

Ar2

Enrica Villani

**Alle radici del concetto di
“colpa di organizzazione”
nell’illecito dell’ente da reato**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A–B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5454-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2012

A mio padre

INDICE GENERALE

Premessa	p. 7
----------------	------

CAPITOLO I

ORGANISATIONSVerschULDEN E RESPONSABILITÀ DELL'ENTE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

Sezione Prima

La responsabilità dell'ente nel sistema dell'OWiG

1. Problemi generali della responsabilità dell'ente nel diritto penale tedesco	p. 11
2. Il modello ascrittivo delineato dal paragrafo 30 dell' <i>OWiG</i> . L'immedesimazione organica come logica di base per l'attribuzione dell'illecito <i>amministrativo</i> all'ente	p. 15
3. Il criterio della violazione dei doveri incombenti sull'ente (<i>Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen</i>)	p. 17
3.1. <i>Segue</i> . I rapporti con il paragrafo 130 dell' <i>OWiG</i> e la responsabilità dell'ente come responsabilità 'per l'organizzazione difettosa'	p. 19
4. <i>Segue</i> . Responsabilità autonoma dell'ente (§ 30, comma 4), difetto organizzativo e accertamenti presuntivi della responsabilità	p. 23
5. <i>Compliance programs</i> , colpa d'organizzazione e criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria	p. 27
6. Contenuto e fonti degli obblighi di organizzazione e con-	

trollo	p. 31
7. Conclusioni	p. 33

Sezione Seconda

*Responsabilità penale dell'ente e 'colpa
d'organizzazione' nelle prospettive della dottrina tedesca*

8. Le 'resistenze' all'adattamento della colpevolezza penalistica nei confronti dell'ente e le soluzioni alternative	p. 36
8.1. La 'pericolosità' dell'ente e lo 'stato di necessità del bene giuridico' (<i>Rechtsgüternotstand</i>) quale criterio di legittimazione della responsabilità	p. 38
9. La 'colpa di organizzazione' quale criterio di imputazione dell'illecito all'ente nelle elaborazioni della dottrina tedesca...	p. 45
9.1. Origine e contenuto del concetto. <i>Actio libera in causa</i> e pre-colpevolezza	p. 45
9.2. Difetto organizzativo, caratteristiche strutturali dell'ente e colpevolezza 'in senso sociale'	p. 47
9.3. <i>Segue</i> . L'illecito dell'ente quale 'illecito di sistema' (<i>Systemunrecht</i>)	p. 51
9.4. La responsabilità dell'ente per la difettosa gestione del rischio tipico d'impresa (<i>fehlerhaftes Risikomanagement</i>)	p. 55
10. La definizione dei doveri (individuali) di corretta organizzazione. Ulteriori prospettive	p. 58
11. Conclusioni	p. 61

CAPITOLO I I

LA LACUNA ORGANIZZATIVA NEL MODELLO AUSTRIACO DEL
VERBANDSV ERANTWORTLICHKEITSGESETZ

1. L'affermazione della responsabilità 'para-penale' dell'ente nell'ordinamento austriaco, tra esigenze di politica criminale e incertezze dogmatiche.....	p. 65
2. L'imputazione dell'illecito tra immedesimazione organica e lacuna organizzativa. La commissione del 'reato apicale' come presunzione (quasi) assoluta dell'organizzazione difettosa dell'ente.....	p. 68
3. La 'colpa' organizzativa dell'ente quale presupposto per l'imputazione nel caso del reato del <i>Mitarbeiter</i>	p. 72
3.1. <i>Segue</i> . La valutazione 'soggettiva' del difetto di organizzazione.....	p. 74
4. Responsabilità dell'ente 'da reato' ovvero responsabilità 'originaria' per il difetto organizzativo. L'ipotesi del c.d. torto cumulativo dei subordinati (la pluralità di contributi indipendenti singolarmente irrilevanti)	p. 76
4.1. <i>Segue</i> . Il fatto colposo del subordinato e la responsabilità dell'ente per la oggettiva violazione della regola cautelare. I disvalori oggettivi 'di evento' nella struttura dell'illecito dell'ente.....	p. 80
5. Conclusioni.....	p. 82

CAPITOLO III

LA 'CARENTE ORGANIZZAZIONE INTERNA' NEL SISTEMA SVIZZERO DI
RESPONSABILITÀ PENALE DELL'IMPRESA

1. L'evoluzione del sistema svizzero. La responsabilità 'riflessa' dell'ente e i reati 'di situazione' (" <i>infractions situationnelles</i> ") nel sistema previgente alla riforma del 2003.....	p. 85
2. Responsabilità dell'ente e 'colpevolezza sociale' dell'impresa. La carente organizzazione interna quale cuore dell'imputazione nella disciplina dell'art. 102 c. p.	p. 87
3. La responsabilità c.d. sussidiaria dell'impresa	p. 92
3.1. <i>Segue</i> . La impossibilità di imputare il reato ad una persona fisica determinata (<i>Nichtzurechenbarkeit</i>). La prova della colpa di organizzazione dell'ente quale alternativa alla prova della colpevolezza individuale?	p. 93
3.2. Il problema della derivazione del reato dalla carenza organizzativa: la responsabilità dell'ente come responsabilità "per l'opacità della struttura organizzativa"?	p. 98
3.3. 'Rimproverabilità' dell'ente e difetto oggettivo di organizzazione	p. 101
3.4. Responsabilità sussidiaria e 'carente organizzazione interna' nelle prime applicazioni giurisprudenziali	p. 103
4. La responsabilità 'primaria' dell'impresa come responsabilità per l'omesso impedimento del reato	p. 104
4.1. <i>Segue</i> . La 'necessarietà' delle misure organizzative per la prevenzione del reato (<i>erforderlichen Vorkehren</i>). La lacuna 'specificata' (e non la disorganizzazione generale) come	

critério di imputazione dell'illecito all'ente	p. 109
4.2. La 'esigibilità' delle misure per impedire il reato (<i>zumutbaren Vorkehren</i>)	p. 110
5. L'accertamento del difetto organizzativo e l'individuazione degli obblighi di corretta organizzazione	p. 112
6. <i>Segue</i> . Il problema delle fonti normative e il rilievo della autoregolamentazione. I <i>compliance programs</i>	p. 114
7. <i>Segue</i> . Contenuto essenziale degli obblighi preventivi e 'rischio tipico' d'impresa. In particolare, nell'ambito della prevenzione del riciclaggio e della corruzione	p. 116
8. Gravità della lacuna organizzativa e commisurazione della sanzione pecuniaria	p. 120
9. Conclusioni	p. 121

CAPITOLO IV

RISULTATI DELL'INDAGINE SUGLI ORDINAMENTI STRANIERI E PROFILI DI COMPARAZIONE CON L'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa	p. 123
2. Dall'immedesimazione organica all'atteggiamento complessivo dell'ente. Posizione 'significativa' dell'autore dell'illecito e 'lacuna organizzativa' quali criteri 'integrati' per la ricostruzione della 'volontà' dell'ente	p. 124
2.1. Il rapporto tra i due criteri nel sistema italiano di responsabilità 'da reato'	p. 130
2.1.2. <i>Segue</i> . Onere della prova, lacuna organizzativa e	

presunzione di imputazione	p. 133
3. La ‘lacuna organizzativa’ nella struttura dell’illecito dell’ente e il problema della responsabilità dell’ente per la sua ‘propensione all’illecito’	p. 137
3.1. La responsabilità dell’ente nel D. Lgs. 231/2001 e le sue ‘connessioni’ con il fatto di reato realizzatosi	p. 140
3.2. <i>Segue.</i> La lacuna rilevante quale assenza, inadeguatezza o violazione della ‘particolare’ regola per la prevenzione dello ‘specifico’ reato realizzatosi	p. 144
3.3. <i>Segue.</i> L’irrelevanza del modello organizzativo ‘formalmente inteso’ in alcune recenti pronunce di merito	p. 146
4. Rapporti tra la lacuna organizzativa quale criterio ascrittivo e la ‘colpevolezza’ dell’ente. Spunti dall’ordinamento italiano	p. 147
5. Il problema della inesigibilità del ‘comportamento’ dell’ente. La lacuna non ‘ragionevolmente’ colmabile nel lasso di tempo a disposizione dell’ente: tra suggestioni comparatistiche e prime applicazioni giurisprudenziali	p. 149
6. Il problema della responsabilità dell’ente per un fatto che non raggiunga la soglia della rilevanza penale (i casi della mancata individuazione dell’autore del reato e del reato colposo). La responsabilità dell’ente per disvalori oggettivi quali riconducibili alle conseguenze dannose della disorganizzazione	p. 151
 BIBLIOGRAFIA GENERALE	 p. 157

PREMESSA

Nello studio della responsabilità ‘da reato’ degli enti, un ruolo sempre maggiore viene assumendo l’indagine sul significato e l’esatta collocazione della ‘colpa di organizzazione’ o, più in generale, della ‘lacuna organizzativa’ nel quadro dei criteri soggettivi di imputazione.

I risvolti più significativi della problematica si colgono specialmente ove si consideri la possibilità di attribuire all’ente una responsabilità *penale o di natura ad essa assimilabile*.

In linea generale, infatti, l’affermazione progressiva del coinvolgimento dell’ente collettivo nell’ambito del diritto penale, per ragioni di politica criminale o per l’adempimento di obblighi internazionali, inevitabilmente sollecita l’approfondimento del problema collegato alla necessità o alla possibilità di costruire un modello di illecito che assicuri il rispetto delle fondamentali garanzie penalistiche tipicamente connesse all’irrogazione di misure sanzionatorie dai contenuti afflittivi rilevanti. E’ in questa prospettiva che la preoccupazione maggiore ha riguardato – come noto – la problematica della ‘colpevolezza’ dell’ente e più in generale dei parametri soggettivi di attribuzione dell’illecito.

Si è così venuta delineando una sensibilità comune, nel quadro di discipline assai diverse, negli ordinamenti europei ed extra-europei, sulla opportunità di tenere in conto i meccanismi decisionali ed organizzativi caratteristici delle organizzazioni pluripersonali, nel tentativo di ricostruire il percorso di formazione della ‘volontà’ dell’ente in quanto distinta e autonoma rispetto a quella della persona fisica. Sono stati in vario modo valorizzati i concetti di ‘difetto organizzativo’, ‘politica d’impresa’¹, ‘colpa di organizzazione’.

¹ Nella dottrina italiana apre la via a simili elaborazioni evidenziando il significato centrale della politica d’impresa nel garantire la personalità della responsabilità dell’ente F. BRICOLA nel noto scritto *Il costo del principio «societas delinquere non potest»*, cit., p. 1011;

È parimenti significativo che l'evoluzione registrata nell'ultimo decennio delle discipline nazionali, sovranazionali ed internazionali sulla responsabilità penale o para-penale degli enti collettivi sia consistita in larga parte nel rivedere il fondamento e la struttura dei modelli esistenti, sia pure solo attraverso adattamenti giurisprudenziali, o introducendo nuovi modelli di responsabilità i cui criteri di imputazione risultino più attenti al ruolo delle dinamiche organizzative interne².

Rispetto ad un panorama così articolato, una prospettiva di analisi che appare utile sembra quella di considerare in un'ottica comparatistica gli indirizzi emergenti negli ordinamenti di lingua tedesca, i quali per ragioni di carattere storico si considerino riconducibili ad una comune matrice di pensiero. La scelta si collega all'idea di comprendere come la problematica sia maturata nel contesto di un sistema – e ciò vale particolarmente per quello tedesco -

Id., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, I, 1979, p. 659 e ss.

² A titolo esemplificativo si considerino, oltre al sistema svizzero (su cui *infra*, capitolo terzo), le recenti fattispecie introdotte nel Regno Unito come reati “dell’ente”, e cioè il “*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide*” e il “*Failure of commercial organisation to prevent bribery*”. Su tali discipline: J. GOBERT, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in the making but was it worth the wait?*, in *Mod. L.R.*, 2008, 413; S. GRIFFIN, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform?*, in *J.C.L.*, 2007, p. 151; R. MATTHEWS, *Blackstone's Guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, OUP Oxford, 2008; D. ORMEROD, R. TAYLOR, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Crim L. R.*, 2008, p. 589; G.R. SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: (1) An Overview*, in *Crim. L.R.*, 2011, n. 2, p. 87 e ss.; L. ULLRICH, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide ACT 2007*, VDM Verlag, 2007; M.G. WELHAM, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide*, Tottel, 2008; C. WELLS, *Bribery: Corporate Liability under the Draft Bill 2009*, in *Crim. L. R.*, 2009, p. 479; EAD., *Who's Afraid of the Bribery Act 2010?*, in *Journal of Business Law*, 2012, p. 420. Significativi appaiono inoltre gli orientamenti emersi nella giurisprudenza francese (su cui, *infra*, capitolo primo e quarto), ma anche quelli della giurisprudenza olandese: dove in assenza di una disciplina compiuta di responsabilità la giurisprudenza ha elaborato la teoria del “potere e dell'accettazione”, sulla base del quale si introducono parametri per valutare l'atteggiamento dell'ente quale distinto da quello della persona fisica: R. VERSTRAETEN – V. FRANSSSEN, *Collective Entities as Subject of Criminal Law. The Case of Belgium and the Netherlands*, in AA. VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First colloquium*, Napoli, 2012, in corso di pubblicazione; B. F. KEULEN, E. GRITTER, *Corporate criminal liability in the Netherlands*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability*, a cura di M. Pieth, R. Ivory, 2011, p. 184.

il cui rigore nella definizione e applicazione dei principi e delle categorie penalistiche si è tradotto in un atteggiamento di diffidenza nei confronti del nuovo modello punitivo. D'altra parte, sicuramente significativo è che molte delle prospettive di ricostruzione di una responsabilità dell'ente da illecito penale o amministrativo segnalate in Italia, come in altri paesi, affondino le proprie radici in orientamenti di pensiero che sul piano dogmatico sono stati messi a punto proprio grazie al contributo della letteratura tedesca. Infatti, al di là delle voci di più o meno sicuro contrasto nei confronti di un nuovo 'diritto penale dell'ente collettivo', non sono mancate prospettive di ricostruzione orientate a ricercare comunque una soggettività propria dell'ente dal punto di vista del diritto 'sanzionatorio' e, anzi, è a tale contesto che può farsi risalire il concetto di 'colpa di organizzazione'³.

Molto simile a quella tedesca è da questo punto di vista la riflessione maturata nell'ordinamento austriaco, e – in misura minore – in quello svizzero, per l'effetto dei maggiori influssi di pensiero francese. Agli ordinamenti tedesco, austriaco e svizzero pertanto si rivolgerà l'attenzione nell'analisi che segue. L'analisi dei tre sistemi ora richiamati consente di considerare come, muovendo da una matrice di pensiero comune, l'approfondimento si sia evoluto in rapporto ai diversi modelli di responsabilità: dalla responsabilità solo amministrativa, per il caso della Germania, al sistema di responsabilità 'para-penale' per il caso dell'Austria, sino al sistema di responsabilità genuinamente 'penale' come accade per la Svizzera.

Si evidenzia in effetti come alcune logiche di fondo appaiano costanti; di queste si cercherà di comprendere a pieno il significato, anche nella prospettiva di una prima ricostruzione del sistema italiano della responsabilità 'da reato'. L'italiano si presenta d'altra parte come uno dei sistemi più evoluti dal punto di vista dell'articolazione del modello ascrittivo e del rispetto delle garanzie penalistiche quali connesse ad una forma di responsabilità 'para-penale'⁴, attribuendo

³ K. TIEDEMANN, *Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1173.

⁴ A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Diz. Dir. pub.*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 5107.

risalto ai modelli di organizzazione e gestione (*compliance programs*), nella prospettiva di esclusione della responsabilità dell'ente collettivo⁵.

⁵ Non stupisce così che il sistema italiano venga segnalato dalla stessa dottrina anglosassone come modello cui ispirarsi: cfr. J. GOBERT, E. MUGNAI, *Coping with Corporate Criminality – Some lessons from Italy*, in *Crim. L. R.*, 2002, p. 619 e ss. Più importante appare il rilievo attribuito ai *compliance programs* rispetto al valore attenuante ad essi attribuito nel sistema statunitense.