

ANDREA ZOPPINI

Ordinario dell'Università di Roma Tre

***Imputazione dell'illecito penale e
«responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica***

SOMMARIO: 1. – Due problemi in materia di responsabilità «amministrativa delle persone giuridiche»; 2. – Inquadramento del tema nel dibattito sulla persona giuridica; 3. – (*segue:*) in particolare con riguardo al problema della capacità dell'illecito civile; 4. – L'imputazione della conoscenza e degli stati giuridicamente rilevanti alla persona giuridica; 5. – La struttura della fattispecie; 6. – Funzionalizzazione della condotta lesiva e imputazione dell'illecito penale; 7. – Modelli teorici nell'analisi della fattispecie e riflessi sistematici; 8. – Responsabilità amministrativa della persona giuridica ed efficienza economica; 9. – Talune conclusioni in ordine al primo quesito; 10. – La «responsabilità amministrativa» nella dinamica dei gruppi di società.

1. – Un libro recente da cui poi è stato tratto un documentario - mi riferisco a *The Corporation* di Joel Bakan-, ci ha indotto a riflettere se la moderna società per azioni debba essere considerata, e conseguentemente trattata, alla stregua di un soggetto ineluttabilmente criminogeno¹. In effetti, ci dice l'autore, se una persona fosse animata dal solo desiderio del profitto, sarebbe senz'altro un soggetto nevrotico se non a dirittura psicopatico.

Il saggio, non a caso scritto da un professore di diritto, sollecita domande ricorrenti nel dibattito sulla persona giuridica, ove la dottrina costantemente s'interroga su quanto di 'reale' e quanto invece di 'fittizio' si celi dietro lo schermo del soggetto impersonale: se alla persona giuridica possano riferirsi situazioni e fatti che presuppongono la psicologia umana; e poi se gli incentivi che determinano le persone fisiche siano idonei a regolare anche il comportamento delle organizzazioni collettive.

Questi interrogativi sono sullo sfondo di molti dei problemi interpretativi che agitano la «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» disciplinata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (cui si riferiscono tutte le norme che sono qui richiamate senza specifica indicazione della fonte), istituto che, non a caso, presenta ad oggi margini rilevanti d'incertezza, ad iniziare dalla stessa natura della

¹ J. BALKAN, *The Corporation. La patologica ricerca del profitto e del potere*, trad. it., Roma (Fandango Libri), 2004.

responsabilità², così come dubbi sono talora prospettati sulla struttura della fattispecie e sulla sua funzione.

Queste pagine limitano il proprio spettro d'indagine a due diversi interrogativi:

i) il primo, collocato su di un piano per così dire interno alla logica della responsabilità «amministrativa», mira a verificare a) cosa significhi che l'«ente è responsabile per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio*» (art. 5, 1° co.) e, conseguentemente, b) quale significato debba assegnarsi all'aver «adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione *idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*», così come recita l'art. 6, 1° co., lett. a);

ii) il secondo, che attiene invece ad un piano esterno all'organizzazione del soggetto metaindividuale, mira ad indagare come si articola la dinamica della responsabilità da illecito penale nella dimensione del gruppo di società, dunque cosa accade nel caso in cui un'impresa economicamente unitaria ovvero più imprese conglomerate sono oggetto di direzione e coordinamento, essendo l'attività frazionata in capo ad una pluralità di regimi d'imputazione soggettiva.

Il programma d'indagine appena indicato impone - per un'elementare ragione d'onestà verso il lettore - una duplice premessa al mio discorso. Intendo operare una ricognizione sistematica del nuovo istituto ponendomi nell'angolo prospettico e avvalendomi delle categorie concettuali che del civilista sono proprie, segnatamente mi proverò ad inserire il nuovo istituto nell'alveo del dibattito sulla persona giuridica³. Al contempo non è inutile ricordare che, quando si affronta il tema della persona giuridica, l'interprete è chiamato a scelte di campo che in questa sede non sarà possibile adeguatamente motivare⁴; ed è, d'altra parte, evidente che sulle risposte ai quesiti che si agitano dietro questo «simbolo

² Volendo solo segnalare taluni degli interventi della dottrina penalistica, ci s'interroga se si tratti di responsabilità penale, o amministrativa (per questa opzione, chiaramente, G. MARINUCCI, *Societas puniri potest. Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1193 ss., spec. p. 1201 ss.), ovvero riconducibile ad un *tertium genus* (G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss., spec. p. 1154 ss.), o ancora di una forma di responsabilità «parapenale» appartenente al diritto sanzionatorio in senso ampio [A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, p. 86]. Non a caso, si è ritenuto che la formula utilizzata dal legislatore non debba essere enfatizzata, poiché la medesima si risolve in un'«etichetta carica di significati simbolici, del tutto neutra rispetto alla disciplina degli istituti» (D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415 ss., a p. 417). Un quadro comparatistico della materia, seppure non recente, in H. DE DOELDER e K. TIEDEMANN (a cura di), *La criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations*, The Hague-London-Boston, 1996.

³ Tema sul quale vedi le fondamentali pagine di A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti del Convegno di Messina, 30 aprile – 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 156 ss.

⁴ Sia consentito a questo riguardo rinviare a quanto ho sostenuto in *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 581 ss.

incompleto» del ragionamento giuridico incidono in maniera determinante sia prospettive di teoria generale, sia inclinazioni ideologiche dell'interprete⁵.

2. – Al fine di tentare una risposta agli interrogativi formulati, non (*mi*) sembra utile muovere dal problema, per così dire di vertice, della natura effettivamente amministrativa o sostanzialmente penale del nuovo istituto⁶. Sul punto, mi limito a constatare che al *nomen* speso dal legislatore non ritengo possa assegnarsi un valore dirimente, solo che si consideri che il lemma 'amministrativo' già compare nelle epigrafi del codice Rocco ed è la qualificazione che accompagna le misure di sicurezza, espressamente definite appunto «amministrative»⁷. Semmai, giusrealisticamente, è opportuno essere avvertiti che, in punto operativo, non poco peso avrà sull'evoluzione dell'istituto la considerazione che il fatto è accertato dal giudice (e con le regole del processo) penale.

Più significativo è, invece, interrogarsi sulla struttura della fattispecie descritta dal legislatore e sulla modalità di produzione degli effetti che essa sottende.

Sul punto si confrontano due diverse possibili letture: da un lato, quanti sostengono trattarsi di una responsabilità *per fatto altrui*, sul presupposto che il reato commesso dai soggetti in posizione apicale (artt. 5, 1° comma, lett. *a*), 6) o da quanti sono ad essi sottoposti (artt. 5, 1° comma, lett. *b*), 7) determina, per così dire, *di riflesso* l'imputazione di un titolo di responsabilità in capo all'ente⁸. Dall'altro, quanti ravvisano nella «responsabilità amministrativa» i tratti d'una fattispecie complessa, che immediatamente produce la responsabilità «amministrativa» (ma in realtà sostanzialmente *penale*) della persona giuridica, della quale la preposizione organica o il rapporto funzionale costituisce un coelemento del fatto (dovendosi semmai, come dirò, ulteriormente verificare se si tratta d'un fatto unitario a rilevanza plurima ovvero di due fatti distinti, il primo dei quali non necessariamente presente, accedendo all'idea che operi di una doppia responsabilità).

È opportuno, proprio volendo ripercorrere il dibattito sulla teoria della persona giuridica, vagliare i due principali argomenti che sorreggono la prima delle due proposte interpretative appena enunciate: *a*) il reato non è *della* persona giuridica, ma esclusivamente della persona fisica che materialmente lo ha commesso, in quanto non è concepibile nella persona giuridica né una *mens rea* né l'imputabilità; *b*) parimenti, e concorrentemente, il principio della personalità

⁵ Se è vero che nella materia nessuna ricostruzione è incontrovertibile, come constatano M. BASILE e A. FALZEA, voce *Persona giuridica (dir. priv)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss., a p. 234.

⁶ Ma per una discussione del problema v. M. ROMANO, *Responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *questa Rivista*, 2002, p. 393 ss.

⁷ Si tratta di un aspetto che puntualmente è messo in rilievo da A. FIORELLA (nota 2), p. 86.

⁸ V. in questo senso N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss.

della pena costituisce un ostacolo insormontabile al fine d'ammettere una responsabilità propriamente penale in capo ad un soggetto metaindividuale (art. 27, comma 1, Cost.).

Quanto al secondo argomento, esso perde rilievo almeno per chi sia disposto a prendere atto che nulla nel tenore testuale della norma di massimo rango autorizza a concludere che essa si rivolga solo alla (e dunque, necessariamente *presupponga* la) persona fisica; ossia, che solo per le persone fisiche possa concretarsi il precetto costituzionale che esige il rimprovero della colpevolezza⁹.

3. – Più attenta considerazione merita il primo argomento, che esclude la stessa imputabilità del fatto criminoso all'ente collettivo e parimenti che sia possibile ad esso ascrivere stati soggettivi rilevanti; sì che – si è detto – la colpevolezza, quale situazione che sottende attitudini tipicamente umane, necessariamente presuppone la persona fisica e non può predicarsi per soggetti impersonali.

Nel verificare la fondatezza di questo argomento è utile serbare memoria del dibattito che ha trascorso la responsabilità extracontrattuale del soggetto collettivo, perché anche in quel caso si è posto l'interrogativo se fosse possibile imputare il fatto illecito alla persona giuridica e se tale fatto non dovesse qualificarsi, piuttosto, alla stregua d'ipotesi di responsabilità indiretta¹⁰.

Si tratta, infatti, d'un profilo d'indagine che mi pare particolarmente significativo, considerato che nell'Ottocento ha conosciuto risposte di orientamento antitetico, discendenti dalla divaricazione concettuale e costruttiva che ha opposto le dottrine realiste a quelle finzioniste¹¹. D'altra parte, il rilievo del problema, anche ai fini della responsabilità che discende da reato, è provato dalla considerazione che nell'ambiente giuridico nord-americano l'imputazione alle persone giuridiche della responsabilità penale è evoluta in una linea di diretta continuità logica con la responsabilità civile.

Come noto, la dottrina di Friedrich Carl von Savigny aveva escluso la capacità dell'illecito civile per le persone giuridiche, sul presupposto che lo scopo dell'ente, preventivamente vagliato al momento della concessione del riconoscimento, necessariamente circoscrive la capacità giuridica del soggetto di

⁹ V. esemplarmente A. FALZE (nota 3), p. 158 ss. Il punto è sufficientemente fermo, si v. infatti G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in F. PALAZZO, *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 309 ss., a p. 315. Va peraltro evidenziato che taluni dubbi sono espressi, almeno in ordine al valore costituzionale del principio *nulla poena sine culpa* alla luce dell'art. 27, comma 1, Cost., da F. BRICOLA, *Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano*, in *La responsabilità penale* (nota 3), p. 235 ss., a p. 253.

¹⁰ Per il rifiuto della responsabilità organica v. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 367 ss., cfr. anche ID., *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Studi in onore di G. Valeri*, II, Milano, 1955, p. 51 ss.

¹¹ Per quest'analisi conserva tutt'ora interesse il saggio di V. SCHWANDER, *Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person*, in *Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von M. Gutzwiller*, Basel, 1959, p. 603 ss.

diritti non persona fisica. Nella lettura essenzialmente finzionista, che quest'ultima conclusione evidentemente postula, il destinatario del comando giuridico e così pure della sanzione criminale è (sempre e) *solo* la persona fisica, atteso che la persona giuridica è mero prodotto artificiale dell'ordinamento¹².

Da quest'opzione di vertice si fanno derivare tre concorrenti conseguenze¹³: *i*) la personalità giuridica è accordata esclusivamente per scopi leciti, in quanto essa è lo strumento con cui l'ordinamento consegue i propri fini; *ii*) alla persona giuridica possono attribuirsi i soli rapporti patrimoniali (quindi, ad esempio, sarebbe inconcepibile riconoscere diritti non patrimoniali alle persone giuridiche¹⁴); *iii*) il soggetto metaindividuale è centro d'imputazione solo di situazioni giuridiche soggettive, non invece di attività giuridiche che si ascrivono direttamente ed esclusivamente ai rappresentanti.

Per questa dottrina, dunque, la capacità giuridica dell'ente collettivo configura lo strumento di polizia legislativa con cui l'ordinamento perimetra le attività coerenti con le ragioni che giustificano il riconoscimento normativo: allora, l'atto estraneo all'oggetto sociale, proprio perché *ultra vires*, contraddice la scelta politica che sorregge il regime speciale che la personificazione metaindividuale garantisce e rimane privo di effetto o, in ogni caso, sottratto al regime dell'imputazione collettiva.

Se oggi appare senz'altro scontato che solo le persone fisiche possano essere destinatarie dei comandi giuridici, le conclusioni appena ricordate sono tuttavia in radice confutate e oggetto di radicale revisione anche nelle dottrine finzioniste¹⁵.

Così è per quanto concerne la tesi che assegna alle persone giuridiche una capacità giuridica limitata, e segnatamente circoscritta ai soli diritti patrimoniali, basti pensare che non si dubita più dell'esistenza di diritti della personalità in capo agli enti collettivi¹⁶. Lo stesso può dirsi per quanto attiene alla capacità

¹² In questa prospettiva v. esemplarmente F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, vol. II, p. 227 ss., ma cfr. anche il volume I, p. 335; ciò vale a maggior ragione per l'illecito penale in cui, secondo questa dottrina, si pone il problema della necessaria identità del reo e del destinatario della sanzione criminale, e del volume II si v. p. 312 s. (§ 94). Al contrario, chi accede all'idea che l'ente collettivo è un soggetto reale, distinto dagli individui che lo compongono, non ha difficoltà ad ammettere la capacità dell'illecito: cfr. esemplarmente O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887 (ma consultato nella ristampa anastatica Hildesheim, 1963), in part. p. 754 ss.

¹³ A. FALZEA (nota 3), p. 149.

¹⁴ F.C. VON SAVIGNY (nota 12), II, p. 238 ss. Sulla scorta di quest'impostazione si sostiene, come ad esempio fa D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, 2^a ed., Milano, 1952, p. 225 s., che il diritto al nome dell'ente costituisce un diritto su un bene immateriale; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, p. 431.

¹⁵ V. diffusamente M. BASILE e A. FALZEA (nota 5), *loc. cit.*

¹⁶ È infatti pacifico che la titolarità dei diritti in capo alla persona giuridica sia limitata ai soli diritti patrimoniali, cfr. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca (artt. 11-35), Bologna-Roma, 1969, p. 54 ss.; ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, 2^a ed., Padova, 1996, p. 145 ss.; ID., voce *Persona giuridica*, in *Dig. civ.*,

dell'illecito civile, ove si è chiarito che il problema è essenzialmente quello di riferire all'ente collettivo l'attività dell'organo e, segnatamente, di verificare a quali condizioni possano imputarsi alla persona giuridica i fatti e gli atti posti in essere da soggetti che per essa agiscono o che ad essa sono funzionalmente collegati¹⁷.

Sia consentito, a questo riguardo, ripetere le parole di Angelo Falzea: «Il problema dei limiti statuari di imputazione alla persona giuridica degli atti dei suoi amministratori non può confondersi col diverso problema della imputazione alla persona giuridica degli atti illeciti che commettano gli amministratori. La liceità dello scopo va apprezzata sul piano astratto delle finalità statuarie della persona giuridica mentre la illiceità del comportamento degli amministratori va apprezzata sul piano concreto dei singoli atti di realizzazione dello scopo: uno scopo astrattamente lecito può realizzarsi mediante atti concretamente illeciti. Uno scopo statutario illecito esclude la persona giuridica, la concreta finalità illecita del comportamento di attuazione dello scopo statutario lecito è perfettamente compatibile con la personalità giuridica»¹⁸.

4. – Si è detto che chi esclude l'imputabilità dell'illecito penale per le persone giuridiche contesta, più in radice, la possibilità di riferire all'ente collettivo il rimprovero della colpevolezza. È qui pertanto opportuno, seppure sinteticamente, affrontare il problema della *mens rea* della persona giuridica e dell'imputazione degli stati soggettivi, tema solo da ultimo compiutamente affrontato dalla letteratura giuridica italiana.

Si tratta, in sostanza, di rispondere alla domanda se, e allora a quali condizioni e in quali limiti, la persona giuridica possa essere considerata in buona o cattiva fede, sciente o ignorante di determinate circostanze¹⁹.

vol. XIII, Torino, 1995, p. 392 ss., in part. p. 406. Cfr. esemplarmente U. JOHN, *Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlin, 1977, p. 228; F. PATFIELD, *The Origins of a Company's Right to Sue for Defamation*, in *N. Ireland Legal Quart.*, 45 (1994), p. 233 ss.

¹⁷ V. sul punto le ricerche di F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991 e di D. KLEINDIECK, *Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*, Tübingen, 1997. Cfr. anche K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615 ss., in part. p. 625.

¹⁸ A. FALZEA (nota 3), p. 150.

¹⁹ M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002; ma si v. anche le fondamentali pagine di P. RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in (*Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 175 ss., ed ora in) *Persona e comunità*, rist., Padova, 1987, p. 275 ss.; cfr. anche G. VISINTINI, *Persona giuridica e stati soggettivamente rilevanti*, nota di a Trib. Napoli 27 marzo 1968, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, c. 255 ss.; uno spunto significativo a questo riguardo in C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, 2002, pp. 16 e 20, e in G.B. PORTALE, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale sociale nella società per azioni*, Milano, 1998, in part. p. 76 ss. (dell'estratto da questa

Non v'è dubbio che l'interrogativo verte su situazioni psichiche che presuppongono la persona fisica e che ad essa fanno necessario riferimento: in questo caso, dunque, il problema è quello di rintracciare un paradigma d'imputazione di attività e di fatti di sentimento all'ente metaindividuale.

La risposta a tale quesito non può appagarsi di constatare una lacuna nella disciplina della rappresentanza organica, atteso che essa è colmata dalle norme dettate per la rappresentanza di volontà, le quali contemplanò espressamente un criterio di riferibilità degli stati soggettivi rilevanti all'art. 1391 c. civ. Se si ammette – com'è ragionevole – che la norma dettata per la rappresentanza di volontà possa valere anche per la rappresentanza organica, ciò significa che al soggetto metaindividuale si comunica lo stato soggettivo del rappresentante legale o negoziale che ha agito, e ciò a prescindere dal fatto che il rappresentante abbia agito in conflitto di interessi o abbia appreso la notizia rilevante al di fuori dell'adempimento delle funzioni ad esso assegnate; così pure non rileva se l'atto rappresentativo è stato posto in essere in esecuzione d'una preventiva deliberazione assembleare o consiliare. All'opposto, si ritiene che la buona fede del rappresentante non sia sufficiente ad escludere l'imputazione metaindividuale della mala fede, quando lo stesso abbia agito in esecuzione di istruzioni impartite da altro rappresentante o organo che invece versava in mala fede (come vuole l'art. 1391, 1° comma, seconda parte, c. civ.)²⁰.

Merita, soprattutto, ricordare i risultati della più moderna elaborazione del tema che, anche in questo campo, indicano un preciso punto di connessione tra l'imputazione del fatto di sentimento e l'assetto organizzativo di cui l'ente impersonale si è dotato²¹.

Infatti, facendo appello analogico alla disciplina richiamata, si ritiene che non possa giovare l'ignoranza del rappresentante legale o volontario quando essa deriva dalla negligenza dell'ente nel realizzare un adeguato trattamento delle informazioni che sono disponibili alla propria struttura organizzativa. Detto in altri termini, la persona giuridica non beneficia dell'ignoranza del rappresentante quando una diligente gestione delle informazioni, valutabile alla stregua delle regole di corretta organizzazione elaborate dalla scienza aziendalistica, avrebbe consentito di porre il dato a disposizione di chi ha agito. E ciò in quanto un ente deve sempre rispondere dell'inefficienza della propria organizzazione, in forza della regola generale della responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 c. civ.), che ispira anche la disciplina dell'imputazione di conoscenza dal rappresentante al rappresentato²².

Rivista, 1998) e poi, con aggiornamenti, ID., *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1***, Torino, 2004, p. 572 ss. Nella letteratura tedesca v., in particolare, P. BUCK, *Wissen und juristische Person. Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, Tübingen, 2001.

²⁰ I risultati sintetizzati sono argomentati da M. CAMPOBASSO (nota 19), pp. 215 ss., 221 ss., 237 ss., 241 ss.

²¹ Cfr. M. CAMPOBASSO (nota 19), p. 363 ss.

²² Cfr. M. CAMPOBASSO (nota 19), p. 357 ss.

La regola dell'imputazione di conoscenza secondo un parametro di diligente gestione delle informazioni aziendali consente, peraltro, di dare rilievo anche al sapere degli ausiliari che siano privi di poteri rappresentativi, nei limiti tuttavia in cui le regole di corretto trattamento dei dati impongano di fare uso delle conoscenze disponibili dall'organizzazione. L'imputazione di conoscenza al soggetto metaindividuale è, infatti, destinata a prodursi solo se, usando la normale diligenza e tenuto conto delle soluzioni adottate in strutture aziendali simili, si sarebbe dovuto mettere in comunicazione l'ufficio che ha acquisito l'informazione rilevante e quello che, nel caso di specie, ha agito ignorandola²³.

5. – Se, anche per quanto si è appena detto, si accoglie la premessa – così come sono persuaso –: *i*) che la 'realtà' normativa della persona giuridica si risolve essenzialmente in una figura unitaria di produzione e d'imputazione di effetti giuridici e *ii*) che il soggetto metaindividuale costituisce un centro di imputazione (oltre che di situazioni soggettive) anche di condotte e di dati psichici, non è disagevole pervenire alla conclusione che la «responsabilità amministrativa» non è una responsabilità per fatto altrui, ma è una responsabilità diretta.

A questo riguardo, è opportuno rimuovere un vizio logico ricorrente nei discorsi sulla soggettività dell'ente collettivo: segnatamente, non si deve pensare che la responsabilità della persona giuridica che discende dall'illecito penale debba necessariamente integrare tutti e i medesimi elementi della responsabilità penale della persona fisica. Al contrario, la capacità dell'illecito penale della persona giuridica costituisce un problema essenzialmente normativo, che va sciolto alla stregua d'un'analisi del diritto positivo²⁴.

Ciò che rileva, a questi fini, è in primo luogo vagliare la riferibilità, normativamente intesa, del fatto antiggiuridico ad un dato apparato di produzione dell'azione metaindividuale quale titolo autonomo di responsabilità.

Nel sistema disegnato dal legislatore, l'imputazione collettiva della responsabilità conseguente alla commissione d'un reato avviene al ricorrere di un duplice presupposto, l'uno positivo e l'altro, per così dire, negativo.

A) Deve esistere un nesso qualificato di cooperazione tra l'agente che ha commesso il reato e l'ente che è destinatario dei risultati dell'attività. Tale situazione si ravvisa – seppure in maniera differenziata – sia rispetto a quanti si trovano «in posizione apicale» (nel senso indicato dagli artt. 5, 1° comma, e 6), in quanto investiti di un potere decisionale diretto, sia rispetto a coloro che sono sottoposti alla direzione di questi «se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» (v. gli artt. 5, 1° comma, 7).

Il rapporto funzionale di cooperazione con l'ente collettivo rileva, dunque, non in ragione d'una formale preposizione organica, ma quale conseguenza della cura

²³ Cfr. M. CAMPOBASSO (nota 19), p. 382 ss.

²⁴ In termini generali v. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim* ed esemplificativamente p. 64.

effettiva dell'interesse collettivo, come dimostra il fatto che tra i «soggetti in posizione apicale» sono annoverate le «persone che esercitano, *anche di fatto*, la gestione e il controllo» dell'ente.

B) L'illecito penale deve integrarsi funzionalmente con l'azione collettiva, il che avviene quando si ravvisi l'astratta e potenziale finalizzazione del reato all'attuarsi dello scopo sociale dell'ente, presupposto che nella struttura della fattispecie si ravvisa nel reato commesso «*nel suo interesse o a suo vantaggio*» (all'art. 5, 1° co., ma cfr. pure gli artt. 12, 1° comma, lett. a) e 27-ter).

In questa logica, ai fini dell'imputazione dell'illecito penale alla persona giuridica non rileva l'anomalia dell'azione apprezzata in punto di validità e/o di efficacia dell'atto (come nel caso in cui si dà esecuzione ad una deliberazione nulla o in assenza di un'efficace preposizione gestoria)²⁵. Ciò che conta è, invece, che sussista un nesso tra l'attività e la cura dello scopo sociale, nesso che s'interrompe quando chi agisce opera «nell'esclusivo interesse proprio o di terzi» (art. 5, 2° comma).

Non vi è, quindi, correatità o concorso nel reato²⁶, ma si è in presenza di un'unica fattispecie di reato da cui derivano una duplicità di effetti, che *autonomamente e direttamente* si imputano sia alla persona fisica che ha commesso il fatto sia alla persona giuridica. Ciò è tanto vero che la responsabilità dell'ente *presuppone* la fattispecie criminosa, ma *prescinde* dalla responsabilità penale della persona fisica: l'*autonomia* della responsabilità «amministrativa» è incontrovertibilmente declamata dalla rubrica dell'art. 8 (ma cfr. anche l'art. 60), in quanto la responsabilità dell'ente è disancorata e dall'identificazione dell'autore del reato e dalla sua concreta punibilità²⁷. Allo stesso tempo, l'ente non risponde del reato «quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento» (art. 36, 2° comma).

Nel sistema del diritto positivo, l'assetto organizzativo adottato dall'ente determina l'imputazione della responsabilità nascente dal reato, in quanto l'ente non risponde se dimostra di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione dell'illecito penale²⁸.

A questo fine, l'intensità del nesso di collaborazione con l'autore del reato modula l'onere probatorio che grava sull'ente al fine di andare immune dalle conseguenze dell'illecito penale. Se il reato è commesso da soggetti in posizione apicale (art. 6), la persona giuridica non ne risponde qualora provi che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il modello organizzativo adottato. Quando,

²⁵ F. GUERRERA (nota 17), p. 359.

²⁶ In questo senso v., invece, M. ROMANO (nota 6), p. 410 s.

²⁷ Cfr. S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in ID., M. CERASA-GASTALDO e A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 1 ss., a p. 15.

²⁸ Per un'analisi nel quadro complessivo della fattispecie della responsabilità da reato v. G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90 ss.

invece, il reato è commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione (l'art. 7, 2° comma), l'adozione di un modello organizzativo è sufficiente a determinare l'irresponsabilità della persona giuridica.

6. – Gli elementi strutturali della fattispecie che ho appena illustrato dischiudono gl'interrogativi proposti all'esordio di questa riflessione.

Cosa significa, dunque, *interesse o vantaggio* dell'ente? Il problema è essenzialmente quello di valutare se il mero vantaggio, nel senso della obbiettiva ricaduta di effetti patrimoniali incrementativi, ai fini dell'imputazione della responsabilità possa prescindere dalla programmatica funzionalizzazione della condotta lesiva a realizzare lo scopo del soggetto metaindividuale.

Giova, innanzi tutto, essere consapevoli del diverso portato concettuale e sistematico che l'alternativa propone, ciò che è possibile fare raffrontando la gestione rappresentativa, la gestione d'affari altrui, la responsabilità per fatto degli ausiliari.

La cura programmata dell'interesse alieno, nella forma della cooperazione rappresentativa, consente la produzione di effetti nella sfera giuridica del rappresentato. Al contrario quando chi agisce non è investito di alcun incarico, l'oggettiva utilità dell'attività gestoria non è di per sé sufficiente a modificare la sfera giuridica del gerito. D'altra parte, se l'imputazione della responsabilità prescinde da qualsiasi nesso funzionale tra la condotta lesiva e l'interesse curato, si entra nel campo della responsabilità oggettiva conseguente alla mera assunzione d'un rischio, com'è appunto il caso della responsabilità «dei padroni e dei committenti» (art. 2049 c. civ.); fattispecie che nel sistema dell'illecito civile si giustifica e presuppone che il soggetto chiamato a risarcire il danno sia nella posizione migliore per sopportare tale costo, in quanto capace di socializzarlo²⁹.

Ciò è confermato con riguardo alla produzione e imputazione degli effetti dell'illecito civile a livello metaindividuale: la *finalità* dell'azione segna la linea di displuvio che, nella rappresentanza organica, consente di distinguere l'illecito i cui effetti ricadono esclusivamente sul rappresentate che lo ha commesso, da quello i cui effetti devono invece riferirsi all'ente. L'utilità conseguita dalla persona giuridica costituisce, in quest'ultimo caso, un mero riflesso dell'interesse che ha ispirato l'azione³⁰. Nel modello di responsabilità che deriva dal fatto dei dipendenti (art. 2049 c.c.), invece, non rileva la finalità dell'azione, quanto il mero rapporto di preposizione.

Cosa significa modello di organizzazione *idoneo* a prevenire il reato? Non v'ha dubbio che la commissione del reato è l'indice inequivoco dell'inadeguatezza del sistema adottato a prevenire *in concreto* il perpetrarsi dell'illecito. È poi evidente, al fine di vagliare l'*idoneità* del modello organizzativo adottato, che lo stesso

²⁹ V. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 31 ss., 81 ss. (ed in termini generali cfr. anche R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole*, 1999, pp. 393 ss.).

³⁰ F. GUERRERA (nota 17), p. 333 s.

metro di giudizio può di molto differire a seconda delle informazioni di cui si dispone. L'esito della valutazione è significativamente differente se si considerano le informazioni di cui dispongono: *a*) gli amministratori (distinguendosi allora necessariamente la posizione degli amministratori delegati da quella degli amministratori non delegati: cfr. art. 2385 c. civ.); *b*) il socio c.d. imprenditore e il socio di minoranza; *c*) i creditori dell'impresa.

7. – Rispetto a questi interrogativi, è possibile registrare tre diverse possibili traiettorie costruttive e concettuali, di cui è opportuno segnalare sinteticamente le possibili ricadute anche in termini applicativi.

La prima radica il criterio d'imputazione della responsabilità nella «colpevolezza di organizzazione», sul presupposto che un *deficit* nell'organizzazione dell'ente abbia in concreto contribuito alla realizzazione dell'illecito penale da parte della persona fisica. Tale colpevolezza nell'organizzazione individua «una forma inedita di partecipazione dell'ente nel reato altrui», richiedendosi un legame specifico tra la violazione organizzativa e il singolo fatto criminoso³¹.

Alla colpa da/dell'organizzazione si contrappone, in maniera quasi speculare, l'idea che fonda la responsabilità amministrativa nel *rischio d'impresa* e che collega l'imputazione delle conseguenze del reato ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Questa lettura valorizza in maniera significativa quale autonomo criterio di ascrizione della responsabilità *l'obbiettivo vantaggio* che all'ente sia derivato dal reato, sì che si determina una responsabilità di riflesso. Proprio perché si tratta d'una responsabilità oggettiva che si radica in un rischio da organizzazione, ciò che rileva al fine d'impedire la responsabilità è la prova dell'interruzione del nesso causale (e argomento si trae dall'art. 5)³².

A queste proposte interpretative credo che sia possibile contrapporre una lettura ulteriore, che valorizza quale criterio d'imputazione la sfera *effettiva* di controllo del soggetto metaindividuale. Non, dunque, un'indagine sul difetto dell'organizzazione che ha concorso a cagionare il reato, ma piuttosto una valutazione oggettiva quanto all'adeguatezza dell'organizzazione di cui il soggetto collettivo si è dotato. Non il rischio d'impresa e la responsabilità oggettiva, ma un'indagine in ordine al comportamento socialmente atteso, che dipende essenzialmente dai costi che, alla stregua di un criterio di razionalità economica, l'ente è chiamato sostenere al fine di predisporre un assetto organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati.

Quest'ultima lettura già consente di argomentare una proposta interpretativa, in quanto impone di devalorizzare nel novero degli elementi strutturali della

³¹ M. ROMANO (nota 6), p. 406 ss. Il punto è ad es. messo in rilievo da S. VINCIGUERRA (nota 27), p. 20: «il modello, sebbene astrattamente idoneo a prevenire il reato, non se ne è in concreto rivelato capace ed allora non è ragionevole far dipendere l'irresponsabilità dell'ente dall'adozione di un modello il quale, sebbene astrattamente idoneo a prevenire il reato, ha in concreto fallito la prova».

³² N. IRTI (nota 8), p. 697.

fattispecie il *mero* vantaggio che l'ente ha tratto dal reato³³. La valutazione in ordine al controllo atteso dall'ente sulla propria attività implica che debba potersi riconoscere un dato programmatico, consistente nel fatto che l'agire del preposto mira a realizzare un fine attuativo dello scopo sociale.

Se così è, l'interesse o il vantaggio costituiscono nella struttura della norma un'endiadi, come peraltro dimostra anche: *i*) l'art. 25-ter – articolo inserito dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – che per i reati societari fa riferimento al solo interesse; *ii*) *a contrario* la norma che esclude l'imputabilità quando il reo ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, e dunque evidentemente a prescindere dal vantaggio che l'ente ha in concreto conseguito (art. 5, 2° comma); *iii*) l'art. 11, 1° comma, che fa riferimento al «grado di responsabilità»; *iv*) infine, l'eventuale sussistenza di un interesse modesto a fronte di un vantaggio inesistente o minimo, che giustifica la riduzione della pena (art. 12, 1° comma, lett. *a*)).

8. – È evidente che una scelta tra le opzioni ricostruttive appena prospettate dipende in misura decisiva dalla funzione che si voglia affidare alla «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche».

In effetti, uno dei temi fondamentali che si considera quando si discute della funzione dei *corporate crimes* nell'ordinamento che a tale istituto ha dato l'impulso più significativo e che ne ha determinato la circolazione tra i sistemi giuridici³⁴, è quello di verificare come esso si coordini con i problemi di razionalità economica sottesi alla persona giuridica. E ciò perché la soggettività collettiva, nel fissare le regole che consentono di 'socializzare' il rischio di impresa, mira a favorire e incentivare la diversificazione degli investimenti, a ridurre i costi di monitoraggio in capo ai creditori, a facilitare il trasferimento delle partecipazioni sociali³⁵.

³³ Per questa stessa conclusione v. anche se sulla base di argomentazioni differenti: D. PULITANÒ (nota 2), p. 430; A. FIORELLA, *Premesse sulla responsabilità amministrativa dell'ente collettivo*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società* (nota 2), p. 7 ss., a p. 11, e ID. (nota 2), p. 88 ss., secondo il quale questa interpretazione appare idonea a garantire «la conformità della disciplina al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale» (p. 90).

³⁴ Sul modello elaborato dai sistemi di *common law* v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pp. 12 ss., 144 ss. Cfr. anche B. FISSE e J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime, and Accountability*, Cambridge, 1993.

³⁵ Su questi aspetti, che devono ritenersi oggi pacificamente acquisiti, si v. per alcuni spunti P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 106 ss.; in chiave storica v. l'analisi di F.-W. HENNING, *Grundlinien der wirtschaftswissenschaftlichen Meinungen zum Problem der Haftungsbeschränkung*, in H. COING e W. WILHELM (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. VI, *Zur Verselbständigung des Vermögens gegenüber der Person im Privatrecht*, Frankfurt am M., 1982, p. 21 ss.; e soprattutto H. HANSMANN e R. KRAAKMANN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, estratto da *questa Rivista*, 2001, p. 21 ss., e H. HANSMANN e R. KRAAKMANN, *What is Corporate Law?*, in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, p. 1 ss.

In questa logica, è opportuno interrogarsi se risponda a criteri di razionalità economica, nonché se sia compatibile con i principi del sistema, prevedere che per i reati commessi dagli amministratori, o da soggetti ad essi dirittamente sottoposti, paghino di tasca propria gli azionisti di minoranza ovvero i soci non amministratori, i prestatori di lavoro autonomo o subordinato e quanti, come i creditori della società, sull'attività amministrativa dell'ente non hanno alcun controllo³⁶.

Qualora, infatti, la società sia ritenuta responsabile di reati quali, ad esempio, la concussione o la corruzione, si possono determinare conseguenze economiche particolarmente pregiudizievoli per l'impresa, che nei casi più gravi possono arrivare all'interdizione dall'esercizio dell'attività, alla sospensione o alla revoca di licenze e delle concessioni necessarie all'attività sociale, al divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, al divieto di pubblicizzare i propri beni e servizi (art. 13 ss.). La responsabilità amministrativa, in questi casi, colpisce certamente il patrimonio della società nel cui interesse il reato è stato realizzato, e dunque 'punisce' la persona giuridica, ma ciò concretamente significa che la sanzione si riflette nel patrimonio di quanti hanno intrecciato, attraverso lo schermo giuridico dell'ente, rapporti contrattuali di lavoro, di credito, di investimento³⁷.

Il problema fondamentale posto dalla responsabilità amministrativa della persona giuridica è pertanto ed essenzialmente quello di valutare attraverso quali regole e istituti, e poi attraverso quali proposte interpretative nella ricostruzione degli stessi, sia possibile incidere sui processi decisionali dell'impresa, sollecitando una risposta efficiente in termini di processi di autoregolazione e di controllo³⁸.

Ne deriva la centralità della riflessione sulla dimensione *organizzativa* della soggettività metaindividuale³⁹.

³⁶ Per questo modello analitico si v. D.R. FISHEL e A.O. SYKES, *Corporate Crime*, in *J. of Legal Studies*, 25 (1996), p. 319 ss.

³⁷ Il paradosso può sembrare ancora più evidente appena si consideri che tra i reati che determinano la responsabilità penale della persona giuridica vi sono anche il falso in bilancio e le false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.), così che l'investitore o chi ha prestato il proprio denaro alla società avendo formato il proprio convincimento sulle risultanze delle scritture contabili, può vedere rilevante pregiudicate le proprie ragioni patrimoniali proprio a causa della falsità dei documenti contabili che avevano motivato l'operazione economica; con il che l'investitore o il creditore rischia di essere penalizzato due volte.

³⁸ G. TEUBNER, "Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung, in *ZGR*, 1983, p. 34 ss. Cfr. anche, in una diversa prospettiva metodologica, D. LANGEVOORT, *Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (and Cause Other Social Harm)*, in (*U. Pa. L. Rev.*, 146 [1997], p. 101 ss., ed ora parzialmente riprodotto in) C. SUNSTEIN (a cura di) *Behavioral Law and Economics*, Cambridge-New York, 2000, p. 144 ss.

³⁹ Per C. ANGELICI (*La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 33) «[l'] esigenza di incentivare la predisposizione di tecniche organizzative in grado di monitorare adeguatamente i comportamenti di chi opera per e nell'organizzazione (un'esigenza, si può ora osservare, esplicita nella disciplina del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: ove appunto in virtù dell'art. 6 l'adozione

In particolare, acquistano giuridica rilevanza le concrete modalità in cui si programma e si attua l'agire del soggetto collettivo: sia nella definizione dei poteri e delle funzioni degli organi, sia nell'individuazione dei processi decisionali e delle conseguenti «procedure» gestionali, sia per quanto concerne il sistema della rilevazione e verifica contabile⁴⁰.

Da tali scelte organizzative, infatti, derivano rimarchevoli conseguenze sia con riguardo alla rilevanza per i terzi dell'agire del soggetto metaindividuale, essendo capace di (o *di non*) determinare l'ascrizione di atti e fatti giuridici (così è per l'imputazione degli stati soggettivi, oltre che per la responsabilità extracontrattuale)⁴¹; sia sul piano dei rapporti interni, costituendo il parametro alla stregua del quale vagliare la corretta gestione degli amministratori (cfr. esemplarmente gli artt. 2381, 5° comma, e 2403, 1° comma, c. civ. per quanto concerne la responsabilità dei sindaci)⁴².

Posto il problema in questi termini, la responsabilità penale degli enti mira a promuovere l'efficienza del sistema economico e la funzione selettiva del mercato in una duplice prospettiva.

Da un lato, previene che la persona giuridica tragga vantaggio dai reati compiuti dai propri amministratori, rimuovendosi così una sostanziale impunità per l'organizzazione imprenditoriale che può trarre un beneficio dalla commissione del reato; dunque, elide ogni incentivo a che l'impresa favorisca o comunque non ostacoli il crimine dei propri 'colletti bianchi'⁴³.

Al tempo stesso, attraverso la sanzione penale si vuole creare un rilevante incentivo sul soggetto collettivo a farsi carico dei costi economici di prevenzione del reato, senza trasferirli sulla collettività (ovvero, come suole dirsi nel gergo economicistico, ad 'internalizzare' tali costi).

Ciò spiega perché l'ente possa sottrarsi alla responsabilità qualora dimostri di avere adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il che significa che l'ente dovrà monitorare la propria attività al fine di verificare la possibilità che si realizzino comportamenti illeciti, dovrà prevedere

di un adeguato modello organizzativo è ragione di esonero della responsabilità)». Più in generale, sul tema è d'obbligo il riferimento a P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, rist., Milano, 1976.

⁴⁰ Su questo tema si veda la diffusa ricerca di G. SPINDLER, *Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001; e nella letteratura italiana si cfr., anche con riferimenti al tema della «responsabilità amministrativa», M. IRRERA, *Assesti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

⁴¹ Cfr. ancora M. CAMPOBASSO (nota 19), p. 363 ss.

⁴² G. SPINDLER (nota 40), p. 841 ss.; G. GUIZZI, *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti: alcune implicazioni civilistiche*, testo della relazione tenuta al convegno Abi, Roma 22 novembre 2004.

⁴³ In questo modo, attraverso la responsabilità penale si vuole 'colpire' l'organizzazione che trae vantaggio dall'attività illecita, v. F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p. 29 ss.

modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati, infine dovrà dotarsi di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle procedure previste dal modello di organizzazione. Ciò, più in radice, spiega perché il dotarsi di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati costituisca per l'ente un mero *onere*, non invece un obbligo, ponendosi la medesima opzione di dotarsi (*o non*) di tale sistema di regole all'esito d'una scelta economica e imprenditoriale che il soggetto collettivo compie.

Punire, oltre alla persona fisica che ha commesso il reato, anche la persona giuridica consente di migliorare l'efficienza del sistema economico se ciò orienta la preferenza degli investitori e dei creditori verso gli enti virtuosi che hanno investito le proprie risorse nella prevenzione dei reati. Infatti, il nuovo sistema della responsabilità penale concorre a creare un regime di concorrenza tra le regole di *governance* di cui ciascun ente si è dotato e un mercato degli statuti e delle regole di organizzazione dell'impresa tra i quali gli investitori sono chiamati a scegliere. Al tempo stesso, il valore di mercato dell'impresa è inevitabilmente destinato ad incorporare il fatto di avere (o di non avere) attuato un modello di prevenzione dei reati capace di sottrarre il patrimonio sociale al rischio di sanzioni penali.

Se la finalità che si persegue attraverso il nuovo sistema sanzionatorio degli enti è consentire al mercato di orientarsi verso quelle organizzazioni collettive che abbiano adottato adeguati sistemi di prevenzione dei reati, è evidente che l'idoneità degli stessi deve essere considerata alla stregua di indici che possano essere agevolmente riconoscibili *anche* all'esterno della società dai creditori e dagli investitori, in modo tale da poterne determinare in maniera efficiente il comportamento. (Un indizio in questa direzione mi pare emerga espressamente dalla norma che all'art. 6, 2° comma, lett. *c*), impone di individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati.)

9. – Da quanto detto, credo sia possibile pervenire alle seguenti conclusioni.

a) Non ha senso gius-economico imporre la responsabilità «amministrativa» in ragione di comportamenti che sono fuori dalla sfera di controllo dell'ente, specie se ciò avvenga a seguito della rilevazione di un mero riflesso contabile favorevole.

b) Il modello di imputazione del reato alla persona giuridica presenta evidenti punti di contatto con le regole e i principî che governano l'ascrizione dell'illecito civile all'ente metaindividuale.

c) La valutazione in ordine all'aver «adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei» dovrà essere considerato con riguardo alle informazioni di cui dispongono i creditori e gli amministratori non delegati. Non a caso, la previsione normativa fa riferimento a reati «della *stessa specie* di quello verificatosi» (art. 6, 1° comma, lett. *a*),

dovendosi quindi dimostrare la normale idoneità del modello organizzativo adottato a prevenire quella *specie* d'illeciti e non *quello specifico* fatto illecito⁴⁴.

d) I costi di cui è ragionevole gravare l'ente, nella predisposizione d'un assetto organizzativo idoneo ad evitare che il reato dei preposti si comunichi alla persona giuridica, sono quelli inerenti alla prevenzione, non invece quelli sottesi all'accertamento e alla repressione del reato storicamente occorso.

e) La responsabilità amministrativa costituisce una fattispecie ibrida di responsabilità, che evidenzia elementi non distanti da quella che si riconoscono nella pena privata, quale reazione all'illecito civile di carattere non risarcitorio⁴⁵. Che, infatti, la logica della sanzione non sia quella strettamente connessa alla sanzione penale del reato, lo testimonia il fatto che il termine di prescrizione del reato resta sospeso «fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio» (art. 23, 4° comma), in ciò coerentemente alla regola che si legge all'art. 2945, 2° comma, c. civ.

10. – Alla luce di queste premesse, è possibile vagliare anche il reato che si colloca nella dinamica del gruppo di società. In questo caso, la riferibilità e l'imputazione soggettiva del fatto criminoso al singolo ente pone essenzialmente l'interrogativo in ordine alla sua possibile 'comunicazione' alle altre società del gruppo e, segnatamente, alla società che esercita attività di direzione e coordinamento.

Non interessa, in questa sede, considerare le ipotesi di concorso nell'illecito penale, come potrebbe essere il caso in cui il reato è frutto di istruzioni impartite dagli amministratori della società controllante agli amministratori della controllata. In questo caso, infatti, la «responsabilità amministrativa» ricadrà su entrambe le società.

Si pensi, invece, al reato commesso da un soggetto che rivesta posizioni «apicali» nell'ambito di più società appartenenti al medesimo gruppo, al caso in cui il reato è commesso dall'amministratore di fatto della società controllata che è anche amministratore della controllante, al reato commesso dagli amministratori della società 'figlia' per realizzare un interesse proprio della società 'madre', infine al caso in cui gli «apicali» della società controllante sono a conoscenza del fatto che sono stati commessi reati dai quanti agiscono per conto della controllata.

La ragione dell'interrogativo si coglie agevolmente, perché in presenza di una attività di direzione e coordinamento è possibile apprezzare l'unità economica e organizzativa dell'impresa di gruppo, anche a fronte della sua frammentazione in una pluralità di regimi di imputazione soggettiva: così è in materia di

⁴⁴ A. FIORELLA (nota 2), p. 99.

⁴⁵ Per l'inquadramento sistematico v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 770 ss.; e per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli. *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 893 ss.

responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori sociali (art. 2497 ss. c. civ.)⁴⁶, ma anche, ad esempio, in ordine all'imputazione della responsabilità ambientale⁴⁷; così è, anche, in materia di comunicazione degli stati soggettivi e delle informazioni rilevanti tra le società del gruppo⁴⁸.

Ad una prima e preliminare ricognizione, la disciplina della responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche non prevede norme che possano riferirsi al gruppo di società come tale, atteso che la fattispecie si ispira ad una concezione atomistica della responsabilità «amministrativa». Al contempo, non mancano regole, come quelle in materia di trasformazione soggettiva dell'ente (artt. 28 ss.), che evidenziano l'attenzione del legislatore per l'effettiva organizzazione dell'impresa, piuttosto che per la sua formale imputazione giuridica.

Anche in questo caso, la soluzione del problema appare in larga misura condizionata dalle premesse che si accolgono in ordine alla funzione e alla natura della responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche. Può giovare, ai fini di questa analisi, riprendere le impostazioni di vertice che sono state sopra discusse e verificarne le possibili traiettorie nell'analisi del tema dei gruppi di società⁴⁹. a) Se autonomo titolo di imputazione della responsabilità è il «vantaggio» dell'ente, non v'è dubbio che il vantaggio economico della controllata di regola si riflette in un vantaggio mediato della controllante; e ciò a maggior ragione se si ritenga di voler accogliere la dottrina per la quale la società-*holding* esercita mediatamente attività d'impresa. b) Se la *ratio* della disciplina è quella della colpa da organizzazione, la responsabilità della società controllante potrebbe affermarsi in relazione al fatto che, nell'esercizio del potere di direzione e coordinamento e nell'ambito dei doveri di vigilanza *anche* sull'assetto organizzativo del gruppo (cfr. art. 2381, 5° comma, c. civ.), si determina un'ipotesi di concorso omissivo della controllante rispetto al reato che si imputa alla controllata.

⁴⁶ Sul problema dei gruppi di società v. C. ANGELICI (nota 39), p. 135 ss.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1257 ss.; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 1022 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61. ss.

⁴⁷ Per un cenno significativo all'art. 2, comma 6°, della Direttiva 21 aprile 2004, n. 2004/35/Ce, *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, alla stregua del quale per «operatore» si intende «qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o *controlla* un'attività professionale», si v. U. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale*, estratto dalla *Rass. dir. pubbl.*, 2003, p. 137 ss., a p. 147 s. Sul tema cfr. anche H.P. WESTERMANN, *Umwelthaftung im Konzern*, in *ZHR*, 155 (1991), p. 223 ss.

⁴⁸ Il tema è stato indagato in particolare dalla letteratura tedesca, v. G. SPINDLER (nota 40), p. 945 ss.; W. SCHUELER, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, Berlin, 2000; J. DREXEL, *Wissenszurechnung im Konzern*, in *ZHR*, 161 (1997), p. 491 ss.

⁴⁹ V. *supra* paragrafo 2.

Al contrario, se – come sono propenso a ritenere – la responsabilità discendente da reato della persona giuridica identifica necessariamente un rischio *specifico*, e come tale necessariamente valutabile, che grava sul patrimonio della singola persona giuridica, ne deriva che la responsabilità può predicarsi solo in relazione a ciascun soggetto collettivo, competendo esclusivamente ai suoi amministratori la scelta di (o *di non*) dotare l'ente di un assetto organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati⁵⁰. Non a caso, il decreto ha cura di distinguere la responsabilità patrimoniale dell'ente dalle conseguenze patrimoniali che discendono dalla responsabilità derivante da reato: l'art. 27, 1° comma, prevede, infatti, che la responsabilità patrimoniale conseguente all'irrogazione della sanzione amministrativa ricade *esclusivamente* sull'ente (quindi non ad es. anche sui soci illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali) e, allora a maggior ragione, non sulla società controllante.

Un buon punto di osservazione per vagliare quanto si dice è dato dal caso in cui l'inserimento formale nell'apparato organizzativo del soggetto che ha commesso il reato non è sufficiente a fungere da criterio univoco di imputazione del reato, come nel caso in cui l'illecito sia stato commesso da un soggetto che riveste un ruolo apicale in più società del gruppo e rispetto al quale si pone un problema preliminare d'identificare su quale ente ricade la responsabilità ovvero se li riguardi indistintamente tutti.

Nel caso di codipendenza di un organo da due persone giuridiche, il criterio discrezionale deve necessariamente collegarsi all'accertamento degli obiettivi del potere di cui l'organo è titolare e, segnatamente, il criterio di ascrizione della responsabilità all'ente è costituito dall'*interesse pratico* effettivamente perseguito e gerito dall'organo⁵¹. (A questo riguardo, l'imputazione dell'azione di un organo è agevolata dalla spendita del nome dell'ente, effettuata dal rappresentante, e dalla collocazione dell'atto, da cui origina l'illecito, in un procedimento organizzativo ad esso esclusivamente riferibile.)

Ciò mi pare possa giustificarsi sino al limite in cui la società controllata non è altro che un vuota forma giuridica, che serve esclusivamente a schermare la responsabilità della controllante ovvero quando il rapporto tra controllante e controllata è talmente penetrante che quest'ultima debba considerarsi un rappresentante o un mero strumento della società madre⁵². Casi nei quali, anche nella responsabilità «amministrativa», possono utilmente invocarsi le tecniche del

⁵⁰ Per taluni spunti si cfr. F. DENOZZA, *Sanzioni alle imprese, paracadute per i gruppi*, in *Il Sole – 24 Ore*, venerdì 9 luglio 2006, p. 26.

⁵¹ Cfr. F. GUERRERA (nota 17), p. 336 s. Per una conferma comparatistica si v. *United States vs Bestfoods et. al.*, 524 U.S. 51 (1998), HN12 (S. Ct.): il caso sottoposto alla Corte Suprema originava da un illecito ambientale commesso da un organo di una società controllata (*subsidiary*), in base al quale veniva richiesta l'estensione della responsabilità anche alla controllante (*parent corporation*); la Corte ha concluso che, in linea di massima, si deve negare che la società esercente il controllo sia responsabile per gli illeciti delle subalterne.

⁵² Una simile presunzione è stata accolta anche nell'ordinamento statunitense, cfr. *United States vs Bestfoods et. al.*, cit., p. HN29.

superamento della personalità giuridica e così pure può considerarsi la società controllante amministratore di fatto della controllata (tesi quest'ultima più agevolmente sostenibile a séguito della riforma del diritto societario che ha risolto in senso affermativo il problema della persona giuridica amministratore [cfr. art. 2361, 2° comma, c. civ.]⁵³).

⁵³ Cfr. A. RICCIO, *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 314 ss. La soluzione è coerente con quella adottata nei principali ordinamenti europei, cfr. H. FLEISCHER, *Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrechts*, in *RIW*, 2004, p. 16 ss.