

Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia

fondata da
Giuseppe Zuccalà

diretta da
Paolo Patrono

Alberto Alessandri - Paolo Bernasconi *Lugano*
Christian Bertel *Innsbruck* - Ivo Caraccioli - Guido Casaroli
Philippe Conte *Bordeaux* - Mirelle Delmas-Marty *Parigi*
Patricia Faraldo Cabana *La Coruña* - Antonio Fiorella
Giovanni Maria Flick - Giovanni Flora - Fausto Giunta
Frank Höpfel *Vienna* - Alessio Lanzi - William S. Laufer *Philadelphia*
Vincenzo Militello - Antonio Pagliaro - Carlo Enrico Paliero
Salvatore Prosdocimi - Silvio Riondato - Giovanni Schiavano
Klaus Volk *Monaco di Baviera*

 edicolaprofessionale.com/RTDPE



Wolters Kluwer

CARLO PIERGALLINI (*)

Prof. ordinario di diritto penale nell'Università di Macerata

GLOBALIZZAZIONE DELL'ECONOMIA, RISCHIO-REATO E RESPONSABILITÀ EX CRIMINE DELLE MULTINAZIONALI

SOMMARIO: 1. Primato dell'economia e diritto globale. – 2. Autonormazione preventiva e morfologia del rischio normativo 'multinazionale'. – 3. Il rischio da *giurisdizione*: la disciplina della responsabilità degli enti nello *spazio*. – 4. Territorialità e colpevolezza di organizzazione: il rischio '*disciplinare*'. – 5. Sistemi di responsabilità imperniati sulla colpevolezza di organizzazione e il rischio normativo da *compliance* preventiva dell'ente 'estero'. – 5.1. L'assimilabilità funzionale della *compliance* preventiva. – 6. Una 'variabile' fuori controllo: il rischio 'giudiziario'.

1. – È risaputo che, a partire dagli anni '70, si assistito ad una progressiva, inarrestabile globalizzazione dei mercati, della produzione e della finanza: un processo, questo, che ha conosciuto una significativa accentuazione con il crollo del muro di Berlino, che ha dischiuso opportunità fino a quel momento inattuabili. L'apertura dei mercati ha favorito la propagazione delle attività produttive, che ha inciso sulla stessa configurazione organizzativa delle imprese: si pensi alle società multinazionali e alle nuove forme di "accordi tra imprese", che rilasciano l'immagine di *strutture a rete*, che si prolungano all'interno del c.d. villaggio globale⁽¹⁾.

Sul versante giuridico-aziendalistico, il descritto, capillare fenomeno si è concretizzato attraverso svariate forme. Volendo tracciarne una paradigmatica, spiccano i seguenti modelli.

(a) *Gruppi multinazionali di imprese*, contraddistinti dalla presenza di una pluralità di società di diritto straniero, controllate pervasivamente da una società capogruppo. Il ricorso a tale modello organizzativo vanta numerose ragioni: frazionamento dei rischi economici, appetibilità fiscale,

(*) Il lavoro è destinato alla pubblicazione nella raccolta degli *Scritti in onore di Antonio Fiorella*.

(1) Per un magistrale affresco del processo di emersione dell'economia globale, v. F. GALAGNO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in F. GALAGNO – S. CASSESE – G. TREMONTI – T. TREU (a cura di), *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazioni*, Bologna, 1993, p. 30 ss.

maggiore capacità di adattamento ai sistemi giuridici stranieri, aggiramento di barriere protezionistiche, maggiore agilità di dislocazione geografica.

(b) *Filiali, succursali, agenzie*, prive di personalità giuridica, che possono garantire vantaggi sul terreno fiscale.

(c) *Accordi tra imprese*: in questo ambito, talvolta qualificato come fenomeno dell'impresa-rete⁽²⁾, si verificano vere e proprie alleanze tra imprese, che, invece di porsi alla stregua di una riduzione della concorrenza, rafforzano le posizioni competitive e l'efficienza nell'uso delle risorse aziendali.

Al di fuori dei descritti moduli, le imprese si proiettano nel mercato globale anche tramite attività *cross border*, ad esse direttamente riferibili (sul piano giuridico ed economico)⁽³⁾.

Il riconosciuto primato dell'economia globale ha determinato una vistosa crisi della statualità e una conseguente, *profonda ridefinizione degli assetti di potere* (sempre *meno 'politici'*, sempre più *'tecnici'* ed *economici*). Sul terreno degli ordinamenti giuridici, è progressivamente emersa la figura del "*diritto globale*"⁽⁴⁾, contraddistinto dalla seguente, plurima fisionomia⁽⁵⁾.

(a) *Un diritto senza autori*: sono *troppi* e, dunque, non sempre politicamente identificabili; da un lato, pullulano *entità sovranazionali*, orientate a 'normare' fenomeni non più circoscrivibili in termini di statualità, allo scopo di fomentare una armonizzazione delle legislazioni, anche in vista di ridurre il rischio di dissimmetrie sul piano della concorrenza economica; dall'altro lato, aggallano pure diverse *figure private* (gruppi, entità collettive, *Law Firms*), che puntano ad *autoregolarsi* per gestire *in comune* i loro affari.

(b) L'idea della *governance*, la domanda, cioè, di un *diritto regolativo*, affidato ad una somma di individui, accomunati da comuni obbiettivi (economici), sul presupposto che lo Stato nazionale è ormai strutturalmente incapace di governare fenomeni globali⁽⁶⁾.

(2) In proposito, cfr. P. BASTIA, *Gli accordi tra imprese*, Bologna, 1997.

(3) Nelle attività *cross border*, l'ente straniero non vanta una sede fissa di affari all'estero, come filiali, succursali, uffici di rappresentanza esteri o sedi secondarie.

(4) Cfr., M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma, 2012. Per una riflessione di carattere filosofico sugli effetti della globalizzazione nel diritto penale, v. O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

(5) Lo scenario, descritto nel prosieguo del testo, replica le considerazioni svolte in C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. Pelissero – R. Rampioni – L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 119 ss.

(6) L'idea del *diritto regolativo* vanta, come piattaforma di riferimento sul terreno

(c) Un *diritto senza misura*: la globalizzazione economica *ripudia i confini*, sì che il diritto smarrisce la tradizionale misura topografica della statualità (la c.d. *territorialità*).

(d) Un diritto *flou, fuzzy*, a bassa definizione, programmatico più che ‘definitorio’, che tende a riposizionarsi come creatore di cornici giuridiche che saranno riempite di contenuti specifici dai soggetti a cui si rivolge. Un diritto siffatto è consegnato al governo dei giudici, sì da assumere cadenze ‘giusrealistiche’, orientate sul caso, in cui i principi assolvono ad una funzione ermeneutica assorbente (7).

e) Un diritto che, vedendo attenuarsi la sua forza precettiva, si arricchisce di connotati viepiù *procedurali*, muovendo verso una crescente *privatizzazione*.

Si profila, sullo sfondo, un “*disordine organizzato*”, marcato:

i) dalla *stratificazione delle fonti di produzione del diritto*, non più decrittabile secondo il tradizionale modello piramidale;

ii) dal ‘*trionfo*’ del “*Civile*”, in particolare del “*contratto*”, come formidabile *vettore* di opportunità economiche (la *lex mercatoria* è, in proposito, emblematicamente evocativa) e di rischi (8); specie nell’ambito dei processi di *finanziarizzazione della ricchezza*, è il *rischio* a diventare l’oggetto del contratto, come elemento identificativo delle diverse forme di investimento, senza peraltro essere provvisto di affidabili e rassicuranti

sociologico, il pensiero di Teubner, a proposito del c.d. *diritto riflessivo e frammentato* (G. TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, a cura di A. FEBBRAJO – F. GAMBINO, Milano, 2013, p. 375 ss.). Secondo Teubner, il diritto riflessivo si riferisce ad una forma di regolamentazione capace di costruire, volta per volta, quadri regolativi di controllo, di relazioni tra singole aree di autonomia dei privati e di istituzionalizzare arene pubbliche dove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un consenso discorsivo. Come si vede, l’approccio del diritto riflessivo parte dalla considerazione che vi sia un *gap* tra le richieste sociali e la legislazione. Infatti, mentre le pretese sociali sono sempre più veloci e pressanti, l’intervento legislativo è limitato dal formalismo delle procedure. La soluzione di questa crisi può provenire da un diritto che rispetti l’autonomia dei sottosistemi e utilizzi meccanismi diretti di regolamentazione, indicando una cornice esterna e consentendo alle irritazioni sociali, che assumono forma di eventi comunicativi, di istituire nuove regole giuridiche.

(7) Sottolineano questo aspetto: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 46 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1129 ss.

(8) Su questi profili, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1976; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss. Volendo, cfr., pure, nel contesto di una analisi dei rapporti tra “*Civile*” e “*Penale*” all’inizio del terzo millennio, C. PIERGALLINI, “*Civile*” e “*Penale*” a perenne confronto: l’appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1307 ss.

criteri di matematizzazione: le vicende dei ‘derivati’ lo dimostrano in modo inequivocabile;

iii) dal *crescente ruolo della giurisdizione*.

In un simile “caos organizzato”, il “Penale” pare atteggiarsi come un *intruso*. È risaputo che il suo DNA stride con quello della globalizzazione. Il diritto penale è sempre stato, per sua natura, *territoriale* (*statuale*), *hard* (sul piano delle *fonti*) e *digitalizzato* (secondo un modello decisionale di tipo ‘*classificatorio*’, che condiziona in termini oppositivi i giudizi imputativi: tipico/atipico, colpevole/non colpevole, ecc.). Per di più, la sua natura punitiva ha tramandato quasi sempre ostilità rispetto a forme extrapenali di composizione del sottostante conflitto sociale.

La globalizzazione del diritto ha sensibilmente scosso il fortino, provocando crepe che ne minacciano la stabilità. Gli *attacchi più acuminati* si sono consumati, e continuano a consumarsi, prevalentemente sul piano delle *fonti*. È sotto gli occhi di tutti che l’irruzione di componenti internazionali e sovranazionali ha profondamente sovvertito l’idea del diritto penale come “spazio chiuso” e ordinato. Ormai convergono, nel “Penale”, sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili, secondo una logica di “internormatività giuridica”⁽⁹⁾. Nel tentativo di ricomporre le torsioni che si generano, spicca il ruolo della giurisdizione, sempre più ‘portata’ a ragionare per “principi” che non alla stregua delle “regole” (divenute sempre più instabili)⁽¹⁰⁾. Dunque, il diritto globale condiziona prevalentemente dall’*“alto”* il sistema penale.

Si associano a ciò pure fibrillazioni *dal “basso”*. Soprattutto sul versante del *diritto penale dell’economia* e di quello chiamato a confrontarsi con le emergenze della *Risikogesellschaft*⁽¹¹⁾, la globalizzazione veicola istanze di *autonormazione* da parte da parte di *soggetti privati* e di *comunità epistemiche*, che si ‘auto-ritengono’ più efficienti rispetto allo Stato nella disciplina degli interessi coinvolti. Traspare l’idea di un “diritto vivente”, generato dalla società mediante l’organizzazione di gruppi, capaci di adattarsi con maggiore efficacia alle innumerevoli forme dell’agire umano e alle sollecitazioni che provengono dal mondo (dominante) della ‘tecnica’⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Così, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986, p. 268.

⁽¹⁰⁾ Cfr. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., p. 1129 ss.

⁽¹¹⁾ È d’obbligo il rinvio al celebrato lavoro di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

⁽¹²⁾ Spicca, sul punto, la riflessione di Ehrlich, che, ben prima della globalizzazione, in contrapposizione all’idea di un diritto ‘autoritario’, gerarchicamente distribuito, prospettava l’idea di un “*diritto vivente*”, *prodotto dalla società* mediante l’organizzazione di gruppi,

Uno degli esempi più vistosi di una simile convergenza tra il fenomeno della internormatività e le istanze autoregolatrici è rintracciabile nell'ambito della *responsabilità ex crimine della societatis*, specie quando questa assume diramazioni operative transnazionali. Per un verso, infatti, l'ente collettivo è chiamato a confrontarsi con la 'nazionalità' dei diversificati regimi normativi e, per altro, collegato verso, con i sistemi di *compliance*, frutto di autonormazione. Si è al cospetto di un *trend* internazionale in cui l'ideologia della *prevenzione* del rischio-reato si insinua nel diritto penale: basti pensare ai *compliance programs* statunitensi, strumenti privilegiati nel diritto penale delle attività economiche⁽¹³⁾. Ciò muove dalla presa d'atto della incapacità dello Stato di erigersi a solitario 'combattente' della criminalità economica, sì da favorire l'avvio e il successivo consolidamento di una *partnership* con i soggetti privati nella co-regolamentazione delle attività economiche. Questo mutamento di paradigma muove dalla acquisita consapevolezza del ruolo *incipite* delle società commerciali, che, nel contempo, sono 'causa' dei fenomeni criminali (covano nel ventre delle organizzazioni complesse) e 'rimedio' degli stessi (l'organizzazione è in grado di individuarli e governarli). In definitiva, attraverso un meccanismo di autonormazione 'regolamentata', la *compliance* preventiva è affidata dallo Stato agli enti collettivi. In alcuni settori, soprattutto sul versante della *lotta alla corruzione*, si è assistito ad una fioritura di strumenti ultranazionali o 'locali' di autoregolamentazione privata⁽¹⁴⁾.

2. – L'istanza della *compliance* preventiva dei rischi-reato tende a farsi largo: nel nostro ordinamento, ha trovato una significativa traduzione nel d.lgs. n. 231/2001, in cui si issa a perno della c.d. *colpevolezza di organizzazione*, che trova nel modello il suo *supporto materiale* (l'organo 'respiratorio')⁽¹⁵⁾.

capaci di adattarsi alle innumerevoli forme dell'agire (E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913).

⁽¹³⁾ Cfr., in argomento, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 102 ss.

⁽¹⁴⁾ Per un'accurata ed interessante indagine sul tema della *compliance* anticorruzione a livello internazionale, sfociata, tra l'altro, nella costruzione di un modello standard anticorruzione (denominato *Anti-Bribery Compliance Model*), v. S. MANACORDA – F. CENTONZE – G. FORTI (a cura di), *Preventing Corporate Corruption*, Springer ed., 2014. Più in generale, sulla disciplina della corruzione in ambito internazionale, v. l'accurata analisi di V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.

⁽¹⁵⁾ Per una approfondita ricostruzione della struttura e della funzione del d.lgs. n. 231/2001, v. A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 5101 ss.; D. PULITANÒ, voce

È da registrare che in molte aree giuridiche – europee e non – si è assistito e si assiste ad una autentica “*caccia alla colpevolezza*” nella responsabilità dell’ente, vale a dire alla propensione verso una *soggettivizzazione* dell’illecito dell’ente in termini di indispensabile *rimprovero personale*. Oltre alla più volte richiamata esperienza statunitense e alla ben nota tradizione giuridica australiana (imperniata sopra una concezione ‘reattiva’, ‘culturale’ della colpevolezza)⁽¹⁶⁾, si segnala la recente, significativa ‘penetrazione’ del nostrano “sistema 231” in alcuni Paesi, come la Spagna, il Cile e, da ultimo, l’Argentina. Anche nelle esperienze giuridiche in cui rimane saldo l’ancoraggio ad impostazioni ‘organicistiche’, di impronta oggettiva (impennate, come è noto, sulla teoria dell’*identificazione* e della *vicarious liability*)⁽¹⁷⁾, la giurisprudenza tende, mano a mano, ad inoculare ‘pillole’ di colpevolezza organizzativa, all’evidente scopo di rafforzare sia il piano delle garanzie che quello della prevenzione.

Di conseguenza, per una *societas*, di respiro *multinazionale*, si profila, sullo sfondo, un *nuovo, sfaccettato rischio*, che si va ad aggiungere a quelli tipicamente riconducibili all’attività economica. Si allude al *rischio normativo (parimenti) multinazionale*, che rimanda una *morfologia tentacolare*. *Multinazionale*, perché l’ente dovrà confrontarsi con gli apparati normativi dei Paesi in cui decide di operare, associandolo agli altri rischi dell’agire economico. *Tentacolare*, perché i predetti apparati normativi esteri possono manifestare *svariati prolungamenti (sotto-sistemi)*, attraverso il rinvio ad ulteriori dispositivi normativi, di rango inferiore, e ad atti di autonormazione. Se provassimo a raffigurare, sinteticamente, l’*estensione* di tale rischio, si potrebbe pervenire alla seguente declinazione morfologica:

- (a) rischio da *giurisdizione*;
- (b) rischio ‘*disciplinare*’, riferibile ai (diversi) sistemi di responsabilità sanzionatoria della *societas*;
- (c) rischio da *compliance*, integrato dal reticolato di disposizioni normative e non (autoregolamentazioni) relative alla prevenzione e alla gestione del rischio-reato, finalizzate a ridurre il rischio di applicazione di sanzioni e/o a poter fruire di alleggerimenti del carico sanzionatorio.

Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 953 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in proposito, C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 102 ss., p. 163 ss.

⁽¹⁷⁾ Per una illustrazione, anche storica, di siffatti criteri imputativi, v.: G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 35 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 104 ss.

L'ente multinazionale, per sua natura chiamato a confrontarsi con una pluralità di ordinamenti giuridici, dovrà metabolizzare ciascun tentacolo di tale rischio, per come sopra declinato, o potrà arrestarsi, invece, al più ristretto nocciolo duro dell'apparato normativo estero con il quale si imbatte? È un interrogativo, questo, che, è inutile nascondere, amplifica la complessità dell'accertamento dell'illecito 'transnazionale' dell'ente. Si agitano sullo sfondo *valori contrapposti*: da un lato, per fare un esempio, quello di evitare comode fughe dalla giurisdizione o, addirittura, la possibilità di 'pre-scegliere' la stessa (c.d. fenomeno del *forum shopping*); dall'altro lato, quello di garantire uno statuto insopprimibile di *garanzie*, specie sul versante del *concreto esercizio del diritto di difesa*. Questa tensione dialettica impone un *delicato bilanciamento*: se si dovesse richiedere all'ente l'intreazione e la gestione di tutte le sfaccettature del rischio normativo multinazionale, il diritto alla difesa potrebbe subire una fenditura irreparabile. Si tratta, allora, di individuare un punto di *ragionevole equilibrio*.

3. – Il fenomeno delle imprese multinazionali ha, come noto, attirato l'attenzione dei criminologi, che hanno più volte rimarcato il ruolo di tali entità collettive nelle dinamiche criminose. Tuttavia, bisogna guardarsi dal rischio di conferire alle indagini criminologiche un rilievo assorbente. Non si deve, infatti, dimenticare che, pure al cospetto di un 'tipo di autore' munito di rilevanti capacità criminali, detto fenomeno non può (*rectius*: non deve) allontanarsi dalle categorie formali del diritto sostanziale e processuale, alle quali, anzi, per ragioni di *garanzia*, deve essere necessariamente ricondotto. In questa ottica, giuslegalistica, il primo problema, destinato a porsi, è quello dell'*applicazione della legge (di quale legge) nello spazio*. Viene, così, in gioco il tema della *giurisdizione*, che, nel contesto del d.lgs. n. 231/2001, ha attirato l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina⁽¹⁸⁾. Come è noto, si è al cospetto di un problema *bidirezionale*:

⁽¹⁸⁾ Cfr., in proposito, G. 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, p. 989 ss.; A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 559 ss.; E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, *ivi*, 2007, p. 1294 ss.; E. FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 179 ss.; L. D. CERQUA, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero*, *ivi*, 2/2009, p. 113 ss.; F. SGUBBI, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A. ASTROLOGO, *La nuova legge sammarinese sulla responsabilità delle persone giuridiche: un confronto con la legislazione italiana*, *ivi*, 2010, p. 180 ss.; G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Jus*, 2011, p. 249 ss.; L. PISTORELLI, *Profili problematici della "responsabilità*

per un verso, rileva l'*extraterritorialità*, concernente le ipotesi di reato *interamente* commesso all'estero e attratto dalla giurisdizione italiana; per altro verso, si parla di *territorialità*, cioè di un reato che si *presume* commesso in Italia, quando *ivi* è avvenuta l'azione o l'omissione, che lo costituisce, oppure si è verificato l'evento che è conseguenza dell'azione o omissione (art. 6 c.p.).

Il d.lgs. n. 231/2001 tace sul secondo profilo, mentre disciplina espressamente il primo, con una disposizione che, parzialmente, deroga alle norme del codice penale (v. artt. da 7 a 10). Si tratta dell'art. 4 d.lgs. cit., che sancisce la giurisdizione nostrana quando l'ente, che ha commesso *interamente all'estero* un reato-presupposto della sua responsabilità, vanta, in Italia, la *sede principale* e purché nei suoi confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto (principio della *litispendenza*), ferme, ovviamente, le altre condizioni richieste dagli artt. 9 e 10 c.p.⁽¹⁹⁾ Spicca, nella disciplina approntata, il rilievo assegnato alla collocazione *interna* della *sede*, da intendersi in senso sostanziale e non formale, ossia come *centro di prevalente, effettivo svolgimento dell'attività amministrativa di direzione ed organizzazione* dell'ente⁽²⁰⁾. Tale requisito, ben lungi dal costituire una mera 'replica' dell'omologa "presenza del reo nel territorio dello Stato", di cui agli artt. 9 e 10 c.p., risponde, invece, all'esigenza di rendere coerente la regolamentazione dell'applicabilità della normativa nello spazio con la disciplina dei criteri imputativi del reato all'ente, in specie con il criterio della *colpevolezza dell'ente*, sul rilievo che l'adempimento/inadempimento del dovere di una efficace auto-organizzazione preventiva non potrà che scaturire dal *cuore* della società, vale a dire dalla *sede* espressione del suo *potere decisionale*⁽²¹⁾.

Il requisito, condizionante l'espansione della giurisdizione oltre confine, riconferma la *centralità della colpevolezza di organizzazione* nella struttura e nella dinamica imputativa dell'illecito dell'ente.

internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio, in *La resp. amm. soc. enti*, 2011, p. 13 ss.; S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 91 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 291 ss.; A. TRIPODI, *Il diritto penale degli enti nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 1 ss.

⁽¹⁹⁾ Forma oggetto di discussione se la disciplina dell'art. 4, d.lgs. n. 231/2001 sia da ritenere scavalcata dalla l. n. 146/2006, avente ad oggetto la disciplina del reato transnazionale.

⁽²⁰⁾ Così, L. PISTORELLI, *Profili problematici della "responsabilità internazionale"*, cit., p. 15.

⁽²¹⁾ Rimarca questo profilo, G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 252.

Il silenzio serbato dal legislatore del 2001 sull'opposto fenomeno della *territorialità*, disciplinato dall'art. 6 c.p., ha alimentato ricostruzioni dottrinali dissonanti, mentre la giurisprudenza (di merito) non ha tradito incertezze applicative. La disposizione, come è noto, dopo aver stabilito che un reato commesso in Italia è punito dalla nostra legge, nel secondo comma prevede che il reato si "considera commesso nel territorio dello Stato", quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è avvenuta in tutto o in parte in Italia ovvero *ivi* si è verificato l'evento conseguenza dell'azione od omissione.

La giurisprudenza, intervenuta sul punto, ha prospettato una visione ispirata da ragioni di natura politico-criminale, dirette a scongiurare comode elusioni dall'orbita applicativa del decreto⁽²²⁾.

Così, il silenzio del legislatore sarebbe espressivo di una soluzione del tutto piana, nel senso che i criteri di radicamento della giurisdizione per il reato della persona fisica e quelli di ascrizione del medesimo all'ente coinciderebbero. Si è osservato che «sia le persone fisiche che le persone giuridiche straniere, nel momento in cui operano in Italia, hanno semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il d.lgs. 231/2001, indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia»⁽²³⁾. In altre parole, sono i criteri di attribuzione previsti per il reato a riverberare i loro effetti verso l'ente, che sarebbe attratto nella giurisdizione sancita per il primo. Se, dunque, l'illecito dell'ente rilascia una struttura complessa, perché composto da un fatto di connessione (il reato) verso il quale si proietta la colpevolezza di organizzazione, il legislatore avrebbe riconosciuto in capo alla commissione del primo il criterio di individuazione della giurisdizione domestica. Una soluzione di tal fatta troverebbe ancoraggio normativo nell'art. 36 del decreto n. 231: una disposizione, questa, che, posta in apertura di una sezione evocativamente denominata "*Soggetti, giurisdizione e competenza*", attribuisce la "conoscenza" dell'illecito amministrativo dell'ente in capo al giudice penale, competente *ratione iurisdictionis, materiae et loci* a procedere per il *reato-presupposto* consumato nell'interesse o a vantaggio dell'ente da una persona fisica

⁽²²⁾ Cfr. G.i.p. Trib. Milano (ord.), 27 aprile 2004, *Siemens AG*, in *Guida dir.*, 2004, n. 19, p. 80; G.i.p. Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, *Ubs Limited e altre*, in *www.rivista231.it*; Trib. Lucca, sentenza 31 gennaio 2017, relativa al disastro ferroviario di Viareggio, pag. 971 ss.; Cass., VI sez. pen., 11 febbraio 2020 (dep. 7 aprile 2020), n. 11626, in *Sistemapenale.it*, 6 maggio 2020, pp. 14-15.

⁽²³⁾ Così, G.i.p. Trib. Milano (ord.), 27 aprile 2004, cit.

che rivesta una delle qualifiche stabilite nell'art. 5, comma 1, lett. a) e b). Si sarebbe, dunque, dinanzi ad una "competenza derivativa".

Estremamente articolata la dialettica dottrinale, i cui diversificati approdi scaturiscono da vere e proprie pregiudiziali dommatiche, vale a dire dal diverso modo di concepire la struttura e la natura dell'illecito dell'ente.

(a) Se, come proposto da un autorevole orientamento⁽²⁴⁾, condiviso da una nota pronuncia della Corte di cassazione⁽²⁵⁾, la responsabilità individuale e quella corporativa andrebbero avvinte nello schema del *corso di persone*, alla stregua di una nuova fattispecie plurisoggettiva necessaria di parte generale, da ricondurre al paradigma dell'accessorietà (in cui l'ente recherebbe un contributo di natura agevolativa – da deficit di organizzazione – al reato consumato dalla persona fisica, così 'accedendo' allo stesso), se ne dovrebbe dedurre, in punto di territorialità, la coincidenza con la disciplina apprestata dall'art. 6: sarebbe, cioè, sufficiente che una parte del reato, unitariamente considerato, venga realizzato da uno dei compartecipi nel nostro territorio, perché *ivi* si radichi la giurisdizione.

(b) Di diverso avviso coloro che, ricostruendo in chiave *monosoggettiva* l'illecito dell'ente, pongono in risalto come sia la *colpevolezza di organizzazione* a 'marcare' significativamente l'illecito e il suo nucleo di disvalore, per cui occorrerebbe far capo ad essa – al luogo in cui si è verificata – per allocare la giurisdizione⁽²⁶⁾. Per questa via, si sottrarrebbe alla disciplina del decreto il fatto-reato, realizzato nell'interesse di un ente straniero, assistito da un *deficit* organizzativo occorso interamente all'estero.

(c) Una impostazione intermedia evidenzia che, pure ad ammettere la giurisdizione interna, la colpa di organizzazione della *societas* andrebbe valutata sulla scorta delle *regole e dei vincoli previsti nel suo Paese di origine*, quanto a struttura, contenuto e gestione del modello di preven-

⁽²⁴⁾ C.E. 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 F. PALAZZO, Padova, 2003, p. 17 ss.

⁽²⁵⁾ Cass., S.U., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. E. AMODIO, *Rischio penale di impresa*, cit., p. 1294 ss. Osserva A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa*, cit., p. 559, che l'illecito dell'ente è autonomo rispetto a quello della persona fisica e che il primo si distingue ontologicamente dal secondo in quanto imperniato su un omesso o carente controllo preventivo sul comportamento del reo. Ne discende che le determinazioni dell'ente sono di regola manifestate dove questo ha il suo centro decisionale. Enfatizza il ruolo della difettosa organizzazione, degradando l'evento (il reato-presupposto) ad una mera condizione obbiettiva di punibilità, F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 440 ss. Ritiene che il *deficit* organizzativo rappresenti propriamente il fatto imputabile alla persona giuridica, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 407 ss.

zione⁽²⁷⁾. Di conseguenza, sarà configurabile una responsabilità dell'ente estero solo per gli illeciti da cui essa può derivare secondo l'ordinamento di provenienza, in ossequio al principio generale della doppia incriminazione. Inoltre, quanto ai contenuti del modello di prevenzione, questi non potranno che coincidere con quelli del Paese di origine⁽²⁸⁾.

È nostra opinione che l'idea di radicare la giurisdizione laddove si è consumata la colpa di organizzazione muova da una completa *volatilizzazione del disvalore di evento* nella struttura dell'illecito dell'ente, vuoi ricostruito in un'ottica concorsuale, vuoi in una dimensione monosoggettiva⁽²⁹⁾. Una simile impostazione non riesce, però, ad offuscare il fatto che l'art. 6 c.p. «richiama 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 fattispecie oggettiva»⁽³⁰⁾. Ne deriva, pertanto, che l'evento, sia che venga considerato come elemento costitutivo del 'tipo', sia che degradi a mera condizione obbiettiva di punibilità, non può che fungere da elemento di connessione territoriale, ai sensi dell'art. 6 c.p.

Ma vi è di più. Pur nel silenzio serbato dal decreto, l'operatività dell'art. 6 c.p. sembra comunque trovare il suo (decisivo) riconoscimento normativo nell'art. 36 d.lgs. cit. Non è un caso, del resto, che, laddove il legislatore ha inteso 'eccettuare', nell'ambito della disciplina della 'spazialità', lo ha fatto per il tramite di una norma speciale (l'art. 4). Certo, la *vis attractiva* dell'art.

⁽²⁷⁾ F. SGUBBI, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A. ASTROLOGO, *La nuova legge sammarinese*, cit., p. 181. La soluzione proposta troverebbe un riscontro normativo nell'art. 25, l. n. 228/1995, che, in materia di diritto internazionale privato, stabilisce 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. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede amministrativa è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

⁽²⁸⁾ Così, F. SGUBBI, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A. ASTROLOGO, *La nuova legge sammarinese*, cit., p. 180.

⁽²⁹⁾ Rileva G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, Milano, 2008, pp. 142-143, che, anche a voler riconoscere rilievo preminente alla condotta negligente dell'ente, ciò non giustificerebbe l'esclusione della soggezione alla legge italiana degli enti aventi la sede principale all'estero. Anche a voler consentire con una simile ricostruzione dell'illecito, parrebbe quanto meno singolare che la commissione del reato (nel territorio dello Stato) non benefici di quella componente di 'ubiquità' che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., viene riconosciuta tanto in rapporto alla condotta quanto in relazione all'evento: come se la realizzazione del reato rappresentasse, nella struttura composita dell'illecito dell'ente, qualcosa di meno di qual frammento di condotta che già è sufficiente a sottoporre l'illecito penale al principio di territorialità.

⁽³⁰⁾ Così, A. TRIPODI, *Il diritto penale degli enti*, cit., p. 11.

6 è destinata a fomentare talune perplessità quando raggiunge la sua massima *massima estensione*. Si pensi ad alcune ipotesi di concorso di persone nel reato (tutt'altro che infrequenti), in cui, a causa del legame concorsuale, risulteranno attinte dalla giurisdizione nostrana anche le condotte di partecipazione poste in essere integralmente al di fuori del territorio nazionale. In omaggio alla impostazione codicistica della unitarietà ed identità del reato concorsuale (non fondato, cioè, sulla separazione e tipizzazione delle condotte e dei singoli ruoli di autore, coautore e complice, punibili a vario ed autonomo titolo), *qualunque contributo causale*, anche di *minima importanza* (ai sensi dell'art. 114 c.p.), sarà attratto dalla giurisdizione italiana, alla semplice condizione che esso 'acceda' ad un contributo posto in essere nel nostro Paese, secondo i dettami dell'art. 6 c.p.⁽³¹⁾ Per questa via, è bene rimarcarlo, tutti i concorrenti sono assoggettati alla nostra legislazione, anche il correo che *non abbia mai posto piede in Italia* e la quasi totalità dell'azione e l'evento si sia verificata all'estero. Vi è da chiedersi se non siano ravvisabili, sul punto, elementi di *contraddittorietà/irragionevolezza*, atteso che non si tiene in alcun conto del ruolo svolto dal centro decisionale dell'ente estero (la sua sede), in cui verosimilmente è maturata la scelta per l'illecito e, perciò, la sua colpevolezza di organizzazione (secondo architrave dell'illecito dell'ente accanto al fatto-reato di connessione)⁽³²⁾. In proposito, si è dell'avviso – come si vedrà meglio tra breve – che un *argine* agli effetti della universalizzazione della disciplina prevista dal codice penale, che prolunga i suoi effetti sull'ente, possa essere costituito proprio da un *recupero del ruolo della colpevolezza di organizzazione in sede di accertamento dell'illecito dell'ente*.

4. – L'espansione del principio di territorialità nei confronti dell'ente pone sul tappeto un'*antinomia* autenticamente '*valoriale*', compendiabile nel dipolo: *obbligatorietà – estesa – della giurisdizione domestica vs. esercizio in concreto del diritto di difesa*

L'estensione della giurisdizione, per mano dell'art. 6 c.p., riletta in chiave 'moderna'⁽³³⁾, punta ad evitare sin troppo prevedibili elusioni della

(31) Per una disamina giurisprudenziale dei rapporti tra l'art. 6 c.p. e il fenomeno del concorso di persone, v. E. APRILE, sub *art. 6*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. GATTA, Tomo I, Milano, 2015, pp. 251-252.

(32) Per porre rimedio alla paventata contraddittorietà della disciplina, si è significativamente proposto di estendere la regola del *ne bis in idem*, prevista dall'art. 4 d.lgs. cit, anche alle ipotesi rientranti nella previsione dell'art. 6 c.p.: così, G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 262.

(33) In un'ottica, cioè, diversa da quella del meccanismo pervasivo disegnato dal

normativa fissata nel d.lgs. n. 231/2001, magari fondate sul rilievo che all'ente, nel momento in cui si accinge ad 'entrare' in diversificati e sempre mutevoli mercati stranieri, sia pure per svolgervi attività *cross border*, non si possa chiedere di conoscere (e di adeguarsi al) la disciplina in tema di responsabilità da reato della *societas*. Una sorta di inesigibilità dovuta alla dimensione fisiologicamente transnazionale delle attività dei gruppi multinazionali e, quindi, alla conseguente impossibilità di adattare il loro agire ai diversi sistemi cogenti nei vari mercati in cui operano. Si tratta di un argomento suggestivo, che rivela, però, non trascurabili fragilità. È risaputo, infatti, che le grandi organizzazioni complesse, dotate di una pluralità di apparati, effettuano costantemente attività di *assessment*, non solo con riguardo ai rischi economici ed imprenditoriali connessi alle operazioni svolte all'estero, ma anche con riferimento ai *rischi normativi*, la cui incidenza è destinata a riverberarsi, non di rado, sulla stessa opportunità dell'investimento. Appare, dunque, del tutto irrealistico sostenere che enti, di caratura multinazionale, non si confrontino con gli ordinamenti giuridici destinatari della loro attività. In questo senso, si può affermare che il combinato disposto degli artt. 3 e 6 c.p. riveli, nei confronti della *societas* e dei suoi illeciti, una *ratio* politico-criminale tutt'altro che infondata, orientata, com'è, ad evitare ingiustificate franchigie in favore di enti stranieri.

Ne deriva, calandoci sul terreno del profilo 'disciplinare' del rischio normativo, che l'*onere conoscitivo* della società non potrà non ricomprendere la *struttura* del sistema estero, limitatamente ai *presupposti imputativi* e all'*arsenale sanzionatorio*. Si tratta, ancora una volta, come per la giurisdizione, di un rischio che viene soppesato, atteso che il 'costo' di eventuali illeciti è, come è noto, una delle componenti che influenzano il processo decisionale dell'ente.

Quanto ai *presupposti imputativi*, è risaputo che, in estrema sintesi, il panorama internazionale rilascia due tipologie di sistemi: quelli fondati sul mero ricorso alla *identification theory* e alla *vicarious liability*, da un lato, e quelli imperniati, in aggiunta, sulla colpevolezza di organizzazione, variamente declinata, dall'altro lato.

5. – Appurato che i rischi normativi da 'giurisdizione' e da 'disciplina' devono essere 'metabolizzati' e gestiti dall'ente, è da affrontare, ora, la

Codice Rocco per le persone fisiche, in cui si avverte il clima politico in cui le norme in questione vennero alla luce.

terza sfaccettatura del rischio normativo: quello da *compliance*, destinato a rilevare nei sistemi ancorati sulla colpevolezza di organizzazione.

Tali sistemi richiedono, sostanzialmente, l'apprestamento di un *reticolato di cautele* (procedimentali e sostanziali) teleologicamente rivolte a minimizzare ragionevolmente il rischio-reato. La loro incidenza può riverberarsi sul terreno del *processo* o del *diritto sostanziale*. La prima evenienza riguarda i Paesi in cui l'esercizio dell'azione penale è discrezionale: davanti ad un apparato preventivo ritenuto adeguato ed effettivo, l'organo dell'Accusa si asterrà, di regola, dal formalizzare un'imputazione a cui faccia seguito il processo (rinuncia all'azione). Nel secondo caso, gli effetti riguarderanno la struttura dell'illecito, nel senso che l'esito decisorio potrà appuntarsi su un difetto di rimproverabilità, con conseguente proscioglimento per la carenza di un estremo costitutivo dell'illecito dell'ente, oppure in una dichiarazione di non punibilità, laddove l'assenza di colpevolezza di organizzazione renda inopportuno il ricorso alla pena⁽³⁴⁾.

Una volta preso atto dell'ossatura di simili sistemi, vi è da chiedersi *a quale tipo di compliance preventiva* debba soggiacere l'ente estero attratto dalla giurisdizione nostrana. Si è già rimarcato che la globalizzazione dell'agire economico delle multinazionali fomenta un (nuovo) *rischio da compliance*, a sua volta globale, solcato da regolamentazioni diverse, non solo per ragioni geografiche, ma anche politiche, normative e culturali. È prefigurabile, al cospetto di un siffatto rischio, un ente che, assunte le sembianze di una cane da tartufo, setacci i contenuti della prevenzione imposta da ciascuno Stato allo scopo di adeguarvisi? Per quanto 'capace', un ente, gravato da un simile, sconfinato obbligo, non è nella condizione di svolgere un adattamento – continuo ed incessante – alle disposizioni preventive dello Stato in cui opera, che potrebbero persino fomentare problemi di compatibilità con la propria struttura giuridica ed organizzativa. È doveroso ricordare che soprattutto la prevenzione dei *reati dolosi*, espressivi della criminalità del profitto, è essenzialmente implementata, nel panorama giuridico internazionale:

a) per una (ridotta) parte da *strumenti normativi* e da *best practices* internazionali; e

b) per altra (prevalente) parte, da atti di *autonormazione*.

A differenza della criminalità colposa, in cui l'apparato di cautele è in ciascuno Stato oggetto di specifica disciplina normativa, per i reati dolosi

⁽³⁴⁾ Per una recente, approfondita analisi di tali sistemi, v. V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., *passim*.

non sono reperibili esaustivi e conchiusi cataloghi di cautele normativizzate, agevolmente consultabili. È la *societas* che, dopo aver “guardato dentro sé stessa” (*risk assessment*), individua i rischi-reato potenzialmente esistenti, ne misura il grado di avveramento (l'*intensità*) e, successivamente, forgia i corrispondenti presidi cautelari telelogicamente orientati a ridurre ragionevolmente i rischi emersi (*risk management*). Sul piano delle *fonti* delle cautele, fatta eccezione per il ridotto strumentario ‘positivizzato’ eventualmente disponibile, ci muove, perciò, prevalentemente sul terreno che, nella colpa penale individuale, viene ricondotto alla figura della “*colpa generica*”, che, come è noto, rilascia una caratura di origine *socio-esperienziale*, in cui il livello della diligenza dovuta viene commisurato, ad esempio, nel nostro Paese, sulla figura dell’“*agente-modello*”, deputata ad impersonare le pretese oggettive di diligenza accampate dall’ordinamento⁽³⁵⁾. Al cospetto di un quadro così variegato, sul terreno dell’*eziologia* delle cautele, che danno forma e contenuto alla colpevolezza di organizzazione, pretendere che una società multinazionale adegui la propria *compliance* preventiva a quella declinata in ciascuno Stato potrebbe ingenerare una paralisi operativa, frutto della inevitabile ‘babele’ prevenzionistica, vieppiù implementata dalla prevalente natura autonormata dei presidi cautelari. *Exempla docent*. Nei Paesi che accordano rilievo alla colpevolezza di organizzazione, gli enti possono avvalersi, per dare corpo e anima alla strategia preventiva, di linee-guida adottate da associazioni di categoria (si pensi, in Italia, a quelle licenziate da Confindustria), di codici di autodisciplina, di determinazioni provenienti da autorità di vigilanza⁽³⁶⁾, ecc.

In definitiva – vale la pena ripeterlo – se un ente estero dovesse rincorrere, nei più svariati mercati in cui opera, la diversificata congerie di atti a scopo preventivo, autonormati e non, ciò si tradurrebbe nell’imposizione di un obbligo oggettivamente insuscettibile di adempimento. Per quanto provvisto di una ‘megacompetenza’, di regola associabile alla maggiore efficienza dell’agire collettivo, essa non può sfociare nella richiesta di dare corpo ad una sorta di superomistico “*agente-modello universale*”.

⁽³⁵⁾ Per un esame della fisionomia dell’“*agente-modello*”, non soltanto sul piano della responsabilità individuale ma anche all’interno delle organizzazioni complesse, sia consentito il rinvio a C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, in *Enc. dir., Annali X*, 2017, Milano, p. 231 ss.

⁽³⁶⁾ Sprovviste di forza normativa: si pensi, per fare un esempio nostrano, sia pure concernente il diverso piano della prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, di cui alla l. n. 190/2012, alle *determinazioni* e ai *pareri* dell’*Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC), che non hanno natura normativa, ma che costituiscono uno strumento di supporto orientativo del disegno della strategia anticorruptiva delle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, esigenze legate all'esercizio, *effettivo e concreto*, del *diritto di difesa* (art. 24, comma 1, Cost.) impongono che l'ente, attratto dalla giurisdizione universale di uno Stato (come il nostro) che incentra l'illecito della *societas* sulla colpevolezza di organizzazione, possa far valere tale fondativo diritto, appellandosi al rispetto della *compliance* preventiva *del suo Paese*, sia essa eteronormata che spontaneamente autonormata.

Una diversa soluzione è destinata a pregiudicare irrimediabilmente il diritto di difesa, degradandolo al piano della mera "apparenza" (un vuoto simulacro), per manifesta impossibilità dell'ente di 'ritagliare', in modo continuativo, il suo arsenale preventivo a seconda dello Stato in cui opera. Il principio di universalità della nostra giurisdizione, per come configurato nell'art. 6 c.p., se ben assolve allo scopo di scongiurare inammissibili franchigie della tutela, appuntandosi sul reato-presupposto commesso, non può certo prolungarsi fino al punto di assorbire pure l'assetto preventivo di cui una società multinazionale si è dotata.

5.1. – Assodato, quindi, che occorre fare riferimento al sistema preventivo dello Stato di appartenenza dell'ente, va, con forza, evidenziato che il *principio di territorialità*, di cui all'art. 6 c.p., *non può vantare mire espansionistiche tali da sfociare in una universalizzazione del sistema di prevenzione delineato nel d.lgs. 231/2001* ⁽³⁷⁾. Non si può riconoscere al modello di organizzazione e al presidio dell'organismo di vigilanza, che marciano il sistema, una simile forza espansiva, che imporrebbe agli enti esteri di replicarne addirittura il lessico ⁽³⁸⁾. Esigenze di *giustizia* – dunque, di *ragionevolezza* – fanno sì che la dilatazione della territorialità debba trovare un *contenimento*, ancora una volta in omaggio al *diritto di difesa*, in una sorta di *principio di assimilazione*, che consenta di apprezzare il *profilo funzionale* della *compliance* a cui si è sottoposto l'ente estero, vale a dire la sua *idoneità preventiva*, al di là della *diversa nomenclatura* giuridica. Per questa via, si evita di sottoporre le società estere, che operano in Italia, ad un trattamento capace di fomentare 'fughe' dal mercato italiano e inoltre manifestamente deteriore rispetto a quello riservato agli enti, con sede principale in Italia, che operano all'estero: questi, proprio grazie al riferimento alla "sede", potranno avvalersi dello strumentario difensivo predisposto negli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001; per contro, quelli esteri, attratti dalla nostra giurisdizione, rischierebbero di vedersi negata la 'di-

⁽³⁷⁾ Così, A. ALESSANDRI, *Attività di impresa*, cit., p. 559.

⁽³⁸⁾ A. ALESSANDRI, *Loco ult. cit.*

fesa' in ragione della portata pure universalistica della specifica *compliance* delineata nel decreto, non altrimenti surrogabile.

L'operatività dell'indicato principio di assimilazione è sottoposta alla convergente ricorrenza dei seguenti *requisiti*, di natura *statica* e *dinamica*.

(a) Sul piano della *statica*, occorrerà verificare l'esistenza di una *compliance*, che, *a prescindere dalla sua qualificazione nominalistica*, tramandi *finalità di prevenzione dei rischi-reato*, cristallizzate, non solo nella mera esposizione dei valori perseguiti (alla stregua di un codice etico), ma altresì in strumenti operativi aziendali (codici di comportamento, linee-guida, protocolli, procedure, ecc.) *idonei* a conseguire lo scopo preventivo.

(b) Sul versante *dinamico*, è da saggiare l'*effettività* del sistema preventivo apprestato: la *compliance*, cioè, non deve risolversi nella istituzione di apparato meramente burocratico-cartolare, ma rilasciare una inequivocabile *funzionalità operativa*.

Ricorrendo tali condizioni, non dovrebbero sussistere ostacoli al riconoscimento della sostanziale assimilabilità di un simile sistema prevenzionistico a quello delineato nel d.lgs. n. 231/2001. Li accumulano il *telos* (la *riduzione ragionevole del rischio-reato*) e il 'mezzo' (l'*arsenale preventivo* efficacemente ed effettivamente apprestato).

Occorre, tuttavia, farsi carico di una possibile *obiezione* all'auspicata assimilazione. Si potrebbe sostenere che essa trovi un insormontabile ostacolo nella previsione, nel decreto n. 231, dell'*organismo di vigilanza*, che, lo si sa, costituisce un autentico *novum* nell'ambito del diritto societario e non appare, dunque, rintracciabile in ordinamenti esteri. L'originalità dell'istituto potrebbe, perciò, predicarne l'infungibilità, così da vanificare la sostenibilità del delineato paradigma dell'assimilabilità. Un'analisi più attenta rivela, tuttavia, l'infondatezza di una simile obiezione: per dimostrarla, è sufficiente scandagliare brevemente la struttura e la funzione dell'organismo⁽³⁹⁾.

Come si è detto, il d.lgs. n. 231/2001 prevede, nell'art. 6, che il modello di organizzazione contempli, rispetto ai *reati riconducibili alle figure apicali* delle organizzazioni complesse, l'istituzione di un *organismo interno di vigilanza* (OdV), *con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne, al tempo stesso, l'aggiornamento*.

Se si prova a raffigurare la *funzione* dell'OdV, si può immaginare una "*stella con tante punte*", che si muovono, continuativamente, a doppio

⁽³⁹⁾ Per una meticolosa analisi della struttura e della funzione dell'organismo di vigilanza, v. il recente volume di A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019.

senso: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i *flussi informativi* previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono insinuarsi nel processo, come *controllori di secondo grado*, esercitando *poteri ispettivi e di vigilanza*. Destinatario dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il *vertice della società*, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: *esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva*. Tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della *imparzialità* dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse.

I componenti dell'organismo devono poi caratterizzarsi per *indipendenza, autonomia e professionalità*.

L'*indipendenza* è da riferire alle persone che lo compongono, che *non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società*.

L'*autonomia* è espressione di effettivi ed incisivi *poteri di ispezione e di vigilanza*, anche *proattivi*, potendo l'organo attivarsi *motu proprio*.

La *professionalità* è un requisito di natura soggettiva, che riguarda i componenti dell'organismo. Questi debbono possedere *competenze specifiche* in tema di attività di controllo, da intendersi però in senso lato: *auditing*, controllo di legalità (e, perciò, conoscenze di diritto societario, fiscale e, non ultime, penali, specie sul terreno della cultura e della costruzione delle cautele doverose), tecnico-contabile, direzionale e strategico. Ovviamente, la professionalità può essere garantita ed implementata anche attraverso il ricorso a *risorse esterne*. Come si vede, è necessario un *sapere multidisciplinare*, che può essere garantito solo dalla coesistenza di diversificate competenze. Ne discende che, specie nelle aziende di maggiori dimensioni, l'OdV non potrà che avere una *composizione collegiale*, l'unica in grado di assicurare la descritta pluralità di competenze. I requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV dovranno trovare riscontro in un *adeguato compenso*, anche a garanzia della loro effettiva autonomia.

Un ulteriore aspetto fondativo è rappresentato dalla c.d. *continuità di azione*: l'OdV deve assicurare un funzionamento *costante nel tempo* ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società. Ovviamente, per funzionare, l'OdV dovrà essere destinatario di *adeguate risorse finanziarie* da parte della società.

I profili di indiscutibile originalità dell'istituto, rendono, nondimeno, *tutt'altro che irresistibile* l'obiezione relativa alla sua non rintracciabilità in ordinamenti esteri, sì da vanificare un possibile giudizio di assimilabilità con la *compliance* preventiva nostrana.

Una prima replica è, per vero, dettata dal buon senso: appare quantomeno eccentrico che una società multinazionale, munita da una ramificata configurazione organizzativa, crei una specifica "cellula", denominata organismo di vigilanza, esclusivamente *ratione loci*, cioè per le sole attività svolte in Italia, magari pure occasionalmente, o, addirittura, perché sottoposta alla nostra giurisdizione per aver 'acceduto', ai sensi dell'art. 110 c.p., ad un reato altrui, di cui solo un frammento ha interessato il nostro territorio. Si tratterebbe di una 'singolare creatura' (un 'microcefalo') destinata a sovvertire i principi più elementari che plasmano la disciplina della "progettazione della organizzazione aziendale" (40).

Ma soccorrono pure argomenti più propriamente giuridici.

È da osservare che, già nel decreto n. 231, è riconosciuta la *fungibilità* dell'organismo: l'art. 6, comma 4-*bis*, prevede che le funzioni dell'organismo possono essere svolte, nelle società di capitali, dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione, sì da rendere tutt'altro che 'esclusiva' la scelta di incardinare un organismo *ad hoc*. A maggior ragione, deve essere riconosciuta una *analoga fungibilità* alle società estere, proprio tenendo presente che si è al cospetto di un istituto esclusivamente nostrano.

Per conseguire detto obiettivo, si è dell'opinione che occorra muoversi sul piano *funzionale*. Appurato che l'organismo svolge compiti di controllo e di vigilanza, sarà sufficiente, all'ente estero, avere incardinato ed implementato *funzioni di controllo interno* sull'adeguatezza e sull'effettività della prevenzione. Su questo terreno, le grandi organizzazioni complesse, multinazionali e non, rilasciano un ampio e variegato strumentario. Proviamo a scrutarlo da vicino.

Spicca, su tutti, la funzione di *internal audit*, ormai radicata a livello internazionale (41), che ha il compito:

- a) di valutare i processi di *governance*;

(40) Magistralmente compendiata nel celebrato volume di H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996.

(41) Si pensi, per tutti, agli "Standard internazionali per la pratica professionale dell'internal auditing", forgiati dal *The Institute of Internal Auditors and Guidance*, negli Stati Uniti, sottoposti a periodiche revisioni. Questo Istituto organizza l'insieme delle disposizioni normative (*authoritative guidance*), suddivise in due categorie: *guidance* vincolanti e *guidance* raccomandate.

- b) di contribuire al miglioramento di tali processi;
- c) di controllare i processi esposti a rischi, compresi quelli normativi, segnalando possibili azioni di miglioramento.

Dette funzioni di controllo devono essere condotte tramite un approccio sistematico e *risk-based*. Si è dinanzi, perciò, ad una funzione di *staff* (opera, cioè, al di fuori dell'autorità di *line*, perciò *indipendente*), che riporta all'organo di governo di una società (ad esempio, il consiglio di amministrazione) e che svolge l'attività seguendo specifiche *scansioni procedurali*. Provando a tracciare una sinossi, la funzione *audit* si snoda, di regola, secondo le seguenti fasi:

- a) programmazione annuale del piano dei controlli sulle aree aziendali;
- b) esecuzione dei controlli;
- c) esito dei controlli, che possono sfociare in rilievi (associati a carenze gravi, rilevanti, moderate o marginali), raccomandazioni e azioni correttive;
- d) assegnazione di un termine entro il quale porre in essere le azioni correttive;
- e) *follow up*, diretto a verificare l'effettiva esecuzione delle azioni correttive.

I controlli vengono svolti tenendo conto dei rischi (compresi i rischi-reato) che insistono in ciascuna area e della *normativa* che ne conforma l'attività, anche di origine *endoaziendale* (codici etici, codici di comportamento, *compliance programs*, modelli di organizzazione, procedure operative, ecc.). I controlli, oltre a verificare il rispetto della normativa e delle procedure aziendali, possono altresì sfociare nella segnalazione di *insufficienze* degli stessi contenuti della *policy* aziendale: spetterà, poi, alla società colmare le lacune censurate.

Si è al cospetto di una funzione che può essere, senza particolari difficoltà, *assimilata* all'organismo di vigilanza *ex d.lgs. n. 231/2001*, del quale riproduce, in buona sostanza, i compiti.

Ma non è tutto.

Le società di capitale, italiane ed estere, quotate in borsa, sono altresì provviste di ulteriori importanti funzioni: l'*Enterprise Risk Assessment* (ERA) e l'*Enterprise Risk Management* (ERM). Proposte nel 2004 dal *Co.S.O. (Committee of Sponsoring Organisations) of the Tradeway Commission*, hanno lo scopo di valutare e migliorare la gestione dei rischi aziendali, compresi quelli normativi (tra i quali il rischio penale). Si inseriscono nell'ambito del *Sistema del Controllo Interno* (SCI), che contribuisce a mantenere l'organizzazione aziendale orientata alla salvaguardia dei seguenti obiettivi: conformità delle operazioni alle leggi, ai regolamenti e

alla normativa endoaziendale; affidabilità ed integrità delle informazioni (trasparenza e tracciabilità delle stesse); salvaguardia del patrimonio aziendale; efficacia ed efficienza delle operazioni.

Viene, poi, in considerazione la ormai diffusa figura del *Compliance Officer*, che supervisiona e gestisce le tematiche di *compliance* (compresa la prevenzione dei rischi-reato) all'interno dell'organizzazione, assicurando che la struttura sia conforme ai requisiti dettati dalla regolamentazione e che le risorse umane agiscano nel rispetto delle procedure interne. Pur trattandosi di una funzione indipendente dai vertici della società (visto che i controlli si rivolgono pure all'organo di governo della stessa), è, tuttavia, da precisare che si è al cospetto di un "vertice", esso stesso, della società, che esercita funzioni direttive. Di conseguenza, è il requisito dell'indipendenza che non coincide con il nostrano organismo di vigilanza⁽⁴²⁾.

Spicca, infine, la figura dell'*oficial de cumplimiento*, prevista nel sistema spagnolo, che replica il DNA dell'organismo di vigilanza, trattandosi di un soggetto autonomo e indipendente rispetto ai vertici della società, sprovvisto di poteri di gestione⁽⁴³⁾.

Come si può apprezzare, la ricognizione delle esperienze internazionali sul terreno del "controllo interno" tramanda l'esistenza di una pluralità di funzioni, spesso operanti in sinergia, che paiono, per *analogia*, accostabili ai compiti di vigilanza e controllo che il decreto n. 231 assegna al 'neofita' organismo di vigilanza.

6. – In apertura del lavoro, era stata declinata la morfologia del rischio normativo multinazionale, dipanata su tre livelli: il rischio da giurisdizione, quello 'disciplinare' e, infine, il rischio da *compliance*. Si è provato, poi, a ritagliare un percorso che, in qualche modo, contribuisse a 'governare' simili rischi da parte degli enti multinazionali, soprattutto con riguardo all'impianto normativo del nostro Paese.

Tuttavia, quanto proposto rischia di finire sotto scacco al cospetto di una variabile difficilmente addomesticabile, costituita dal potere valutativo degli organi giudiziari sulla idoneità ed adeguatezza della *compliance* preventiva. È un rischio, questo, che, come è noto, contraddistingue il sistema 231 e che, non di rado, sospinge gli enti a privilegiare l'adozione del modello in un'ottica riparatoria. In assenza di predeterminati parametri

⁽⁴²⁾ Sulla figura del *Compliance Officer* nei sistemi anglosassoni, v. A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente*, cit., p. 473.

⁽⁴³⁾ Su tale figura, v., ancora, A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente*, cit., p. 483.

di valutazione, è il giudice che si issa a regolatore del sistema, senza che se ne possano prevedere le mosse.

È nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore, non di rado muniti di caratura transnazionale*. Sarebbe, quindi, auspicabile, sia sul piano interno che su quello internazionale, una progressiva implementazione dei processi di autonormazione, orientati a rilasciare *standards* cautelari di generale applicazione. Più che attardarsi nella redazione di 'generici' codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* destinati ad assurgere alla dignità di *best practices*, da sviluppare secondo gli schemi di un'*azione procedimentalizzata* (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), che coinvolga gli attori del processo e, dunque, al cospetto di rischi transnazionali, organismi e agenzie internazionali⁽⁴⁴⁾.

Una simile operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli cautelari realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dai formanti giurisprudenziali.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici⁽⁴⁵⁾, si dovrebbe puntare al confezionamento di *modelli e protocolli 'pilota'*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio'. Sarebbe, infine, opportuno che protocolli, così costruiti, fossero assistiti da una *presunzione*, iuris tantum, di *idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso l'adempimento dell'obbligo di motivare la *dissenting opinion*.

⁽⁴⁴⁾ Il percorso, delineato nel testo, orientato alla 'positivizzazione' (autonormata) delle cautele, era già stato illustrato in un nostro precedente saggio, peraltro in un'ottica 'interna' al sistema 231: v., C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2, 2013, parte II, p. 228 ss.

⁽⁴⁵⁾ Come è noto, le linee-guida, nell'ambito della colpa professionale del medico, hanno ricevuto un esplicito riconoscimento, dapprima, con il c.d. decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modifiche, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189) e, successivamente, con la c.d. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24). Per un'approfondita analisi del ruolo delle linee-guida medico-sanitarie sulle dinamiche imputative del reato colposo, anche alla luce delle citate riforme, v. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

Le difficoltà di un simile percorso non possono essere sottaciute. Sta di fatto che la globalizzazione dell'economia non può e non deve risolversi in una corsa senza limiti verso il conseguimento di sempre maggiori profitti. Per evitare i sempre più ricorrenti, deprecabili fenomeni di *dumping*, essa dovrebbe inglobare pure la circolazione planetaria dei diritti e degli strumenti di *governance* di alcuni insidiosissimi rischi criminali. Una sfida ardua, che, tuttavia, non può essere elusa: ne va di mezzo la tanto declamata "responsabilità sociale di impresa". Vale la pena di richiamare un'icastica avvertenza, secondo la quale «il diritto globale corre tutti i rischi del jazz, delle sue improvvisazioni, della imprevedibilità dei soggetti che si uniscono all'impresa, della mancanza degli accordi affidati a un direttore. Come il jazz, può raggiungere punte sublimi e inaspettate, o incorrere in clamorosi fiaschi»⁽⁴⁶⁾.

ABSTRACT: *Il saggio analizza il tema dei rischi 'normativi' con i quali si confronta un ente estero che operi nel mercato globale, in specie quando è chiamato a confrontarsi con il sistema delineato nel d.lgs. n. 231/2001. Vengono, pertanto, poste all'attenzione tre tipologie di rischio: a) il rischio "da giurisdizione", riconducibile al tema della responsabilità degli enti nello spazio; b) il rischio "disciplinare", relativo ai paradigmi imputativi (dell'illecito all'ente), che caratterizzano il panorama internazionale; c) il rischio "da compliance", destinato a rilevare nei sistemi imperniati sulla colpevolezza di organizzazione. Specie con riferimento a tale ultimo rischio, viene posta in risalto l'impossibilità, per un ente multinazionale, di adattarsi ai molteplici sistemi di compliance preventiva adottati nei diversi Paesi, compreso quello delineato nel d.lgs. n. 231/2001. Se l'ente, infatti, dovesse rincorrere, negli svariati mercati in cui opera, la diversificata congerie di cautele, orientate a ridurre i rischi-reato, si troverebbe a fronteggiare un obbligo insuscettibile di adempimento (salvo concepirlo come un agente-modello universale dalle fattezze superomistiche). Di conseguenza, anche nell'ottica di salvaguardare il diritto di difesa, viene proposto una sorta di principio di assimilazione, che consenta di apprezzare il profilo funzionale della compliance, in termini di idoneità preventiva, al di là della diversa nomenclatura giuridica.*

ABSTRACT: *The essay examines the 'normative' risks faced by a foreign organisation operating in the global market, especially when called to face the system outlined in legislative decree n. 231/2001. Three types of risk*

⁽⁴⁶⁾ M.R. FERRARESE, *Prima lezione*, cit., pp. 167-168.

come to attention: a) the 'jurisdictional' risk, traced back to the issue of corporate liability in space; b) the 'disciplinary' risk, related to the paradigms of attribution of liability (for the crime to the corporation), which characterise the international landscape; c) the 'compliance' risk, relevant in systems centred around organisational negligence. Especially with regard to the latter risk, the essay highlights the impossibility for a multinational corporation to adjust to the different systems of preventive compliance adopted by different countries, including the one traced by lgs.d. 231/2001. Should the organisation chase, in the various markets in which it operates, the diversified arsenal of precautions aimed at reduce crime risks, it would end up with facing an obligation which cannot be fulfilled (unless we conceive it as a universal model-agent, with superhuman features). As a consequence, also with a view to safeguard the right to a defence, we propose a sort of assimilation principle, which allows to appreciate the functional aspect of compliance, in terms of preventive effectiveness, beyond the different legal labelling.