nostro territorio, dove esso non abbia sede/stabilimenti, sembra figlia del primo modello di integrazione. In altri termini, l’art. 6 c.p. sarebbe norma incorporata nel decreto o, per meglio dire, sarebbe il decreto da considerarsi incorporato nel penale e dunque *direttamente* ricettivo della disciplina dell’art. 6 c.p.; e per ciò stesso non lacunoso.

Non così se ci muoviamo nell’orbita segnata dal secondo modello di integrazione. In questa ipotesi, la rilevanza dell’art. 6 c.p. ai fini della disciplina del caso non può essere *immediata*, ma necessita di un procedimento interpretativo in tutto e per tutto corrispondente a quello analogico: sussistenza di una lacuna nel decreto; ricerca e individuazione di una norma connotata da *eadem ratio*; applicazione di tale norma, subordinata alla sua riconducibilità nel novero delle norme di favore (le quali, cioè, escludono o attenuano la responsabilità del reo) e alla sua non eccezionalità rispetto ai principi generali dell’ordinamento⁴⁸.

Dati per soddisfatti i vari requisiti, ora schematizzati in corrispondenti passaggi concettuali, ci si avvede di come l’effetto applicativo dell’art. 6 c.p. determini un’*estensione* dell’area di punibilità per l’ente, ponendo un problema – invero, come a breve vedremo, solo apparente – di analogia *in malam partem*. Di modo che, stando a tale prima rappresentazione, le *chances* applicative dell’art. 6 nella materia della legge penale degli enti nello *spazio* sarebbero vincolate alla descrizione dell’integrazione normativa come *nel* penale e non *col* penale. E tuttavia, occorre ulteriormente valutare se l’ombra dell’analogia in *malam partem* possa stendersi anche sulla dinamica propria della prima forma di integrazione, con ciò rendendo – in ipotesi – assoluta-

⁴⁸ Cfr., per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 187 ss.

mente inattuabile, perché oggetto di divieto, ogni tentativo di concepire come rilevante in questa materia l'art. 6 c.p.

In ragione delle inamovibili e, per così dire, *ontologiche* differenze tra essere umano ed ente giuridico, si potrebbe arrivare a sostenere che ogni tentativo di adattamento della norma penale, di per sé antropomorfa, a un soggetto metafisico, reca in sé un procedimento interpretativo di natura analogica⁴⁹. E all'analogia non si sfuggirebbe neanche quando si considerasse il sistema di responsabilità da reato dell'ente come *immanente* al sistema penale dell'individuo.

Procediamo, allora, a una verifica sulla scorta di una plausibile narrazione del contenuto degli artt. 3 e 6 c.p. riferita all'ente "straniero": *atteso che la legge penale italiana obbliga tutti coloro che si «trovano» nel territorio dello Stato, l'ente straniero vi è obbligato in quanto ha operato in Italia, essendosi ivi realizzato l'«evento»(-reato) dell'illecito ad esso ascrivibile come «reato»; ergo: il «reato» dell'ente si considera commesso nel territorio dello Stato.*

Innanzitutto, l'asimmetria tra il riferimento al "trovarsi" nel territorio italiano di cui all'art. 3 c.p., che sembrerebbe pretendere la presenza fisica del soggetto - nell'ipotesi dell'ente, la sede?⁵⁰ - e la disciplina dell'art. 6 c.p. che non richiede altrettanto, prevedendo esclusivamente che nel territorio italiano si sia verificato anche solo un frammento del fatto, non può costituire ai nostri fini elemento di riflessione se non altro perché siffatta non piena sovrapposibilità tra le due disposizioni codicistiche rileva anche nel diritto penale dell'individuo.

Allo stesso modo, è fuori discussione l'idea di valutare quale evento(-naturalistico) addebitabile anche a un altro soggetto un reato a tutti gli effetti: così è, pacificamente, già nel diritto penale dell'individui, attesa l'ampia area di prescrizione punitiva che si riconosce all'art. 40, comma 2, c.p.⁵¹.

Ciò premesso, non resta che appuntare la nostra attenzione sull'unico elemento testuale evocativo di un'effettiva estensione del significato delle sue

⁴⁹ Per un'espressa sottolineatura del rischio di analogia *in malam partem* con riferimento alla lettura giurisprudenziale estensiva dell'art. 3 agli enti, cfr. CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 427. Sul punto, in generale, si veda anche DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit. 46.

⁵⁰ L'interrogativo è sciolto nelle già richiamate pagine di CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 428, dove si legge: «[...] poiché l'essere società (ente) significa essere organizzazione, "trovarsi" nel territorio italiano significa, per un ente, avere in Italia una unità organizzativa».

⁵¹ Sul tema, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, Bologna, settima ed., 2014, 629-630. Per un approfondimento delle implicazioni problematiche, cfr. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 389 ss.

componenti, rimodellate sulle caratteristiche metafisiche dell'ente collettivo: il reato dell'ente ovvero l'idea che l'ente sia considerato autore di un vero e proprio reato; di talché la natura strettamente penale della sua responsabilità. Ci si avvede di come tale *analogia*, che sottende l'uso degli stessi criteri imputativi della responsabilità criminale utilizzati per l'individuo, non abbia altro fine che quello di estendere all'ente collettivo le garanzie (*rectius*, il massimo livello di garanzie tipiche) del diritto penale. In piena coerenza con le scelte operate nel decreto, funzionali a rendere la responsabilità da reato dell'ente perfettamente compatibile con i principi costituzionali della materia penale: *in primis*, *personalità* e *colpevolezza*. Un'analogia, dunque, certamente *in bonam partem*.

Breve. La figura giuridica del *reato dell'ente*, frutto dell'estensione analogica dei paradigmi di ascrizione della responsabilità penale della persona fisica, se nel contesto della teoria del reato e, dunque, dei suoi elementi strutturali si rivela palesemente *in bonam partem*, in quello della sua regolamentazione spaziale, ricavata dal testo dell'art. 6 c.p. dove al «reato [...] commesso nel territorio dello Stato» è fatto riferimento, risulta, al contrario, *in malam partem* negli *effetti* quanto al caso di specie.

Ma - è chiaro - l'antinomia è solo apparente. Se *prioritariamente* si ammette che l'illecito dell'ente è un reato, similmente a quanto accade per la persona fisica, allora dovranno altresì essere accettate *tutte* le conseguenze che, in termini di *disciplina*, tale riconoscimento comporta: tra le quali quelle relative alla regolamentazione della legge penale nello spazio. Insomma, delle due l'una.

4.2. *Re melius perpensa*, le medesime considerazioni non possono che valere per la seconda forma di integrazione, rispetto alla quale si era sopra paventata un'analogia *in malam partem*. Anche nel modello di integrazione *col* penale, dove l'illecito dell'ente non è concepito come un reato *stricto sensu*, la premessa interpretativa è pur sempre quella di guardare a quest'ultimo al fine di estenderne al primo i paradigmi oggettivi e soggettivi, che sono espressione del più alto grado di garanzie. Pertanto, specularmente al quadro rappresentativo della prima forma di integrazione, l'art. 6 c.p. si appalesa quale norma di disciplina, la cui operatività discende - conseguenzialmente - dall'accostamento dell'illecito dell'ente, manifestazione di un *tertium genus* di responsabilità, al *contiguo* universo della responsabilità penale (individuale). Resta, infine, da aggiungere ciò che già è intuibile. Se - come si ritiene - la visione giurisprudenziale estensiva degli artt. 3 e 6 c.p., che consente di sotto-

porre l'ente "straniero" alla *legge penale degli enti* italiana, poggia sul richiamato fenomeno integrativo del decreto *nel* o *col* penale, lo stesso approccio dovrebbe altresì registrarsi con riferimento a tutti gli altri piani che tale processo osmotico è in grado, pur sempre nei limiti del possibile, di coprire. Primo fra tutti quello della *colpevolezza* ovvero nell'ottica della rimproverabilità normativa in cui tale categoria, quale componente della struttura del reato, in ultima analisi, si sostanzia⁵².

5. Grado di esigibilità organizzativa e diritto di difesa.

Una prima conclusione sembra definitivamente raggiunta. I profili di complessità che residuano dall'analisi pregressa non vertono sulla giurisdizione. L'ente estero è assoggettato al d.lgs. 231/2001 in ragione della permeabilità della normativa al diritto penale e ciò non comporta violazioni del divieto di analogia *in malam partem*. Non è, dunque, il piano dell'*an* a richiedere un ulteriore approfondimento, bensì - si direbbe - quello del *quomodo*.

Il rischio di riconoscere aree di franchigia a favore di enti "stranieri", di certo incidente sul formante giurisprudenziale letto in un'ottica politico-criminale, può dirsi scongiurato. E, del resto, non pare plausibile, né coerente con la prassi, l'idea che un ente estero (specie se una società multinazionale) determinato ad "agire" in Italia, anche senza stabilirvi sedi o succursali, risulti indifferente alle normative *ivi* vigenti, rilevanti rispetto al suo *operare*.

Detto altrimenti, l'onere conoscitivo della legge interna deve essere assolto e tale necessario adempimento rappresenta l'indefettibile presupposto per poter orientare il proprio comportamento nel senso della legalità.

L'ente "straniero" che si informi circa la normativa italiana in materia di responsabilità da reato della *societas* e che, dunque, adempia a tale primario obbligo di diligenza avrà chiaro che la sua estraneità a un'eventuale vicenda penalistica territoriale è subordinata all'edificazione di un sistema organizzato di prevenzione del reato, declinato nei suoi tratti essenziali dal legislatore. E ciò, in base ai menzionati principi, - si noti - anche quando il soggetto collet-

⁵² Diversi i profili problematici che questa prospettiva lascia emergere e che qui, salvo quanto si dirà di seguito nel testo, si possono solo brevemente richiamare in maniera non esaustiva: l'incidenza dell'assenza o della non adeguata predisposizione di una componente extraprocedurale del modello (ad esempio, il sistema disciplinare) sul giudizio di idoneità del medesimo; la valutazione dell'ipotesi-limite dell'assenza dello stesso modello quando il rischio-reato concretamente realizzatosi non potesse essere preveduto o evitato; l'esigibilità della dimostrazione probatoria del requisito dell'elusione fraudolenta del modello intesa in senso oggettivo. Per un'illustrazione sintetica di tali questioni, accompagnata da una rassegna delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali finora registratisi, si rinvia a MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti*, a cura di Centonze, Mantovani, Bologna, cit., 149 ss.

tivo non abbia mai “messo piede” tramite i propri individui in Italia, ma a costoro sia contestato il concorso, nell’interesse o a vantaggio della propria *societas*, nel reato commesso nel nostro Paese da altri.

Solo attraverso l’attuazione di un tale sistema potrà dimostrare la sua non-colpevolezza in relazione al reato commesso, *dissociando* la propria posizione “virtuosa” dall’agire di chi abbia operato in modo criminale al suo interno. Siamo al punto: *lo standard esigibile di conformità alla compliance preventiva richiesta dallo Stato estero in cui l’ente intende operare*, fermo restando che requisito minimo di rilevanza, ossia di tolleranza, dovrebbe pur sempre essere l’avvenuta predisposizione di un sistema di prevenzione del reato, connotato da effettività (salvo che, contrariamente a quanto emerso in giurisprudenza, non si voglia sostenere l’idea estrema – fondata sulla riconduzione *sic et simpliciter* della colpevolezza organizzativa allo statuto della colpa penale individuale – della non necessità del modello di organizzazione, ovvero nel nostro caso di un suo equivalente, ai fini dell’esenzione dalla responsabilità, quando si dimostri che quel rischio-reato poi concretizzatosi non fosse *prevedibile* o non fosse *evitabile*³³).

L’ente “straniero” potrà già disporre di un apparato preventivo dei reati, frutto dell’adeguamento al sistema “autoctono” di responsabilità della *societas*³⁴, o invece esserne sprovvisto perché la legislazione dello Stato di appartenenza non lo preveda o non lo richieda. In entrambe le circostanze dovrà compiere uno sforzo di adeguamento all’insieme delle *cautele* richieste dallo Stato dove ha inteso operare. Ma entro quali limiti?

³³ Nel senso dell’autonomizzazione della colpa dell’ente rispetto al modello, per tutti, MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., 250 ss. *Contra*, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 180 ss., che ritengono impropria la riconduzione dell’atteggiamento di «noncuranza progettuale» nei confronti di una pluralità di rischi-reato alle forme del dolo eventuale o della colpa e rinviengono già nella scelta della disorganizzazione la condizione di colpevolezza (e non di colpa) organizzativa.

In giurisprudenza, per la logica equazionistica “*assenza di modello = colpa di organizzazione*” si rinvia alla nutrita schiera di pronunce di merito in materia di art. 25 *septies* del decreto (tra le altre Trib. Trani, sez. Molfetta, 11 gennaio 2010; Trib. Cagliari, 4 luglio 2011; G.u.p. Tolmezzo, 23 gennaio 2012). La stessa Corte di Cassazione, poi, ha avuto modo di sottolineare come la mancata adozione del modello è sufficiente ad integrare la fattispecie sanzionata (Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, Italstrade S.a.s. e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 1941 ss., con osservazioni di LED).

³⁴ L’eventuale rischio di doppia incriminazione dell’ente – nel Paese d’origine e in quello di destinazione – andrebbe governato attraverso il canone del *ne bis in idem*. In particolare: o estendendo su questo versante la corrispondente regola prevista dall’art. 4 del decreto, da assumersi quindi come principio generale; o applicando l’art. 54 CAAS (Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen) sulla scorta dell’approccio sostanziale nella qualificazione della sanzione e, dunque, della riconducibilità della responsabilità forgiata dal decreto alla *matière pénale* (in questo caso, diversamente da quanto previsto dal richiamato art. 4 del decreto, occorrerà attendere la formazione di un giudicato). Per tali soluzioni, FIDELBO, *Il problema della responsabilità*, cit., 262-263.

Si può ragionevolmente pretendere dall'ente straniero un rigoroso adattamento al variegato armamentario di *soft law* (codici di comportamento delle associazioni di categorie; *best practices*; raccomandazioni della autorità di vigilanza; codici di autodisciplina) elaborato in ciascun Paese per fronteggiare sul piano cautelare il rischio-reato?

E ancora. Tale pretesa potrà estendersi alle peculiarità strutturali del sistema preventivo organizzato così come plasmato dal nostro legislatore⁵⁵, con l'effetto, limitandoci solo ad alcuni aspetti, di imporre la costituzione di specifici organismi di vigilanza sul rispetto del modello di organizzazione, con correlativi flussi informativi, nonché la stessa elaborazione di un modello di organizzazione da potersi eludere *solo* attraverso un comportamento fraudolento (così da consentire di fornirne l'indispensabile prova)⁵⁶?

L'auspicio è che prevalga un approccio valutativo della politica prevenzionistica adottata dall'ente straniero sensibile alla *sostanza* e non alla *forma*; che si valorizzino, cioè, i profili *funzionali* della prevenzione, senza essere condizionati dal loro "involucro"⁵⁷; che quella fisiologica propensione del diritto penale a guardare ai "fatti", alla *sostanza delle cose*, da sempre valorizzata in chiave incriminatrice (si pensi, ad esempio, alla visione realistico-funzionale dei soggetti attivi di taluni crimini, che, invalsa nella giurisprudenza, ha successivamente ricevuto anche formalizzazione normativa) possa trovare corrispondenza nella prospettiva, eguale e contraria, (*lato sensu*) esimente.

Il veicolo attraverso cui tale auspicio può prender forma scorre inevitabilmente sul terreno della colpevolezza - secondo, superfluo precisarlo, la relativa

⁵⁵ Segnala la rigidità del modello organizzativo prefigurato dal legislatore del 2001, escludendone dunque la possibile vocazione universalistica, ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 559, il quale aggiunge che sembrerebbe «eccessivamente oneroso prevedere una struttura organizzativa *ad hoc* solo sulla base di un ingresso nel mercato giuridico italiano».

⁵⁶ Secondo, cioè, il precipitato oggettivo del concetto di fraudolenza avallato dalla Corte di cassazione con sn. del 30 gennaio 2014 n. 4677, Impregilo SpA, in www.penalecontemporaneo.it. Per un'analisi della funzione riconosciuta al requisito dell'elusione fraudolenta del modello *ex art. 6*, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 231 del 2001, nonché per la sottolineatura dei correlativi profili di criticità e la proposta di percorsi interpretativi alternativi, si veda, volendo, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, *passim*. Da ultimo, sulla figura, PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 170 ss.

⁵⁷ In questa direzione le posizioni, in ultima analisi, di STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, 18 ss. e RICCARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale"*, in *Giurisprudenza Penale web*, 1, 2018, 12, il quale propone che il giudizio di responsabilità rispetto all'ente "straniero" si sviluppi sulla scorta «[...] di un principio di equivalenza tra il modello disegnato dal legislatore italiano e il diverso strumento in concreto adottato dall'ente straniero, in termini di analoga "effettività" preventiva del rischio-reato che quest'ultimo presenti [...]».

concezione normativa –, rappresentandone un fattore di esclusione in termini di *esigibilità* del comportamento lecito. Categoria, quest'ultima⁵⁸, che nella prassi stenta ad affermarsi al di fuori delle figure espressamente codificate ad essa riconducibili, nonostante si ravvisino pure pronunce che la configurano in termini di principio, derivandola direttamente dalle norme costituzionali (in particolare, art. 27, comma 1 e comma 3)⁵⁹.

Della dialettica giurisprudenziale circa la rilevanza dell'*esigibilità* v'è traccia, peraltro, anche nel nostro specifico campo. Accanto a posizioni espressive di un atteggiamento di chiusura, fondate sulla negazione dell'ammissibilità del ricorso a cause extralegali di esclusione di colpevolezza⁶⁰, se ne rinvergono altre sensibili al canone dell'*esigibilità* organizzativa⁶¹.

Peraltro, nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente, il profilo dell'*esigibilità* (organizzativa) si fonde con quella del *diritto di difesa* ex art. 24 Cost., essendo il modello di organizzazione l'unico strumento di difesa disponibile per l'ente, in presenza di un reato-presupposto realizzato nel suo interesse o a suo vantaggio.

Riportando la riflessione nella sfera dell'ente estero, si intende che non è in discussione il diritto di difesa (per così dire) *in astratto*, atteso che a tale soggetto collettivo non è evidentemente preclusa la possibilità di adeguarsi al sistema italiano o di altro Paese attraverso la predisposizione di una *compliance* preventiva conforme; bensì il suo esercizio *in concreto*, che sarebbe compromesso quando si rimanesse indifferenti alle oggettive difficoltà (e dunque

⁵⁸ Cfr. in argomento FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990. Per la manualistica, si rinvia alla tematizzazione di FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, cit., 422 ss.

⁵⁹ Per tutte, Cass. pen., sez. I, 6 aprile 2011, n. 16513, C.T., in *dejure.giuffrè.it*, in relazione al reato di cui all'art. 3-bis della l. n. 575/1965; Trib. Milano, III sez. pen., sent. 15 dicembre 2015, n. 13701, in materia di omesso versamento di contributi e crisi di liquidità, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.7.2018, con nota di FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"*, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁰ In questo senso, in un'ipotesi di breve spazio di tempo (solo due mesi) intercorso tra l'introduzione dell'art. 25 *septies* nel decreto e la verifica del corrispondente reato presupposto, con conseguente tematizzazione in termini di *esigibilità* o meno (in quei ristretti tempi) della condotta organizzativa cautelare, Trib. Novara, 1 ottobre 2010, G.u.p. Pezone.

⁶¹ Trib. Milano, 3 gennaio 2011, G.u.p. D'Arcangelo, in *rivista231.it*, dove, nell'osservare come l'idoneità del modello vada parametrata alle «migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione o di minimizzazione del rischio tipico», così postulando una fisiologica assimilazione con i canoni della colpa penale dell'individuo, si precisa che «[i]n tale prospettiva ermeneutica [...] acquista un rilievo estremamente significativo il canone dell'*esigibilità* organizzativa [...]».

In dottrina, per una valorizzazione dei profili di *esigibilità*, FIORELLA, SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, cit., 216 ss., dove si fa riferimento, in specie, ai «tempi per perfezionare l'intervento preventivo».

alla soggettiva *inesigibilità*) di assicurare una piena equivalenza col sistema di ogni Stato in cui si scelga di operare.