

LUISS



Dipartimento di
Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti

L'elusione fraudolenta del modello organizzativo *ex* articolo 6 del Decreto legislativo 8 Giugno 2001, n. 231

Prof. Gullo Antonino

RELATORE

Prof. Bellacosa Maurizio

CORRELATORE

Matr. Biscione Irene

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

CAPITOLO I

IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

1. La caduta del dogma <i>societas delinquere et puniri non potest</i> e la genesi del decreto legislativo 231/2001	4
2. Qualificazione e natura della responsabilità da reato degli enti.....	13
3. Criteri di imputabilità del reato all'ente: gli elementi oggettivi	39
3.1 L'autore materiale del reato: apicali e sottoposti.....	46
3.1.1 Tramonto del paradigma verticistico nelle moderne organizzazioni societarie. Ricadute sulla distinzione tra apicali e sottoposti	54
3.1.2 La diversa imputabilità dell'illecito all'ente nel caso di reato commesso dagli apicali e nel caso di reato commesso dai sottoposti	59
3.2 Ermeneutica dei concetti di "interesse" e "vantaggio"	65
4. Criteri di imputabilità del reato all'ente: gli elementi soggettivi.....	75
5. I modelli di prevenzione del rischio-reato.....	83

CAPITOLO II

L'ELUSIONE FRAUDOLENTA DEL MODELLO NEL REATO COMMESSO DAGLI APICALI

1. La teoria della responsabilità dell'ente per fondamento organico.....	95
1.1 I dubbi di costituzionalità	97
1.1.1 L'elusione fraudolenta come mero fondamento di una causa di esclusione della responsabilità	99
2. La teoria della responsabilità dell'ente per colpa di organizzazione.....	102
2.1 L'illecito dell'ente tra fattispecie monosoggettiva e nuova ipotesi di fattispecie plurisoggettive	107
2.2 L'illecito dell'ente come illecito di evento ovvero illecito di pericolo...111	
2.3 L'elusione fraudolenta come requisito di non rimproverabilità dell'ente.....	115
3. Il grado di intensità della colpevolezza dell'ente rispetto alla adozione ed implementazione del modello organizzativo	120

4. L'adeguatezza e l'idoneità del modello: presupposto ed oggetto dell'elusione fraudolenta.....	124
4.1 Segue: l'elusione fraudolenta come controprova dell'idoneità del modello	131
5. La fraudolenza come qualificazione restrittiva dell'ambito di operatività dell'esonero della responsabilità per l'ente.....	135
6. Il panorama ermeneutico del concetto di frode nella letteratura giuspenalistica.....	137
6.1 L'interpretazione in senso oggettivo ed i suoi limiti.....	144
6.2 L'interpretazione in senso soggettivo ed il rischio di interpretazioni abrogatrici in violazione dei principi di legalità e del <i>favor rei</i>.....	153
6.3 L'elusione fraudolenta come <i>elusione non concordata</i>: il significante di una reale contrapposizione tra apicale-reo ed ente.....	159
6.4 L'approdo della giurisprudenza di legittimità: il caso Impregilo.....	162

CAPITOLO III

L'INTRODUZIONE NEL SISTEMA DEI REATI COLPOSI E LA LORO COMPATIBILITÀ

CON IL REQUISITO DELL'ELUSIONE FRAUDOLENTA

1. L'introduzione di fattispecie colpose e riflessi sul sistema della responsabilità da reato degli enti, in particolare sui requisiti di <i>interesse e vantaggio</i>	187
2. Compatibilità e declinazione del requisito dell'elusione fraudolenta nel caso di reati colposi: i limiti delle interpretazioni tradizionali.....	204
3. L'adattamento del concetto di frode nei reati colposi: la fraudolenza come <i>violazione inaspettata e occulta</i> del modello.....	209
4. I rischi di una concezione <i>ad hoc</i> dell'elusione fraudolenta per i reati colposi e possibilità di una alternativa unificante	212
CONCLUSIONI.....	216
BIBLIOGRAFIA	239
GIURISPRUDENZA	264

ALTRA DOCUMENTAZIONE 269

INTRODUZIONE

A più di vent'anni dalla «rivoluzione copernicana»¹ dell'introduzione di un sistema di responsabilità amministrativa da reato degli enti, la normativa di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 non cessa di destare interesse nel panorama dottrinale e di suscitare intenso dibattito anche nelle aule di giustizia intorno ad alcuni aspetti chiave della disciplina.

Scopo del presente elaborato è quello di analizzare alcuni di questi aspetti cercando, per quanto possibile in ossequio ai parametri costituzionali che in materia vengono in considerazione, *in primis*, nonché, *in secundis*, alla pretesa di organicità della disciplina nel settore della responsabilità da reato degli enti, di trovare soluzioni ai diversi problemi ermeneutici riscontrati, tali che possano far addivenire a una “quadratura del cerchio”. In particolare, oggetto specifico dell'elaborato è la clausola di esonero prevista per il caso di verifica di un reato che si riveli commesso da un soggetto che riveste, all'interno della *societas*, la qualifica di apicale. Clausola di cui si affrontano i punti di frizione con disposizioni interne al decreto stesso e con fonti esterne, appartenenti, in generale, al nostro ordinamento penale (in primo luogo di rango costituzionale).

Così, e progredendo “dal generale al (sempre più) particolare”, dopo una riflessione sui fattori che hanno portato, prima, alla legge delega n. 300 del 2000 e, poi, alla attuazione di questa per mezzo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, si cerca di tracciare, innanzitutto, i profili più generali della disciplina, i principi che la informano riportandone gli aspetti di criticità rilevati dagli interpreti, ma anche l'evoluzione interpretativa che li ha riguardati, nel tentativo di trovare strade ermeneutiche conducenti a letture conformi a Costituzione e alle fonti sovranazionali di cui pure si deve tenere conto.

Proprio per i quesiti che pone in riferimento alla compatibilità con i principi costituzionalmente tutelati di colpevolezza e di personalità nell'ambito della responsabilità penalistica, uno degli aspetti più interessanti, ma, allo stesso tempo,

¹ MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 502.

complessi del sistema delineato nel decreto è quello del paradigma ascrittivo di responsabilità, quale emerge, in particolare, dagli articoli 6 e 7. La prima disposizione, quella che attiene al reato commesso da un soggetto apicale, è senza dubbio, quella di maggior criticità, in quanto mostra di sposare un criterio imputativo “ibrido”, teso tra i due poli opposti della teoria dell’immedesimazione organica e di quella della colpa di organizzazione. Proprio questa disposizione è il fulcro della trattazione, sicché, anche il particolare rilievo che, nel capitolo introduttivo sulla parte generale, si è voluto dare ad alcune considerazioni rispetto che ad altre, trova spiegazione in considerazione dell’*iter* argomentativo successivo sul tema della struttura della responsabilità derivante da reato dell’apicale.

Ancor più specificamente, ci si sofferma sul sintagma dell’“elusione fraudolenta” del modello organizzativo, previsto, all’interno del primo comma dell’articolo 6, tra gli elementi che l’ente deve provare in giudizio per andare esente da responsabilità ai sensi della nuova disciplina. Diversi sono gli orientamenti dottrinali sulla natura giuridica di questa clausola, vista ora come fattispecie esonerativa di responsabilità, ora come scusante positivizzata, ora come *standard* di idoneità del modello organizzativo; come diverse sono le interpretazioni semantiche del sintagma, di cui, in particolare si distinguono una concezione oggettiva, una soggettiva e una terza concezione che può definirsi quasi enantiosemica. Di queste e dei diversi problemi sistematici e applicativi che ne derivano si cerca di dar conto nel prosieguo della trattazione, avendo cura di sottolineare come al fondo di ciascuna di tali differenti prospettive stia una differente concezione del paradigma imputativo della responsabilità dell’ente.

Allo stesso modo, e nonostante la scarsa produzione giurisprudenziale sul tema, si cerca di fare il punto sugli esiti a cui sono pervenuti i giudici di merito e quelli di legittimità sul tema dell’elusione fraudolenta del modello organizzativo, con l’analisi, in particolare, del caso Impregilo e delle sue varie tappe: l’importanza di tale vicenda giudiziaria si spiega in considerazione del fatto che questa ha svolto il ruolo di apripista nell’applicazione della disciplina e del fatto che, per la prima volta (sebbene il giudice di legittimità abbia, poi, ribaltato le pronunce dei giudici di merito) è stata disposta l’assoluzione della società rispetto al reato di aggio commesso dai suoi vertici.

Infine, si ritiene doveroso esaminare anche l'evoluzione subita dalla disciplina in ragione dei continui e non sempre conferenti interventi del legislatore sul piano del catalogo dei reati-presupposto. Nello specifico, a "turbare" l'equilibrio (più o meno) raggiunto è stato il legislatore del 2007², che, pur con il commendevole intento di colmare una lacuna da più parti lamentata in quanto foriera di un ampio spazio di impunità proprio per quelle ipotesi di maggior disvalore sociale e di più frequente verifica nell'ambito della criminalità d'impresa, ha ampliato il novero delle fattispecie-presupposto con l'introduzione di reati anche colposi (in particolare, le fattispecie colpose di omicidio e lesioni personali aggravate dalla violazione della normativa antinfortunistica).

Dopo aver, dunque, analizzato le ricadute di tale intervento fortemente innovativo, sul piano dei principi generali della normativa originaria, si è cercato di vagliare la compatibilità e la eventuale concreta operatività della clausola della fraudolenta elusione, nelle differenti accezioni proposte in dottrina, in ipotesi di concretizzazione del rischio di reato colposo, tentando di addivenire a una proposta interpretativa unitaria, valevole sia per ipotesi dolose che per ipotesi colpose, e soddisfacente dal punto di vista dell'unitarietà e della completezza della disciplina specifica, nonché conforme ai principi generali di cui il legislatore penale (e gli interpreti) deve necessariamente tener conto, siano essi dettati dalla nostra Carta fondamentale ovvero da fonti sovranazionali, come la CEDU, a cui ci si deve necessariamente conformare.

Senza pretesa di completezza, dunque, in questo elaborato si cerca di fornire un consuntivo di questi venti e più anni di vita della responsabilità degli enti e di dare conto delle linee tendenziali che possono riscontrarsi nella dottrina più attenta e autorevole sul tema della possibilità fornita all'ente di discolarsi nel caso di commissione di un reato da parte di un suo apicale, nello specifico del significato attribuito al sintagma dell'elusione fraudolenta, nonché di riportare e analizzare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla questione, così da mantenere sempre presente il confronto con la realtà fattuale che vive nelle corti di giustizia.

² Ci si riferisce all'intervento additivo della l. n. 123 del 2007, poi superato dal d. lgs. n. 81 del 2008 (c.d. "TUSL").

CAPITOLO I

IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

1. La caduta del dogma *societas delinquere et puniri non potest* e la genesi del decreto legislativo 231/2001

L'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di un sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, coincidente, dunque, con la definitiva caduta del dogma *societas delinquere et puniri non potest*, avveniva con l'emanazione della legge 29 settembre 2000, n. 300 che, in ratifica di alcuni atti internazionali, delegava il Governo a compiutamente delineare la disciplina di una responsabilità, esplicitamente prevista come "amministrativa", di persone giuridiche ed enti privi di personalità giuridica¹.

In realtà, l'assioma della "incapacità" delle persone giuridiche di commettere reati era, da tempo, in crisi² e parrebbe, inoltre, poggiare su fondamenta non così stabili e risalenti come spesso, invece, lo si vorrebbe presentare.

In Italia, la nascita del brocardo dovrebbe, infatti, rinvenirsi in un tempo indefinito successivo al tramonto dell'epoca dei Comuni ed al passaggio alla primazia dei Principati; nascita dovuta, verosimilmente, non a ragioni ideologiche o giuridiche, quanto più a ragioni prettamente storico-economiche, le stesse che, seppur in momenti diversi, hanno portato ad una eguale evoluzione anche negli ordinamenti di altri Paesi, quali Germania e Francia³. Prima di allora, invece, e almeno fin dai secoli XII e XIII, dunque nel periodo in cui le corporazioni costituivano i principali agenti economici e politici e l'economia urbana non si era ancora affermata, si ammetteva senza difficoltà la punibilità dell'*universitas*, che poteva dar vita, e

¹ V. art. 11, l. n. 300 del 2000, che si riferisce espressamente alla responsabilità «delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

² Per riferimenti dottrinali ai primi critici del brocardo si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, 4.

³ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2, 445 ss. L'Autore ripercorre le vicissitudini storiche del sistema punitivo delle *universitates* nei diversi ordinamenti di *civil* e *common law*, arricchendo la trattazione di casi concreti e spunti dottrinali.

spesso dava vita, a fenomeni patologici meritevoli di sanzione dal punto di vista penalistico⁴.

Allo stesso modo, ragioni di carattere pratico-economico hanno portato alla creazione – *rectius*, alla riscoperta – della *corporate criminal liability*, dapprima nei Paesi anglosassoni: la rivoluzione industriale in Inghilterra e, successivamente, la nascita negli Stati Uniti del sistema capitalistico, con la formazione di imprese industriali di dimensioni sempre maggiori, si sono accompagnate a gravi patologie e fenomeni di rischio per gli interessi individuali e collettivi; ciò fu di grande impulso per la creazione di un diritto penale degli enti⁵.

In Inghilterra, tralasciando alcune poco rilevanti condanne di comuni per omessa manutenzione di un ponte e di una strada, la prima attestazione di responsabilità di una *corporation* si ha con due decisioni del *Queen's Bench* risalenti, rispettivamente, al 1842, per quanto riguarda un caso di reato omissivo⁶, e al 1846, per un caso di reato commissivo⁷. Per quel che attiene agli Stati Uniti d'America, il caso-pilota si ebbe nel 1909, con una pronuncia epocale da parte della *Supreme Court* che si impose, se non dal punto di vista giuridico per l'adesione al principio di matrice civilistica del *respondeat superior* – che venne poi superato –, quanto meno e soprattutto dal punto di vista “politico”: la Corte, nell'ammettere la responsabilità penale delle *corporations*, non vi riscontrò alcuna illegittimità costituzionale, sottolineando, all'opposto, come una diversa soluzione, aderente alla vetusta dottrina della “incapacità” penale di queste, significasse impedire «un

⁴ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 450 s., il quale, nondimeno, riporta elementi che dimostrano come, in alcuni casi, gli strascichi del pensiero precedente, dunque della punibilità della c.d. *persona morale*, hanno continuato a farsi sentire anche successivamente.

⁵ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 454 ss.

⁶ Si veda *Reg. v. The Birmingham and Gloucester Railway Company*, 1842, 3 Q.B., 223, su cui LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 32. L'Autore riporta versioni contrastanti rispetto ai fatti oggetto del processo: secondo un orientamento, la responsabilità della *corporation* per il reato di *public nuisance* (dunque per “turbamento pubblico”) sarebbe sorta per la violazione dell'ordine di un giudice di rimuovere un ponte che la stessa società aveva eretto illegittimamente; secondo altri, invece, la compagnia ferroviaria avrebbe violato il suo stesso statuto per aver ommesso di costruire sulla ferrovia un cavalcavia, come imposto dall'atto costitutivo.

⁷ Si veda *Reg. v. Great North of England Railway Co.*, 1846, 9 Q.B., 215. Anche in questo caso, una compagnia ferroviaria si era resa responsabile del delitto di *public nuisance* per aver interrotto e manomesso, a causa dei lavori di costruzione di un ponte, una strada comunale molto trafficata, su cui vedi MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 456.

controllo effettivo di questo tipo di criminalità e la correzione degli abusi accertati»⁸.

Con l'avvento di un capitalismo maturo, della globalizzazione, delle multinazionali e di fenomeni di criminalità a carattere sempre più transnazionale, anche altri ordinamenti giuridici, *in primis* quelli europei, hanno sentito la necessità di dotarsi di una disciplina sanzionatoria nei confronti delle cc.dd. *persone morali*.

I primi passi in tale direzione venivano mossi a livello europeo: già nel 1988 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa approvava la Raccomandazione n. 18, che impegnava gli Stati membri a dotarsi di un sistema di responsabilità degli enti, prevedendo a tal fine anche una vasta gamma di sanzioni; successivamente, anche la Comunità Europea, con i provvedimenti n. 733/98/GAI e 724/98/GAI, prevedeva la responsabilità delle persone giuridiche nell'ambito delle azioni comuni contro la criminalità organizzata e contro la corruzione nel settore privato⁹.

Non stupisce, considerato quanto detto in precedenza, che l'Italia, così come la Spagna, la Grecia e la Germania, diversamente da quei Paesi in cui è predominante il c.d. "pragmatismo giuridico", come ad esempio la Francia e, *a fortiori*, quelli anglosassoni, si sia mostrata più renitente alle prescrizioni europee ed abbia atteso lungamente prima di implementare un tale sistema sanzionatorio nei confronti delle persone giuridiche, proprio facendo leva su quella tradizionale (presunta) insindacabilità del dogma *societas delinquere et puniri non potest*¹⁰.

Come anticipato precedentemente, il microsistema normativo disciplinante la responsabilità degli enti, nel nostro sistema giuridico, veniva introdotto con la legge n. 300 del 2000 e il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231¹¹. La prima prevedeva l'implementazione nel nostro ordinamento di alcuni atti internazionali

⁸ Vedi *New York Central and Hudson River Rail Road Co. v. U.S.*, 1909, 212 U.S. 481. In questo caso, non veniva criticata la contrarietà delle transazioni commerciali che avevano coinvolto una delle più grandi società statunitensi attive nel settore ferroviario rispetto al c.d. "*Elkins Act*" (*Act of February 19, 1903, c. 708, 32 Stat. 817*, uno dei primi provvedimenti legislativi volti a porre un freno al potere che le grandi imprese americane stavano ormai acquisendo), bensì la contrarietà di questa normativa rispetto alla Costituzione, invocando proprio quella tradizionale, ma ormai, a parere della Corte Suprema, superata dottrina secondo cui le società non possono commettere crimini. A tal proposito si veda sempre MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 457. Si veda anche, su tale sentenza, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 14 ss.

⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 7.

¹⁰ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 7.

¹¹ Per una recente trattazione completa e esaustiva sul c.d. "decreto 231" si veda il manuale di LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021.

emanati sulla base dell'art. K.3 del Trattato dell'Unione Europea¹² e forniva delega al Governo per la specifica disciplina della responsabilità degli enti; il secondo attuava la delega, in particolare prevedendo originariamente agli artt. 24 e 25 come reati-presupposto (anche solo allo stadio di tentativo *ex art. 26*) solamente alcuni delitti contro la Pubblica Amministrazione, alla quale veniva equiparato l'apparato amministrativo delle Comunità europee¹³. Dunque, si costruiva, in tal modo, un apparato sanzionatorio molto articolato e complesso a fronte di un numero esiguo di delitti che potevano dar vita a responsabilità degli enti. In realtà, gli atti internazionali, come anche la legge delega e gli schemi del decreto legislativo attuativo di quest'ultima precedenti al testo poi definitivamente approvato, prevedevano un elenco di reati-base molto più corposo, che venne però nettamente ridimensionato poco prima dell'emanazione del testo definitivo¹⁴.

In particolare, il legislatore delegante, da un lato e come prevedevano le norme degli atti internazionali cui si intendeva dare esecuzione, aveva articolato la responsabilità delle persone giuridiche facendola discendere da illeciti più marcatamente espressivi di una vera e propria politica d'impresa che si prefigge

¹² Così l'art. 1 della l. n. 300 del 2000, il quale dispone la ratifica e l'esecuzione, tra gli altri, della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. "Convenzione PIF"), firmata a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo, firmato a Dublino il 27 settembre 1996, della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 26 maggio 1997, e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997. Si veda in proposito MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 459 s.

¹³ In particolare, l'art. 24 prevede la responsabilità della persona giuridica nel caso di malversazione ai danni dello Stato (art. 316-*bis* c.p.), di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), di truffa in danno dello Stato o di un altro ente pubblico (art. 640, co. 2, n. 1 c.p.), di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.) e di frode informatica (art. 640-*ter* c.p.), avendo cura di specificare che la fattispecie sarà integrata qualora tali delitti siano commessi in danno dello Stato o di altro ente pubblico; l'art. 25 prevede, invece, la punibilità degli enti in relazione ai delitti di concussione (art. 317 c.p.), di corruzione (c.d. "passiva") per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), di corruzione (c.d. "passiva propria") per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), anche aggravata *ex art. 319-bis* c.p. e anche se commesse da un incaricato di pubblico servizio (c.d. "i.p.s.") *ex art. 320* c.p., di corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), di corruzione c.d. "attiva" (art. 321 c.p. rubricato «Pene per il corruttore»), di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), e di peculato, concussione, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis* c.p.).

¹⁴ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 9, che riporta altresì riferimenti bibliografici sulla critica di una tale scelta «riduzionista». Si veda anche PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 585 s., in particolare sulle ragioni (anche politiche) dell'espunzione della maggior parte dei reati-presupposto dal testo definitivo del decreto.

l'obiettivo, attraverso la commissione di quei delitti caratterizzati dal fine di ingiusto profitto, di eludere le norme poste a salvaguardia della concorrenza; dall'altro lato, aveva previsto, accanto a questi, anche altri illeciti tipici del c.d. "rischio d'impresa" (si pensi ai reati in tema di violazione della normativa antinfortunistica sul lavoro o ai reati ambientali). Il legislatore delegato, tuttavia, ha preferito (all'ultimo e giustificandosi con la volontà di rendere questo passaggio, potenzialmente dirompente per il nostro sistema giuridico e, soprattutto, per il tessuto imprenditoriale del Paese, in qualche modo più graduale¹⁵) espungere, dal sistema di responsabilità degli enti, quest'ultima tipologia di reati, finendo con il ridimensionare, almeno in parte, la portata della riforma attuata con la legge delega¹⁶.

Tutto ciò rese necessario un intervento sulla c.d. "parte speciale" del decreto pressoché costante del legislatore, che, al fine di "tenere il passo" con le prescrizioni europee ed internazionali¹⁷, dovette procedere, di volta in volta, ad inserire nuovi reati nel catalogo tramite stratificazioni che non hanno di certo giovato alla creazione di un sistema coerente ed armonico¹⁸.

¹⁵ Cfr. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, 214 s., il quale ricorda, piuttosto, come il clima di campagna elettorale in cui fu approvata la versione definitiva del d. lgs. n. 231 del 2001 portò a una iniziale soluzione di compromesso, tale per cui, rispetto alle indicazioni della legge delega, veniva ridotta la sfera degli illeciti addebitabili all'ente e, altresì, veniva eliminata la disciplina sugli effetti civili derivanti dalla condanna dell'ente.

¹⁶ Si veda l'art. 11 della l. n. 300 del 2000, che prevedeva come reati-presupposto, oltre ai delitti poi recepiti negli artt. 24 e 25, anche reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica (previsti nel Titolo VI del Libro II del codice penale), reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose (artt. 589 e 590 c.p.) commessi in violazione della normativa antinfortunistica sul lavoro o delle norme a tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, reati in materia di tutela ambientale e del territorio. Su questo ancora PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., 214, secondo cui «la crisalide è stata, così, depauperata dei suoi petali più significativi».

¹⁷ Soprattutto per rispondere alla pressante esigenza di tutela della concorrenza e della trasparenza dei mercati internazionali e, in particolare, europei; v. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., 214.

¹⁸ V. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 49 s. Per dare un'idea della stratificazione operata fin da subito dal legislatore nell'ampliare l'elenco dei reati-presupposto, basti pensare che, in primo luogo, già nel 2001, al fine di contrastare la criminalità organizzata (che sempre più spesso si serviva per i propri propositi criminosi anche di strutture economiche più o meno legittime) ed in vista dell'introduzione della moneta unica su tutto il territorio dell'Unione, come imposto dalla decisione-quadro 29 maggio 2000 del Consiglio dell'Unione Europea (2000/383/GAI), venivano introdotti, tra i reati-presupposto, anche alcuni delitti contro l'industria e il commercio, in particolare i delitti di falsità in monete, carte di pubblico credito e valori di bollo (si veda a tal proposito l'art. 25-bis del d. lgs. n. 231 del 2001); nel 2003, il legislatore aggiungeva al catalogo i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (previsti all'art. 25-quater), implementando, in tal modo, la Convenzione di New York del 9 dicembre 1999.

Talvolta, il legislatore, nell'ampliare l'elenco dei reati previsti dal decreto, è forse andato un po' oltre, prevedendone taluni che poco o nulla sembrerebbero avere a che fare con la criminalità economica e d'impresa e, dunque, con il sistema di responsabilità degli enti introdotto nel 2001, ma denotando, da parte del nostro ordinamento, una chiara scelta di principio e una presa di posizione netta, sulla scia di atti internazionali, contro pratiche ritenute aberranti; si pensi, in proposito, all'art. 25-*quater*.1, introdotto nel 2006 dando esecuzione alla Dichiarazione e piattaforma di azione del 15 settembre 1995 assunta durante la quarta conferenza dell'ONU sulle donne, il quale prevede la punibilità dell'ente stabilmente utilizzato al solo o prevalente scopo di consentire o agevolare la commissione di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (c.d. "infibulazione"), previste dal nostro codice penale come delitto all'art. 583-*bis*.

Nel 2003 è stato introdotto e nel 2006 modificato l'art. 25-*quinquies* il quale, in attuazione della decisione-quadro 19 luglio 2002 del Consiglio dell'Unione Europea (2002/629/GAI) sulla lotta al traffico di esseri umani, ha reso perseguibili gli enti anche in base ai delitti in materia di schiavitù di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., ai delitti di prostituzione minorile e di pornografia minorile di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater* e 600-*quater*.1 c.p.

Con la l. 16 marzo 2006 n. 146, la quale ha implementato nel nostro ordinamento le misure previste dalla Convenzione e dai Protocolli dell'ONU contro la criminalità organizzata transnazionale, è stata introdotta, dall'art. 10 della stessa legge, la responsabilità dell'ente per alcuni reati associativi o comunque tipicamente espressivi di forme di criminalità organizzata (tra gli altri, il reato di associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p., di associazione di tipo mafioso *ex art.* 416-*bis*, di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati *ex art.* 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti *ex art.* 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, di intralcio alla giustizia *ex art.* 377 c.p., di induzione a rendere dichiarazioni mendaci all'Autorità giudiziaria *ex art.* 377-*bis* c.p. e di favoreggiamento personale *ex art.* 378 c.p.) nel caso in cui questi siano commessi nella forma di «reato transazionale», come definito dall'art. 3 della legge di attuazione.

Nel 2002 è stata introdotta la responsabilità delle persone giuridiche per i reati societari, inseriti nel decreto all'art. 25-*ter*, il quale, variando rispetto alla tecnica legislativa utilizzata dal legislatore in precedenza, ha proceduto ad indicare espressamente i soggetti e i criteri di imputazione all'ente per i reati societari previsti agli artt. 2621 e ss. del c.c. (con l'originaria esclusione, immotivata da un punto di vista criminologico, del delitto di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c., cui oggi si è posto rimedio), introducendo un profilo di asistematicità nel sistema delineato dal d. lgs. 231 del 2001 e non pochi problemi interpretativi per quanto riguarda le persone fisiche autrici del reato su cui si fonda la responsabilità dell'ente (per una critica al riguardo si veda FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 249 ss.); tale introduzione, avvenuta grazie al d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, è stata da più parti criticata anche in quanto nata nell'ambito di una radicale riforma di tale tipo di delitti (si pensi, soprattutto, alla curiosa parabola del falso in bilancio con l'inserimento del sistema delle soglie quantitative, ora abrogato), la quale, però, andava nella direzione di una sostanziale depenalizzazione di tali illeciti; inoltre, per gli illeciti derivanti dai reati societari non si ricorreva alle più incisive (e probabilmente più efficaci anche da un punto di vista general-preventivo) sanzioni interdittive, bensì si prevedevano (e si prevedono a tutt'oggi) a carico dell'ente esclusivamente sanzioni pecuniarie, tra l'altro inizialmente molto blande cui si è cercato (senza grande successo, per la verità) di porre rimedio con il raddoppiamento delle somme a carico dell'ente che il legislatore ha effettuato per il tramite della l. n. 262 del 2005. Quest'ultima ha, inoltre, introdotto la responsabilità delle persone giuridiche per i reati di abuso di mercato, inseriti all'art. 25-*sexies* del d. lgs. n. 231 del 2001.

Nonostante originariamente previsti dalla legge delega, altro nodo controverso in sede di interpretazione (soprattutto in considerazione delle ricadute che una tale aggiunta ha avuto sulla c.d. "parte generale" del sistema in termini di compatibilità di questo tipo di reati con i concetti di «interesse» e di «vantaggio» per l'ente di cui all'art. 5 del decreto, oltretutto della compatibilità dell'elemento psicologico della colpa rispetto ad un criterio ascrittivo di responsabilità all'ente nel caso di fatto illecito degli «apicali» che richiede una nota di frodolenza nella condotta ai danni dell'ente di questi ultimi) hanno rappresentato i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commesse in violazione delle norme antinfortunistiche sul lavoro, previsti all'art. 25-*septies* del decreto ed introdotti dall'art. 9 della l. n. 123 del 2007. Gli stessi rilievi critici hanno interessato anche l'introduzione, nel catalogo dei reati-presupposto, degli illeciti in materia

Ad ogni modo, la spinta verso il capovolgimento dell'antico brocardo, che, in tal modo, diverrebbe «*societas delinquere potest et puniri debet*»¹⁹, come già osservato, non proveniva esclusivamente dal fronte internazionale ed europeo, in ragione del ritardo e dei vuoti di tutela che questo comportava rispetto a molti altri Paesi europei che si erano già dotati, in tempi più o meno risalenti, di un sistema di responsabilità degli enti²⁰; ma tale spinta era avvertita fortemente anche nel panorama dottrinale del nostro Paese già prima dell'introduzione del sistema di responsabilità degli enti avvenuta nel 2001, motivata da un'esigenza, sempre più pressante, di tutela contro la criminalità d'impresa. Anzi, le esigenze di “politica criminale interna” erano ancor più pressanti dei moniti e degli inviti provenienti dall'Europa: l'ente, visto non più solo nella prospettiva (civilistica) di «“autonomo centro d'interessi” e di rapporti giuridici», ma anche come «“matrice di decisioni ed attività” dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente»²¹, in quanto tale può rendersi causa di cc.dd. “*white-collar crimes*” e tipologie criminose simili che, già allora, avevano reso chiara la rilevanza del

ambientale previsti dal codice penale e dal d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. “testo unico ambiente”), tra i quali figurano alcuni reati di natura colposa.

Privo di critiche, se non per il poco comprensibile mancato inserimento del delitto di frode informatica di cui all'art. 640-ter c.p. qualora commesso in danno di soggetti diversi dallo Stato o da altri enti pubblici (nel qual caso, invece, la responsabilità dell'ente è prevista fin dalla originaria versione del decreto all'art. 24) e del delitto di cui all'art. 495-bis c.p., concernente la falsa attestazione al certificatore, è stato l'innesto, a mezzo della l. n. 48 del 2008, dell'art. 24-bis, il quale ha esteso la responsabilità dell'ente ai reati informatici. Rimanevano ancora, a detta di AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23/05/2016, 4, «inspiegabilmente e problematicamente» assenti dal catalogo dei reati-presupposto i reati tributari, inseriti nella “Parte speciale” del decreto all'art. 25-quinquiesdecies solo ultimamente, con il d. lgs. 14 luglio 2020, n. 75. Per tutti questi aspetti si veda PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., 211 ss. Per un approfondimento sull'evoluzione della parte speciale del d. lgs. 231, si veda GULLO, *Considerazioni generali ed evoluzione storica*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 353 ss.; sui reati informatici presupposto della responsabilità degli enti, GULLO, *I reati informatici*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 381 ss.; sui reati societari presupposto della responsabilità degli enti, PERINI, *Art. 25 ter. La responsabilità delle persone giuridiche in ambito penale societario*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 291 ss.; nonché BELLACOSA, *I reati societari e in tema di abuso di mercato*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 471 ss.

¹⁹ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 3.

²⁰ In proposito la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 1, 481, che cita la Francia, il Regno Unito, l'Olanda, la Danimarca, il Portogallo, l'Irlanda, la Svezia e la Finlandia.

²¹ In questi termini si esprime ancora la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 1, 481, che richiama sul punto le parole della *Relazione della Commissione presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso sul Progetto di riforma del codice penale*. Sia la Relazione che il Progetto Grosso si possono leggere in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 574 ss.

fenomeno della criminalità d'impresa, da taluni guardata addirittura con maggiore preoccupazione ed attenzione rispetto alla tradizionale criminalità individuale²².

In ragione della presa di coscienza del fatto che, dunque, spesso è l'organizzazione stessa, con le sue *practices* e le politiche da essa adottate, a determinare il comportamento illecito del singolo²³, si poteva ragionevolmente supporre che un apparato sanzionatorio a carico dell'ente avesse la possibilità di influire sui comportamenti di quei soggetti che in qualche modo operano per esso e che, nel fare ciò e nell'orientare la propria attività, avrebbero dovuto tenere in considerazione, tra i vari interessi dell'ente stesso, anche quello di non incorrere in sanzioni che avrebbero potuto assumere un elevato carattere afflittivo²⁴. Inoltre, la funzione general-preventiva della sanzione avrebbe potuto esplicare effetto anche su tutte le persone che, pur non avendo compiti propriamente gestori della persona giuridica, hanno in essa interessi personali e, sulla base di questi interessi, hanno il diritto di modellare la composizione dei vari organi dell'ente e dei soggetti che si occupano della sua gestione (si fa riferimento, ad esempio, a coloro che scelgono e nominano gli amministratori e la cui scelta potrebbe essere più o meno spregiudicata o, viceversa, attenta, in ragione dell'esistenza di un apparato sanzionatorio predisposto nei confronti dell'ente)²⁵.

Oltre a ciò, era riconosciuto in dottrina che non è raro, nel tessuto imprenditoriale, il fenomeno delle cc.dd. "teste di paglia": semplici prestanome tramite il cui schermo²⁶ l'impresa può mettere in atto una politica criminale; invero, qualora l'illecito venga scoperto, si addossa loro il ruolo di "capro espiatorio" e – dopo averli sostituiti e liquidati con un cospicuo corrispettivo (accollandosi, così, il costo della pena pecuniaria in vece della persona fisica condannata²⁷) – la società,

²² Così ancora la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 1, 481 s.

²³ Cfr. la *Relazione della Commissione presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso*, cit., 643.

²⁴ Così PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, VI, 2002, 958 ss.

²⁵ Ancora PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 960.

²⁶ A tal proposito si veda la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 1, 481: «La complessità del modello industriale post-moderno è anzi notoriamente contraddistinta dall'incremento dei centri decisionali, da una loro accentuata frammentazione e dall'impiego di "schermi fittizi" a cui imputare le scelte e le conseguenti responsabilità».

²⁷ Vedi DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 5. Proprio a causa di tali patti taciti, spesso, nel diritto penale economico, le cornici edittali delle pene pecuniarie, nonostante formalmente predisposte nei confronti di persone fisiche, sembravano paramtrate piuttosto al patrimonio, solitamente molto più rilevante, dell'impresa.

esente da ogni responsabilità, potrebbe proseguire nell'attuazione della sua politica criminale²⁸; di talché, in questo caso, come rilevato dallo stesso legislatore²⁹, l'errore sarebbe stato mantenere ferma una tradizionale disciplina di irresponsabilità degli enti, ormai di molto superata dalla prassi imprenditoriale, e non piuttosto introdurre un sistema ispirato al principio opposto secondo cui anche la *societas* commette reati e può e deve venire punita.

In un diritto penale dell'economia incentrato esclusivamente sul soggetto-persona fisica, infatti, l'ente avrebbe potuto considerare la sanzione pecuniaria quale posta del proprio bilancio e dunque ammortizzarne l'onere in base ad una valutazione costi-benefici, trattando la commissione di illeciti come qualunque altra operazione (più o meno ordinaria) di gestione, essendo anche libera dall'effetto di stigmatizzazione proprio di una condanna penale, il quale, quello sì, ricadeva invece esclusivamente sul soggetto responsabile del reato, prontamente rimpiazzato³⁰.

Qualora, poi, la sanzione fosse ricaduta, invece, sul soggetto fisico (magari perché pena detentiva e non pecuniaria o per altre ragioni di fatto), il fatto che non fosse prevista una responsabilità dell'ente, vero responsabile del reato, e la sistematica prassi di sostituire semplicemente il centro di imputazione formale al suo interno, davano l'esito (paradossale se solo si pensa alle ragioni addotte dai critici dell'introduzione di un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche, che facevano leva molto spesso proprio su questo) di vanificare il principio di personalità della sanzione penale: in molti casi, infatti, l'asimmetria informativa e di autonomia tra i titolari dei poteri decisionali e gli incaricati di portare a termine le operazioni provocava una discrasia tra il soggetto cui imputare l'elemento psicologico (il "decisore") e colui che, invece, realizza materialmente il fatto tipico (l'esecutore "delegato"), a cui, però, difettano quegli elementi minimi di conoscenza di cui si compone l'elemento psicologico del reato³¹.

²⁸ Così MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 297 ss.

²⁹ Cfr. sia la *Relazione della Commissione presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso*, cit., che la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*.

³⁰ Vedi DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 5.

³¹ Su questo ancora DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 5. Si fa, in particolare, riferimento al diffusissimo strumento della delega di funzioni.

Dal punto di vista pratico-fattuale, poi, la moderna «società del rischio» – con la criminalità d’impresa e la conseguente messa a rischio di interessi e diritti, per così dire, “di massa” – rende indispensabile cercare, in qualche modo, di responsabilizzare gli enti stessi, facendo sì che essi si adoperino per minimizzare il rischio che, al loro interno o comunque a loro vantaggio³², soggetti riconducibili alla struttura organizzativa (in qualità di apicali o subordinati) commettano dei reati (si vedrà, infatti, che il sistema introdotto si sviluppa in un’ottica che non è solo di repressione, ma anche e soprattutto di prevenzione, grazie, in particolare, ai cc.dd. “modelli organizzativi” per la prevenzione del rischio-reato)³³.

Per tutte queste ragioni, era largamente ammesso dagli interpreti che l’introduzione di un sistema di responsabilità delle persone giuridiche non si sarebbe potuta rimandare ulteriormente. Nondimeno, ciò su cui si discuteva ancora ampiamente erano la natura e la qualificazione normativa di questo (nuovo) tipo di responsabilità.

2. Qualificazione e natura della responsabilità da reato degli enti

Come visto, il legislatore del 2001, seguendo l’indicazione del delegante, ha espressamente intitolato il nuovo provvedimento alla «disciplina della responsabilità amministrativa» degli enti. Tuttavia, per espressa previsione, questo nuovo paradigma di responsabilità della persona giuridica si innesta, per così dire, in un “terreno” che è, invero, propriamente penale, dal momento che il presupposto fattuale per l’ascrizione di una tale responsabilità nei confronti della persona giuridica è la commissione di un reato da parte di un soggetto la cui condotta, si vedrà più avanti in che modo e secondo quali criteri, può e deve essere ascritta alla persona giuridica stessa³⁴.

³² Qui «vantaggio» viene utilizzato in senso atecnico, attendendo di esaminare approfonditamente i criteri ascrittivi della responsabilità all’ente e, dunque, i concetti tecnici di «interesse» e «vantaggio», più avanti in questo capitolo.

³³ Cfr. ALESSANDRI, SEMINARA, *La responsabilità degli enti collettivi*, in *Diritto penale commerciale*, vol. I, Torino, 2018, 88 s.

³⁴ Si rinvia nuovamente all’art. 11 della l. n. 300 del 2000 e l’art. 1, co. 1 del d.lgs. n. 231 del 2001.

In tal modo e per sua espressa ammissione, il legislatore ha evitato di prendere posizione sulla questione teorica della natura di questo nuovo tipo di responsabilità³⁵.

³⁵ Così la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 1.1, 482. In essa si fa cenno al fatto che il progetto per il nuovo sistema si rifacesse all'articolato formulato dalla Commissione Grosso (il *Progetto ministeriale di riforma del codice penale – Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 574 ss., in cui viene riportato anche l'*Articolato del progetto*) e che anche quest'ultimo evitasse di prendere una posizione netta sulla questione – seppure la collocazione sistematica della nuova responsabilità delle persone giuridiche all'interno di un futuro codice penale forniva, al riguardo, un argomento inequivoco e non trascurabile. Nella *Relazione*, inoltre, si ammette che, si fosse voluto optare per un sistema di responsabilità propriamente penale degli enti, non si sarebbero incontrate difficoltà insormontabili dal punto di vista teorico, essendo stata superata la tradizionale resistenza di chi vedeva nel principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. un impedimento assoluto ad un sistema che andasse in questa direzione. Ciò nonostante, si è in ogni caso preferito optare per una scelta maggiormente cautelativa e, dunque, per un regime di responsabilità amministrativa, quantunque una siffatta responsabilità, poiché fondata sulla commissione di un reato e garantita dalle tutele processual-penalistiche – in ossequio alla espressa previsione della legge delega sul punto –, segua una disciplina sotto svariati aspetti divergente rispetto a quella classica prevista per l'illecito amministrativo dalla l. n. 689 del 1981. In conseguenza di ciò, è la *Relazione* stessa a parlare del sistema di responsabilità delle persone giuridiche come di un nuovo *tertium genus*, che, al fine di trovare il giusto equilibrio tra l'istanza preventiva e quella ineludibile della massima garanzia, coniuga gli aspetti essenziali del sistema penale con quelli del sistema amministrativo. Nonostante le parole della *Relazione*, seguite da parte (minoritaria) della dottrina (per tutti, AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, 191), la maggior parte degli interpreti propende per la tesi penalistica (tra gli altri, si vedano PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1109 ss.; AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 151 ss.; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006, 248 ss.; SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006, 131 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO C. F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol. IV, Milano, 2008, 322 ss.; PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1535). Pure rappresentata in dottrina è la tesi della natura amministrativa, e v., tra gli altri, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 400; MARINUCCI, "Societas puniri potest", cit., 297 ss. In giurisprudenza la tesi penalistica è seguita da Cass. pen., sez. II, sent. 20 dicembre 2005 (30 gennaio 2006), n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, 74 ss. e in *Soc.*, 756 ss., con commento di BARTOLOMUCCI, in cui si legge come la natura penale sia stata dal legislatore «forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi penalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.)»; Cass. pen., sez. VI, sent. 3 marzo 2004, Ribera, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss. (successivamente, però, smentita da Cass. pen., sez. III, sent. 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 2556 ss.). In favore della natura amministrativa si pronunciano diversi giudici di merito, tra cui, Trib. Milano, G.i.p. Forleo, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333 ss.; Trib. Milano, sez. X, ord. 3 marzo 2005; Trib. Milano, G.i.p. Varanelli, ord. 18 gennaio 2008; Trib. Torino, Il Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, in *Giurispr. mer.*, 2012, 6, 1359; Cass. pen., sez. un., sent. 23 gennaio 2011, n. 34476, ric. p.m. in proc. Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, 433, che parla espressamente di una responsabilità «amministrativa da reato». Per la tesi del *tertium genus* propendono, invece, Cass. pen., sez. VI, sent. 9 luglio 2009 (17 luglio 2009), n. 36083, Mussoni, in *Cass. pen.*, 2010, 1938 s.; Cass. pen., sez. VI, sent. 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover, in *Cass. pen.*, 2010, 1876 ss. e in *Soc.*, 2010, 1243 ss. In entrambe, comunque, non si esclude l'applicabilità alla responsabilità degli enti dei principi costituzionali dettati in materia penale, in particolare l'art.

Inizialmente, invero, il dibattito sulla questione non aveva coinvolto il panorama scientifico del nostro Paese nella sua interezza³⁶: parte della dottrina ne sottovalutava la rilevanza pratica sulla base del fatto che il sistema, pensato in prospettiva di una sua astratta autosufficienza, consta, altresì, di una c.d. “parte generale” e, dunque, nasce tendenzialmente come “micro-cosmo” autonomo³⁷; la questione poteva, al più, rilevare sul piano “simbolico”, ben potendo rimarcare la portata innovatrice della riforma operata³⁸: la novità sarebbe risultata effettivamente rivoluzionaria solo se si fosse interpretata normativa introdotta come fondativa di una responsabilità a tutti gli effetti penale delle persone giuridiche; mentre, qualora ci si fosse attenuti alle parole usate dal legislatore e alla lettera del decreto, ritenendo che il nuovo regime di responsabilità fosse di natura meramente amministrativa, la “spinta rivoluzionaria” sarebbe risultata fortemente indebolita³⁹.

27 Cost., impostazione seguita anche, in dottrina, da DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 18. Nella giurisprudenza di merito, per il *tertium genus* è anche Trib. Milano, G.i.p. Verga, ord. 24 gennaio 2008.

³⁶ Vedi, in tal senso, AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 154 s.; nonché DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 10.

³⁷ Cfr. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., 954, per cui «Nella sostanza, ci troviamo di fronte ad un sottosistema autonomo, che non sembra bisognoso di integrazioni tratte *aliunde*, salvo il collegamento funzionale col sistema penale per quanto concerne la definizione del primo presupposto della responsabilità dell'ente, costituito dal commesso reato. [...] Preso atto dei contenuti, dell'autonomia, delle connessioni del nuovo sottosistema normativo, la classificazione come «penale» o «amministrativo» si riduce a questione “accademica”». Criticamente, sul punto, ritenendo il sistema del decreto nient'affatto un sistema autosufficiente, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, 136.

³⁸ Sul punto si veda FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *Jus*, 2001, 185, per il quale la novità rivoluzionaria del nuovo sistema «di fatto ha assestato lo scossone più poderoso all'immobilismo in cui si è cullato l'ordinamento giuridico-penale italiano dal Codice Rocco in avanti»; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, 25 ss., secondo cui, con la nuova disciplina «si apporta un mutamento al *paradigma sanzionatorio*; meglio, si introduce nel sistema un nuovo *paradigma sanzionatorio*, segnando una svolta radicale [...] con una tradizione, culturale ancor prima che dottrinale, che considerava la persona fisica quale *unico* destinatario della sanzione *punitiva*»; nonché MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, cit., 502 ss., secondo cui l'introduzione della responsabilità degli enti ha realizzato una «rivoluzione copernicana nell'ambito proprio degli stilemi del diritto penale o, se si preferisce, del diritto punitivo o del diritto penale-amministrativo»; e, più di recente DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. contemp.*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 ottobre 2012, secondo cui «Nell'intero panorama normativo italiano, l'entrata in vigore del d. lgs. n. 231 del 2001 ha rappresentato, senza alcun dubbio, uno degli eventi più rilevanti e più significativi degli ultimi decenni. Si può dire che abbia segnato una svolta, un punto di non ritorno».

³⁹ Cfr. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 154 ss. Secondo l'Autore «È noto che sino a pochi anni fa il tema della responsabilità penale delle persone giuridiche era unanimemente trattato dalla dottrina penalistica con la sinteticità

Oltre a ciò, la dottrina maggioritaria, in precedenza e per lungo tempo unanime nel ritenere che i principi costituzionali di cui al primo e terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, letti – alla luce della significativa sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale⁴⁰ – nella loro complementarietà teleologica, impedissero categoricamente l'ingresso di una responsabilità effettivamente penale delle persone giuridiche, successivamente alla riforma del 2001 ha cambiato radicalmente indirizzo: nonostante una mancato pieno ripensamento critico delle precedenti posizioni – sino ad allora immutate ed immutabili – e per il solo fatto della emanazione del decreto, si è convinta che una siffatta responsabilità degli enti collettivi non fosse incompatibile con i summenzionati principi costituzionali, andando così a ridimensionare notevolmente la rilevanza pratica della questione⁴¹.

e la celerità che meritano gli argomenti assolutamente aporetici. Alla domanda meramente ipotetica e formale se potesse essere sanzionato penalmente un ente collettivo, si rispondeva recitando con toni apodittici il brocardo latino '*societas delinquere non potest*'.

La struttura espressamente *antropomorfa* ed *antropocentrica* del *codice penale* del 1930, unitamente, soprattutto, ai *principi della personalità della responsabilità penale* e della *finalità rieducativa della pena*, enunciati dall'art. 27 della Costituzione ai commi 1° e 3°, erano ritenuti, infatti, degli ostacoli assolutamente insormontabili contro la introduzione nel sistema penale nazionale di una responsabilità penale delle persone giuridiche. Ostacoli contro i quali si andò a scontrare anche il sempre compianto Franco Bricola, quando negli anni Settanta cercò – attraverso la prima indagine più approfondita del problema – di dimostrare i 'costi' sociali e giuridici troppo onerosi cui esponeva il principio ferreo *societas delinquere non potest*. Le uniche forme di responsabilità delle persone giuridiche previste dal nostro ordinamento erano quelle assolutamente inappaganti dell'art. 197 c.p. e dell'art. 6 della legge 689/1981, che stabilivano, rispettivamente, a) una *responsabilità civile sussidiaria* dell'ente in caso di insolvibilità dell'autore di un reato commesso nell'interesse della persona giuridica condannato al pagamento di una multa o di una ammenda, b) una *responsabilità civile solidale* dell'ente in caso di insolvibilità dell'autore di un illecito amministrativo commesso nell'interesse della persona giuridica condannato al pagamento di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario.

Con il passare del tempo, essendosi delineata nel nostro Paese, come nel resto del mondo, una nuova e diversa realtà sociale ed economica connotata dal primato dell'ente collettivo in luogo dell'imprenditore individuale quale soggetto protagonista di rapporti economici e giuridici, tale sistema 'debole' di corresponsabilità degli enti è sembrato sempre più inadeguato, al punto tale che con rassegnata constatazione lo si poteva descrivere ricorrendo ad un'altra formula latina ben più veritiera: *societas saepe delinquit, sed numquam puniri potest*.

E ancora «Diversamente, ove ad una più approfondita lettura della disciplina, sia sostanziale che processuale, si riscontrava che si trattasse di una responsabilità penale vera e propria, si doveva constatare che con questa riforma era stato dichiaratamente abbattuto uno dei più solidi "miti giuridici" del diritto penale moderno: il 'costoso' *societas delinquere non potest*».

Sul punto anche AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 941 ss.

⁴⁰ C. Cost., 23 marzo 1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it. Sulla sentenza v. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, vol. 111, Parte I: Giurisprudenza costituzionale e civile, 1385 ss.

⁴¹ Sul punto ancora AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 156 s., «Muovendo dalla premessa della pacifica ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico anche di una autentica responsabilità penale degli enti, tutti gli sforzi diretti a verificare se l'etichetta amministrativa apposta ad essa dal legislatore fosse o meno veritiera,

Tuttavia alla questione deve essere riconosciuta una rilevanza pratica e, negli anni successivi, ciò emergerà chiaramente dalla applicazione della nuova disciplina nelle corti di giustizia, in cui agli interpreti verrà chiesto di fornire delle risposte ad alcuni problemi interpretativi. Soltanto risolvendo il problema della natura giuridica del nuovo sistema di responsabilità sarà possibile fornire una risposta a tali quesiti: l'opzione per la natura penalistica porterà tutto il sistema (e con esso anche la soluzione dei punti controversi di questo) a tendere ai principi garantistici scolpiti nella nostra Carta fondamentale; viceversa, l'opzione per la natura per lo più amministrativa condurrà a uno scostamento da questi ultimi.

La prima e preliminare questione è, quanto estesa possa – *rectius*: debba – essere l'applicazione in tale materia dei principi costituzionali di garanzia dettati per il diritto penale, come il principio di legalità (in uno con le sue estrinsecazioni ed i suoi corollari di riserva di legge, determinatezza e precisione)⁴², il canone di tassatività ed i divieti di analogia *in malam partem* e di irretroattività *ex art. 25*, comma secondo della Costituzione ed i precetti di cui all'art. 27 della Carta fondamentale, che nei suoi tre commi sancisce rispettivamente il principio di personalità della responsabilità penale e della pena, la presunzione di non colpevolezza e la finalità rieducativa della sanzione penale⁴³; o come il principio di

o non nascondesse invece un intermedio *tertium genus* di responsabilità, o una vera e propria responsabilità penale, sono stati di riflesso declassati al rango minore delle *querelle* puramente formali ed accademiche. Sicché, il dibattito sulla natura giuridica di questa responsabilità, una volta svuotato di ogni aspetto problematico, è inevitabilmente finito con l'essere relegato nella volta celeste delle discussioni giuridiche sterili ed astratte».

⁴² V. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 159, per il quale «come esempio emblematico nel d. lgs. n. 231 del 2001 di norma eventualmente censurabile per contrasto con il principio di legalità, *sub specie* principio di precisione, di cui all'art. 25, 2° comma della Costituzione, si può pensare all'art. 25 *quater*, che prevede la responsabilità degli enti per i reati aventi finalità di terrorismo o di eversione commessi nel loro interesse o vantaggio. Anche ad una prima lettura il tenore letterale di tale fattispecie si presenta palesemente indeterminato, dal momento che (contrariamente a quanto previsto in tutti gli altri articoli della 'parte speciale' del decreto) invece di operare una individuazione puntuale dei reati dai quali discende la responsabilità degli enti, si limita a prevedere, attraverso un rinvio aperto *per relationem* al codice penale, alle leggi speciali e, addirittura «all'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999», la loro responsabilità per tutte le ipotesi, attuali e future, di reati terroristici. Solo ammettendo che si tratti di una responsabilità penale vera e propria il giudice che prima o poi si troverà ad applicare questa norma potrà sollevare nei confronti di essa una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità, *sub specie* principio di precisione, sancito dall'art. 25, 2° comma della Costituzione».

⁴³ Per un approfondimento di tali aspetti fondamentali di teoria generale del diritto penale contemporaneo si rinvia a FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 47 ss. e 325 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici in argomento; SPASARI, *Diritto penale e*

obbligatorietà dell'azione penale sancito all'art. 112 della Costituzione⁴⁴. L'importanza della disputa sulla natura della responsabilità degli enti si spiega limpidamente, in questo senso, con l'osservazione che «solo ammettendo che si tratti di un'autentica responsabilità penale, tutti questi principi diventano *giustiziabili* da parte della *Corte costituzionale* al fine di vagliare la legittimità costituzionale delle singole disposizioni normative che compongono il d. lgs. n. 231 del 2001»⁴⁵.

Costituzione, Milano, 1966; GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, 707 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, 7 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI, MELCHIONDA (a cura di), vol. I, tomo I, Milano, 1997, 539 ss.); PAGLIARO, voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 1040; ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1989; TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990; RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 338 ss.; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 199 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, 15 ss.; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, 86 ss.; FIANDACA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, in ID., DI CHIARA (a cura di), *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 6 ss.

⁴⁴ Cfr. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 159 s., per il quale «solo condividendo la tesi della responsabilità penale degli enti si possono invocare relativamente alla nuova normativa i principi affermati dalla Costituzione per il *processo penale*: soltanto così, ad esempio, appare giustiziabile costituzionalmente il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 della nostra Carta fondamentale nei confronti dell'art. 58 del d. lgs. 231 del 2001, che affida al pubblico ministero, senza controllo del giudice, la scelta sulla archiviazione del procedimento a carico dell'ente. Presupposto per eccepire un preteso contrasto di tale disposizione con l'art. 112 Cost. è la convinzione che essa attribuisca al pubblico ministero il potere discrezionale di archiviare dei procedimenti aventi ad oggetto dei *veri e propri reati*, dal momento che unicamente ai fini della loro cognizione è ritenuto costituzionalmente obbligatorio l'esercizio dell'azione penale». Diversamente, invece, LATTANZI, *Intervento*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi* (Atti del convegno 15-16 marzo 2002, Firenze), Padova, 2003, 292, il quale sulla questione perviene ad un esito conclusivo opposto, finendo per propendere per l'inapplicabilità del precetto di cui all'art. 112 Cost. nel processo a carico dell'ente.

⁴⁵ Così ancora AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 160, cui si rimanda anche per cenni esemplificativi a decisioni della Corte costituzionale in merito e per spunti dottrinali sulla questione. L'Autore continua poi affermando che in caso contrario, per un orientamento granitico della Corte costituzionale che continua a ritenere la materia amministrativa anche sanzionatoria estranea a quella penalistica e, dunque, non soggetta alle tutele costituzionali dettate espressamente per il diritto penale e processual-penalistico, queste ultime non sarebbero attivabili per censurare le norme eventualmente illegittime della disciplina sulla responsabilità degli enti.

Si deve, tuttavia, notare che altra parte della dottrina, anche in considerazione della diversa interpretazione che in ambito europeo fornisce la Corte EDU del discrimine tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (fin dalla capitale sentenza C. EDU, Grande camera, 8 giugno 1976, Engel v. The Netherlands), ritiene che anche nel procedimento per illecito amministrativo si debba tener conto di tali dettami costituzionali. Così, ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 247; nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 730, a parere del quale, infatti, questi ultimi, «piuttosto che discendere dalla connotazione penale, civile o amministrativa dell'illecito, discendono dalla connotazione dell'illecito in quanto tale, in quanto infrazione a cui l'ordinamento debba o possa specificamente reagire», anche in considerazione della natura della sanzione e della sua gravità. E ancora «le garanzie forti del diritto penale non possono

Ulteriore questione che discende dalla preliminare interpretazione della natura della responsabilità degli enti, di rilevanza limpida e pratica come dimostrato dai contrasti giurisprudenziali emersi sul punto⁴⁶, è l'ammissibilità nel processo a carico delle persone giuridiche della costituzione di parte civile⁴⁷.

Infine, sul piano internazionale, la natura giuridica della responsabilità degli enti risulta gravida di conseguenze sia per quanto riguarda la cooperazione giurisdizionale, sia, e ancor più, per quanto attiene alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo e alla divergente interpretazione da essa fornita sul *discrimen* tra sanzioni penali ed amministrative da cui desume una differente applicabilità di talune delle garanzie previste dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), tra cui il diritto ad essere informati sui motivi dell'accusa, il diritto al tempo necessario per la preparazione della difesa, la presunzione di innocenza, la garanzia del contraddittorio in fase processuale ed i principi di legalità ed irretroattività della legge penale incriminatrice e delle pene, il divieto di *bis in idem*⁴⁸.

essere escluse con un gioco di etichette, là dove siano previste sanzioni che toccano la libertà personale, o comunque incidano in modo pesante sui diritti di chi ne sia colpito. Ove mai garanzie indispensabili fossero eluse, si porrebbero problemi di legittimità in relazione a fonti sovraordinate quali gli artt. 2, 25 o 27 Cost., o l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, indipendentemente dalla qualifica legislativa». Un tentativo in tal senso si rinviene anche in BARTOLI, *Sanzioni punitive e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1096 ss.

⁴⁶ Un esempio su tutti è se sia possibile, nel caso di lacune della disciplina, colmarle attraverso una etero-integrazione delle norme del decreto e, qualora si propenda per la soluzione affermativa, a quali norme fare riferimento: se quelle penali ovvero quelle amministrative. Si veda DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 6, il quale, tra le mancanze più rilevanti del decreto annovera quella del gruppo d'impresе, su cui v. anche le opposte posizioni di GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 44 ss., che propende per l'applicazione analogica dell'art. 110 c.p. sul concorso di persone, e SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di impresе*, cit., 252 ss., per una critica a tale orientamento.

⁴⁷ Per una pronuncia di un tribunale di merito di esclusione della parte civile dal processo contro l'ente e una critica di questo orientamento si veda G.i.p. Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333 ss. con nota di GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, sebbene l'A. eviti di prendere nettamente posizione sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente.

⁴⁸ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 11; ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Supplemento a Cass. pen.*, 2003, 6, 31 ss., anche per un esame della giurisprudenza della Corte EDU su queste materie; CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto ad un giusto processo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 153 ss., anche per le implicazioni della questione in vista di potenziali censure della normativa nazionale rispetto alle norme convenzionali da parte della Corte EDU.

Successivamente, anche grazie al risalto dato alla questione dall'applicazione pratica del decreto nelle aule di giustizia sia di merito che di legittimità, il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità degli enti ha occupato uno spazio via via crescente nel panorama dottrinale italiano⁴⁹; di talché può risultare proficuo ed anzi imprescindibile affrontare l'argomento ed analizzare i diversi orientamenti dottrinali in merito, tenendo un approccio metodologico che parta dal testo e dalla lettera della legge, ma che affronti in modo critico anche il panorama giurisprudenziale venutosi a formare sul punto.

In primo luogo, si è affermato che la risoluzione della questione non può che risolversi – *sic et simpliciter* – guardando unicamente al *nomen iuris* voluto dal legislatore, che ha inteso introdurre in materia un tipo di responsabilità evidentemente amministrativa⁵⁰.

Tuttavia, a tal proposito c'è chi ha parlato espressamente di una «truffa» o «frode delle etichette»⁵¹: di amministrativo residuerebbe ciò solo, l'etichetta,

⁴⁹ Sul punto AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 153 s., per il quale «Da oggetto di discussioni meramente astratte e dottrinali la materia della responsabilità degli enti è così divenuta oggetto (anche) del 'diritto vivente' plasmato dalla giurisprudenza. E, come sovente accade, tale passaggio dalla 'potenza' all'atto' si è rivelato fondamentale per consentire una corretta individuazione dei reali profili problematici implicati dal *novum* legislativo. [...] Proprio alcune decisioni giurisprudenziali, prendendo posizione su tale argomento, probabilmente in modo inconsapevole, hanno finito con il sottolineare il ruolo chiave rivestito dalla risoluzione del quesito sulla natura giuridica della responsabilità degli enti nei procedimenti di interpretazione ed applicazione dell'innovativa disciplina normativa contenuta nel d. lgs. n. 231 del 2001».

⁵⁰ In questi termini MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., 1193; analogamente, ma dalla diversa premessa della contrarietà di una responsabilità effettivamente penale delle persone giuridiche rispetto ai canoni costituzionali di cui ai commi primo e terzo dell'art. 27 Cost. (principio di personalità e finalità rieducativa della pena) ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, cit., 398.

⁵¹ In questi termini, tra gli altri, PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 21 ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 1003 ss., in particolare v. 1005. Ad avviso di PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., 954 s., invece, «L'etichetta di "responsabilità amministrativa" appare dunque ininfluenza sul piano pratico. Frode delle etichette, come taluno sembra insinuare? L'accusa avrebbe senso, ove mai l'etichetta fosse servita a coprire un'elusione di garanzie. Vedremo, invece, che sotto questo aspetto il legislatore è stato sovrabbondante.

Parlando di responsabilità amministrativa, e non penale, il legislatore italiano ha fatto una scelta di forte valenza simbolica: l'etichetta adoperata trasmette un messaggio di minor gravità e di minor riprovazione, rispetto alla responsabilità penale. Soltanto dentro questo involucro simbolico la responsabilità degli enti è stata accettata (e non senza contrasti) nel contesto culturale e (soprattutto) nel contesto politico italiano, ancora alla svolta del millennio. [...] La sostanza dei nuovi istituti fa apparire possibile un logoramento, nel corso del tempo, dell'etichetta "amministrativa" e dei

appunto, scelta dal legislatore per ragioni di cautela e di compromesso⁵². Facendo ricorso ad uno schema interpretativo che, coniugando un'ermeneutica letterale ad un'esegesi sistematica, abbia riguardo all'intero *corpus* normativo nonché ai tradizionali canoni del diritto penale, emergerebbe un'aporia tra la definizione fornita dal legislatore di «responsabilità amministrativa» e le disposizioni sostanziali e procedurali contenuti nel provvedimento normativo⁵³.

Oltre all'argomento nominalistico, si rinvencono all'interno della disciplina anche degli indici "sostanziali" che, incompatibili con un regime di responsabilità penalistica, hanno indotto parte della dottrina⁵⁴ ad una ricostruzione del sistema in

significati ideologici che essa vorrebbe trasmettere, così come, storicamente, è avvenuto per le misure di sicurezza ("amministrative", recita il codice, senza che più nessuno vi dia ascolto)».

⁵² Si è già osservato come il clima politico-culturale avesse influito sulla stesura e soprattutto sull'emanazione del provvedimento e ciò ne è ulteriore indizio.

⁵³ V. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 166 s., secondo cui «è indubitabile la astratta validità della regola in forza della quale è il nome della sanzione a determinare la natura della stessa e, quindi, della responsabilità. Di norma, infatti, il *nomen iuris* costituisce l'unico elemento da cui desumere la natura delle sanzioni, nonché la natura di un determinato comportamento illecito e, soprattutto, il tipo di disciplina sostanziale e processuale per esso valida.

Basti pensare soltanto al caso della *sanzione pecuniaria*, la cui natura giuridica dipende esclusivamente dal *nomen iuris* adottato dal legislatore: a seconda che essa si chiami *multa*, *ammenda*, *sanzione amministrativa*, *risarcimento del danno*, si parla, rispettivamente, di sanzione penale, amministrativa o civilistica; da ciò discende a sua volta che l'illecito a cui tale sanzione è correlata rappresenta, rispettivamente, un delitto, una contravvenzione, un illecito amministrativo o un illecito civile e che si seguirà per il suo accertamento e per la commisurazione ed esecuzione della correlata sanzione un diverso e peculiare regime giuridico.

Non si vuole, quindi, contestare la validità di tale regola induttiva, ma si vuole eccepire che la disciplina contenuta nel decreto legislativo in questione integra una palese deroga ad essa. Ove mai si seguisse il suddetto criterio nominalistico anche nel caso di specie, dovremmo dedurre che gli illeciti delle persone giuridiche sono illeciti amministrativi per il cui accertamento processuale, e per la cui commisurazione ed esecuzione della risposta sanzionatoria si seguono regole, principi e garanzie analoghe a quelle dettate per le violazioni amministrative. Appare, altresì, evidente (come si dimostrerà tra breve) che quasi nessuna delle disposizioni del decreto legislativo n. 231/01 statuisce regole di estrazione amministrativa. [...] Ciò non vuol dire che attraverso gli strumenti dell'interpretazione si vuol modificare *praeter legem* il significato ed il valore dei segni linguistici prescelti dal legislatore stravolgendone la loro portata semantica. Bensì, che il 'senso possibile' dell'intero *corpus* normativo, a causa di uno stridente contrasto tra etichette formali e disciplina sostanziale, deve essere ricercato integrando il procedimento ermeneutico dell'interpretazione letterale, con quello complementare della interpretazione sistematica, ponendo le singole norme in relazione e/o confronto sia con l'intero testo normativo di appartenenza, sia con le regole del diritto penale 'classico'. Facendo ricorso ad un simile schema interpretativo, la responsabilità introdotta con il provvedimento legislativo in esame risulta una responsabilità che di amministrativo presenta (per ragioni compromissorie) unicamente il *nomen iuris*, essendo sostanzialmente in tutto e per tutto disciplinata come una responsabilità penale vera e propria».

⁵⁴ Opta per una ricostruzione amministrativa della responsabilità degli enti, facendo leva sulla incompatibilità degli istituti della prescrizione e delle vicende modificative dell'ente con una ricostruzione in chiave penalistica del regime di responsabilità delineato dal d. lgs. 231 del 2001, MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., 1201 ss.

chiave amministrativa. In particolare, si pensi al meccanismo dell'archiviazione⁵⁵, alla disciplina della prescrizione⁵⁶, nonché alla disciplina delle conseguenze di vicende modificative dell'ente nel corso del procedimento.

Quanto al primo aspetto, chi propende per la natura penalistica del regime delineato dal decreto, non può che eccepire una netta violazione da parte del procedimento di archiviazione disposto per gli enti dei principi costituzionali di soggezione del giudice unicamente alla legge e di obbligatorietà dell'azione penale⁵⁷.

⁵⁵ L'art. 58 del d. lgs. n. 231 del 2001 prevede, infatti, che il pubblico ministero, qualora non ravvisi di dover procedere alla contestazione dell'illecito all'ente, disponga l'archiviazione tramite decreto motivato. Questo è senza dubbio uno degli aspetti sotto cui la disciplina della responsabilità degli enti maggiormente si discosta da quella delle persone fisiche, come rilevato da DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 14 s. Inoltre, il legislatore ha previsto sull'(in)azione del pubblico ministero un controllo di tipo gerarchico piuttosto che giurisdizionale: il provvedimento di archiviazione, infatti, deve essere trasmesso al procuratore generale presso la corte d'appello, il quale potrà eventualmente avocare il procedimento e, entro sei mesi dalla comunicazione, procedere in prima persona alla contestazione nei confronti dell'ente. La *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 18, 514 ss., giustifica la scelta per un procedimento di archiviazione simile a quello previsto dall'art. 18 della l. n. 689 del 1981 semplicemente riferendo che, trovandoci dinnanzi ad un illecito amministrativo, è giocoforza ammissibile un meccanismo semplificato e privo di controllo giurisdizionale, non sussistendo un'esigenza di garanzia tale da necessitare un meccanismo simile a quello previsto dal codice di rito penale.

⁵⁶ L'art. 22 del d. lgs. n. 231 del 2001 dispone un regime di prescrizione unico e quinquennale delle sanzioni amministrative, sulla scia dell'art. 28 della l. n. 689 del 1981.

⁵⁷ In questi termini CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019; nonché ID., *Procedura penale delle società*, in BARGIS (a cura di), *Procedura penale "speciale". Manuali*, Torino, 2017, 169 ss., il quale rileva una potenziale contraddizione di tale istituto con i principi costituzionali espressi dagli artt. 101 e 112 Cost.: «è del tutto evidente che all'effettività dei principi di legalità ed eguaglianza, certamente irrinunciabili anche in materia di sanzioni agli enti, non si può abdicare nascondendosi dietro all'etichetta amministrativa della responsabilità (che oltretutto fornisce, come si è visto, un'indicazione tutt'altro che affidabile nella sostanza, anche alla luce dei principi convenzionali); e proprio l'obbligatorietà dell'azione è posta a presidio di quei principi. [...] Consentire al pubblico ministero di operare scelte in base a criteri di opportunità, selezionando soggettivamente e oggettivamente i procedimenti a carico delle società, significa lasciare ad un pubblico funzionario il compito di stabilire le regole di politica criminale e, qui, anche di politica economica. Nessuno scandalo, naturalmente, quando ciò avviene in ordinamenti nei quali gli organi dell'accusa sono essenzialmente organi politici (eletti, per lo più su base partitica, o nominati dalla politica, come appunto sono i *prosecutors* locali negli Stati Uniti d'America); ma ben altra cosa è ipotizzare una giurisdizione penale societaria attivabile discrezionalmente in un sistema in cui la giustizia non è amministrata sulla base di un mandato a tempo, ma in nome del popolo, da magistrati nominati per concorso, che la Costituzione sottrae alla responsabilità politica, istituzionale, attraverso l'inaffidabilità dall'ufficio, e pone in posizione di indipendenza, garantita anche dall'obbligo di agire. In un sistema come il nostro (che, francamente, nulla pare avere da invidiare, da questo punto di vista, agli altri) il pubblico ministero non è, e non può essere, arbitro della funzione repressiva, né di quella regolatrice del mercato». L'Autore rileva anche come un tale sistema discrezionale dia luogo a prassi disomogenee sul territorio nazionale: le varie procure perseguirebbero discrezionalmente, in base a diversi criteri (quali, ad esempio, il tipo di reato, le risorse dell'ufficio, addirittura la convenienza economica in ragione delle disponibilità dell'ente), solo taluni casi e, comunque, una esigua minoranza. Una conferma, in tal senso, potrebbe venire dai

Per quanto attiene alla prescrizione delle sanzioni amministrative, taluno denuncia l'irrazionalità e l'incoerenza del regime così come delineato dal decreto e tanto distante da quello previsto dagli articoli 157 e seguenti del codice penale: prevedere un termine unico ed omogeneo per tutte le sanzioni e svincolato dalla gravità dell'illecito risulta in una irragionevole equiparazione delle violazioni del diritto penale sostanziale compiute, a vantaggio dell'ente⁵⁸; prevedere modelli distinti e con distinti termini di prescrizione per l'illecito dell'ente e per il reato della persona fisica da cui il primo discende comporterebbe, poi, il rischio che, essendosi ormai prescritto il reato-presupposto, si dovrebbe portare avanti un processo al solo fine di accertare la responsabilità "amministrativa" dell'ente che se ne è giovato, introducendo così un ulteriore elemento di irrazionalità nel sistema⁵⁹.

Infine, nodo complesso e, per così dire, disarmonico all'interno dell'impianto venutosi a creare nel 2001 è la disciplina delle vicende modificative

"bilanci di responsabilità sociale" pubblicati dalla procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, ufficio notoriamente tra i più attivi nell'applicazione della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, consultabili sul sito www.procura.milano.giustizia.it/bilancio-sociale.html: nel 2013, avendo effettuato solo 20 iscrizioni rispetto a quelle oltre dieci volte superiori per i reati presupposti, si ammetteva che «questa situazione deriva, in primo luogo, dalla scelta operata da molti p.m. di ritenere discrezionale l'iscrizione della persona giuridica», ammonendo del fatto che «è necessario un approfondimento da parte dell'ufficio tenendo presente che [...], a parte i principi generali che attengono all'obbligatorietà dell'azione penale, questa scelta potrebbe portare ad inammissibili disparità di trattamento» (vedi pagina 31 della relazione); nel 2015 le iscrizioni sono state, in tutto, 33 (nel primo dipartimento, il quale si occupa di criminalità economica, solo 8 a fronte di 78 casi che si sarebbe dovuto procedere ad iscrivere), rappresentando il 10% rispetto ai procedimenti per reati presupposti; l'anno successivo, sebbene la situazione sia migliorata, si rileva comunque che «nel 2016, risultano 46 iscrizioni di persone giuridiche (+17% rispetto al 2015). L'aumento deriva essenzialmente da una maggiore sensibilità nell'applicazione della legge sulla responsabilità degli enti. Permane peraltro ancora elevato lo *spread* tra i reati presupposti e le iscrizioni che si è attestato nel 2016 all'85%. [...] La ragione di fondo è che l'iscrizione della persona giuridica è ritenuta ancora una valutazione discrezionale anche se, ad esempio nel caso di responsabilità degli apicali, dovrebbe essere effettuata di *default*. Al riguardo, è in corso di studio una circolare che regolerà oggettivamente ed in maniera uniforme le iscrizioni [...]» (vedi pagina 37 della relazione).

⁵⁸ Così AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 168, per il quale «si prescriveranno nello stesso tempo sia gli illeciti meno gravi dell'ente puniti con la sola sanzione pecuniaria, sia quelli puniti con la più grave delle sanzioni, la interdizione definitiva dall'esercizio di un'attività!».

⁵⁹ Sul punto, ancora, AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 168 s., il quale conclude rilevando che «forse, tale disciplina, piuttosto che essere invocata per negare il carattere penale della nuova responsabilità degli enti, dovrebbe essere oggetto di una integrale e più meditata riformulazione secondo schemi e parametri analoghi, se non identici, a quelli dettati per il diritto penale»; e sostenendo la bontà dell'opzione sul punto del *progetto di riforma del codice penale* elaborato dalla Commissione Grosso, che prevedeva all'art. 125, co. 2, termini prescrizionali uguali a quelli previsti per il reato-presupposto.

dell'ente, con le ricadute che queste hanno sul regime di accertamento della responsabilità delle persone giuridiche⁶⁰. Il legislatore ha, in materia, creato un impianto di marca tipicamente civilistica, ispirato al criterio della "traslazione", che molto si discosta dai canoni del diritto penale, in particolare dal principio fondamentale di personalità della responsabilità penale e della pena, fornendo un valido argomento a quanti intendano negare la natura penalistica al sistema di responsabilità delineato dal decreto⁶¹. A tale pretesa inconciliabilità con il canone fondamentale del diritto penale del divieto di responsabilità per fatto altrui si è ribattuto che una siffatta disciplina sarebbe, in realtà, necessitata per questa particolare categoria di soggetti attivi, i quali, nella vigenza di norme analoghe a quelle dettate dal diritto penale classico, ben potrebbero sottrarsi alle proprie

⁶⁰ La disciplina è dettata dalle disposizioni della Sezione II del Capo II del d. lgs. n. 231 del 2001 (artt. da 28 a 33), rubricata, appunto, «Vicende modificative dell'ente».

⁶¹ Come osserva MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., 1201 ss. V. anche ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 56, il quale rileva la incompatibilità di tale disciplina anche con la finalità rieducativa che discenderebbe dalla qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche in senso penalistico. Secondo DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 15 s., i punti di maggior problematicità sarebbero gli artt. 29, 30 co. 2 e, soprattutto 30 co. 3 del d. lgs. n. 231 del 2001. La prima disposizione prevede, per il caso di fusione dell'ente, che l'ente risultante dall'operazione (che, è bene sottolinearlo, è una nuova figura giuridica) risponda dei reati commessi, precedentemente, dagli enti partecipanti alla fusione. La seconda disposizione, in deroga alla previsione generale ex art. 27 del decreto stesso (la quale limita la responsabilità patrimoniale dell'ente, ribadendo che solo l'ente stesso, con il suo patrimonio ed il suo fondo comune, è obbligato al pagamento della sanzione pecuniaria), e dopo aver ribadito che l'obbligazione solidale per la sanzione pecuniaria degli enti beneficiari della scissione (dovuta in conseguenza di reati commessi anteriormente all'operazione dall'ente scisso) è limitata al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, esclude da tale limitazione l'ente cui è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato, il quale resterà obbligato anche oltre il valore effettivo del patrimonio netto trasferitogli. Ancor più problematica risulta l'ultima disposizione citata, a norma della quale, in caso di scissione, le sanzioni interdittive che si sarebbe dovuto applicare all'ente scisso, si applicano agli enti cui è rimasto o è stato trasferito, anche parzialmente, il ramo di attività che si è reso protagonista dell'illecito. L'Autrice sostiene a tal proposito che «tale norma dispone un trattamento ingiustificatamente deteriore per l'ente beneficiario della scissione che fosse originariamente estraneo al reato: se infatti la disciplina si pone in linea con il principio di "continuità" operante nel caso di sanzione interdittiva applicata al *ramo di attività* (art. 14), è anche vero che l'impianto del decreto presuppone che il ramo di attività "colpito" appartenga pur sempre all'ente che ha commesso l'illecito, e non ad un terzo "innocente"». Contrariamente, invece, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 129 ss., il quale sostiene che la limitazione della penalizzazione per l'ente "terzo" al solo ramo di attività nel cui ambito si è verificato l'illecito, insieme con la previsione di diversi meccanismi contenitivi degli effetti delle sanzioni interdittive, possa ridimensionare il rischio di una incompatibilità di tale disciplina con il principio di personalità della responsabilità penale.

responsabilità, facendo artatamente uso degli istituti di fusione, scissione e trasformazione⁶².

Sottesa agli argomenti di quanti sostengono la natura amministrativa del sistema di responsabilità adottato dal legislatore per gli enti, rimane la storica (e più o meno celata) convinzione che un sistema di responsabilità degli enti per fatto di reato si porrebbe in irrimediabile contrasto con l'art. 27, comma primo della Costituzione, nel suo significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui e nel significato più ampio di responsabilità personale colpevole⁶³.

Partendo dall'interpretazione restrittiva del principio di colpevolezza espresso dalla Costituzione, si è già visto come, inizialmente, venisse negato il fatto stesso che la persona giuridica potesse ritenersi centro di imputazione di interessi e diritti: la teoria giusnaturalistica della *fictio iuris*⁶⁴, facendo leva sulla necessità dell'ente di agire tramite suoi rappresentanti, riteneva che quest'ultimo non avrebbe potuto neppure essere capace di commettere reati. Contrapposta alla c.d. "teoria della finzione" era la posizione di quanti ammettevano, invece, che tra l'ente ed i suoi rappresentanti non vi fosse un rapporto di alterità, ma che gli ultimi fossero "organi" della *societas*, attraverso cui essa "agisce" sul piano, per così dire, della

⁶² Sul punto AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 170, per cui «a causa delle peculiarità di questi 'soggetti attivi' (le persone giuridiche), una simile disciplina rappresenta un *espediente giuridico necessario* imposto da fondate esigenze politico-criminali; ad applicare le regole tradizionali del diritto penale, altrimenti, si priverebbe di ogni pretesa di effettività il *novum* legislativo e si svuoterebbe di valenza general-preventiva positiva le sanzioni comminate nel decreto, poiché un ente potrebbe agevolmente sottrarsi alle conseguenze del proprio agire illecito ricorrendo proprio ai meccanismi della scissione, fusione e trasformazione». Si veda anche, per tutti, NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 283 ss.

⁶³ Affermano la assoluta inconciliabilità del sistema della responsabilità degli enti con la natura penale di questa BERNASCONI, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in PRESUTTI, ID., FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 112 ss.; FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa. L'araba fenice della precauzione esigibile*, in *Arch. pen.*, 2011, 1, 10 s.

⁶⁴ Tradizionalmente attribuita a VON SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, vol. II, Torino, 1900, e non del tutto superata: ad essa si può, ad esempio, far ricondurre la posizione, pur risalente, di ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 223 ss. Per l'inammissibilità di una responsabilità da reato dell'ente in quanto incapace di essere autore del reato e, dunque, di assumersene la "colpa" v. anche RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004, 194.

realtà giuridica, potendo, dunque, ben essere considerata «persona giuridica», soggetto di diritto al pari della «persona fisica»⁶⁵.

Il rischio insito nella teoria dell'immedesimazione organica è che, portata alle estreme conseguenze, essa potrebbe sminuire a tal punto il ruolo della persona fisica nel reato (la quale agisce come mero organo dell'ente, potendo, così, la sua condotta essere sussunta nella tradizionale categoria della "autoria mediata") da condurre a riconoscere che la *societas* e solo essa sia soggetto attivo del reato, ritenendo illegittima un'autonoma ascrizione di responsabilità in capo alla persona fisica⁶⁶. Ciò si concreterebbe evidentemente in un sistema contrario alle fondamentali esigenze general-preventive di politica criminale, traducendosi *ictu oculi* in un meccanismo di impunità per le persone fisiche e, infine, in un incentivo alla commissione di reati, cosa che, oltre che inammissibile da un punto di vista di teoria generale⁶⁷, era quanto di più lontano dalle intenzioni del legislatore, il quale

⁶⁵ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 21, secondo cui «tra le cause che hanno ritardato l'introduzione del sistema della responsabilità degli enti è stata individuata anche la tradizionale peculiarità della realtà aziendale italiana, segnata da una stretta correlazione tra la società ed i "soci gestori", che naturalmente tende ad identificare la volontà dei secondi in quella della prima. [...] Va da sé che, nelle organizzazioni più moderne, caratterizzate dalla crescente scissione tra il *management* e la base di azionariato, la presunta "immedesimazione" tende a dissolversi e l'autonomia del fenomeno societario ad emergere con maggiore evidenza». La c.d. "teoria della realtà", sviluppatasi a partire dalle considerazioni di HART, *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 67 ss., si rinviene in ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, cit., 155, per il quale «alla *fictio* si contrappose il macroantropo»; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 308 s.; GROSSO, voce *Responsabilità penale*, cit., 711 s., che, pur sottolineando come la teoria organicistica permetta di superare i dubbi di compatibilità di una responsabilità degli enti con il divieto di responsabilità per fatto altrui, tuttavia, esprimeva la preoccupazione per la validità di un'interpretazione che faccia «dipendere [...] la soluzione di un problema interpretativo di diritto penale dall'adesione preventiva ad una piuttosto che ad un'altra teoria in tema di rapporti fra ente giuridico e soggetto umano che opera a suo nome», esprimendosi, dunque, in conclusione, per l'inammissibilità dell'introduzione di un sistema di responsabilità degli enti.

⁶⁶ Su questo ancora ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, cit., 158, il quale riflette sul fatto che «se l'atto dell'organo è giuridicamente imputato all'ente – e senza questo meccanismo la persona giuridica non esisterebbe (non vi sarebbe la primaria condizione d'uso del concetto) – vi è coincidenza tra fatto dell'organo e fatto dell'ente. Che è quanto ammesso, pur problematicamente, da un'autorevole dottrina, che si ferma però al solo fatto materiale, negando che uno schema del genere possa valere sul versante della volontà».

⁶⁷ V. già FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario. Atti della Conferenza organizzata dal Centro Internazionale Ricerche e Studi sociologici, penali e penitenziari*, Milano, 1981, 308, che osserva, a proposito del principio di personalità della responsabilità penale, che questo «ha innanzitutto una applicazione positiva, nel senso che il fatto di reato non può non comportare la responsabilità penale della persona che lo ha commesso. Non è perciò prospettabile un reato della persona giuridica che non sia e preliminarmente un reato della persona fisica che ha agito illecitamente per essa».

ha, infatti, previsto espressamente che la responsabilità della persona giuridica si saldi su quella della persona fisica che, di regola, ne è il presupposto⁶⁸.

Al di là di queste considerazioni, si deve riconoscere alla teoria organicistica il merito di aver permesso il superamento del dogma *societas delinquere non potest* e i dubbi di costituzionalità che questo portava con sé, nonché di aver fornito una valida base teorica per l'introduzione di una disciplina della responsabilità degli enti, aprendo la strada al legislatore e alle sue scelte di politica legislativa⁶⁹.

Ulteriore fonte di dubbi per la dottrina suscitava la posizione di soggetti terzi (rispetto alla persona fisica autrice del reato e all'ente), quali i creditori e i soci dell'ente, i quali, pur incolpevoli, avrebbero potuto subire le conseguenze negative della sanzione a quest'ultimo irrogata⁷⁰.

In realtà, si può osservare che lo *status* di socio porta con sé – già nell'ordinaria vita di relazioni giuridico-economiche dell'ente – una serie di conseguenze potenzialmente positive, ma anche negative, essendo, nell'attività imprenditoriale, ineliminabile il “congenito” rischio d'impresa. Tuttavia, la situazione giuridica complessa che involve i soci, di norma, non è certamente suscumbibile in quel rapporto di immedesimazione organica tipica di coloro che agiscono in nome e per conto della persona giuridica; dunque, non è possibile, solo per il loro *status* di soci, attribuire ad azionisti o quotisti una responsabilità per fatto “dell'ente”⁷¹.

Inoltre, nella prospettiva (di derivazione statunitense) del c.d. “*carrot-stick*”⁷² cui è ispirato il decreto, il legislatore ha previsto per l'ente dei meccanismi – attivabili financo in sede di esecuzione – tramite i quali sottrarsi a, o quantomeno

⁶⁸ V. GARGANI, *Le conseguenze indirette della corresponsabilizzazione degli enti collettivi*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 235 ss., che paventa, piuttosto, l'opposto rischio dell'espansione dell'ambito delle posizioni di garanzia e, dunque, della responsabilità omissiva delle persone fisiche che operano nell'ente.

⁶⁹ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 23.

⁷⁰ V. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 75 s., per riferimenti dottrinali a siffatte perplessità.

⁷¹ Cfr. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, cit., 158. Analogamente, e a fortiori, ciò vale per i creditori dell'ente, su cui PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 421 s.

⁷² Su cui v. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 71; STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 473.

affievolire le sanzioni cui altrimenti sarebbe soggetto; cosa che potrebbe attenuare, anche in parte, i pregiudizi che avrebbero a subire soci e creditori.

Infine, la previsione di numerose disposizioni (più o meno rigide) che regolano l'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni (presupposti per l'applicazione, limiti, tempi e modalità...)⁷³, consente di ridurre quei margini di discrezionalità (che pure residuano) con uno sforzo di prescrittività da parte del legislatore in materia, che, invece, non si rinviene in altri settori dell'ordinamento⁷⁴.

Fugati i dubbi attinenti al significato più stretto del principio di personalità dettato dal primo comma dell'art. 27 della Costituzione e passando ad esaminare il suo significato più ampio, si nota come gran parte delle critiche all'introduzione di un sistema di responsabilità delle persone giuridiche si fondi sull'elemento psicologico del reato, che, così come strutturato nel nostro ordinamento, in un modo, per così dire, troppo "umano" ed "antropomorfo", non avrebbe potuto attagliarsi alla figura dell'ente, di cui veniva sostenuta la strutturale incompatibilità con il concetto di colpevolezza. Si celava, dietro questo orientamento, la preoccupazione per il pericolo che si introducesse in tal modo un criterio di responsabilità oggettiva nei confronti degli enti, che fosse svincolata da un principio di colpevolezza inteso in senso pregnante⁷⁵. In realtà, a tal riguardo, lo sforzo del

⁷³ Si veda la Sezione II del Capo I del d. lgs. n. 231 del 2001, rubricata «Sanzioni in generale» (artt. da 9 a 23), le Sezioni IV e IX del Capo III, rubricate, rispettivamente, «Misure cautelari» (artt. da 45 a 54) e «Esecuzione» (artt. da 74 a 82), nonché l'art. 83 «Concorso di sanzioni», come integrate dalle varie disposizioni della c.d. "parte speciale" del decreto stesso.

⁷⁴ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 24 s., la quale cita come esempio emblematico la legislazione complementare in materia di sanità e igiene degli alimenti: «La legislazione complementare è disseminata di previsioni (potenzialmente) assai gravose, che attribuiscono alla discrezionalità dell'amministrazione il potere di applicare sanzioni interdittive, le quali possono giungere sino alla chiusura (solitamente temporanea) dello stabilimento della società dove è stato commesso un illecito amministrativo o penale [...]. E si noti che tali norme, oltre ad essere disorganiche e spesso confuse, rimettono la scelta sulla loro applicazione alla più ampia e incontrollata discrezionalità dell'autorità amministrativa».

⁷⁵ Sul punto v. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, cit., 159 s., il quale teme l'introduzione di una responsabilità ancorata a «criteri di pretto stampo ascrittivo» e osserva più avanti che «la configurazione di un'eventuale responsabilità delle persone giuridiche condurrebbe fatalmente ad inquinare la portata della norma in commento, apprestando schemi sanzionatori che rischierebbero di irrigidire le possibilità espansive del principio di personalità, specie nell'aspetto della necessaria colpevolezza del fatto. Così lunga e difficile si profila ancora, nel nostro ordinamento, la strada per una sua soddisfacente attuazione, che non pare davvero opportuno pensar di introdurre elementi che oggettivamente agirebbero da freno. Il principio di colpevolezza, con tutti i suoi corollari, non appartiene al settore della pura tecnica legislativa: al presente, almeno nel nostro sistema, riveste un valore critico e culturale che non può essere sottovalutato né esposto a pericoli di annacquamento... Ne uscirebbe alla fine sfigurato, per così dire, il volto costituzionale del reato e della pena che faticosamente parte della dottrina ha cercato di tracciare e che così grande impegno

legislatore è indirizzato proprio nel senso di attenuare, per quanto possibile, il rischio di un “isterilimento” dei criteri ascrittivi di responsabilità – e, dunque, di contrasto con il principio *ex art. 27*, comma primo della Costituzione –, attraverso la previsione di criteri di imputazione “soggettivi” densi di significato e tali da poter ridurre il rischio di interpretazioni in contrasto con il dettame costituzionale. Con ciò, parrebbe aderirsi ad una concezione “normativa” della colpevolezza grazie alla quale è possibile configurare un giudizio di riprovevolezza in capo alla persona giuridica, analogo e analogamente graduabile (seppur costruito in termini diversi) a quello previsto per la persona fisica. Qualora, invece, si optasse per un regime propriamente amministrativo, privilegiando l’esigenza di efficienza a discapito di un sistema più garantista, è pur vero che tali problemi non si porrebbero e si sarebbero potuti ben prevedere dei modelli di responsabilità propriamente oggettiva (come accade già in altri settori dell’ordinamento⁷⁶). Tuttavia, si ricadrebbe nella summenzionata c.d. “frode delle etichette”, avendo riguardo soprattutto al carico afflittivo delle sanzioni previste, che abbracciano non solo pene pecuniarie, ma anche pene interdittive, arrivando fino alla «pena capitale» dell’interdizione in via definitiva dall’esercizio dell’attività di cui all’art. 16 del decreto⁷⁷.

ancora richiede per la sua realizzazione. Al contrario, si darebbe vita ad un “diritto penale parallelo” del quale almeno nel nostro ordinamento non si possono non paventare negativi retroeffetti». Si veda anche ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1036 ss., il quale paventa l’introduzione surrettizia di una «colpevolezza collettiva» che snaturerebbe la categoria dell’illecito penale; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, cit., 402, dove si legge che «lasciare nell’ordinamento norme relative a condotte connotate da un’impronta particolarmente negativa sul piano etico-sociale come riservate alle sole persone fisiche [...] ha il pregio culturalmente non indifferente di esaltare lo specifico della persona umana e quella libertà del singolo che sta alla base della sua responsabilità»; dunque, secondo questa dottrina, meglio sarebbe stato prevedere un modello puramente amministrativo, che, pur ancorato sul criterio “antropomorfo” della colpevolezza, sarebbe stato, tuttavia, meno rigido per via della mancanza di garanzie costituzionali; su questo si rimanda a BERNARDI, *Società commerciali e sistema sanzionatorio: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 23 ss., il quale propone addirittura un sistema di sanzioni civili in conseguenza della commissione di un reato, pur osservando che «anche tale soluzione, che collega l’irrogazione di una sanzione civile a contenuto afflittivo alla realizzazione di un reato, sembra presentare non pochi problemi: primo fra tutti quello concernente l’indispensabilità o meno del requisito della colpevolezza (nel senso di “volontà sociale colpevole” in capo alla persona giuridica)».

⁷⁶ Si è già riportato, sul punto, l’esempio del settore alimentare, su cui v. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.la-legislazione-penale.eu, 23/05/2016, 18 ss.

⁷⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 31 s., la quale esprime anche la preoccupazione dell’impossibilità di applicare al decreto altri principi cardine del diritto penale come quelli derivanti dagli artt. 24, 25 e 112 Cost. e l’impossibilità, oltretutto, di un eventuale intervento della Corte costituzionale a presidio delle garanzie prevista dalla nostra Carta fondamentale.

Quanto alla distinta (ma correlata) obiezione di una impossibilità per l'ente di "comprendere" il rimprovero per il proprio comportamento antisociale e, conseguentemente, di un potenziale successo dal punto di vista rieducativo della pena ad esso irrogata, a ciò si può replicare che l'ottica in cui si muove tutto l'impianto previsto dal decreto va non soltanto in una direzione sanzionatoria, bensì, e forse soprattutto, in una direzione di prevenzione dell'illecito nell'ambito dell'impresa, cercando di innalzare gli *standard* di legalità nella prassi aziendale italiana prima del reato e, successivamente ad esso, cercando di riportare l'ente in un alveo di legalità, a prescindere dalla capacità o meno della persona giuridica di "intendere" il rimprovero mosso dall'ordinamento⁷⁸.

Vi è, dunque, altra parte della dottrina che ritiene insussistenti le resistenze suesposte di ordine di teoria generale e di carattere costituzionale, le quali impedirebbero l'ammissibilità nel nostro ordinamento di un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche, e che interpreta le disposizioni del decreto del 2001 proprio nel senso di aver introdotto una responsabilità penalistica per le *societates*⁷⁹.

⁷⁸ V. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 29, che osserva come «la costruzione di un sistema suscettibile di motivare una riconversione organizzativa interna dell'ente o semplicemente l'elevazione degli *standard* oggettivi di legalità del suo operato (ciò che, come vedremo, cerca di fare il d. lgs. n. 231/2001) possa adeguatamente soddisfare l'aspirazione costituzionale, dissolvendo larga parte dei dubbi. Ciò è d'altronde accaduto già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, quando, rilette le istanze costituzionali di emenda secondo i più moderni moduli della prevenzione speciale, a gran parte della dottrina è parso di poter ravvisare nel d. lgs. n. 231/2001 meccanismi sanzionatori (*fasci* ed interattivi) in grado di interpretare le istanze di *legalizzazione* delle politiche aziendali: con ciò mettendo in secondo piano la questione – che rileva soltanto in un'ottica *eticizzante* – se gli enti siano o meno in grado di *percepire* il rimprovero formulato dall'ordinamento verso di loro. [...] si allude ovviamente in prima battuta alla costruzione di un reticolato di sanzioni interdittive modellate sulle specificità dei singoli fatti criminali commessi (una deviazione ampiamente stigmatizzata dal modello è stata rappresentata dall'art. 25-ter che, in materia societaria, esonera gli enti dalle sanzioni interdittive). In seconda battuta, quale paradigma orientato in un senso ottimale verso la special-prevenzione nel campo della pena pecuniaria è da tempo designato il sistema computazionale *per tassi*, anch'esso adottato dal legislatore del d. lgs. n. 231. A tal proposito, ci si limita a rilevare che un cattivo esempio di tecnica legislativa è tuttavia rappresentato dall'art. 25-septies il quale, nell'estendere la responsabilità degli enti all'omicidio e alle lesioni con violazione della normativa antinfortunistica, commina agli enti una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote. Poiché tale massimale corrisponde altresì al tetto superiore delle quote fissato dall'art. 10, comma 2 del d. lgs. n. 231, la disposizione finisce però nella sostanza con il prevedere una "pena fissa", contravvenendo ad un ormai risalente monito della Corte costituzionale (C. cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, con nota di PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, 725 ss.)».

⁷⁹ Propendono per la natura penale della responsabilità delle persone giuridiche DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, 1126 ss.; TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le Soc.*, 2001, 1305; FERRUA, *Il processo penale contro*

A sostegno della tesi della natura penalistica della responsabilità delle persone giuridiche militano svariati argomenti. Già da un punto di vista “nominalistico”, si è osservato che la responsabilità dell’ente dipende, in ultima analisi, dalla commissione di un reato⁸⁰: il legislatore, infatti, non ha previsto un nuovo illecito amministrativo di cui possono rendersi responsabili gli enti, bensì ha esteso, in base a determinati criteri oggettivi e soggettivi di imputabilità (di cui si parlerà più avanti), la responsabilità per alcuni reati commessi da persone fisiche legate alla *societas* da un rapporto funzionale⁸¹. In sostanza, non è stata

gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 224; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D. Lgs. N. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 4, 879 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 517 ss.; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 186; COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *www.dirittoestoria.it*, n. 2, marzo 2003, 15; DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, 349 ss.; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004, 13 ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, cit., 1003; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 68; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 41 s.; PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell’ente*, cit., 211 ss.

⁸⁰ Coerenza imporrebbe, dunque, che dipendendo l’illecito dell’ente dalla commissione di un reato, a questa dovrebbe seguire un addebito penale e con esso un sistema di principi e garanzie penalistici, come sostenuto da PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, cit., 15 ss. Vero è che dai reati possono derivare anche conseguenze civilistiche, ma è evidente la diversa opzione legislativa che si è ben discostata, nel concepire il decreto, dal paradigma dell’art. 197 c.p., istituendo per gli enti una responsabilità «autonoma» o «diretta», v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 12.

⁸¹ Secondo PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 24 ss. si tratterebbe di fattispecie (di reato) plurisoggettive a concorso necessario tra la persona fisica e la persona giuridica. E v. anche AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 172, secondo cui la responsabilità della *societas* deriva «non dalla commissione da parte dell’ente di uno specifico e diverso comportamento esplicitamente formalizzato nel decreto, bensì da una disposizione normativa, l’art. 5, che estende (a talune precise condizioni) la tipicità di quelle fattispecie incriminatrici monosoggettive preesistenti, richiamate negli articoli della c.d. ‘parte speciale’ del decreto. Più precisamente, la responsabilità delle persone giuridiche non origina dalla commissione di un comportamento esplicitamente qualificato e strutturato dalla legge come illecito amministrativo, bensì dalla nuova “fattispecie plurisoggettiva eventuale” creata dalla lettura in combinato disposto di questo articolo 5 del d. lgs. n. 231 del 2001 con i reati tassativamente richiamati dagli artt. 24, 25, 25 bis, ter, quater, quinquies, sexies e septies [nonché quelli successivamente aggiunti], secondo il meccanismo definito dalla dottrina delle “ipotesi normative di estensione della tipicità” già utilizzata dal legislatore in passato nella parte generale del codice penale negli artt. 40, 2° comma, 56 e 110 c.p., rispettivamente in materia di reati omissivi impropri, delitto tentato e concorso di persone». Analogamente DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., 81, a detta del quale l’illecito «è e resta uno solo, quello (penale) commesso da una delle persone fisiche indicate nell’art. 5, mentre rispetto alla persona giuridica dovrebbe

criminalizzata una, per così dire, autonoma condotta dell'ente, ultronea rispetto a quella del soggetto che agisce nel suo interesse o vantaggio e, sicuramente questi due criteri di imputazione, come anche quelli ulteriori previsti dagli artt. 6 e 7 del decreto, non sono sufficienti a descrivere positivamente e, dunque, a rendere illecita una condotta dell'ente di alcun tipo⁸²: è lo stesso comportamento della persona fisica legata all'ente da un rapporto funzionale a far sì che di talune tassative figure di reato debba rispondere oltre che la persona fisica, anche l'ente "per cui" essa ha agito. Perciò, prevedere un diverso regime sanzionatorio per lo stesso fatto di reato in base alla tipologia di autore (penale per la persona fisica e amministrativo per l'ente) significherebbe, a ben vedere, creare un'irragionevole disparità di trattamento⁸³.

Ulteriori indizi linguistici della natura penale della responsabilità introdotta sarebbero rinvenibili in svariate disposizioni del decreto⁸⁴.

Anche il principio della autonomia della responsabilità dell'ente, espresso all'art. 8 del decreto spinge nella direzione della natura penalistica: sarebbe altrimenti difficilmente giustificabile il fatto che si debba, comunque, procedere all'accertamento dell'illecito della persona giuridica (di cui, ricordiamolo, quello

parlarsi piuttosto di una *fattispecie a struttura complessa* di cui tale illecito (il c.d. *Anknüpfungstat*) rappresenta soltanto uno degli elementi essenziali e irrinunciabili. Gli altri sono ovviamente quelli individuati negli artt. 5, 6 e 7». V. anche ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., 405; nonché GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 6, per il quale il legislatore del 2001 ha introdotto una «fattispecie pluriascrittiva eventuale, in base alla quale la responsabilità dell'ente risulta, ad un tempo, *subordinata* al reato realizzato dalla persona fisica e *autonoma* dalla responsabilità di quest'ultima».

⁸² In questi termini PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, cit., 15 ss.: «avere interesse in o trarre vantaggio da una certa attività da altri commessa non rappresenta alcuna condotta, né attiva, né omissiva».

⁸³ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 292; ID., *Verso un codice penale europeo: la responsabilità penale delle persone giuridiche*, in CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 64; nonché AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 174 s.: «a ragionare diversamente, e ammettendo l'idea di una responsabilità amministrativa dell'ente per uno di quei reati indicati nel decreto, ci si troverebbe dinanzi ad un vero *monstrum* (vel *prodigium*?) giuridico: un unico illecito dal carattere, però, 'binomico', in quanto dalla sua realizzazione scaturirebbero due diversi tipi di responsabilità, accertati in base a differenti criteri di imputazione, ma tramite il medesimo processo penale». L'Autore riporta anche come argomenti a favore della natura penalistica del sistema di responsabilità introdotto con il decreto del 2001 la disciplina della incapacità a testimoniare di cui all'art. 44.

⁸⁴ A titolo di esempio, si possono vedere, in tal senso, gli artt. della Sezione I ("Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa"), del Capo I del d. lgs. n. 231 del 2001, in cui ricorre moltissime volte la parola «reato».

della persona fisica è il presupposto) anche in quei casi in cui «l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile» ed «il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia»; e questo seguendo, in ogni caso, le regole che presiedono allo svolgimento del processo penale⁸⁵.

Il fatto, poi, che, a norma dell'art. 34, la giurisdizione sia affidata al giudice penale e che si applichino, in quanto compatibili, le norme che regolano il processo penale sarebbe di per sé significativo della reale natura della responsabilità *ex d. lgs. n. 231 del 2001*⁸⁶: non può essere la gravità delle potenziali sanzioni da irrogare a giustificare una simile deroga all'ordinario criterio di riparto, considerato che l'ordinamento già prevede casi in cui provvedimenti dell'autorità amministrativa, in conseguenza di un illecito amministrativo o di un reato, possono disporre sanzioni molto gravose e financo la chiusura, pur temporanea, di un ente. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che la giustificazione dell'attribuzione di competenza in capo al giudice penale discenderebbe dal fatto che presupposto per l'illecito dell'ente è, comunque, un reato e, dunque, in tal modo sarebbero garantite al massimo le esigenze di economicità e completezza nell'accertamento giurisdizionale del fatto. A ben vedere, però, anche a prescindere dalla considerazione che il provvedimento finale che applica la sanzione è, pur sempre, una sentenza, e dunque un atto giurisdizionale e non amministrativo, la scelta per il processo penale, come visto, permane, grazie al principio di autonomia *ex art. 8 del*

⁸⁵ V. ancora AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 176, il quale, più avanti sostiene anche che l'istituto stesso della rinuncia all'amnistia *ex art. 8, co. 3 del decreto* possa spiegarsi solo ammettendo che la responsabilità prevista dal sistema sia di tipo penale: «è il particolare discredito sociale che essa determina, anche se amnistiata, a legittimare la (facoltà di) rinuncia ad un simile beneficio nel nostro sistema giuridico a favore del rispetto del diritto di difesa, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 175 del 1971». La sentenza è pubblicata in *Giur. it.*, 1972, I, 1. Sul punto v. anche MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti*, cit., 903.

⁸⁶ Sul punto AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 177, per il quale «solo una sanzione prettamente penale può essere inflitta del giudice penale all'esito di un processo svolto nel contraddittorio delle parti e necessita per la sua irrogazione del rispetto di tutte le peculiari garanzie previste dalla Costituzione e dal codice di rito. Le sanzioni amministrative sono, invece, irrogate dalla Pubblica Amministrazione attraverso una ordinanza-ingiunzione di condanna che, in caso di mancata opposizione successiva, diviene definitiva a tutti gli effetti. Peraltro, nel contesto odierno in cui stanno progressivamente attenuandosi le differenze contenutistiche tra le sanzioni penali e quelle amministrative, l'aspetto dell'autorità giudiziaria competente assume un rilievo determinante per discernere la loro natura giuridica essendo (forse) l'unico tratto distintivo certo ed evidente»; l'autore ricorda anche come argomenti simili sono stati ritenuti determinanti per risolvere la diatriba sulla natura giuridica delle «Misure amministrative di sicurezza».

decreto, anche in assenza di un contestuale processo nei confronti della persona fisica⁸⁷.

Anche il carico fortemente afflittivo delle sanzioni previste dal decreto, seppure in sé considerato possa non risultare risolutivo per la natura penalistica della responsabilità degli enti – si è già detto di come, in alcuni settori, quale, ad esempio quello alimentare, le sanzioni amministrative possano risultare molto onerose per i soggetti a cui sono applicate –, letto alla luce delle considerazioni già esposte, potrebbe essere un ulteriore indizio “grave, preciso e concordante” in tal senso: quantunque necessariamente differenti da quelle previste per le persone fisiche (e non potrebbe essere altrimenti vista la naturale ed ontologica diversità dei soggetti a cui si devono applicare: non avrebbe, evidentemente, alcun senso prevedere la sanzione detentiva per un’entità “astratta” e meramente giuridica quale è la *societas*), il carattere fortemente afflittivo e stigmatizzante delle sanzioni disposte dal legislatore del 2001 renderebbe le stesse assimilabili più alle sanzioni penali che a quelle amministrative⁸⁸. A tal proposito, si è, poi, osservato che anche per gli enti è stato previsto un sistema di pubblicità legale delle condanne, l’Anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, che presenterebbe forti analogie con il sistema previsto del casellario giudiziale – tanto è vero che, in sede di introduzione dell’anagrafe delle persone giuridiche il legislatore ha preferito procedere ad una riforma organica della disciplina, collocando in un unico

⁸⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 13; AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 177 s., il quale sostiene che «non vale a confutare tale argomento l’osservazione che già ai sensi dell’art. 24 della l. n. 689/1981 era prevista la possibilità di infliggere una sanzione amministrativa all’esito di un processo penale per le ipotesi di infrazioni amministrative connesse obiettivamente con un reato, e che nel d. lgs. n. 231/2001 tale possibilità è stata semplicemente tramutata in una regola vincolante. Tra le altre cose, tale articolo prevede l’attrazione nella sfera di cognizione del giudice penale delle violazioni amministrative, quando *dal loro accertamento dipende l’esistenza di un reato* e non viceversa, come previsto nel d. lgs. n. 231 del 2001. Ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 24 della l. n. 689/1981 è, difatti, previsto che quando il procedimento penale si chiude per estinzione del reato e per difetto di una condizione di procedibilità, *cessa di conseguenza automaticamente la competenza del giudice penale* in ordine alla violazione amministrativa e rivive quella della P.A. Nella nuova disciplina in questione, invece, la competenza anche in caso di estinzione [...] *continua a restare nelle mani del giudice penale*, soluzione questa non altrimenti giustificabile se non ammettendo che quella dell’ente sia una vera e propria responsabilità penale».

⁸⁸ Si pensi, a tal riguardo, alla sanzione interdittiva perpetua irrogata per l’unico ramo di attività in cui è operante la società incriminata che, di fatto, corrisponde alla c.d. “pena capitale” per quell’ente.

provvedimento il sistema riferito alle persone fisiche e quello delle persone giuridiche⁸⁹.

Inoltre, le istanze di prevenzione generale e speciale, tipiche del sistema penale e che si rinvencono sia (in particolar modo la prevenzione speciale) nel sistema dei modelli organizzativi – i quali, intervenendo sia *ante* che *post delictum*, si propongono lo scopo di innalzare lo *standard* di legalità dell'ente e, dunque, di minimizzare il tasso di criminalità all'interno delle imprese –, sia nel sistema sanzionatorio pecuniario, costruito su un modello prettamente penalistico già sperimentato con successo in altri ordinamenti europei⁹⁰, sarebbero ulteriori indici della natura penalistica voluta dal legislatore: il sistema di commisurazione del numero e dell'importo delle quote, fondato su un giudizio prima sulla gravità del reato e poi sulle condizioni economico-patrimoniali dell'ente (che richiama alla mente i criteri di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 c.p.), connoterebbe di contenuto penalistico anche, e in generale, tutto il sistema previsto dal decreto del 2001⁹¹.

La dottrina che propende per la natura penalistica adduce, infine, come argomento a sostegno di questa tesi, la punibilità dell'ente per il reato nella forma tentata, secondo il disposto dell'art. 26 del decreto: estendere l'anticipazione della soglia di tutela del bene giuridico al mero tentativo (cosa che nel nostro ordinamento è prevista solo nell'ambito del diritto penale e, all'interno di questo, unicamente per i delitti) anche all'ambito dell'illecito amministrativo costituirebbe uno stravolgimento eccessivo del nostro tradizionale sistema, che, invero, non sarebbe stato nelle intenzioni del legislatore⁹².

⁸⁹ Si fa qui riferimento al D.P.R. del 14 novembre 2002 n. 31, «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti», che ha dato esecuzione alla disciplina prevista agli artt. 80 ss. del d. lgs. n. 231 del 2001. E su questo v. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 181, per cui «l'affinità strutturale dei due collettori di raccolta dati è infine ribadita dal fatto che entrambi sono inseriti nel casellario giudiziale centrale presso il Ministero della giustizia e sono soggetti ad analoga disciplina per quanto concerne il flusso delle informazioni in entrata e in uscita».

⁹⁰ Ad esempio, il *Tagessystem* di origine scandinava o il *Tagessatzsystem* tedesco.

⁹¹ Cfr. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 179.

⁹² Così ancora AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 179.

Un terzo orientamento dottrinale, sulla scia di quanto dichiarato dal legislatore stesso che nella *Relazione* ministeriale al decreto⁹³, a proposito della qualificazione giuridica del sistema introdotto, si esprime nel senso di un nuovo *tertium genus*, propende, invece, per la natura ibrida del sistema creato nel 2001⁹⁴.

Non convincerebbero né la tesi della natura tutta amministrativa, né quella opposta della natura penale, poiché nell'impianto normativo si rinverrebbero elementi dell'uno e dell'altro tipo. Sarebbe, dunque, giocoforza optare per un sistema "ibrido", in cui le esigenze di general-prevenzione, di cui si fa carico la "parte amministrativa", devono, in ogni caso, combinarsi con quelle di garanzia (anche costituzionali) imposte dalla "parte penale", giustificandosi tale scelta legislativa per la particolarità dei soggetti destinatari e della materia in esame⁹⁵.

⁹³ La *Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* è consultabile anche in GARUTI, (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 435.

⁹⁴ Di questo avviso DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1164; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 58; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 419; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1398 ss.; LATTANZI, *Intervento*, cit., 291; RAPELLI, *La responsabilità degli enti nel d. lgs. 231 del 2001 tra modello penale e modello amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1197 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 16 ss.; PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005, 128 ss. (in part., 156 ss.); STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 7 ss. (spec., 15).

⁹⁵ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 16 ss., la quale parla di «sistema geneticamente modificato» e osserva come «il DNA dell'*anfìbio* ben si inquadra nella tendenza verso un *diritto sanzionatorio* appunto con natura mista, in Italia per lo più veicolato dal processo di depenalizzazione: le nuove forme di responsabilità si collocano appunto a metà strada tra l'illecito penale e quello amministrativo, condividendo con il primo l'effetto di stigma e la gravità delle conseguenze sanzionatorie, con il secondo il nome e taluni profili di disciplina (peraltro recessivi, nel caso del decreto legislativo sulla responsabilità degli enti). Se poi si vuole proprio individuare una dominazione genetica, è difficile non farsi suggestionare dall'afflittività delle sanzioni conseguenti alla commissione di tali illeciti, che pesa non poco sul piatto penalistico della bilancia. [...] La tesi del *terzo genere* si mostrerebbe infatti in sostanziale continuità con la giurisprudenza dell'organo europeo che, come noto, in mancanza di altri indicatori, non esita ad assimilare alla materia penale vera e propria quella amministrativa in ogni caso in cui dall'applicazione della legge possano derivare conseguenze afflittive nei confronti del suo destinatario, prescindendo dalla qualificazione formale assegnata dal legislatore al provvedimento: il che, senza dubbio, accade con il d. lgs. n. 231/2001 che, nel comminare sanzioni interdittive nei confronti degli enti, appare *ictu oculi* suscettibile di incidere gravemente sulla vita della società. Dal punto di vista dell'ordinamento interno, per le medesime ragioni, resta fermo che la qualificazione della responsabilità come *sanzionatoria* deve comportare un riferimento al sistema costituzionale dei principi in materia penale». Su questo si veda anche la storica sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, Oztürk, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*; nonché BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (Art. 7)*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (diretto da), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 256 ss.

Infine, è stata pure avanzata un' articolata teoria che riconduce il modello di responsabilità del decreto addirittura ad un *quartum genus* caratterizzato dalla coesistenza e dalla combinazione di elementi della responsabilità penale, amministrativa e civile aquiliana⁹⁶.

Per quanto attiene agli orientamenti giurisprudenziali sulla «*vexata quaestio*» della natura della responsabilità degli enti, si può egualmente notare una incostanza di posizioni, da parte di giudici di merito e di legittimità, sul punto⁹⁷.

Talvolta si è tralasciata la questione, sostenendo la sua irrilevanza rispetto al *thema decidendum*, ma sempre più spesso i giudici hanno, anche solo implicitamente, preso posizione sul punto.

Talune pronunce, soprattutto nella giurisprudenza di merito, ma, almeno in un caso, anche della Cassazione a Sezioni Unite⁹⁸, sostengono la tesi della natura propriamente amministrativa. Si pensi, ad esempio, al notorio caso Thyssenkrupp, in cui la Corte d'Assise, esclusa la natura sostanzialmente penale della responsabilità degli enti, ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5, 6 e 7 del decreto rispetto alla presunzione di non colpevolezza e degli articoli 6 e 7 (per indeterminatezza dei modelli organizzativi) rispetto al principio di determinatezza in materia penale⁹⁹.

Un altro orientamento, che si rinviene sia nella giurisprudenza di merito che in quella della Cassazione, e in particolare nella nota sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp¹⁰⁰, aderisce alla tesi del *tertium genus*. In questo caso, seppure venga esclusa una qualificazione propriamente penale della responsabilità degli enti, si rileva una particolare attenzione del giudice per la legittimità costituzionale delle disposizioni del decreto: la natura ibrida non vale a sottrarre la

⁹⁶ V. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in ID., CERESA-GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 190 ss. e 209 ss., il quale riporta come unico elemento comune al sistema penalistico e a quello civilistico il carattere oggettivo della responsabilità, e ciò sebbene sia tutt'altro che unanime la tesi secondo cui la responsabilità *ex art. 5* del d. lgs. n. 231 del 2001 sia di tipo oggettivo.

⁹⁷ Così, letteralmente, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 10 ss., cui si rimanda anche per i molteplici riferimenti giurisprudenziali sul punto.

⁹⁸ Cass. pen., sez. un., sent. 23 gennaio 2011, n. 34476, ric. p.m. in proc. Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, 433.

⁹⁹ Trib. Torino, II Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, in *Giurispr. mer.*, 2012, 6, 1359.

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, in *Giur. it.*, 2014, 11, 2565 ss., con nota di BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*.

disciplina dal raggio d'applicazione dei principi costituzionali previsti per la materia penale.

In altra occasione, non si è esitato a riconoscere una natura propriamente penale della responsabilità degli enti, nonostante l'indicazione contraria che si ricaverebbe dal *nomen iuris*, il quale si spiegherebbe, a detta della Corte di Cassazione, per la volontà del legislatore di «non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.)»¹⁰¹.

E ancor prima, la Suprema Corte aveva escluso dai soggetti destinatari del decreto le imprese individuali, sulla scorta del principio di analogia *in malam partem* della legge penale *ex art. 25*, secondo comma della Costituzione, implicitamente accogliendo, dunque, la tesi della natura penale della responsabilità degli enti¹⁰².

Anche le Sezioni Unite della Cassazione civile, in una occasione, hanno optato per la natura sostanzialmente penale della responsabilità introdotta dal decreto, ammettendo così la legittimità del cumulo tra responsabilità amministrativa derivante dall'art. 187-*quinquies* del decreto legislativo n. 58 del 1998, per gli abusi di mercato, e quella “da reato” (e più simile ad una responsabilità penale vera e propria) derivante dall'articolo 25-*sexies* del decreto legislativo n. 231 del 2001¹⁰³.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. II, sent. 20 dicembre 2005 (30 gennaio 2006), n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., cit.

¹⁰² Cass. pen., sez. VI, sent. 3 marzo 2004, Ribera, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss., con nota di DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*. Si veda anche AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., 183 ss. Tuttavia, è da sottolineare come, in una successiva decisione (Cass. pen., sez. III, sent. 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 2556 ss., con nota di PISTORELLI, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, *ivi*, 2560) la Corte giunge alla soluzione opposta, tramite –parrebbe– un ragionamento analogico *in malam partem*, affermando che «una lettura costituzionalmente orientata della norma [...] dovrebbe indurre a conferire al disposto di cui al comma 2 dell'art. 1 del d.l.vo in parola una portata più ampia, tanto più che, non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione nell'area dei destinatari della norma».

¹⁰³ Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, II, 3127 ss.

3. Criteri di imputabilità del reato all'ente: gli elementi oggettivi

Si è già osservato come la scelta dell'ordinamento italiano, a differenza di quella compiuta in altri ordinamenti¹⁰⁴, sia andata nel senso di far derivare la responsabilità degli enti da un *numerus clausus* di reati, stilando un catalogo nominativo, che è stato poi aggiornato nel corso degli anni¹⁰⁵.

Si rende ora doverosa una premessa: bisogna, in prima battuta, chiarire chi siano i destinatari della nuova disciplina, ossia quali siano quegli «enti» capaci di essere ritenuti responsabili sulla base del nuovo sistema introdotto nel 2001.

Il legislatore delegante indicava di prevedere la responsabilità «delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale»¹⁰⁶ (si noti che il fatto di voler, in modo inequivoco, assoggettare al nuovo sistema punitivo anche soggetti sprovvisti di personalità giuridica è il motivo per cui è stato utilizzato anche nel d. lgs. n. 231 del 2001 il termine, volutamente generico, «enti»¹⁰⁷), specificando poi, però, che tra gli enti forniti di personalità giuridica vanno esclusi «lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri»¹⁰⁸.

L'indicazione del legislatore delegante era chiara nell'includere nella nuova disciplina anche soggetti privi di personalità giuridica. Tale opzione, pur

¹⁰⁴ Si pensi, ad esempio, al sistema francese che prevede una responsabilità diretta delle *personnes morales* derivante dalla commissione «*pour leur compte*» di qualsiasi tipo di reati, secondo l'art. 121-2 del *Code pénal*. Uno dei primi commenti in argomento è quello di DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 210 ss.

¹⁰⁵ Così PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 961, il quale osserva: «nella fase di attuazione, il catalogo della legge delega è stato drasticamente ristretto, con la contrastata esclusione *in extremis* dei reati colposi d'impresa in materia di "ambiente e sicurezza", quelli, cioè, per i quali la responsabilità degli enti sarebbe immediatamente divenuta materia d'intervento della giustizia penale quotidiana. Sono rimasti nel d. lgs. n. 231 del 2001 (artt. 24-26) soltanto delitti dolosi (anche solo tentati) attinenti ai rapporti con la pubblica amministrazione». Sul punto, rileva AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 2, che il legislatore avrebbe anche potuto prendere una strada alternativa, quella della "*Natur der Sache*", criterio «già utilizzato dal legislatore francese nel *code pénal* del 1994, ed ulteriormente affinato nel 2004, in base al quale il raggio d'azione della responsabilità penale delle persone giuridiche non viene circoscritto in alcun modo tramite la predisposizione preventiva di elenchi "chiusi", ma viene costruito in maniera "aperta", rimettendo la definizione dei suoi limiti – oltre che ad eventuali ed esplicite esclusioni operate da parte del legislatore – unicamente al riscontro in concreto *ex post* effettuato dal giudice sull'oggettiva incompatibilità del nuovo tipo di responsabilità con talune fattispecie incriminatrici che, in ragione delle peculiari caratteristiche fenomenologiche del fatto descritto, non possono essere mai compiute nell'interesse o a vantaggio di una società (si pensi per tutti a molti delitti di matrice sessuale)».

¹⁰⁶ Si veda l'alinea del co. 1 dell'art. 11 della l. n. 300 del 2000.

¹⁰⁷ Cfr. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 2, 483 s.

¹⁰⁸ V. art. 11, co.2, l. n. 300 del 2000.

giustificata da ragioni di politica legislativa e da istanze di ragionevolezza, considerati le dimensioni ed il rilievo che tali realtà possono talvolta raggiungere nel tessuto socio-economico e, soprattutto, il fin troppo agevole aggiramento del sistema punitivo che una diversa scelta avrebbe comportato, essendo tali soggetti sottratti ai più penetranti controlli statali, poneva, al confronto con la realtà, vari ordini di questioni.

In particolare, venivano ad essere assoggettati alla nuova disciplina, in tal modo, entità tra le più eterogenee, anche di rilevanza minima (il dibattito dottrinale si era interrogato, in particolare, sulla rilevanza di condomini e comitati¹⁰⁹), per le quali il nuovo sistema sarebbe potuto risultare sproporzionato da un punto di vista sostanziale e financo diseconomico da un punto di vista processuale.

Nell'indicazione del delegante, inoltre, finivano per essere ricompresi altresì soggetti di cui è ben arduo rilevare una qualche autonomia patrimoniale rispetto al patrimonio dei soci, autonomia indispensabile perché la sanzione pecuniaria deve ricadere, per espressa delega legislativa¹¹⁰, solo ed unicamente sull'ente e nei limiti del fondo comune o del patrimonio sociale¹¹¹.

Il legislatore delegato, conscio dei problemi che, nella prassi, una siffatta disposizione avrebbe comportato, ma non potendo indicare espressamente, per «impossibilità materiale»¹¹², tutte le categorie di enti destinatarie della nuova disciplina, si è discostato dalle indicazioni della delega e ha optato per una formula elastica, rivolgendosi, oltre che alle persone giuridiche, alle «società e associazioni anche prive di personalità giuridica»¹¹³, cercando, per sua espressa ammissione, di suggerire un'interpretazione della categoria nel senso di selezionare, tra gli enti privi di personalità giuridica, quelli che «possano comunque ottenerla»¹¹⁴.

¹⁰⁹ Sul punto DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 38, per riferimenti dottrinali sul tema. Secondo DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 122 s., ad esempio, il concetto di «associazione» di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 231 del 2001 sarebbe da interpretare restrittivamente, in modo tale, quindi, da escludere i comitati e altri organismi semplici, come si ricaverebbe dall'intitolazione del Capo III del Titolo II del Libro I del codice civile, in cui il legislatore distingue tra «associazione non riconosciuta» e «comitato».

¹¹⁰ Si veda art. 11, co. 1, lett. h, l. n. 300 del 2000.

¹¹¹ Se così non fosse, infatti, si avrebbe una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

¹¹² Così la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 483.

¹¹³ V. art. 1, co. 2, d. lgs. n. 231/2001.

¹¹⁴ Sul punto la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 483.

Così facendo, ha sì investito l'interprete di un gravoso onere di selezione, ma gli ha, se non altro, fornito alcune "bussole" interpretative per orientarsi nel *mare magnum* dei casi concreti che potranno sorgere nel confronto con la realtà.

Il primo criterio selettivo deriva da un'interpretazione sistematica del testo legislativo e, in particolare, da un'argomentazione *a contrario* sulla base delle esclusioni fatte dallo stesso legislatore delegante, il quale, come si è visto, sottraeva dall'ambito di applicabilità del nuovo sistema lo Stato e gli altri pubblici svolgenti funzioni costituzionali; a tali parametri si è adeguato il delegato, prevedendo, più analiticamente, che la nuova disciplina non si applica «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale»¹¹⁵.

La menzione di questa ultima categoria di enti induce, pacificamente, ad escludere i partiti politici ed i sindacati¹¹⁶, i quali svolgono funzioni garantite rispettivamente dagli articoli 39 e 49 della Costituzione. Viene, così, creata un'area di immunità per tali realtà, che, seppur discutibile, soprattutto alla luce del contesto storico-criminale che caratterizzava gli anni in cui si è venuto formando il nuovo sistema e che ha contribuito al definitivo abbandono del principio *societas delinquere non potest* proprio in considerazione degli scandali giudiziari che avevano colpito, negli anni Novanta, alcuni tra i maggiori partiti politici, si giustifica, nelle intenzioni del legislatore delegato, per le preoccupazioni di segno opposto che un potenziale utilizzo illegittimo e strumentale in particolare del nuovo apparato delle sanzioni interdittive produrrebbe su tali soggetti di vitale importanza per lo sviluppo sociale del Paese¹¹⁷.

Inoltre, e ancor più di quanto appena detto, la giustificazione di tale eccezione parrebbe emergere da un'interpretazione sistematica del *corpus* legislativo, valida anche per l'altra categoria eccettuata, ossia per lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici non economici. Il delegato sembrerebbe

¹¹⁵ Si veda l'art. 1, co. 3 del d. lgs. n. 231 del 2001.

¹¹⁶ Per quanto riguarda i sindacati, l'opinione nel senso dell'esclusione di questo tipo di enti, avallata in dottrina, ad esempio, già da GENNAI, TRAVERSI, in *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, 17, era emersa fin dai lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge delega n. 300 del 2000; su questo PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 962.

¹¹⁷ Cfr. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 483 s.

aver costruito il sistema avendo in mente, come risulta dall'apparato sanzionatorio e dalla possibilità fornita all'ente, prima ancora che ne sia accertata la responsabilità, di adottare determinati comportamenti riparatori al fine, in taluni casi, financo di eliminare la propria responsabilità e sfuggire alla sanzione, enti svolgenti attività economica e guidati da un fine di profitto.

Per quanto riguarda gli enti a soggettività pubblica, allo Stato, l'unico eccettuato espressamente dal delegante, vengono parificati dal delegato anche gli altri enti pubblici territoriali in considerazione dei poteri di natura pubblicistica che a taluni di essi competono (uno su tutti la potestà legislativa costituzionalmente attribuita alle Regioni dall'articolo 117 della Costituzione), ma soprattutto in considerazione di ragioni di coerenza interna e ragionevolezza dell'ordinamento¹¹⁸. Se ci si intende riferire, come sembra doveroso alla luce dell'impianto complessivo del decreto, allo Stato come "l'ente" che esercita l'attività di amministrazione, dunque allo «Stato-apparato»¹¹⁹, una tale esclusione, che potrebbe apparire, a prima vista, un ormai irragionevole retaggio di una concezione di privilegio dello Stato e del potere sovrano in quanto svincolati e al di sopra della legge, in realtà risulta essere in linea di continuità e in conformità con il sistema ed il portato giuridico del nostro e di altri Paesi: il primo comma dell'articolo 197 c.p., ad esempio, esclude, tra gli enti civilmente obbligati per la pena pecuniaria delle persone fisiche, «lo Stato, le regioni, le province ed i comuni»¹²⁰; per quanto riguarda la tradizione giuridica straniera, un esempio su tutti è quello dell'articolo 121-2 del *Code pénal* francese, il quale, malgrado escluda esplicitamente dall'ambito applicativo della nuova responsabilità penale delle *personnes morales* unicamente lo Stato (come, d'altronde, avviene anche nella legge delega), nel diritto vivente, fin dalle prime applicazioni, viene interpretato nel senso di equiparare ad esso anche gli altri enti pubblici¹²¹.

¹¹⁸ Sul punto è molto chiara la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 483.

¹¹⁹ Secondo la preziosa lezione di SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1989, 6 s. L'Autore distingue, oltre a questa accezione, anche quelle di «Stato-ordinamento», inteso come fonte giuridica regolante i rapporti interni e le attribuzioni dei diversi poteri, e di «Stato-comunità», inteso come l'insieme dei cittadini e degli individui di cui esso è composto.

¹²⁰ Si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 36.

¹²¹ In proposito ancora DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità delle personnes morales*, cit., 210 ss.

Come si è detto, oltre agli enti pubblici territoriali ed a quelli svolgenti funzioni costituzionalmente garantite, il delegato procede con l'escludere anche gli «altri enti pubblici non economici», seguendo l'indicazione della legge delega. Il legislatore delegante, sul punto, eccettuando dall'ambito di applicazione della nuova responsabilità, insieme allo Stato, «gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri»¹²², aveva probabilmente voluto intendere, tra questi, quali «indispensabili articolazioni» dell'apparato statale, le diverse Pubbliche Amministrazioni, anche qualora non le si volesse ricomprendere direttamente in un'interpretazione più ampia del concetto di Stato¹²³.

Sul versante opposto, e sicuramente esclusi dall'ambito di operatività della deroga prevista per gli enti a soggettività pubblica di cui al comma terzo dell'art. 1 del decreto, risultano i cc.dd. “enti pubblici economici”, i quali, non esercitando pubblici poteri ed agendo nelle relazioni giuridico-commerciali *iure privatorum*, non avrebbero ragione di essere esonerati dalla disciplina in esame.

Tuttavia, tra questi due estremi (l'uno, quello degli enti pubblici non economici, sicuramente escluso dall'ambito soggettivo di operatività del decreto, l'altro, quello degli enti pubblici economici, sicuramente incluso) si estende una “zona grigia” non pianamente riconducibile all'una o all'altra categoria. Ci si riferisce a taluni enti pubblici associativi e, soprattutto, agli enti pubblici che erogano un pubblico servizio. Anche in tale ambito il legislatore ha preferito omettere un elenco, tassativo o meno, di soggetti pubblici destinatari della disciplina¹²⁴; cosicché spetterà all'interprete stabilire i confini dell'ambito applicativo del decreto.

Soccorrono ancora le parole della *Relazione*: sebbene, invero, il legislatore delegante sembrerebbe aver ragionato in termini di regola ed eccezione per l'assoggettabilità alla nuova disciplina e, dunque, sembrerebbe aver voluto

¹²² Così sempre l'art. 11, co. 2 della l. 300 del 2000.

¹²³ In questi termini ancora la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 483.

¹²⁴ La *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 484, sottolinea in proposito come le controversie sulla qualificazione di molti di questi enti, da un lato, e la disciplina legislativa attuale che tende ad attenuare le distinzioni tra la categoria degli enti pubblici e quella degli enti privati e prevede sempre più il passaggio dei primi nella categoria dei secondi, dall'altro, hanno portato ad una formulazione più vaga, ma anche meglio adattabile alle diverse situazioni contingenti.

contenere nel minimo indispensabile le esclusioni, è tuttavia necessaria un'analisi "costi-benefici" almeno per le fattispecie più dubbie che qui vengono in rilievo.

Rispetto agli enti pubblici associativi, quali l'ACI o la CRI, la questione si pone per il fatto che essi sono sì soggetti ad una disciplina sostanzialmente privatistica, ma sono espressamente qualificati come aventi natura pubblicistica da alcune leggi speciali. Rilevata, da ultimo, una generalizzata tendenza alla loro privatizzazione, si può agilmente optare per l'esclusione di tali enti, posto che una volta completata la trasformazione non sussisterà più il problema.

Più articolato è il discorso sugli enti pubblici che erogano un pubblico servizio, ad esempio le Aziende ospedaliere, le Università e le scuole pubbliche. Non reggerebbe qui la critica secondo cui l'apparato sanzionatorio si tradurrebbe in un costo per la collettività: è ben vero che la sanzione interdittiva produrrebbe grave danno per i servizi essenziali che tali enti producono e che a farne le spese sarebbero i consociati su cui verrebbe "scaricato" l'onere della pena per un reato commesso dall'ente, tuttavia sarebbe bastato diversificare il trattamento sanzionatorio di tali enti rispetto a quello previsto in generale, riservando loro la sola sanzione pecuniaria. Spinge, comunque, nel senso di una esclusione di tali enti dall'ambito applicativo del decreto il fatto che è ragionevole dedurre, da numerosi indizi normativi, che la legge delega mirasse alla creazione di un sistema repressivo di illeciti commessi nello svolgimento di «attività di *natura squisitamente economica*», rivolto, dunque, a soggetti che agiscono per finalità lucrative. Fine di profitto che manca agli enti che svolgono un pubblico servizio e per i quali gli effetti di general- e special-prevenzione della sanzione (pecuniaria) sarebbero stati molto più attenuati, non giustificando il sacrificio della collettività in termini di disservizi subiti. Fine di profitto che invece si rinverrebbe nei soggetti privati che, in regime di concessione, convenzione o parificazione, svolgono un pubblico servizio, i quali sarebbero da includersi nel campo di applicazione del decreto¹²⁵.

¹²⁵ In questi termini ancora la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, § 2, 484. V. anche DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 36, la quale riporta un caso giurisprudenziale a proposito di un ente privato cui erano stati appaltati da un ente pubblico dei lavori di rimboschimento.

Proprio la finalità lucrativa è il secondo criterio interpretativo che deve guidare l'interprete nell'esame, caso per caso, dei soggetti da sottoporre all'ambito sanzionatorio e agli oneri, anche organizzativi, previsti dalla disciplina del 2001.

Esaminati i soggetti destinatari della disciplina, bisogna comprendere i motivi per cui l'ente possa essere ritenuto responsabile del fatto di reato-presupposto e, dunque, quali siano i criteri di imputazione che permettono di muovere un rimprovero all'ente per un fatto che è stato materialmente compiuto "da altri".

La responsabilità, innanzitutto e come già osservato, può sorgere in capo all'ente soltanto per alcuni tassativi reati, previsti ed elencati dal decreto stesso nella c.d. "parte speciale".

Si è, poi, sottolineato come gran parte delle opinioni contrarie all'introduzione di un sistema di responsabilità da reato degli enti nasceva da una presunta "ontologica" incompatibilità di un tale sistema con i principi di personalità e di colpevolezza costituzionalmente garantiti nella materia penale. Per superare tali legittimi dubbi, era necessario punire gli enti solo e soltanto per un loro agire colpevole: il reato deve essere commesso per conto dell'ente ed è, appunto, in questo che sovengono i criteri (obiettivi e soggettivi) d'imputazione del reato all'ente, i quali altro non fanno che tradurre in termini giuridici quel «per conto», essendo al riguardo insufficiente il fatto che la persona fisica autrice del reato "appartenga", a vario titolo, all'ente¹²⁶.

Il legislatore delegato, sulla scorta delle indicazioni del delegante¹²⁷, ha previsto, dunque, quali criteri imputativi, da una parte, i criteri dell'interesse e del vantaggio dell'ente stesso alla commissione del reato, dall'altra, la particolare qualificazione della persona fisica nell'organizzazione societaria. Anche su questo punto, si è optato, piuttosto che per una catalogazione esplicita delle posizioni rilevanti, per una indicazione generica, ma tale da evidenziare la rilevanza "funzionale" della persona fisica, menzionando le «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché [...] persone che

¹²⁶ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 57.

¹²⁷ V. l'art. 11, co. 1, lett. e) della l. n. 300 del 2000.

esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso», i cc.dd. “apicali” e le «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza» delle prime, i cc.dd. “sottoposti”¹²⁸. La differenziazione tra le due categorie è rilevante non soltanto da un punto di vista dogmatico-classificatorio, ma comporta un diverso paradigma di responsabilità e una differente declinazione dell’onere probatorio e dei modelli di organizzazione secondo il disposto degli articoli 6 e 7 del decreto. In breve, dall’appartenenza della persona fisica all’una ovvero all’altra categoria deriva l’applicabilità dei criteri d’imputazione soggettivi, diversamente modulati a seconda che l’autore del reato sia un apicale ovvero un sottoposto¹²⁹.

Si richiede, infine, al comma secondo dell’articolo 5 del decreto un requisito negativo, ossia il fatto che la persona fisica non abbia agito «nell’interesse esclusivo proprio o di terzi».

3.1 L’autore materiale del reato: apicali e sottoposti

Passando ad un’analisi maggiormente di dettaglio dei diversi criteri oggettivi d’imputabilità e partendo dalle categorie autoriali che vengono in rilievo nel fondare il rapporto di immedesimazione organica con l’ente e, dunque, la sua “colpevolezza”, come intesa dalla più avveduta dottrina penalistica, si è visto che le due fondamentali categorie che vengono in considerazione sono quelle degli apicali e dei sottoposti.

Tra gli apicali vengono innanzitutto in rilievo gli amministratori, che, nelle società di capitali che presentano un modello di gestione tradizionale, a ben vedere, risulterebbero gli unici soggetti davvero “apicali” della struttura societaria, essendo i soli ad esercitare il potere di iniziativa per la convocazione assembleare, il potere esecutivo delle decisioni prese dai soci, il potere di gestione in senso stretto ed il potere di rappresentanza¹³⁰; e ancor più di questo, solamente l’amministratore unico o il consiglio di amministrazione congiuntamente sarebbero realmente all’apice

¹²⁸ Così, rispettivamente le lett. *a*) e *b*) dell’art. 5, comma 1 del d. lgs. n. 231 del 2001, il quale diverge leggermente sul punto dalla legge delega: la l. n. 300 del 2000 non menzionava, infatti, nell’art. 11, co. 1, lett. *e*), la funzione di direzione né faceva richiamo all’unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale.

¹²⁹ Si veda DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 22.

¹³⁰ Cfr. GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati*, cit., 41; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 57; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 23.

dell'organigramma societario, cosicché si vede come il concetto di “soggetti apicali” andrebbe inteso in senso relativo¹³¹.

In tale categoria vengono in rilievo altresì gli amministratori non delegati¹³², gli amministratori non esecutivi e, nelle società a responsabilità limitata, quei soci cui sia stata statutariamente attribuita l'amministrazione¹³³.

Come già visto, la scelta del legislatore è stata quella di utilizzare una formula elastica che si serve di una tipizzazione oggettivistico-funzionale incentrata sul sostanziale esercizio delle funzioni, piuttosto che sulla formale qualificazione della carica. Grazie a questa tecnica legislativa, si possono agevolmente equiparare agli amministratori i membri del consiglio di gestione delle società organizzate sul modello dualistico tedesco¹³⁴ e anche gli amministratori di fatto.

Tra gli apicali vengono generalmente inclusi, poi, i direttori generali, i quali svolgono la funzione di direzione della società. Sebbene essi non siano organi di quest'ultima, bensì sono ad essa legati da un regolare contratto (di lavoro o, talvolta, inquadrabile, per lo più, nella figura del mandato¹³⁵) da cui derivano poteri di gestione, ma anche vincoli di dipendenza dagli organi societari, tuttavia, non possono non essere ricondotti alla categoria degli apicali per la rilevanza che essi assumono nella fase operativa di *management* dell'ente, che, in particolar modo nelle imprese di grandi dimensioni, li colloca su un piano di parità, se non addirittura di preminenza, rispetto agli amministratori¹³⁶.

¹³¹ Sul punto RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 1299.

¹³² Anche volendo tralasciare le varie attribuzioni non delegabili per legge, non si deve dimenticare che l'art. 2381 del codice civile, al comma 3 prevede che il consiglio di amministrazione «può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega».

¹³³ Secondo il disposto dell'art. 2463, co. 2, nn. 7 e 8, c.c.

¹³⁴ L'art. 2409-*novies* c.c., introdotto insieme ai nuovi modelli di gestione, con la riforma del diritto societario del 2003 prevede che a tale organo sociale spetti la gestione dell'impresa, comprensiva delle operazioni necessarie ad attuare l'oggetto sociale. Si veda BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Padova, 2004, 43 s., che ritiene altresì che la riforma del 2003, nell'estendere ai liquidatori ampi poteri di gestione nell'ambito delle operazioni di liquidazione, abbia reso così possibile l'inclusione di questi soggetti nella “schiera” degli apicali in generale. In questo modo, il fatto commesso dal liquidatore, anche non ricompreso tra i reati menzionati dall'art. 25-*ter* del decreto (che era l'unico a prevedere esplicitamente la responsabilità dell'ente per fatto del liquidatore), darebbe luogo ad un illecito attribuibile dell'ente.

¹³⁵ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 59.

¹³⁶ Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 24. Nell'inquadrare i rapporti tra amministratori e direttori generali, si rinvengono nella dottrina commercialistica due differenti teorie: la prima descrive i poteri di gestione dei direttori come un cerchio concentrico più piccolo inserito in quello più ampio dei poteri di gestione degli amministratori, delimitandolo, dunque, “in negativo”; la seconda, invece, vede la subordinazione dei direttori agli amministratori in chiave

Per quanto attiene alle funzioni di rappresentanza, secondo la dottrina maggioritaria¹³⁷ il legislatore avrebbe voluto riferirsi in questo caso esclusivamente alla c.d. rappresentanza organica, ossia quella derivante dal rapporto funzionale che lega gli organi di vertice alla società e che spetta istituzionalmente agli amministratori (generalmente al presidente del consiglio di amministrazione o agli eventuali consiglieri con apposita delega) nelle società di capitali e ad ogni socio amministratore (salvo diversa disposizione statutaria) nelle società di persone. Non rientrerebbe, invece, nel concetto di funzioni di rappresentanza utilizzato dal legislatore per tipizzare le figure apicali dell'ente la c.d. rappresentanza volontaria, ossia quella legittimata da un atto negoziale tra ente e rappresentante, quale la procura (generale ovvero *ad negotia*): discenderebbe, infatti, da ciò un rapporto di subordinazione del rappresentante alla vigilanza e al controllo del procurante, come si evincerebbe anche dall'obbligo di rendiconto a carico del procuratore, il quale risulterebbe incompatibile con la nozione di soggetto apicale. Altra dottrina rileva, invero, come, a seguire tale impostazione, la menzione esplicita della funzione di rappresentanza rimarrebbe priva di autonomo significato, essendo essa interamente risolvibile in quella di amministrazione afferente all'organo gestorio ovvero anche il procuratore qualora ad esso venissero attribuiti poteri di amministrazione o di direzione¹³⁸.

Quasi unanime dottrina rileva poi la mancanza, nel novero dei soggetti apicali, dei sindaci, dovuta, in particolare, all'assenza di esplicita menzione della funzione di controllo¹³⁹. Seppur in origine giustificabile alla luce del fatto che, non

paratattica piuttosto che ipotattica e i rispettivi poteri si differenzierebbero non sull'aspetto qualitativo (amministratori e direttori avrebbero, infatti, una competenza di gestione concorrente) bensì su quello della temporalità, nel senso che l'esplicazione dei poteri dell'organo gestorio risulta cadenzata dalla programmazione delle riunioni collegiali, mentre i direttori generali svolgerebbero le loro funzioni nel c.d. "*day to day management*". Secondo quest'ultima teoria, dunque, l'unico limite che incontrerebbero le decisioni dei direttori sarebbe costituito dalla primazia che bisogna riconoscere all'eventuale decisione opposta degli amministratori, i quali restano, comunque, all'apice della struttura aziendale. Sul punto DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 59 s.

¹³⁷ Di questo avviso, tra gli altri, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 58; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 151.

¹³⁸ Così DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 25.

¹³⁹ Tra gli altri DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 332; FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, cit., 258 ss.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 24; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 60; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 154. *Contra* MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone*

competendo loro poteri idonei ad estrinsecare con i loro atti la volontà dell'ente e non potendo essi, conseguentemente, rivestire una posizione di garanzia all'interno dello stesso, i sindaci non rispondevano né a titolo commissivo, né a titolo omissivo dei reati da cui deriva una responsabilità anche della *societas*, se non di quelli la cui fattispecie li citasse esplicitamente come soggetti attivi, ad oggi, e per effetto dell'estensione del catalogo dei reati-presupposto¹⁴⁰, la scelta del legislatore di non inserire tali soggetti tra gli apicali risulterebbe oltretutto riduttiva, altresì irrazionale.

Vi è, tuttavia, in dottrina, chi ritiene tale scelta conforme alle indicazioni provenienti dal delegante e, ancor più di questo, condivisibile, in base al

giuridiche: il punto di vista del penalista, cit., 1115 s., secondo il quale l'unica possibile interpretazione della lettera della legge quando menziona le «persone che esercitano, anche di fatto, [...] il controllo» dell'ente è che essa si riferisca espressamente ai sindaci.

¹⁴⁰ Appare per la prima volta questa aporia con la riforma del diritto societario, con cui viene introdotto nel decreto l'art. 25-ter, che estendeva la responsabilità degli enti a tutti i reati societari, salve le fattispecie di cui agli artt. 2634 e 2635 c.c., le quali, prevedendo come elemento necessario un danno subito dall'ente, sono state ritenute incompatibili con il criterio dell'interesse o vantaggio. Invero, per il fatto del «corruttore» nella fattispecie di c.d. «corruzione privata» ex art. 2635 l'obiezione non avrebbe senso d'essere, cosicché l'estensione sarebbe risultata non soltanto ammissibile, bensì anche doverosa se solo si pensi che questa interpolazione normativa avviene per adeguare l'ordinamento alla già citata azione comune sulla «corruzione nel settore privato» del 1998, che imponeva agli Stati l'introduzione di forme di responsabilità degli enti per tali reati. Si veda sul punto MUSCO (con la collaborazione di MASULLO), *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 33, il quale parla di «sottosistema nel sottosistema»; per DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 61 s., «l'art. 25-ter non si è infatti uniformato alla tecnica descrittiva del decreto legislativo sulla responsabilità degli enti, limitandosi ad elencare le fattispecie e rinviando, per il resto, alla parte generale del sistema di cui vorrebbe far parte. Ha invece preferito elencare *ex novo* i soggetti (e pure i criteri di imputazione). La scelta, astrattamente censurabile, per le difficoltà che ogni profilo di asistematicità comporta sempre sul piano dell'interpretazione, avrebbe potuto tuttavia accampare le sue pretese, ove con essa si fosse inteso prendere atto della diversità dei reati societari rispetto alle altre categorie di reati per cui la responsabilità dell'ente era stata prevista in prima battuta. In altre parole, la ragione d'essere di una puntuale, nuova elencazione avrebbe potuto ravvisarsi nel carattere «proprio» di questi reati, che potevano essere commessi da categorie previamente definite di soggetti attivi, tra cui, appunto, anche i sindaci, possibili autori (limitando l'analisi ai reati devoluti al sistema degli enti) dei due reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), nonché del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

Non si comprende, allora, perché – ferma restando la sussistenza degli altri requisiti prescritti [...] – l'ente non dovrebbe rispondere quando il comportamento del sindaco integri una falsità penalmente rilevante. Eppure, l'art. 25-ter contempla, degli apici, soltanto «amministratori, direttori generali o liquidatori» e, come si è detto, nessuno spazio può avere una applicazione analogica *in malam partem*. Sfugge la ragione di questa scelta riduttiva, a meno di volerla cercare nell'adeguamento supino (e troppo cieco, per essere vero) del «delegato societario» alle indicazioni della lett. h) dell'art. 11 della legge delega n. 366/2001 che usava una formula testualmente simile. Altro problema «sopravvenuto» riguarda poi la responsabilità dell'ente per l'*insider trading* e per l'aggiotaggio ai sensi dell'art. 25-sexies, dal momento che essi ben potrebbero essere realizzati appunto da un sindaco della società interessata a trarre vantaggio». Si pensi, poi, che, in modo del tutto irragionevole, pur non essendo menzionati i sindaci, l'art. 25-ter espressamente richiama, come persone fisiche dal cui fatto può discendere la responsabilità dell'ente in relazione ai reati societari, i sottoposti, i quali, tuttavia, non posseggono le qualifiche per commettere tali illeciti, «propri» di soggetti posti in posizione apicale.

presupposto che, non svolgendo i sindaci funzioni di gestione, ma svolgendo funzioni di mera vigilanza sull'amministrazione, non sarebbero essi in grado, in nessun caso, di incardinare con il loro comportamento una responsabilità dell'ente¹⁴¹.

Lo stesso si potrebbe osservare, e si è osservato, per i membri del consiglio di sorveglianza delle società che hanno optato per il sistema dualistico (di cui agli articoli 2409-*duodecies* e seguenti): questo organo, infatti, pur svolgendo, al pari del collegio sindacale, funzioni di sorveglianza e controllo sull'organo gestorio, ha altresì il potere di nomina (e di revoca) del consiglio di gestione, e, conseguentemente, dovrebbe essergli riconosciuto il potere di indirizzo sulla gestione, cosicché non era pacifica la sua collocazione o meno nell'ambito della funzione di amministrazione e, dunque, nel novero degli apicali. Tuttavia, con l'introduzione, ad opera del c.d. "decreto legislativo correttivo" n. 37 del 2004, della lettera f-*bis*) nell'art. 2409-*terdecies* c.c., si è attribuito a tale organo anche il potere di delibera su piani strategici, industriali e finanziari e, in definitiva, sulle operazioni strategiche dell'impresa, predisposti dal consiglio di gestione, cosicché risulterebbe ben arduo continuare a ritenere i membri del consiglio di sorveglianza estranei alla funzione gestoria e, dunque, non annoverarli tra i soggetti apicali¹⁴².

Un aspetto problematico, almeno per l'interprete, si rivela, poi, l'assimilazione operata dal decreto agli apicali della società di quelli della singola «unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale». Il legislatore aveva qui, senza dubbio¹⁴³, in mente il c.d. direttore di stabilimento, figura diffusasi a partire dall'introduzione della disciplina in materia di igiene e sicurezza sul

¹⁴¹ Di questo avviso PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 53; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 25.

¹⁴² Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 63. Riguardo, invece, i membri del comitato per il controllo sulla gestione delle società che optano per il modello monistico i dubbi sarebbero maggiori; sul punto, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 26, secondo cui questi «amministratori (indipendenti e non esecutivi) chiamati a comporre il comitato di gestione, che, nelle società a struttura monistica, è incaricato di svolgere compiti di vigilanza (artt. 2409-*sexiesdecies* e 2409-*octiesdecies* c.c.) [...] non cessano, per ciò solo, di essere amministratori, ma, se questi esercitano soltanto funzioni di controllo, non si vede come possano rientrare in una categoria (quella dei soggetti apicali), che [...] è stata definita dal legislatore in chiave oggettivistico-funzionale».

¹⁴³ Sul punto è esplicita la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 486.

lavoro¹⁴⁴, ma anche, secondo taluni, dei direttori di divisione¹⁴⁵ e del funzionario della capogruppo contemporaneamente amministratore di una controllata al 100%¹⁴⁶. La difficoltà per l'interprete si rinviene nel fatto che, ai fini della catalogazione di tali figure come soggetti apicali, con tutto ciò che questo comporta, è necessario, secondo le indicazioni del legislatore, che venga accertata, caso per caso, la autonomia finanziaria e funzionale dell'unità organizzativa a cui il soggetto agente appartiene, valutazione che dovrà essere condotta – seguendo i criteri giurisprudenziali in materia di delega di funzioni – prendendo in considerazione il grado di complessità dell'organizzazione dell'ente, oltretutto le sue dimensioni¹⁴⁷.

L'ultima parte della disposizione sugli apicali fa riferimento altresì a coloro che, di fatto, esercitano la gestione e il controllo dell'ente, seguendo alla lettera le indicazioni del delegante sul punto e, dunque, equiparando agli amministratori di diritto quelli di fatto solo per la struttura centrale della società e non prevedendo la stessa equiparazione per i direttori di singole unità operative autonome.

Sebbene la menzione dell'esercizio del controllo sull'ente potrebbe far pensare – e taluno ha interpretato in tal senso la norma¹⁴⁸ – all'inclusione nel novero degli apicali dei cc.dd. “sindaci di fatto”¹⁴⁹, tuttavia, la dottrina maggioritaria¹⁵⁰ tende ad escludere una tale interpretazione. Vi osterebbero le stesse ragioni

¹⁴⁴ Già l'art. 2, lett. b) del d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626, menzionava il soggetto responsabile di un'unità produttiva come “datore di lavoro”, quando gli fossero attribuiti idonei poteri decisionali e di spesa. Successivamente, questa definizione è stata ripresa dall'art. 2, lett. b) del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, il quale, alla lett. t), definisce altresì la c.d. «unità produttiva», assimilabile alla «unità organizzativa» menzionata nel sistema di responsabilità degli enti, come «stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale».

¹⁴⁵ Di questo avviso RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., 1299.

¹⁴⁶ Così PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 53.

¹⁴⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 65.

¹⁴⁸ Così MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1115 s., e si veda *supra* la nota 135.

¹⁴⁹ Che pure è fenomeno diffuso nel tessuto economico del nostro Paese, si pensi, ad esempio, a quegli organi di *internal auditing* che svolgono, nelle società quotate, delle funzioni analoghe e che si affiancano agli organismi di controllo previsti dal codice civile ovvero a quegli organi che, nelle società che optano per modelli diversi di amministrazione a seguito della riforma societaria di cui al d. lgs. n. 6 del 2003, assommano le due funzioni di amministrazione e controllo e, dunque, svolgono, di fatto, le funzioni riservate nel sistema tradizionale ai sindaci.

¹⁵⁰ V. GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati*, cit., 43; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., 1299; BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 44 s.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 63 s.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 153 s.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 27.

sistematiche addotte a giustificazione dell'esclusione di chi sia istituzionalmente investito della funzione di sindaco e cioè il fatto che questi soggetti non avrebbero poteri idonei a "impegnare", nello svolgimento della loro attività, la volontà dell'ente (salvo quanto già visto a proposito dei reati *ex artt. 25-ter* e *25-sexies*¹⁵¹); tale interpretazione sarebbe, poi, confermata dal fatto che la disposizione si riferisce all'esercizio cumulativo dei poteri di amministrazione e controllo (questo il senso della congiunzione «e» utilizzata dal legislatore in questa ultima parte della norma definitoria dei soggetti apicali).

Cosicché il legislatore avrebbe voluto riferirsi in questo caso, come rileva la stessa *Relazione*¹⁵², a soggetti che esercitino un «penetrante dominio sull'ente» e, dunque, a figure quali quelle dell'amministratore di fatto ovvero del "socio sovrano" e del "socio tiranno", i quali, in quanto proprietari della quasi totalità delle quote o azioni dell'ente, siano in condizione, il primo in modo conforme a legalità, il secondo, al contrario, violando le regole di buona gestione, di influenzare decisamente le operazioni dell'ente e, più in generale, la politica aziendale nel complesso¹⁵³.

Oltre agli apicali, i soggetti che rilevano nel far sorgere, con la propria condotta, una responsabilità dell'ente sono i cc.dd. "sottoposti", figure definite dal legislatore *per relationem* come coloro che sono sottoposti alla direzione e vigilanza degli apicali. Una tale inclusione, oltretutto necessario adeguamento agli atti internazionali da cui è storicamente derivato tutto l'impianto di responsabilità degli enti del nostro ordinamento, non poneva neppure problemi in punta di teoria del diritto, in quanto si fa pur sempre riferimento a soggetti capaci già dal punto di vista civilistico di impegnare la volontà dell'ente e di agire per conto di esso¹⁵⁴. Ma vi è di più: da una parte, studi criminologici dimostrerebbero che sono proprio tali categorie – e, in particolare, i quadri e oggi i *manager* di livello intermedio – a mostrare una più spiccata tendenza alla criminalità (per beneficiare di avanzamenti

¹⁵¹ Per i problemi di coordinamento posti dall'introduzione di tali reati, e in particolare di quelli societari, con l'interpretazione della parte generale del decreto si rinvia a DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 64 s.

¹⁵² *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 486.

¹⁵³ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 63 s.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 27.

¹⁵⁴ Si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 65.

di carriera o semplicemente spinti da motivazioni economiche, ma anche perché più “vicini” nelle conseguenze delle loro decisioni e attività, potenzialmente assai rischiose, ai beni giuridici che le norme penali si prefiggono di proteggere)¹⁵⁵; d’altra parte, una scelta legislativa differente avrebbe creato un’ampia area di impunità per l’ente, il quale, per andare esente da responsabilità, non avrebbe dovuto far altro che prevedere uno scarico delle responsabilità verso i livelli più bassi (non punibili), attraverso il fenomeno della «irresponsabilità organizzata»¹⁵⁶.

Nel caso di questi soggetti, e a differenza degli apicali, non vi sarebbe tra la persona fisica e l’ente un rapporto di immedesimazione organica¹⁵⁷, cosicché sarebbe necessario – ed è la scelta fatta anche dal legislatore del 2001 – un ulteriore criterio di collegamento tra il comportamento del sottoposto e la attribuibilità, dal punto di vista penale, di questo alla *societas*, individuato dall’articolo 7, comma 1, del decreto nell’inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza.

Sebbene si riscontri qualche dubbio in dottrina sul punto¹⁵⁸, non sembrerebbe, invece, necessario che il rapporto che lega la persona fisica all’ente sia formalizzato in un contratto di lavoro subordinato, ben potendosi riscontrare il (necessario e sufficiente) assoggettamento alla vigilanza e alla direzione di soggetti apicali anche in alcune figure di collaboratori esterni all’organizzazione

¹⁵⁵ V. sul punto le indagini di STELLA, *Criminalità d’impresa*, cit., 463; DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., 51 s. Le risultanze di tali ricerche segnerebbero, inoltre, il superamento della tradizionale teoria criminologica in materia economica, su cui si rinvia al fondamentale lavoro di SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987, (spec.) 311 ss.

¹⁵⁶ Così, testualmente, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 28. V. anche ID., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., 105; nonché la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 487, a detta della quale una tale opzione «avrebbe significato ignorare la crescente complessità delle realtà economiche disciplinate e la conseguente frammentazione delle relative fondamenta operative».

¹⁵⁷ Il condizionale è d’obbligo poiché vi è chi, invece, ritiene che anche in questo caso possa parlarsi di un nesso di questo tipo tra i due soggetti giuridici e si veda, per la dottrina amministrativistica, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 222; nonché, per la dottrina penalistica, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 66, che al primo si richiama nei suoi ragionamenti sul punto.

¹⁵⁸ V. GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati*, cit., 43 s., i quali escludono, anche sulla scorta della *Relazione* che al riguardo fa riferimento a «dipendenti» e «rapporto di dipendenza» (si veda *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 486), dal novero dei sottoposti chi non sia legato all’ente da un rapporto di lavoro subordinato *ex artt. 2094 e 2095 c.c.*; si veda altresì VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un’autonoma responsabilità dell’ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 907, il quale, aderendo ad un’interpretazione letterale della norma, e pur problematicamente, ammette la responsabilità dell’ente, nel caso di reato commesso da collaboratori esterni a questo, solamente a condizione che vi sia stato il concorso morale di un apicale.

aziendale¹⁵⁹; anche in casi del genere, invero, a ragionare diversamente, troppo facile sarebbe per la *societas* avvalersi di tali soggetti nell'esecuzione dei propri intenti criminali, rimanendo esente da responsabilità sul piano penale.

La distinzione tra apicali e sottoposti pone, però, alcune difficoltà che si rendono evidenti soprattutto nella prassi aziendale più recente e che derivano dal fatto che, per diversi motivi, una netta differenziazione, nella pratica, è il più delle volte ardua. Di tali problemi si cercherà di rendere conto nel seguente paragrafo.

3.1.1 Tramonto del paradigma verticistico nelle moderne organizzazioni societarie. Ricadute sulla distinzione tra apicali e sottoposti

La distinzione netta tra apicali e sottoposti che si rinviene nel decreto, derivante dalle indicazioni sul punto del legislatore delegante¹⁶⁰ e, più a monte, imposta da quegli atti internazionali a cui si stava dando attuazione, si ricollega alla concezione tradizionale della *common law* dei criteri di imputabilità del reato all'ente¹⁶¹.

La questione del confine tra le due classi di soggetti svolge un ruolo importante nell'economia del decreto: i presupposti soggettivi di attribuzione di

¹⁵⁹ Di questo avviso RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., 1299; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 426; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 66; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 155, il quale, tuttavia, aderendo ad una tesi restrittiva, pone qualche dubbio al riguardo degli agenti e dei concessionari, in particolare dubitando del fatto che tali figure abbiano un grado di autonomia tale da renderli idonei di rientrare nella definizione legislativa di «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza» dei soggetti apicali; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 28, il quale fa riferimento, in particolare, proprio agli agenti di commercio, ai concessionari di vendita e ai *franchisees*, come anche ai consulenti professionali che con l'ente collaborano. Anche in giurisprudenza si è avallata tale interpretazione estensiva; al proposito, si veda Trib. Milano, G.i.p. Salvini, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2004, 434 ss., il quale ha disposto, in via cautelare, la misura interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione nei confronti della società Siemens AG, ipotizzando una responsabilità di questa per corruzione commessa, nei confronti di funzionari Enel e ai fini dell'aggiudicazione di due gare d'appalto per la fornitura di turbine a gas, da parte di tre soggetti, di cui un ex dipendente, collaboratore esterno della società, tutti ricondotti alla categoria dei soggetti sottoposti *ex art. 5, lett. b)* del decreto.

¹⁶⁰ V. l'art. 11, co. 1, lett. e) della l. n. 300 del 2000.

¹⁶¹ Tradizionalmente si fa riferimento a due differenti criteri che valgono l'uno per reati commessi da soggetti formalmente dipendenti dell'ente, l'altro per reati commessi da persone fisiche che possano considerarsi "*directing minds*" della persona giuridica, presupponendo tale criterio una più forte immedesimazione tra ente e persona fisica: rispettivamente, la *vicarious liability*, ossia il principio del *respondeat superior* e, dall'altra parte, il criterio dell'*alter ego*, o dell'identificazione. Sul punto WELLS, *Corporate criminal liability in England and Wales*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 111 ss., che riporta anche una terza teoria, c.d. "olistica", per cui sarebbero la cultura d'impresa e le procedure operative a fondare le differenze tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente.

responsabilità all'ente del reato-presupposto variano, infatti, a seconda che a commettere quest'ultimo sia stato un apicale ovvero un sottoposto. Proprio la difficoltà di rinvenire una netta linea di demarcazione, soprattutto alla luce dei mutamenti intervenuti nella prassi aziendale, è stata motivo di critica verso la scelta legislativa di elaborare due modelli distinti per i reati degli apicali e per quelli dei sottoposti¹⁶².

Si deve, infatti, notare come la prassi aziendalistica sia andata modificandosi in una direzione diversa da quella scelta dal legislatore, cosicché il modello che scaturisce dall'articolo 5 potrebbe risultare ormai già superato.

In primo luogo, e partendo da un punto di vista esterno rispetto all'organigramma aziendale, l'utilizzo sempre più frequente dei cc.dd. "management contracts" potrebbe inficiare l'efficacia del modello apicali-sottoposti: l'intento di questa nuova tipologia contrattuale – a differenza dei contratti di gestione, inquadrabili all'interno della fattispecie del contratto d'opera professionale ex art. 2222 c.c. e i quali hanno ad oggetto una mera consulenza – contravvenendo al tradizionale brocardo per cui *delegatus non potest delegare*, sarebbe quello di permettere all'ente di avvalersi dell'*expertise* e dei servizi di una società specializzata (solitamente facente parte del medesimo gruppo di imprese) cui si attribuiscono le funzioni di c.d. "day to day management" e i relativi poteri gestionali. Il portato estremo di una tale prassi, se accolta acriticamente, sarebbe quello di far perdere di significato la differenziazione tra apicali e sottoposti, cosicché non si può evitare di accogliere un'interpretazione di questa nuova forma contrattuale tesa a restringerne la legittimità sulla base di taluni criteri limitativi: in particolare, salva l'impossibilità da parte degli amministratori di delegare funzioni di direzione strategica, necessario è, altresì, che non vi sia un totale scarico di responsabilità da parte di questi, cioè che residuino in capo all'organo societario di vertice la direzione e il controllo sull'operato dei delegati, venendosi, dunque, a configurare il contratto di management come un classico mandato e scongiurando così il rischio di doverlo ricondurre all'interno della figura della direzione

¹⁶² Per tutti DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 69.

generale¹⁶³. In questo modo, la società di *management* cui sono demandate le operazioni gestionali “*day to day*” sarebbe pianamente riconducibile ai soggetti di cui alla lettera *b*) dell’articolo 5 del decreto, permettendo di mantenere intatta l’architettura del modello, sebbene, in concreto, la potenziale sovrapposizione operativa tra i due livelli di gestione potrebbe inficiarne (almeno parzialmente) l’efficacia.

Più in generale, si è molto discusso in dottrina su come la delega di funzioni incida nell’impianto ascrittivo di responsabilità del decreto¹⁶⁴.

Una prima questione si era posta per il caso in cui il soggetto delegato sia esso stesso un soggetto inquadrabile nella categoria degli apicali: in proposito è venuto in soccorso lo stesso legislatore che, nel testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (c.d. “TUSL”) ha previsto esplicitamente, per la delega di funzioni da parte del datore di lavoro, taluni criteri di ammissibilità, quali la contestuale trasmissione al delegato di «tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate» e della «autonomia di spesa necessaria»¹⁶⁵.

La questione più interessante e di più ardua soluzione riguarda, invece, la delega di funzioni specifiche originariamente attribuite alla competenza di un soggetto apicale: in questo caso potrebbe darsi che il delegato, qualora agisca con adeguata autonomia decisionale e di *budget*, si troverebbe a rivestire formalmente la qualifica di sottoposto, ma, contemporaneamente, ad operare, in pratica, come un soggetto apicale. Secondo l’opinione prevalente (e pressoché unanime in dottrina), pur residuando un potere-dovere di controllo e di sorveglianza in capo al soggetto delegante – in ogni caso, non si potrebbe esigere da parte di questo soggetto un controllo puntuale, quanto piuttosto un controllo sul modello organizzativo e sulla

¹⁶³ Si veda in proposito MONTALENTI, *I Management contracts*, in GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario. Trattato*, Torino, 1998, 3 ss., (in part.) 28, quanto all’inquadramento dei *management contracts* come contratti di mandato.

¹⁶⁴ V. GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati*, cit., 41 s.; PASULLI, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*, cit. 211 ss.; VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008, 162 ss.; EAD., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 700 s.; BLAIOTTA, *L’imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 153; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 29 s.

¹⁶⁵ Così l’art. 16, co. 1, lett. *c*) e *d*), del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

efficacia e adeguatezza di questo nel tempo –, ciò cederebbe il passo rispetto alla natura delle funzioni delegate informando così anche la qualifica del soggetto che le adempie¹⁶⁶. Tuttavia, il citato “TUSL” sembrerebbe andare nella direzione opposta, pur non esprimendosi in modo chiaro ed inequivoco sul punto¹⁶⁷, cosicché l’interrogativo non può trovare una soluzione definitiva.

Vi sono, poi, dei fattori che dall’esterno intervengono sulla tenuta del sistema per come delineato dal decreto.

In primis, la moderna teoria aziendalistica ha pian piano abbandonato il modello verticistico caratterizzato dalla netta distinzione tra funzioni strategiche e funzioni meramente esecutive che si rinviene ancora nell’impianto del 2001. Nel tempo, e soprattutto nelle società di maggiori dimensioni e complessità, si è, invece, imposto un approccio c.d. “*bottom-up*”, dal basso: sempre più spesso la elevata specializzazione e settorializzazione delle competenze fa sì che si venga a creare una aporia informativa tra gli amministratori dei livelli superiori (ossia i soggetti che, nell’impianto del decreto, sarebbero deputati a prendere le decisioni strategiche) e i sottoposti (i quali un tempo erano considerati semplici “tecnic” svolgenti mansioni meramente esecutive), tanto che sono oggi proprio questi ultimi, a causa della mancanza delle necessarie conoscenze specialistiche degli apicali, i più qualificati e legittimati ad assumere le decisioni. Sempre più spesso, dunque, coloro che dovrebbero solamente dare esecuzione alle scelte strategiche degli apicali si ritrovano a partecipare a tali scelte amministrative di fondo, creando una certa sfumatura di confini tra *officers* e *directors*¹⁶⁸.

Infine, vi sono degli elementi di asistematicità che vanno ad incidere sui soggetti di cui all’articolo 5 del decreto anche all’interno del decreto stesso.

¹⁶⁶ Cfr. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 164.

¹⁶⁷ Il comma terzo del citato art. 16 prevede, infatti, che «la delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite», ma che tale obbligo «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4», il quale è una delle parti che costituiscono il modello organizzativo previsto dal d. lgs. n. 231 del 2001.

¹⁶⁸ Sul punto MONTALENTI, *I Management contracts*, cit., 13 ss.; BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell’Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 49 s.

Ci si riferisce ai delitti di omicidio colposo e lesioni gravissime commessi con violazione della normativa antinfortunistica di cui all'articolo 25-*septies*. In particolare, salvo il pacifico inquadramento del datore di lavoro e del dirigente tra gli apicali e dei lavoratori tra i sottoposti¹⁶⁹, ci si interroga sulla qualifica del preposto, del medico competente e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Il preposto¹⁷⁰, pur ponendosi come *trait d'union* tra il datore di lavoro e gli altri lavoratori ed avendo su questi ultimi «un potere di sovraordinazione»¹⁷¹, sarebbe, tuttavia, privo delle attribuzioni tipiche degli apicali e, dunque, da ricondurre alla categoria dei sottoposti¹⁷². Allo stesso modo si dovrebbe concludere per il medico competente.

Quanto al responsabile del servizio di prevenzione e protezione vi è chi dubita, perfino, che questo soggetto, non essendo un garante della sicurezza e svolgendo una funzione di mera consulenza nella attività di valutazione dei rischi e di sviluppo del piano di sicurezza, possa con la sua condotta impegnare l'ente e far sorgere in capo ad esso una responsabilità derivante da reato¹⁷³. Quand'anche, poi, si ammetta che la sua condotta possa comportare una responsabilità dell'ente, è giocoforza concludere che, mancandogli qualsivoglia autonomia decisionale, debba rientrare nel novero dei sottoposti¹⁷⁴.

A consuntivo di quanto detto, parrebbe, comunque, che la scelta legislativa si lasci apprezzare soprattutto per il fatto di aver definito le categorie da un punto

¹⁶⁹ Cfr. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 699 s.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 31. *Contra*, tuttavia, ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Ind. pen.*, 2009, 523, che ritiene, sulla scorta della definizione contenuta nell'art. 2, lett. d), del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, che il dirigente, debba essere qualificato come sottoposto essendogli attribuite funzioni di «mera attuazione delle direttive del datore di lavoro».

¹⁷⁰ Definito dall'art. 2, co. 1, lett. e), del d. lgs. n. 81 del 2008 come colui che, «in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende all'attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

¹⁷¹ Testualmente DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 31.

¹⁷² Così VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 700.

¹⁷³ V. ancora VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 700, la quale ritiene, infatti, che questo soggetto possa entrare nella vicenda illecita dell'ente solo concorrendo da *extraneus* nel reato proprio del datore di lavoro; anche se in questo caso, a fondare la responsabilità dell'ente basterà già il fatto di reato commesso dall'apicale.

¹⁷⁴ Sul punto DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 31.

di vista funzionale che, pur non in assoluto (altro elemento apprezzabile, posto che una «concezione funzionalistica pura»¹⁷⁵ avrebbe probabilmente peccato di indeterminatezza) e sebbene ponga un più gravoso onere interpretativo per la giurisprudenza, permette all'impianto di adattarsi, in qualche misura, ai mutamenti di successivi interventi legislativi e, soprattutto, della prassi aziendale.

3.1.2 La diversa imputabilità dell'illecito all'ente nel caso di reato commesso dagli apicali e nel caso di reato commesso dai sottoposti

Come detto, il dibattito sulla classificazione dei soggetti che ineriscono all'ente nelle due categorie di apicali e di sottoposti è di rilevanza tutt'altro che teorica: per le due categorie, infatti, sono stati elaborati distinti criteri di imputazione soggettivi, la cui differenza si riflette, altresì, sui modelli organizzativi che l'ente ha l'onere di predisporre se vuole sfuggire al rimprovero e alla sanzione.

Riservando ai paragrafi successivi una disamina più approfondita di modelli organizzativi e criteri soggettivi di imputazione, preme ora svolgere alcune considerazioni preliminari.

Con scelta garantista, il legislatore, nell'assicurarsi di concepire uno schema in cui la punizione nei confronti dell'ente derivi da una "colpevolezza" di quest'ultimo, intesa nel significato più pregnante che nel diritto penale moderno si attribuisce a questo termine, non ha previsto una responsabilità oggettiva, tale che derivasse semplicemente dalla responsabilità della persona fisica capace di impegnare, con la propria condotta, l'ente stesso; bensì il decreto si è preoccupato di ancorare la responsabilità della *societas* anche ad un criterio, per così dire, "psicologico" che risiede nel difetto organizzativo (c.d. "colpa di organizzazione"), rispetto ad uno *standard* di diligenza concretamente esigibile, e che si declina diversamente a seconda che si tratti del reato di un soggetto apicale ovvero di quello commesso da un sottoposto.

Nel caso dei sottoposti, l'articolo 7 del decreto prevede, al primo comma, la responsabilità dell'ente nel caso di «inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», utilizzando, dunque, la medesima formula prevista dalla legge delega¹⁷⁶,

¹⁷⁵ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 68.

¹⁷⁶ V. l'art. 11, co. 1, lett. e) della l. n. 300 del 2000. Anche la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.5, 491, sottolinea come, rispetto al caso di reato degli apicali, «meno problematica

ma aggiunge, nel comma successivo, che tale inosservanza si considera esclusa qualora vi siano state l'efficace adozione ed implementazione di un modello organizzativo «idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi»¹⁷⁷.

Nel caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale, è, altresì, prevista una condizione di esonero da responsabilità dell'ente (discostandosi in ciò l'articolo 6 del decreto rispetto alle indicazioni della legge delega e da quanto prevedeva il Progetto Grosso) che, tuttavia, non è completa ed è, invero, soggetta a requisiti ulteriori rispetto a quanto previsto per i sottoposti. Invertendo, infatti, l'onere della prova, si prevede che, per andare esente da responsabilità, l'ente debba provare, oltreché l'adozione e l'attuazione, preventive ed efficaci, di modelli idonei e l'efficace vigilanza sul rispetto di questi che deve essere affidata a un "organismo di vigilanza" dell'ente con il precipuo compito di assicurare la corretta attuazione del modello all'interno della società, anche che il reato sia stato commesso da parte dei soggetti apicali mediante la fraudolenta elusione del modello di prevenzione.

Dunque, se si prescinde per un momento dalle diverse condizioni di esonero da responsabilità dell'ente, il criterio soggettivo di imputazione sarebbe sostanzialmente unico per le due categorie di soggetti e per qualsivoglia illecito venga commesso: la colpa di organizzazione da cui è derivato l'illecito (doloso o colposo) materialmente commesso da un soggetto in posizione apicale ovvero da

si è rivelata l'attuazione della delega in rapporto ai soggetti sottoposti, la commissione dei reati da parte dei quali appare, d'altro canto, statisticamente più rara e comunque suscettibile di determinare un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo (ciò, quanto meno in relazione alla particolare tipologia dei delitti contemplati nello schema di decreto)».

¹⁷⁷ La disposizione di cui al secondo comma riprende, con formulazione quasi letterale, l'art. 124, co. 1 del Progetto Grosso. Partendo dall'assunto che l'efficace adozione del modello organizzativo, nel caso di reato dei sottoposti, esclude la responsabilità dell'ente, vi è stato chi, ragionando *a contrario* è pervenuto alla conclusione che, nel caso opposto della mancanza del modello o della sua inadeguatezza, sarebbe senz'altro da ravvisare la responsabilità della *societas* per *culpa in vigilando*, escludendo così l'esonero dell'ente anche qualora questo avesse adottato misure di vigilanza idonee e comunque anche a prescindere da una puntuale individuazione e specificazione delle carenze e dei difetti organizzativi in capo all'ente. In tal senso, PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 56; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 193, per il quale «l'ente ha di fronte a sé un orizzonte normativo chiaro e univoco, che gli consente scelte comportamentali responsabili e ben orientate: sa che, se vuole eludere la responsabilità per i reati commessi dai "sottoposti" non ha altra via che dotarsi di un efficace programma di prevenzione degli stessi; ma gode nello stesso tempo della certezza che tale comportamento, oltreché necessario è anche sufficiente per garantirsi tale esonero»; *contra*, COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 115; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 326 ss.

un sottoposto¹⁷⁸. Tuttavia, si sarebbe potuto optare per una soluzione alternativa, pure rappresentata all'interno del panorama comparatistico¹⁷⁹.

Invero, l'elemento psicologico, che possa determinare una responsabilità penale piena in capo alla persona giuridica, pur difettando, nel caso di illecito attribuito all'ente, di un sostrato materiale mediante il quale effettuare un tale tipo di indagine e di accertamento giudiziario¹⁸⁰, parrebbe potersi graduare in una scala di intensità decrescente, similmente a quanto avviene per gli illeciti delle persone fisiche¹⁸¹.

In primo luogo, verrebbe in rilievo la c.d. "impresa intrinsecamente illecita", creata specificamente allo scopo di commettere reati¹⁸². In effetti, il decreto stesso¹⁸³ sembrerebbe ammettere – e fin dall'origine – tale evenienza quando prevede tra le sanzioni l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività nel caso in cui la società venga utilizzata stabilmente allo scopo unico o prevalente di commettere reati e nel caso in cui, con una presunzione assoluta di illiceità, l'ente che abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità, sia già stato condannato alla sanzione interdittiva temporanea almeno tre volte negli ultimi sette anni¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 85.

¹⁷⁹ Si veda l'esempio dell'ordinamento australiano, che, nel *Criminal Code Act*, al *division 12.3* (consultabile in <http://www.ag.gov.au/crime/publications/commonwealth-criminal-code-guide-practitioners-draft/part-25-corporate-criminal-responsibility/division-12/123-fault-elements-other-negligence>) effettua anche una distinzione, all'interno della *mens rea* della persona giuridica, tra una forma dolosa e una forma colposa di illecito, punendo espressamente, oltre la negligenza dell'ente, anche ulteriori elementi psicologici tali per cui un organo societario abbia «autorizzato o permesso, espressamente, tacitamente o implicitamente, la commissione dell'illecito» (*paragraph 1*), il che si può, per esplicita previsione normativa, rinvenire anche nel fatto che vi sia una *corporate culture* la quale abbia (*par. 2*) «diretto, incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni stabilite» (*c*) ovvero che un organo societario abbia «omesso di creare e mantenere una *corporate culture* finalizzata al rispetto delle disposizioni fissate» (*d*). In proposito, si veda DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 172 ss.

¹⁸⁰ Raramente, invero, si può contare su documenti o delibere assembleari o ancora intercettazioni telefoniche che diano prova di una *voluntas* specificamente criminale dell'ente.

¹⁸¹ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 85 ss.

¹⁸² Il più delle volte si tratta di riciclaggio di denaro di provenienza illecita, utilizzato per finanziare integralmente l'attività dell'impresa, a cui si potrebbe aggiungere il caso di reati associativi come associazioni segrete o organizzazioni che svolgano attività caratterizzata dall'odio razziale.

¹⁸³ V. l'art. 16, co. 1 e 3 del d. lgs. n. 231 del 2001.

¹⁸⁴ Sul punto DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 76 ss. Secondo l'A., nell'iniziale configurazione della c.d. "parte speciale" del decreto, soprattutto per il caso di cui al comma terzo, appariva remota l'eventualità di un'impresa, in questo senso, intrinsecamente illecita: si prevedeva, infatti, la punibilità dell'ente per reati che, per la maggior parte si prestavano ad essere commessi sporadicamente nell'ambito di un'attività sostanzialmente lecita (si pensi all'ipotesi, invero assai remota, di un ente stabilmente funzionalizzato alla commissione di reati contro la p.a. o anche quella «fantascientifica» di enti finalizzati allo scopo unico o prevalente di commettere delitti societari). Tuttavia, l'estensione della responsabilità ad altre tipologie di reati ha

Al secondo livello di questa ideale scala di gradazioni si collocherebbe il caso di quelle imprese che, accanto ad una attività economica lecita, svolgono diffusamente all'interno della propria prassi aziendale una attività di tipo criminale, pur non essendo state create al fine precipuo di commettere reati¹⁸⁵. Scenario più frequente rispetto al precedente, soprattutto nel campo della corruzione, valutata in queste ipotesi alla stregua di un costo d'impresa, aveva già attirato l'attenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), la quale ha cercato di porre un freno al fenomeno mediante la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995 (c.d. "PIF"), sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali, e, successivamente con il Secondo Protocollo ad essa addizionale

reso concreta tale eventualità (in particolare, verrebbero in rilievo i delitti con finalità di terrorismo e eversione dell'ordine democratico – sia quelli previsti dal nostro codice penale che quelli di cui all'art. 2 della Convenzione internazionale di New York in materia del 9 dicembre 1999 –, i delitti di schiavitù, tratta di esseri umani e i reati di sfruttamento sessuale di minori e pedopornografia, i delitti di ricettazione e riciclaggio e, infine, quelli di criminalità organizzata), cosa che ha acceso il dibattito dottrinale sulla opportunità di una siffatta previsione e sulle difficoltà di coordinamento tra modelli di prevenzione del rischio-reato (e, dunque, possibilità effettiva dell'ente di esonerarsi da responsabilità) e nuove tipologie di reati introdotti. *In primis*, si è obiettato che vi sarebbe per le imprese una difficoltà di fondo (seppur non una vera e propria impossibilità) a configurare modelli organizzativi su reati espressivi di una criminalità intrinseca e strutturale: per l'A. «(ristretti) spazi applicativi possono ad esempio cogliersi con riferimento al *finanziamento economico* delle associazioni sovversive, delle imprese mafiose, della produzione di materiale pedopornografico ecc., e cioè in rapporto ad attività (pur sempre) collaterali rispetto ai gravi fenomeni in sé considerati (attività che accederebbero dunque comunque ad un *kern di normale operato imprenditoriale*». Inoltre e specificamente riguardo ai reati associativi, vi sarebbe, poi, una ulteriore specifica difficoltà nell'elaborare procedure che possano efficacemente attagliarsi a tale categoria di reati, dovuta al fatto che, proprio in questo ambito, sarebbero destinate a riproporsi le tradizionali perplessità sull'ammissibilità logica e teorica di una *culpa in re illicita*, sebbene una dottrina e la prevalente giurisprudenza riconoscano, pur limitati, spazi operativi dei modelli di prevenzione anche in tale ambito, e v., anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005. Infine, sempre secondo DI GIOVINE, *loc. ult. cit.*, ulteriori perplessità «concernono poi la probabile sovrapposizione operativa tra i reati associativi "nazionali" e transnazionali". Soprattutto, a seguito delle interpolazioni legislative, non è difficile presagire una *mostruosa* dilatazione dell'ambito di responsabilità degli enti, a seguito dell'inserimento, tra i reati presupposto, dell'associazione a delinquere (art. 416 c.p.): fattispecie che, come noto, la giurisprudenza contesta con una certa *larghezza* alle persone fisiche. L'ipotesi di ente criminale, da eccezionale che avrebbe dovuto essere, rischia dunque di diventare (quasi) *normale* e, praticamente, ingestibile da parte delle imprese». Riferiscono, da subito, una incompatibilità tra parte generale e "nuova" parte speciale del decreto CARMONA, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1015 ss.; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli di organizzazione*, in *Riv. 231*, 2006, 1, 207; LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d.lgs. n. 231 del 2001)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1196; nonché, di recente, AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit.

¹⁸⁵ Si pensi, ad esempio, al caso di delibere da parte dei consigli di amministrazione che consapevolmente dispongono attività criminali.

del 1997¹⁸⁶, atti cui si è dato attuazione in Italia con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Ipotesi di questo tipo interessano, tuttavia, anche altri settori, quali quello dei reati ambientali (ambito prediletto delle nuove cc.dd. “ecomafie”), quello dell’antitrust, dell’intermediazione mobiliare e della radiotelevisione (nei quali sono state emanate discipline *ad hoc*).

Nel “gradino” successivo si collocano, poi, i casi in cui la persona giuridica, nel prendere una decisione e in base ad un calcolo di “rischio/beneficio”, opta per la scelta illecita a fronte della probabilità, ritenuta più o meno bassa, di verificazione dell’*eventus damni* che da questa decisione potrebbe derivare, come avvenuto in un emblematico (seppur ormai risalente) caso giudiziario statunitense¹⁸⁷. Casi del genere sono particolarmente diffusi nel settore delle tutele sul luogo di lavoro dove è ben preventivabile che una scelta aziendale incurante degli *standard* di tutela e sicurezza per i lavoratori sia determinata dalla volontà della società di massimizzare il risparmio anche a discapito, appunto, delle doverose cautele.

Il legislatore, avendo, da tempo, preso coscienza di ciò, aveva già predisposto un sistema complesso di obblighi e divieti in capo alle imprese (finalmente riorganizzato all’interno del TUSL), in cui, oltre a sanzioni (amministrative e penali) per il mancato rispetto delle disposizioni, era prevista, per talune specifiche attività, l’illegittimità della delega di funzioni (che conduceva ad un contestuale quanto inaccettabile trasferimento anche della responsabilità penale). Ciononostante, i reati previsti in materia di antinfortunistica sul lavoro non erano stati inseriti, seppur previsti dalla legge delega¹⁸⁸, nel catalogo dei reati

¹⁸⁶ La Convenzione è pubblicata in *GU 316 del 27/11/1995*, 48 ss., ed è consultabile in italiano in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=IT). Il Secondo Protocollo è pubblicato in *GU C 221 del 19/07/1997*, 11 ss., ed è consultabile in italiano in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719\(02\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719(02)&from=IT).

¹⁸⁷ Ci si riferisce al caso del 1981 *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (119 Cal.App.3d 757) citato da STELLA, *Criminalità d’impresa*, cit., 467 e rievocato anche dalla Relazione al decreto legislativo, in cui la società fu ritenuta responsabile della morte e delle lesioni personali riportate da alcune persone a seguito di un incidente stradale. Si dimostrò, infatti, che l’incendio dell’autovettura Ford, causato da un tamponamento, era dovuto al fatto che il serbatoio del veicolo era stato collocato difettosamente e non in posizione di sicurezza e, inoltre, che la società era a conoscenza da tempo di tale difetto di collocamento, ma aveva comunque deciso di non ritirare l’auto dal mercato così da garantirsi un risparmio di spesa.

¹⁸⁸ V. l’art. 11, co. 1, lett. c) della l. n. 300 del 2000, in cui esplicitamente si menzionano, tra i reati per i quali dovrà essere prevista la responsabilità degli enti anche quelli di omicidio colposo e lesioni personali colpose «che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell’igiene e della salute sul lavoro».

presupposto, con una scelta discutibile e criticata del legislatore delegato, che aveva dato luogo ad un vuoto di tutela. Mancanza, comunque, che è stata sanata successivamente dall'introduzione, risalente al 2007, dell'articolo 25-*septies*.

Nell'ambito dei reati in materia antinfortunistica sul lavoro è pure frequente che si collochino i casi dell'ultimo "gradino" della scala di intensità dell'elemento psicologico in capo all'ente, i casi che, seguendo le categorie tradizionali per le persone fisiche, possono considerarsi pienamente "colposi". Ci si riferisce a quei casi in cui ciò che si rimprovera all'ente e da cui è risultato il reato è, semplicemente, la mancata organizzazione o il mancato controllo aziendali che avrebbero potuto prevenire l'illecito: la c.d. "colpa di organizzazione". La presa di coscienza della dottrina del tramonto di un'ideale di persona giuridica di cui sarebbero inaccessibili per l'osservatore i meccanismi interni, ma comunque volta razionalmente al raggiungimento del miglior esito finale e al perseguimento dello scopo sociale, ha portato alla consapevolezza di processi patologici che si possono verificare nell'impresa e di alcune delle cause di questi¹⁸⁹.

Si sarebbe potuto optare, dunque, anche nei confronti delle persone giuridiche, per una diversificazione (eventualmente anche sotto il profilo sanzionatorio) sulla base dell'intensità dell'elemento psicologico, prevedendo delle ipotesi, rispettivamente, secondo la prospettazione fatta pocanzi, di dolo (nella forma intenzionale, diretta ed eventuale) e di colpa (*in vigilando*).

Tuttavia, il legislatore, come già visto, ha preferito dare rilevanza alla sola colpa di organizzazione dell'ente e ciò – sembrerebbe – al fine di realizzare la

¹⁸⁹ Fattori criminogeni, soprattutto per i quadri medi, sarebbero, oltre ad un sistema aziendale basato sul merito e, dunque, con un alto grado di competizione interna, le competenze sempre più specializzate e diversificate e gli obiettivi imposti dagli amministratori, ispirati prevalentemente alla massimizzazione dei profitti, cosa che spingerebbe la "media dirigenza" a comportamenti sempre più al limite in termini di legalità; su questo si veda STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit., 462 ss. Vi sarebbe, poi, per DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 252, anche la sindrome della c.d. «ebbrezza da rischio» (*risky shift*). Da una parte, dunque, talvolta sono i singoli che, di propria iniziativa o, addirittura, contro una espressa prassi aziendale, si disinteressano delle conseguenze giuridiche di un comportamento limite, attirati, ad esempio, da un possibile risparmio di spesa; d'altra parte, vi sono casi in cui si rileva, nei soggetti agenti, un atteggiamento meramente colposo: ad esempio quando la decisione è presa al termine di un processo complesso in cui sono intervenuti più soggetti di cui, però, nessuno in possesso di tutte le informazioni necessarie. Secondo DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 81 s., poi, «i tempi dei processi economici costringono spesso ad assumere le decisioni che appaiono più proficue nel breve periodo, ma che potrebbero non rivelarsi tali in quello lungo; in altri termini – si afferma – i comportamenti aziendali, più che tendere alla massimizzazione dei profitti, mirano ad assicurare i minimi vantaggi in rapporto al risparmio di tempo, di energie e di risorse economiche».

massima semplificazione possibile: spingeva in questa direzione il rilievo empirico che la maggioranza dei casi di reato da parte degli enti deriverebbero da una inefficace organizzazione preventiva delle imprese, in uno con la volontà di non vanificare il nuovo impianto incagliandosi in accertamenti probatori che si sarebbero rivelati, nella prassi, assai complicati, mancando, nella maggior parte dei casi, un supporto materiale suscettibile di rilevare come elemento di prova. E, nel fare questo, il nostro legislatore avrebbe preso a modello l'esperienza dei *compliance programs* statunitensi¹⁹⁰.

3.2 Ermeneutica dei concetti di “interesse” e “vantaggio”

Ulteriore criterio oggettivo di collegamento del reato all'ente è quello tipizzato dai concetti di “interesse” e “vantaggio”: non basta, infatti, che il reato venga commesso da un soggetto legato all'ente da un rapporto di immedesimazione organica (criterio che, come già visto, permette di attribuire alla *societas* una responsabilità per fatto proprio), ma è, anzi, necessario che tale rapporto si traduca, dal punto di vista normativo, nell'interesse o vantaggio che ha la persona giuridica nell'agire illecito della persona fisica¹⁹¹.

Così, infatti, era imposto dalla legge delega¹⁹² e, sebbene si sarebbe potuto optare per una diversa soluzione (come dimostrano le esperienze di altri

¹⁹⁰ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 85 ss.

¹⁹¹ Si veda la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 486, che parla di «espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica»; nonché DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 331 s., secondo la quale «la prova dell'esistenza di un collegamento rilevante tra individuo e persona giuridica consente [...] di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi anche come fonte di rischio reato»; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 582; ASTROLOGO, *“Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, 2, 649 ss.; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 32. V., tuttavia, STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti*, cit., 19, per i quali questi parametri risulterebbero «così sterili da risultare del tutto esterni alla sfera della “signoria d'azione” del soggetto imputato e tali che, se il raffronto dovesse essere operato con l'ipotesi di un autore persona fisica, dovrebbe dirsi che egli sostanzialmente risponderebbe di un fatto altrui», dando così voce, anche nel panorama dottrinale italiano, ad una opinione, che sta prendendo piede soprattutto nella dottrina spagnola, che sostiene che il paradigma per ascrizione della responsabilità degli enti, fondato su tali criteri normativi di imputazione, sarebbe espressione di un tipo di responsabilità, invero, oggettiva, per fatto altrui.

¹⁹² Cfr. l'art. 11, co. 1, lett. e) della l. n. 300 del 2000, poi recepito dal legislatore delegato nell'art. 5, co. 1, del d. lgs. n. 231 del 2001.

ordinamenti¹⁹³), ciò è quanto recepito dal legislatore delegato. Si tratta ora di esaminare il panorama ermeneutico venutosi a creare intorno all'interpretazione dei (due?) criteri.

¹⁹³ Secondo DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 70 s., «la soluzione più semplice del problema della *spendita del nome* sarebbe consistita nell'uso, appunto, della locuzione “per conto”; e, a dire il vero, se inteso in un certo senso *pregnante*, il contenuto semantico della stessa avrebbe forse soddisfatto le esigenze personalistiche della responsabilità, potendosi riferire alla sussistenza di una specifica politica criminale dell'ente: presupponendo, cioè, una sorta di *voluntas* della *societas* di cui la commissione del reato costituisse, di volta in volta, specifica realizzazione. Insomma, se interpretata in senso “penalistico”, la frase avrebbe indicato il rapporto di *strumentalità* dell'agire individuale rispetto a quello collettivo. Trattandosi peraltro di una locuzione cara alla terminologia civilistica, dove ovviamente assume tutt'altro significato, il rischio era che tale valore mutuasse anche in campo (para)penale, esponendosi ad un'interpretazione “minimale”, se non pleonastica. Il “per conto” era suscettibile cioè di esprimere semplicemente l'“esigenza di un rapporto di compenetrazione organica”. [...] Insomma, nella sua accezione minima e tutta “civil-oggettivistica” di “rapporto di rappresentanza” (ai vari livelli) della persona fisica rispetto a quella giuridica, l'espressione “per conto” deve essersi rivelata ambigua e dunque insoddisfacente: considerata l'immaterialità della persona giuridica, la valutazione del criterio di imputazione oggettivo sarebbe stata affidata ad una nozione di tipo formale, dalla scarsa portata euristica. Quando sussiste il rapporto di causalità di cui si è appena detto? A quali condizioni la *spendita del nome* dell'ente *impegna* quest'ultimo, con conseguente riverbero degli effetti degli atti compiuti dalla persona fisica nella sfera giuridica della *societas*? La locuzione avrebbe taciuto su punto». Ciò è quanto si rinveniva già nell'art. 13 del *Corpus juris* (versione c.d. di Firenze) su cui v. CARACCIOLI, *La responsabilità delle persone giuridiche e degli enti*, in PICOTTI (a cura di), *Il Corpus juris 2000*, Padova, 2004, 151 ss.; ed è anche quanto accade nell'esperienza francese (art. 121-2 c.p.), su cui v. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità delle personnes morales*, cit., 226; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 206 ss.; PRADEL, *La responsabilità des personnes morales en France*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi* (Atti del convegno 15-16 marzo 2002, Firenze), Padova, 2003, 83 s.; nonché ancora DI GIOVINE, *ibidem*, la quale sottolinea come effettivamente la giurisprudenza francese si sia ritrovata a dover fare i conti con la scarsa valenza euristica dell'espressione “*pour le compte*”, tanto che dopo aver inizialmente optato per un'interpretazione più minimale che richiedeva unicamente l'accertamento del nesso causale tra commissione del reato e attività svolta per l'ente, ha successivamente dovuto forzare un'interpretazione più stringente richiedendo pure l'accertamento dell'interesse della persona giuridica.

Sull'esperienza comparativista v. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 33, il quale riporta, ad esempio, le espressioni «*a suo vantaggio* (§ 3, comma 1, n. 1 VbVG austriaco), o *per suo conto o a suo vantaggio* (art. 1, comma 1, l. sammarinese n. 6 del 2010), o *in suo nome o per suo conto e a suo vantaggio* (art. 31-bis, comma 1, c.p. spagnolo), o *in suo nome e nell'interesse collettivo* (art. 11, comma 2, lett. a), c.p. portoghese), o *nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale* (art. 102, comma 1, c.p. svizzero). Davvero singolare quel riferimento all'esigenza della *spendita del nome*, che si rinviene sia nel codice penale spagnolo che in quello portoghese. Cosa mai potrà significare? Dovrebbe forse l'ente conferire un mandato con rappresentanza a commettere un reato?

Al criterio dell'interesse o vantaggio può essere equiparato quello previsto nel § 30, comma 1, ult. parte, dell'OWiG tedesco-federale: *la persona giuridica o l'associazione ha ricavato o avrebbe dovuto ricavare un utile*. Decisamente più tortuosa è la formula impiegata nell'art. 5 c.p. belga: *la persona giuridica è penalmente responsabile dei reati che sono intrinsecamente legati alla realizzazione del suo oggetto o alla tutela dei suoi interessi, o di quelli di cui i fatti concreti dimostrano che sono stati commessi per suo conto*.

Talvolta i criteri d'imputazione sono più opportunamente diversificati in ragione della differente tipologia dei reati di cui gli enti collettivi possono essere chiamati a rispondere. Così, ad esempio, nel § 30, comma 1, ult. parte, della legge tedesca sulle violazioni amministrative è richiesto, in alternativa, che sia commesso un reato o un illecito amministrativo attraverso i quali siano violati

Secondo un primo orientamento, si tratterebbe di due criteri concettualmente distinti, il primo, da ricercare e accertare ponendosi in una prospettiva *ex ante*, afferente alla sfera, soggettiva e psicologica, della volizione della persona fisica autrice del reato; il secondo, invece, starebbe ad indicare un elemento di tipo oggettivo, quale il *bonus*, più o meno diretto e immediato, derivato all'ente dal reato stesso, e, dunque, andrebbe ricercato in una prospettiva *ex post*¹⁹⁴.

obblighi che incombono direttamente alla persona giuridica o all'associazione. E un'espressione molto simile compare anche nel § 3, comma 1, *VbVG* austriaco. È fuor di dubbio che un criterio di questo tipo si presti meglio di quanto non faccia il criterio dell'interesse o vantaggio a coprire l'area della responsabilità da reato colposo. D'altronde, anche il Progetto Grosso prevede due diversi criteri oggettivi d'imputazione, la cui operatività è collegata alla specifica natura dei diversi reati-presupposto (art. 121, comma 1).

E talvolta – è il caso, ad esempio, dei modelli di responsabilità previsti nei sistemi francese, tedesco, spagnolo e portoghese – i criteri oggettivi assumono su di sé *tutto il peso dell'ascrizione normativa*, non essendo previsto alcun criterio soggettivo d'imputazione».

Infine, il criterio dell'interesse ricorre anche nell'art. 3 del Quarto Protocollo alla Convenzione PIF; mentre nel sistema statunitense l'unica possibilità di esonero da responsabilità per l'ente è quello di discoltarsi provando che il reato sia stato commesso contro il suo interesse e senza che se ne sia tratto vantaggio, v. ancora DI GIOVINE, *ibidem*.

¹⁹⁴ Così la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 487. In dottrina, sembrerebbe aderire a tale interpretazione DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 332 s.; FRIGNANI, GROSSO, ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, 2002, 146, i quali rilevano, però, una contraddizione tra il necessario requisito dell'interesse dell'ente al reato e la susseguente facoltà a questo concessa dall'art. 6 di discoltarsi dimostrando che l'apicale ha agito in frode al modello; critica questa che verrebbe meno se si accogliesse la seconda interpretazione riferita nel testo. Sul punto, si veda, altresì, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 70 s.: «i due concetti sono diversi e, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero essere tenuti distinti. L'*interesse* ha infatti un'indole soggettiva, inequivocabilmente riferibile alla sfera volitiva del soggetto (persona fisica) che agisce: dunque, [...] è suscettibile di valutazione *ex ante*. Detto in termini diversi, la persona fisica non deve aver agito contro la società; quando abbia agito nel suo interesse personale, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente, è necessario poi che tale interesse sia quanto meno coincidente con quello della *societas*. Per contro, la caratterizzazione semantica del *vantaggio* è oggettiva e il requisito dovrebbe operare *ex post*. Anche in assenza di un fine *pro societate*, la realizzazione di un vantaggio da parte dell'ente, come conseguenza della commissione del reato da parte di un soggetto idoneo a rappresentarlo, sarebbe dunque in grado di incardinarne la responsabilità [...]». Anche la giurisprudenza della Cassazione, (Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005 (30 gennaio 2006) n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., cit., 75) si è espressa in questi termini, osservando come «in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati nel suo interesse o a suo vantaggio non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante*, sicché l'interesse e il vantaggio sono in concorso reale», aggiungendo, poi, ancora che «i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente diviso *ex ante* dall'agente». Successivamente, così, anche Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2009 (27 marzo 2009), n. 13678, Zaccaria, in *C.E.D. Cass.*, n. 244253.

Secondo altra dottrina, interesse e vantaggio sarebbero, invero, utilizzati dal legislatore come sinonimi, venendo ad essere interpretati congiuntamente nel senso che effettivamente necessario sarebbe il solo criterio dell'interesse oggettivo dell'ente nel reato¹⁹⁵. Il vantaggio, infatti, da una parte potrebbe effettivamente non realizzarsi; dall'altra, quandanche si concretizzasse, potrebbe comunque risultare a favore dell'ente solo fortuitamente, per caso, ed essere, quindi, insuscettibile di fondare in capo alla *societas* una attribuzione di responsabilità¹⁹⁶, come sarebbe possibile evincere dal secondo comma dell'articolo 5 del decreto, il quale, su indicazione della delega, esonera l'ente quando la persona fisica abbia agito «nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»¹⁹⁷, situazione in cui si verrebbe a rompere il meccanismo di immedesimazione organica su cui si fonda la responsabilità degli enti¹⁹⁸. Una conferma di questo si rinverrebbe pure nell'articolo

¹⁹⁵ Per PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 425, si tratterebbe di una «endiadi che addita un criterio unitario»; di questo avviso anche MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1114; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 159 ss., il quale parla di un «criterio di ascrizione essenzialmente unitario», suggerendo di intendere il criterio dell'interesse in un'accezione oggettivistica, sostanzialmente ricalcando quello del vantaggio.

¹⁹⁶ Così, in dottrina, FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, cit., 253; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, cit., 95 s.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 71; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 205; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 158 s.; ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza*, cit., 497 s.; VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 705; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 34 s. *Contra*, invece, SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Soc.*, 2010, 1120, commento a *Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri*, il quale interpreta anche il criterio del vantaggio come avente una sua propria «funzione ascrittiva sostanziale», mantenendo, almeno nei casi di reato-presupposto colposo, un proprio e autonomo margine di operatività.

¹⁹⁷ Sulla disposizione (rinvenibile, in una versione analoga, già nel Progetto Lattanzi del 16 ottobre 1998, all'art. 2), v. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 52, per il quale, tuttavia, sarebbe stato «preferibile configurare comunque la responsabilità dell'ente, al più ricorrendo, sul versante sanzionatorio, all'irrogazione di una pena pecuniaria attenuata e/o alla sola confisca del profitto tratto dal reato»; nonché ID., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit. 22; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 72.

¹⁹⁸ Di «rottura» dello schema di immedesimazione organica» parlano, oltre alla *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 486, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 332; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 52; ID., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 22; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 71; nonché, in giurisprudenza, Cass., pen., sez. VI, 23 giugno 2006 (2 ottobre 2006), n. 32627, La Fiorita s.c.a.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, 88 s., in cui si osserva come «si tratterebbe di un vantaggio "fortuito", in quanto non attribuibile alla "volontà" dell'ente» e che, inoltre, in questi casi «la responsabilità dell'ente è esclusa proprio perché viene meno la possibilità di una qualsiasi rimproverabilità al soggetto collettivo, dal momento che si considera venuto meno lo stesso schema

12 del decreto, che, alla lettera *a*) del primo comma, dispone la riduzione della pena pecuniaria della metà qualora il reato sia stato commesso nell'interesse prevalente proprio o di terzi e ne sia derivato all'ente un vantaggio minimo o nessun vantaggio¹⁹⁹. Questa interpretazione, in passato, permetteva anche di ovviare ad una altrimenti esplicita discrasia del sistema, rappresentata dalla formulazione dell'articolo 25-ter precedente alla riforma del 2015: la presunta alternatività tra i due criteri dell'interesse e del vantaggio sarebbe stata, infatti, derogata dall'articolo 25-ter, che, nell'estendere la responsabilità degli enti anche ai reati societari, menzionava soltanto il primo²⁰⁰.

di immedesimazione organica»; Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009 (17 luglio 2009), n. 36083, Mussoni, in *Cass. pen.*, 2010, 1938 s.

¹⁹⁹ Cfr. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia fra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, 182; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 35, a parere del quale «l'interesse della *societas* potrà, dunque, essere anche soltanto *parziale* e *marginale*, mentre il vantaggio *potrà anche concretamente mancare*, senza che ciò porti ad escluderne la responsabilità».

²⁰⁰ Per mantenere la razionalità del sistema, v'è chi ha sostenuto che, in questa fattispecie, il concetto di interesse andasse inteso in senso «bidimensionale», così da farlo coincidere con il concetto di vantaggio, e, dunque, guardandolo in una accezione che sia nello stesso tempo soggettiva e oggettiva. Si veda PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in GIARDA, SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 106, il quale parla di «irragionevole frattura» tra le due disposizioni. Tale deroga rispetto al duplice criterio dell'art. 5 (intervenuta con il d. lgs. n. 61 del 2002 che ha introdotto, appunto, l'art. 25-ter) era dovuta, da una parte, ad una adesione pedissequa del legislatore delegato alle indicazioni della delega (seppur discutibile, poiché la delega stessa imponeva, altresì, di rispettare i principi del sistema di responsabilità degli enti); dall'altra, dipendeva dal fatto che molte delle fattispecie criminose introdotte prevedono un evento di danno per l'ente come elemento costitutivo, così scartando *a priori* l'eventualità di un vantaggio per lo stesso; e v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 73. Critico rispetto a quest'ultimo rilievo FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, cit., 257 s., il quale, almeno per quanto riguarda i reati societari, metteva in dubbio la ragionevolezza della disposizione dal punto di vista di politica criminale, ritenendo che per questa tipologia di reati esisterebbe sempre un interesse alla correttezza e alla prevenzione di tali illeciti, diffuso tra la platea dei soci, dei creditori dell'ente e del mercato e dei terzi più in genere, cosicché perderebbe di significato, ponendocisi nella prospettiva preventiva dei modelli di *compliance*, effettuare una differenziazione tra reati commessi contro l'ente o nell'interesse di quest'ultimo, che avrebbe, a questo punto, un ruolo di ancora maggior rilievo nella prevenzione di questo tipo di illeciti. Per chi, invece, sostiene l'interpretazione che neutralizza il criterio del vantaggio, tale disposizione non rappresentava affatto una aporia nel sistema, ma, anzi, essa sarebbe risultata una ulteriore conferma della bontà dell'orientamento proposto; si veda PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 59 s.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 291; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 35 s., il quale riporta, altresì, come «sulla stessa lunghezza d'onda, in prospettiva *de lege ferenda*, focalizza in via esclusiva l'attenzione sull'interesse anche il Progetto Pisapia. Stando, infatti, a quanto dispone l'art. 56, comma 1, lett. c), la persona giuridica dovrebbe rispondere *soltanto dei reati commessi nel suo interesse*». Per un'attenta disamina dei problemi di ordine sistematico derivanti dall'introduzione dell'art. 25-ter si veda AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 9 ss. L'autore sottolinea le due incongruenze derivanti dall'aver specificato i criteri ascrittivi di responsabilità in capo all'ente differenziandoli da quanto prevedeva, invece, la «Parte generale» del decreto. Così veniva, appunto, menzionato unicamente il criterio oggettivo dell'interesse dell'ente, e non quello del vantaggio (facendo sorgere il dubbio che per questi reati si dovesse accertare

Per altro verso, i due requisiti sono successivamente venuti a confrontarsi con l'articolo 25-septies²⁰¹, che ha introdotto tra i reati-presupposto due fattispecie colpose: quelle di omicidio e lesioni personali in violazione delle norme in materia di antinfortunistica sui luoghi di lavoro²⁰². La natura colposa di queste fattispecie, infatti, mal si concilia con i due criteri²⁰³ – sebbene il sistema di responsabilità degli enti fosse stato pensato *ab origine* proprio avendo in mente questo tipo di reati – tanto che nelle more di un atteso intervento correttivo da parte del legislatore²⁰⁴, per

solamente il criterio *ex ante*) e si individuavano esplicitamente i soggetti che avrebbero potuto fondare la responsabilità dell'ente in conseguenza della commissione di questi reati, ma riconoscendo tale capacità a un novero di soggetti più ristretto rispetto a quello degli "apicali" di cui all'art. 5 del decreto. (ne restavano esclusi i sindaci, ma anche gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori). Questo «evidente caso di strabismo normativo» è stato risolto solo con la l. 27 maggio 2015, n. 69, che, insieme alla seconda importante riforma in tema di corruzione e a quella altrettanto importante in materia di disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) poneva fine a tale discrasia, allineando l'art. 25-ter alla formulazione degli altri articoli di "Parte speciale" e, dunque, facendo rivivere, anche per tali fattispecie-presupposto i generali criteri ascrittivi *ex artt.* 5, 6 e 7 del decreto 231.

²⁰¹ Invero, una fattispecie colposa era già prevista tra i reati societari: la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 2627 c.c. (introdotta nel decreto con l'art. 25-ter, co. 1, lett. m). Successivamente, il numero di fattispecie colpose per cui è prevista la responsabilità degli enti si è ampliato, in specie, con l'introduzione, da parte dell'art. 2 del d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121, dell'art. 25-undecies, il quale ha previsto la responsabilità degli enti anche per alcuni reati colposi ambientali.

²⁰² In materia di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro, in dottrina si è, tuttavia, da più parti sottolineata una grave lacuna del legislatore, il quale ha mancato l'occasione di inserire nel novero dei reati-presupposto altre gravi fattispecie, quali quella di rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (*ex art.* 437 c.p.) e quella di omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro (*ex art.* 451 c.p.), oltretutto quella di omicidio doloso. Si veda CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in BASENGHI, GOLZIO, ZINI, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2009, 310; CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in EAD. (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Colpa di organizzazione ed impresa*, Bologna, 2009, 134 s. (in riferimento solamente all'art. 437 c.p.); RIVERDITI, "Interesse o vantaggio" dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza, in *Arch. Pen.*, 2011, 2, 391 s.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 40.

²⁰³ Per ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, 342, «l'immagine che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini».

²⁰⁴ Intervento invocato da molti in dottrina e v. ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 2007, 4, 571; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al dir.*, 2007, n. 35, 41; AMARELLI, *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche": la legge n. 123 del 2007*, in *Studium Iuris*, 3, 2008, 3, 418 s.; DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d. lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 1, 316 ss.; PESCI, *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell'estensione alla sicurezza del lavoro del d.lg. n. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 3969 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 429; CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa*, cit., 127 ss., la quale, *de iure condendo*, riflette sull'opportunità di inserire un terzo criterio soggettivo di imputazione, che si collocherebbe tra dolo e colpa, assimilabile alla nozione di "recklessness" dei Paesi di *common law*; nonché VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 699 ss.

scongiurare il rischio di una *interpretatio abrogans*²⁰⁵, si è cercata una chiave di lettura che potesse riassorbire l'incompatibilità tra i criteri di interesse e vantaggio e le fattispecie colpose. Si è, così, proposto di interpretare la disposizione (come, tra l'altro, già prevedeva una delle iniziali versioni del decreto stesso²⁰⁶, che incardinava la responsabilità degli enti anche su alcune fattispecie colpose) nel senso che i due criteri dell'interesse e del vantaggio andrebbero ricercati in questi casi non nell'evento criminoso della morte o delle lesioni del lavoratore, bensì nella condotta che ha determinato quell'evento finale e che spesso è diretta ad un risparmio di spesa²⁰⁷.

²⁰⁵ Giustificata anche e soprattutto dal fatto che, nonostante le varie interpretazioni adeguatrici proposte in dottrina e seguite, in parte, dalla giurisprudenza (e v. su questo DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 43 ss.), sarebbe innegabile che l'art. 5, co. 1, riferisce espressamente i criteri dell'interesse e del vantaggio all'intera fattispecie criminosa del reato-presupposto di volta in volta in esame, dunque, nel caso di omicidio o lesioni colpose anche all'*eventus damni*, che non si vede come potrebbe risultare a vantaggio dell'ente, ma che anzi, più probabilmente, risulterà in un pregiudizio a suo sfavore. Le interpretazioni proposte in dottrina si riducono tutte a spostare il referente dei criteri di interesse e vantaggio dal reato in sé a qualcosa di altro (sovente la condotta inosservante), ma, così facendo, forzano il dato letterale della norma, entrando probabilmente in tensione con il divieto costituzionale di analogia *in malam partem* in materia penale. Sul punto, tra gli altri, AMARELLI, *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche"*, cit., 419; DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies*, cit., 334; ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza*, cit., 501 s.; VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 707; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 44, secondo il quale, dunque, l'unica alternativa possibile è quella di un intervento risolutore del legislatore e che v. anche per alcune soluzioni *de lege ferenda*, di cui, particolarmente convincente – secondo l'A. – quella già sperimentata nel Progetto Grosso.

²⁰⁶ La formulazione originaria dell'art. 5, co. 1, disponeva: «l'ente è responsabile per i reati commessi nello svolgimento di attività compiute nel suo interesse o a suo vantaggio». Anche il Progetto Grosso, conscio del problema, aveva tentato di risolverlo prevedendo criteri di imputazione differenti a seconda della tipologia di reato: all'art. 121, co. 1, lett. b), riferendosi – presumibilmente – alle fattispecie colpose, si parlava, infatti, di «reati realizzati nello svolgimento dell'attività della persona giuridica, con inosservanza di disposizioni pertinenti a tale attività».

²⁰⁷ In questo senso, già prima dell'introduzione dell'art. 25-septies, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 425 s.; mentre, secondo DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 279 s., e VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 708, ci si dovrebbe riferire soltanto all'inosservanza delle regole di condotta. Parte della dottrina ritiene che l'unico criterio rilevante nel caso dei reati colposi sarebbe quello del vantaggio (che tornerebbe così a ritagliarsi un proprio spazio di autonomia, che non potrebbe, invece, avere nelle ipotesi di reato doloso), che di fatto si concretizzerebbe in un risparmio di spesa (sulle omesse attrezzature e misure di sicurezza) o di tempo (destinato alla produzione, piuttosto che a procedure cautelari), da verificare secondo una prospettiva *ex post*; cfr. BRICCHETTI, PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, cit., 41; SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento*, cit., 1120; VITARELLI, *op. cit.*, 705. Per SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, 1, 171 ss., la soluzione dovrebbe essere differenziata a seconda della tipologia di colpa: nelle ipotesi di colpa cosciente, essendo la persona fisica ben conscia della propria violazione di regole di condotta e dei rischi che da tale violazione derivano, sarebbe possibile che tale comportamento sia dettato dall'intento di favorire la (e, dunque, nell'interesse della) persona giuridica; si pensi, ad esempio, al caso di un amministratore che, al fine di un risparmio di spesa per la società, non provveda alla

Esaminando ora nello specifico il criterio dell'interesse, negli ultimi tempi sembrerebbe prevalere in dottrina la tesi "oggettivistica": non si tratterebbe di un criterio afferente alla sfera psicologica dell'autore, bensì esso rileverebbe come oggettiva finalità a cui tende la sua condotta²⁰⁸.

messa in sicurezza di un macchinario, cosa che poi determinerà l'infortunio di un lavoratore. Nelle ipotesi di colpa incosciente, invece, non resterebbe che guardare al criterio del vantaggio. Critica, tuttavia, è VITARELLI, *op. cit.*, 706, la quale rileva la difficoltà pratica di distinguere i due atteggiamenti psicologici (colpa cosciente e colpa incosciente) del soggetto agente, nonché come, nella prassi applicativa, sarebbero rari i casi di colpa cosciente, in particolar modo nell'ambito antinfortunistico, «dato il consueto originare della colpa da condotte inconsapevolmente negligenti, imprudenti o imperite, ovvero da valutazioni inadeguate del rischio». In giurisprudenza, di recente, la Cassazione, nella sentenza Cass. pen., sez. IV, sent. 22 settembre 2020 (26 ottobre 2020), n. 29584, dopo aver sposato la tesi dell'alternatività dei due criteri dell'interesse e del vantaggio (uno di tipo soggettivistico, da accertare *ex ante*, l'altro avente una connotazione oggettiva, valutabile *ex post*), afferma che «per non svuotare di contenuto la previsione normativa che ha inserito nel novero di quelli che fondano una responsabilità dell'ente anche i reati colposi [...], i criteri di imputazione oggettiva di che trattasi vanno riferiti alla condotta del soggetto agente e non all'evento, coerentemente alla diversa conformazione dell'illecito, essendo possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per rispondere a istanze funzionali dell'ente» e, più oltre, che tale criterio obbiettivo di imputazione «può essere ravvisato nel risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dei procedimenti e dei presidi di sicurezza; nell'incremento economico conseguente all'incremento della produttività non ostacolata dal rispetto della normativa prevenzionale [...]; nel risparmio sui costi di consulenza, sugli interventi strumentali, sulle attività di formazione e informazione del personale [...]; o, ancora, nella velocizzazione degli interventi di manutenzione e di risparmio sul materiale».

²⁰⁸ Per dirla nelle parole di un illustre Autore, si tratterebbe della finalità dell'azione, che è la «potenza insita in essa di produrre, in determinate circostanze, determinate ripercussioni [...]. [L'azione] viene sempre indagata *sub specie humanitatis*, cioè sotto un profilo teleologico: non però quale se la figura l'agente, ma in base a una finalità più valida: quella che le assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto»; così PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 261, nota a *Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza*. Già BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei Paesi della C.E.E.)*, (ora anche in *ID., Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI, MELCHIONDA (a cura di), vol. II, Milano, 1997, 3065 ss.), parlava di "obbiettivo" interesse dell'ente, intendendolo come «criterio atto a selezionare, su un piano oggettivo, le violazioni delle quali deve essere chiamata a rispondere l'impresa». Optano per la tesi in esame PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 425; MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1114; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., 95 s.; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 7; *ID.*, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 40; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, 13^a ediz. a cura di GROSSO, Milano, 2007, 845; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 160; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 36, secondo cui «l'interesse andrebbe inteso *non in senso soggettivo*, come un qualcosa che attiene alla sfera psicologica dell'autore del fatto – come una finalità che anima e sostiene il suo comportamento illecito, o anche soltanto come una mera consapevolezza di agire, almeno in parte, nell'interesse dell'ente e dunque in vista del possibile conseguimento di un vantaggio da parte sua –, bensì in *senso oggettivo*, come proiezione finalistica della condotta, riconoscibilmente connessa alla condotta medesima».

Vi è, poi, una tesi “soggettivistica”²⁰⁹ – come anche rappresentata in dottrina è la teoria che intende il concetto di interesse nella duplice accezione, in uno oggettiva e soggettiva²¹⁰ –, la quale, sebbene non priva di interessanti spunti dogmatici²¹¹, sarebbe da rigettare poiché, al fine dell’accertamento dell’elemento tipico soggettivo del fatto, richiederebbe un’indagine psicologica sulla *mens* della persona fisica, che, d’altro canto, potrebbe anche rimanere ignota (senza che per questo, tuttavia, come disposto dall’articolo 8 del decreto, venga meno la responsabilità dell’ente) rendendo impossibile tale accertamento²¹². Inoltre, tale tesi sarebbe incompatibile con un atteggiamento psicologico colposo (quantomeno quello della c.d. “colpa incosciente”) da parte dell’autore del reato, neutralizzando così la responsabilità della persona giuridica per alcune delle fattispecie più significative introdotte nel tempo nel catalogo dei reati-presupposto²¹³.

Dal punto di vista pratico, l’accertamento dell’interesse sarebbe da condurre utilizzando come “strumenti di valutazione” i requisiti oggettivi menzionati dall’articolo 56 del codice penale per quanto attiene al tentativo, ossia i criteri

²⁰⁹ Sostenuta, ad esempio, da SANTORIELLO, *I requisiti dell’interesse e del vantaggio della società nell’ambito della responsabilità da reato dell’ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, 3, 55 s.

²¹⁰ In tal senso, AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, cit., 197; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 5102; SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo*, cit., 169 ss.; ID., *Infortuni sul lavoro e interesse dell’ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 512 e 522; PISANI, *Struttura dell’illecito e criteri di imputazione*, in D’AVIRRO, DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, 111; SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell’ente e delitti colposi d’evento*, cit., 1121.

²¹¹ Su questo DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 36 s., a parere del quale tale interpretazione «porterebbe ad ampliare l’oggetto del dolo della persona fisica, facendoci rientrare un elemento che non è richiesto ai fini della tipicità dolosa del fatto di reato», osservando, poi, come «l’oggetto del dolo richiesto ai fini della configurabilità dell’“illecito amministrativo” dovrebbe ricomprendere anche la consapevolezza di agire nell’interesse dell’ente ed avere, quindi, una portata più ampia di quella del dolo del reato-presupposto: nell’economia della fattispecie a struttura complessa su cui si fonda la responsabilità della *societas*, esso costituirebbe una sorta di dolo specifico, in quanto non sarebbe necessario, come già detto, che quell’interesse si traduca poi in un vantaggio concreto. Qui, in verità, non sarebbe neppure richiesta l’intenzione di perseguire un interesse dell’ente, ma sarebbe sufficiente la rappresentazione in termini di possibilità del conseguimento di un vantaggio».

²¹² Cfr. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., 425; MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1114, che, addirittura, denuncia il rischio di cadere, seguendo tale strada, in una indagine (penale) sulle intenzioni; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 7; ID., *La punizione degli enti collettivi*, cit., 40; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 865; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 160; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., 184; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 36 s.

²¹³ Così, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 160; e, in senso dubitativo, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 37.

dell' idoneità e della non equivocità²¹⁴. Senonché, tali concetti di relazione debbono essere posti a confronto con un termine di riferimento e saranno, dunque, da valutarsi alla luce del risultato raggiunto ovvero sperato ma poi non conseguito, di modo che torna ad essere rilevante anche il vantaggio, ossia la concretizzazione di tale risultato: la sussistenza di un vantaggio ottenuto dall'ente renderebbe tale accertamento meno arduo²¹⁵; viceversa, qualora il vantaggio non venga conseguito, l'accertamento del requisito dell'interesse sarebbe assai meno agevole²¹⁶. In questi “*hard cases*” si dovrà necessariamente indagare l'intenzione della persona fisica che ha commesso il reato, al fine di effettuare, sulla base di questo referente, la verifica circa l'idoneità della condotta criminosa.

Al criterio del vantaggio, invece, non residuerebbe altro spazio di autonomia se non quello processualistico di elemento probatorio che, a seconda della sussistenza o meno nel caso concreto, sposta sull'una o sull'altra parte «il rischio della mancata prova»²¹⁷.

²¹⁴ In tal senso DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 672 s. Per FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5102, verrebbe in rilievo la «univoca direzione oggettiva»; e per SELVAGGI, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, cit., 527 s., la – sembrerebbe – simile «concreta realizzabilità dell'interesse».

²¹⁵ E v. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, cit., 253 s., secondo il quale il vantaggio non sarebbe che un sintomo postumo dell'avvenuto perseguimento e della concretizzazione dell'interesse della *societas*.

²¹⁶ Si pensi, in particolare, al reato di false comunicazioni sociali e cfr. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa*, 2004, 2, 145 s., il quale fa il caso della falsificazione del bilancio da parte di un amministratore che sottostimasse le attività: in questo caso, «solo avendo riguardo alle conseguenze del fatto è possibile capire se l'illecito è stato commesso nell'interesse della persona giuridica, ad esempio rilevando che, grazie alle simulate difficoltà finanziarie, la società ha ottenuto da parte di creditori “comprensivi” vantaggiose dilazioni nei pagamenti».

²¹⁷ Così, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., 231, a proposito del caso in cui l'interesse alla commissione dell'illecito fosse esclusivamente quello dell'autore-persona fisica o di terzi. V. anche FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 146; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 37 s., secondo il quale «l'accertato conseguimento di un vantaggio per la persona giuridica dovrebbe determinare un'inversione dell'onere della prova, nel senso che dovrebbe comportare una presunzione *juris tantum* circa la sussistenza di un interesse della persona giuridica, alla quale spetterà, pertanto, il dover dimostrare che l'autore ha commesso il reato-presupposto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, così da rompere il nesso di immedesimazione organica che altrimenti lo avrebbe legato alla *societas*» e, più oltre, riporta, a conferma di quanto sostenuto, l'art. 187-*quinquies* del d. lgs. n. 58 del 1998 (c.d. t.u.f.), che, nell'esonerare l'ente qualora riesca a dimostrare che la persona fisica ha agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, «ben lungi dal rappresentare una deroga alla regola generale posta nell'art. 5 del d.lgs. 231, è invece un'esplicita conferma della prospettata interpretazione processualistica del combinato disposto dei suoi due commi». *Contra*, invece, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 958, il quale sostiene che «se l'ente ha ottenuto un qualche vantaggio, il fatto non potrà essere considerato nell'esclusivo interesse di altri», prospettando quasi, in tal modo, una presunzione assoluta, che,

Oltre a tali criteri oggettivi di imputazione, al fine di fondare una responsabilità in capo all'ente che sia davvero adeguata ai canoni costituzionali vigenti nel nostro ordinamento penale e che minimizzi, per quanto possibile il rischio di costruire piuttosto un sistema di responsabilità oggettiva per le persone giuridiche, serve, però, un *quid pluris*, ossia qualcosa che faccia emergere la rimproverabilità dell'ente e, dunque, che faccia sorgere la necessità di una sua punizione, compito che è affidato ai criteri soggettivi di imputazione²¹⁸.

4. Criteri di imputabilità del reato all'ente: gli elementi soggettivi

Come detto, il legislatore, con scelta particolarmente garantista, ha voluto intendere, anche nei confronti delle persone giuridiche, il concetto di “colpevolezza” nel senso più pieno che la dottrina penale contemporanea suole attribuirgli. Per questo motivo, per poter arrivare a muovere un rimprovero e irrogare una sanzione all'ente, l'ordinamento richiede qualcosa in più rispetto alla semplice connessione della persona fisica con la *societas* (pur incardinata non solo nel rapporto funzionale, ma anche nel fatto che la prima agisca nell'interesse o a vantaggio della seconda): si richiede anche un elemento soggettivo da parte della persona giuridica, che consenta di attribuire l'illecito a questa almeno a titolo di colpa. Si è così voluto evitare una soluzione di responsabilità oggettiva in chiave di *versari in re illicita*.

Inoltre, come già visto, si è optato, in linea con uno scopo di massima semplificazione, per un criterio di imputazione unitario, che non distinguesse tra i

però, renderebbe priva di senso la disposizione di cui all'art. 5, co. 2. Critico è, invece, SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento*, cit., 1120, il quale tenta di restituire un certo grado di autonomia al criterio dell'interesse, in modo tale da non ridurlo a «mero indice probatorio della pregressa – e decisiva – strumentalità del reato al perseguimento dell'interesse societario», riuscendo, però, a trovarla solo in riguardo ai reati colposi. In giurisprudenza, si veda Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri, cit., 1116, che, nell'accogliere la tesi riportata nel testo, nella motivazione del primo caso riguardante un reato di cui all'art. 25-septies del decreto, osserva come «per non lasciare al testo dell'art. 5 una portata criptica si deve ritenere che il vantaggio possa essere valorizzato, sul piano processuale, precisamente nella formazione della prova della responsabilità dell'ente, quale elemento apprezzabile *ex post* ma dimostrativo del suo interesse *ex ante* e che esso sia destinato a perdere vigore probatorio in presenza della prova positiva di un interesse esclusivo proprio o di terzi presente nella condotta tenuta da parte delle persone indicate nel primo comma».

²¹⁸ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 74 s.

vari “atteggiamenti psicologici” dell’ente, fondato sostanzialmente su una sua colpa di organizzazione²¹⁹.

Tuttavia, una differenziazione c’è: tale colpevolezza di organizzazione, infatti, si atteggia diversamente a seconda che la persona fisica che ha commesso il reato nell’interesse o a vantaggio dell’ente sia un soggetto apicale ovvero un sottoposto (dunque, ricada nella categoria di cui, rispettivamente alla lett. a) ovvero b) del primo comma dell’articolo 5)²²⁰.

Per il reato dei sottoposti, infatti, questa colpa di organizzazione si concretizza nell’inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza, che ha reso possibile la commissione dell’illecito, salvo che – dispone il legislatore stesso – tale inosservanza è esclusa qualora l’ente si sia dotato, prima del fatto, di un modello organizzativo idoneo a prevenire il rischio-reato che si è poi verificato²²¹. Il

²¹⁹ Sul punto, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 959, secondo cui «la colpevolezza dell’ente non viene identificata *tout court* con la colpevolezza degli autori del reato, ma starebbe in ultima analisi in un *deficit* dell’organizzazione o dell’attività, rispetto a un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme». Sottolineano l’aspetto della colpevolezza di organizzazione, tra gli altri, DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 351, che da tempo osservava come il sistema del decreto n. 231 del 2001 abbia costruito una responsabilità degli enti legata ad un «deficit dell’organizzazione e dell’attività, rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme»; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 870; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 237; PIERGALLINI, voce *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in GIUNTA (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Milano, 2008, 112; PISANI, *Struttura dell’illecito e criteri di imputazione*, cit., 121 ss.; PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA. VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, suppl. al n. 12, 5. Sulla colpa di organizzazione si veda il lavoro fondamentale di PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 167 ss.

²²⁰ Così SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, in CANZIO, CERQUA, LUPARIA, (a cura di), *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, vol. I, Padova, 2014, 909, il quale sottolinea come tale differenziazione rispecchi «la fondamentale macro-dicotomia criminologica tra illeciti dell’ente espressivi della politica d’impresa – in cui le attività criminose corrispondono normalmente a decisioni di vertice e quindi a reati commessi dai soggetti apicali (art. 6) – ed illeciti che costituiscono il risultato della carenza di controlli da parte degli apici o in generale della disorganizzazione aziendale – in cui i reati sono commessi dai subordinati (art. 7) o addirittura rimane ignoto l’autore del reato (art. 8)».

²²¹ In particolare, dispone l’art. 7, co. 1 e 2: «l’ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» e «in ogni caso, è esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Al co. 4 si specifica, poi, cosa bisogna intendere per efficace attuazione: «una verifica periodica e l’eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell’organizzazione o nell’attività» – lett. a), che prevede una continua attività di “*follow-up*” da parte dell’ente nell’adeguamento del modello ai continui mutamenti della realtà aziendale – e «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello» – lett. b). La formulazione dei primi due commi dell’articolo in commento riprende in modo quasi

legislatore, dunque, chiamato a scegliere la funzione da assegnare ai modelli organizzativi, non ha optato per una (pur possibile, come dimostrato dall'esperienza di altri ordinamenti²²²) semplice riduzione della sanzione, ma ha preferito esonerare *tout court* l'ente da responsabilità²²³. Le ragioni di questa scelta sono da ricercare,

letterale quella contenuta nell'art. 124, co. 1 del Progetto Grosso. Osserva ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., 42, che si è in presenza di «una sorta di *agevolazione colposa*, verrebbe da osservare, di natura sostanzialmente oggettiva in quanto riferita *impersonalmente* alla struttura e comunque di impostazione normativa: tanto che siffatta situazione, di per sé fondante la responsabilità dell'ente, è “esclusa” dall'efficace attuazione dei modelli mirati alla prevenzione del rischio di realizzazioni criminose specifiche da parte dei sottoposti (art. 7). [...] L'ente risponde in quanto la sua struttura non ha fatto tutto quanto possibile per neutralizzare il rischio della realizzazione di reati». Secondo DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1149 s., la mancata vigilanza dovrebbe essere «imputabile innanzi tutto alla *persona* del soggetto in posizione apicale», ma lo schema imputativo di cui all'art. 7 «risolve ed esaurisce la rilevanza punitiva del difetto di controllo sull'operato criminoso dei sottoposti nella mancata attuazione e/o efficace attuazione del *compliance program* da parte dell'ente», non curandosi dell'apicale e venendo a determinare in tal modo «pericolose lacune di tutela. [...] il *fatto* di agevolazione colposa del reato dei sottoposti, ravvisabile nel comportamento dei soggetti titolari degli obblighi di direzione e vigilanza, rileva soltanto come canale di imputazione soggettiva (in un certo senso *colposa*) del reato del sottoposto all'ente collettivo: il soggetto in posizione “apicale” risulta così essere una sorta di “portatore sano” di un germe di responsabilità punitiva (l'agevolazione colposa) che si trasmette all'ente di appartenenza, ma dal cui influsso il primo resta esente»; così anche ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 212 s. Critici, ritenendo, invece, che destinatari dei doveri di vigilanza e, dunque, responsabili della loro violazione siano gli apicali PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., 431; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., 108 s., secondo cui «a fondare la responsabilità dell'ente per il reato commesso dai subordinati è [...] una responsabilità colposa dei vertici per non aver impedito un reato doloso o colposo la cui commissione è legata all'inosservanza di detti obblighi»: di conseguenza, per poter imputare il reato commesso dai subordinati (anche) all'ente, «è necessario che un rimprovero possa essere mosso ai vertici, e questo consegue nella fattispecie, per l'appunto, alla inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza». Impostazione, quest'ultima, che sembrerebbe essere stata avallata anche dalla giurisprudenza nel caso Siemens: cfr. Trib. Milano, 27 aprile 2004, Siemens AG, cit.: «perché possa configurarsi la responsabilità dell'ente per reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza è necessario che, ai sensi dell'art. 7, la commissione del reato sia stata resa possibile dalla violazione degli obblighi di vigilanza e controllo alla cui osservanza la struttura è tenuta».

²²² Si veda, in particolare per quanto riguarda la disciplina statunitense, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 88 ss.

²²³ E ciò ha fatto coerentemente con l'art. 11, co. 1, lett. e) della legge delega, a proposito (quantomeno) dei subalterni. Sul punto, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 959. Tuttavia, non è mancato in dottrina chi ha ritenuto, riguardo al secondo comma dell'art. 7 e a causa della costruzione “in negativo” di questa disposizione, di scorgervi (come, lo si vedrà, accade per lo schema imputativo del reato degli apicali di cui all'art. 6) un'inversione dell'onere probatorio: la predisposizione e l'attuazione di un modello idoneo, che ha un'efficacia esimente per la persona giuridica, sono interpretate come un “fatto impeditivo” esterno rispetto alla struttura dell'illecito, cosicché la prova dell'idoneità del *compliance program* (liberatoria per l'ente) graverebbe sulla difesa; all'accusa, il solo compito di dimostrare l'elemento di cui al comma primo, ossia l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. V., tra gli altri e con diversità di accenti, AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, cit., 197; BERNASCONI, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, cit., 75 ss. Sembrerebbe, in realtà, che il legislatore abbia voluto intendere il modello come modalità conformativa dell'ente ai suoi doveri di direzione e vigilanza rispetto all'operato dei subalterni e, dunque, che la colpa di organizzazione, che ha agevolato la commissione del reato e che non può che dover essere provata giudizialmente dall'accusa, consiste proprio nell'inefficacia preventiva del

da un lato, ancora una volta nella forte volontà garantista del legislatore, che ha voluto costruire un sistema in cui la colpevolezza della persona giuridica fosse piena e emergesse da uno stretto collegamento tra l'illecito e la "volontà" della *societas*, scongiurando così ipotesi di responsabilità del tipo del *versari in re illicita*; dall'altro lato, nella prospettiva di prevenzione che informa tutto il decreto: il fine ultimo del legislatore è quello di prevenire gli illeciti d'impresa anche sensibilizzando gli enti a una "cultura della legalità" che passa necessariamente attraverso una procedimentalizzazione della loro attività in chiave di minimizzazione del rischio-reato²²⁴.

compliance program. Cfr. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 923 s., secondo cui «il modello organizzativo, qualora adottato, integra a tutti gli effetti la condotta dell'ente (rilevante ai sensi del comma 1 dell'art. 7) e la dimostrazione della sua inefficacia preventiva, a carico dell'accusa, deve sottostare a tutti gli *standard* probatori tipici del processo penale ordinario, con piena operatività del canone dell'*in dubio pro reo*». V. anche DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 112; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 508; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 57; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 71 s.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 192. Semmai, dal secondo comma dell'art. 7 si dovrebbe piuttosto ricavare che la predisposizione di un modello idoneo, lungi dall'essere un obbligo (di per sé non sanzionato) per l'ente e essendo, invece, una delle modalità attuativa dei doveri di prevenzione per la persona giuridica, potrebbe essere omessa, qualora la *societas* opti per una modalità alternativa di attuazione degli obblighi preventivi che la norma pone in capo ad essa; e si veda ancora SCOLETTA, *loc. ult. cit.*, che osserva come «anche l'accertata inidoneità del modello organizzativo non dovrebbe comportare, *ipso iure*, il riconoscimento della colpa di organizzazione in capo all'ente, che 'nei fatti' potrebbe aver correttamente adempiuto agli obblighi di vigilanza con controlli o attraverso protocolli operativi in concreto vigenti ma non adeguatamente formalizzati nell'ambito, ad esempio, di "modelli 231" carenti di specificità o non sufficientemente implementati ed integrati con un sistema ramificato di procedure».

Infine, ultimo elemento problematico della norma in commento è quello riguardante la relazione che viene a crearsi tra la *culpa in vigilando* dell'ente e il fatto di reato. Chi interpreta le regole di condotta del modello organizzativo in chiave *stricto sensu* cautelare (rifacendosi al significato pregnante di tale concetto elaborato nell'ambito della teoria della colpa penale) ritiene che tra la colpa della persona giuridica e il reato deve esserci e deve essere accertato un nesso propriamente causale ed eziologico; così, ad esempio, DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1152 s.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 111; ID., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano*, cit., 676 s.; CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 3, 585. Chi, invece, interpreta in senso preventivo, ma non strettamente cautelare tali regole di condotta attribuisce al nesso che lega colpa dell'ente e reato della persona giuridica non un carattere pienamente eziologico-causale: l'ente si renderebbe, infatti colpevole di un illecito di rischio, per la cui imputabilità basterà che la mancanza della *societas* abbia aumentato il rischio di commissione di quello specifico reato, agevolandone colposamente la realizzazione (secondo il paradigma della causalità agevolativa). Cfr. SCOLETTA, *loc. ult. cit.* Di questo avviso GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 17 s.

²²⁴ V. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.3, 488, in cui si osserva come sia «un dato ormai ampiamente acquisito che l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al *versari in re illicita* si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose; essa induce infatti nel destinatario un senso di fatalista rassegnazione nei confronti delle conseguenze negative che possono derivare dal suo comportamento. [...] Viceversa, ancorare il rimprovero dell'ente alla

Anche nel caso di reato commesso dagli apicali, ma secondo un meccanismo più complesso, si prevede che l'ente non risponda se non vi è una sua colpa di organizzazione. In questo caso, tuttavia, il rapporto di immedesimazione organica che lega l'apicale alla *societas*, fa sì che, per "scagionare" l'ente, nel senso di non attribuire a questo la condotta illecita del dirigente, serva qualcosa in più rispetto alla mera corretta predisposizione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi idonei da parte dell'organo dirigente²²⁵: il legislatore richiede, infatti, oltre a ciò, che sia istituito un organismo interno di vigilanza sull'attuazione dei modelli, che questo abbia agito con la giusta diligenza richiestagli e, soprattutto, che la persona fisica abbia commesso il reato grazie ad una fraudolenta elusione dei modelli²²⁶. E,

mancata adozione ovvero al mancato rispetto di *standards* doverosi, significa motivarlo all'osservanza degli stessi e, quindi, a *prevenire* la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo».

²²⁵ In realtà, parte della dottrina ritiene che il principio di colpevolezza di cui all'art. 27, co. 1, Cost., sarebbe già soddisfatto dalla mera immedesimazione organica del rapporto che lega l'apicale all'ente; cfr. DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1130 ss., e, in partic., 1142; ; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 47, 61 ss. e, spec., 162 ss.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 110, il quale parla di «zelo ipergarantistico» del legislatore; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 428 ss.; MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., 1211 ss. Nella letteratura aziendalistica si veda BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., 51, secondo il quale «per i reati commessi da soggetti in posizione apicale, che tendono ad identificare i propri obiettivi con quelli dell'azienda e che comunque hanno l'autorità e la responsabilità della progettazione organizzativa, la possibilità di escludere la responsabilità dell'azienda appare pertanto priva di sostegno logico e pericolosa per la concreta lotta alla criminalità aziendale, pur con l'inversione dell'onere della prova». Anche le fonti internazionali implementate dalla legge delega n. 300 del 2000 e, in particolare il Secondo Protocollo alla Convenzione PIF, prevedono una differenziazione tra il caso di reato degli apici e quello di reato dei sottoposti: il secondo era costruito esplicitamente come una *culpa in vigilando* dell'ente; il primo, invece, non prevedeva alcun elemento soggettivo aggiuntivo di imputazione, sicché il reato degli apicali era imputato all'ente sulla base del solo legame funzionale tra persona fisica e *societas*. Il decreto, come visto, va in una direzione diversa, giustificata dalla Relazione (che adombrava anche un problema di legittimità costituzionale di opzioni legislative diverse da quella prescelta) attraverso una lettura alternativa dell'art. 11, co. 1, lett. e) della legge delega: enfatizzando la valenza della virgola, il legislatore delegato ha riferito il requisito dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza non solo al caso di reato dei sottoposti, bensì anche a quello degli apicali. Su questo si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 107, secondo la quale le considerazioni in favore della teoria dell'immedesimazione derivano dalla constatazione empirica di realtà societarie più semplici, in cui «la distinzione tra l'operato dell'ente e quello della persona fisica si risolve più in un artificio di carattere teorico che non in un dato suscettibile di riscontro empirico [...] (d'altro canto, non si comprende perché si ascrivano all'ente tutte le conseguenze negative delle scelte manageriali, eccetto la commissione di reati)».

²²⁶ Il primo comma dell'art. 6 dispone, infatti, che nel caso di reato degli apicali «l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte

oltre a questo, si dispone anche che l'onere della prova riguardo a tali elementi ricada sulla difesa (invertendo, così, il consueto canone probatorio del diritto penale)²²⁷.

Le condizioni di esonero della responsabilità per l'ente (dunque, l'assenza di colpa organizzativa), in quanto dal punto di vista probatorio sono poste esplicitamente dalla norma a carico dell'ente quali "fatti impeditivi", rimarrebbero escluse dagli elementi costitutivi tipici della fattispecie illecita²²⁸, secondo un meccanismo esimente di cui, tuttavia, si discute la natura giuridica, essendo declinato talvolta come causa di non punibilità, talaltra come scusante²²⁹.

dell'organismo di cui alla lettera b)». Cfr. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 910, secondo il quale, qui, la costruzione in negativo della norma dimostrerebbe un'adesione al paradigma dell'immedesimazione organica, sicché «la responsabilità dell'ente è in qualche modo 'presunta', in quanto il fatto criminoso sarebbe diretta emanazione degli organi rappresentativi ed attuativi della politica aziendale. Tuttavia, rispetto al paradigma 'puro' della *vicarious liability*, il meccanismo imputativo dell'art. 6 apporta un importante correttivo, che consente alla *societas* di sottrarsi alla rigidità del nesso ascrittivo proprio della *identification theory*».

Sull'elemento dell'elusione fraudolenta si tornerà diffusamente più avanti, per ora, preme ricordare come sia ormai superata la critica per cui l'agire illecito della persona fisica romperebbe il rapporto di immedesimazione organica, operando in questo caso l'apicale *ultra vires*. Sul punto si veda FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., 300, con osservazioni che valgono anche per atti di organi e rappresentanti dell'ente che abbiano agito al di là delle proprie competenze.²²⁷ Così, SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 918, il quale sottolinea anche le «delicate e complesse questioni in ordine alla struttura analitica dell'illecito dell'ente e al suo inquadramento dogmatico (denso di riflessi sulla disciplina applicabile), nonché in merito alla stessa legittimazione costituzionale del paradigma imputativo per immedesimazione descritto dall'art. 6» che derivano da tale opzione legislativa. Sul punto DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 108 s., che, a proposito dei rilievi mossi da chi sostiene la teoria dell'immedesimazione organica, osserva come il legislatore vi abbia prestato ascolto proprio nell'invertire l'onere probatorio. Nel caso degli apicali, il modello dell'immedesimazione organica sarebbe, per il legislatore delegato, la «*situazione-tipo* (considerata altresì la peculiare realtà economica italiana, che vede ancora il predominio della piccola/media impresa)», sicché il decreto avrebbe «tacitamente supposto che, commesso il reato da chi riveste una funzione apicale, tale reato sia dell'impresa, in quanto espressione della sua volontà. Ciò nondimeno, ha inteso concedere all'ente una "via d'uscita", e cioè di provare la sua *alterità* rispetto al *management* che ha agito in modo illegale. Sul piano della tecnica legislativa, l'espedito è stato realizzato invertendo l'onere della prova, e cioè sgravando l'accusa del compito (a questo livello, non lieve) di dimostrare essa stessa la *colpevolezza* dell'ente. L'inversione non si atteggia dunque a deroga del sistema».

²²⁸ Cfr. Trib. Milano, 3 gennaio 2011, G.u.p. D'Arcangelo, in *www.penalecontemporaneo.it*, per il quale «l'adozione di un idoneo modello organizzativo e la sua efficace attuazione costituiscono non già elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti, ma assumono esclusivamente valenza esimente di un illecito già completo in tutti i suoi elementi costitutivi».

²²⁹ Sul punto SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 919, il quale rileva come sia comprensibile che sorga «il dubbio che il modello imputativo della responsabilità connesso al reato degli apicali positivizzati una presunzione legale che ricade in realtà su un elemento sostanzialmente costitutivo del fatto tipico dell'ente – i.e. la colpa di organizzazione –, con tutte le perplessità di ordine costituzionale che ne derivano, in ordine alla compatibilità con il principio di colpevolezza e con la presunzione di innocenza». Critici sul punto anche BERNASCONI, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di*

organizzazione dell'ente, cit.; PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano*, cit. E critiche di questo genere inizierebbero a nascere anche in giurisprudenza, specificamente di merito, laddove la mancanza del *compliance program* è stata valutata in chiave di esigibilità al momento del fatto, partendo dal presupposto che vi sia una colpevolezza dell'ente, altra da quella dell'apicale. V. App. Brescia, 14 dicembre 2011, in *Soc.*, 2012, 1105, in cui si legge che «poiché *ad impossibilia nemo tenetur* non è responsabile l'ente per l'illecito dei propri apicali o lavoratori subordinati qualora questo sia stato consumato a pochi giorni dall'introduzione dello stesso nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 cosicché l'ente non abbia avuto il tempo materiale per adottare ed implementare un modello organizzativo»; nonché PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le soc.*, 2010, 4, 477, il quale, commentando Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, in *Le soc.*, 2010, 473, interpreta lo spirito del giudice rilevando come «a fronte di un comportamento che violi oggettivamente regole cautelari atte a minimizzare un rischio, può e deve essere favorevolmente valutato il ricorrere di "circostanze concomitanti" contingenti che rendano *hic et nunc* soggettivamente inesigibile un comportamento conforme alla regola cautelare stessa». *Contra*, tuttavia, Trib. Novara 1 ottobre 2010 (26 ottobre 2010), G.u.p. Pezone, in *Corr. mer.*, 2010, 403 ss., secondo cui, invece, «il breve arco temporale, pari a circa due mesi, intercorso tra l'entrata in vigore della normativa contestata e la commissione del fatto-reato non comporta in sé l'inesigibilità della condotta. Il principio della non esigibilità di una condotta diversa, sia che lo si voglia collegare alla "ratio" della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale, non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni ed i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse, senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultra legali di esclusione della punibilità attraverso l'*analogia juris*». Anche la Cassazione, nel pronunciarsi su una (dichiarata infondata) questione di costituzionalità della norma in esame con gli artt. 3, 24 e 27 Cost., ha escluso che il legislatore abbia operato un'inversione dell'onere probatorio, dal momento che sarà, in ogni modo, l'accusa a dover dimostrare, oltre al fatto di reato e al collegamento funzionale che lega l'autore di questo all'ente con gli ulteriori criteri dell'interesse e del vantaggio dell'ente nel reato, anche, e soprattutto, la carenza di un'auto-regolamentazione idonea; offrendo, per di più, alla *societas* la possibilità di fornire la prova liberatoria. Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover, in *Cass. pen.*, 2010, 1876 ss. e in *Soc.*, 2010, 1243 ss., la quale, pur mantenendo ferma la tesi dell'immedesimazione organica, aggiunge, altresì, che «né il d.lgs. 231 delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la cd. colpa di organizzazione dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di tale deficit organizzativo consente una piena e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo». Si veda anche su questo SCOLETTA, *op. ult. cit.*, 920 s., che osserva come «nella prassi giurisprudenziale, in sostanza, si va assistendo ad un "riequilibrio" dell'onere probatorio a favore degli enti, che risultano onerati più che altro della mera "allegazione" del modello adottato, mentre sempre più diffuso è il ricorso giudiziario a valutazioni peritali sulla efficacia dei modelli organizzativi. Si tratta di una 'correzione' prasseologica del meccanismo imputativo della responsabilità che – benché condivisibile negli esiti ed attuata nel solco di un'interpretazione costituzionalmente orientata – non sembra tuttavia essere consentita dalla rigida univocità (nel prevedere l'inversione dell'onere probatorio) della disposizione normativa dell'art. 6, sulla quale sarebbe quanto mai auspicabile un intervento ortopedico (o, quantomeno, chiarificatore) del giudice costituzionale, nel contesto appropriato di un giudizio di legittimità della legge. D'altra parte, il correttivo giudiziario è solo parziale, perché non incide sulla determinazione dello *standard* probatorio dell'accertamento del fatto (esimente), che, in un quadro sistematico pienamente conforme alle garanzie della materia penale, dovrebbe essere improntato al rispetto della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio». Così anche PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano*, cit. *Contra*, tuttavia, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 108 s., per la quale «l'inversione dell'onere della prova si è ritrovata immediatamente al centro di un "fuoco incrociato": a fronte della riferita posizione di chi avrebbe

Si deve comunque notare come, nel caso di reato degli apicali, l'eventuale esonero da responsabilità derivante da tale «(in effetti, poco *commodus*) *discessus* per l'ente»²³⁰, non è comunque totale, residuando, in ogni caso, una misura ablativa nei suoi confronti, quale quella della confisca²³¹ (anche per equivalente) del profitto che l'ente ha tratto dal reato²³².

In ogni caso, la *ratio* di questa opzione legislativa che prevede un caso in cui lo stretto rapporto di immedesimazione organica tra persona fisica e giuridica viene a rompersi, starebbe nella realtà imprenditoriale contemporanea che vede un divario sempre più profondo tra amministrazione e proprietà. Inoltre, la tendenza verso una sempre più marcata settorializzazione ha reso necessarie strutture societarie sempre più complesse, in cui il paradigma non è più verticistico, bensì si sviluppa in orizzontale e ciò che più conta sono le competenze, sicché i poteri decisori sono spesso condivisi da più figure professionali appartenenti tanto alla categoria di *line* quanto a quella di *staff* che così vengono a confondersi, non distinguendosi più, in modo netto, tra decisori veri e propri e semplici “consiglieri”. Cosicché il legislatore ha preferito evitare attribuzioni oggettive di responsabilità

preferito una imputazione senza filtro della responsabilità agli enti, altri autori – su un piano diametralmente opposto – hanno invece lamentato la violazione dell'art. 24 Cost. sul diritto di difesa» e, più oltre, osserva come «l'inversione dell'onere probatorio è oggi sempre più frequente (e sempre più subdola) sul terreno del diritto sostanziale, dove fioriscono fattispecie estremamente semplificate e dunque di agevole dimostrazione da parte dell'accusa [...]. D'altro canto, sembra indicativo il fatto che gran parte della dottrina, all'indomani dell'emanazione del decreto legislativo, ha espresso la sua preferenza per un sistema di imputazione “immediato” all'ente del reato commesso dagli apici: una soluzione certamente non più garantita sotto il profilo della ripartizione degli oneri della prova». Ancora diversa è l'opinione proposta da PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., 429 s., per il quale, mentre la responsabilità dell'ente risulterebbe integrata dal semplice fatto dell'apicale connesso, secondo i criteri di cui all'art. 5, alla *societas*, l'unica valenza dell'efficace attuazione del modello organizzativo sarebbe quella di esclusione della sanzione. Di questo avviso anche COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., 97 ss.

²³⁰ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 109.

²³¹ Confisca che, è stato sottolineato anche dalla Cassazione, dovrebbe rivestire un carattere ripristinatorio e non punitivo. Così, Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, Troso, in *Cass. pen.*, 2007, 2886 ss., nonché in *Le soc.*, 2008, 241 ss. V., su questo, PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 876.

²³² Sul punto, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 960 s., il quale, pur non condividendo la scelta legislativa di inserire un possibile esonero di responsabilità per l'ente, ritenendolo una «forzatura della legge delega», supera tali perplessità sulla scorta della non totalità dell'esonero e del fatto che le condizioni per tale esonero sarebbero sì gravose da rendere questa possibilità un «“caso di scuola” di assai improbabile realizzazione»: l'elusione fraudolenta del modello da parte dell'apicale, che deve essere dimostrata dall'ente, circoscriverebbe «l'esonero a situazioni limite», ipotesi «ben poco probabile».

per l'ente, anche nel caso del reato dell'apicale, dando enfasi al senso più pregnante del principio di colpevolezza²³³.

Infine, vi è una dottrina che rinviene nell'articolo 8 del decreto un terzo differente modello ascrittivo di responsabilità all'ente, valevole per il caso in cui l'autore del reato rimanga ignoto²³⁴.

In ogni caso, la colpa di organizzazione, così modulata nelle varie ipotesi di illecito dal legislatore, vuole dare la più ampia attuazione al vero significato del principio di colpevolezza, ponendosi in posizione di «argine garantista della general-prevenzione»²³⁵; sicché grande importanza è stata data, in dottrina, all'esame degli elementi che caratterizzano la colpa dell'ente e, in particolare, ai modelli organizzativi.

5. I modelli di prevenzione del rischio-reato

Il legislatore delegato, nel costruire il sistema di responsabilità degli enti, molto ha tratto, in particolar modo sul punto dei modelli organizzativi, dall'esperienza statunitense, che per prima ha tentato di dettare una disciplina giuridica della materia, cercando di positivizzare una cultura etica dell'impresa nel tessuto aziendale del Paese²³⁶.

Tuttavia, il legislatore italiano, conscio delle peculiarità della realtà imprenditoriale e giuridica del nostro Paese ha anche saputo deviare, ove necessario, dall'esempio statunitense.

²³³ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 111, la quale rileva come la problematica maggiore, in un panorama del genere, sarebbe il fatto che «si rivelerà sempre più difficile stabilire se un soggetto, pur non rivestendo formalmente una carica di vertice, non svolga per caso comunque funzioni apicali. Ciò accade sempre più frequentemente quando, ad esempio debbano essere assunte decisioni suscettibili di immediati risvolti gestionali, ma che implicano competenze altamente specialistiche di cui sia in possesso un dipendente qualificato. Sicché, in simili casi, potrebbe in concreto rivelarsi problematico l'inquadramento del fatto al di sotto dell'art. 7 ovvero dell'art. 6 del decreto legislativo. Il che – come già accennato – avrebbe potuto forse indurre (non già a differenziare, bensì, al contrario) ad omologare o, se possibile, addirittura ad unificare i meccanismi di ascrizione della responsabilità all'ente. Dalla *ratio* della regolamentazione normativa sembra potersi trarre una conseguenza. [...] il complesso modello preventivo tratteggiato nel decreto non sembra aver ragion d'essere nelle realtà con forte concentrazione decisionale, come quando la gestione delle società sia affidata ad un amministratore unico. In tal caso, il reato che questi compia impegnerebbe comunque in modo diretto la responsabilità dell'ente». L'A., più oltre, esprime, in proposito, la perplessità per un «sistema nato vecchio» (119).

²³⁴ Sul punto, approfonditamente, SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., 925 ss.

²³⁵ Testualmente, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 123.

²³⁶ Su questo DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 102 ss.

Un primo punto di differenziazione sta nel fatto che, mentre il sistema statunitense, seguendo la teoria della *vicarious liability*, assegna al fatto della efficace adozione del modello solamente una funzione di diminuzione di pena, il decreto legislativo – come si è avuto modo di osservare in precedenza – ha previsto questa situazione come condizione di vero e proprio esonero dalla responsabilità, così da adeguarsi pienamente ai principi costituzionalmente garantiti di personalità e di colpevolezza, incompatibili con ipotesi di *versari in re illicita*²³⁷.

Altro punto di distacco è quello che riguarda la fonte normativa delle regole di condotta a cui l'ente deve attenersi, distacco in questo caso dovuto al differente retroterra culturale che ha prodotto i due sistemi: da una parte, infatti, vi è stata un'evoluzione graduale che dai codici etici di autoregolamentazione, con il passare del tempo sempre più diffusi e strutturati, ha portato fino alle *Federal Sentencing Guidelines* positivizzate a livello federale²³⁸; dall'altra parte, invece, la nostra realtà aziendale non ha mai conosciuto una fase prodromica di auto-regolamentazione,

²³⁷ Si veda SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 910, il quale sottolinea la particolarità del fatto «che nel nostro ordinamento i modelli organizzativi non incidono solo sul momento commisurativo della sanzione (nella fase di *sentencing*), ma possono assumere un valore di *defense*, elidendo (quasi) completamente le conseguenze punitive della *corporate liability*». Sul punto, altresì, CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 205; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 333. V. anche GULLO, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 241, il quale, nel riconoscere la duplice funzione dei modelli organizzativi nell'economia della responsabilità degli enti – funzione che si esplica e «sul piano della conformazione dell'illecito dell'ente e su quello delle dinamiche riparatorie» – scorge proprio in questa deviazione dall'esempio statunitense la centralità e «l'importanza strategica del modello», il quale si ritrova a essere «l'architrave del sistema». L'A. sottolinea come nel sistema americano, infatti, «la valutazione del *compliance program* conduce all'attribuzione all'ente di un determinato *score* avuto riguardo alla sua colpevolezza, secondo le cadenze previste nelle *Federal Sentencing Guidelines* del 1991, aggiornate da ultimo nel 2018», senza che al programma sia attribuita alcuna rilevanza sul momento della configurazione della responsabilità per l'illecito in capo all'ente. Critico sul punto, in ragione dei limiti del sistema di responsabilità degli enti, CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems". I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 965 ss.

²³⁸ V. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 88 s., per la quale «il problema della *self-regulation* finisce con il rivelarsi sempre lo stesso. Affidata alla buona volontà dei suoi destinatari, accusa un *deficit* di effettività, per la mancanza, nel caso di violazione, di un'adeguata reazione sanzionatoria»; più oltre osserva come l'intervento legislativo «si lasciava apprezzare sul piano delle tecniche usate per contemperare le istanze retributive con quelle di prevenzione: ed infatti alla comminatoria astratta di *finis*, anche molto elevate (la pena pecuniaria rappresenta la “regina” delle sanzioni per le imprese, ma non ne esaurisce il catalogo), corrispondono forti sconti di pena conseguenti all'assunzione, da parte delle società, di misure interne, calibrate sulla specificità dei reati ed indirizzate appunto alla prevenzione ed alla scoperta di questi ultimi (il c.d. *carrot-stick model*)». Sul punto anche DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 64 e 102 ss. Le *Guidelines* possono essere consultate al <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.

ma ha “subito” l’imposizione dei modelli avvenuta nel 2001²³⁹, la definizione del cui contenuto, tuttavia, è stata lasciata dal legislatore agli enti stessi, affidando, in ultima analisi, la statuizione delle regole di cautela alla fonte privata²⁴⁰.

²³⁹ Ancora DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 89, la quale osserva come «all’indomani dell’emanazione del d.lgs. n. 231, era dunque facile presagire il rischio di fallimento, desumibile dalla sostanziale impreparazione *culturale* delle imprese, alla quale si sarebbe potuta verosimilmente accompagnare una sostanziale riluttanza ad operare la ristrutturazione organizzativa societaria in chiave preventiva. E non si trattava di semplici valutazioni pessimistiche: la mancata aggregazione del consenso del mondo imprenditoriale (condizione essenziale dell’effettività del sistema) aveva già avuto modo di manifestarsi, ed inequivocabilmente, durante la fase preparatoria del decreto legislativo, la cui travagliata emanazione fu fortemente ostacolata. A distanza di quasi dieci anni dall’entrata in vigore del decreto, deve tuttavia prendersi atto, con soddisfazione, che questo specifico rischio non si è avverato. [...] Piuttosto, a seguito di una convulsa e spesso irrazionale implementazione della *parte speciale* del d.lgs. n. 231/2001, il sistema delle cautele comincia ad apparire quantitativamente sovraordinato e pletorico, lasciando presagire, da qui a breve l’ineffettività dei modelli».

²⁴⁰ In realtà, l’opzione legislativa non affida totalmente alla fonte privata la predisposizione dei modelli: l’art. 5, co. 3, infatti, consente che l’adozione di questi sia effettuata sulla base di codici di comportamento predisposti dalle associazioni di categoria (le quali, oltre a garantire uniformità, sarebbero anche capaci di intercettare le necessità di tutela e le istanze delle imprese), previa comunicazione al Ministero della Giustizia. Si è così optato per un’opzione intermedia e di compromesso, escludendo le due soluzioni alternative. L’affidamento esclusivo agli enti, a causa della confusione di ruoli tra “controllori” e “controllati”, avrebbe potuto attenuare l’efficacia del sistema, e v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 98 e 95, dove l’A. paventa il «pericolo di una sostanziale vanificazione, nella prassi applicativa, dell’intero marchingegno di garanzie messo tanto faticosamente in piedi dal legislatore delegato del d.lgs. n. 231, e ciò a causa del *deficit* di attendibilità che affligge per definizione regole oggettive di cautela la specificazione del cui contenuto è – come vedremo, per necessità – affidata al medesimo destinatario tenuto al loro rispetto»; *contra* BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., 55, il quale avrebbe preferito tale soluzione, ritenendo che un intervento dall’esterno in questo campo, quale è quello delle associazioni rappresentative degli enti, potrebbe «solo proporre degli standard generali che non potranno immediatamente adattarsi alle singole fattispecie aziendali, alle peculiarità organizzative, alle specialità gestionali». Per contro, se il compito fosse stato affidato alla legge (come avviene, almeno per i principi generali, negli Stati Uniti), il risultato sarebbe stato o quello di un’indicazione troppo generica tale da mancare di una forte valenza orientativa delle condotte societarie o quello opposto di un’ingerenza dello Stato, connotata da una rigidità che è affatto funzionale all’attività d’impresa, per sua natura, insopportabile rispetto a schematismi troppo stringenti. Per quanto attiene al ruolo del Ministero della Giustizia, il decreto non si esprime: si limita a richiedere che le osservazioni pervengano entro un termine di trenta giorni, ma non chiarisce né quale sia il valore della “approvazione” né quale quello delle osservazioni stesse. Per disciplinare alcuni di tali aspetti è stato emanato con d.m. 26 giugno 2003, n. 201 un regolamento attuativo, su cui v. PASCULLI, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*, cit. 273 ss. Ad ogni modo, un approccio di tipo cooperativo e di partenariato pubblico-privato nella lotta alla criminalità economica e, in particolare, d’impresa, in un’economia sempre più globalizzata, veniva auspicata da lungo tempo, fin da STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., 459 ss. e 471. D’altronde, come rilevato da GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 245, questa scelta del legislatore del 2001 è «il frutto raffinato dell’intenso confronto in seno alla dottrina penalistica degli anni ’80 sulla delega di funzioni e sulle sue ricadute penalistiche. È stato quello il primo esperimento di utilizzo di uno strumento di autonomia privata – appunto la delega di funzioni – per assicurare il migliore adempimento di obblighi di fonte legale, sovente a presidio di beni di elevato rango (se pensiamo al settore classico della sicurezza sul lavoro), attraverso la creazione di una rete capillare di garanti dislocati lungo la catena gerarchica. Ed è stato merito, prima della cristallizzazione normativa nell’art. 16 del Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008), del

Un punto, invece, che avvicina il sistema dei modelli italiano a quello statunitense dei *compliance programs* è il fatto che la loro adozione non sia imposta dal legislatore in termini di obbligo giuridico, bensì rientrerebbe piuttosto nel concetto di onere²⁴¹.

fecondo dialogo tra dottrina e giurisprudenza l'aver identificato condizioni e limiti affinché la delega si rivelasse potente meccanismo di rafforzamento della tutela degli interessi in gioco e non schermo attraverso cui opacizzare le responsabilità individuali». L'A. rileva altresì come tale approccio – mirato alla prevenzione, piuttosto che alla punizione – sia stato successivamente trasposto dal legislatore anche nell'ambito del contrasto al riciclaggio (d. lgs. n. 231 del 2007) e alla corruzione (l. n. 190 del 2012), dove poi si è assistito a un vero e proprio *exploit*, che ha generato anche problemi di coordinamento tra legge 190 e decreto 231, in materia di società a controllo e a partecipazione pubblica, su cui v., diffusamente, GULLO, *I reati contro la pubblica amministrazione e la tutela dell'attività giudiziaria*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 423. Sulla *partnership* pubblico-privato nell'ambito della lotta alla criminalità economica CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 946 ss.

²⁴¹ Come dimostra anche il fatto che la mancanza dei modelli non è per se stessa sanzionata e come osserva in più punti anche la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, (in partic.) § 1, 490, in cui si parla di «onere, per l'ente, di dotarsi di modelli di organizzazione e di gestione improntati alla massima effettività». Così anche GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 247 ss., secondo cui ciò può essere dedotto dal fatto che non siano previste specifiche sanzioni a carico della società che non abbia adottato un modello organizzativo come, invece, avviene in altri settori del nostro ordinamento giuridico (ad esempio, in materia di anticorruzione ovvero in materia di *cybersecurity*) e come avviene, altresì, nell'ambito di ordinamenti stranieri: in Francia, in particolare, al ruolo fondamentale attribuito nell'anticorruzione alla *compliance* preventiva fa da contraltare un ampio potere della Agenzia anticorruzione, che, oltre a vigilare sulla corretta adozione e attuazione del *programme de conformité*, ha anche il compito di sanzionare gli enti inadempienti. Tale scelta legislativa farebbe poi gioco nel caso di applicazione del sistema 231 a enti stranieri, ai quali in questo modo sarebbe consentito di mantenere i propri sistemi equivalenti senza che debbano necessariamente dotarsi dei modelli previsti dalla legislazione italiana. L'A. rileva, inoltre, come il dato oggettivo della realtà imprenditoriale italiana sembrerebbe dare ragione alla tesi dell'onere: si citano, in particolare, due indagini statistiche dalle quali emergerebbe che, se, da una parte, la maggioranza delle imprese di medio-grande dimensione si sia conformata alle indicazioni del decreto e, nello specifico, all'adozione dei modelli organizzativi, d'altra parte, invece, le microimprese risultano avulse dal sistema 231 e, per queste ultime, i modelli rilevarebbero solamente nel momento successivo dell'arginamento delle conseguenze negative del reato già avvenuto; da ciò sembrerebbe potersi dedurre la facoltatività del modello organizzativo. In realtà, questa interpretazione, pur prevalente in dottrina e avallata dalla giurisprudenza (per tutti DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 87 e 120; Cass., pen., sez. VI, sent. 23 giugno 2006 (2 ottobre 2006), n. 32627, La Fiorita s.c.a.r.l., cit.), non è unanime: v., ad esempio, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 431, il quale sostiene che «per quanto concerne la disciplina relativa ai reati dei "sottoposti", è esplicito il riferimento alla "inosservanza degli obblighi" (di direzione o di vigilanza). La stessa identificazione della situazione considerata presuppone una disciplina di riferimento, legale o "interna" all'ente, che prevede poteri e correlativi doveri di soggetti apicali. In quest'ambito, la predisposizione di modelli preventivi ex d.lg. 231, cit. è esercizio di poteri e adempimento di doveri già altrimenti stabiliti, in vista del buon funzionamento dell'ente. [...] La predisposizione di modelli organizzativi idonei a prevenire il reato dei sottoposti è dunque, un obbligo, ad un tempo, dei soggetti apicali e dell'ente che essi "impersonano"; ID., voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 960. Inoltre, secondo ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Anal. giurid. dell'ec.*, 2009, 2, 198; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 382 s., la tendenza giurisprudenziale a rilevare una responsabilità in capo agli amministratori per l'assenza del *compliance program* finisce per suscitare nei confronti dell'ente una forte spinta all'adozione del modello, tanto da costituire, di fatto, un vero e proprio obbligo. Critico verso tale

I modelli si atteggiavano diversamente nel caso di reato degli apicali e nel caso di reato dei sottoposti. Per quanto riguarda la prima ipotesi, il legislatore dispone cinque indicazioni per la costruzione del modello²⁴². In primo luogo, si tratterà di svolgere una attività di monitoraggio intesa ad una “mappatura del rischio”, con cui individuare i settori in cui è più probabile che si verifichino degli illeciti²⁴³. Secondariamente, si richiede una procedimentalizzazione della fase formativa e di quella attuativa delle deliberazioni che vanno ad incidere in aree coperte dal rischio-reato²⁴⁴. Altra indicazione fornita dal legislatore è quella di formalizzare e standardizzare anche la modalità di gestione delle risorse finanziarie. I modelli, inoltre, devono prevedere un sistema di flussi informativi da e verso l’organismo deputato alla vigilanza sui modelli al fine di mettere quest’ultimo nella posizione di effettuare un reale ed efficace controllo²⁴⁵. Infine, come clausola di chiusura che

opzione legislativa è anche DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1147. A parere di SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell’elusione fraudolenta*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 113 s.: «Continuare a considerare l’adozione di un modello organizzativo quale onere contribuisce, anche soltanto da un punto di vista culturale, a depotenziarne il ruolo, e a favorire orientamenti che frustrano la *ratio* di fondo del d. lgs. 231. Se di onere davvero si trattasse, logica conseguenza sarebbe che nessuna attività di controllo preventivo o successivo potrebbe essere esplicata. L’accertamento della colpevolezza dell’ente non può certo risiedere in un elemento non obbligatorio. [...] Ritenere obbligatoria l’adozione del modello organizzativo contribuirebbe ad esprimere un messaggio di rafforzamento della funzione general-preventiva del sistema, corresponsabilizzando ancor di più l’ente, ma in prima battuta il privato nella sua funzione di *rulemaking*».

²⁴² V. l’art. 6, co. 2, lett. a)-e) del d. lgs. n. 231 del 2001.

²⁴³ Nella esperienza statunitense si parla in proposito di “*control self assessment*”: l’ente dovrà effettuare una autovalutazione che dovrebbe indicare anche, per ciascun rischio-reato, il grado di probabilità della verifica dell’illecito. Inoltre, tale valutazione dovrà esplicarsi secondo una duplice linea direttrice: da un lato, in senso orizzontale in base ai settori di attività dell’ente; dall’altro, in senso verticale in base alla strutturazione dell’organigramma societario. Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 96.

²⁴⁴ Buone prassi da seguire sono: per la fase deliberativa, formalizzare i passaggi e i processi che portano alla deliberazione stessa; per la fase di attuazione, allo stesso modo, rendere trasparenti e standardizzati i vari momenti esecutivi, nonché affidare questi ultimi a diversi soggetti al fine di delimitare i poteri di ognuno di essi e creare un sistema di reciproco controllo tra loro. V. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 97.

²⁴⁵ Sulle perplessità che ha suscitato l’introduzione dell’organismo di vigilanza si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 112 ss.; ABRIANI, GIUNTA, *L’Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2012, 3, 192, che parlano in proposito di uno «dei punti più oscuri della disciplina delineata dal d. lgs. 231/2001»; nonché SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 913 ss. In giurisprudenza, una recente pronuncia della Cassazione è intervenuta sul tema della indipendenza dei componenti di questo organo, ritenendo con essa incompatibile il fatto che il presidente dell’OdV fosse contemporaneamente membro del consiglio di amministrazione. Si veda Cass. pen., sez. II, sent. 27 settembre 2016 (9 dicembre 2016), n. 52316, Riva F.i.R.E. s.p.a., la quale ha rilevato come «iniziative e, principalmente, controllo possono essere ritenuti effettivi e non meramente “cartolari”, soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato: non a caso, l’art. 6 comma 2 lett. d), prevede una serie di obblighi di

informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, al fine evidente di consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto)», e poiché «un efficace modello organizzativo e gestionale può essere violato [...] solo se le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente (art. 5, comma 1, lett. a) abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso [...] la natura fraudolenta della condotta del soggetto apicale (persona fisica) costituisce, per così dire, un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le "misure di sicurezza"». Più oltre, si osserva altresì che se «il concetto di frode, pur se non necessariamente coincidente con gli artifizii e i raggiri di cui all'art. 640-bis c.p., deve quanto meno consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, ovvero in una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della stessa», allora «non può, pertanto, ritenersi idoneo ad esimere la società da responsabilità amministrativa da reato, il modello organizzativo che prevede la istituzione di un organismo di vigilanza sul funzionamento e sulla osservanza delle prescrizioni adottate non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato», dal momento che questo è «composto in maniera tale da essere privo di qualsivoglia indipendenza dagli amministratori della società». Particolarmente criticate in dottrina sono le previsioni di cui ai commi 4 e 4-bis (quest'ultimo introdotto con la l. n. 183 del 2011) dell'art. 6 del decreto, in cui viene concesso rispettivamente alle imprese di piccole dimensioni di affidare i compiti dell'organismo di vigilanza direttamente all'organo dirigente e alle società di capitali di attribuire tali funzioni al collegio sindacale (ovvero al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo della gestione, nel caso in cui la società abbia optato per il sistema di gestione monistico o dualistico). Per GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 276, l'ultima soluzione si rivelerebbe particolarmente discutibile in ragione del fatto che, almeno nel caso di talune fattispecie criminose quale quella di false comunicazioni sociali, tale organo troverebbe a ricoprire contestualmente il ruolo di controllore e quello di controllato. In ogni caso, salvo quanto disposto nei commi appena richiamati, nulla si dice quanto alla composizione di tale organo, ai requisiti necessari per i suoi componenti, alla concreta operatività e ai poteri di cui è investito; anche su questo, dunque, grande rilevanza hanno avuto le tendenze tracciate dalle Linee Guida delle associazioni di categoria, nonché delle posizioni assunte via via dalla giurisprudenza. Nelle pronunce tanto di merito quanto di legittimità i giudici hanno cercato, infatti, di rimarcare alcuni punti fermi per garantire efficacia e effettività all'operato dell'OdV. Così si è ribadita la necessità della composizione collegiale dell'organo (Trib. Riesame Parma, 26 maggio 2015), della indipendenza dei suoi membri (Cass., sent. 27 settembre 2016, n. 52316, cit.; Cass., Sez. Un., sent. 18 settembre 2014, n. 38343, cit.; App. Firenze, sent. 16 dicembre 2019, n. 3733) e dei suoi poteri di iniziativa e di intervento (si pensi al caso Impregilo, in cui la Cassazione ha censurato il fatto che il potere di approvazione definitiva delle comunicazioni dirette al mercato non fosse stato affidato all'OdV o il fatto che non fosse previsto quantomeno il suo potere di presentare tali comunicazioni accompagnate da una *dissenting opinion*; sul caso, in posizione critica nei confronti della decisione del giudice di legittimità, v. MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, 4, 105 ss.). Inoltre, vi sono state pronunce che hanno rilevato la carenza organizzativa dell'ente nel fatto che, ai fini della onorabilità dei membri dell'organo, venissero in rilievo solamente le condanne definitive e non invece quelle ancora non passate in giudicato (G.i.p. Trib. Milano, ord. 9 novembre 2004) e nel fatto che l'organo fosse previsto nella compagine aziendale della capogruppo, ma non in quella delle controllate (G.i.p. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003). In ogni caso la dottrina sembrerebbe concorde nel ritenere che, pur in assenza di chiara disposizione legislativa (salvo nei richiamati casi di cui ai commi 4 e 4-bis dell'art. 6), sia creato all'interno dell'ente un organismo *ad hoc*, non bastando alla necessaria autonomia richiesta per le funzioni da affidarvi, neppure che queste siano attribuite all'*Internal Audit*, che, in un primo momento, era sembrato poter ricoprire bene tale veste. Quanto alla composizione, già si è detto della collegialità (che può eventualmente mancare nel caso di imprese medio-piccole che attribuiscono tale ruolo all'organo dirigente che sarà, verosimilmente, monocratico); mentre per la scelta dei membri parrebbe preferibile che essi vengano selezionati all'esterno dell'ente, essendo semmai utile la presenza di qualche membro interno (non, però, della maggioranza dei membri dell'organo), che con esso faccia da cerniera, ma che deve comunque essere in possesso dei requisiti di indipendenza e autonomia (nonché di onorabilità e professionalità). Altro elemento essenziale è che venga garantita la continuità d'azione dell'OdV. Infine, si segnala come terreno estremamente scivoloso e

garantisca una certa effettività dell'impianto, deve essere predisposto un sistema disciplinare e sanzionatorio che dia una risposta pronta, da parte dell'ente stesso, all'illecito, ancor prima che intervenga il giudice penale.

Mutuata dal sistema statunitense è anche la necessità di effettività dei modelli che, a tale fine, debbono rispondere ad un requisito di adeguatezza (espresso in termini di idoneità ed efficace attuazione)²⁴⁶. La valutazione di idoneità del modello (elaborato in astratto e in via preventiva) dovrà rifuggire da logiche e ragionamenti del *post hoc, propter hoc*, basandosi, piuttosto su un giudizio prognostico anch'esso astratto ed *ex ante*²⁴⁷. Tale valutazione (come anche la calibratura stessa del modello) dovrà essere condotta tenendo in particolare conto le peculiarità e le specificità della singola società (rilevano, ad esempio, le

su cui la dottrina si interroga da tempo quello del riconoscimento o meno in capo all'OdV di una posizione di garanzia per i reati commessi all'interno dell'ente: se, infatti, è pacifico che tale organo possa rendersi colpevole di condotte attive per concorso di persone *ex art. 110 c.p.* (ipotesi, però, di scarsa verifica), molti più dubbi si hanno in merito all'applicabilità dell'*art. 40 cpv. c.p.* secondo lo schema del mancato impedimento dell'evento. Per un approfondimento sul tema si rinvia nuovamente a GULLO, *op. ult. cit.*, 280 ss., il quale tende a negare la posizione di garanzia in capo all'OdV. Condivide tale conclusione (maggioritaria in dottrina), tra gli altri, CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 412; mentre propende per la tesi opposta VIGNOLI, *Profili critici della responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2009, 2, 99, nonché – sembrerebbe – MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 510. La giurisprudenza, invece, nei rari casi che si sono presentati, ha sempre evitato di prendere una posizione netta sul punto: v., ad esempio, il caso BMPS, Trib. Milano, sez. II, sent. 8 novembre 2019 (12 maggio 2020), n. 13490, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113 ss., con nota di FUSCO, FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'Organismo di Vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*; nonché Cass., 20 gennaio 2016, n. 18168.

²⁴⁶ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 87 s.; sul difficile giudizio di adeguatezza dei modelli, tra gli altri, ASSUMMA, *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, 193 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 3, 69 ss.

²⁴⁷ Per PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 476 ss., il giudizio dovrebbe ricalcare quello «*ex ante* a base parziale tipico della *colpa* nel diritto penale moderno: ai fini dell'accertamento della responsabilità, il modello cautelare *valido* è quello forgiato sulla base delle migliori conoscenze – *consolidate* e *condivise* nel momento storico in cui il fatto viene commesso – circa i metodi di abbattimento/minimizzazione del *rischio tipico*»; similmente SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., 912 s., propende per un «giudizio prognostico sulla efficacia teorica – cioè condotta prevalentemente «sulla carta» – della struttura organizzativa e del complesso di regole preventive – autonormate dalla società e confluite nel modello – a coprire e minimizzare i rischi di reato considerati rilevanti per la società a seguito dell'attività di analitica mappatura (dei rischi)». In giurisprudenza si veda Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, in *Le soc.*, 2010, 473, che rileva come «per non cadere in una sorta di «responsabilità oggettiva» degli enti, occorre verificare la efficacia del modello con valutazione «*ex ante*» e non «*ex post*», rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori». Fa riferimento al paralogismo del *post hoc propter hoc* anche SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 112.

dimensioni e la complessità della struttura aziendale, il settore di attività, la vita pregressa – anche giudiziaria – dell’ente), nonché le modificazioni intervenute nel tempo (sia quelle normative, che quelle interne all’organizzazione societaria, che quelle esterne e tecnologiche dei vari settori)²⁴⁸.

La valutazione sull’efficace attuazione (lo sviluppo, per così dire, dinamico del modello, il suo passaggio “dalla potenza all’atto”) attiene alla concreta applicazione delle regole di condotta positivizzate in esso nella quotidianità dell’attività dell’ente, nonché all’effettività del sistema di controlli che è posto a suo presidio. Questa, viceversa è una valutazione da condurre *ex post* e in concreto²⁴⁹.

²⁴⁸ Tant’è che, a causa di tali specificità, potrebbe nei fatti non bastare la mera adozione del modello predisposto dall’associazione di categoria, come rileva DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 100 ss., la quale osserva, altresì, come solamente il giudice possa effettuare tale valutazione, cosicché il legislatore ha inteso «creare un sistema di dialogo “interattivo” ed integrato» attraverso i modelli che «si ispirano ad un paradigma di tipo “aperto”. Da una parte, vi si scorgono le tracce di un *incentivo alla moralizzazione* spontanea dell’impresa. In tal senso, non deve sottovalutarsi la funzione pedagogica del codice etico che, come accennato, del modello costituisce una parte essenziale».

²⁴⁹ Su questi aspetti, SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 913. Diversamente, GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 253 s., il quale, nel prendere le distanze dalla tesi che intende idoneità e adeguatezza come due sinonimi, ritiene piuttosto la seconda un indizio, rilevante ancora sul piano astratto della fase teorica del modello, della concreta idoneità. Secondo l’A., infatti, per giudicare idoneo un modello bisognerebbe verificarne: l’adeguatezza, ossia il fatto che questo sia «*tailor made*, ‘cucito addosso all’ente’», scartando, dunque, *ictu oculi*, «i modelli ‘ciclostile’, che probabilmente sono appartenuti alla fase di prima applicazione del decreto»; l’effettività, ossia il fatto che il modello venga applicato nella realtà della vita aziendale, scongiurando, così, il fenomeno della c.d. «*cosmetic compliance*» e del «modello ‘cartaceo’, che, pur opportunamente confezionato, non trovi seguito in puntuali e concrete politiche dell’ente» e che finirebbe per rivelarsi per la società «un *boomerang* [...] allorché i soggetti deputati non disponessero delle risorse adeguate per portarlo a compimento»; e, infine, l’efficienza, ossia il fatto che il modello riesca a “tenere il passo” delle evoluzioni e delle modificazioni in cui l’ente eventualmente incorra. Preme, in ogni caso, sottolineare come il fine dei modelli organizzativi non sia affatto scongiurare in assoluto la verifica dei reati presi in considerazione e di quelli che si sarebbe dovuto prendere in considerazione a seguito dell’analisi della mappatura del rischio, bensì quello di minimizzare il rischio di commissione di tali reati: sottolinea giustamente ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2012, 225, che «il rischio zero non esiste». Sul punto v. anche GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 255 s., critico nei confronti del legislatore proprio a causa di una non chiarezza in merito, dal momento che «l’obiettivo realistico è quello di minimizzare il rischio», tanto che, nell’*iter* di predisposizione di un modello idoneo, «l’ultimo passaggio attiene alla *definizione del livello di rischio tollerabile*, nella prospettiva penalistica [...] dell’individuazione dell’area di rischio consentito». L’A. ritiene «di gran lunga preferibile l’opzione seguita dal legislatore spagnolo che, all’art. 31-*bis* c.p., pone, accanto alla neutralizzazione [del rischio], per l’appunto, la sua riduzione in modo significativo. Il tema non è estraneo alle Linee Guida delle Associazioni di categoria, trovando eco in quelle di Confindustria ove si suggerisce, per i reati dolosi, una definizione parametrata sul requisito dell’elusione fraudolenta. Questo è il ragionamento: se tale requisito è il termine di giudizio per escludere la responsabilità dell’ente nell’ipotesi di reato posto in essere da un apicale, il modello dovrà dimostrare di resistere sino al limite della sua elusione fraudolenta. [...] Il percorso di definizione del rischio accettabile (*risk tolerance*) è legato alla previa individuazione del livello di propensione

Un aspetto particolare e derogatorio sul tema dei modelli organizzativi si rinveniva nell'ambito dei reati societari: l'articolo 25-ter, infatti, non prevedeva in passato il meccanismo dei modelli, bensì ancorava la responsabilità dell'ente per tali illeciti al semplice fatto di connessione tra la persona fisica che li ha commessi (necessariamente rientrante nella categoria degli apicali) e la persona giuridica. Effettivamente, qualcuno in dottrina aveva dubitato della opportunità di imporre una autoregolamentazione anche in questo settore criminale, essendo già previsto un sistema di tutele a tale fine nell'atto costitutivo e nello statuto delle società; e ciò a maggior ragione in vista del controllo ministeriale che avrebbe fatto riemergere l'idea di una intrusione governativa nella organizzazione dell'impresa. Tuttavia, oltre alla discutibilità di una così vistosa deroga ai principi generali del decreto legislativo (principi generali cui il legislatore avrebbe dovuto conformarsi nell'introduzione dell'articolo 25-ter, secondo l'indicazione di cui alla lettera h) dell'articolo 11 della legge n. 366 del 2001), le vicende giudiziarie (a partire dal caso Enron) hanno dimostrato l'opportunità di prevedere sistemi di misure preventive anche in tale settore²⁵⁰.

Nel caso di reato dei sottoposti, il fine e il contenuto del modello si atteggiavano diversamente. La direzione finalistica è volta a garantire che l'attività d'impresa si svolga in condizioni di piena legalità e che vengano tempestivamente scoperte ed eliminate le situazioni di rischio²⁵¹. Tuttavia, il decreto resta generico per quanto attiene, invece, ai contenuti del modello, genericità dovuta alle specificità proprie di ciascun settore e ciascuna impresa, che non consentono una definizione in astratto di tutte le cautele concretamente esigibili, ma che è apprezzabile anche alla luce della continua espansione del catalogo dei reati-

al rischio che l'ente ritiene di poter assumere (*risk appetite*), ed entrambi sono determinati su basi essenzialmente economicistiche. Il risultato finale [...] ci sembra inquinato, ai nostri fini, dal fatto che nell'ottica strettamente aziendale è pur sempre l'ente a fissare il livello di rischio 'soportabile'; cosa che non è invece nel sistema prefigurato dal decreto 231». Sulla consapevolezza che l'unico obiettivo realistico sia la minimizzazione del rischio e, dunque, che la verifica di un reato non debba, di per sé, essere considerata come inequivocabile segno della inidoneità del modello si vedano anche, per l'esperienza statunitense, le *Federal Sentencing Guidelines*, che, al paragrafo 8B2.1(a), affermano esplicitamente: «*The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*»; nella nostra giurisprudenza, Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, cit.; nonché Cass., sent. 24 settembre 2019, n. 43656, in *CED Cass.*, 277358-01.

²⁵⁰ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 103 s.

²⁵¹ Si veda il co. 3 dell'art. 7 del decreto.

presupposto²⁵². In ogni caso, il legislatore specifica che, ai fini dell'efficace attuazione del modello, particolare importanza riveste l'attività di *follow-up*, ossia una continua verifica di funzionalità del programma, seguita eventualmente dall'adeguamento di questo alle violazioni scoperte, nonché ai mutamenti della realtà aziendale e normativa, e, come per il caso del reato degli apicali, la creazione di un sistema disciplinare²⁵³.

Conclusivamente, si è osservato che il carattere più innovativo del sistema dei modelli emerge quando messi in correlazione con il momento sanzionatorio. Vi sarebbe, infatti, una continuità tra illecito e risposta dell'ordinamento, che, in sinergia con l'ente, non si prefigge un mero scopo punitivo, ma, attraverso un meccanismo premiale basato proprio sui modelli, anche uno scopo di moralizzazione della *societas* e, conseguentemente, di prevenzione per la commissione di ulteriori reati²⁵⁴.

²⁵² Sul punto, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 121. Sulla genericità della lettera della legge v. anche MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 75, che parla di «mero involucro che l'ente dovrà autonomamente riempire di concreti contenuti cautelari»; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 377, secondo cui quello predisposto dal legislatore sarebbe solo uno «scheletro di modello»; nonché GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 261 ss., il quale, tuttavia, sottolinea come una importante traccia su cui costruire tali modelli è data, oltreché dalle nuove disposizioni in tema di anticorruzione e, in particolare, di *whistleblowing* (introdotto già con la l. n. 190 del 2012, il cui art. 6 è stato, però, puntualmente riformato dall'art. 2 della l. n. 179 del 2017), soprattutto dal «settore pilota della sicurezza del lavoro» (d.lgs. n. 81 del 2008, in particolare art. 30), su cui v., per tutti, SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 75. Altra traccia importante, soprattutto per la delimitazione della struttura del modello, deriva dalle Linee Guida delle associazioni di categoria, su cui ancora GULLO, *loc. ult. cit.*, 264 ss., il quale sottolinea come, anche a un primo e superficiale esame dei modelli pubblicati sui siti delle imprese italiane, si riconosce sempre una strutturazione degli stessi (derivata dalle Linee Guida e, in particolare, dalle prime pubblicate da Confindustria e Abi) in una «parte generale» e in una «parte speciale», la quale è, il più delle volte inaccessibile, rimanendo patrimonio conoscitivo esclusivo dell'impresa, dal momento che è in questa parte che sono sviluppati i presidi operativi. Nella «parte generale» si dovrebbero rinvenire, oltre allo «scheletro identificativo» dell'ente (la c.d. «carta di identità dell'ente», PIERGALLINI, *loc. op. ult. cit.*, 384), il Codice etico, il sistema di controllo interno e il sistema normativo; la «parte speciale», invece, contiene, come detto, i singoli e specifici protocolli preventivi e può articolarsi per fattispecie di reato ovvero per processi (che, a dispetto della maggiore linearità della prima opzione, è l'assetto più scelto, essendo più vicino al modo di ragionare e all'approccio tenuto dagli enti).

²⁵³ Così l'art. 7, co. 4, su cui DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 122; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., 924 s.

²⁵⁴ V. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 123 ss., che sottolinea di questo sistema il «carattere *interattivo*: fino al giudizio, e poi – in taluni casi – anche nella fase esecutiva, è ancora possibile una riduzione del carico afflittivo delle interdizioni ove l'ente adotti tardivamente le misure dirette all'impedimento di reati, e cioè «si ravveda», eliminando quelle carenze organizzative che lo rendevano *rimproverabile*». L'A. prosegue osservando come il

Tuttavia, è stato sottolineato come l'incessante e caotico intervento additivo sulla c.d. "parte speciale" del decreto da parte del legislatore, se, da un lato, ha sanato quel *vulnus* di tutele derivante dalla "bassa portata" del catalogo di reati originario (che non prevedeva alcune delle fattispecie per cui era più pressante l'introduzione di un sistema di responsabilità degli enti, dimostrando un "difetto" rispetto alle indicazioni della delega), dall'altro, invece, avendo allargato a dismisura la lista dei reati-presupposto, ha reso più reale il paventato rischio di un'ingerenza statale nell'organizzazione interna delle società²⁵⁵ e anche quello che la predisposizione e l'attuazione dei modelli risulti in una mera burocratizzazione che non venga però "interiorizzata" dall'ente, restando solo sulla carta²⁵⁶.

legislatore abbia perseguito un fine di «prevenzione generale negativa, dal momento che i programmi hanno il compito specifico di azzerare o di diminuire il rischio di compimento di reati sia da parte dei vertici che da parte dei sottoposti»; nonché e ulteriormente, un fine di «prevenzione generale positiva o integratrice, vale a dire strumento della ricomposizione del conflitto mediante la riaffermazione della scelta di valore operata dall'ordinamento». Sul punto, anche GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 242 ss., il quale evidenzia, oltre alle problematiche generate da alcuni recenti interventi del legislatore in tema di corruzione, come «il rilievo del modello organizzativo si è andato poi rafforzando alla luce dell'ampliamento dei suoi ambiti di rilevanza. L'adozione del modello è infatti un elemento che concorre positivamente all'attribuzione del *rating* di legalità alle imprese da parte dell'Autorità per la concorrenza e il mercato. Esso è previsto tra i contenuti della dichiarazione di carattere non finanziario che taluni enti sono tenuti a presentare, e che può comunque essere depositata presso la Consob su base volontaristica, nel quadro delle politiche volte a implementare, sulla scia della normativa eurounitaria, la logica della *corporate social responsibility*. Il modello è parimenti preso in esame nel contesto del *rating* di impresa che è previsto dal Codice degli appalti e la cui operatività è legata alla definizione del regolamento dell'ANAC in materia. Così pure esso rientra tra le componenti, in termini di *corporate governance* e trasparenza, necessarie per essere ammessi al segmento S.T.A.R. di Borsa Italiana. Da ultimo, pare opportuno menzionare i provvedimenti adottati da diverse Regioni che, nel settore cruciale degli appalti, richiedono, ai fini della partecipazione alle gare, l'avvenuta adozione del modello da parte delle imprese, nonché la previsione del riformato art. 34-*bis* del c.d. Codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) che, nell'ambito dell'istituto del controllo giudiziario nelle aziende, dispone che il tribunale possa imporre all'amministratore giudiziario l'adozione delle misure organizzative ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-*ter* del d.lgs. n. 231 del 2001 (lett. *d*). In definitiva, il modello 231 si è proposto quale punta avanzata dello schema di cooperazione pubblico-privato nel contrasto alla criminalità economica che, attraverso il filtro dell'esperienza di *common law*, è penetrato nel sistema italiano».

²⁵⁵ Su questo, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, cit., 157 s.; nonché FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche*, cit., 1401 s., il quale rileva come, a tal proposito, sia necessario che gli operatori del diritto siano competenti anche sul piano della cultura societaria, mentre, almeno al tempo dell'introduzione del decreto, un approfondimento di questi temi mancava del tutto negli studi giuridici.

²⁵⁶ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 125 s., la quale rileva altresì «le difficoltà di costruire specifiche regole cautelari in relazione al delitto di associazione per delinquere (art. 416 c.p.), non essendo certo possibile prevenire il fenomeno associativo quando potenzialmente rivolto alla commissione di *qualsivoglia delitto*, la possibilità di una reale mappatura del rischio vanificandosi a tutto vantaggio di una generica declamazione di principio». Sui problemi derivanti dall'introduzione tra i reati-presupposto delle fattispecie di cui agli artt. 416 e 416-*bis* si veda anche AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 21 ss.

Il compito più impegnativo, dunque, rimane a carico degli interpreti, i quali sono chiamati ad effettuare le loro valutazioni sui modelli con occhio molto attento allo specifico caso concreto che si presenti, evitando di ricadere in vetusti schemi ascrittivi del *versari in re illicita* e di responsabilità oggettiva²⁵⁷.

²⁵⁷ Così, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 126. Secondo GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 267 ss., a vent'anni dall'entrata in vigore del decreto è stato proprio questo a mancare: il vaglio dei modelli, e dunque la loro validazione, da parte della giurisprudenza. L'A., infatti, ritiene che la scarsa casistica, la tendenza, fin dalla contestazione dell'illecito, della magistratura a rilevare l'inidoneità del modello senza, tuttavia, identificare puntualmente la carenza organizzativa e, ancor più precisamente, la cautela mancante, e, infine, l'esiguità delle pronunce della Suprema Corte sul punto, sono da annoverare tra i principali motivi del «fallimento della 231 nella prassi giurisprudenziale». Oltre, però, a casi in cui il sindacato dei giudici si è tradotto in pronunce apodittiche sulla carenza organizzativa del modello, senza che fosse debitamente specificata la mancanza da parte dell'ente (come nel citato caso Siemens AG) e casi in cui i giudici di legittimità, non considerando gli sforzi dei giudici di merito di valutare l'idoneità del modello secondo uno schema *ex ante* e non tenendo nel giusto conto le indicazioni delle Linee Guida, hanno proceduto con un approccio rigoristico (si fa qui riferimento alla sentenza della Cassazione sul caso Impregilo che ha annullato la decisione della Corte d'Appello, che peraltro confermava la decisione dei giudici di prime cure), l'A. segnala altresì recenti pronunce in cui la Cassazione ha sottolineato come sia compito del giudice di merito valutare l'idoneità e l'efficace attuazione del modello, nonché pronunce in cui si avverte limpidamente il tentativo dei giudici di assolvere in maniera compiuta all'onere di motivare la carenza organizzativa in cui si sostanzia l'illecito dell'ente (tra cui G.u.p. Roma, 22 gennaio 2019, n. 125, caso Bonatti, in cui la mancanza dell'ente è stata rilevata nel fatto di non aver formalizzato misure preventive per il trasferimento di dipendenti in Libia, considerando gli specifici problemi di quel territorio – come l'instabilità politica e i conflitti armati –, e nel fatto di non aver sottoposto tali misure al vaglio dell'OdV). Anche in questo caso, si evidenzia, poi, come settore “apripista” anche nella giurisprudenza sia spesso quello della sicurezza sul lavoro. L'A. riporta, inoltre, l'esempio dell'esperienza statunitense, dove è proprio il *Department of Justice* a intervenire e a emanare delle *Guidelines* sulla valutazione di idoneità dei modelli che i *prosecutors* debbono seguire nel decidere, per ogni caso che si presenti loro, se procedere ovvero pervenire a un *settlement* con l'impresa – si tratta (e v. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015) dei cc.dd. *Non-Prosecution Agreements* (NPAs), con cui il procedimento a carico dell'ente viene interrotto, e dei cc.dd. *Deferred Prosecution Agreements* (DPAs), con cui il procedimento viene differito; in entrambi i casi il “patto” è che l'ente, per un periodo di “osservazione”, adempia alcuni specifici obblighi lungo un percorso di “rientro” nella legalità. Nelle Linee Guida del Dipartimento di Giustizia americano viene proposta un'analisi che si sviluppa in tre segmenti di valutazione: bisogna, innanzitutto valutare se il programma è, sulla carta, ben congegnato (*well designed*), successivamente se l'ente lo implementa seriamente e in buona fede (*earnestly and in good faith*) e, infine, se effettivamente funziona (*works in practice*). Ciò che più colpisce, tuttavia, è che vi siano anche, per ognuno di tali giudizi, delle griglie valutative precise e ben dettagliate, che favoriscono la trasparenza del sindacato e dell'*iter* valutativo del *prosecutor* (nonché una certa uniformità di giudizio), il che rende possibile, per le imprese, conoscere, in anticipo e in modo approfondito, gli aspetti su cui sarà incentrato l'esame (e, dunque, uniformarvisi già prima di entrare in contatto con l'autorità giudiziaria, potendo ragionevolmente prevedere che ciò basterà, in caso di verifica del reato, per vedere minimizzata la propria responsabilità).

CAPITOLO II

L'ELUSIONE FRAUDOLENTA DEL MODELLO NEL REATO COMMESSO DAGLI APICALI

1. La teoria della responsabilità dell'ente per fondamento organico

Si è già visto nel capitolo precedente come all'interno del decreto possano rinvenirsi due anime: una che fa capo alla teoria dell'identificazione e l'altra, invece, corrisponde alla logica della colpa organizzativa.

Esaminandole, ora, dalla prospettiva visuale che qui interessa, ossia quella del reato degli apicali, e partendo dalla prima di queste due interpretazioni, che trova il suo fulcro nell'articolo 5 del decreto, laddove il legislatore pone come "fondamento organico" della responsabilità dell'ente il suo interesse o vantaggio nell'agire illecito della persona fisica, emerge come essa si rifaccia ad uno schema in cui la responsabilità della persona giuridica deriva da quella dell'autore del reato, che viene traslata, senza altri elementi ascrittivi, sulla *societas*¹. Il paradigma "organicistico"² sembrerebbe, tuttavia, essere superato dagli articoli 6 e 7 del decreto, i quali andrebbero ad integrare l'elemento oggettivo dell'illecito dell'ente con un requisito soggettivo, incardinato proprio nella colpa di organizzazione³.

¹ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013, 7, il quale rileva come in questo caso «l'imputazione si attua *sic et simpliciter* attraverso la *traslatio* in capo all'ente dell'azione materiale posta in essere dall'individuo e del suo atteggiamento soggettivo: [...] il fatto commesso dall'individuo inserito nella *societas*, nell'interesse o a vantaggio di quest'ultima, è riconosciuto come *proprio* anche della persona giuridica per via del canale di collegamento instaurato dal rapporto organico». L'A., poco più oltre, ammonisce sui rischi di una «marcata *semplificazione* dei profili problematici» che la preferenza per modelli imputativi antropomorfici porta con sé. Su questo, v. anche ALESSANDRI, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 265.

² Su cui si veda, anche per spunti bibliografici, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 40 ss.; nonché DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 149 ss.

³ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 162 ss., che, criticamente nei confronti della scelta normativa del decreto, parla di concezione «mutilata» del rapporto organico da parte del legislatore, il quale ha dovuto integrare il paradigma imputativo dell'art. 5, opinabilmente limitato, tramite il criterio soggettivo della colpevolezza organizzativa di cui agli artt. 6 e 7, operazione che, nel pensiero dell'A., sarebbe stata «presumibilmente non necessaria». In giurisprudenza mostra di aderire alla interpretazione secondo cui la colpevolezza organizzativa abbia la capacità di evitare attribuzioni di responsabilità di tipo oggettivo Cass. pen., sez. VI, sent. 16 luglio 2010, n. 27735, cit. Si segnala tuttavia una dottrina che rileva, nella prassi giurisprudenziale, una tendenza all'oggettivizzazione del requisito dell'elusione fraudolenta. Così, in particolare riguardo alla pronuncia di legittimità sul caso Impregilo, PALIERO, *Soggettivo e*

L'opzione di spezzare l'immedesimazione tra amministratore e *societas*, positivizzando casi in cui la volontà del primo non coincide con quella della seconda, si giustifica, come detto, alla luce della moderna prassi aziendalistica che vede, sempre più spesso, una confusione di ruoli tra apicali e sottoposti tale che, se non si prevedessero possibilità di esonero per l'ente, si ricadrebbe in ipotesi di responsabilità per *versari in re illicita*⁴.

Terreno di scontro e di dibattito per le due teorie sulla responsabilità degli enti sono gli articoli 5, 6, 7 e 8 del decreto, che, interpretati in modo differente dalla dottrina organicistica, adesiva alla *identification theory*, rispetto a quanto invece fa quella che propende per la colpa di organizzazione, forniscono elementi a suffragio dell'una ovvero dell'altra linea ermeneutica.

oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?, in *Le Soc.*, 2015, 11, 1285 ss.

⁴ Sul punto, la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 489: «Non si ignora l'obiezione che più agevolmente può muoversi ad una scelta di questo tipo: i soggetti in posizione apicale sono essi stessi espressione della "volontà sociale" ed appare artificioso immaginare l'esistenza di un diaframma che separi quest'ultima dal loro operato. In realtà, se ciò può dirsi senz'altro vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico il caso di "amministratore unico") non altrettanto vale per la situazione societaria attuale. Questa è costellata da una serie di realtà organizzativamente complesse, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello verticistico, ma si distende piuttosto su di una (ampia) base orizzontale, con la conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell'ente. In realtà di questo tipo, imputare all'intero ente le conseguenze di comportamenti delittuosi tenuti da soggetti che pure svolgono funzioni apicali, ma che non risultano rappresentativi della *societas* nel senso appena specificato, esporrebbe la riforma alle perplessità che si sono poc'anzi illustrate in ordine al ricorso a criteri di imputazione su base meramente oggettiva. Il discorso assume ancora maggiore evidenza se si pensa che ai rappresentanti, ecc. dell'ente sono stati equiparati anche le persone che svolgono le stesse funzioni all'interno di unità organizzative funzionalmente autonome». A ciò si è tuttavia obiettato che, anche a voler soprassedere sulla mancata aderenza ai criteri della legge delega che non prevedeva, nel caso degli apicali, elementi imputativi ulteriori rispetto a quelli *ex art. 5*, altra soluzione possibile (e preferibile) sarebbe stata quella di distinguere gli amministratori "di secondo livello" dagli apicali veri e propri, equiparandoli ai sottoposti, così da escluderli dalla possibilità di esonero *ex art. 6*, anche alla luce della «riconosciuta artificiosità di "immaginare l'esistenza di un diaframma che separi" la società di capitali dal suo amministratore (unico o delegato)», invece che «imbarcarsi nella impossibile quadratura del cerchio, che imputa alla società la mancanza di controllo nei confronti del suo *controllore massimo*», secondo quanto rilevato da CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., 212 ss., il quale sottolinea altresì l'incongruità di ritenere l'ente responsabile per «la mancanza di controllo nei confronti del suo controllore massimo, con la connessa ipocrisia dogmatica che se il "controllando-controllore" commette il reato la "controllata"[...] risponde per colpa consistente nel non aver controllato il rispetto degli *standard* di "legalità preventiva": tutto in realtà materializzato nello stesso soggetto, il vertice societario: il doctor Jekyll e mister Hyde del diritto italiano (penale-amministrativo dell'economia)». Sul punto, un'intensa discussione si era sviluppata anche durante i lavori preparatori della Commissione, su cui v. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 509. Cfr., altresì, sull'organizzazione sempre più "orizzontale" delle imprese, PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 54; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 590.

Già si è detto di quanto la teoria “derivativa” tenda a dare preminenza ai criteri oggettivi di cui all’articolo 5, ridimensionando, invece, il ruolo dei criteri ascrittivi di cui agli articoli 6 e 7; a breve, si dirà delle diverse interpretazioni fornite dalla dottrina organicistica rispetto a quanto, invece, fa la dottrina “autonomista” alle condizioni di esonero da responsabilità, in particolare a quella prevista per il reato degli apicali dall’articolo 6; si può, tuttavia, notare fin da ora come si atteggiino i due filoni dottrinali nei confronti della disposizione sulla confisca, riservandoci, inoltre, di esaminare nel prosieguo della trattazione anche la questione sulla autonomia della responsabilità dell’ente.

Per quanto attiene alla confisca, dispone il quinto comma dell’articolo 6 che, nel caso di reato commesso da un apicale, la condizione di esonero da responsabilità non involge il momento ablativo, sicché dovrebbe desumersene, secondo la teoria del fondamento organico, che il legislatore abbia voluto, con la previsione esonerativa *ex primo* comma dell’articolo 6, andare ad incidere non tanto sulla responsabilità dell’ente (che rimane pienamente in capo ad esso), quanto piuttosto sul solo livello sanzionatorio⁵. L’argomento è stato, tuttavia, superato dalla teoria della colpa di organizzazione sulla base di diverse considerazioni: da una parte, vi è stato chi ha sostenuto che la misura di cui all’articolo in commento, diversamente da quella *ex* articolo 9, non avrebbe natura sanzionatoria, bensì sarebbe finalizzata a scopi diversi⁶; dall’altra, più generalmente, vi è stato chi, pur non rigettando il carattere sanzionatorio della confisca *ex* quinto comma dell’articolo 6, ne ha escluso la funzione propriamente punitiva, riconoscendogliene, invece, una più propriamente ripristinatrice⁷.

1.1 I dubbi di costituzionalità

Preliminarmente, però, prima di esaminare le questioni rimaste in sospeso nell’ottica organicistica e, successivamente, in quella “autonomistica” della teoria della colpa di organizzazione, non può tacersi del problema principale che la teoria del fondamento organico si trova a dover fronteggiare, ossia delle critiche di

⁵ Sul punto, PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, cit., 430.

⁶ Così, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 96.

⁷ Cfr. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, cit., 81. Adesiva a tale impostazione è, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, Troso, cit.

illegittimità costituzionale mosse a tale dottrina da quanti la respingono optando per l'opposta tesi della colpevolezza organizzativa.

Innanzitutto, antropomorfizzando il paradigma imputativo del reato, la tesi organicistica parrebbe conformarsi al livello minimo di garanzia espresso dal principio di personalità in materia penale *ex primo comma* dell'articolo 27 della Costituzione, ma non a quello più ampio: un meccanismo ascrittivo di tipo oggettivo quale è quello fatto proprio da tale teoria, infatti, traslando semplicemente, seppur attraverso criteri oggettivi di collegamento – uno rappresentato dal legame funzionale tra persona fisica ed ente e l'altro dall'interesse o vantaggio che, secondo le varie interpretazioni, la *societas* deve aver avuto alla commissione dell'illecito –, il fatto materiale della persona fisica in capo alla persona giuridica, è sufficiente a fugare il rischio che l'ente sia chiamato a rispondere per fatto altrui, bensì non quello che sia chiamato a rispondere per un fatto di cui non è colpevole⁸. Se non vi fosse altro che la mera *traslatio* del reato dell'apicale o del sottoposto in capo alla *societas*, non si vede come e perché si potrebbe muovere un rimprovero ad essa senza ricadere negli ormai superati schemi del *versari in re illicita*. Sicché sarebbe necessario un *quid pluris*, un criterio di imputazione soggettivo che rivesta il ruolo dell'elemento psicologico nel reato delle persone fisiche e che il legislatore ha trovato nella colpa di organizzazione⁹.

Nonostante ciò, si è già detto di come la legge delega, da un lato, e parte della dottrina, dall'altro, optassero, almeno nel caso del reato degli apicali, per una fattispecie che non prevedesse alcuna possibilità di discolarsi a favore dell'ente, cosicché il legislatore delegato, nel prevedere, all'articolo 6, ipotesi in cui la

⁸ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 8.

⁹ Questa viene poi definita dalla *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 12.1, 504, come «deficit di controllo o di vigilanza», che si traduce in una mancanza nella adozione, attuazione ovvero sorveglianza dei modelli organizzativi, i quali, in tal modo, vengono a svolgere una funzione cautelare e preventiva rispetto alla commissione di illeciti all'interno dell'impresa. In giurisprudenza, anche la Corte Costituzionale (C. Cost., sent. 9 luglio 2014, n. 218, consultabile in www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=218), nel decidere sulla conformità a Costituzione delle norme del decreto sulla figura del responsabile civile, lette in combinato disposto con l'art. 83, co. 1, c.p.p., rileva come «l'illecito ascrivibile all'ente costituisca una fattispecie complessa e non si identifichi con il reato commesso dalla persona fisica»; il reato-presupposto, infatti, «è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità amministrativa, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica, alle condizioni perché della sua condotta debba essere ritenuto responsabile l'ente», le quali ultime comprendono, il deficit organizzativo nella predisposizione e attuazione dei modelli, oltretutto l'interesse o il vantaggio nella commissione del reato.

persona giuridica non è responsabile, ha preferito utilizzare una formulazione articolata e di complessa interpretazione che, oltre a non prevedere un esonero totale¹⁰, ha fatto pensare a una inversione dell'onere probatorio, dovendo l'ente provare l'efficace adozione e implementazione del modello e un adeguato controllo da parte dell'organismo proposto alla vigilanza su queste, nonché l'elusione fraudolenta del *compliance program* da parte dell'apicale che ha commesso il reato.

Ora, se così fosse e il legislatore avesse davvero disposto un aggravio dell'onere probatorio in capo alla difesa, sarebbe arduo non riconoscere che si è in presenza di una violazione della presunzione di non colpevolezza in materia penale, garantita costituzionalmente dal comma secondo dell'articolo 27 della Costituzione. Così, dottrina e giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, si sono sforzate di ricercare un'interpretazione della disposizione in commento capace di risultare conforme ai dettami costituzionali, attraverso una interpretazione ricostruttiva della struttura dell'illecito dell'ente che riuscisse a risolvere la tensione tra il primo comma dell'articolo 6 del decreto e il secondo comma dell'articolo 27 della Costituzione¹¹.

1.1.1 L'elusione fraudolenta come mero fondamento di una causa di esclusione della responsabilità

Invero, un altro argomento spesso utilizzato da chi tende a ridimensionare l'importanza della colpa di organizzazione, in favore di una concezione che ritenga pienamente sufficiente a fondare la responsabilità dell'ente il criterio del fondamento organico, prende spunto dal rilievo che la condizione di esonero da responsabilità abbia la funzione sussidiaria di fondamento di una causa di esclusione e non sia, invece, elemento "positivo" della fattispecie dell'illecito da cui sorge la responsabilità dell'ente¹². Sicché, tale ipotesi di esonero, sul versante

¹⁰ E si veda, a tal proposito, l'art. 6, co. 5, che dispone, in ogni caso quando il reato sia commesso da un apice, la confisca del profitto, anche nella forma per equivalente.

¹¹ Sforzo che è stato ritenuto da taluno «senz'altro apprezzabile», sebbene insufficiente a fugare completamente i dubbi di incostituzionalità della disposizione del decreto; così CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 180. Sospetti di illegittimità costituzionale della disposizione relativamente all'art. 27, co. 2, Cost. sono paventati anche da FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 274.

¹² Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 11.

della teoria del reato, è stata sussunta talvolta nella categoria delle cause di non punibilità, giustificata da un ragionamento in termini di politica criminale¹³, talvolta nella categoria delle cause di esclusione della colpevolezza (inquadrandola tra le scusanti positivizzate per inesigibilità)¹⁴.

Ponendosi in quest'ottica, risulta agevole risolvere la questione dell'inversione dell'onere probatorio: la colpa organizzativa non sarebbe un elemento costitutivo dell'illecito bensì, genericamente, un fatto impeditivo dello stesso, di talché la fattispecie sarebbe integrata semplicemente dalla mera commissione di un reato da parte dell'apicale in cui l'ente abbia avuto interesse (ciò che deve essere giudizialmente provato dal pubblico ministero), mentre il rischio della mancata prova dei fatti impeditivi di cui alle lettere da *a*) a *d*) del primo comma dell'articolo 6 ricadrebbe sull'ente¹⁵.

Per quanti, invece, sostengono la teoria della colpa di organizzazione, ritenendo quest'ultima il cuore della fattispecie di illecito addebitata all'ente, nonché l'elemento che rende rimproverabile la *societas*, il primo comma

¹³ Così PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 429 ss.; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., 97 ss.

¹⁴ V. DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1135 ss.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 107; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 76; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 10; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 29.

¹⁵ Cfr. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 177 ss., il quale, criticamente nei confronti di tale impostazione, rileva come questa sia la giustificazione teorica di una discutibile prassi delle procure italiane che fin dalla contestazione del fatto si avvalgono di presunzioni e argomentazioni implicite, accontentandosi della semplice «*relatio*» del fatto della persona fisica in capo alla persona giuridica. L'A. osserva che «la teoria non convince. La norma, formulata in negativo [...], descrive indubbiamente una condizione *latu sensu* impeditiva, cioè idonea a produrre l'effetto di escludere la condanna dell'ente. Ma questo non basta per affermare che si tratti di una circostanza esimente: lo stesso effetto "impeditivo", è persino banale osservare, deriva anche dall'insussistenza del reato o dalla sua commissione da parte di persona estranea alla società o, ancora, dalla commissione del reato nell'esclusivo interesse dell'autore o di terzi; fattori, tutti, della cui natura costitutiva dell'illecito nessuno potrebbe mai dubitare. Né a qualificare l'elemento in un senso o nell'altro può essere la regola [...] che solleva il pubblico ministero dall'onere di provare le circostanze indicate dalla norma; regola (certamente discutibile quanto a coerenza con i principi della giurisdizione penale, ma) che non opera, evidentemente, sul piano sostanziale della definizione del fatto tipico, ma su quello processuale delle modalità di ricostruzione del fatto storico. A meno di assumere aprioristicamente che tutti i fatti la cui prova non venga posta dalla legge a carico dell'accusa siano per ciò solo cause esimenti, nessun argomento a sostegno della tesi può essere tratto dall'enunciato dell'art. 6. Se, invece, guardiamo alla *ratio* dell'intervento normativo, volto a responsabilizzare la persona giuridica proprio per la carenza di contromisure interne al crimine, dobbiamo riconoscere (lo ha sottolineato la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 218 del 2014 [...]) che l'illecito dell'ente non si riduce al reato, addebitato per immedesimazione alla persona collettiva, ma è costituito da una fattispecie complessa, che include necessariamente anche il rimprovero per l'indifferenza o il disinteresse al profilo prevenzionistico».

dell'articolo 6 starebbe proprio a significare che la fattispecie non sarebbe realizzata qualora la commissione del crimine non sia stata causata da una colpa dell'ente¹⁶. Tuttavia, questo schema imputativo sarebbe, poi, nel caso del reato del vertice societario, mitigato da una *presumptio iuris tantum*¹⁷, di ispirazione organicistica, tale per cui, la colpa organizzativa rileverebbe come criterio di imputazione solo qualora venga eventualmente fornita la prova (da parte della persona giuridica) della sua mancanza¹⁸; mentre, nel meccanismo previsto dall'articolo 7 per il reato dei sottoposti, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la colpa organizzativa costituisca un elemento tipico della fattispecie di illecito, la cui prova in giudizio graverà senz'altro sul pubblico ministero¹⁹.

La giurisprudenza di legittimità si è misurata con la questione soprattutto in riferimento al problema dell'inversione dell'onere probatorio. Inizialmente attestatasi su una posizione aderente alla tesi organicistica e, dunque, di stretta interpretazione del modello imputativo e probatorio *ex* articolo 6²⁰, la Suprema Corte ha, pur mostrando ancora di aderire ancora alla teoria dell'immedesimazione organica, ciononostante trasferito il compito di provare in giudizio la colpevolezza dell'ente (ricomprensivo anche il *deficit* organizzativo) sull'organo dell'accusa²¹.

¹⁶ Sul punto, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 175, per i quali l'illecito dell'ente non sussiste qualora la persona fisica abbia agito «*al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo*» da parte dell'ente.

¹⁷ V. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 489, la quale riferisce che «la particolare qualità degli autori materiali dei reati ha suggerito al delegato l'opportunità di differenziare il sistema rispetto all'ipotesi in cui il reato risulti commesso da un sottoposto, prevedendo, nel primo caso, un'inversione dell'onere probatorio. In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata) che, nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità». Questa ricostruzione della Relazione ha fatto pensare a DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 393 e 407, che il legislatore abbia creato una situazione peculiare tale per cui un unico fatto materiale sarebbe elemento fondativo di due distinte colpevolezze, entrambe da attribuire alla persona giuridica, una derivante dalla vera e propria colpa di organizzazione della *societas*, l'altra traslata direttamente dalla persona fisica sull'ente.

¹⁸ Così PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 175; VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Roma, 2012, 136.

¹⁹ Si veda, per tutti, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 193; nonché TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 12, per il quale «si potrebbe anche descrivere il passaggio dall'art. 6 all'art. 7, segnato dalla diversa (tipologia della) "posizione" dell'autore del reato, in termini di evoluzione della colpa organizzativa da elemento costitutivo *eventuale* a elemento costitutivo *permanente* dell'illecito della persona giuridica».

²⁰ Così, Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009 (17 luglio 2009), n. 36083, Mussoni, cit.

²¹ V. Cass. pen., sez. VI, sent. 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover, cit., (seguita anche da Cass. pen., sez. un., sent. 24 aprile 2014, Thyssen-Krupp Acciai Speciali Terni s.p.a.), la quale, non

2. La teoria della responsabilità dell'ente per colpa di organizzazione

Passando ora ad esaminare la teoria “autonomistica”²² della colpa di organizzazione, si rileva come essa abbia il suo fulcro negli articoli 6 e 7 e, in

rilevando illegittimità costituzionali in riferimento al principio di colpevolezza e alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 1 e 2, afferma che «il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come “proprio” anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione». Per questo, si osserva ancora come «in forza [...] del rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 27 Cost.)». Anche sul versante della colpevolezza e di una presunta responsabilità di tipo oggettivo, osserva la Corte che il rischio del *versari in re illicita* non sussisterebbe, dal momento che il decreto dispone «la necessità che sussista la c.d. “colpa di organizzazione” dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale *deficit* organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo». Sicché, ad avviso della Suprema Corte, «nessuna inversione dell'onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente», dal momento che è il pubblico ministero ad avere «l'onere di dimostrare l'esistenza [...] dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa», oltreché il *deficit* organizzativo della persona giuridica attraverso l'individuazione di «precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente», cui, comunque, è fornita una «ampia facoltà di fornire prova liberatoria». Sul punto, in particolare riguardo ai corollari processual-penalistici di questa impostazione (in particolare, rispetto alla contestazione dell'illecito all'ente) e con approfonditi riferimenti giurisprudenziali, CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 179 ss., per il quale, tuttavia, permane il dubbio di una violazione della presunzione di non colpevolezza. In proposito si veda anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 13, il quale riporta anche la posizione della giurisprudenza di merito, che opta per una «qualificazione della fattispecie d'esonero come *esimente* che elide un fatto tipico, sia oggettivo che soggettivo». Si veda, tuttavia, Cass., sent. 18 dicembre 2016, n. 28557, pronuncia in cui la Cassazione, modificando il precedente e summenzionato orientamento delle Sezioni Unite per cui la prova iniziale del *deficit* organizzativo incombe sull'accusa, con la difesa che ha, invece, “solamente” l'onere di allegare il modello adottato e gli elementi favorevoli alla propria posizione, ha trasformato, ancora una volta, l'onere di allegazione della difesa in un vero e proprio onere dimostrativo dell'idoneità e dell'efficace attuazione del modello; orientamento già espresso, prima del caso Thyssenkrupp, da G.i.p. Trib. Milano, sent. 3 gennaio 2011, per cui «sulla difesa incombe l'onere della prova non solo della idoneità del modello adottato, ma anche della sua efficace attuazione e tale onere [...] non può ritenersi assolto mediante la mera allegazione della disponibilità alla produzione in giudizio dei modelli organizzativi».

²² Così detta poiché si propone di «autonomizzare la responsabilità dell'ente da quella della persona fisica – si direbbe, a *de-antropomorfizzarla* – fino addirittura, nelle soluzioni estreme, a svincolarla da un preciso illecito penale commesso da un agente ben identificabile». Così TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 6, il quale, poco oltre, rileva come «la *colpa organizzativa*, rappresentando una (indipendente) forma di colpevolezza in senso normativo (in cui il rimprovero mosso all'ente è) per la (colpevole) disorganizzazione della prevenzione di quel reato, plasma in capo all'ente un autonomo illecito le cui coordinate (il fatto tipico nelle sue componenti essenziali, il *tipo colposo* che viene in rilievo), soprattutto in relazione al reato della persona fisica, a cui nel nostro sistema rimane pur sempre agganciato, spetterà alla dogmatica approfondire».

particolare, nell'ottica prevenzionistica espressa dal legislatore attraverso la predisposizione di un sistema incentrato sui modelli di organizzazione e gestione²³.

In questo caso, vi sarebbero due differenti (tipologie di) illeciti, da cui deriverebbero una responsabilità penale in capo alla persona fisica e una responsabilità "amministrativa da reato" in capo all'ente, le quali si strutturano diversamente nei propri elementi costitutivi, sebbene il reato del soggetto agente rimanga pur sempre il presupposto "materiale" e oggettivo dell'illecito della *societas*²⁴.

Una ricostruzione di tal fatta, prescindendo da una semplice *traslatio* della responsabilità dell'autore materiale del reato in capo all'ente (come, invece, avverrebbe ad accogliere la teoria del fondamento organico), permette di ricostruire il sistema di responsabilità delle persone giuridiche in modo maggiormente conforme ai principi costituzionali sanciti nell'articolo 27, in particolare al principio di personalità (inteso nella sua portata più ampia, cui è approdata recentemente la giurisprudenza della Corte costituzionale, che prevede, oltre a quella per fatto altrui, l'illegittimità di una responsabilità penale per fatto proprio, ma non colpevole). Cosicché, si è già visto come la colpa organizzativa andrebbe ad integrare – seppur costruita dal legislatore in negativo, dal momento che la comprovata assenza di un *deficit* organizzativo e di controllo da parte dell'ente è condizione di esonero da responsabilità – il criterio oggettivo del fondamento organico, intervenendo sul livello soggettivo e, per così dire, "psicologico" della fattispecie²⁵.

²³ Sulla colpa di organizzazione, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 363 ss.; TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 483 ss.; PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 167 ss.; CORI, *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in SIRACUSANO (a cura di), *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007, 235 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 63 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 117 ss. e 303 ss.; FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., 267 ss.; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit.; PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in DONINI, ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161 ss.

²⁴ La struttura dell'illecito dell'ente, nei suoi elementi costitutivi, e la natura di questo tipo di responsabilità sono da sempre al centro di un intensissimo dibattito dottrinale, che ha trovato ampio spazio anche nelle aule di giustizia. Il compito degli interpreti, per quanto arduo, è, però, indispensabile e decisivo per il «destino della responsabilità dell'ente nel nostro ordinamento», dal momento che da questo deriva, dogmaticamente, il «fondamento della responsabilità» delle *societates*, secondo quanto afferma PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1544 s.

²⁵ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 7 s.

Necessario corollario di tale ragionamento è la implicita ammissione che possa esservi un divario, seppur in ipotesi per taluno tanto marginali da risultare «di scuola»²⁶, tra volontà e condotta del vertice societario e quelle dell'ente stesso²⁷, che comunque troverebbe giustificazione nella moderna prassi aziendalistica, che vede processi decisionali sempre più complessi e condivisi tra soggetti di *line* e *staff*²⁸.

Altro argomento addotto a sostegno della tesi della colpa di organizzazione si rinviene nell'articolo 8, sulla autonomia della responsabilità dell'ente, in particolare nella previsione che questa permanga anche nel caso in cui l'autore del reato resti ignoto²⁹.

A tal proposito, è lo stesso legislatore a specificare che il reato deve essere, comunque, «completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato»³⁰. Sicché, con ciò il legislatore parrebbe riferirsi, non

²⁶ Così, testualmente, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 960 s.

²⁷ Si è già riferito di come questa scelta legislativa sia stata criticata da entrambi i fronti, sia da chi propende per la tesi organicistica, che vi ha visto una superfetazione del legislatore essendo già sufficiente, almeno nel caso dell'apicale, il criterio dell'immedesimazione organica, rilevando, altresì, in alcuni casi (si pensi a quello dell'amministratore unico), addirittura l'impossibilità logica di ancorare la rimproverabilità dell'ente per il fatto di un soggetto che si vuole far essere insieme controllore e controllato (si veda, sul primo rilievo, PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 960 s.; sul secondo rilievo, da CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 212 ss.); sia da chi propende per la tesi autonomistica, che deve fare i conti con il fatto che l'esonero non è totale, essendo in ogni caso prevista la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, e con la *probatio (diabolica?)* delle condizioni previste dall'art. 6, co. 1, per la discolta, che, a seguire tale impostazione, sarebbero elementi costitutivi e "positivi" della fattispecie, e non mere cause di esclusione della colpevolezza o cause di non punibilità. Su tutte queste considerazioni si rimanda a DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 108 s., la quale parla, in proposito, di «fuoco incrociato».

²⁸ Come sottolineato anche dalla stessa *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 489; nonché da DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 111.

²⁹ V. l'art. 8, co. 1, lett. a) del d. lgs. n. 231 del 2001. La stessa *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 4, 491, rileva come, invece, l'ipotesi di reato commesso nell'interesse dell'ente da una persona fisica non imputabile rimanga, più che altro, "sulla carta", avendo essa «un sapore più teorico che pratico» ed essendo stata inserita nell'art. 8, co. 1, lett. a), «per ragioni di completezza»; cosicché dalla menzione esplicita ai casi di non imputabilità, potrebbe semmai discendere, ragionando *a contrario*, che nelle altre ipotesi di esclusione della colpevolezza debba prevalere il criterio di connessione con la responsabilità della persona fisica, di talché non opererebbe in questi casi il principio della autonomia sancito dall'art. 8.

³⁰ Così, la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 4, 491. Sul punto la Relazione è stata da più parti criticata: si veda, ad esempio, RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXXI, Torino, 2003, 5, il quale ritiene che la disposizione in esame (a suo parere di carattere sostanziale, più che processuale e di importanza fondamentale nell'economia del sistema di responsabilità delineato dal decreto) non sia conforme al principio costituzionale di personalità in materia penale, dimostrando la vera finalità general-preventiva del legislatore che avrebbe in questo caso previsto un rimprovero e una sanzione nei confronti dell'ente anche nel caso

tanto a quegli “*hard cases*” di reati colposi con verifica di eventi di grande portata offensiva, tipica concretizzazione del rischio d’impresa e del fenomeno criminogeno connesso alla grande produzione industriale, in cui la componente “*hard*”, più complicata dal punto di vista giudiziario, è di ricercare e provare in giudizio dove e su chi collocare la responsabilità, soprattutto avuto riguardo all’elemento psicologico³¹, quanto, più verosimilmente, a quei casi in cui, pur avendo individuato la categoria di soggetti cui è potenzialmente ascrivibile l’illecito (si pensi, ad esempio, ai consiglieri di amministrazione), non si sia, tuttavia, in grado di selezionare, tra questi soggetti, comunque ben identificati, l’autore materiale del fatto³².

Sulla disposizione si è sviluppato un intenso dibattito, alimentato in particolare da quella dottrina che, attribuendo particolare centralità a questa norma, arriva a incardinare sull’articolo 8 un terzo schema imputativo del reato all’ente, fondato sulla impossibilità di individuazione della persona fisica che ha commesso materialmente il reato³³. Pur ammettendo la difficile applicazione di tale paradigma

in cui mancasse l’accertamento probatorio di un elemento costitutivo della responsabilità. Critico è anche DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 353, secondo cui non avrebbe senso «parlare di colpevolezza di un autore rimasto ignoto», sicché il concetto di “reato” dovrebbe intendersi, in questo caso, in un senso differente rispetto a quello classico della dottrina giuspenalistica. Condividono, invece, le parole della Relazione PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 963, e ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., 406, che cita proprio questo argomento a sostegno del fatto che la responsabilità dell’ente abbia natura derivativa.

³¹ Così, invece, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 223, il quale menziona i casi di malattie professionali lungo-latenti, ad esempio le neoplasie.

³² Cfr. ancora la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 4, 491, in cui si legge come tale ipotesi rappresenti «un fenomeno tipico nell’ambito della responsabilità d’impresa: anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l’esigenza di sancire la responsabilità degli enti. Si pensi, per fare un esempio, ai casi di c.d. *imputazione soggettivamente alternativa*, in cui il reato (perfetto in tutti i suoi elementi) risulti senz’altro riconducibile ai vertici dell’ente e, dunque, a due o più amministratori, ma manchi o sia insufficiente la prova della responsabilità individuale di costoro. L’omessa disciplina di tali evenienze si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento». Per TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 14, a ragionare così, «il presunto fenomeno di antinomia tra tale disposizione e le altre del decreto che presupporrebbero l’individuazione dell’identità del reo (la scelta del regime d’imputazione tra quelle previste dagli artt. 6 e 7 e ancor prima l’agire nell’interesse dell’ente di cui all’art. 5) parrebbe allora destinato a svanire nella considerazione per cui l’incertezza nell’identificazione risulterebbe comunque limitata a una determinata cerchia di soggetti individuali (dalla quale derivare la “posizione” del reo nella *societas*) e nell’adesione alla prospettiva “oggettivistica” del criterio dell’interesse, con la quale verrebbe superata l’impossibilità di rinvenimento della *finalità* soggettiva dell’agire».

³³ Così DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 128; PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1542; nonché, SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 925 ss., che

ascrittivo, posto che la responsabilità dell'ente presuppone almeno l'inquadramento del soggetto agente nella categoria degli apicali ovvero in quella dei sottoposti, nonché l'accertamento dell'interesse o vantaggio dell'ente alla commissione del reato³⁴, si rileva come questo sia pienamente compatibile con lo schema generale del decreto, in quanto, anche in ipotesi di questo tipo, si debbano provare giudizialmente tutti i requisiti di tipicità della fattispecie, sia oggettivi che soggettivi³⁵.

Il paradigma imputativo *ex art. 8*³⁶, sembrerebbe risultare l'estremizzazione della tesi autonomistica della responsabilità degli enti e della colpa di organizzazione, permettendo, così, di porre rimedio ai vuoti di tutela dovuti alla necessaria individuazione dell'autore individuale del reato, soprattutto nel contesto della società del rischio e della odierna criminalità economica, ma comportando, allo stesso tempo, il rischio opposto, ossia che, enfatizzando all'eccesso l'autonomizzazione della responsabilità della persona fisica da quella della persona

osserva come in giurisprudenza, invece, risulta ancora inesplorata tale via interpretativa, ammettendo, inoltre, che «la “messa in moto” di tale strumento sanzionatorio, pertanto, è attualmente demandata alla mera volontà di *enforcement* giurisprudenziale, che – se si considera il già limitato utilizzo degli altri (e più facilmente maneggiabili) modelli imputativi della responsabilità degli enti – non sembra tuttavia orientata ad esplorare tale ulteriore (e per molti versi innovativa) potenzialità punitiva offerta dal d.lgs. n. 231/2001. D'altra parte, è anche vero che, in prospettiva futura, la previsione di una forma di responsabilità sostanzialmente diretta (ed esclusiva) dell'ente meriterebbe di essere formalizzata in “una modellistica attentamente e coerentemente articolata” e non di essere implicitamente ricavata “solo dal laconico disposto dell'art. 8”».

³⁴ V. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 927, secondo cui «la mancata identificazione della persona fisica renderà più problematica tale indagine, ma non esclude affatto la possibilità di un positivo riscontro fattuale».

³⁵ Cfr., ancora, SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 927 s., il quale osserva: «Quanto all'accertamento degli elementi costitutivi del reato-presupposto, la previsione dell'art. 8 dimostra chiaramente che il riferimento al concetto di “reato” – analogamente a quanto accade ad esempio proprio nell'art. 110 c.p. – sia solo indicativo, non essendo imprescindibile la dimostrazione, ad esempio, della colpevolezza della persona fisica. Rimane invece ferma la necessità di accertare tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, del fatto tipico; anche il dolo e la colpa (quali elementi soggettivi del tipo) non sfuggono pertanto a tale vincolo probatorio: occorrerà pertanto accertare, nei reati dolosi la direzione finalistica del fatto, nei reati colposi la violazione delle regole cautelari». V. anche FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., 157, che condivide l'opzione legislativa di prevedere una responsabilità dell'ente autonoma rispetto a quella della persona fisica, ritenendola, oltre che opportuna per ragioni di politica criminale (dunque per non lasciare vuoti di tutela nelle situazioni sopra descritte), altresì conforme al principio di personalità anche interpretato nella sua portata più ampia. Così anche GROSSO, voce *Responsabilità penale*, cit., 712 ss.

³⁶ Definito come responsabilità «(iper)diretta della persona giuridica» ovvero come «reato commesso dall'organizzazione», rispettivamente in PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano*, cit., 17, e PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 30.

giuridica e trasformando le ipotesi di reato “esclusivo” dell’ente da eccezionali in ordinarie, si rischierebbe di deresponsabilizzare l’individuo³⁷.

È evidente, a questo punto, come la teoria della colpa di organizzazione, maggioritaria in dottrina, involga anche aspetti di teoria generale del reato quali la relazione che corre tra reato della persona fisica e illecito dell’ente e la interpretazione di quest’ultimo in chiave di illecito di evento ovvero di pericolo.

2.1 L’illecito dell’ente tra fattispecie monosoggettiva e nuova ipotesi di fattispecie plurisoggettive

Quanto alla prima questione, si fronteggiano in dottrina due filoni interpretativi: secondo il primo si tratterebbe di una (nuova) fattispecie monosoggettiva che andrebbe ad aggiungersi a quella tradizionale di natura penale facente capo alla persona fisica; secondo altro orientamento si sarebbe in presenza qui di una fattispecie plurisoggettiva a «concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nel medesimo reato»³⁸.

³⁷ Così come, prima dell’introduzione della responsabilità degli enti, la persona fisica svolgeva il ruolo di «capro espiatorio», secondo FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 162. Sul punto, anche SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231 /2001*, cit., 927 s., il quale precisa che «anche al fine di evitare che l’autonomia della responsabilità dell’ente possa prestarsi ad un utilizzo strumentale a bypassare l’accertamento della responsabilità della persona fisica (attraverso contestazioni direttamente ed esclusivamente indirizzate alla persona giuridica) è necessario che la “mancata identificazione” sia interpretata come “impossibilità di identificazione” dell’autore materiale del reato; anzi, l’impossibilità di identificazione della persona fisica responsabile dell’illecito testimonierebbe viepiù i difetti dell’organizzazione aziendale, inidonea a garantire una chiara e univoca attribuzione dei ruoli e una trasparente allocazione delle responsabilità operative». Favorevoli al cumulo delle due responsabilità (della persona fisica e di quella giuridica) ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, cit., 1038 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 352; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 22 ss., a parere del quale, «se nella fattispecie concreta sono ravvisabili tutti gli elementi costitutivi (innanzitutto) della responsabilità individuale e (quindi) della responsabilità dell’ente, il cumulo di entrambe serve ad evitare la “deresponsabilizzazione” del singolo».

³⁸ Così, TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 17. Per la tesi concorsuale, tra i primi, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., 400 ss.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 17 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1539. *Contra*, MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina della responsabilità degli enti collettivi*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell’Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 227 ss.; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 5 ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, cit., 1016 ss., che v. anche per approfondimenti sul panorama dottrinale in proposito. In giurisprudenza, mostra di aderire alla teoria del concorso Cass. pen., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, in *Foro it.*, 2009, 2, 36.

La difficoltà insita nel prevedere due distinte responsabilità monosoggettive, una in capo all'ente e l'altra gravante sulla persona fisica, starebbe nella considerazione che unico è il fatto di reato e problematico sarebbe individuare la condotta tipica, in senso commissivo o omissivo, da rimproverare all'ente³⁹. Di talché la dottrina ha da subito esplorato la possibilità di inquadrare la responsabilità da reato degli enti, introdotta dal decreto, nell'istituto, affatto estraneo, nel nostro ordinamento, anche all'ambito dell'illecito amministrativo, del concorso di persone.

Secondo tale orientamento, lo schema sarebbe quello del concorso di persone, in cui le condotte tipiche e rimproverabili del soggetto autore del reato e della *societas* sarebbero tutte e due necessarie affinché la fattispecie astratta venga realizzata, relazionandosi tra loro per il principio di accessorietà e pur fondandosi su diversi presupposti ascrittivi: per l'ente opererebbero, infatti, dal punto di vista oggettivo, i criteri, *ex* articolo 5, dell'immedesimazione organica qualificata dall'interesse e dal vantaggio, che, dimostrando una "comunanza di intenti" tra ente e individuo, darebbero prova della relazione concorsuale che intercorre tra le due condotte, e, dal punto di vista soggettivo, il criterio, positivizzato negli articoli 6 e 7, della colpevolezza organizzativa, da cui si desumerebbe il contributo fornito dalla persona giuridica alla condotta criminosa della persona fisica, la cui responsabilità riposa, invece, sui presupposti tradizionali del diritto penale classico delle persone fisiche⁴⁰.

³⁹ Così PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, cit., 15. Per DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 407 ss. essa potrebbe tuttavia rinvenirsi nella colpevolezza organizzativa che non sarebbe una «"vera colpevolezza"», quanto piuttosto l'«autentico fatto» di reato, a seguito del quale l'ordinamento può muovere un rimprovero alla *societas* una volta accertata la «esigibilità dell'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo», e di cui il reato dell'apicale o del sottoposto costituirebbe la realizzazione dell'evento.

⁴⁰ Così, PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, cit., 17 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1539, il quale, poi, interpreta l'art. 8 come argomento sistematico a sostegno di tale tesi, sulla scorta della considerazione secondo cui il deficit di organizzazione e controllo per cui l'ente si rende rimproverabile e punibile risulterebbe accessorio al fatto di reato dell'individuo, che potrebbe anche rimanere non identificato o risultare non punibile. Il primo a proporre la tesi concorsuale è, però, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., 400 ss., il quale sostiene che si sarebbe qui in presenza di «una forma di partecipazione dell'ente nel reato: un concorso certamente anomalo, con l'imputazione alla persona fisica e all'ente, per un unico fatto, di un distinto illecito; ma ad un concorso anche ingegnoso, nel quale al contributo di un garante collettivo viene fondatamente associata, sul presupposto di una colpevolezza anch'essa artificiosa, ma non implausibile, una responsabilità diversamente qualificata». Per Cass. pen., sez.

Tuttavia, anche la tesi concorsuale non risulta priva di problemi, tanto che è stata spesso criticata sulla base di argomenti più o meno specifici⁴¹. In particolare, si rileva come mancherebbe nella disposizione dell'articolo 6, che non esige alcun accertamento in merito alla relazione causale tra l'omissione colpevole dell'ente e la verifica del fatto di reato, il requisito essenziale affinché possa parlarsi di fattispecie plurisoggettiva e di concorso di persone, ossia il contributo, giuridicamente inteso, dell'ente alla commissione del crimine⁴². La teoria concorsualistica metterebbe, poi, in crisi un ulteriore dogma fondamentale delle fattispecie concorsuali, quale quello dell'unificazione del titolo di reato, presentandosi l'anomalia di imputare, nonostante si parli di concorso nello stesso fatto, una responsabilità che è penale per un soggetto e amministrativa per l'altro, e che, nel caso (più frequente, visto il catalogo dei reati-presupposto) in cui la persona fisica commetta un delitto doloso, quest'ultima risponderebbe a titolo di dolo, mentre la *societas* a titolo di colpa (organizzativa); nel caso, invece, in cui l'individuo commetta un reato colposo si dovrebbe verificare una cooperazione colposa tra i due soggetti coinvolti⁴³.

un., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, cit., «la responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato “a vantaggio” o “nell'interesse” del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato fatto di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8, D.lgs. n.231), è imprescindibile il suo collegamento all'oggettiva realizzazione del reato, integro di tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto fisico qualificato».

⁴¹ Si veda, ad esempio, MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina della responsabilità degli enti collettivi*, cit., 227 ss., il quale rileva come, nei delitti aggravati dall'evento, quest'ultimo non verrebbe imputato alla *societas* in base a criteri ascrittivi, bensì con la mera *traslatio* delle circostanze del reato della persona fisica; sicché sarebbe preferibile rifarsi al paradigma imputativo del reato omissivo improprio ex art. 40, cpv c.p., ovvero a quello del reato del direttore di giornale ex art. 57 c.p. Sull'assimilabilità all'art. 57 c.p. della responsabilità dell'ente, in particolare nei reati-presupposto colposi v. FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 16 s. Secondo GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 5 ss., mancherebbe, in questi casi, un «autentico contributo causale unificatore».

⁴² Cfr. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, cit., 1003 ss.

⁴³ Così, ancora, ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, cit., 1003 ss., la quale sottolinea, relativamente a quest'ultimo scenario, la criticità «di calare in un organismo pluripersonale il requisito soggettivo della consapevolezza di collaborare con la propria condotta all'azione altrui».

Recentemente, tuttavia, è stata riproposta la teoria concorsuale, cercando di trovare soluzione alle criticità di cui si è detto. Così, è stata proposta una lettura dell'articolo 5 che ne assimilerebbe la funzione ascrittiva di responsabilità, nel caso dei reati dolosi, a quella propria dell'articolo 110 del codice penale, ritrovando nella disposizione di cui all'articolo 5 il necessario apporto causale della *societas* al reato della persona fisica⁴⁴. L'elemento psicologico, invece, andrebbe ricercato negli articoli 6 e 7 e differenziato in base al tipo di colpevolezza mostrato dai correi: nel caso di reato doloso, l'atteggiamento psicologico dell'ente potrà esplicarsi in senso altrettanto doloso con una partecipazione che a sua volta può essere per azione o per omissione, ovvero in senso propriamente colposo: nel primo caso (responsabilità dell'ente dolosa e attiva), si avrà un delitto doloso commesso su indicazione e direttiva dell'ente, come nel caso, ad esempio, di un falso in bilancio "pianificato" dalla *societas*; nel secondo caso (responsabilità dell'ente dolosa omissiva), l'omissione sarà costituita dal mancato impedimento del crimine, dovuto, ad esempio, al fatto che, pur essendosi la persona giuridica rappresentata il rischio di verificazione di un reato di quel tipo, essa abbia, comunque, mancato di attivarsi per impedirne la commissione tramite l'implementazione di un modello organizzativo e di misure di prevenzione idonei; nell'ultimo caso, invece, (responsabilità colposa dell'ente), si rientrerà nello schema della agevolazione colposa (generalmente per omissione) in cui si sostanzia la colpa di organizzazione in senso stretto, dal momento che il rimprovero all'ente sarà in questo caso derivato dal *deficit* organizzativo o gestionale di adozione o corretta implementazione dei modelli di prevenzione del rischio-reato⁴⁵. Nel caso, invece, più raro, ma comunque, di possibile verificazione vista anche l'introduzione di nuove e importanti fattispecie colpose nel catalogo dei reati-presupposto, di partecipazione

⁴⁴ Cfr. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss., secondo la quale, nell'impianto del decreto, «il modo di valutare l'apporto dell'ente non è dato per implicito (come nell'art. 110 c.p.), ma è esplicitato e si manifesta proprio nella necessità di una relazione in termini di interesse e vantaggio per l'ente del reato commesso dalla persona fisica; in presenza di questa relazione, si ritiene che l'ente vi abbia partecipato, moralmente, facendo sorgere o rafforzare il proposito criminoso del suo organo».

⁴⁵ Così, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss.

dell'ente in un delitto colposo, la fattispecie andrebbe sussunta nello schema di cui all'articolo 113 del codice penale, della cooperazione nel delitto colposo⁴⁶.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, continua a optare per una ricostruzione della relazione tra responsabilità dell'ente e responsabilità della persona fisica come due distinte tipologie di responsabilità fondata la prima sulla commissione di un illecito amministrativo che agevoli il reato, tramite la colpa di organizzazione, mentre la seconda sulla commissione del reato stesso, rispondente ai tradizionali principi del diritto penale classico dell'individuo, cosa che permetterebbe di superare anche la critica di una presunta violazione del *ne bis in idem* sostanziale, dal momento che i presupposti delle due responsabilità rispondono ad elementi del tutto differenziati⁴⁷.

2.2 L'illecito dell'ente come illecito di evento ovvero illecito di pericolo

Quanto alla disputa dottrinale sulla struttura tipologica dell'illecito dell'ente, si discute sull'interpretazione delle disposizioni del decreto in chiave di illecito di pericolo ovvero di evento⁴⁸.

Nel caso in cui si optasse per una ricostruzione dell'illecito dell'ente come illecito di evento, sarebbe necessario accertare giudizialmente, oltre a tutti gli elementi costitutivi di cui agli articoli 5, 6 e 7 del decreto e quelli di cui alla fattispecie integrata dal reato commesso dalla persona fisica, anche e soprattutto il duplice nesso eziologico tra condotta dell'ente e reato verificatosi: bisognerebbe,

⁴⁶ Sul punto, ancora, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss., in particolare sul tema dei delitti colposi commessi in violazione di norme antinfortunistiche sui luoghi di lavoro, la quale sostiene che, in questo caso, l'elemento discriminante tra cooperazione colposa e semplice concorso di condotte colpose indipendenti, ossia la consapevolezza della condotta dei correi, «sarebbe assicurato proprio dall'esistenza in capo al datore di lavoro di una posizione di garanzia stabilita dalla legge, a cui sono connessi determinati obblighi di agire in materia di prevenzione e sicurezza sul lavoro; condotta altrui di cui l'ente avrebbe chiaramente piena ed istituzionale consapevolezza, dal punto di vista organizzativo».

⁴⁷ Così, già, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 13^a ed., Milano, 2007, 882.

⁴⁸ E v. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1545, il quale specifica che «da un lato, questo sub-sistema può integrare un *tipo colposo* in senso stretto, non un generico *crimen culpae*, bensì un 'normale' *crimen culposum* ancorché tipizzato 'nella parte generale' attraverso una (complessa) clausola di estensione della responsabilità per lo stesso fatto-reato dalla persona fisica autore materiale alla persona giuridica (o, nel caso di cui all'art. 8, addirittura senza mediazioni 'umane', direttamente alla persona giuridica [...]). Dall'altro lato, lo stesso paradigma può essere interpretato come un *obbligo di condotta* meramente *preventivo*, non tanto cautelare, quanto *cautelativo* orientato alla prevenzione *astratta* del rischio-reato».

cioè, accertare una relazione causale di tipo “naturalistico” tra condotta colpevole dell’ente e fatto di reato commesso dall’individuo, che rappresenta, appunto, l’evento della fattispecie illecita che si imputa alla *societas*, e un’altra di tipo “normativo” tra lo specifico *deficit* organizzativo e il rischio reato che quella regola cautelare violata o non adeguatamente implementata si prefiggeva di elidere (materializzatosi poi nel reato commesso dalla persona fisica)⁴⁹.

Ricostruendo, invece, l’illecito dell’ente secondo i parametri dell’illecito di pericolo, si è osservato che il suo accertamento nella prassi sarebbe tanto difficoltosa da rispondere, in realtà, piuttosto allo schema dell’illecito di rischio, con una svolta interpretativa nient’affatto garantista, che piuttosto che ispirarsi al canone del principio di colpevolezza, risponde ai parametri della imputazione oggettiva⁵⁰.

In ogni caso, vi è chi ha tentato tale strada interpretativa, valorizzando l’argomento dell’inversione della regola probatoria *ex* articolo 6, in particolare alla luce del fatto che l’ente, per discolarsi, deve fornire la (piena?) prova dell’elusione fraudolenta del modello da parte dell’apicale che ha perpetrato il crimine⁵¹.

Proseguendo ancora il ragionamento, è stata evidenziata all’interno della colpa in organizzazione dell’ente una componente precauzionale, oltre a quella tipica cautelare. Essa sarebbe da rinvenirsi in quelle regole cautelative prescritte dal legislatore ai fini dell’adeguatezza del modello di organizzazione e gestione, che

⁴⁹ Così, ancora, PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1545, che parla di un «doppio nesso di causalità (l’uno ‘naturalistico’, l’altro ‘normativo’): nesso intercorrente fra condotta della persona giuridica ed evento-reato realizzato dalla persona fisica e nesso intercorrente fra violazione *concreta* della *specifica* regola cautelare – o *deficit* della regola cautelare *in sé* – e rischio tipico di reato di cui il reato *hic et nunc* perpetrato dalla persona fisica rappresenti la *concretizzazione*».

⁵⁰ Per PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1545, in questo caso «si delinea un modello di *illecito di pericolo*, la cui concretizzazione peraltro risulterebbe nella prassi estremamente ardua, sicché in definitiva il ‘modello vivente’ rispecchierebbe piuttosto il paradigma dell’*illecito di rischio* nel quale la nomologica ricostruzione del nesso causale è soppiantata dalla stocastica valutazione dei tassi di aumento/diminuzione del rischio: trasnaturando così, al di là dei dati formali, una criteriologia *ab origine* orientata al principio di colpevolezza in un puro modello di imputazione oggettiva dell’evento».

⁵¹ Cfr. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 8, secondo il quale, questo eccezionale canone probatorio confermerebbe «che non di responsabilità per colpa si tratta, ma di responsabilità funzionale/oggettiva dell’ente in ragione del fatto che la commissione dell’illecito non è stata impedita», aggiungendo, poi, che la funzionalità dei *compliance programs*, «densi fino al parossismo di prescrizioni doverose», non è tanto quella di fornire un «quadro ragionevole di indicazioni cautelari», ma risulterebbero, piuttosto, una «imposizione positiva di obblighi la cui inesatta ottemperanza costituisce per ciò solo il soggetto in colpa», erodendo, così, la componente soggettiva della colpa.

convivono con regole propriamente cautelari, finalizzate all'impedimento della verifica dell'evento (la commissione del reato da parte della persona fisica). La presenza di tali regole cautelative, specialmente nel contesto dei reati commessi in violazione di norme antinfortunistiche, porterebbe a immaginare un sistema misto in cui ad una componente, appunto, propriamente cautelare, se ne affianca una di tipo cautelativo-precauzionale⁵².

Ciononostante, ragioni di carattere testuale e ispirate da intento garantistico renderebbero preferibile l'opzione per una configurazione dell'illecito dell'ente secondo il paradigma dell'illecito di evento: da un lato, infatti, si riconosce come i *compliance programs* siano finalizzati, nelle intenzioni del legislatore, proprio a prevenire la verifica dei reati-presupposto per cui sono disposti; dall'altro, una anticipazione della punibilità dell'ente alla soglia della messa in pericolo del bene giuridico che si vuole tutelare e alla soglia del rischio che venga commesso un reato risulterebbe, evidentemente, meno garantista, rispetto alla costruzione di una responsabilità fondata sugli schemi e sui requisiti della colpa⁵³.

Dall'opzione per il paradigma della colpa (nelle due articolazioni di *culpa generalis* ovvero di *culpa specialis*), può derivarsi una scala di intensità e forme differenti della colpa in organizzazione imputabile all'ente, che vanno dalla situazione in cui vi siano state una predisposizione e corretta attuazione del modello specifico per il rischio-reato, che si è successivamente verificato nonostante la

⁵² Così, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 288 e 301 ss., per la quale, dunque, sarebbero imposte all'ente, tramite i modelli organizzativi, anche regole cautelative, finalizzate alla neutralizzazione di «fattori di rischio solo prodromici al rischio-reato finale», tra cui quelle della trasparenza nella gestione delle risorse finanziarie ovvero quella della compartimentalizzazione delle funzioni e delle competenze; ciò dimostrerebbe come «la colpa dell'ente non possa strutturarsi solo attorno alla violazione dell'ultimo livello dell'organizzazione (la cautela sostanziale), disconoscendo la rilevanza di regole di tipo procedimentale che, pur ponendosi su un livello anticipato, e in quest'ottica precauzionale, costituiscono, in qualche misura, le precondizioni di quelle cautelari, garantendo il loro efficace funzionamento».

⁵³ Cfr. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 377 ss. Per MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1106, l'ottica dei modelli organizzativi è quella «di recupero del principio di colpevolezza dell'ente [...] ed in particolare nella c.d. misura oggettiva della colpa», pur nel solco della linea evolutiva di «“normativizzazione” della colpa penale», cui si sta assistendo e da cui necessariamente deriva «un assottigliamento della misura soggettiva della colpa». Si veda anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 19, a detta del quale, «il dato testuale, che dirige l'adeguatezza preventiva del modello in direzione dei reati della specie di quelli verificatosi (artt. 6, comma 1, lett. a; 7, comma 2; 12, comma 2, lett. b; 17, comma 1, lett. b) e le maggiori “garanzie” assicurate da parametri operativi ampiamente sperimentati sul terreno della colpa lasciano preferire il riconoscimento della natura strettamente cautelare del modello di organizzazione».

efficace e rispettata regola di cautela dall'ente predisposta, alla situazione in cui sia stato predisposto un programma idoneo e specifico per il reato poi commesso dalla persona fisica, ma, in questo caso, con la mancata osservanza della regola cautelare, alla situazione in cui sia stato predisposto un modello il quale, tuttavia, non prevedeva regole per evitare il rischio-reato perpetrato dall'autore del fatto, e, infine a quella in cui manchi *in toto* la predisposizione e attuazione del modello di organizzazione e gestione⁵⁴.

Prendendo ora in considerazione quest'ultimo caso, esemplificativo del rapporto che intercorre – *rectius*: del corretto rapporto che dovrebbe intercorrere – tra colpa dell'ente e suo referente materiale e oggettivo (il *compliance program*, per l'appunto), è stato sottolineato quanto sia concreto il rischio di costruire sull'ente una responsabilità «per il modo di essere» o «per il tipo di autore»⁵⁵. Più correttamente, ci si dovrebbe riferire alla categoria della *culpa generalis* e, quindi, applicando alla responsabilità dell'ente gli schemi di questa che richiedono un accertamento in termini di prevedibilità e evitabilità dell'evento (il fatto di reato commesso dalla persona fisica) poi concretizzatosi⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 279 ss.

⁵⁵ Così, FIORELLA, *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation". Logic and structure in compliance programs in the corporate criminal liability*, in ID. (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, Napoli, 2012, 403 ss. V., anche, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 20, il quale rileva come questa tentazione di «affermare la logica equazionistica "assenza di modello" = "colpa di organizzazione"» sia «resa tangibile nella giurisprudenza formatasi sulla responsabilità *ex art. 25 septies* del decreto (cfr. Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010; Trib. Pinerolo, 23.9.2010; Trib. Novara, 1.10.2010; Trib. Cagliari, 4.7.2011; Gup Tolmezzo 23.1.2012)».

⁵⁶ Per MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 250 ss., «se attraverso il test di verifica del c.d. comportamento alternativo doveroso dovesse giungersi a negare l'evitabilità dell'evento (anche solo nella forma della minimizzazione del rischio) o, ancor prima la sua prevedibilità – laddove magari le peculiari dinamiche modali o causali del fatto-reato per come si è manifestato in concreto dovessero allontanarlo dalla reale possibilità di previsione di un qualunque imprenditore modello (oggettivizzato nel modello di organizzazione) – si dovrà coerentemente concludere per la mancanza di colpa dell'ente e mandarlo così esente da responsabilità». *Contra*, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 180 s., per i quali la «noncuranza progettuale» dell'ente mancherebbe degli elementi tipici sia del dolo che della colpa, mancando, in questo caso, una specifica regola di cautela e, in particolare, sarebbe impossibile ricondurre il momento rappresentativo a «tutti i possibili contesti situazionali capaci, nell'attualità o in futuro, di evolvere in direzione di un danno per i beni giuridici»; sicché l'ente risponderebbe «per una colpevolezza (non già per colpa) di organizzazione, proprio perché la scelta per la disorganizzazione ha aumentato il rischio-reato, rivelando un atteggiamento che [...] evoca una condizione di tolleranza, di disinteresse nei confronti del rischio reato che [...] è uno dei tanti rischi con i quali l'ente deve confrontarsi». Sul punto, anche FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, cit., 185 ss., per il quale la colpa generica dell'ente deriverebbe dal fatto che il *deficit* organizzativo ha aumentato il rischio di verifica dell'evento-reato. Anche nella giurisprudenza più recente, seppur solo in forma di *obiter dicta*, si è ammesso

2.3 L'elusione fraudolenta come requisito di non rimproverabilità dell'ente

In tale contesto si sviluppa anche il dibattito sul tema dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo nel caso del reato commesso dall'apicale *ex* articolo 6: l'importanza dell'operatività di questa clausola, infatti, sarà maggiore o minore in base al fatto che si aderisca all'opzione che tende a enfatizzare o, viceversa, sminuire il ruolo della colpa organizzativa nella ricostruzione teorica della struttura della responsabilità degli enti⁵⁷.

Concentrandosi sul significato sistematico della clausola dell'elusione fraudolenta⁵⁸, una prima funzionalità che può esserle riconosciuta è quella di rappresentare giuridicamente la rottura del vincolo di immedesimazione organica tra persona giuridica e vertice societario e, dunque, di svincolare l'ente dalla condotta illecita dell'apicale infedele, che altrimenti le sarebbe attribuita di *default* proprio per i criteri di cui all'articolo 5 che sembrerebbe sposare, appunto, la *identification theory*⁵⁹. Invero, a ciò potrebbe bastare anche già la semplice predisposizione del *compliance program*, che potrebbe in sé dimostrare la "scelta di legalità" della *societas* tradita dalla condotta criminosa del *management*; tuttavia l'articolo 6 richiede un *quid pluris*, ossia l'agire fraudolento del vertice che rappresenterebbe icasticamente e tradurrebbe in termini giuridici la «dissociazione» tra ente e suo rappresentante e la «discontinuità rispetto alla politica d'impresa» di quest'ultimo⁶⁰.

che l'assenza del modello in sé non dia adito *sic et simpliciter* a una responsabilità dell'ente, ben potendo questo predisporre adeguate cautele contro la commissione di reati del tipo di quello verificatosi anche a prescindere dalla formalizzazione di tali regole di condotta in un documento come il modello di organizzazione e gestione. V. Trib. Torino, II Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, cit.; App. Brescia, sent. 14 dicembre 2011, cit.; Trib. Milano, sez. X, sent. 31 luglio 2007, le quali mostrano di aderire ad un approccio meno formalistico al tema.

⁵⁷ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 22.

⁵⁸ Sul significato semantico del sintagma si registra una straordinaria varietà di posizioni, tra cui quella di chi ritiene insito già nel significato del verbo un *quid* di frode, cosicché l'avverbio starebbe solo a porre ancor più l'accento sulla frode che deve mostrare la condotta dell'apicale. Però, anche questa teoria risulta in dottrina sfaccettata in diverse posizioni; si vedano, ad esempio, AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 320, che parla di «imprevedibile e incontenibile manifestarsi della condotta criminosa al di là delle maglie dei controlli»; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 185, il quale fa cenno, invece, a un atto unico, abnorme e caratterizzato «da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale [...] attuato con tale astuzia da essersi sottratto dalla vigilanza dell'organo preposto».

⁵⁹ In tal senso, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 185.

⁶⁰ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 23; nonché CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 737. Si veda anche la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 4, 491, che sottolinea

Ora, proseguendo nel ragionamento, si dipanano due interpretazioni alternative della clausola, una più moderata e una più estrema⁶¹. Secondo quest'ultima, la situazione descritta al primo comma dell'articolo 6, non andrebbe a inficiare l'elemento tipico della colpa di organizzazione ovvero la punibilità o l'esigibilità della fattispecie di illecito che si addebita all'ente, bensì si collocherebbe ancora più a monte, andando ad elidere il vincolo di immedesimazione che lega la persona giuridica alla persona fisica, così da rendere impossibile imputare il reato alla prima, poiché, altrimenti, ciò significherebbe punire l'ente per fatto altrui, contravvenendo al primo livello del principio costituzionale di colpevolezza. In particolare, la clausola della fraudolenta elusione del modello dovrebbe, quindi, dimostrare la dissociazione tra ente e vertice.

A questa ricostruzione, fondata sull'approccio della teoria derivativa della responsabilità degli enti per fondamento organico, si ribatte, però, che tutto il sistema delineato dal decreto risponderrebbe al paradigma di una responsabilità per colpa di organizzazione dovuta a una mancanza, da parte della persona fisica, nella gestione e nella sorveglianza finalizzati a prevenire reati: qualora, infatti, per ipotesi, l'apicale abbia commesso il reato nell'interesse dell'ente, ma a quest'ultimo non si possa addebitare alcun *deficit* organizzativo, non ne sorgerebbe la responsabilità⁶².

come la clausola dell'elusione fraudolenta serve a positivizzare la situazione dell'«amministratore infedele» che agisce cioè contro l'interesse dell'ente al suo corretto funzionamento».

⁶¹ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 23 ss., il quale parla di «ipotesi soft» e «ipotesi hard».

⁶² Sul punto, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 24 s., per il quale «la visualizzazione del rapporto ente-vertice in termini di *dissociazione* o *contrapposizione*, quale effetto del perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 6, può essere utilizzata solo in chiave meramente *narrativo-descrittiva* di una dinamica che, stando al dato positivo, poggia su diverse basi. E, a volerla mantenere, sia pure con questo differente “taglio”, essa dovrebbe appunto render conto della funzione *organizzativa* ascritta al modello (ora inteso come *parte del tutto*), *descrivendo* la *scissione* delle “personalità” dell'ente e del suo vertice come il precipitato di una corretta e attuata organizzazione della prevenzione del reato – *rectius*, dell'assenza di una colpevolezza organizzativa – significativa di per sé di una politica aziendale ispirata alla legalità e pertanto della “presa di distanze” dell'ente dall'iniziativa del suo vertice». L'A. rileva come, peraltro, la scissione tra ente e vertice sarebbe già dimostrata dalla mera predisposizione e attuazione del modello, ossia dalla adeguata organizzazione della *societas*, capace, da sola, di «attribuire all'ente la “patente” della legalità. Il requisito della sua elusione fraudolenta invece, in coerenza col contesto in cui si inserisce, sembra collocarsi nell'orbita della colpevolezza, evidenziando plasticamente, soprattutto ove letto congiuntamente alla richiesta di cui alla lett. d) dell'art. 5 (*id est*, esclusione dell'insufficiente vigilanza dell'organismo interno di controllo), come il reato si sia verificato al fuori di ogni possibile (*auto*-)controllo».

Nella prospettiva più moderata, invece, che vorrebbe ricondurre nell'alveo della piena e più pregnante interpretazione della colpevolezza anche la responsabilità delle persone giuridiche⁶³, criticando la formulazione dell'articolo 6, vista come una disposizione ibrida, anfibia, in costante tensione tra i due schemi dell'immedesimazione organica e della colpa organizzativa⁶⁴, troverebbe il senso della clausola dell'elusione fraudolenta nell'ambito della colpevolezza ovvero della punibilità o esigibilità: il comportamento del vertice di frode contro la condotta, al contrario, virtuosa dell'ente eliderebbe l'imputabilità di quest'ultimo per colpa di organizzazione, stante la «eccezionalità» dell'agire infedele dell'apicale⁶⁵ ovvero la sua particolare «scaltrezza»⁶⁶.

Le «aporie» del sistema potrebbero ricomporsi, *de lege ferenda*, mediante una presa di posizione chiara e inequivoca del legislatore per uno dei due modelli, organicistico oppure della colpa organizzativa: nel primo caso, in cui i paradigmi imputativi a seconda che il reato venga commesso da un apicale o da un sottoposto rimarrebbero differenziati, non si avrebbe, per l'ente, modo di disculparsi nel caso di reato del vertice, a ciò non bastando neppure la predisposizione di modelli idonei

⁶³ Secondo CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 733 ss., poiché la concreta inidoneità del modello sarebbe plasticamente rappresentata dal fatto che non sia stato necessario, per l'apicale, eluderlo fraudolentemente, tale clausola confermerebbe l'opzione legislativa per la costruzione del sistema in conformità alla teoria della colpa di organizzazione.

⁶⁴ Per DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137, il la formulazione della disposizione sarebbe il portato della «incerta combinazione» degli schemi delle due teorie. Per TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 27, si tratta di una «fattispecie normativa che reca in sé segni di "ibridismo" strutturale». Così anche SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 114 s.

⁶⁵ Così PELISSERO, *Disposizioni sostanziali*, in ID., FIDELBO, *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 582 s. V. anche ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., 41, a parere del quale la clausola rappresenterebbe «la conferma dell'efficacia in concreto dell'organizzazione della "legalità aziendale", che per essere surclassata, nel suo concreto dispiegarsi, deve, per forza, essere artificiosamente aggirata».

⁶⁶ Così VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in ID., CERESA-GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 24. V., altresì, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 25 s., secondo cui, peraltro, «alla notazione di svalutazione della colpevolezza organizzativa, quale effetto del mantenimento della responsabilità dell'ente "organizzato" a fronte dell'assenza dell'elusione fraudolenta della sua organizzazione, fa da *pendant* il rilievo – eguale e contrario – per cui l'esclusione della responsabilità dell'ente "organizzato", in presenza della (ritenuta irrituale) ipotesi dell'elusione fraudolenta del modello, svilirebbe la prospettiva dell'immedesimazione organica, in quanto il soggetto apicale che ha commesso il reato nell'interesse dell'ente dovrebbe comunque impegnare la responsabilità di quest'ultimo». Cfr. anche DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1139.

alla prevenzione del rischio-reato poiché il fondamento dell'immedesimazione organica basterebbe in sé a rendere la condotta criminale dell'apice ascrivibile per ciò solo alla *societas*; nel secondo caso, i modelli di imputazione per reato del sottoposto e reato del *management* verrebbero unificati, posto che la previsione dei modelli organizzativi sarebbe sufficiente a esonerare l'ente da responsabilità per colpa organizzativa anche nel caso di reato dell'apicale⁶⁷.

In entrambe le ipotesi, tuttavia, non residuerebbe alcuno spazio per la clausola dell'elusione fraudolenta, che diventerebbe del tutto inoperante. Invero, all'epoca della stesura del decreto le indicazioni (si pensi anche a quelle della legge delega) andavano in questo senso e, non prevedendo alcuna fattispecie di esonero dell'ente nel caso di reato dell'apice, non assegnavano, intuibilmente, alcuna rilevanza all'agire *cum fraude* di quest'ultimo⁶⁸. Viceversa, nelle odierne prospettive di riforma del sistema di responsabilità degli enti, la clausola permane, ma con spirito maggiormente garantista si tende a convenire di porre il suo accertamento probatorio in capo all'accusa⁶⁹.

De lege lata, invece, e per tentare di razionalizzare il sistema attribuendo altresì alla clausola dell'elusione fraudolenta un suo ruolo precipuo, si dovrebbe ricondurre tale elemento, evitando di rinvenirvi il segno del «diaframma» tra ente e vertice – cosa che pure potrebbe essere utile per una descrizione del fenomeno in chiave non tecnica, bensì narrativa –, nell'alveo della teoria della colpa di organizzazione: l'agire fraudolento del vertice sarebbe, dunque, il parametro di

⁶⁷ Cfr. ancora DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1139 s.; TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 25 s.

⁶⁸ Ci si riferisce, oltreché alle direttive della legge delega, anche al *Progetto ministeriale di riforma del codice penale – Parte generale*, elaborato dalla “Commissione Grosso”, nella cui *Relazione*, cit., riguardo all'assenza di fattispecie di esonero grazie alla predisposizione di adeguati modelli nel caso di reato del vertice societario, si osserva che «l'elevato livello di poteri e di responsabilità dell'autore del reato, per il ruolo dirigente ricoperto nell'organizzazione, consente di identificare nella sua colpa la colpevolezza dell'organizzazione stessa».

⁶⁹ Si fa qui riferimento al Progetto di riforma predisposto dall'Agenzia di Ricerche e Legislazione (AREL), su cui v. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1140; FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Riv. soc.*, 2010, 6, 1294 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 86 ss.; nonché al “ddl” di iniziativa dell'On. Della Vedova, su cui v., ancora, MONGILLO, *loc. op. ult. cit.*, e PANSARELLA, *Proposta di legge n.3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 1, 163 ss.

valutazione dell'adeguatezza del modello al fine, per l'ente, di andare esente da responsabilità⁷⁰.

Il fatto che per il reato dell'apicale sia previsto un livello di qualità, ai fini dell'accertamento dell'adeguatezza del modello, più elevato dà adito al sospetto che, in questo caso, il legislatore, optando per una ricostruzione della responsabilità dell'ente per fondamento organico derivante dal vincolo di immedesimazione tra quest'ultimo e il suo vertice, abbia formalizzato una presunzione (seppur *iuris tantum*) che il fatto di reato dell'apice debba attribuirsi *di default* alla *societas*, che, tuttavia, dovrebbe, possibilmente, ricondursi esegeticamente e in prospettiva evolutiva, all'alveo della colpa di organizzazione, tramite la prospettiva visuale di una sua funzionalizzazione al restringimento delle ipotesi di non rimproverabilità della persona giuridica⁷¹.

⁷⁰ Cfr. SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a. da responsabilità amministrativa*, in *Le soc.*, 2010, 4, 485, il quale osserva che «la legge richiede la predisposizione di un modello organizzativo efficace, ma non anche idoneo a resistere alle insidie della frode posta in essere per eluderlo e commettere un reato»; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 379, per il quale si tratterebbe di individuare il «livello di rischio 'accettabile'» rinvenendolo «in un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non con il ricorso a condotte fraudolente», non agevolate, peraltro, da omesso o insufficiente controllo; l'A aggiunge, più oltre, come l'adeguatezza del sistema di minimizzazione del rischio-reato dovrebbe emergere dal fatto che la condotta criminale dell'apicale-soggetto agente potrebbe esplicitarsi solo per il tramite di un comportamento elusivo, non controllabile ovvero contenibile da parte dell'ente, secondo il ragionamento prognostico riferito ad un agente-modello collettivo; TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 27 s., per il quale «l'efficienza (del controllo sul rischio reato) del modello è sancita dalla (necessità della) ricorrenza – nella dinamica elusiva – della frode, che ne viene dunque a segnare il livello di *standard qualitativo* necessario per far beneficiare l'ente dell'effetto esonerante. Come a dire: *il modello deve essere di un tale livello qualitativo, nel suo contenuto e nella sua attuazione, da poter essere eluso solo con la frode; se non è eluso con la frode o se non è eluso, societas imputet sibi*». Cfr. anche le *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.lgs. 231/2001* (31 marzo 2008), 15 s., della Confindustria, rinvenibili in www.confindustria.it, che fanno riferimento all'agire fraudolento del vertice al fine di eludere il modello, richiamandosi al concetto di «artificio».

Contra, invece, IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa –codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, 695, per il quale dalla clausola in commento deriverebbe che a fondamento della responsabilità dell'ente non si pone il «rischio dell'organizzazione», quanto piuttosto «il rischio del modello organizzativo», il quale non sarebbe «propriamente una "colpevolezza di organizzazione" [...], ma piuttosto una responsabilità oggettiva, da cui la società può liberarsi soltanto con la prova dell'elusione fraudolenta del soggetto».

⁷¹ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 28, il quale aggiunge, inoltre, che questo indurrebbe a «dubitare dell'asserita inconciliabilità (ovvero della *incongrua compresenza*) dei due paradigmi imputativi».

3. Il grado di intensità della colpevolezza dell'ente rispetto alla adozione ed implementazione del modello organizzativo

Preme, fin da ora, sottolineare come forte motivo di avversione di una parte della dottrina nei confronti della clausola dell'elusione fraudolenta del modello sia la constatazione della difficoltà che si riscontra nel suo accertamento probatorio, in uno con quella di una sua "astrattezza" dal punto di vista fattuale, risultando essa così in un'ipotesi di scarsa e complicata verifica e, conseguentemente, nella vanificazione delle *chances* esimenti in favore dell'ente, positivizzate nell'articolo 6⁷².

Si è, infatti, rilevata la difficoltà di immaginare un vertice societario che, ad un tratto, venendo meno ai suoi doveri di fedeltà nei confronti dell'ente, riesca, tramite un comportamento fraudolento a ciò finalizzato, a violare il modello e le sue misure di controllo, nonché la sorveglianza dell'organismo di vigilanza, di cui alla lettera *d*) dell'articolo 6, il quale, in ogni caso non deve essersi reso responsabile di un *deficit* di vigilanza⁷³. Per quanto riguarda, invece, il rapporto tra persona giuridica e suo vertice e l'atteggiarsi della loro contrapposizione, la dottrina ha elaborato tre possibili scenari alternativi, in cui, però, il requisito dell'elusione fraudolenta verrebbe meno⁷⁴.

Nel primo scenario non verrebbe neppure integrato il requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente previsto all'articolo 5, poiché, in questo caso, si ipotizza che la contrapposizione tra ente e vertice stia nel fatto che quest'ultimo abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (fattispecie di cui al secondo comma dell'articolo 5, che prevede esplicitamente, in tali ipotesi, che l'ente non risponda) ovvero che abbia agito in danno all'interesse dell'ente. In tali ipotesi, prima ancora di poter prendere in esame il requisito dell'elusione fraudolenta ai fini di un giudizio sulla colpevolezza, bisognerebbe "scagionare" l'ente, per il semplice fatto che manca qui il criterio di imputazione oggettiva del suo interesse o vantaggio nel reato⁷⁵.

⁷² Sul punto, già, PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 591; nonché AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 323.

⁷³ Si veda DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 186.

⁷⁴ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 29.

⁷⁵ V. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 187.

Nel secondo scenario, il più inquietante perché in grado di suscitare dubbi sulla possibile tenuta del sistema e sulla sua efficacia nel senso di una possibile forza moralizzatrice del sistema nei confronti degli enti, l'agire fraudolento, opererebbe da schermo dietro cui l'ente può rifugiarsi mentre persegue una politica d'impresa che, pur di facciata improntata alla legalità, in realtà sconfinava in condotte criminali. Dunque, dietro la «*mise en scène*» della fraudolenta elusione del modello (adeguato e idoneo) da parte del vertice (clausola che, così, diventa uno strumento per celare una più ampia frode in danno non del modello organizzativo predisposto dall'ente, bensì del sistema di responsabilità delineato dal decreto nella sua interezza), verrebbe in atto un agire concorde e collusivo della *societas* attraverso coloro che sarebbero deputati a vigilare sull'operatività del sistema dei controlli e del suo apicale⁷⁶. In questo caso, il requisito dell'elusione fraudolenta non rappresenta il necessario strumento per mettere in scena lo schema collusivo, che ben potrebbe venire architettato e inscenato sulla base del solo presupposto della predisposizione e attuazione del modello organizzativo, bensì solo l'ultimo degli artifici della simulazione⁷⁷.

Nel terzo scenario, in cui si ipotizza la commissione di un reato da parte del vertice, tramite la fraudolenta elusione del modello correttamente predisposto e attuato da parte della *societas*, finalizzata a risollevarne le sorti di quest'ultima, che versa momentaneamente in una situazione complicata, si avrebbe un ente

⁷⁶ Così, testualmente, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 29 s., per il quale, «in altri termini, il vertice agisce nell'interesse dell'ente, senza che l'ente lo abbia apparentemente richiesto, dal momento che adotta un modello idoneo e ben attuato, all'apparenza eluso cum fraude dal vertice medesimo. Costui andrà eventualmente incontro alla sanzione penale, ma sarà di certo ricompensato per l'«immolazione» attraverso successivi, lauti contratti di consulenza». Sul punto, anche, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 187, secondo cui «i ristretti margini di configurabilità della fattispecie scusante finirebbero paradossalmente per coincidere con i casi di massimo coinvolgimento «personale» di più elevata «riprovevolezza» dell'ente collettivo come tale».

⁷⁷ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 30 s., il quale sottolinea, appunto, che «tale raffinata *mise en scène* potrebbe invero prescindere dal requisito dell'elusione fraudolenta del modello: nel senso che la sua eventuale e auspicata scomparsa dal tracciato normativo non impedirebbe all'ente, *de iure condendo*, di orchestrare la simulazione della *dissociazione* del soggetto in posizione apicale avvalendosi dell'adozione del solo modello organizzativo. Altro è allora rilevare come, *de iure condito*, l'elusione fraudolenta di quest'ultimo, nell'ambito di tale macchinazione, rappresenti l'artificio «ultimo» in grado di puntellare un'autonoma e più ampia frode».

“irrepreensibile”, ma, ci si chiede, se non sarebbe comunque opportuno prevedere a suo carico una sanzione⁷⁸.

Da questa ipotesi, parrebbe desumersi, più che la mancata efficacia operativa della clausola dell’elusione fraudolenta in sé, che, al contrario, permarrebbe, nonostante la difficoltà pratica di verifica e accertamento di un comportamento frodatario capace di superare un efficace e adeguato sistema di controlli, piuttosto il «difetto genetico del sistema normativo», teso tra la volontà di dare spazio e rilievo alla colpevolezza dell’ente (e, quindi, di consentirgli margini per discolarsi e allontanarsi dalla condotta illecita anche del soggetto apicale) e l’ancoraggio (più o meno implicito) ancora alla teoria organicistica⁷⁹. L’alternativa

⁷⁸ Cfr. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 29 e 31, il quale evidenzia come, in questo caso, il criterio dell’elusione fraudolenta, «benché risulti “effettivo”, non dovrebbe essere valutato come significativo dell’irresponsabilità della persona giuridica», e che sottolinea come «lo schema ora delineato è quello attorno al quale ruota l’architettura dell’art. 6, dove si ammette che all’agire criminale nell’interesse dell’ente da parte del vertice faccia da contraltare la posizione dell’ente improntata alla legalità (e dunque *dissociata* dall’iniziativa del primo) per via dell’adozione del modello, e tuttavia eventualmente “colpevole” se tale *organizzazione* della prevenzione non è stata all’altezza delle pretese normative». Per DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 187 s., l’interrogativo sarebbe il seguente: «in una tale eventualità, [...] perché mai la persona giuridica dovrebbe beneficiare dell’esonero da responsabilità? Solo per la discrepanza tra il singolo episodio criminoso e la “virtuosa” condotta di vita anteatta, come se l’opzione criminale non fosse spesso, tanto nella vita della persona fisica quanto in quella della persona giuridica, un accadimento occasionale e in controtendenza?». La previsione normativa che prevede possibilità di dissociazione tra ente e vertice discende dalla considerazione empiricamente fondata della moderna prassi aziendalistica, è, infatti, la stessa *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 489, a puntualizzare come «la riforma sia calibrata su realtà organizzative complesse “a base manageriale orizzontale”», pur ammettendo che «dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità» e che «è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta». Sul punto, si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 107 ss., secondo la quale, almeno in realtà aziendali poco complesse o in cui il potere decisionale sia fortemente concentrato (ad esempio, nel caso di società con amministratore unico), «la distinzione tra l’operato dell’ente e quello della persona fisica si risolve più in un artificio di carattere teorico che non in un dato suscettibile di riscontro empirico nella realtà» e, conseguentemente, il reato dell’apice dovrebbe comunque costituire «espressione della politica dell’ente e dovrebbe comunque essere a questo direttamente ascrivibile (d’altro canto, non si comprende perché si ascrivano all’ente tutte le conseguenze negative delle scelte manageriali, eccetto la commissione di reati)», cosicché non avrebbe senso, nel caso di reato degli apicali prevedere un così articolato modello di responsabilità. Analogamente, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo* penale, cit., 378, rileva che «l’esistenza di una compartimentazione orizzontale delle responsabilità si attegga come *condicio sine qua non* per invocare l’operatività dell’art. 6, in deroga alla “teoria dell’identificazione”»: è di intuitiva evidenza che, al cospetto di un ente di piccole dimensioni, governato da un amministratore unico, è impensabile costruire un modello di organizzazione volto a contenere il rischio-reato che si appunta su tale figura apicale; vi ostano ragioni logiche prima che giuridiche, atteso che l’amministratore unico non può certo costruire e incardinare un modello per controllare se stesso».

⁷⁹ Testualmente TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 32, il quale aggiunge: «ci pare un problema, per così dire, di “credo”, che assume una connotazione generale e profonda».

è tra immedesimazione piena e “totale” tra ente e vertice⁸⁰ e possibilità di riconoscere, invece, una qualche autonomia del primo dal secondo, di talché sarebbe possibile imporgli un dovere di controllo sull’operato dei soggetti che operano nella sua attività e, soprattutto, muovergli un rimprovero nel caso di mancata o insufficiente vigilanza e conseguente verifica di un reato⁸¹.

Se si ammette la possibilità di una divaricazione tra ente e vertice, almeno nelle imprese a organizzazione più complessa, può immaginarsi, da una parte, un vertice di base orizzontale (quale può essere un amministratore delegato o il comitato esecutivo) che commetta un reato al fine di risollevare la *societas* dallo stato di emergenza in cui si trova, e, dall’altra, la *societas* stessa, la cui posizione sarà impersonata dal consiglio di amministrazione, che esprime, invece, la scelta contraria in favore della legalità, respingendo la via criminale anche nei momenti più difficili; senza dimenticare, però, che la persona giuridica sarà comunque responsabile e punibile qualora il sistema di prevenzione del rischio-reato non arrivi a un certo livello di adeguatezza e idoneità. Questa sarebbe, dunque, l’unica via interpretativa per restituire razionalità all’intero sistema, che altrimenti non starebbe in piedi, dovendosi, conseguentemente, ripensare tutta l’architettura del

⁸⁰ V., nella dottrina aziendalistica, BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., 50 ss., per il quale «la teoria economica vede l’impresa come un’istituzione umana e intenzionale, come la “mano visibile del management”, dove la *struttura organizzativa deriva dalla strategia* deliberatamente messa in atto dal *top management*»; mentre, invece, il paradigma *ex art. 6*, dal momento che non sarebbe ancorato ad «una sostenibile teoria dell’impresa», utilizzerebbe un concetto minimale di azienda, intendendola come un «mero apparato impersonale e burocratico».

⁸¹ Per questa tesi, che vede la soggettività dell’ente come un *quid pluris* rispetto all’agire del singolo amministratore o alla sommatoria delle condotte e delle intenzioni dei suoi amministratori, *inter alia*, MANZONI, *La responsabilità sociale dell’impresa: analisi del fondamento etico*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 16 ss. A proposito della alternativa v. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 32 s., il quale rileva tra i vantaggi riconnessi alla seconda opzione il fatto che essa impedirebbe «nella sostanza la configurazione di un’ipotesi di responsabilità oggettiva, legata all’imputazione secondo il criterio di cui all’art. 5, che si pretenderebbe di evitare attraverso la *traslatio* in capo all’ente dell’atteggiamento soggettivo dell’individuo assicurata dalla *identification theory*; e, inoltre, ottenere l’effetto di motivare le realtà collettive, attraverso la prospettazione delle *chances* difensive offerte dal modello, alla prevenzione del reato realizzabile dalle persone fisiche che vi *fanno o faranno capo*». Sull’ultimo rilievo v. anche la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 489; nonché PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 587 ss., sulla base della considerazione che la struttura organizzativa della *societas*, in cui viene realizzato il reato, crea «una propria cultura d’impresa»; di talché, «l’ambizione è quella di far sì che l’azienda, oltre ad interiorizzare la cultura della responsabilità verso la clientela, gli azionisti e gli altri interlocutori sociali, metabolizzi anche la cultura della legalità, attraverso l’adozione di meccanismi di autoregolazione».

decreto propendendo, *de lege ferenda*, inequivocabilmente per la scelta organicistica⁸².

Avendo, dunque, trovato una via interpretativa che possa salvare l'impianto generale del sistema e la operatività in esso della clausola dell'elusione fraudolenta, si tratterà ora di rispondere al diverso interrogativo circa la possibile costruzione, praticabilità ed esigibilità di un sistema di controlli che sia suscettibile di essere non meramente violato dall'apicale, bensì che venga ingannato *cum fraude* da questo soggetto.

4. L'adeguatezza e l'idoneità del modello: presupposto ed oggetto dell'elusione fraudolenta

La prima questione da affrontare è quella della relazione che intercorre tra modello organizzativo e sua elusione fraudolenta. Partendo dall'analisi dell'*iter* (cronologico prima che logico) probatorio che la società deve affrontare al fine di esonerarsi da responsabilità, si rileva che, per prima cosa, essa deve dimostrare che il modello predisposto e attuato sia idoneo ed efficace a prevenire i reati del tipo di quello verificatosi, e, successivamente, l'idonea predisposizione di un organismo di vigilanza che abbia adeguatamente svolto il suo compito di sorveglianza e, infine, l'agire elusivo e fraudolento dell'apicale. Da ciò è giocoforza inferire che il modello è, a un tempo, presupposto (se idoneo e adeguatamente implementato) e oggetto del requisito dell'elusione fraudolenta⁸³.

La prima delle funzioni del modello, ossia quella di essere presupposto dell'agire fraudolento del vertice aziendale, si riconnette alla logica secondo cui valutarne l'idoneità e l'adeguatezza. Un problema di questa verifica è quello, di fondamentale importanza soprattutto nelle aule giudiziarie in cui il "sistema 231"

⁸² Questa sarebbe la soluzione per il futuro proposta da DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 337 ss. Su tutti questi aspetti, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 33 s., il quale sottolinea come nel ragionare sulla tenuta del sistema «non si possa prescindere dall'elaborazione giurisprudenziale, a cui spetta la parola decisiva» e il quale riporta il fatto che la prima sentenza che si è pronunciata per l'idoneità del modello di prevenzione adottato da una società, ha altresì accertato la dissociazione tra ente e apicali, smentendo la asserita inapplicabilità della clausola di cui si doleva la dottrina. Cfr. Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, cit.

⁸³ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 37 s.

viene calato “dalla potenza in atto”, di rifuggire da giudizi del tipo *post hoc, propter hoc*, che si rifanno a surrettizie riabilitazioni del canone del *versari in re illicita*⁸⁴.

Invero, da un lato, il senso letterale e che la letteratura penalistica attribuisce al requisito dell’idoneità indirizza verso un giudizio di prognosi postuma, ammonendo gli interpreti ad evitare qualsiasi indagine *ex post*, che renderebbe inutile e inoperativo tutto il sistema del decreto; dall’altro, è la stessa clausola dell’elusione fraudolenta a spingere in tale direzione: il giudice dovrà porsi, nell’effettuare questa valutazione di idoneità, in una prospettiva anteriore al fatto di reato, utilizzando il paradigma dell’elusione come elemento a suffragio della propria linea di indagine⁸⁵.

È evidente, dunque, il nesso che lega i predicati di idoneità e adeguatezza del modello che devono essere accertati giudizialmente e la clausola dell’elusione: quest’ultima sarà uno degli elementi da cui desumere la sussistenza dei due requisiti del modello, i quali, a loro volta, saranno i presupposti di rilevanza e operatività della clausola *ex* lettera c) dell’articolo 6⁸⁶.

⁸⁴ Sul punto, FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, cit. 1294; nonché TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 38, il quale si riferisce, in proposito alla c.d. «*self fulfilling-prophecy* secondo la quale *se il reato è stato commesso, di conseguenza il modello deve considerarsi inidoneo a prevenirlo*».

⁸⁵ Così, TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 38 s., per il quale «la previsione della componente elusiva [...], più in generale, funge da elemento di chiusura del cerchio sotto il profilo della coerenza logica del meccanismo d’esonero delineato dalla legge: *il modello era idoneo nonostante il reato sia stato commesso, tant’è che, per poterlo commettere, è stato eluso (fraudolentemente)*». Questa è, poi, l’opzione metodologica utilizzata in Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, cit. (seguita anche da App. Milano, sent. 21 marzo 2012): il giudizio sul modello, in questo caso, è stato condotto in una prospettiva *ex ante*, parametrando il modello anche alle conoscenze scientifiche sulla minimizzazione di quello specifico rischio-reato raggiunte in quel determinato momento storico. Si è, dunque, portato nell’ambito della colpevolezza degli enti lo schema di accertamento della colpa cui è arrivata la moderna teoria penalistica. Così anche G.i.p. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003, cit.; G.i.p. Trib. Milano, ord. 9 novembre 2004, cit.; nonché G.i.p. Trib. Milano, sent. 3 gennaio 2011, cit., secondo cui «il giudice chiamato a deliberare la idoneità di un modello organizzativo deve far riferimento alla disciplina di un determinato settore con riferimento al tempo della condotta criminosa in contestazione e verificare quali cautele organizzative siano state adottate dall’ente per scongiurare un dato fatto criminoso e come le stesse in concreto siano state attuate con riferimento al miglior sapere tecnico disponibile all’epoca».

Si veda, sul punto, PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 477.

⁸⁶ V., ancora, TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 39, secondo cui «tale collegamento plasma il ruolo ascrivibile alla componente elusiva nella dinamica dell’imputazione soggettiva. Si è già sottolineato come il legislatore non si sia accontentato della presenza di un modello, pretendendo innanzitutto che sia stato eluso (e inoltre che sia stato eluso *cum fraude*): [...] un modello che, attesa la commissione di un reato, non sia stato eluso

Riprendendo, ora, l'ipotesi fatta precedentemente di un ente che, pur non avendo predisposto un modello organizzativo, riesca a provare la sua "non colpevolezza" dimostrando l'imprevedibilità o l'inevitabilità che si verificasse quello specifico reato, sembrerebbe di trovarsi di fronte ad un'aporia nel sistema, che, da una parte, richiede, perché l'ente possa essere esonerato, la positiva dimostrazione dell'elusione fraudolenta del modello (del quale si dovrebbe dimostrare, a rigor di dato normativo, anche la predisposizione e attuazione anteriore al fatto di reato); dall'altra, però, non consente di sanzionare un soggetto (la persona giuridica) senza che possa effettivamente essere a questo mosso un rimprovero in ordine all'illecito realizzatosi (pena la violazione del principio di colpevolezza e di personalità costituzionalmente disposto in materia penale). In questo caso, tutto dipenderà dall'interpretazione della fattispecie di esonero ex articolo 6: aderendo alla teoria della colpevolezza di organizzazione ed enfatizzando l'assenza di una espressa previsione normativa che indichi altre ipotesi di non colpevolezza in favore dell'ente, si dovrà concludere che «*solo il modello scagiona*», ritenendo, dunque, l'ente responsabile in ogni caso⁸⁷; altrimenti, per dare risalto a una più pregnante colpevolezza dell'ente, propendendo per la teoria della colpa in organizzazione⁸⁸, la fattispecie di cui all'articolo 6 potrebbe essere vista, alternativamente, come una delle possibili ipotesi di mancanza di colpa dell'ente ovvero come fattispecie suscettibile di estensione per analogia *in bonam partem* anche al caso, non esplicitamente previsto dalla disposizione, in cui manchi il modello, ma manchi, per altri motivi (in specie, per imprevedibilità o inevitabilità del fatto di reato), la colpa in organizzazione dell'ente, dovendosi così concludere per la non responsabilità, anche in questo caso, della *societas*⁸⁹.

Per quanto riguarda, invece, il modello visto dall'angolo prospettico di oggetto dell'elusione fraudolenta, è d'uopo, innanzitutto, operare una distinzione

(fraudolentemente) per commetterlo, non dovrebbe ritenersi idoneo a prevenirlo e dunque l'ente andrebbe ritenuto colpevole (per la disorganizzazione nella prevenzione di quel rischio-reato)».

⁸⁷ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 40. Per questa soluzione, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 180 ss.

⁸⁸ Così, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 250 ss.

⁸⁹ Si veda TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 40, il quale osserva, altresì, come sarebbe «quasi superfluo aggiungere come il mancato riscontro dell'elusione fraudolenta si spiegherebbe ponendo l'accento sul relativo peso *solo* nell'ambito di una delle forme di non-colpevolezza rilevanti: né potrebbe essere altrimenti, attesa la qualificazione (della presenza) del modello come suo presupposto operativo».

nelle regole che in esso sono contenute. Invero, un modello organizzativo dovrà, presumibilmente, prevedere regole atte a scongiurare il rischio di diverse tipologie di reati; in più, esso positivizzerà alcune regole che, ponendosi a un livello ancora precedente al rischio-reato vero e proprio, saranno genericamente indirizzate a prevenire il rischio, per quanto possibile, che si possano formare all'interno della *societas* processi criminosi di qualunque tipo. Il giudice, nel valutare l'idoneità e l'adeguatezza del modello, dovrà focalizzare il giudizio in prima battuta sulle regole specifiche che avrebbero dovuto prevenire i reati del tipo di quello verificatosi, per poi, però, valutare anche il resto delle regole e delle cautele positivizzate nel modello esprimendo una valutazione complessiva di quest'ultimo⁹⁰.

La dottrina ha evidenziato la presenza di tre diverse tipologie di regole, all'interno dei modelli, e ne ha elaborato le caratteristiche morfologiche, distinguendole in cautele procedimentali, sostanziali e di controllo.

Le cautele procedimentali sono regole che non prendono in considerazione una specifica tipologia di reati, bensì proceduralizzano l'*iter* di una fase dell'attività della persona giuridica, in modo da evitare che si creino le precondizioni per il rischio-reato; esse si pongono, dunque, ad un livello ancora precedente rispetto al rischio di commissione dell'illecito⁹¹.

⁹⁰ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 40 s., il quale fa l'esempio del sistema disciplinare di cui all'art. 6, co. 2, «in quanto fattore destinato a esplicare un'efficacia dissuasiva circa la violazione del modello», ovvero alla previsione di flussi informativi da e per l'organismo di vigilanza e la proceduralizzazione delle sue modalità di sorveglianza e controllo, «in quanto strumenti volti a evitare talune condotte scorrette e dunque dotati di attitudine impeditiva del rischio reato». L'A., tuttavia, sottolinea come «nondimeno, la correlazione col reato, che la normativa richiede ai fini del giudizio di adeguatezza preventiva del modello, orienta la lente dell'organo giudicante prima di tutto sulla specifica *cautela*, indicando nel senso del diverso "peso" attribuibile ai vizi riscontrati in altri settori del sistema. Pertanto, è possibile concludere che le altre componenti del sistema potranno sì acquisire rilievo, ma solo quando il *deficit* ivi ravvisato manifesti un profilo di collegamento, quanto più significativo, col fatto-reato posto in essere».

⁹¹ V. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 410, il quale rileva come la «*cautela procedimentale*» sia quella «in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente». L'A. cita l'esempio della regola della segregazione delle funzioni: «una volta disegnato il meccanismo procedurale, distinguendo le diverse fasi che lo integrano, il processo decisionale deve ispirarsi al *principio di segregazione delle funzioni* tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato: si tratta di una cautela volta ad evitare la concentrazione dei poteri e l'insorgenza di conflitti di interesse, di ostacolo alla trasparenza e alla verificabilità dei processi decisionali. La 'dispersione' ('democraticizzazione') dei poteri costituisce, dunque, una irrinunciabile architrave di un'adeguata prevenzione del rischio-reato».

Le cautele sostanziali sono quelle regole dettate specificamente al fine di contrastare lo specifico rischio-reato, andando ad incidere sul momento della decisione da cui potenzialmente potrebbe derivare la commissione dell'illecito⁹².

Le cautele di controllo, infine, sono quelle che vigilano sul corretto funzionamento dei meccanismi del modello, che posseggono una finalità strumentale ad assicurare l'effettività delle cautele sostanziali⁹³.

Mentre le cautele sostanziali avrebbero, dunque, una funzione propriamente cautelare⁹⁴, le cautele procedurali mostrerebbero una natura "bifronte": se, infatti, osservate da sole, mostrerebbero una natura più propriamente cautelativa o precauzionale, dal momento che il loro fine specifico è quello di "parcellizzare" e "democraticizzare" l'iter decisionale, fine che si pone a un livello precedente rispetto a quello della effettiva minimizzazione del rischio-reato specifico, cosicché non si intesserebbe una relazione diretta tra quest'ultimo e la violazione della regola cautelare; se, invece, riguardate nella loro relazione dinamica con quelle sostanziali, se ne percepirebbe la natura, pur "indirettamente", cautelare, dal momento che esse tutelano e garantiscono l'efficacia e l'effettività delle regole di cautela sostanziali⁹⁵.

⁹² Così, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 410, secondo cui la «cautela sostanziale» è quella concernente «il contenuto della decisione a rischio-reato, che viene conformato sul piano dell'an, del quomodo e del quantum, in diretta correlazione funzionale con lo specifico tipo di rischio da contrastare (criterio di copertura del rischio tipico)».

⁹³ Si veda, ancora, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 411, per il quale esse traducono «l'esigenza di assicurarne l'adeguatezza e l'effettività della cautela, con l'adozione di meccanismi di supervisione di primo grado, interni, cioè, al processo decisionale, e di secondo grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale».

⁹⁴ Così PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 411, dal momento che la natura di queste «replica le fattezze dei meccanismi di ascrizione della colpa sul terreno dell'*Individualstrafrecht*».

⁹⁵ Cfr. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 410, il quale sostiene che «la funzione delle cautele procedurali è duplice. 1) Da un lato, di per sé considerate, denotano finalità "cautelative", visto che sono immediatamente orientate ad evitare la concentrazione dei processi decisionali, un fenomeno, cioè, che può atteggiarsi come 'prodromico' rispetto al rischio di commissione di tutti i reati-presupposto della responsabilità dell'ente: non si staglia, dunque, sullo sfondo una immediata correlazione di rischio tra la violazione della regola e uno specifico tipo di rischio-reato, che contraddistingue le norme autenticamente "cautelari". Una simile impronta cautelativa è strettamente collegata alla circostanza che la segregazione delle funzioni si eleva a principio generale dei processi decisionali, potenzialmente gravati dal rischio di verifica di reati

2) Dall'altro lato, nel momento in cui si affiancano, sinergicamente, alle regole sostanziali, [...] presentano pure un contenuto, mediamente, "cautelare", nella misura in cui si atteggianno come "strumenti" diretti ad implementare ed assicurare il buon funzionamento e l'effettività delle cautele sostanziali. In questo senso, le regole procedurali potrebbero essere definite alla stregua di "pre-condizioni" di funzionamento delle regole sostanziali. In altre parole, la regola cautelare, per poter operare efficacemente, ha bisogno di calarsi in un "ambiente proceduralizzato", che eviti

Anche in questo caso, l'indagine del giudice finalizzata a riscontrare il punto in cui il modello è stato violato dalla fraudolenta elusione dell'apicale e, dunque, la specifica regola che è stata aggirata con artifici e raggiri, non potrà soffermarsi esclusivamente sulle regole di cautela sostanziali predisposte dall'ente per minimizzare quello specifico rischio-reato, sebbene, inevitabilmente, la prima ricerca andrà effettuata sicuramente nell'ambito di queste; bensì dovrà involgere anche quelle di natura "cautelativa" o precautelare⁹⁶.

Ciò che deve essere in ogni caso accertato è il "nesso eziologico" tra elusione fraudolenta della regola e verifica del reato, allo stesso modo in cui per ritenere la *societas* responsabile del reato, deve essere accertato il nesso di derivazione di questo dal *deficit* organizzativo che si è scoperto in capo all'ente⁹⁷, cosa che discenderebbe da un'interpretazione sistematica dell'intero decreto: al fine di poter muovere un rimprovero all'ente, nel caso di reato degli apicali, bisogna, di regola (si è, infatti, sottolineato come, in alcuni casi particolari, l'ente potrebbe andare esente da responsabilità pur non avendo predisposto o formalizzato un

concentrazioni di potere e conflitti di interesse, come potenziali elementi di travisamento e di paralisi della cautela».

⁹⁶ Sul punto, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 42 s., per il quale «così come il giudizio di idoneità del modello si misura innanzitutto sull'adeguatezza delle *regole sostanziali*, in ragione della loro diretta correlazione col reato, per poi scandagliare i livelli organizzativi retrostanti rispetto a quello *immediatamente* cautelare, allo stesso modo l'individuazione della regola violata, ai fini dell'accertamento dell'elusione fraudolenta, avverrà *principalmente* nell'ambito di quest'ultimo, in ragione della *diretta correlazione funzionale* col rischio-reato da evitare: *se un modello idoneo ed efficacemente attuato, nonostante ciò, ha "partorito" un reato che intendeva pervenire, e questo perché è stato eluso (fraudolentemente), allora è ragionevole pensare che il fatto elusivo abbia avuto a oggetto proprio le regole che rivelano una diretta connessione di rischio con l'evento occorso, cioè quelle autenticamente cautelari.*

Tuttavia, così come la colpa dell'ente non può misurarsi solo relativamente alla costruzione del livello di prevenzione corrispondente alle regole cautelari *sostanziali*, allo stesso modo l'oggetto dell'elusione non deve necessariamente coincidere con questa tipologia di regola, potendo in ipotesi realizzarsi nel mancato rispetto dell'assetto organizzativo *funzionalmente segregato* di quella specifica procedura ovvero della regola che impone per quella *fase procedurale* l'attivazione di un determinato flusso informativo».

⁹⁷ In argomento, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103 ss. Per DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1153 s., il quale si interroga sulla natura di questo nesso (l'alternativa sarebbe, infatti, tra un nesso "determinatore" ovvero "agevolatore"), quest'ultimo avrebbe natura "agevolatrice" nel caso di reato dei sottoposti *ex art. 7*; altra dottrina tende, però, a negarla, in base alla lettera della disposizione, che espressamente prevede che l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza debba aver «reso possibile» (ovvero, all'art. 17, co. 1, lett. *b*), che le carenze organizzative devono, addirittura, aver «determinato» la commissione del reato. Così, anche FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in LANCELOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 98 ss.; nonché PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 98.

modello di prevenzione del rischio-reato) accertare la sussistenza di un reato (commesso da un soggetto di vertice della *societas* nell'interesse o a vantaggio dell'ente), la presenza del modello e l'elusione fraudolenta da parte del reo di una sua regola di cautela. Qualora manchi quest'ultimo requisito si dovrebbe presupporre la inidoneità o inadeguatezza del modello stesso, concludendo per la colpevolezza dell'ente.

Tuttavia, non sarebbe vero il contrario: anche qualora venga accertata la componente dell'elusione *cum fraude* del modello sarebbe, comunque, possibile rinvenire una colpa, derivante da altre mancanze, della persona giuridica. Un esempio può essere quello in cui sia mancata o non sia stata sufficiente la sorveglianza dell'organismo che l'ente deve costituire proprio per vigilare sull'attuazione e l'adempimento degli obblighi derivanti dal decreto, come statuito esplicitamente dalla disposizione di cui alla lettera *d*) del primo comma dell'articolo 6⁹⁸. Altro caso in cui l'elusione non scagiona di per sé l'ente è l'ipotesi in cui manchi un meccanismo sanzionatorio e disciplinare nei confronti degli apicali che faccia da "contraltare", in chiave di deterrente, alla spinta motivazionale per la commissione del reato; anche in questo caso, la mancanza di questo elemento (che pure è esplicitamente menzionato tra i requisiti del modello alla lettera *e*) del secondo comma dell'articolo 6) porterebbe a concludere per la non idoneità del modello e, conseguentemente, per la condanna dell'ente⁹⁹.

Inoltre, riportando l'attenzione ai casi ipotizzati precedentemente per catalogare in una scala di intensità il coinvolgimento dell'ente nel reato e, dunque, il grado di "colpa organizzativa" di questo, e prendendo nuovamente in esame il caso in cui pur essendo stato predisposto un modello con delle cautele specifiche per quel rischio-reato poi verificatosi, queste siano state inosservate, emergerebbero qui, da un lato, la stretta correlazione che vi è tra efficace attuazione del modello e

⁹⁸ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 43 s.

⁹⁹ Per questa conclusione, in dottrina, v. ABRIANI, GIUNTA, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 3, 262; nonché PIVA, *Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: questo 'sconosciuto'*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 2, 90. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, nota a *Trib. Milano, sez. G.i.p., 17 novembre 2009 (dep. 8.1.2010)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 3, 641 ss. In giurisprudenza v. *Trib. Milano, sent. 20 settembre 2004*, in *Foro it.*, 2005, II, 528; *Trib. Milano, sent. 28 ottobre 2004*, *ivi*, 269; *Trib. Milano, sent. 20 dicembre 2004*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 6, 69; *Trib. Bari, sent. 18 aprile, 2005*, consultabile in www.rivista231.it.

frode elusiva ai danni di questo, dall'altro, il fatto che il mancato accertamento della componente elusiva non basta per concludere per la non responsabilità della persona giuridica: qualora tra la specifica regola violata e il reato commesso dall'apicale sia accertato un nesso di correlazione, sarebbe dimostrata la astratta idoneità preventiva del modello, cosa che, sotto questo punto di vista scagionerebbe la *societas*; senonché, quest'ultima potrebbe essere ritenuta responsabile, anche in mancanza del requisito elusivo, per non aver efficacemente implementato il modello ovvero per la mancanza di meccanismi dissuasivi o di controllo verso l'operare illecito dei propri vertici¹⁰⁰.

4.1 Segue: l'elusione fraudolenta come controprova dell'idoneità del modello

La clausola della fraudolenta elusione, come visto, andrebbe a operare come criterio di verifica della validità del modello, nelle ipotesi di reato commesso dagli apicali: in questi casi, infatti, stante la presunzione (relativa) per cui il fatto di reato del vertice aziendale si ascrive, senz'altro, all'ente, per vincere tale presunzione a quest'ultimo non basterà provare la sussistenza del modello stesso, bensì dovrà provarne anche l'efficacia, nel senso che il modello deve dimostrare di aver un potere di indirizzo sul comportamento degli apici, cosa che verrebbe, appunto, desunta dal fatto che per aggirare le regole di cautela questi abbiano dovuto ricorrere a una frode elusiva¹⁰¹.

¹⁰⁰ Si veda, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 281. Secondo l'Autrice, infatti, l'ipotesi in commento sarebbe «l'unica che sembra riprodurre lo schema di accertamento della colpa specifica» il cui ragionamento logico dovrebbe essere rovesciato nella conclusione, dal momento che le regole cautelari cui l'ente deve obbedire provengono dall'ente stesso (sarebbe, questa, un'ipotesi di autonormazione); cosicché «se, cioè, tra la cautela violata e l'evento in concreto verificatosi vi è una specifica correlazione di rischio [...] la colpa dell'ente andrà esclusa invece che affermata, essendo questa la riprova, sulla base di una valutazione *ex ante*, dell'idoneità del modello a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. In altri termini: sarà raggiunta la prova che l'ente si era ben organizzato per quel rischio reato, prevedendo l'idonea cautela»; e tuttavia, sarebbe comunque da ritenere responsabile per la «inefficace attuazione del modello» o per la mancanza di «un meccanismo di autodifesa contro l'altrui inosservanza o un adeguato sistema di controllo sull'altrui osservanza». V., altresì, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 45, il quale conclude che «la prova dell'elusione fraudolenta del modello garantisce l'adeguatezza/effettività preventiva della specifica regola violata ma non delle altre; la regola violata, secondo quanto prospettato, sarà nella maggior parte dei casi una cautela sostanziale, ma ciò non esclude che essa potrà coincidere con una regola di altro tipo».

¹⁰¹ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 46: «se, ai fini della realizzazione del reato, non si è rivelato necessario eludere (fraudolentemente) il

La correlazione tra i vari elementi della fattispecie dovrebbe, dunque, essere così strutturata: la verifica *ex ante* della efficacia delle regole dovrebbe fungere da presupposto per innescare l'operatività della clausola dell'elusione, la quale deve essere verificata anche nel nesso eziologico che la lega all'evento-reato, ma che, oltre a ciò, fungerà da «controprova dell'adeguatezza preventiva della regola violata»¹⁰².

Il rischio, nel fare ciò e nell'abbandonare la tesi della responsabilità per fondamento organico, è quello di introdurre una responsabilità dell'ente per "modo di essere" o per "tipo di autore", enfatizzando eccessivamente il *deficit* organizzativo a discapito di un'attenta analisi fattuale che deve prendere in

modello, allora vuol dire che il reo, per attuare la strategia criminale, non ha avuto bisogno di superare gli argini posti dal modello; ergo: il modello non si è rivelato funzionalmente efficace».

¹⁰² Così, testualmente, ancora TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 46 s., il quale continua osservando come «a ben vedere, la nota causale che lega l'elusione fraudolenta alla commissione del reato si pone in termini eguali e contrari rispetto al nesso che deve sussistere tra la lacuna organizzativa riscontrata e il reato commesso: nel primo caso il fenomeno causale è indice di adeguatezza preventiva del modello, nel secondo, stante l'assenza di un'elusione fraudolenta o la sua presenza *non risolutiva* (per residui margini di colpevolezza), è indice di inadeguatezza preventiva del medesimo». Conf. AITA, *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del modello o mera clausola esimente?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 3, 258, secondo il quale, «l'avvenuta elusione, al più, rappresenta la controprova circa la validità ed efficacia a favore dei soli presidi scardinati e non dell'intero Modello, che potrà, in ogni caso, risultare carente sotto altri aspetti e configurare per l'ente gli estremi della colpa in organizzazione a patto, tuttavia, che si rinvenga un nesso di causalità tra consumazione del reato e deficit organizzativo». Opta per tale interpretazione anche SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 122 ss., a parere del quale, pur dovendosi per questa via forzare la lettera della legge, collegando la fraudolenta elusione con il requisito di idoneità del modello *ex lett. a)* dell'art. 6, dunque utilizzando il primo requisito come specificazione dell'*iter* valutativo che deve compiere il giudice sul modello, l'idoneità di questo «dovrà [...] essere valutata con una prognosi postuma *ex ante* ed a base parziale, cioè avendo in considerazione soltanto le circostanze conosciute e conoscibili al momento della mappatura del rischio, escludendo dunque tutte quelle circostanze che, pur esistenti al momento del fatto o in precedenza, non erano conoscibili dall'agente o erano conoscibili, ma sulla scorta di un modello di agente talmente avveduto che sarebbe capace di superare l'elusione fraudolenta. Il requisito dell'elusione fraudolenta, capace in astratto di mandare esente da responsabilità l'ente, circoscrive così la figura dell'agente modello a cui rifarsi per parametrare l'idoneità dell'adozione del modello. [...] La clausola di esonero funziona come il caso fortuito che, nel sistema penale, costituisce prova della assenza di colpa». L'A. fa notare, tuttavia, è che parte della dottrina è critica rispetto all'utilizzo della figura dell'agente modello ai fini della determinazione della tipicità colposa, poiché non consentirebbe di effettuare una efficace selezione delle fattispecie concrete punibili (così, ad esempio, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009). Inoltre, secondo l'A., «in giurisprudenza i giudizi di prevedibilità ed evitabilità, che individuano la regola cautelare, anziché calibrarsi sul rischio situazionale esistente al momento della condotta, vengono rielaborati secondo una logica retrospettiva che include nella base del giudizio l'evento stesso. Non a caso, il dibattito si divide tra chi sostiene di sostituire l'agente modello con il richiamo alla migliore scienza ed esperienza possibili, e chi invece cerca di tipizzarne i contenuti, ma con risultati non univoci, infatti vi è chi tiene conto delle conoscenze causali e non delle capacità, mentre altri prendono in esame oltre alle conoscenze anche le capacità».

considerazione, oltre a questo, anche la tipologia di reato verificatosi¹⁰³. Per ovviare a tale inconveniente non resterebbe, allora, altro da fare se non porre l'accento sui requisiti, rinvenibili in varie disposizioni del decreto, che rendono il fatto di reato effettivamente imputabile all'ente, e, in particolare, quelli del *deficit* organizzativo, da cui è causalmente derivato l'illecito, e la mancanza di una elusione fraudolenta delle regole positivizzate nel modello¹⁰⁴.

Altro corollario dell'enfasi sulla lacuna organizzativa svincolata da un'analisi sulla sua relazione causale con il reato dell'apice sarebbe, poi, l'interpretazione della fattispecie di esonero dell'articolo 6 nel senso che "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*" e, dunque, nel senso che questa sia l'unica possibilità per l'ente di discolarsi, dovendo, invece, questo essere considerato colpevole, senza altre indagini sull'elemento "soggettivo" di partecipazione dell'ente nel reato, anche nel caso, già esaminato, in cui il modello manchi totalmente¹⁰⁵. Tuttavia, l'interpretazione letterale della disposizione e quella sistematica del decreto, il cui fine ultimo sembrerebbe la prevenzione del rischio-reato, e l'inquadramento dogmatico della responsabilità dell'ente all'interno della colpa di organizzazione, dovrebbero bastare a scongiurare questo rischio¹⁰⁶.

Anche in questo ragionamento, la clausola dell'elusione fraudolenta si inserisce operando nella direzione di "cementificare" in modo ancora più stringente il nesso tra responsabilità dell'ente e reato da cui questa discende: se mancasse tale requisito, pur rimanendo all'interno della teoria della colpevolezza organizzativa (che, anzi, in questo caso sarebbe una delle causali dell'effetto di "astrazione" e "oggettivizzazione" del percorso logico che sottende all'accertamento della

¹⁰³ Reintroducendo una surrettizia ipotesi di responsabilità per *versari in re illicita*. Così MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 250 ss.; VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, cit., 138 ss.; nonché TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 47, il quale parla di rischio di introduzione di «uno schema di responsabilità per *organizzazione difettosa tout court*».

¹⁰⁴ Sul punto, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5107; ID., *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation"*, cit., 414, per la quale il requisito della fraudolenza sarebbe accostabile al «sotterfugio non dominabile», cosicché l'accertamento dell'elusione fraudolenta, nel caso di responsabilità dell'ente, dovrebbe condurre alla conclusione che il comportamento criminale del vertice societario non fosse in concreto dominabile da parte della *societas* e, dunque, che non sussista una mancanza organizzativa da parte di questa.

¹⁰⁵ Dando nuovamente adito a responsabilità "per tipo di autore" ovvero "per modo di essere". E si veda MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 250 ss.; nonché FIORELLA, *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation"*, cit., 405 ss.

¹⁰⁶ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 48.

responsabilità dell'ente), si avrebbe uno "scollamento" dall'evento-reato e, dunque, si potrebbe dare spazio a accertamenti, questa volta, di «*irresponsabilità* per tipo d'autore»¹⁰⁷.

In conclusione, il criterio dell'elusione fraudolenta, nelle ipotesi di illecito derivante da reato degli apicali, fungerebbe da nesso di collegamento tra evento-reato e idoneità del modello, concretizzando dal punto di vista e normativo e fattuale la non colpevolezza dell'ente, operando (almeno nella generalità dei casi) da elemento indicativo della mancanza di *deficit* organizzativi e, dunque, di colpe di organizzazione¹⁰⁸.

Anche in questo caso, tuttavia, è d'uopo precisare che l'accertamento circa l'insussistenza della clausola nel caso specifico non dovrebbe essere l'unico fondamento su cui basare un assunto di colpevolezza e responsabilità dell'ente, ritenendo, per il solo fatto che manchi un'elusione fraudolenta del modello, che questo sia inadeguato o non efficacemente attuato: a ragionare così, infatti, si configurerebbe una presunzione assoluta di responsabilità dell'ente, non essendo a questo permesso di fornire una prova contraria per discolarsi, ad esempio fornendo la dimostrazione che quello specifico evento-reato, nella sua concreta materialità, fosse fuori del controllo dell'ente e, dunque, che non sarebbe stato possibile prevenire neppure nel caso in cui fosse stata predisposta una specifica regola di cautela; ragionamento che, oltretutto, andrebbe ad integrare una violazione del principio costituzionale di colpevolezza in materia penale¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 48, il quale segnala come «la ricognizione dell'adeguatezza preventiva del modello in assenza della verifica circa la sua elusione fraudolenta, smarrendo il collegamento *qualificato* col reato, garantito dalla componente elusiva quale passaggio causale rispetto alla commissione del crimine, potrebbe comportare un giudizio di idoneità/effettività sganciato dalla concreta dinamica fattuale: il modello potrebbe cioè essere giudicato come adeguato sul piano preventivo pur mancando in concreto la sua elusione».

¹⁰⁸ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 48.

¹⁰⁹ Sul punto, MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 281 s., la quale propone l'esempio dell'ente che sia ritenuto responsabile, nonostante avesse previsto il rischio-reato specifico e avesse adottato una cautela efficace, la quale, tuttavia, non fosse stata elusa fraudolentemente dal vertice. L'A. evidenzia come, in questo caso, il rischio sia, appunto, nell'addossare la responsabilità in capo alla persona giuridica, quello di rifarsi a schemi di responsabilità presuntivi, la cui causa potrebbe essere da ricercare nella potenziale mancanza di fiducia dei giudici nei confronti di forme di autoregolamentazione private. Secondo l'Autrice, una soluzione, *de iure condendo*, potrebbe essere quella di emanare attraverso fonti legislative delle *best practices* da considerare, secondo una presunzione relativa, come *ex ante* idonee ed efficaci nella prevenzione del rischio-reato (salvo gli idonei adeguamenti dovuti a specifiche particolarità e necessità che le singole società dovranno prendere in considerazione e attuare). Fino a quel

5. La fraudolenza come qualificazione restrittiva dell'ambito di operatività dell'esonero della responsabilità per l'ente

Svolte le necessarie premesse generali sulla clausola dell'elusione fraudolenta e sul ruolo che essa svolge nell'economia e nella dinamica del decreto, è possibile, ora, spostare la lente, più specificamente, sul predicato che è stato attribuito alla clausola elusiva, ovvero la nota di "fraudolenza" con cui l'elusione della regola di cautela da parte dell'apicale deve essere avvenuta.

Invero, si è già accennato come, questa nota di "fraudolenza" serva anch'essa al fine di accertare l'assenza di una colpa di organizzazione della persona giuridica e, dunque, per dimostrare «l'oggettiva impossibilità di imputare il fatto all'ente», fungendo da "cartina di tornasole" per il livello qualitativo del modello¹¹⁰: qualora venga accertato che per eludere quest'ultimo il vertice aziendale si è dovuto operare mettendo in atto uno schema non solo elusivo, ma connotato anche da fraudolenza, allora sarebbe giocoforza concludere che lo *standard* di adeguatezza richiesto dall'ordinamento affinché il modello prevenga o, quantomeno, minimizzi il rischio di commissione di un determinato reato sia stato, nel caso specifico, raggiunto, cosicché all'ente non potrà essere mosso alcun rimprovero (sempre salvo che non vi sia stata una omessa o insufficiente sorveglianza da parte dell'organismo di vigilanza dell'ente)¹¹¹.

L'elemento della fraudolenza all'interno della fattispecie di esonero di cui all'articolo 6, dunque, altro non farebbe che restringere le ipotesi in cui l'ente può andare esente da responsabilità, spostando verso l'alto il livello di diligenza a questo richiesto non solo nella predisposizione e attuazione del modello, bensì anche nella vigilanza sul suo rispetto da parte degli apici; e ciò fa selezionando, all'interno dei comportamenti elusivi con i quali i vertici tentano di aggirare le regole del modello,

momento, tuttavia, non si potrà che fare affidamento al giudizio dei singoli operatori del diritto, nella speranza che optino per una responsabilità ancorata a riscontri di colpevolezza dell'ente, rifuggendo da presunzioni e modelli di responsabilità oggettiva. Analogamente, anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 49 s., per il quale, allora, «l'assenza dell'elusione fraudolenta del modello deve ritenersi elemento (solo) indiziante nel senso dell'inadeguatezza preventiva del sistema e dunque della responsabilità dell'ente».

¹¹⁰ Si veda TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 51 s.

¹¹¹ Sul punto, PELISSERO, *Disposizioni sostanziali*, cit., 582 ss., il quale sottolinea come, così, l'elemento dell'elusione fraudolenta valga «a definire il livello di vigilanza richiesto» all'OdV; nonché ID., *La responsabilità degli enti*, cit., 871.

solamente quelli connotati, dal punto di vista modale, da una nota di fraudolenza¹¹². Alla base di questa “severità” del legislatore e nel regime probatorio e nelle *chances* di discolta fornite all’ente nel caso di reato degli apicali sta evidentemente la presunzione di imputabilità del fatto di questi soggetti alla *societas*, derivante ancora dal paradigma ascrittivo della teoria organicistica¹¹³.

Ad ogni modo e secondo le osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, non sarebbe in discussione il fatto che anche la clausola dell’elusione fraudolenta si innesti nell’ambito della colpevolezza organizzativa. Ciò che, invece, fa discutere è quale debba essere l’interpretazione del requisito: se, infatti, si ritenesse raggiunto lo *standard* di adeguatezza del modello già per il solo fatto che questo sia stato eluso dall’apicale al fine di commettere reato, di modo che il requisito della fraudolenza non avrebbe altro significato che quello di indicare un «*surplus* cautelare», si rischierebbe di dare nuovamente e surrettiziamente ingresso alla teoria dell’immedesimazione organica, cosa che, per i motivi esposti in precedenza, dovrebbe essere categoricamente respinta. In realtà, ciò che più interessa è analizzare l’ambito di operatività della fraudolenza rispetto alle regole positivizzate nel modello e, soprattutto, rispetto al sistema di controlli di cui l’ente deve dotarsi, insieme alle possibilità di un accertamento probatorio di tali rilievi, così da verificare se sia davvero esigibile prevedere un tale sistema di esonero in capo all’ente¹¹⁴.

¹¹² Così, CIPOLLA, *L’elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 737, secondo cui «la soluzione più ovvia, quella secondo cui l’avverbio “fraudolentemente” indichi una specifica modalità di elusione, quella estrinsecantesi “mediante frode”, trae fondamento dalla funzione comune degli avverbi con suffisso “mente”, che è quella di specificare le modalità dell’agire descritto da un verbo».

¹¹³ Cfr. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 52 s. L’A. osserva che «non v’è motivo di dubitare che la pretesa normativa sottenda quella visione del rapporto tra ente e proprio vertice in chiave di coincidenza, radicata nella teoria dell’immedesimazione organica, dalla quale discende la presunzione d’attribuibilità del fatto individuale alla compagine collettiva: in questo scenario, l’esenzione della responsabilità non passa solo per l’adozione del modello, significativa invero di una *dissociazione degli intenti* dei protagonisti, ma esige che l’ente non sia *complice* del soggetto apicale per via di una difettosa organizzazione della prevenzione o, più in generale, che l’ente “virtuoso” sia ben organizzato per far fronte alle iniziative criminali del suo *management*. Indice di tale adeguata organizzazione è la presenza del requisito dell’elusione fraudolenta, così come indice di una difettosa organizzazione è l’assenza del medesimo».

¹¹⁴ V., ancora, TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 53, per il quale, se bastasse l’accertamento dell’elusione per concludere sull’adeguatezza del modello, «la richiesta aggiuntiva della *frode* si tradurrebbe nella pretesa di un *surplus* cautelare, evocativa probabilmente di un abuso di fiducia nelle capacità *performative* della *societas* da parte di un legislatore in realtà *suggestionato* dal legame organico che stringe l’apice all’ente di

6. Il panorama ermeneutico del concetto di frode nella letteratura giuspenalistica

Il primo passo, in tale analisi, è necessariamente quello di intraprendere un *excursus* all'interno della letteratura formatasi sul concetto di "elusione fraudolenta".

A differenza dell'elemento elusivo, che sia nel significato corrente sia in quello gius-penalistico (come si evince dall'esame delle disposizioni codicistiche ed extra-codicistiche in cui si rinviene – *inter alia*, articoli 378 e 388 del codice penale¹¹⁵ e lettera *f*-bis) dell'articolo 171-*ter* della legge 22 aprile 1941, n. 633 – e dall'elaborazione giurisprudenziale che ne è derivata) avrebbe l'inequivoco significato di "schivare" ovvero di "evitare scaltramente"¹¹⁶, per quanto riguarda, invece, l'elemento della "fraudolenza", anche solo ad una prima occhiata, ricercando nel *corpus* normativo del nostro ordinamento penale, risalta la varietà di utilizzi di questo termine e di termini da esso etimologicamente derivati e, conseguentemente, anche la quantità di differenti significati che il legislatore vi attribuisce, determinando, per l'interprete una difficoltà nel rintracciare le coordinate di fondo del concetto giuridico, tali che possano farne emergere gli

appartenenza. Ma il punto non è tanto comprendere se per tal via si abbia un residuo di teoria organicistica nell'ambito di un elemento, quello elusivo, la cui funzionalità ne sancisce l'appartenenza al nuovo modello di colpevolezza normativa: si può infatti agevolmente obiettare che la richiesta di un comportamento *altamente* preventivo puntelli la tenuta operativa di tale nuovo modello di colpevolezza senza contaminarne la natura. Quanto valutare l'esigibilità di un siffatto sistema organizzativo, alla luce prima di tutto della verifica dei margini di praticabilità sul piano empirico della fenomenologia fraudolenta nell'architettura dei controlli dell'apparato preventivo e correlativamente delle ragguardevoli difficoltà di accertamento che la condotta fraudolenta specie in questo contesto presenta».

¹¹⁵ Su cui v. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 734 ss., che rileva come in tali disposizioni «qualcun altro, diverso dal reo, può e/o deve conseguire uno scopo (investigativo, nell'art. 378 c.p.; patrimoniale o di altra natura, nell'art. 388 c.p.) e tramite la condotta incriminata tale scopo viene impedito ovvero reso difficile. L'elusione, in linea di massima, è quindi ricondotta ad un comportamento fuorviante, tipico proprio di colui che schiva i colpi altrui, idoneo a ostacolare gli intenti e rendere inefficaci gli sforzi altrui. Non a caso vi è una evidente affinità tra "l'aggiramento" che sintetizza l'elusione e il "raggiro" in cui consiste la frode».

¹¹⁶ Così, CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 734 ss., il quale sottolinea, altresì, come «"l'elusione" di una regola consiste nell'aggiramento della stessa, mediante l'impiego di stratagemmi, *ergo* mediante il ricorso all'intelligenza, in contrapposizione alla violazione *tout court*. Tanto la condotta "elusiva" quanto la condotta "lesiva" (la violazione diretta o frontale) puntano ad uno scopo anti-giuridico, quello stesso che la norma vuole che non si realizzi, e tuttavia la prima vi tende mediante una manovra a forma semicircolare (giro/aggiramento/raggiro), obliqua, caratterizzata da artifici e astuzie, mentre la seconda ha la forma del movimento diretto-frontale. Di qui una prima conclusione: il concetto di "elusione", in relazione ad una regola, si contrappone in modo netto, alla "violazione diretta"».

elementi comuni e unificanti¹¹⁷. In ogni caso, l'analisi non potrà che partire dalla fattispecie archetipica di "truffa" di cui all'articolo 640 del codice penale¹¹⁸.

Un primo elemento da tenere in considerazione prende le mosse già dalla classificazione dottrinale dei delitti contro il patrimonio, cui è dedicato il titolo XIII del libro secondo del nostro codice penale. Dopo una loro iniziale categorizzazione basata sul bene giuridico tutelato dalle diverse fattispecie, la dottrina ne ha elaborata un'altra, che ha poi subito una ulteriore importante evoluzione, basata sulle caratteristiche offensive della condotta e che ha mostrato di essere più fedele al dato normativo, nonché di essere foriera di interessanti spunti dogmatici e interpretativi¹¹⁹. Anche il codice aveva, infatti, previsto due tipologie di aggressione al patrimonio: una caratterizzata dall'agire violento, l'altra, invece, dall'agire fraudolento. La critica mossa a tale ricostruzione da parte della dottrina aveva, tuttavia, evidenziato come in talune fattispecie rientranti nella prima categoria mancasse un profilo di vera e propria violenza (si pensi, ad esempio, al furto), così come in talune fattispecie rientranti nella seconda mancasse un profilo di vera e propria frode (si pensi, ad esempio, ai casi della appropriazione indebita e della ricettazione). La replica, proveniente dal legislatore stesso, poggiava sul fatto che i due concetti di violenza e frode andassero intesi *lato sensu*¹²⁰, così perdendo, però, gran parte della loro portata selettiva nei comportamenti da ritenere meritevoli di condanna penale.

La dottrina contemporanea ha poi ulteriormente sviluppato questa classificazione prendendo in considerazione le caratteristiche della condotta, ma, stavolta, dal punto di vista del soggetto passivo, distinguendo, dunque, tra fattispecie caratterizzate da unilaterità della condotta aggressiva o usurpativa e fattispecie caratterizzate da una cooperazione da parte della vittima carpite dal

¹¹⁷ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 54.

¹¹⁸ L'articolo dispone, per quello che qui interessa, al primo comma che è punito per truffa «chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno».

¹¹⁹ Si veda FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo secondo, 7^a ed., Bologna, 2015, 12.

¹²⁰ Sul punto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte I, Roma, 1929, 435 s.

soggetto attivo: in queste ultime il soggetto passivo coopera, suo malgrado, nel reato, venendosi ad innescare un rapporto interattivo tra reo e vittima¹²¹.

La fattispecie normativa del reato di truffa si avvale di una tipizzazione dell'elemento oggettivo attraverso una serie concatenata di condotte positivizzate attraverso eventi (mediani) che portano, infine, all'evento vero e proprio del danno patrimoniale per la vittima con connesso profitto ingiusto per il soggetto attivo o per altri¹²². Dunque, si tratta di un reato a forma vincolata¹²³, tuttavia, ciò che si riscontra nell'interpretazione che se ne fa soprattutto nelle aule giudiziarie, è il fatto che, a causa di diversi fattori e con diverse finalità, si finisce con lo svuotare di significato le caratteristiche modali di cui all'articolo 640 del codice penale, così da ampliare il campo di applicazione della norma, ma venendo meno al principio di tipicità e alla frammentarietà che deve caratterizzare il diritto penale contemporaneo, nella corretta concezione di questo come *extrema ratio*¹²⁴.

¹²¹ V., per tutti, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in ID., *Diritto penale*, vol. II, 39 ss.; nonché FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 13.

¹²² Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 178, per i quali, «in sede di ricostruzione dell'elemento oggettivo l'interprete deve tenere nel dovuto conto la concatenazione delle note modali della condotta truffaldina e dei conseguenti eventi, nella precisa sequenza che presiede alla tipizzazione legislativa: artifici o raggiri → induzione in errore → atto dispositivo (elemento implicito per via interpretativa) → danno patrimoniale e profitto ingiusto».

¹²³ *Contra*, tuttavia, MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, 70 s., il quale propende per la tesi secondo cui quello di truffa sarebbe un reato a forma libera.

¹²⁴ V. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 178 ss., i quali osservano come uno dei motivi sia stato il mutamento nella tipizzazione legislativa avvenuto con il codice Rocco rispetto alla fattispecie positivizzata nel codice Zanardelli, che, rifacendosi alla elaborazione tradizionale, richiedeva un elemento in più, poi escluso dalla fattispecie del 1930, ossia il fatto che gli artifici e i raggiri messi in atto dal soggetto attivo fossero «atti ad ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede». Gli A. evidenziano come, in tal modo, a una prima ricostruzione ermeneutica restrittiva, ancora di ispirazione liberale-illuminista, con il tempo se ne impose un'altra di segno opposto, che, per motivi solidaristici e spinta da nuove esigenze di tutela, ha dilatato enormemente il campo applicativo della fattispecie. Si osserva, inoltre, criticamente, che «da un lato, si è cioè sempre più fatto ricorso alla truffa come a una sorta di “fattispecie tappa-buchi” o “fattispecie di rifugio” cui ricondurre, con inevitabili forzature ermeneutiche, una serie peraltro eterogenea di nuove forme di abuso patrimoniali ai danni sia del patrimonio privato sia, più spesso, di quello pubblico [...]. Il modello della truffa è andato così subendo un processo di “dematerializzazione”, come riflesso della trasformazione strisciante da fattispecie tradizionalmente posta a tutela del patrimonio individuale a fattispecie destinata a presidiare gli scopi di pubblica utilità, i fini sociali presi di mira con le varie forme di erogazione del denaro pubblico: con la conseguenza di “spiritualizzare” l'estremo del danno ravvisato non più o non soltanto nella mera perdita patrimoniale, bensì nella frustrazione dello scopo sotteso alla pubblica prestazione. Da un altro lato, la “fuga dalla giustizia civile”, causata dai tempi lunghissimi e dal conseguente blocco delle liti, stimola un crescente ricorso alla giustizia penale nella quale vengono travasate, sotto impropria forma di truffa, controversie di natura civilistica: ciò anche al fine di sfruttare la pressione psicologica del processo penale per indurre la controparte a rapide soluzioni in via transattiva». Questa dottrina auspica, dunque, il ritorno a una interpretazione più restrittiva della norma, anche fondata sulla distinzione della frode nel campo

Il cuore della condotta tipizzata nell'articolo 640 starebbe in un'azione ingannevole volta a carpire la cooperazione della vittima al fine ultimo di conseguire un ingiusto profitto e procurare un danno al soggetto passivo (cosa che rappresenta l'evento finale del reato). Necessario elemento tipizzante di questa attività criminale sono gli artifici e raggiri che il soggetto attivo deve porre in essere al fine di ingannare la vittima e affinché venga realizzata la fattispecie tipica, cosicché di fondamentale importanza sarà intendersi sul preciso significato da attribuire a questi due concetti giuridici¹²⁵.

Tradizionalmente si intende per artificio quell'attività simulatoria di fatti non sussistenti o quell'attività dissimulatrice di fatti sussistenti che abbia una qualche estrinsecazione nella realtà fenomenica esterna; mentre si interpreta il raggirio come una simulazione attuata con parole o argomentazioni che intendano ingenerare nella vittima la convinzione che qualcosa di falso sia, in realtà, vero, utilizzando, in questo caso, un'opera di convincimento psicologico che potrebbe anche fare a meno di una messa in scena che abbia un qualche risvolto materiale e tangibile¹²⁶. Si tende, poi, nella prassi, come già sottolineato, a interpretare i due concetti in maniera estesa, ritenendo, ad esempio, non necessario accertare che essi si siano verificati con un certo livello di intensità ovvero che essi fossero, in una

civilistico e in quello penalistico, ossia sul «ruolo attribuibile al concorso della stessa vittima nella produzione del danno», anche seguendo le indicazioni derivanti dalle ultime tendenze «della c.d. *vittimo-domatica* che, applicando alla truffa i rigorosi postulati dell'idea dell'*ultima ratio*, tornano a valorizzare la capacità di autotutela della vittima come criterio per valutare la necessità e la meritevolezza di pena».

¹²⁵ Sul punto, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 181, i quali sottolineano come «questa insidiosa e fraudolenta attività induttiva deve a sua volta determinare, negli specifici modi della causalità psicologica, l'errore del soggetto passivo (errore che assume, in tal modo, il ruolo di "evento intermedio" del reato, a sua volta produttivo dell'ulteriore evento costituito [...] dal danno patrimoniale). Essendo la condotta tipica a "forma vincolata", ai fini della configurabilità del reato non è sufficiente una condotta induttiva qualsiasi che comunque provochi di fatto un inganno, ma è necessario che l'induzione sia realizzata mediante le specifiche modalità legislativamente previste: è per questo che assume un ruolo determinante l'esatta interpretazione delle note modali degli "artifici" e dei "raggiri"».

¹²⁶ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 181. In senso analogo, anche, PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Torino, 2014, 104, per il quale, tra gli artifici sarebbe da ricomprendere «ogni studiata trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà, realizzati sia simulando l'inesistente sia dissimulando ciò che esiste», mentre tra i raggiri quelle condotte estrinsecantesi «in una attività simulatrice sostenuta da parole o argomentazioni atte a scambiare il falso per il vero»; nonché ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008, 366, il quale propende per la tesi secondo cui i raggiri avrebbero un minore grado di "materialità", dal momento che gli artifici sarebbero fatti che «necessitano di una proiezione nel mondo esterno», mentre i raggiri potrebbero essere integrati da qualsiasi «avvolgimento ingegnoso di parole destinate a convincere: una menzogna corredata da elementi volti a farla apparire verità».

prospettiva *ex ante*, idonei a ingenerare un inganno e, anzi, escludendo dai comportamenti punibili solamente gli inganni manifestamente grossolani o inverosimili¹²⁷.

Gli ulteriori elementi tipici della fattispecie e derivanti dalla condotta di induzione mediante artifici o raggiri dell'agente sono l'errore della vittima¹²⁸ che dovrebbe poi causare, a sua volta, un atto di disposizione patrimoniale da parte della vittima in favore del soggetto attivo o di un terzo, che è secondo evento mediano della fattispecie e, al contempo, causa dell'evento finale del danno patrimoniale correlato all'ingiusto profitto¹²⁹. Ai fini di questa trattazione, ciò che più rilevava è

¹²⁷ Criticamente, nei confronti di questa tendenza interpretativa, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 181 ss., (che v. anche per gli interessanti e molteplici riferimenti giurisprudenziali), per i quali non è condivisibile, ad esempio, accettare acriticamente, come fa certa giurisprudenza, tra i comportamenti da sanzionare penalmente anche il semplice mendacio, e per i quali, attraverso questa via «iper-repressiva» si finisce, in fondo, con l'assegnare alla legge penale una sorta di funzione tutorio-assistenzialistica, che implica – a sua volta – una presunzione di diffusa minorità psichica nelle potenziali vittime dell'attività ingannatrice». Bisognerebbe, dunque, a detta di questa autorevole dottrina, recuperare, anche in questo caso, un'interpretazione restrittiva e accertare «che il mendacio utilizzato dal reo presenti un apprezzabile grado di *pericolosità*: possegga cioè l'attitudine – accertabile con un criterio *ex ante* – a sorprendere l'altrui buona fede in misura tale che la vittima presa di mira non possa, adoperando l'accortezza dovuta, difendersene da sé medesima. Da questo punto di vista, rapportando il giudizio sulla insidiosità dell'artificio o raggio anche alla possibilità di reazione del soggetto passivo, si tratta di verificare se l'affidamento della vittima nella credibilità dell'agente sia giustificato e, perciò, l'errore in cui essa cade sia da considerare inevitabile». Altro elemento di discussione in dottrina, ma accolto per lo più dalla giurisprudenza, sebbene in base a requisiti più stringenti, è la qualificabilità, all'interno degli artifici o raggiri, della reticenza, del silenzio o dei comportamenti omissivi in genere.

¹²⁸ Così, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 125, per il quale non sarebbe sufficiente il semplice aggiramento della volontà della vittima, ma è necessario che l'agente «la pieghi insidiandone la motivazione, e strappandole per tale via una decisione nociva» e che si veda anche per quanto attiene alle modalità con cui viene a prodursi tale effetto sul soggetto passivo (223 ss.).

¹²⁹ L'atto di disposizione patrimoniale non è esplicitamente richiesto dalla disposizione codicistica, tuttavia, tradizionalmente lo si ritiene un «requisito *tacito o implicito* di fattispecie», cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 187 s., secondo cui questo rifletterebbe «la concezione di fondo della truffa come delitto modellato sulla *cooperazione* della vittima: diversamente dai reati di aggressione c.d. unilaterale, di cui è esempio tipico il furto, nel reato di truffa lo stesso soggetto ingannato contribuisce a provocare la lesione dei suoi interessi patrimoniali». Oltre alla dottrina summenzionata che fa ricorso a una concezione negozial-civilistica di questo elemento, ve ne è un'altra, non poi così distante, che si rifà a una concezione meno stringente, secondo cui sarebbero rilevanti ai fini della piena configurazione della fattispecie tutti quei comportamenti materiali che abbiano un'incidenza sul patrimonio del soggetto passivo; così, MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, cit., 173 ss. In giurisprudenza, invece, sempre sull'onda di un'interpretazione quanto più possibile estensiva della fattispecie, anche questo elemento viene «dematerializzato» a tal punto da farvi ricomprendere anche comportamenti autolesivi della vittima «negativi», nel senso che sarebbero rilevanti anche le semplici omissioni da cui deriverebbe per il soggetto passivo la perdita di un diritto o di una utilità; criticamente, sul punto, ancora, FIANDACA, MUSCO, *loc. ult. cit.* Infine, vi è altra dottrina, seppur minoritaria, che arriva addirittura a negare il rango di elemento essenziale della fattispecie al requisito in parola; e si veda PECORELLA, voce *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1965, 634 ss.; nonché MANGANO, *Frode e truffa nel processo*, Milano, 1976, 101 ss.

la prima parte della fattispecie, quella che involge la relazione causale tra la condotta connotata dall'utilizzo di artifici e raggiri e la condizione psicologica di errore da questa generata nel soggetto passivo del reato, al fine di comprendere quando possa parlarsi di "condotta fraudolenta", così da poterla trasporre nel campo dell'ipotesi di esonero da responsabilità concesso all'ente, di cui all'articolo 6 del decreto. Come detto, però, quella *ex* articolo 640 del codice penale non è l'unica fattispecie in cui si rinviene l'elemento della fraudolenza e, sebbene, in un primo momento, non possa prescindere da essa, un'analisi più approfondita passa anche per queste ulteriori disposizioni.

La prima è quella di cui all'articolo 185 t.u.f.¹³⁰, nella quale, tra le condotte sanzionate per il loro potenziale effetto manipolativo sul mercato finanziario e come clausola di chiusura, sono citati anche gli «altri artifici». Chiaro derivato della truffa, l'interrogativo su questi comportamenti ha riguardato in particolare se, per essere integrati, fosse necessaria l'illiceità intrinseca della condotta o meno: la dottrina¹³¹ e la giurisprudenza prevalenti¹³², propendono per la soluzione negativa, dal momento che il "cuore" criminoso della fattispecie non starebbe nella natura della condotta (la cui illiceità ovvero liceità non rilevarebbe ai fini dell'integrazione degli elementi tipici del reato), bensì nel fatto che si distorca la situazione del mercato fino a far apparire reale, una situazione che, invece, reale non è, ingenerando, così, un inganno nella mente degli operatori. Tutti elementi che possono essere desunti, a prescindere, appunto, dalla liceità della condotta dell'agente, dalla situazione e dal contesto in cui la condotta stessa viene posta in essere ovvero dalle sue modalità di realizzazione¹³³.

Questa tesi interpretativa deriverebbe, d'altronde, dalla disamina dell'evoluzione interpretativa che si è formata, nel nostro ordinamento, riguardo ad

¹³⁰ La disposizione, contenuta nell'art. 185, co. 1, del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, rubricata «Manipolazione del mercato», dispone la sanzione penale per «Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o – ecco la parte che qui interessa – altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari».

¹³¹ Sul punto, per tutti, SGUBBI, *Manipolazione del mercato*, in ID., FONDAROLI, TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 81 ss., che v. anche per una ricostruzione delle diverse tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza.

¹³² Così, ad esempio, Cass. pen., sent. 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.*, 2010, 1920.

¹³³ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 55.

altre due fattispecie, che presentavano l'una la formula «mezzi fraudolenti», l'altra, nuovamente, quella degli «altri artifici»¹³⁴.

In merito, già la *Relazione* ministeriale che accompagnava il codice penale del 1930 (c.d. “Codice Rocco”) faceva un distinguo tra le due fattispecie¹³⁵: sottolineando come la formula contenuta nell'articolo del codice penale, quella degli “altri artifici”, dovesse risultare in un ambito applicativo più esteso rispetto all'altra, la quale presupponeva l'intrinseca anti-giuridicità anche nella modalità della condotta, nel mezzo adoperato per la commissione del reato, come voleva anche la giurisprudenza formatasi sulla fattispecie del previgente codice Zanardelli; tuttavia, l'indicazione del legislatore veniva presto disattesa, dal momento che, in un secondo momento, gli interpreti, anche all'atto dell'applicazione pratica, andavano assimilando le due norme, cosicché le due differenti formule finirono per equivalersi e avere lo stesso ambito applicativo, non essendo più ritenuta necessaria l'intrinseca illiceità della condotta neppure per la fattispecie di cui all'articolo 2628 del codice civile¹³⁶.

Confrontando, però, la fattispecie di truffa con altre affini di reati contro il patrimonio caratterizzate da una condotta non violenta, ci si accorge di come ridurre il contenuto centrale di essa nell'inganno (significato da attribuire agli artifici) significhi aderire a una lettura minimalista. Prendendo in esame, ad esempio, la figura dell'insolvenza fraudolenta, questa si differenzerebbe dalla truffa non per il mezzo ingannevole utilizzato per la commissione del reato, ossia la dissimulazione nel primo caso, contro gli artifici e raggiuri nel secondo, bensì per l'effetto

¹³⁴ Si fa riferimento, da un lato, all'art. 2628 c.c. originario, rubricato «Manovre fraudolente sui titoli delle società», che prevedeva il reato di aggio su strumenti finanziari e puniva «gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che diffondono notizie false o adoperano altri mezzi fraudolenti atti a cagionare nel pubblico mercato o nelle borse di commercio un aumento o una diminuzione del valore delle azioni delle società o di altri titoli ad esse appartenenti»; dall'altro lato, all'art. 501 c.p., rubricata «Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio», che punisce ancora oggi «chiunque, al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci, pubblica o altrimenti divulga notizie false, esagerate o tendenziose o adopera altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione del prezzo delle merci, ovvero dei valori ammessi alle liste di borsa o negoziabili nel pubblico mercato».

¹³⁵ Si veda la *Relazione del ministro guardasigilli al progetto definitivo del codice penale*, Milano, 1929, 285.

¹³⁶ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 56, che vedi anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, secondo il quale, dunque, le due formule «pertanto risultavano riferibili a tutti i mezzi determinanti una falsa rappresentazione dei fatti e quindi capaci di trarre in inganno gli operatori del mercato, a prescindere dalla loro intrinseca e obiettiva anti-giuridicità».

psicologico che ne deriva. Nell'insolvenza fraudolenta, infatti, l'errore causato dalla condotta ingannevole dell'agente non si pone come determinante causale dell'atto di disposizione patrimoniale da parte della vittima con cui si concretizzano il danno patrimoniale e l'ingiusto profitto (cosa che, invece, accade nella fattispecie di truffa): ai fini della configurazione di questo reato, non è necessario il nesso causale tra l'errore e l'atto dispositivo, che, si presuppone, sarebbe stato effettuato anche in assenza dell'induzione in errore dovuta all'inganno del soggetto attivo¹³⁷.

In conclusione, dunque, la complessità della nozione di frode, concetto giuridico utilizzato dal legislatore in varie fattispecie codicistiche e extra-codicistiche, rende arduo il compito dell'interprete di rinvenire un nucleo comune e unificante a cui rifarsi ogniqualvolta venga in rilievo l'elemento della fraudolenza¹³⁸.

6.1 L'interpretazione in senso oggettivo ed i suoi limiti

Quanto detto finora a proposito della fraudolenza rientra nel filone dell'interpretazione oggettiva¹³⁹ di questo elemento. Chi propende per questa opzione ermeneutica¹⁴⁰, infatti, valorizza quale elemento comune delle varie ipotesi

¹³⁷ Cfr. ancora TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 56 s., secondo cui, nel caso dell'insolvenza fraudolenta, «anche in assenza dell'errore, la vittima avrebbe comunque fornito la propria prestazione (date le consuetudini dei traffici, significative dell'idea di affrontare, in quel genere di situazioni, un rischio commerciale sul piano statistico pur sempre economicamente vantaggioso)». Sul punto, anche, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 271 e 279 s., il quale distingue tra inganno in senso stretto, che sarebbe «matrice di errore», e dissimulazione, che, in senso più lato, sarebbe «matrice di ignoranza», sebbene anch'essa sarebbe espressiva di un «*minimum* di frode». D'altra parte, anche nella fattispecie di frode in commercio, di cui all'art. 515 c.p., la ricostruzione dogmatica maggioritaria della figura della «consegna fraudolenta» si serve proprio della nozione di «dissimulazione», non essendo richiesto dalla fattispecie «che il venditore ponga in essere delle apparenze ingannevoli; però si richiede quantomeno una dissimulazione: non c'è frode se la manchevolezza della prestazione non tende a passare inosservata».

¹³⁸ Non essendo possibile, ai fini di questa trattazione, addentrarsi ulteriormente in questo vasto e multiforme panorama ermeneutico si rinvia alle parole di PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 279 s.: «si può dire con larga approssimazione che la frode comprende le forme subdole di criminalità, le più insidiose, contrapponendosi da un lato alla violenza e dall'altro alla semplice clandestinità, nella quale peraltro impercettibilmente sfuma: la frode è clamorosa quando il reo riesce a carpire la cooperazione della sua vittima come si è visto accadere nella truffa; ma in un senso più lato la frode implica solo un modo di apparire all'esterno, o più esattamente di non apparire dell'attività criminosa [...]. Perciò si può parlare di frode – il vocabolo sebbene generico è sempre suggestivo, e il legislatore lo usa volentieri – anche quando non viene ingannato propriamente nessuno».

¹³⁹ Così ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., 41.

¹⁴⁰ *Inter alia*, SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, in *Le soc.*, 2014, 478 ss.; AITA,

di frode e di condotta fraudolenta proprio l'evento mediano dell'inganno, pure inteso in senso lato, ingenerato dalla condotta del soggetto agente, senza dare, invece, risalto all'elemento psicologico che ne accompagna l'agire. Trasponendo tale assunto nell'ambito del reato dell'apicale per cui viene ritenuto responsabile l'ente, sarebbe da ricercare anche in questo caso una dinamica relazionale tra l'apice che agisce fraudolentemente e il soggetto che viene ingannato, cosa che porterebbe giocoforza alla conclusione per cui, per ritenersi integrato il criterio *ex* lettera c) dell'articolo 6 del decreto, la condotta elusiva della regola cautelare o cautelativa presa di mira dal soggetto agente, pur non dovendo arrivare a integrare gli estremi degli artifici e raggiri¹⁴¹, deve altresì avere una valenza ingannatoria sull'organo o sul soggetto deputato a presidiarne il rispetto¹⁴².

L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del modello o mera clausola esimente?, cit., 253 ss.

¹⁴¹ *Ma contra v. IRTI, Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa –codici di autodisciplina)*, cit., 695. Sembrerebbe propendere per la necessaria presenza di artifici nella condotta dell'apicale anche BERNASCONI, *L'elusione fraudolenta del modello*, in PRESUTTI, ID., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 187.

¹⁴² Così, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 24; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 320; nonché TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 58: «l'elusione del modello deve avvenire attraverso modalità d'azione fraudolente con le quali disorientare il soggetto deputato al controllo sulla regola, facendogli credere che la regola è stata rispettata. [...] È la tipologia di relazione funzionale intercorrente tra soggetto agente con frode e soggetto passivo a plasmare il contenuto del comportamento fraudolento: e così, trattandosi della tipica interazione "soggetto controllante – soggetto controllato", l'effetto ingannevole è destinato a fuorviare il controllo da quanto realmente posto in essere, vale a dire a far apparire una situazione procedurale corretta e dunque diversa da quella reale ovvero a non far apparire la scorrettezza».

Per quanto attiene ai soggetti e agli organi deputati al controllo si veda PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 384 ss. L'A. rileva, in particolare, come «nella rete capillare di controlli, spicca il sottosistema dei controlli di linea, riferibili ai responsabili e al personale che operano in linea esecutiva, nell'ambito di funzioni di *line* o di *staff*, congiuntamente impegnati nella conduzione dei *business* aziendali. Una significativa classificazione dei controlli di linea è data dai controlli di primo livello e di secondo livello: i primi sono immediatamente effettuati dal personale e dai responsabili sulla propria specifica attività, in virtù delle competenze tecnico-professionali e dell'esperienza possedute, nonché dell'immediatezza del presidio fisico sull'attività in fase di svolgimento (autocontrollo e controlli orizzontali concomitanti); i secondi sono quelli esercitati da altro organo, quale il superiore gerarchico in fase di ratifica o di verifica, ovvero da altri organi di controllo specialistici (controlli di qualità, controlli statistici, controlli tecnici, controllo di gestione, controlli amministrativi, controlli informatici). Una particolare rilevanza rivestono, altresì, i controlli diretti e i controlli indiretti (a distanza): i primi sono riferiti a verifiche dirette, da parte di altro soggetto (diretto superiore, *Internal auditing*, Collegio sindacale, Società di revisione, Organismo di vigilanza), rispetto all'esecutore materiale di un compito; i secondi sono forme di controllo esercitate "a distanza" da altro soggetto rispetto all'esecutore dell'attività oggetto d'indagine, mediante l'impiego di supporti di analisi (*reporting*, indicatori, tabelle, grafici, sintomi, dati ed informazioni rilevanti): vertice aziendale, *management* (diretto superiore), *Controller*, *Internal auditing*, *Risk manager*, *Compliance manager*, Collegio sindacale, Organismo di vigilanza.

Si è visto come, ai fini dell'integrazione del requisito dell'elusione fraudolenta, siano necessarie una condotta ingannatoria e la violazione di una regola predisposta per minimizzare il rischio di commissione dello specifico reato poi verificatosi; frode e violazione che, se nella maggior parte dei casi si verificheranno contemporaneamente, nondimeno non può escludersi che potranno effettivamente essere realizzate in momenti diversi. Anche nel caso in cui esse non dovessero concretizzarsi congiuntamente, dovrebbe comunque concludersi per l'integrazione del criterio di cui alla lettera c) dell'articolo 6: se pure si interpretasse alla lettera, infatti, tale disposizione, nel senso che essa copra solamente il caso in cui la violazione della regola avvenga contemporaneamente alla condotta fraudolenta e per mezzo di quest'ultima, il principio di analogia *in bonam partem* a favore dell'ente consentirebbe di – *rectius*: renderebbe necessario – prevedere l'integrazione della fattispecie elusiva, e con essa l'esonero da responsabilità per la

In questo contesto, particolare rilievo assume l'attività di *Internal auditing* [...] che costituisce diretta emanazione del vertice aziendale (di regola, riporta al Consiglio di amministrazione) [...]. L'*Internal auditing* costituisce l'architrave del sistema dei controlli interni. Si tratta di una funzione specialistica, che possiede le più elevate competenze in materia di controlli interni, e che opera a vantaggio dell'azienda con un impegno continuativo e sistematico, avvalendosi di risorse professionalmente qualificate per soddisfare i bisogni derivanti dall'operatività aziendale. Tutti i processi gestionali e tutte le unità organizzative devono essere potenzialmente oggetto di indagine e la necessità di una funzione di puro controllo deriva dal fatto che i controlli di linea, per quanto fondamentali ed irrinunciabili, sono comunque condotti dagli organi esecutivi. La piena applicazione del principio di segregazione del controllo dalla gestione si attua, così, con l'introduzione dell'*Internal auditing*, funzione che – come si è detto – riferisce solamente all'apice aziendale. Le verifiche della revisione interna sono fondamentalmente di due tipi: 1) dirette, mediante visite ispettive con accesso fisico presso le unità operative, sia centrali che periferiche; 2) a distanza, tramite analisi e metodologie che utilizzano flussi informativi rilevanti ai fini degli accertamenti. Le verifiche in parola sono di secondo livello, in quanto operano parallelamente ai controlli di linea, integrandoli e ponendoli come oggetto stesso di verifica. Possono sussistere anche verifiche di terzo livello, quando interviene l'*Internal auditing* della capogruppo, alla quale sono di pertinenza i controlli sul corretto funzionamento delle società controllate». Tuttavia, secondo TRIPODI, *loc. op. ult. cit.*, 59 s., dal momento che le regole maggiormente esposte al rischio di condotte elusive degli apicali sono quelle «che rivelano una diretta connessione di rischio con l'evento occorso, cioè quelle autenticamente cautelari», per il soggetto passivo “controllore” ingannato varrà la medesima conclusione, ossia che «sono i controlli immediatamente riferiti all'osservanza di tali regole quelli maggiormente esposti all'effetto ingannatorio». Si tratterà, dunque, di quella tipologia di controlli che, «sostanzandosi in una supervisione di primo grado, dunque interna al processo disciplinato, e in una di secondo grado, ossia esterna in quanto operata da un organismo estraneo a quel processo decisionale, si rivelano funzionali all'efficienza e all'operatività delle cautele sostanziali». Cosicché è possibile concludere che «l'esempio tipico di elusione fraudolenta del modello coincide con la violazione di una regola cautelare sostanziale, attuata per mezzo di accorgimenti tali da neutralizzare la supervisione interna o esterna sulla cautela inosservata».

societas, anche nelle ipotesi in cui inganno e violazione si concretizzassero in momenti distinti¹⁴³.

In ogni caso, ciò che è necessario ai fini dell'esonero dell'ente è non tanto il fatto che il comportamento fraudolento sia o meno contemporaneo all'inosservanza della cautela, quanto piuttosto che questo sia antecedente al reato, dal punto di vista cronologico, ma anche e soprattutto dal punto di vista logico, dovendo sussistere un nesso eziologico tra frode elusiva e illecito commesso.

I maggiori ostacoli alla teoria oggettivistica del requisito dell'elusione fraudolenta provengono dal fatto che esso venga richiesto nel caso di reato dell'apicale: qualora fosse stato previsto un tale meccanismo nei confronti di un soggetto sottoposto, infatti, il quale viene a trovarsi in posizione subordinata rispetto a tutta una schiera di soggetti e organi predisposti per controllare la correttezza del suo operato, tale prospettazione sarebbe risultata ben più lineare; ma come coniugare l'inganno dei "controllori" da parte di un soggetto che si trova in posizione affatto diversa e che, il più delle volte, coincide con l'ultimo gradino della scala gerarchica interna all'ente e che, dunque, interviene nella fase finale e decisiva della struttura preventiva predisposta dal modello organizzativo?

Come già osservato a proposito della reale credibilità di una separazione tra ente e suo vertice, anche in questo caso il problema tenderebbe a diminuire in criticità se solo si distoglie l'attenzione da quelle *societates* caratterizzate da organigrammi prettamente verticistici, focalizzando piuttosto l'indagine su quelle il cui *management* si svolge su un piano orizzontale, cosicché potrebbe agilmente immaginarsi la presenza di organi superiori o anche di pari ordinazione che espletino le funzioni di controllo sui soggetti che ricoprono funzioni apicali¹⁴⁴.

¹⁴³ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 60, secondo cui sarebbe irragionevole «la scelta di escludere la rilevanza di tali eventualità: già forse il tenore letterale consente una lettura "ampia" della clausola, atteso che la frode successiva rende efficace e definitiva la violazione pregressa e quella precedente ne può rappresentare un segmento prodromico»; inoltre, l'effetto di estensione analogica non andrebbe neppure «a contrastare con quello eventualmente *in malam partem* che si avrebbe relativamente alla sanzione disciplinare (ex art. 6, comma 2, lett. e del decreto) destinata al soggetto agente, in quanto l'illecito disciplinare di costui deve ritenersi integrato dalla sola violazione del modello, a prescindere cioè dalla sua fraudolenza (*id est*, anche ove si rinunciasse alla suddetta interpretazione analogica, l'illecito disciplinare persisterebbe)».

¹⁴⁴ Si veda, ancora, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 61, il quale ritiene che dall'indagine vadano esclusi, «perché esclusi dall'alveo operativo dell'art. 6», quegli enti «ordinati secondo un modello rigidamente verticistico», citando esemplificativamente l'ente con amministratore unico.

Anche ad ammettere tale esclusione, residuerebbero, in ogni caso, delle criticità per l'ente sul piano operativo nell'implementazione di un ulteriore apparato di vigilanza sul comportamento del vertice aziendale che intervenga nella fase terminale dell'*iter* procedurale delineato dal modello organizzativo, al fine precipuo di prevenire condotte scorrette da parte dei soggetti che operano nell'ente e per l'ente¹⁴⁵. Per rimanere nell'ambito della concezione oggettivistica della nozione di

¹⁴⁵ Sul punto, Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, cit. Alla società veniva imputato il delitto *ex art. 2637 c.c.*, nella versione previgente rispetto alle modifiche apportate nel 2002 e nel 2005, di agiotaggio mediante diffusione di notizie false per fatto del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato dell'ente. La sentenza, tuttavia, ha disposto, per la prima volta, l'assoluzione della società avendo ritenuto idoneo il modello adottato e, dunque, che gli apicali avessero agito eludendolo fraudolentemente secondo lo schema di cui all'art. 6 del decreto. Per quanto qui interessa, preme sottolineare come, nella vicenda, fossero coinvolti non solo un vertice di base orizzontale (l'amministratore delegato), ma anche l'apice dell'organizzazione manageriale, ossia il presidente del consiglio di amministrazione. La sentenza sopracitata ha ritenuto che vi fosse stata una dissociazione tra volontà dell'ente e volontà degli apicali, ma è concretamente possibile, in ipotesi, come quella in esame, in cui, pur in presenza di un *management* che si sviluppa in orizzontale, al reato partecipi anche un membro dell'organo direttivo dell'ente per eccellenza che dovrebbe impersonare la volontà della società come distinta e divaricata dalla volontà e dall'agire del vertice di base orizzontale, rinvenire il diaframma non solo tra ente e amministratore delegato, ma anche tra ente e presidente del consiglio di amministrazione? La soluzione della questione accolta dal giudice nella sentenza deriva dalla considerazione per cui il singolo componente del consiglio di amministrazione, pur quando si trattasse del presidente, non è espressione dell'organo nel suo insieme e, dunque, dell'ente in sé; così, la volontà e la condotta del singolo non possono essere lette come espressione della volontà e dell'agire dell'organo.

Ora, superata tale preliminare questione, restava da valutare l'idoneità del modello organizzativo, parametrata anche in base al requisito della sua elusione fraudolenta da parte degli apicali al fine della commissione del delitto di agiotaggio. A detta del giudice, il fatto di reato degli apicali aveva potuto concretizzarsi grazie a una violazione della procedura prevista per la formazione e la diffusione al pubblico di comunicati contenenti informazioni *price sensitive*: l'*iter* positivizzato nel modello organizzativo, infatti, prevedeva che il documento contenente la situazione economica e patrimoniale della società, formato in una prima bozza dal soggetto preposto a tale funzione, venisse prima vagliato dall'organo di controllo esterno e, successivamente, approvato e diffuso al pubblico da parte dell'amministratore delegato e del presidente dell'organo direttivo. Questi ultimi, tuttavia, con tutta evidenza contravvenendo alla regola di condotta appena menzionata, dopo aver ricevuto i dati reali sulla situazione economica e patrimoniale della società dal responsabile di funzione, avevano fatto pressioni su tale soggetto affinché, forzando «gli elementi di valutazione a sua disposizione», modificasse i dati facendo da questi emergere una situazione societaria migliore di quanto in realtà non fosse e avevano, dunque, divulgato sul mercato un comunicato falsato da tale «operazione cosmetica». La sentenza, pur mostrando con dovizia di argomentazioni di aver valutato attentamente e positivamente l'idoneità e l'efficacia preventiva della regola cautelare violata dai due amministratori – in particolare, si sottolineano come elementi da cui desumere la validità della procedura: il fatto che in essa sono coinvolti più soggetti i quali possono così effettuare un controllo reciproco sulle azioni gli uni degli altri, evitando quell'accentramento decisionale e di potere che spesso può risultare criminogeno; l'impossibilità di prevedere una soluzione alternativa rispetto al coinvolgimento finale e decisivo degli amministratori nella divulgazione al pubblico di notizie che dimostrano un elevato grado di riservatezza; l'adiacenza della procedura codificata non solo alle linee guida elaborate da Confindustria, ma anche al codice etico che Borsa italiana aveva pubblicato ancor prima dell'entrata in vigore del decreto stesso; nonché le particolari velocità e prontezza, definite dal giudice stesso «senza precedenti nel panorama delle aziende italiane del settore delle costruzioni», con cui la società si era adeguata ai cambiamenti imposti dal decreto 231, adottando un modello organizzativo in un tempo sorprendentemente breve (i fatti oggetto del giudizio si

frode, sarebbe, come si è già avuto modo di osservare, necessario che l'ente si dotasse di un modello organizzativo talmente efficace da cedere esclusivamente di fronte a condotte elusive fraudolente e ingannatorie, prevedendo ulteriori momenti di controllo e di vigilanza sulla correttezza dell'*iter* procedurale, in particolare nel momento finale di quest'ultimo¹⁴⁶.

riferiscono, infatti, prevalentemente al 2003) –, si dimostra, tuttavia, meno attenta alla valutazione del momento elusivo vero e proprio e del requisito della fraudolenza: si legge, infatti, nella sentenza che «la elusione del modello è evidente nella scelta di non seguire il corretto iter di formazione delle valutazioni, “by-passando” l'attività e gli studi degli uffici»; se la violazione deriva dal fatto che per gli amministratori «il dato da comunicare non era quello elaborato dagli uffici preposti, ma quello, non veritiero, “imposto” dal vertice al funzionario», non è dato capire, in una condotta di questo tipo, dove stia l'elemento della fraudolenza. Secondo PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 479 s., su questo punto la sentenza dimostra di aver tralasciato l'accertamento di un requisito essenziale per l'esonero dell'ente ovvero di averlo interpretato secondo una lettura soggettivistica (senza tuttavia fornire sulla questione un'adeguata motivazione). A prescindere dalla soluzione a questo interrogativo, l'A. rileva come, in una siffatta situazione, «all'amministratore, *vinculis solutus* nella fase topica della comunicazione, *bastava non seguire o disattendere* i protocolli senza la necessità di “ingannare” nessuno»; conformemente anche SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a.*, cit., 485, secondo cui, in questo caso, «la frode non è consistita in raggiri ingannevoli impiegati dal presidente del consiglio d'amministrazione e dall'amministratore delegato, autori del comunicato al mercato, per ingannare gli altri protagonisti della procedura, perché all'interno della procedura essi hanno utilizzato il potere esclusivo a loro attribuito». Sul punto, non si possono non rilevare e apprezzare gli sforzi argomentativi della Corte d'Appello (che si possono leggere in Corte d'App. Milano, sent. 18 giugno 2012, in *www.rivista231.it* e *Le soc.*, 2013, 963, con nota di SALAFIA, *Il commento*, 970) che, nel confermare la pronuncia del giudice di prime cure, sottolinea come «nel caso di specie v'è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo». E tuttavia, mancando nella prospettazione dello svolgimento dei fatti, per come ricostruita dal giudice, un qualsivoglia controllo sugli amministratori, una relazione tra controllato e controllore in cui il primo sfugge alla vigilanza del secondo proprio attraverso una manovra ingannatoria, più che nell'ambito di una frode vera e propria (secondo l'interpretazione di tale categoria giuridica precedentemente esposta cui è giunta la contemporanea dottrina penalistica), sembrerebbe di trovarsi al cospetto di una mera violazione “frontale” della regola di condotta prescritta dal modello organizzativo.

¹⁴⁶ Al fine di effettuare tale valutazione, nel caso pratico di cui alla nota precedente, si sono ricercate delle potenziali “condotte alternative esigibili” da parte dell'ente, come, ad esempio, secondo SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a.*, cit., 485, il fatto di limitare il potere/dovere di *disclosure* attribuito agli amministratori alla mera «sottoscrizione della bozza elaborata dalle altre funzioni, previa anche, ove necessaria, una modificazione o correzione concordata, o quanto meno, discussa con gli uffici che l'avevano elaborata»; ovvero, e più in generale, una più stringente proceduralizzazione dei passaggi che portano alla diffusione finale delle notizie al pubblico, prevedendo eventualmente anche una tracciabilità dei flussi informativi intermedi e la supervisione su tali passaggi dell'organismo di vigilanza, senza che sia possibile per gli amministratori modificare o intervenire in altro modo sulle bozze a loro pervenute, come rileva PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo* penale, cit., 413, il quale sottolinea altresì come «un simile protocollo esclude qualsiasi tipo di relazione informale, richiedendo, per contro, in modo altamente tassativo, una rigorosa proceduralizzazione del processo decisionale». Sul punto, anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 66 s., che, nel valutare se la procedura prevista dal modello organizzativo predisposto dall'ente fosse idonea alla minimizzazione del rischio di commissione del reato di aggio da parte dei vertici, osserva come «non si può escludere la possibilità che in sede di comunicazione al mercato della notizia, i sottoscrittori della bozza diffondano un'informazione diversa da quella contenuta nel

L'indefinitezza dei limiti della nozione di frode, invero, sembrerebbe consentire all'interprete un'altra via: quella di ravvisare l'inganno dei vertici aziendali nella loro proditoria e solo apparente adesione alla procedura formalizzata nel modello organizzativo, la quale dissimulerebbe la loro "vera" intenzione di agire per fini altri e illeciti¹⁴⁷. Sembrerebbe, dunque, venire a questo punto in rilievo il principio di affidamento: si ingenererebbe nell'organo di controllo (e, di riflesso, nell'ente stesso) l'aspettativa che l'adesione apparente – preordinata alla successiva elusione e, in questo senso, fraudolenta – al formalismo della procedura da parte dei vertici sia il segno di una correttezza che permeerà il loro comportamento fino alla conclusione dell'*iter* procedurale, di modo che l'esito illecito di questo, non corrispondente alle corrette premesse iniziali, non possa essere imputato all'ente, il quale risulterebbe, in tal senso, ingannato (nelle vesti dell'organo di controllo) dal comportamento fraudolento dei suoi vertici infedeli¹⁴⁸.

documento sottoscritto», chiedendosi poi se in questo caso si possa effettivamente parlare di elusione fraudolenta o meno. L'A. prosegue facendo l'ipotesi che la procedura prevista dal modello richiedesse anche un intervento ulteriore, in chiave di sorveglianza sull'operato degli amministratori, da parte di un organo quale lo stesso consiglio di amministrazione ovvero, più facilmente, l'organismo di vigilanza, al fine di verificare la correttezza delle operazioni anche nella fase finale della diffusione al pubblico delle notizie (con presa visione della bozza presentata dalle funzioni incaricate e con un confronto con gli apici cui poi comunque sarebbe rimasto il potere della effettiva *disclosure*). Anche in questa ipotesi, tuttavia, non sarebbe comunque ravvisabile, nel caso in cui, una volta esaurito il momento di controllo dell'organo terzo rispetto alla formazione del documento da diffondere al pubblico, gli amministratori alterassero i dati in esso contenuti pubblicando un documento falsato, una dialettica ingannatoria tra controllante e controllato, nel senso che mancherebbe anche qui «la tipica incidenza da parte dell'agire del secondo sul processo formativo della volontà del primo, profilo tipico dell'inganno *stricto sensu*, che in effetti sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui i vertici sottoscrivessero o sottoponessero al controllore un documento da essi stessi alterato che poi diverrebbe oggetto di *disclosure*». Ci troveremmo in questo caso, piuttosto, di fronte a «un tradimento della fiducia riposta dal controllore, di una fiducia, però, non ottenuta con l'inganno. [...] saremmo in presenza di un semplice discostamento da ciò che è previsto dalla procedura e dunque certamente di un'elusione, ma non connotata da fraudolenza, e nonostante il fatto non appaia *dominabile* dall'ente». Conformemente, SALAFIA, *Il commento*, in *Le soc.*, 2013, 972.

¹⁴⁷ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 68, secondo cui tale condotta apparentemente adesiva ai valori di correttezza dell'ente espressi nel modello organizzativo da parte dei vertici mimetizzerebbe «le loro reali intenzioni, mantenendo il presidio di controllo (*di diritto* o solo *di fatto*) in uno *stato di ignoranza* circa il progetto criminale, evidentemente già insorto: se il *controllore* avesse conosciuto gli effettivi intenti dei vertici avrebbe interrotto la procedura senza attivare il suo tratto terminale».

¹⁴⁸ Così, ALESSANDRI, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, cit., 264, secondo cui il principio di affidamento opererebbe sia nei reati dolosi, come emergerebbe dal fatto che il criterio in commento, di cui all'art. 6, co. 1, lett. c), sarebbe «fenomeno di aggiramento delle regole che, se queste sono sufficienti e adeguate rispetto all'ordinarietà dei casi, allude a un'imprevedibilità del tortuoso comportamento di un soggetto di vertice»; sia nei reati colposi, come parrebbe evincersi dal fatto che sia previsto l'esonero dell'ente perché l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza è esclusa *ex lege* nel caso in cui la società abbia implementato un idoneo modello

Bisogna, tuttavia, sottolineare il rischio insito in tale ricostruzione, ossia quello di sminuire la portata selettiva del requisito della fraudolenza come attributo della condotta elusiva del soggetto apicale: secondo questa interpretazione, infatti, a patto che l'intento criminale del soggetto, da attuare mediante un comportamento difforme rispetto alle prescrizioni del modello organizzativo, nasca in un momento precedente all'effettiva interazione con il controllore – solo così, invero, si potrebbe parlare di atteggiamento dissimulatorio del vertice e, dunque, di inganno ai danni dell'ente –, potrebbe rinvenirsi il connotato della fraudolenza in tutti i casi di violazione o di elusione delle regole di cautela predisposte dall'ente caratterizzate dal fatto che venga disattesa l'aspettativa e la fiducia dell'organo di controllo sul corretto perfezionamento della procedura nella sua interezza¹⁴⁹.

A conclusione, dunque, di quanto finora osservato a proposito dell'interpretazione oggettiva del requisito della fraudolenza, pare possibile constatare come questa linea ermeneutica, a fronte di una maggiore determinatezza e, conseguentemente, di una migliore capacità selettiva attribuite al criterio in commento, debba però scontare un aggravio dell'onere probatorio per la difesa¹⁵⁰. Oltre a ciò, si è visto come, in alcuni particolari casi, non basterebbe neppure questo, richiedendosi all'ente, al fine di valutare positivamente l'idoneità del modello, anche un aggravio sui presidi di controllo – i quali andrebbero, forse, ad appesantire oltremodo la procedura – ovvero dovendosi necessariamente accogliere, al fine di rinvenire un *minimum* di frode nella condotta elusiva dei vertici aziendali, un concetto di fraudolenza più ampio e dai contorni più sfumati, perdendo quel valore di selettività su cui appunto fonderebbe la propria legittimazione l'interpretazione oggettivistica.

organizzativo precedentemente alla commissione del reato, come disposto dall'art. 7, co. 2 del decreto. *Contra*, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 167 s., secondo i quali tale principio, operante nella «interazione soggettiva a struttura semplice orizzontale», non potrebbe applicarsi nel caso di organizzazioni più complesse, quali sono gli enti.

¹⁴⁹ V. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 69 s.

¹⁵⁰ A parere di RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 8, un tale onere probatorio sarebbe addirittura «pressoché impossibile da superare». L'ente, infatti, per discoltarsi, dovrebbe fornire la prova dell'elusione del modello organizzativo e dei suoi connotati di fraudolenza (il che, come visto, è tutt'altro che agevole), della idoneità del controllo da parte dell'organismo di vigilanza (il cui operato non deve, dunque, essersi rivelato insufficiente), oltretutto del nesso causale che deve legare l'elusione fraudolenta e la commissione del reato, nel senso che la prima, ingannando e aggirando il meccanismo di controllo, ha «preparato la strada» e reso possibile la seconda.

Sicché potrebbe osservarsi che lo sbilanciamento sarebbe qui tutto a favore dell'impianto accusatorio¹⁵¹, ben ristretti essendo i margini di esonero da colpevolezza per l'ente, tanto che si è arrivati a mettere in discussione la effettiva validità e operatività della stessa clausola di esonero¹⁵².

Al fine di risolvere tale sbilanciamento, v'è stato, dunque, chi ha proposto una *interpretatio abrogans* del requisito della fraudolenza, ritenendo bastevole, affinché sia raggiunta la piena prova della non colpevolezza da parte dell'ente, che quest'ultimo dimostri semplicemente l'elusione da parte dell'apicale che ha commesso il reato di un modello che sia riconosciuto idoneo a minimizzare il rischio di verifica di quell'illecito, ricomponendosi per tale via interpretativa, anche il preteso ingiustificato divario tra il regime di responsabilità e il regime probatorio nel caso di reato degli apicali e quelli nel caso di reato dei sottoposti.

Invero, a tal riguardo, si è osservato come, dal punto di vista lessicale, nel significato generalmente attribuito al verbo «eludere» sia già insita una nota di inganno e di fraudolenza¹⁵³, di talché l'attributo della fraudolenza assegnato al requisito dell'elusione del modello sarebbe solo un pleonasma o un'iterazione del requisito stesso. Tuttavia, pur a prescindere dal fatto che tale osservazione non sembrerebbe risolutiva poiché non eliderebbe affatto il problema della fraudolenza e del suo onere probatorio, spostando tale ulteriore elemento e portandolo

¹⁵¹ Si veda FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, cit. 1294, il quale sostiene che il sistema, per come delineato, prometterebbe «troppo poco rispetto a quanto pretende», poiché, a fronte dei costi che l'ente è obbligato a sostenere per l'implementazione del sistema dei modelli, non vi sarebbe alcuna garanzia, pur nel caso di efficace implementazione, di andare esente da responsabilità, stante il difficile e sempre incerto giudizio sulla idoneità del modello adottato. Sul punto anche MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 71, a detta del quale permarrrebbe «un sensibile disorientamento degli operatori in ordine al contenuto del Modello Organizzativo idoneo ad escludere la responsabilità dell'ente all'esito di eventuali verifiche giudiziali».

¹⁵² Sul punto, GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 14 ss., secondo il quale «se si vuole evitare di rendere fittizia la prova liberatoria voluta dal legislatore e costringere la difesa dell'ente a trasmodare nell'accusa della persona fisica, non resta allora che negare autonomia alla fraudolenta elusione del modello, considerando quest'ultima eventualità implicitamente dimostrata con la prova dell'efficace adozione del modello».

¹⁵³ Cfr. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 24. L'A., che cita sul punto i maggiori vocabolari di italiano, si chiede se, a questo punto, non sia possibile che il requisito della fraudolenza, posto dal legislatore come attributo dell'elusione del modello da parte dei soggetti apicali «non sia stato messo per definire meglio una condotta umana, ma per coprire la falla del modello organizzativo che si rivela penetrabile, marcando il reato commesso come dovuto all'eccezionale scaltrezza del soggetto e non alla costituzionale incapacità del modello di impedirlo».

semplicemente da requisito a sé stante a connotato della condotta elusiva della regola di cautela violata dall'apice, sembrerebbe rinvenirsi anche un significato più lato del verbo «eludere», che non prevede alcuna connotazione di inganno, astuzia o scaltrezza, tale per cui l'attributo della fraudolenza tornerebbe a ricavarci uno spazio a sé stante nella disposizione e nella sua interpretazione¹⁵⁴.

6.2 L'interpretazione in senso soggettivo ed il rischio di interpretazioni abrogatrici in violazione dei principi di legalità e del *favor rei*

Come già detto, una diversa posizione è quella di quanti sostengono un'interpretazione della nozione in chiave soggettivistica¹⁵⁵, che, inizialmente, prende le mosse a partire dall'analisi della fattispecie di false comunicazioni sociali, per come disciplinata nella formulazione previgente alla riforma del 2002¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 73 s., secondo il quale «l'uso della voce verbale eludere invalso nella prassi linguistica è indicativo anche della semplice “violazione” o “non applicazione” di una regola, come dimostra anche la ricerca dei suoi sinonimi (“sfuggire a”, “evitare”, “trasgredire”, “contravvenire”), di modo che è possibile ai nostri fini attribuirvi tale significato “minimo” e concentrarsi sull'avverbio “fraudolentemente”». A parere dell'autore, inoltre, «dinanzi a espressioni normative come quella in esame è forse opportuno abbandonare, per quanto ovviamente possibile, la prospettiva semantica dischiusa dagli argomenti interpretativi di ordine letterale e privilegiare le soluzioni significative di una visione ermeneutica “superiore”, che tenga cioè conto della collocazione funzionale del requisito nel più generale contesto della normativa di riferimento».

¹⁵⁵ Per tutti, PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo “de profundis”?*, in *Le Soc.*, 4, 2014, 474 ss.

¹⁵⁶ La formulazione originaria dell'art. 2621, co.1 c.c., risalente al 1942 prevedeva, infatti, di punire coloro che, «nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non corrispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime». Costruito, dunque, come reato di condotta dall'ambito applicativo potenzialmente molto ampio (dal momento che la rilevanza penalistica della fattispecie non risultava limitata né da parametri legati all'entità del falso né alla concretezza del pericolo che ne derivava al bene giuridico protetto), aveva bisogno, affinché fosse rispettato il principio di offensività, di un'interpretazione a tale principio ispirata e che ne limitasse l'applicazione ai casi pratici che avessero dimostrato una reale messa in pericolo e, conseguentemente, un reale pregiudizio a danno del bene giuridico. La realtà delle cose dimostrò, tuttavia, una tendenza opposta, rilevandosi nella maggior parte delle corti di giustizia un'interpretazione basata su criteri formalistici e incapace di dimostrare l'auspicata selettività nella punibilità dei diversi casi pratici; tendenza che ebbe poi il suo apice nella plurioffensività riconosciuta a tale reato, il quale veniva così a configurarsi come fattispecie di pericolo astratto o presunto per la tutela di beni non solo patrimoniali, ma addirittura di beni intermedi e strumentali. Per ovviare a tali questioni, intervenne sugli artt. 2621 e 2622 il d. lgs. n. 61 del 2002. Atteso e invocato da molti, l'intervento si rivelò, tuttavia, criticabile e criticato sotto vari profili. Innanzitutto, si sottolineava l'incongruità di prevedere all'art. 2621 un reato di pericolo perseguibile d'ufficio e all'art. 2622 un reato di danno (nei confronti di società, soci e creditori) perseguibile a querela (salvo che si trattasse di società quotata), prospettandosi, così, un regime di procedibilità più gravoso nel caso di pericolo al bene giuridico piuttosto che nel caso di effettiva lesione del bene giuridico tutelato. Dovendosi da ciò desumere una diversità di beni giuridici rilevanti nelle due disposizioni, si discuteva su quali fossero gli interessi tutelati, venendo, infine, a prevalere l'ipotesi secondo cui

la prima disposizione fosse posta a presidio della evanescente figura della trasparenza societaria, mentre la seconda volesse salvaguardare gli interessi patrimoniali di società, soci e creditori sociali; salvo che, a seguire tale tesi, ci si ritrovava a dover ammettere che, in questo modo, venisse punita in maniera più gravosa l'offesa nei confronti dell'interesse patrimoniale, bene giuridico privato e disponibile, piuttosto che quella nei confronti della trasparenza societaria, che, al contrario, è un bene giuridico pubblico e indisponibile. Tuttavia, l'elemento di maggiore criticità della riforma del 2002 era rappresentato dal c.d. "sistema delle soglie di punibilità". Al fine di selezionare per la punibilità le falsità o le omissioni effettivamente offensive per i beni giuridici tutelati dalle due norme, si disponeva che penalmente rilevanti fossero solamente le alterazioni sensibili della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società. L'irrazionalità si trovava, però, nel fatto che la selezione delle condotte punibili avveniva in base a percentuali "sproporzionate" e che non prevedevano neppure un limite assoluto che comportava per le società più grandi e potenti economicamente una libertà di manovra scevra dal timore di sanzioni penali eccessivamente ampia e che portava a commendare falsi di importo estremamente elevato. Si disponeva, infatti, che rimanessero penalmente irrilevanti quelle falsità o omissioni determinanti una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% ovvero una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%. Ciò significava che nelle società con grandi patrimoni o risultati di esercizio le falsità penalmente rilevanti fossero solo quelle di grandi entità, tanto più che, mancando un tetto massimo alla valenza delle soglie percentuali, le quali erano previste nella stessa misura per le piccole società così come per quelle di dimensioni maggiori, l'impunità dei falsi commessi dalle ultime, che potenzialmente potevano arrivare ad importi di decine di milioni di euro, fosse totalmente sproporzionata rispetto a quella concessa alle prime, le quali, avendo patrimoni più piccoli, venivano punite per falsi decisamente più modesti. Infine, sia l'art. 2621 che l'art. 2622 disponevano che, in ogni caso, il fatto non fosse punibile qualora fosse conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differissero da quella corretta in misura non superiore al 10%. La *ratio* di tale previsione era evidentemente quella di consentire un margine di tolleranza per questo tipo di valutazioni, in ragione della non oggettività e dell'incertezza a esse intrinseche. Tuttavia, si è andati oltre: il margine di impunità, peraltro previsto in modo fisso e «in ogni caso», mandava esenti da sanzione penale anche le valutazioni non rispondenti al vero effettuate dal soggetto attivo in piena consapevolezza e che, riguardando la soglia del 10% qualsiasi valutazione, tanto delle attività quanto delle passività del bilancio societario, potenzialmente abbracciavano falsità prossime al 20%. A mettere ordine è, infine, intervenuto il legislatore con la l. n. 69 del 2015, con la quale si è operata una radicale riforma dei reati di false comunicazioni sociali: i due artt. oggi hanno ambiti di applicazione differenziati, punendo l'art. 2622 i fatti commessi nell'ambito di società quotate e ad esse equiparate e l'art. 2621 i fatti commessi nell'ambito delle altre, cosicché si riconosce alla fattispecie *ex* art. 2622 un *quantum* di lesività in più rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2621. In entrambi i casi, il bene giuridico tutelato è quello istituzionale della veridicità e completezza dell'informazione societaria, ma poiché l'aleatorietà e l'ampiezza di una formulazione che intendesse tutelare questo interesse in senso autoreferenziale (intendendolo, dunque, come obbligo di assoluta veridicità) avrebbe riproposto le criticità rispetto alla selettività della fattispecie e i dubbi in riferimento al principio di offensività che avevano fatto sorgere la necessità della riforma poi maturata nel 2002, si è inteso mediare la tutela dell'informazione societaria comminando una sanzione penale solo nel caso in cui una lesione di questa avesse potenzialmente un risvolto sugli interessi patrimoniali delle società, dei soci, dei creditori e del pubblico. Così, i due artt. intendono essere un presidio contro le offese a interessi economici individuali, e nel caso dell'art. 2622 a ciò si aggiunge, altresì, la tutela dell'interesse pubblico alla stabilità e al corretto andamento del mercato finanziario, riconducibile, in ultima istanza, alla tutela del risparmio *ex* art. 47 Cost. Ad oggi, dunque, i due reati sono costruiti entrambi come reati di condotta (e non più di pericolo, cosa che sarebbe stata incompatibile con il fatto che sono stati concepiti come forma di tutela anticipata rispetto ai delitti di truffa e appropriazione indebita), sono reati a fattispecie propria i cui soggetti attivi sono specifiche figure societarie (quali gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori) che, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo

I principali argomenti addotti a sostegno della tesi soggettivistica si rifacevano, da un lato, a una considerazione storica, dall'altro, a una considerazione di logica interpretativa. Sul primo versante, infatti, giurisprudenza e dottrina maggioritarie ponevano l'accento sul fatto che il legislatore del codice avesse sostituito l'avverbio «scientemente» con l'espressione «fraudolentemente», la quale avrebbe dovuto mantenere il rimando alla sfera psicologica connaturato alla precedente formulazione; sul secondo versante, invece, si sottolineava come, ricadendo la falsità già di per sé nell'ambito tipico della frode e dei comportamenti fraudolenti, un'interpretazione in senso oggettivo dell'avverbio nulla avrebbe aggiunto agli altri elementi di fattispecie, finendo, dunque, con il rappresentare, se non proprio una tautologia, quanto meno una inutile superfetazione normativa¹⁵⁷.

Si discuteva, invece, su come interpretare “soggettivamente” l'avverbio e, quindi, sul *quid pluris* che tale elemento apportava alla fattispecie e che era da

concretamente idoneo ad indurre altri in errore. Su tutti questi aspetti si veda SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018, 31 ss., il quale, in riguardo alla riforma del 2002 ritiene che «il d.lg. n. 61 del 2002 aveva [...] proceduto alla riforma peggiore tra quante se ne potessero immaginare» e che esso fosse improntato «all'insegna dei medesimi vessilli della patrimonializzazione e della privatizzazione che hanno ispirato la generale costruzione dei reati societari», sottolineando, altresì, come la scelta del legislatore di prevedere una pena più severa per offese al patrimonio, bene privato e disponibile, rispetto a quella prevista per offese alla trasparenza societaria, bene, invece, pubblico e indisponibile, «contraddiceva al più elementare buon senso e si giustificava solo alla luce di non commendevoli obiettivi di depenalizzazione sostanziale, che avevano condotto la normativa italiana fuori dalle regole internazionalmente conosciute». Rispetto al sistema delle soglie, l'A. ritiene che «tale previsione, che rispetto ai dati correlati a scadenze di esercizio traduceva in termini numerici il concetto di “alterazione sensibile”, si risolveva in una clausola di sbarramento all'accertamento giudiziale, stabilendo quando l'alterazione dovesse ritenersi “comunque” non punibile. In altre parole, se il generale requisito della sensibilità dell'alterazione valeva a sancire la necessaria idoneità offensiva della condotta, le soglie percentuali in esame, destinate a operare anche disgiuntamente, costituivano cause di non punibilità espressa». L'Autore, inoltre, saluta «con estremo favore il loro abbandono da parte delle norme vigenti», poiché «anzitutto, l'impiego di un parametro percentuale implicava che, tanto più elevato fosse il patrimonio dell'ente o il suo risultato di esercizio tanto maggiore doveva essere la misura del falso affinché potesse acquisire rilievo penale. Inoltre, il risultato economico di esercizio e il patrimonio netto costituiscono entità profondamente disomogenee, che evocano una diversa incidenza delle falsità od omissioni: a fronte della “staticità” del patrimonio, il risultato economico di esercizio può rilevare in termini sia positivi che negativi, così indifferentemente attraendo le situazioni più floride come quelle più disastrose e in entrambi i casi consegnano agli amministratori una patente di impunità – fino al raggiungimento della soglia percentuale – destinata a operare oggettivamente (con conseguente discriminazione in danno delle società con bilanci prossimi al pareggio e patrimoni netti di modesta consistenza). Ancora, richiedendo le soglie una “variazione” del risultato economico di esercizio e del patrimonio netto, il reato era escluso nel caso di compensazione tra partite attive e passive inesistenti». Ritiene, infine, l'A. che questo rappresenti «uno tra i momenti più oscuri e meno onorevoli della storia recente del nostro ordinamento giuridico».

¹⁵⁷ Così, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 74. Sulla questione, si veda, per tutti, MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 128 ss.

ricercarsi nei casi pratici di cui si discuteva nelle aule di giustizia: l'ampio spettro delle opinioni registrate nella dottrina, ma ancor più nella giurisprudenza, abbracciava interpretazioni più "forti" e interpretazioni più "deboli". Da un lato, vi era, infatti, chi, volendo riconoscere anche all'elemento della fraudolenza una propria portata delimitatrice e selettiva, in ossequio ai principi di frammentarietà e di offensività, sosteneva la necessità di rinvenire nell'agire illecito del soggetto attivo non solo la volontà di ingannare gli organi sociali, ma anche il fine di profitto e il fine di cagionare un danno ad altri – teoria che, tuttavia, portava problemi interpretativi ulteriori, in particolare, quanto al bene giuridico che la disposizione mirava a proteggere; dall'altro lato, e progressivamente con il passare del tempo, si è andata perdendo la nota selettiva dell'elemento, il quale veniva riconosciuto anche nel dolo eventuale o, addirittura, nel mero *animus decipiendi*¹⁵⁸.

Il discorso fin qui svolto riguardo alla fraudolenza nell'ambito della fattispecie del falso in bilancio, tuttavia, non può essere svolto in parallelo e allo stesso modo sulla nozione di fraudolenza che si rinviene nella disciplina della responsabilità penale degli enti, dove vengono a mancare quei presupposti interpretativi da cui si dipana la tesi soggettivistica appena analizzata¹⁵⁹. La soluzione a tale *impasse*, infatti, non va ricercata nel significato più pregnante del verbo eludere (così da poter attribuire una piena valenza soggettiva alla fraudolenza, sottolineandone la portata ingannevole che gli è insita): ciò non

¹⁵⁸ V., in proposito e per ampi riferimenti giurisprudenziali, MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Padova, 2004, 138 ss.

¹⁵⁹ Sul punto, FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 8 s. Riguardo alla nozione di elusione menzionata nel decreto, l'Autrice osserva che «si avverte la necessità di emanciparla da quelle omonime che la tradizione penalistica spende nella descrizione dei fatti di reato contro il patrimonio, per niente affatto ricalcabili in questa sede: va dunque abbandonata la visuale della frode quale elemento attinente alla sfera psichica dell'agente (nel senso di *consilium fraudis*, *animus lucrandi*, *animus nocendi*, etc.), ossia come connotazione dell'intenzione che si rifletterebbe, nell'azione del soggetto reo, in atteggiamenti fraudolenti in senso stretto. Nell'ambito in esame, la frode prescinde dall'*animus*, e non si incarica di pennellare l'elemento ispiratore dell'azione dell'agente: per coglierne il significato occorre piuttosto stare nei panni del "soggetto passivo" dell'elusione (*id est*, l'ente), e nella sua linea d'orizzonte. La frode va cioè riferita all'insidiosità dell'essere una "cosa" al di là della sua apparenza e della qualità e natura ad essa normalmente attribuibile. [...] la peculiarità dell'insidia sta [...] nella non immediata percettibilità del pericolo, che rimane nascosto ed inaspettato. Sta a dire che l'idoneità astratta del modello di organizzazione e gestione del rischio d'impresa rispetto alla altrui futura commissione di reati, per come pensata e messa in pratica, non deve aver trovato visibili segnali di criticità (specificamente riferibili al comportamento del "reo"), leggi di inefficienza, nella concreta realtà aziendale: tali da rendere rimproverabile l'atteggiamento noncurante dell'ente "osservatore", che si intenderebbe a quel punto tenuto a riattualizzare il programma di prevenzione originario, modificandolo e/o aggiornandolo».

farebbe altro che trasferire la “parte oggettiva” (e i connessi problemi di accertamento fattuale) dall’elemento avverbiale a quello verbale della condotta; la soluzione sarà, invece, da ricercare nell’ispirazione garantista che ha portato alla formulazione della disposizione in esame, la cui ragion d’essere è quella di fornire all’ente la possibilità di discolarsi in giudizio.

La disposizione di cui alla lettera c) del primo comma dell’articolo 6 del decreto, per come formulata e se interpretata in maniera oggettiva, potrebbe, a causa delle già menzionate difficoltà di accertamento, portare, nei fatti, all’inoperatività della fattispecie di esonero, con ciò togliendo all’ente l’unica possibilità di andare esente da rimprovero penale e sanzione nel caso di reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da parte di un apicale. Per ovviare a tale rischio non resta che, utilizzando un approccio esegetico di tipo teleologico, attribuire all’elemento della frode un significato soggettivo e all’elemento elusivo un significato “minimo”, epurandolo di significati ulteriori e qualificanti l’agire del soggetto attivo dal punto di vista modale¹⁶⁰.

A questo punto, non resta che specificare e riempire di contenuto la nozione soggettiva della frode, la quale, come già sottolineato, non potrà essere dedotta semplicemente applicando gli schemi dottrinali e giurisprudenziali formati sul dolo di frode e sviluppati attorno alla fattispecie del falso in bilancio: da una parte, infatti, non si potrebbe non rilevare l’incompatibilità tra il dolo specifico di danno con il requisito oggettivo dell’interesse dell’ente¹⁶¹; dall’altra, poi, qualora, intendendo in un’accezione più ampia il fine di profitto, si volesse identificare quest’ultimo come una proiezione dell’interesse della società nel reato, ci si ritroverebbe ad attribuire al criterio – lo si ribadisce – oggettivo¹⁶² dell’interesse dell’ente quegli elementi psicologici, interiori e soggettivi che non possono trovarvi spazio¹⁶³; infine, quanto all’*animus decipiendi*, tale finalità (se non

¹⁶⁰ Cfr. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 75 s.

¹⁶¹ Nonché l’incompatibilità tra un dolo così intenso e l’ampliamento del catalogo dei reati-presupposto, con l’introduzione di fattispecie a base colposa. Così SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell’elusione fraudolenta*, cit., 122.

¹⁶² Sul punto, già molto si è detto *supra*, Cap. I, § 3.2. Si rinvia, comunque, per tutti, a DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 160, anche per gli ampi spunti bibliografici.

¹⁶³ Così MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., 1114, secondo cui il pericolo in cui si incorrerebbe in questo caso sarebbe quello di rimettere «alle soggettive valutazioni e rappresentazioni dell’agente» un punto fondamentale della

intesa in termini estremamente generici, ossia come intento da parte dell'apicale di ingannare il sistema preventivo in sé) inietterebbe nella linea interpretativa soggettivistica le stesse criticità riscontrate nell'analisi dell'interpretazione oggettiva.

Si perverrebbe, dunque, anche nell'ambito della tesi soggettivistica, a svuotare l'elemento della fraudolenza del rimando a qualsivoglia profilo ingannatorio, attribuendogli così il solo scopo di sottolineare l'intenzionalità della condotta elusiva del modello organizzativo da parte dell'apicale, di modo da selezionare, ai fini della configurazione della clausola esimente, le condotte caratterizzate da dolo diretto o intenzionale ed escludere, invece, quelle caratterizzate dal dolo eventuale¹⁶⁴.

Per ovviare al pericolo di inoperatività della clausola, però, in questo modo si rischia di travalicare i limiti dell'attività di interpretazione, dal momento che si finisce con il sostituire alla lettera della legge i risultati del processo ermeneutico. Il rischio ultimo è quello di propugnare, pur con il nobile intento di preservare la "vitalità" della disposizione e con il supporto, dunque, del canone interpretativo della conservazione delle norme, delle inammissibili interpretazioni abrogatrici, in violazione del basilare principio di legalità vigente in materia penale¹⁶⁵.

Verrebbe, tuttavia, in soccorso dell'interpretazione soggettiva un ultimo argomento, di carattere strettamente penalistico, ossia l'*argumentum libertatis*: qualora si optasse per un'interpretazione oggettiva del requisito della fraudolenza, come visto, l'accertamento in concreto di tale elemento potrebbe risultare in una *probatio diabolica* a carico dell'ente, che non avrebbe possibilità di pervenire alla

disciplina della responsabilità dell'ente, quale il criterio di collegamento a quest'ultimo del reato verificatosi.

¹⁶⁴ V. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 481; nonché TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 77, il quale parla, a tal proposito di «una sorta di dolo dell'“infedele”». Per SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 122, tuttavia, questa sarebbe un'aporia, dal momento che vi sarebbe un'irragionevole differenza nel trattamento riservato al «medesimo comportamento elusivo, a seconda che sia connotato da dolo intenzionale o non intenzionale»; argomento utilizzato dall'A. per criticare la teoria soggettivistica.

¹⁶⁵ Come sottolineato da PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 480.

piena prova della propria discolpa, rendendo inoperante la clausola di esonero, che così rimarrebbe “sulla carta”¹⁶⁶.

6.3 L’elusione fraudolenta come *elusione non concordata*: il significante di una reale contrapposizione tra apicale-reo ed ente

Oltre alle due opposte tesi appena analizzate, quella oggettivistica e quella soggettivistica, sembrerebbe potersi sviluppare una terza linea interpretativa sul requisito della fraudolenza.

Il punto di partenza è quello della *mise en scène* di cui si è parlato in precedenza: nel categorizzare il grado di coinvolgimento psicologico dell’ente nel reato del suo apice, si è anche fatto riferimento allo scenario in cui il grado di colpevolezza dell’ente è massimo, in cui la collusione tra *societas* e suo vertice tende a mascherare l’illecito derivante dal reato di quest’ultimo dietro a un’apparenza di piena legalità e di piena efficacia del modello organizzativo e di tutto il sistema preventivo, nonché della fraudolenta elusione di questi da parte dell’apicale. La dottrina più avveduta, che fin da subito aveva colto il rischio di un aggiramento del sistema da parte dell’ente grazie alla messa in scena di un’apparente piena operatività del sistema preventivo, sembrava comunque ritenere

¹⁶⁶ Si veda ancora TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 78 ss.: «dovrebbe cioè venire in soccorso l’*argumentum libertatis*, che, nel condurre alla soluzione interpretativa che garantisce il maggior spazio di libertà per il cittadino, quella appunto che qui consente alla *societas* di dimostrare *senza inesigibili sforzi* la propria *non-colpevolezza*, può segnare un punto di conciliazione con lo stesso principio di legalità, quale principio di garanzia che trova il proprio referente logico nella tutela del destinatario della norma penale dal possibile effetto di sfavore. Anzi, si può aggiungere che nell’ipotesi in esame alle istanze sottese sul piano sostanziale al canone ermeneutico del *favor rei* fanno da *pendant* quelle proprie del diritto di difesa, tutelato *in astratto*, ma potenzialmente tradito *in concreto* da una norma che rischia di (*auto*)smentirsi, una volta scesi sul campo della sua pratica applicabilità. [...] La richiesta dell’agire fraudolento, e della sua prova, dovute alla particolare relazione che si instaura tra ente e (suo) vertice, implica l’innalzamento dello *standard preventivo dell’organizzazione*, in piena coerenza con l’idea di colpevolezza dell’ente propugnata dalla normativa: ma, proprio come la traiettoria di un *boomerang*, tale effetto può ritorcersi contro la *ratio* garantista che anima la genesi della previsione di cui fa parte. Non può di certo disconoscersi che l’accoglimento della lettura proposta mitigherebbe il rigore dell’idea che – occorre ammetterlo e ribadirlo – sta alla base della previsione del requisito in esame, secondo la quale *non appartiene* all’ente *solo* ciò che si è verificato al di fuori di ogni suo possibile (*auto*)controllo: la prova dell’elusione fraudolenta sancisce infatti l’impossibilità di imputare il reato all’ente (per colpa organizzativa) in ragione dell’“eccezionalità” del comportamento del vertice ravvisabile nelle modalità *fraudolente* del suo agire. Tuttavia, l’“indebolimento” del giudizio di rimproverabilità che ne consegue, con l’effetto di far passare l’esenzione anche quando non si possa riscontrare l’“eccezionalità” del comportamento elusivo, sembra un costo da sopportare se il rischio concreto è quello di rendere inoperante il sistema e dunque anche di frustrare le finalità preventive connesse all’adozione dei modelli organizzativi».

bastevole, per scongiurare tale pericolo, il semplice criterio della frode, ai fini della cui integrazione, pur non richiedendosi una frode nel senso penalistico del termine, avrebbe in ogni caso dovuto rilevare una reale contrapposizione tra la società e l'apicale¹⁶⁷.

Si potrebbe, però, portare lo scenario della messa in scena dell'ente ancora più oltre, ipotizzando che l'elusione fraudolenta del modello da parte del vertice aziendale sia essa stessa progettata all'interno dello schema collusivo messo in piedi da ente e apice, che così potrebbero commettere il reato assicurandosi, nel contempo, che la *societas* resti esente da rimprovero penale, dal momento che sembrerebbe apparentemente integrata la complessa fattispecie di esonero di cui all'articolo 6. In uno scenario del genere, si è provato a tracciare una nuova accezione di "frode", che starebbe, dunque, a indicare quell'elusione «non concordata» ovvero «non simulata», di modo che essa potrebbe anche rilevare come segno di una vera e propria contrapposizione e spaccatura tra apice-reo e ente, e la cui prova in giudizio consisterebbe, da un lato, nell'elemento positivo dell'elusione del modello e, dall'altro, in quello negativo della mancanza di un pregresso accordo collusivo tra la società e l'apicale¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Cfr. FIORELLA, *Responsabilità dell'Ente: presupposti oggettivi e soggettivi*, in SEVERINO, FONTANA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Atti del Convegno Luiss Guido Carli 7.3.2003, Roma, 2003, 28; ID., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., 99 s., in cui si può leggere: «l'ente potrebbe essere astrattamente ben organizzato; nondimeno l'autore potrebbe aver commesso in concreto il reato, con il consenso esplicito dei suoi organismi essenziali, in ogni caso nell'interesse dell'ente e a seguito di una sua specifica politica d'azione. Ecco perché il decreto n. 231/2001 richiede, quale presupposto della complessa fattispecie che, ai fini dell'esclusione della responsabilità dell'ente (per il reato commesso nel suo interesse), debba accertarsi che i modelli preventivi siano stati "fraudolentemente elusi" dalle persone che abbiano commesso il reato»; ID., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5106; nonché ID., *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation"*, cit., 414.

¹⁶⁸ Così TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 81 s., il quale spiega che in questo caso "fraudolentemente" vorrebbe dire che «l'inosservanza del modello non sia *preconstituita*, non sia il frutto di una *programmazione* sorta nel contesto di un riprovevole accordo collusivo coinvolgente l'insieme della *societas*, ma risulti significativa di una reale *contrapposizione* tra il reo e l'ente di appartenenza, conformemente alla *descrizione* della trama disegnata dal legislatore». L'A. riconosce e avverte che tale soluzione effettivamente porterebbe il significato attribuito alla frode ancora più lontano, rispetto al tenore letterale della nozione, di quanto non già non faccia la tesi soggettivistica, che scolora a tal punto l'accezione psicologica della frode da rinvenirla nel semplice dolo diretto che deve assistere la condotta del reo, nel senso di rappresentarsi e volere la violazione della regola cautelare da cui poi deriverà la commissione del reato. In questa terza ipotesi interpretativa, infatti, "fraudolentemente" non starebbe a connotare la condotta del soggetto attivo dei caratteri modali dell'inganno, della frode, ma starebbe, quasi all'opposto, a indicare la mancanza dell'accordo collusivo e proditorio, la mancanza della concordata messa in scena tra ente e apice-reo, starebbe a indicare che l'elusione del modello operata dal vertice aziendale è un'elusione "reale", non fittizia: «Si osservi infatti come,

È qui che questa “terza via” si avvicina alla seconda, quella dell’interpretazione soggettivistica dell’elemento della fraudolenza (portandola, però, a compiere un passo ulteriore e, quindi, evolvendola): in entrambi i casi, infatti, ciò che rileva è la contrapposizione tra reo ed ente e, dunque, l’infedeltà dell’apice nei confronti della *societas* (che nella tesi soggettivistica rileva come dolo intenzionale che ricade sulla condotta di violazione della regola preventiva). La differenza tra le due impostazioni, però, – e il vantaggio della teoria in esame – sta nel fatto che questa permette di restringere le maglie della clausola di esonero, operando una selezione ancora più rigida dei casi in cui effettivamente l’ente possa ritenersi esonerato da responsabilità penale: il dolo intenzionale (consistente nella rappresentazione e volontà della condotta elusiva di una regola cautelare), in cui si ridurrebbe la fraudolenza interpretata in maniera soggettiva, ben potrebbe sussistere nel caso in cui l’apicale-reo agisse secondo un accordo collusivo con l’ente e, dunque, di tale dolo intenzionale l’ente potrebbe fornire la prova in giudizio pervenendo, più o meno agilmente, all’esonero da responsabilità. Percorrendo, invece, la terza opzione ermeneutica si perverrebbe a censurare anche questi casi, casi in cui tutti gli elementi della fattispecie di esonero vengono integrati (e provati giudizialmente) dall’ente ma in cui tutti, allo stesso tempo, questi elementi sono frutto dell’accordo in frode al sistema preventivo concluso dall’ente con il soggetto attivo del reato; casi che nel caso dell’opzione soggettivistica sarebbero, al contrario, risolti in favore dell’ente¹⁶⁹.

da questa mutata angolatura, il contenuto semantico “comunicato” dalla voce avverbiale si apra a una diversa e più specifica prospettiva: anziché indicare i termini propri della *frode* e dunque evocare l’idea della *mise en scène* per via della quale si attuerebbe l’elusione, significherebbe fondamentalmente *assenza di una “generale” mise en scène*: “elusione fraudolenta” intesa come “elusione *non concordata*” vuol dire, in altre parole, “elusione *vera*” e non “*di facciata*”, espressiva cioè di un intento contrapposto a quello dell’ente, informato alla legalità anche in un’ottica preventiva». Più avanti, l’A. si sofferma sul tema della prova liberatoria da parte dell’ente, a cui «basterà provare, accanto all’elusione della regola quale “sintomo” dell’idoneità del modello, una caratteristica *in negativo* dell’elusione medesima: l’assenza di accordi collusivi finalizzati alla predisposizione della richiamata *mise en scène*. E tale prova si risolverà nell’esclusione di elementi indizianti nel senso di una tale “politica”, ricavabili anche *aliunde*».

¹⁶⁹ Sul punto TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 82 s.: «la prova del dolo intenzionale non esclude la presenza di accordi collusivi di base». L’A. sottolinea poi come in questo caso si perverrebbe ad attribuire all’espressione avverbiale della disposizione un significato quasi antitetico rispetto al suo significato letterale, tanto da riconoscere che «il significato attribuito alla voce avverbiale su questo terzo versante sarebbe stato più appropriato in presenza di un’espressione eguale e contraria: “elusione *non* fraudolenta” come “elusione *vera*”, che appunto l’ente dovrebbe provare al fine di escludere la *mise en scène*»; d’altronde, però, si ribadisce come «dinanzi a espressioni normative dotate di poca nitidezza, come

Di talché, per la terza via interpretativa, si aggiungerebbero agli argomenti già addotti a sostegno dell'opzione soggettivistica (i canoni basilari della preservazione delle norme, del *favor rei* e del diritto di difesa) anche il fatto di superare il limite di quest'ultima, ossia di riuscire a intercettare e sanzionare anche i casi più "difficili" di accordi collusivi ente-apicale che involgono, oltre al profilo della condotta elusiva, anche quello del dolo (diretto), e che potrebbero (qualora diventassero prassi generalizzata) minare in radice l'efficienza del "sistema 231".

6.4 L'approdo della giurisprudenza di legittimità: il caso Impregilo

Avendo analizzato il percorso dottrinale compiuto dagli interpreti riguardo alla disciplina della possibilità per l'ente di esonero da responsabilità di cui all'articolo 6 del decreto, in generale, e al requisito – di cui alla lettera c) del primo comma dell'articolo 6 – dell'elusione fraudolenta del modello da parte dell'apicale nel commettere il reato a cui sarebbe collegato l'illecito dell'ente, in particolare, si tratta ora di esaminare il percorso parallelo compiuto in proposito dalla giurisprudenza.

Invero, e come già segnalato, le pronunce emesse sulla base della disciplina introdotta nel 2001 e, più a monte, i procedimenti aperti nei confronti degli enti risultano ancora pochi rispetto alle iscrizioni nel registro delle notizie di reato per i reati-presupposto e, per di più, non omogeneamente distribuiti tra le diverse procure sul territorio nazionale. Tutto ciò vale, a maggior ragione, per le pronunce di legittimità della Suprema Corte, la quale, per un "sistema normativo" giovane come è quello della responsabilità degli enti, avrebbe potuto fornire un'utile indicazione agli interpreti nella soluzione dei tanti punti controversi della disciplina.

Tanto è vero che, ad oggi, il caso Impregilo, nonostante i fatti oggetto del procedimento siano molto risalenti nel tempo (di poco successivi all'introduzione

quella in discussione, è pur lecito abbandonare – per quanto possibile – la ermeneutica letterale del testo, privilegiando le istanze di funzionalità del sistema, le quali, a ben vedere, si arricchiscono di un ulteriore profilo: non si tratta cioè *solo* di rendere praticabile la prova liberatoria, escludendo dal *thema probandum* i profili tipici della *frode* (in senso oggettivo o soggettivo), ma *anche* di consentire l'altrimenti a rischio *efficienza* del sistema».

della responsabilità da reato degli enti), rimane uno dei nodi fondamentali dell'elaborazione giurisprudenziale in materia¹⁷⁰.

Il caso verte sulle complicate vicende finanziarie di un importante gruppo industriale italiano operante nel settore edile: al presidente del consiglio di amministrazione e all'amministratore delegato della capogruppo e ai dirigenti di una delle controllate venivano, infatti, imputati i reati di false comunicazioni sociali e di agiotaggio societario per condotte, in concorso e unificate dal vincolo della continuazione, verificatesi tra la fine del 2002 e il 2003¹⁷¹; venivano, poi, imputate anche la capogruppo e la *holding* coinvolta, ai sensi della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti introdotta nel 2001¹⁷².

¹⁷⁰ Si noti, comunque, che la pronuncia della Suprema Corte sul caso risale al 2014, così da risultare a tutt'oggi attuale.

¹⁷¹ Agli imputati si contestavano la contravvenzione di false comunicazioni sociali *ex art.* 2621 c.c. e il delitto di agiotaggio *ex art.* 2637 c.c., in concorso tra loro *ex art.* 110 c.p. e con condotte unificate dal vincolo della continuazione *ex art.* 81 c.p. Alle società, di conseguenza, veniva contestato l'illecito derivante dai reati *ex art.* 25-ter, lett. a) e r) del d. lgs. n. 231 del 2001.

¹⁷² V. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 607 ss. Sulla sentenza si vedano anche PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 476 ss., critico in particolare quanto al profilo dell'efficace attuazione del modello e a quello della vigilanza dell'OdV; SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a.*, cit., 485 ss. La vicenda investigativa prendeva le mosse da un'indagine della Procura di Monza, che aveva diretto la sua attenzione su alcune turbative del mercato borsistico e su comportamenti poco chiari di alcuni importanti gruppi industriali e bancari. Il procedimento, dopo alterne vicende, tra cui il trasferimento per competenza territoriale dal tribunale di Monza a quello di Milano, la dichiarazione di estinzione di alcuni dei capi di imputazione inizialmente formulati e dopo l'intervenuta prescrizione di altri, si concludeva per l'ente, nel primo grado di giudizio, con la celebrazione del rito abbreviato non condizionato. I reati a cui si collegava la responsabilità delle due società consistevano in alcune comunicazioni dirette al mercato, effettuate dal presidente e dall'A.D. della capogruppo, in concorso tra loro e con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, che falsificavano le previsioni derivanti dalla messa in liquidazione della controllata coimputata, la situazione del bilancio di liquidazione di quest'ultima, le previsioni derivanti dall'ingresso nel capitale della controllata di un fondo finanziario che avrebbe dovuto sostenere lo sviluppo del gruppo e nuovi investimenti e, infine, della situazione di bilancio della capogruppo comunicata con relazione trimestrale diffusa nel novembre 2003. Il giudice milanese, dunque, procedeva a verificare la effettiva commissione di questi reati da parte delle persone fisiche imputate e, solo successivamente al positivo riscontro su tale questione preliminare, procedeva a verificare la responsabilità dell'ente – accertando la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi che consentono il collegamento del reato all'ente – e dunque, nello specifico, trattandosi di reato commesso da soggetti in posizione apicale, che non fosse, invece, integrata la clausola di esonero da responsabilità di cui all'art. 6, co. 1, del decreto. Scendendo nei particolari, dunque, le indagini avevano evidenziato, come emerge dalla sentenza, che la controllata, fortemente indebitata nei confronti della controllante e delle banche, era stata messa in liquidazione, proprio per far fronte a tale sovraindebitamento e dal momento che erano state scartate le ipotesi alternative, per il suo risanamento, che prevedevano la cessione a una cordata ovvero la continuità aziendale. La contestazione fatta agli amministratori è quella di aver "gonfiato" le previsioni sull'esito di tale operazione, rivelando (in contraddizione con le indicazioni provenienti dal liquidatore), in una comunicazione diffusa al mercato, che il bilancio di liquidazione di questa società si sarebbe chiuso in pareggio, e di aver comunicato al pubblico informazioni non veritiere sulla capacità della controllata di ripagare i debiti nei confronti delle banche e della controllante stessa; in particolare,

La vicenda è particolarmente significativa perché la società (vera e propria “apripista” nel panorama imprenditoriale del Paese), al tempo dei fatti, si era già dotata, nonostante fosse passato assai poco tempo dall’introduzione del sistema di responsabilità degli enti delineato dal decreto del 2001, di un modello organizzativo disegnato sulle indicazioni derivanti dalle Linee Guida della Confindustria, suddiviso, dunque, in una “parte generale” e in una “parte speciale” in cui si indirizzavano specificamente le criticità della società riguardo alle singole fattispecie criminose rilevanti per l’attività aziendale¹⁷³.

si evidenziava come fossero stati scientemente sovrastimati i crediti della controllata (nello specifico, si trattava di un credito di 120 milioni di euro nei confronti dello stato iracheno, che tuttavia, a causa dell’embargo del 2002 e dello stato di guerra in cui continuava a versare il Paese, si era svalutato al punto che nel 2002 la posta aveva perso il 50% del valore nominale, arrivando a constare di soli 60 milioni). Quanto, invece, all’operazione di cessione ad un fondo finanziario, si sottolineava come l’operazione, preceduta da una cessione infragruppo, finanziata indirettamente da un ulteriore indebitamento bancario della capogruppo e accompagnata da patti accessori (principalmente clausole di *put* e *call* tra *holding* e fondo finanziario), piuttosto che fornire nuove entrate al gruppo e nuove prospettive di sviluppo, che, secondo le comunicazioni degli amministratori al mercato avrebbero dovuto risanare la situazione finanziaria della controllante, mascherava, per l’appunto, un finanziamento indiretto infragruppo attuato tramite ulteriore indebitamento bancario (che era garantito, agli occhi delle banche, proprio dalle prospettive di finanziamento e di sviluppo fornite dall’ingresso del fondo finanziario nella compagine del gruppo societario, nonché da una plusvalenza fittizia del valore della controllata ceduta). La sentenza del giudice milanese pone, poi, l’accento sulle modalità esecutive con cui queste informazioni *price sensitive* sono state fornite dal presidente e dall’amministratore della capogruppo al mercato: le risultanze probatorie avevano, a detta del G.i.p., dimostrato che, pur essendovi un modello organizzativo idoneo che prevedeva, per la diffusione di tali informazioni al pubblico, una procedura *standard* ben delineata e un organo (il *Compliance Officer*) preposto al controllo sul rispetto della normativa prevista dal modello organizzativo, i soggetti imputati dei reati-presupposto avevano completamente disatteso le procedure standardizzate previste dal modello nella formazione, nell’approvazione e nella diffusione delle informazioni, con ciò fornendo al pubblico notizie non veritiere, incomplete e appositamente selezionate al fine di compiere un’operazione cosmetica sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del gruppo e manipolare la fiducia del mercato nel gruppo stesso; in ultima analisi, eludendo fraudolentemente il modello stesso e il sistema di controllo predispostovi per scovare e porre fine tempestivamente alle violazioni delle regole cautelari in esso previste. La sentenza sottolineava, infine, come, nonostante il brevissimo lasso di tempo intercorso tra l’introduzione della disciplina del d. lgs. n. 231 del 2001 e la verifica degli illeciti, al tempo dei fatti, era in corso il procedimento di adozione del modello organizzativo, ma comunque la società si era dotata già dal 2000 – quindi ancor prima dell’entrata in vigore del decreto sulla responsabilità degli enti – di un sistema di controllo interno (c.d. *Corporate Governance*) basato sul codice di autodisciplina redatto da Borsa Italiana s.p.a., o era addirittura già stato implementato dalla società stessa il “modello 231”, «con una tempestività quasi precedenti nel panorama delle aziende italiane del settore delle costruzioni». La sentenza dichiarava così l’idoneità del modello adottato dalla società e l’assoluzione di questa in quanto non punibile ai sensi dell’art. 6 del decreto 231.

¹⁷³ La sezione che rilevava nel caso di specie era il paragrafo B.5.5. della Parte Speciale B del modello, relativa alla prevenzione del reato di aggio, su cui v., Trib. Milano, sez. G.i.p., 17 novembre 2009, cit., 613 ss. Si disponeva, in riferimento al rischio di aggio, la formalizzazione di: «procedure interne che prevedevano la partecipazione di due o più soggetti al compimento delle attività a rischio; procedure di monitoraggio e controllo con la nomina di un responsabile dell’operazione; varie attività di formazione periodica sulla normativa; riunioni periodiche fra collegio sindacale e *Compliance Officer* per la verifica dell’osservanza della normativa; procedure

Il caso ha fatto molto discutere fin dalla pronuncia di assoluzione arrivata in primo grado al termine di un procedimento celebrato con il rito abbreviato non condizionato, in cui il giudice ha rilevato la non punibilità dell'ente proprio in ragione dell'integrazione della clausola di esonero di cui all'articolo 6 del decreto¹⁷⁴.

autorizzative per comunicati stampa, divulgazione di analisi e studi aventi ad oggetto strumenti finanziari». È lo stesso giudice di prime cure a rilevare la tempestiva attività di adeguamento dell'ente alla nuova disciplina: solo la prima condotta imputata agli apicali dell'ente, relativa al dicembre 2002 era precedente all'adozione del modello organizzativo secondo le prescrizioni del decreto 231; e, anche in questo caso, da una parte, il processo di adozione e implementazione del modello stesso era già in corso (iniziato, secondo le risultanze probatorie, nel settembre 2001, a pochi mesi dal varo del decreto – datato 8 giugno 2001); dall'altra, comunque, l'ente si era già dotato (fin dal 2000 e, dunque, ben prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina) di un sistema di controllo interno sulla base del codice di autodisciplina pubblicato da Borsa Italiana s.p.a. Inoltre, fin da marzo 2001 la società si era dotata di un regolamento interno per la diffusione al pubblico di informazioni *price sensitive*, che rimetteva il potere di comunicazione di queste notizie al presidente e all'amministratore delegato formalizzando, nello stesso tempo, la procedura di formazione e diffusione delle informazioni nei seguenti passaggi: «1. la descrizione dell'operazione era predisposta dalle funzioni aziendali direttamente a conoscenza dei fatti oggetto di comunicazione; 2. la bozza del comunicato era redatta dalle Relazioni Esterne; 3. la versione definitiva veniva rivista e approvata dal presidente e dall'a.d.; 4. i comunicati venivano inoltrati alla stampa attraverso il sistema informatico NIS (*network information system*) a Borsa Italiana, CONSOB e almeno due agenzie di stampa, in ottemperanza all'art. 114, d. lgs. 58/98 e della Guida per l'informazione al mercato di Borsa Italiana».

¹⁷⁴ Un primo punto critico, che però si riferisce non tanto alla decisione del giudice, quanto a come è stata costruita la fattispecie di esonero da responsabilità *ex art. 6*, riguarda proprio l'elemento dell'elusione fraudolenta: secondo GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati*, cit., 48, infatti, dover fornire la prova che l'apicale-reo abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello organizzativo si risolverebbe in una «*probatio diabolica*» a carico dell'ente. Conf. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 98. Per DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 186 ss., invece, la clausola di esonero, per come costruita dal legislatore, sarebbe una chimera di impossibile verifica pratica, cosa da cui discenderebbe la “diabolicità” nello sforzo probatorio richiesto all'ente; secondo l'A., infatti, due sono gli scenari possibili: il primo vedrebbe «un'improvvisa, fraudolenta cesura da parte del soggetto in posizione apicale rispetto ai comprovati virtuosi *standard* comportamentali dell'ente nel suo complesso», cosa che, però, starebbe a significare, con tutta probabilità, che il vertice avrebbe agito nel suo esclusivo interesse e a proprio vantaggio, facendo venir meno il criterio oggettivo di collegamento tra il reato da lui commesso e l'illecito dell'ente; il secondo vedrebbe «una sostanziale collusione che [...] investe l'intera struttura dell'ente, accompagnando in un'unica gravissima corresponsabilità (autenticamente) criminale dirigenti e controllori e relegando a mera impalcatura di facciata» l'intero sistema preventivo e di controllo eventualmente predisposto dall'ente. Inoltre, l'A. sottolinea che, seppure l'ente in cui si è verificato il reato avesse adottato e applicato un sistema preventivo conforme alle indicazioni legislative, non vi sarebbe ragione per non ritenere la persona giuridica comunque responsabile: ritenere, in questo caso, non punibile la *societas* sarebbe lo stesso che sostenere «che il reato commesso dal soggetto individuale non debba essere punito [...] quando non si ponga in alcuna relazione di continuità con la condotta di vita precedente». Tuttavia, come rileva SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 611, può ribattersi a tali critiche che, da un lato, la realtà dei fatti può prendere le direzioni più disparate, sfuggendo alle categorizzazioni dottrinali e rendendo quasi impossibile qualsivoglia formalizzazione meramente concettuale sviluppata dagli interpreti; dall'altro, «ritenere irrilevante ai fini punitivi l'intervento della causa di esclusione della responsabilità condurrebbe ad una vera e propria responsabilità oggettiva dell'ente, pur in difetto di un qualsivoglia elemento soggettivo nella

Il giudice di prime cure, infatti, dopo aver ricostruito la vicenda e aver verificato i fatti di reato imputati agli amministratori della società da cui sarebbe derivato l'illecito imputato all'ente (dunque, dopo aver accertato i criteri oggettivi di collegamento dei reati alla società), passava a esaminare la sussistenza e l'idoneità del modello di prevenzione adottato e implementato dalla persona giuridica: avendo ritenuto quest'ultimo perfettamente idoneo a prevenire i reati commessi dagli apicali, affermava, per ciò solo, che la condotta dei vertici aziendali aveva integrato una condotta elusiva in danno del sistema prevenzionistico predisposto dall'ente, che, di conseguenza, risultava non punibile ai sensi della clausola di cui all'articolo 6¹⁷⁵.

Nello specifico, secondo la pronuncia del giudice milanese, doveva riconoscersi l'idoneità del modello per tre ordini di motivi: primo, perché, data la riforma senza precedenti nel nostro sistema intervenuta solo pochi mesi prima, l'ente aveva predisposto in tempi *record* l'implementazione di un sistema preventivo coerente con le indicazioni legislative; secondo, perché il programma era altresì in linea con le linee guida pubblicate dalle principali istituzioni finanziaria e industriale nazionali (si fa qui riferimento, rispettivamente al codice di

consumazione dell'illecito, in spregio dunque al precetto costituzionale della personalità della responsabilità penale».

¹⁷⁵ V. Trib. Milano, sez. G.i.p., 17 novembre 2009, cit., 634 s. Si legge nella sentenza che l'ente «aveva tempestivamente adottato il modello organizzativo previsto dal d. lgs. 231/01 nei termini stabiliti e secondo le linee guida indicate da Confindustria» (linee guida successivamente anche approvate dal Ministero della Giustizia); che ciò era avvenuto prima della verifica dei reati da parte degli apicali, salvo che per un comunicato risalente al dicembre 2002, dunque, circa un mese prima dell'adozione del modello, periodo in cui, tuttavia, era stata già avviata la procedura di adozione del modello e comunque «la società aveva già autonomamente adottato un proprio codice di autodisciplina sulla base dei principi dettati da Borsa Italiana s.p.a.» e che, inoltre, il *Compliance Officer*, nominato nel gennaio 2003, svolgeva in precedenza già il ruolo di responsabile dell'*internal auditing*. Tutto ciò dimostrerebbe, a parere del giudice, «la volontà della società – giustificata dalla sua dimensione internazionale e dalla delicatezza dei servizi trattati – di adeguarsi alla nuova normativa con una tempestività quasi senza precedenti nel panorama delle aziende italiane del settore costruzioni». Si sottolinea, altresì, che, per evitare di incorrere nell'attribuzione alla società di una surrettizia responsabilità oggettiva, la valutazione di idoneità e efficacia del modello deve essere condotta in una prospettiva *ex ante* e non *ex post* (altrimenti, qualora si ritenesse il modello inefficace per il solo fatto che si è verificato un reato, perderebbe di significato la stessa clausola dell'art. 6) e di conseguenza – sottolinea il giudice – si deve tener conto del contesto storico in cui si sono svolti i fatti: la riforma del 2001, che aveva introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la novità assoluta di una responsabilità “diretta” degli enti derivante da reati commessi da soggetti appartenenti alla compagine aziendale (in posizione apicale ovvero subordinata), era intervenuta solo da pochi mesi, cosicché non si era ancora formata un'esperienza comune e condivisa in merito ai modelli organizzativi nel tessuto economico nazionale (gli unici precedenti si rinvenivano a livello di multinazionali straniere).

autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a. e alle Linee Guida di Confindustria); terzo, perché, rispetto alla valutazione di idoneità condotta nello specifico per il reato di aggio, venivano seguite le indicazioni dell'associazione di categoria degli industriali (condivisibili, oltreché necessitate sul tema del potere di diffusione delle informazioni *price sensitive*) e veniva formalizzata una procedura di formazione e pubblicazione di queste informazioni ritenuta idonea a minimizzare il rischio di commissione del reato di aggio e, quindi, la cui violazione integrava necessariamente una fraudolenta elusione del modello da parte degli apicali¹⁷⁶.

Proprio sull'interpretazione che il giudice ha dato in questa pronuncia all'elemento della fraudolenza si sono concentrate diverse critiche. Se, infatti, si optasse per la tesi "lassista", secondo cui per integrare la clausola basterebbe che l'autore materiale del reato si rappresenti e voglia la condotta elusiva della regola

¹⁷⁶ Cfr. ancora Trib. Milano, sez. G.i.p., 17 novembre 2009, cit., 636 ss., dove può leggersi che il modello attribuiva il potere di comunicare al pubblico informazioni sensibili e riservate della società al presidente e all'amministratore delegato (proprio i soggetti imputati dei reati-presupposto) e che «tale scelta non appare discutibile sul piano della efficacia in quanto adottata, come si è detto, in base alle linee guida di Confindustria». Inoltre, a prescindere da questo, «non appare ipotizzabile un modello diverso in quanto non si vede come fosse possibile attribuire ad altre persone il compito di manifestare all'esterno dell'ente le notizie relative allo stato della società». Oltretutto si prevedeva che i rapporti con la stampa fossero gestiti da uno specifico ufficio (Relazioni Esterne) e che la comunicazione delle informazioni si conformasse ai principi di completezza, tempestività, adeguatezza e non selettività: «la questione, in realtà, non era quella di attribuire ad un qualche organo interno, diverso dai dirigenti, il controllo delle informazioni perché tali notizie, per la loro natura riservata, non potevano non essere demandate ai soggetti che avevano la responsabilità strategica della gestione della società. Il modello, invece, ribadiva con forza l'essenziale dovere, per gli organi di vertice, di rispettare la più rigorosa deontologia professionale nel diffondere notizie destinate al pubblico degli investitori e agli altri operatori del mercato: completezza, tempestività, adeguatezza e non selettività dei dati da comunicare». La procedura, poi, prevedeva che fosse predisposta una nota con le informazioni da comunicare dalle funzioni aziendali che avevano maggiore contezza dei dati (dunque, quelle in cui l'informazione si era formata), che le Relazioni Esterne stendessero una bozza sulla base dei dati comunicati, che la bozza fosse visionata e approvata da presidente e A.D. Era dunque prevista una procedura che coinvolgeva diversi soggetti responsabili vicendevolmente, procedura che, secondo il giudice di Milano, è stata violata e quindi senz'altro elusa fraudolentemente dai vertici aziendali, come emergerebbe dalla loro «scelta di non seguire il corretto *iter* di formazione delle valutazioni, "by-passando" l'attività degli studi e degli uffici» e dal fatto che, «se si fosse seguita la procedura prevista dal modello sarebbe stato impossibile per gli imputati attuare il loro proposito di "rassicurare" il mercato e di "abbellire" il bilancio» della società con pregiudizio per gli investitori. Critico, sul punto, SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a.*, cit., 485, per il quale, in questo caso, «la frode non è consistita in raggiri ingannevoli impiegati dal presidente del consiglio d'amministrazione e dall'amministratore delegato, autori del comunicato al mercato, per ingannare gli altri protagonisti della procedura, perché all'interno della procedura essi hanno utilizzato il potere esclusivo a loro attribuito». L'A. prova a percorrere, per verificare l'idoneità del modello, la via della ricerca di possibili alternative esigibili da parte dell'ente, sottolineando come una di queste avrebbe potuto consistere nel fatto di limitare il potere/dovere di *disclosure* attribuito agli amministratori alla mera «sottoscrizione della bozza elaborata dalle altre funzioni, previa anche, ove necessaria, una modificazione o correzione concordata, o quanto meno, discussa con gli uffici che l'avevano elaborata».

cautelare, all'ente basterebbe provare ciò solo, ossia il dolo diretto dell'apicale, anche mediante presunzioni¹⁷⁷, aderendo al sindacato "leggero" compiuto nel caso di specie dal giudice di merito; viceversa, qualora si aderisse alla tesi più rigorosa, che tende a ravvisare nella fraudolenza dell'articolo 6 un richiamo al concetto penalistico di frode¹⁷⁸, non basterebbe, per l'ente, provare il dolo intenzionale della persona fisica, ma si dovrebbe anche dimostrare come sia stata proprio la condotta elusiva e frodatoria del vertice a rendere possibile il reato, che, altrimenti, grazie all'efficacia preventiva dei modelli, non si sarebbe potuto realizzare. Anche a optare per la seconda ipotesi interpretativa, tuttavia, la questione potrebbe trovare una sua composizione tenendo conto che, come correttamente rilevato dal giudice, la condotta elusiva dei vertici è stata *ictu oculi* necessaria per la verifica del reato: le regole cautelari previste dal modello avrebbero, infatti, funzionato nel prevenire il reato, se solo il presidente e l'amministratore delegato della società, sfruttando fraudolentemente la buona fede degli altri soggetti coinvolti nella procedura formalizzata dal programma per la diffusione al pubblico di informazioni *price sensitive*, non avessero operato in spregio alle regole, "nascondendosi" artatamente dietro a un'apparenza di correttezza e diligenza, finalizzata a stornare i sospetti e, dunque, gli eventuali interventi di soggetti terzi che avrebbero potuto fermare l'azione criminosa¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Così BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in ID. (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, 87, a parere del quale, in questo caso, «l'azienda potrebbe, in teoria, limitarsi ad una divulgazione informativa dei contenuti del modello, rivolta ai propri quadri, al fine di invocare – in caso di commissione di un reato – l'elusione fraudolenta delle predette regole».

¹⁷⁸ Cfr. ancora BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., 87, che nel presentare le due opposte tesi sottolinea come in questo secondo caso, affinché sia integrata la clausola sarebbe necessaria «la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente ed artatamente volta alla elusione del precetto». Si veda anche PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 962, per il quale non basterebbe una semplice e frontale violazione delle regole cautelari previste nel modello, ma la condotta dell'apicale dovrebbe essere idonea «a frustrare, con l'inganno, il diligente rispetto delle medesime da parte dell'ente nel suo complesso».

¹⁷⁹ Si veda, SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 615 s., secondo cui la necessaria premessa è che «il difetto organizzativo prescinde dalla condotta umana e si concretizza in una condizione statica. Ciò posto, la circostanza per la quale è esclusivamente il comportamento elusivo della persona fisica a rendere possibile la commissione dell'illecito porta con sé l'inevitabile conseguenza dell'irresponsabilità della persona giuridica. La ragione risiede nel fatto che l'elusione fraudolenta del modello non influisce sull'idoneità del medesimo – la quale, in quanto condizione come anzidetto statica, resta inalterata – bensì elide solamente l'efficacia dello stesso, ossia l'attitudine concreta dei protocolli organizzativi alla riduzione del rischio-reato. La clausola di esenzione della responsabilità non opera dunque nel momento in cui le misure preventive adottate non sono *ante factum* in grado di impedire la

Il punto forse più controverso della sentenza, però, è quello riguardante l'organismo di vigilanza, che, considerato di grande importanza nell'economia della disciplina introdotta nel 2001 e, in particolare, per il giudizio di adeguatezza del modello organizzativo adottato dall'ente, viene fatto oggetto di poca attenzione da parte del giudice, il quale altro non fa che sottolineare come quello creato dalla società fosse un organo monocratico, progettato in conformità alle prescrizioni delle Linee Guida di Confindustria, la cui funzione era stata attribuita al soggetto che in precedenza ricopriva il ruolo di responsabile dell'*internal auditing* e che veniva sottratto alla dipendenza della direzione amministrazione, finanza e controllo, per ricondurlo alle dirette dipendenze del vertice societario; senza, però, un'attenta analisi del controllo esercitato dall'organismo sull'operare degli apicali e dell'idoneità e adeguatezza strutturali dell'organismo stesso¹⁸⁰.

Quanto al controllo esercitato dall'organismo di vigilanza, che è elemento della fattispecie di esonero prevista alla lettera *d*) dell'articolo 6 del decreto, è opinione condivisa, in dottrina, che esso vada valutato congiuntamente con il requisito dell'elusione fraudolenta, nel senso che il secondo segni il limite del livello di diligenza richiesto dal primo, di modo che, qualora si riscontrasse la mancata vigilanza da parte dell'organismo a ciò preposto, l'ente non potrà essere ritenuto esente da responsabilità, posto che, in un tal caso, la condotta dell'apice non potrà essere ritenuta fraudolenta¹⁸¹.

consumazione dei reati previsti dagli artt. 24 ss., d. lgs. n. 231 del 2001; diversamente, la condotta umana fraudolenta rileva nel momento in cui un contegno ordinario non sarebbe di per sé stato sufficiente al fine di aggirare le prescrizioni organizzative. Nel caso di specie, l'incidenza dell'intervento della persona fisica appare manifesta». Anche a optare per la "terza via" interpretativa, in questo caso apparirebbe evidente come il comportamento degli apicali fosse fraudolento, nel senso di "non concordato" con l'ente, come dimostrerebbe la storia appena precedente della società che, con la scelta di attivarsi tempestivamente per l'adozione del modello, esprimerebbe una *policy* aziendale ispirata al rispetto della legalità.

¹⁸⁰ Sul punto, ancora, SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 616.

¹⁸¹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 185; nonché, SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 618, secondo cui, tuttavia, il criterio *ex* lett. *d*), co. 1, art. 6 del decreto sarebbe assolutamente superfluo, non aggiungendo né togliendo nulla al requisito di cui alla lett. *b*) della stessa disposizione, che, ai fini della dichiarazione di esonero da responsabilità per l'ente, dispone come requisito necessario che venga affidato a un organismo dell'ente a ciò predisposto il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento, e che questo organismo sia altresì dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Ciò che è differente nella lett. *d*) è semplicemente la prospettiva più dinamica in cui si guarda all'OdV: dal momento che l'adeguatezza del modello organizzativo per essere garantita ha bisogno di una continua attività di aggiornamento, nel requisito in esame si pone il *focus* sulla continuità d'azione richiesta all'organismo preposto a svolgere tale

Quanto, invece, ai requisiti strutturali a cui deve rispondere l'organismo di vigilanza, si è già detto come questi si sostanzino, in ultima analisi, nei principi di autonomia e indipendenza¹⁸². Sul punto, si è già ricordato come il giudice tenda a richiamare le linee guida dell'associazione degli industriali per sottolineare come la struttura dell'organismo predisposta dalla società fosse pienamente conforme a queste indicazioni istituzionali; tuttavia, è stato sottolineato come, invero, il richiamo al documento della Confindustria sia solo parziale¹⁸³ e come il giudice manchi di esplicitare le motivazioni alla base di questa decisione discutibile e molto criticata in dottrina¹⁸⁴. Ancor più di questo, la critica maggiore mossa sul punto dell'analisi di adeguatezza dell'organismo di vigilanza svolta dal giudice si incentra sul fatto che non sarebbe stata censurata la sottoposizione dell'organismo alle dirette dipendenze dei vertici aziendali, ossia gli stessi soggetti che hanno, poi, commesso il reato. Trova gioco facile, in merito, la contestazione di chi esprime dubbi sulla indipendenza del controllore rispetto al controllato, il quale avrebbe

attività di controllo e aggiornamento, come rilevato da BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 245.

¹⁸² Sull'autonomia v. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 243, secondo cui si tratterebbe del potere regolamentare proprio e esclusivo dell'OdV; BASTIA, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 197 ss., per cui sarebbe da intendere «in senso non meramente formale, ma concreto e sostanziale»; nonché VALENZANO, *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, Roma, 2007, 94, che pone l'accento sulla necessaria indipendenza economica dell'OdV dalla direzione aziendale. L'indipendenza, invece, atterrebbe piuttosto alla dinamica relazionale tra l'organismo e l'ente e si sostanzierebbe in una pari-ordinazione tra OdV e vertice aziendale, e, dunque, in una autonomia decisionale del primo rispetto al secondo; così *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., 35.

¹⁸³ Nelle Linee Guida si ammette la possibilità di attribuire le funzioni dell'OdV alla funzione di *internal auditing*, ma si sottolinea anche che meglio sarebbe, per le società medio-grandi, prevedere un organismo collegiale, al fine di assicurare un controllo più effettivo.

¹⁸⁴ Per BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., 61, e ID., *I modelli organizzativi*, cit., 201 ss., la scelta di cumulare le funzioni di organismo di vigilanza e di *internal auditing* dovrebbe essere ammessa solo nelle realtà societarie più semplici e come soluzione *ad interim*, previa un'adeguazione dell'autonomia di spesa dell'organo di controllo interno. Le ragioni di tale inopportunità nelle società più complesse deriverebbero, secondo PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 169, dal fatto che l'*internal auditor* è organo interno alla struttura societaria e, di conseguenza, potrebbero risultarne compromesse imparzialità e autonomia. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 256, sottolinea, poi, come necessario sarebbe, nel caso, introdurre tra i membri dell'*internal auditing* un professionista esterno che abbia competenze giuridiche, dal momento che manca, il più delle volte, in tale organismo una figura con queste caratteristiche.

potuto, in queste condizioni, agilmente condizionare l'attività di vigilanza dell'organismo¹⁸⁵.

Ciononostante, si è sostenuto che non si dovrebbe, per il solo fatto della mancata idoneità del controllo esercitato dall'organismo di vigilanza, rilevare la responsabilità dell'ente: se, infatti, si aderisse alla teoria dell'immedesimazione organica e si ritenesse, dunque, che nel caso di illecito del soggetto apicale, una volta verificatosi il reato, l'ente, per discolarsi, non potrebbe far altro che porre all'evidenza del giudice la cesura tra comportamento del vertice aziendale e propria *policy*, dovrebbe concludersi che, in queste condizioni, ciò che si rimprovererebbe all'ente sarebbe il fatto di aver mancato di attuare, o di aver attuato in maniera non adeguata, il sistema preventivo del rischio-reato¹⁸⁶.

Compito del giudice è, a questo punto, effettuare un vaglio di idoneità sul modello organizzativo, ma, non rinvenendosi saldi criteri in base ai quali effettuare tale giudizio e mancando, in ragione della scarsa produzione giurisprudenziale in materia, precedenti a cui ancorarsi, non può tacersi sulla delicatezza della sua posizione e del suo ruolo¹⁸⁷. Sicuramente, un punto di partenza è costituito dal fatto che il giudice non potrà, per il solo fatto della verifica del reato ritenere il modello inadeguato: sostenere l'opposto vorrebbe dire, da un lato, contraddire la lettera stessa dell'articolo 6 – il quale, alla lettera *a*) fa esplicito riferimento ai «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» – e, dall'altro, rendere del tutto inoperante l'unica clausola che permetterebbe all'ente di discolarsi. Si richiama, inoltre, il concetto di rischio

¹⁸⁵ Cfr. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 624, il quale conclude che insufficiente sia stata nel caso di specie l'analisi compiuta dal giudice sull'OdV, rinvenendosi nella sentenza, «una mera descrizione delle caratteristiche strutturali del medesimo, senza una precisa valutazione di conformità di tale organo alle disposizioni del d. lgs. n. 231 del 2001».

¹⁸⁶ Così, PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., 50; COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, cit., 16.

¹⁸⁷ Sul punto, BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., 94, il quale sottolinea come il giudice rischi di trasformarsi «in una sorta di arbitro della legalità della vita d'impresa» e che il legislatore avrebbe optato, nell'ambito della responsabilità degli enti, per «un modello di legislazione che rinvia la soluzione dei nodi problematici della vita economica del Paese al potere giudiziario». Si rinvia, altresì, a SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 629, che evidenzia la «necessità di evitare giudizi puramente discrezionali», da parte della giurisprudenza, attraverso una «doverosa elaborazione di specifici criteri di valutazione».

consentito: in tal senso, l'attività d'impresa, che è, per sua definizione attività rischiosa, comprenderebbe una certa area di rischio accettabile e tollerato dall'ordinamento sociale e giuridico; oltre tale area, però, l'attività dell'ente diverrebbe illecita, facendone derivare, nel caso di attualizzazione di quel rischio e di connessa commissione di un reato, una responsabilità a carico della persona giuridica. È proprio in questo che si svolgerebbe il ruolo dei modelli organizzativi: nella gestione del rischio di verifica di reati, tale che esso possa rientrare nella soglia accettabile e non sfociare in un'area di rischio incontrollata e non più tollerata dall'ordinamento¹⁸⁸.

Si è visto come criterio soggettivo di collegamento del reato della persona fisica alla responsabilità della persona giuridica sia la colpa di organizzazione di quest'ultima dovuta all'omissione di una delle summenzionate cautele; di talché, come rilevato in dottrina, non può negarsi una certa somiglianza di questa ipotesi di responsabilità con quella per reato omissivo improprio¹⁸⁹. Applicando, dunque,

¹⁸⁸ V. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 630 ss., il quale specifica che l'attività di *risk management* che qui viene in rilievo involge una preliminare fase di *risk assesment* utile per capire quali siano i reati a rischio di verifica e quanto alto sia tale rischio, in altre parole, per individuare «il deficit organizzativo esistente» e definire il margine di necessario adeguamento della struttura organizzativa al fine di superare la carenza organizzativa, tramite l'introduzione o l'integrazione dei protocolli operativi del modello organizzativo, a cui dovrà necessariamente aggiungersi anche la creazione di un organismo preposto alla vigilanza sulla continua idoneità del modello stesso. Così anche MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 71 s.

¹⁸⁹ Si veda, ancora, SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 633 ss., che, dopo aver ricostruito la diatriba dottrinale in tema di accertamento di responsabilità per reato omissivo improprio, ricorda il fondamentale traguardo raggiunto sul tema dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese (Cass., Sez. Un., sent. 10.7.2002, n. 30328, Franzese, rv. 222138), ossia come nell'accertamento del nesso eziologico che lega l'omissione all'evento nei reati omissivi impropri, il procedimento che deve essere compiuto dal giudice nel vagliare questo collegamento causale consiste in un procedimento bifasico attinente, per prima cosa, alla ricostruzione del fatto storico e del decorso causale che ha portato all'evento concreto e, successivamente, in un ragionamento ipotetico sul possibile decorso causale alternativo se fosse, invece, intervenuta la condotta doverosa omessa dall'agente, avendo peraltro escluso l'intervento di decorsi causali alternativi. Il risultato di questo giudizio non dovrà, poi, ispirarsi a canoni irraggiungibili di assoluta certezza, ma «dovrà necessariamente riferirsi a quelle leggi statistiche che, seppure non sostenute da coefficienti percentuali assoluti, siano in grado di affermare che nel caso di specie l'evento non si sarebbe verificato ove la condotta del soggetto agente avesse rispettato i doveri di diligenza». Finalmente, il giudizio sul nesso eziologico, nel caso di reati omissivi impropri, dovrà avvenire secondo una prospettiva *ex post* e non secondo quella tradizionale *ex ante*. Di questo avviso anche DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 107; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 83 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5106 ss.; PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 174, che, assimilano il settore della responsabilità degli enti, ancora più in particolare, a quello delle omissioni in materia di responsabilità medica; PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, cit., 120 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 69 s., secondo sui si sarebbe in presenza di «un modello di

il metodo di giudizio bifasico e *ex post* dei reati omissivi impropri al giudizio sulla responsabilità da reato degli enti, la colpevolezza della società potrà essere riconosciuta dal giudice solo dopo aver constatato, con un grado di convincimento prossimo alla certezza, che il reato non avrebbe potuto verificarsi qualora l'ente si fosse dotato di modelli organizzativi diversi e avesse adottato differenti cautele, esigibili al momento e nel contesto socio-culturale in cui l'illecito ha avuto verificazione. In questo modo, proprio come nel processo penale a carico di persone fisiche, troverebbero piena effettività i principi dell'*in dubio pro reo* e, il canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e l'ente, per discolparsi, potrebbe fare affidamento su diverse strategie difensive, cosicché neppure la mancanza di modelli organizzativi ovvero il difetto di controllo dell'organismo di vigilanza potrebbero, per ciò solo farne derivare una piena condanna¹⁹⁰.

Il "secondo episodio" della vicenda, ossia, il giudizio d'appello ha visto confermata nell'esito e, sostanzialmente, anche nelle motivazioni la pronuncia del giudice di prime cure¹⁹¹. In merito a tale sentenza, se, da una parte, non possono non essere apprezzati gli sforzi argomentativi compiuti dalla Corte d'Appello¹⁹²,

imputazione strutturalmente assimilabile a quello *colposo*, in quanto imperniato sulla nozione, squisitamente normativa e "colma di istanze preventive", di "colpa di organizzazione". L'A. sostiene più avanti (73) che, avendo il legislatore indicato nei modelli preventivi «il fondamentale strumento precauzionale per prevenire la commissione di reati all'interno di un ente» e avendo fissato «le "esigenze" fondamentali che esso deve soddisfare», sembrerebbe di trovarsi di fronte a una colpa di organizzazione avente natura specifica: «nella specie, per inosservanza di *standard* doverosi positivizzati a livello legislativo»; senonché, però, sostanzialmente «la disciplina legislativa della responsabilità da reato degli enti non contiene vere e proprie regole cautelari, ma si limita a richiedere l'*idoneità* del Modello e a tracciare il perimetro, la cornice della vera e propria regola "modale" che l'ente sarà chiamato a *creare*, affinché l'attività di impresa resti entro la soglia del "rischio permesso". [...] Allora la colpa dell'ente, che *primo visu* parrebbe "specificata" per inosservanza di regole scritte, rivela, quanto ai suoi meccanismi ricostruttivi, i tratti della colpa c.d. "generica"». Si veda anche ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 220 ss., per il quale a fondamento della responsabilità degli enti starebbe «in un *colposo modo di essere organizzato*».

¹⁹⁰ V. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, cit., 641 ss. A parere dell'Autore, l'ente potrebbe fare leva sulla semplice adozione del modello organizzativo e sul fatto che questo fosse a conoscenza dei suoi apicali per addurre la prova di una cesura tra questi ultimi e la propria *policy*; potrebbe anche, nell'assenza di protocolli cautelari per lo specifico reato poi verificatosi, far leva sulla «totale imprevedibilità dell'illecito consumatosi e sull'assoluta impossibilità di prevenirlo, persino con regole cautelari estremamente elaborate e provare, in tal modo, l'intervenuta interruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento».

¹⁹¹ La pronuncia si può leggere in Corte d'App. Milano, sent. 18 giugno 2012, in www.rivista231.it e *Le soc.*, 2013, 963, con nota di SALAFIA, *Il commento*, 970; sulla sentenza si vedano anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 62 ss.; nonché CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 733 ss.

¹⁹² Nella sentenza viene, infatti, esplicitato il ragionamento che conduce il giudice a rilevare l'*idoneità* del sistema organizzativo dell'ente e dunque a escluderne profili di responsabilità: «il

tuttavia, non può neppure sottacersi di come il giudice continui a intendere il criterio dell'elusione fraudolenta nel senso che, ai fini della integrazione di questo elemento, basterebbe semplicemente una violazione "frontale" della regola di cautela prescritta dal protocollo, a maggior ragione dal momento che mancherebbe, come si è detto, un vero e proprio controllo sui vertici aziendali da parte dell'organismo a ciò preposto¹⁹³.

modello organizzativo era corretto, valido e in sé efficace [...]; esso risulta violato ed eluso dai vertici della società; si tratta di elusione fraudolenta in quanto [gli imputati] anziché approvare i dati e la bozza di comunicato elaborati dagli uffici manipolavano i dati medesimi per poi inserirli nel comunicato stampa»; e ancora: «nel caso di specie v'è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo». Si sottolinea, inoltre, il fatto che, se i raggiri della frode devono essere indirizzati nei confronti di qualcuno o qualcosa e se la condotta dell'autore deve tendere a eludere le regole di comportamento positivizzate nel modello sulla cui osservanza e sul cui rispetto vigila l'organismo a ciò deputato, è giocoforza che la manovra di aggiramento delle regole deve essere attuata attraverso un inganno ai danni dell'organismo di vigilanza. Si legge, infatti: «la frode cui si fa riferimento nel predetto d.lgs. n. 231 del 2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta ma gli altri protagonisti della procedura in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto alla elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure: nel caso di specie vi è stata una manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni degli altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo».

Da ciò un'ulteriore linea interpretativa dell'elusione fraudolenta, in cui il primo termine si riferirebbe alle regole formalizzate nei protocolli del *compliance program* e il secondo all'azione ingannevole nei confronti dell'OdV. Sul punto, CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 742 s., che rileva come, in questo caso, «la locuzione "eludere fraudolentemente" non costituisce affatto una endiadi, e l'avverbio è necessitato, al fine di indicare la direzione della condotta *latu sensu* fraudolenta già insita nel concetto di "elusione"».

¹⁹³ Sul punto, anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 66 s., nel valutare se la procedura prevista dal modello organizzativo predisposto dall'ente fosse idonea alla minimizzazione del rischio di commissione del reato di aggio da parte dei vertici, osserva come «non si può escludere la possibilità che in sede di comunicazione al mercato della notizia, i sottoscrittori della bozza diffondano un'informazione diversa da quella contenuta nel documento sottoscritto», chiedendosi poi se in questo caso si possa effettivamente parlare di elusione fraudolenta o meno. L'A. prosegue facendo l'ipotesi che la procedura prevista dal modello richiedesse anche un intervento ulteriore, in chiave di sorveglianza sull'operato degli amministratori, da parte di un organo quale lo stesso consiglio di amministrazione ovvero, più facilmente, l'organismo di vigilanza, al fine di verificare la correttezza delle operazioni anche nella fase finale della diffusione al pubblico delle notizie (con presa visione della bozza presentata dalle funzioni incaricate e con un confronto con gli apici cui poi comunque sarebbe rimasto il potere della effettiva *disclosure*). Anche in questa ipotesi, tuttavia, non sarebbe comunque ravvisabile, nel caso in cui, una volta esaurito il momento di controllo dell'organo terzo rispetto alla formazione del documento da diffondere al pubblico, gli amministratori alterassero i dati in esso contenuti pubblicando un documento falsato, una dialettica ingannatoria tra controllante e controllato, nel senso che mancherebbe anche qui «la tipica incidenza da parte dell'agire del secondo sul processo formativo della volontà del primo, profilo tipico dell'inganno *stricto sensu*, che in effetti sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui i vertici sottoscrivessero o sottoponestero al controllore un documento da essi stessi alterato che poi diverrebbe oggetto di *disclosure*». Ci troveremmo in questo caso, piuttosto, di fronte a «un tradimento della fiducia riposta dal controllore, di una fiducia, però, non ottenuta con l'inganno. [...] saremmo in presenza di un semplice discostamento da ciò che è previsto dalla procedura e dunque certamente di un'elusione, ma non connotata da frode, e nonostante il

Nel commentare tale decisione vi è stato chi, partendo da una puntuale analisi – prima lessicale e semantica e poi – dottrinale e giurisprudenziale dei concetti di “elusione” e di “fraudolenza”¹⁹⁴, ha criticato alacramente l’interpretazione che ne ha fornito nel caso di specie la Corte, ponendo ancora una volta l’accento sulla condotta concretamente esigibile da parte dell’ente come referente per il giudizio sulla fraudolenza o meno della condotta dell’apicale che il giudice deve condurre.

Invero, secondo tale impostazione, l’unico modo per restituire senso al sintagma dell’elusione fraudolenta sarebbe quello di intenderlo nel senso di una più puntuale qualificazione del concetto di frode aziendale, ossia di peculiari modalità in cui si estrinsechi la condotta dell’apicale¹⁹⁵. E poiché la frode ha per oggetto il

fatto non appaia *dominabile* dall’ente». Conformemente, SALAFIA, *Il commento*, in *Le soc.*, 2013, 972.

¹⁹⁴ Ci si riferisce qui a CIPOLLA, *L’elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 733 ss., il quale conclude, sul punto, che «l’elusione” di una regola consiste nell’aggiramento della stessa, mediante l’impiego di stratagemmi, ergo mediante il ricorso all’intelligenza, in contrapposizione alla violazione *tout court*. Tanto la condotta “elusiva” quanto la condotta “lesiva” (la violazione diretta o frontale) puntano ad uno scopo anti giuridico, quello stesso che la norma vuole che non si realizzi, e tuttavia la prima vi tende mediante una manovra a forma semicircolare (giro/aggiramento/raggiro), obliqua, caratterizzata da artifici e astuzie, mentre la seconda ha la forma del movimento diretto-frontale. Di qui una prima conclusione: 1) il concetto di “elusione”, in relazione ad una regola, si contrappone in modo netto, alla “violazione diretta”; 2) il concetto di “elusione”, per il fatto di denotare una epifania di intelligenza/astuzia/scaltrezza, implica – nel suo fondo – un contenuto artificioso ergo fraudolento». E se, per l’A., il concetto di elusione, nonché quello dell’avverbio “fraudolentemente” sarebbero, qualora presi singolarmente, interpretabili abbastanza chiaramente, i problemi e le criticità sorgono nel momento in cui essi vengono usati congiuntamente come nel sintagma *de quo*.

¹⁹⁵ Cfr. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.4, 490, in cui può leggersi: «la lettera c) bene si presta, dunque, a fotografare le ipotesi di c.d. “amministratore infedele”, che agisce cioè contro l’interesse dell’ente» al corretto funzionamento del *compliance program*. Secondo CIPOLLA, *L’elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 738 s., si intenderebbe con questa nozione operare un rimando al concetto di “*corporate fraud*”, ma, se, come candidamente ammesso dalla *Relazione*, ci si volesse qui riferire a quei comportamenti egoistici e *contra societatem* dei vertici aziendali, si priverebbe completamente di senso il requisito dell’elusione fraudolenta e, dunque, si renderebbe inoperativa la clausola esimente di cui all’art. 6: uno dei presupposti oggettivi della responsabilità dell’ente è proprio quello della direzione finalistica della condotta della persona fisica che commette il reato, la quale deve agire nell’interesse e a vantaggio dell’ente; qualora la condotta del vertice (ma anche del sottoposto) non soddisfi tale criterio oggettivo di collegamento, non ci sarebbe motivo per arrivare ad applicare la clausola *ex art. 6*, perché il criterio di collegamento del reato all’ente sarebbe già venuto meno per il solo fatto che l’apicale ha agito nell’interesse esclusivo proprio. Allo stesso modo, tuttavia, non avrebbe senso far riferimento con il concetto di “frode aziendale” al comportamento del vertice che agisce per favorire l’ente. L’A. sostiene che così facendo «si darebbe luogo ad una disposizione irragionevole e antinomica: - irragionevole, dato che un Modello organizzativo efficiente dovrebbe prevedere e impedire proprio siffatto comportamento e sarebbe quindi incomprensibile un esonero di responsabilità dipendente da una condotta – per definizione – riprovevole; - antinomica, dato che per un verso il fine di favorire l’ente sarebbe criterio di imputazione del fatto, per altro verso la legge individuerebbe la medesima finalità come presupposto di esclusione della responsabilità».

compliance program, sarà di importanza fondamentale il sindacato sull' idoneità e sull' adeguatezza di questi ultimi¹⁹⁶.

Sicché, in caso di verifica di un reato-presupposto da parte di un soggetto apicale, delle due l' una: o il modello era *ab origine* inidoneo (oppure non è stato idoneamente implementato) e, dunque, l' ente sarà da ritenere responsabile per colpa di organizzazione, ovvero il sistema preventivo, pur adeguatamente predisposto e attuato dall' ente, è stato neutralizzato dalla frode "qualificata" dell' autore del reato, cosicché l' ente non potrà essere ritenuto responsabile. In questo secondo scenario, però, la frode dovrà essere, per l' appunto, "qualificata"¹⁹⁷ nel senso che, ai fini di un pieno scarico da responsabilità per l' ente, la condotta proditoria dell' apice dovrà estrinsecarsi in azioni caratterizzate da un certo livello di atipicità e imprevedibilità tanto da eludere anche la capacità predittiva dell' ente stesso nella fase di predisposizione del modello; viceversa si ricadrebbe nel primo scenario, quello di colpa di organizzazione della *societas* che si sarebbe dimostrata carente, in questo caso, nel prevedere i possibili rischi derivanti dalla propria attività d' impresa¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Sul punto, ancora, CIPOLLA, *L' elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 741 s.: «Il sistema della responsabilità da reato trova il suo centro vitale nel modello organizzativo e di gestione. Trattasi del meccanismo mediante cui il sistema intende perseguire il suo scopo primario: la moralizzazione *ab interno* dell' impresa, *id est* la creazione di anticorpi contro la mala pianta – sempre riemergente – della tendenza delle strutture capitalistiche a perseguire il profitto oltre, contro, e nonostante i vincoli della legge»; la radice della disciplina della responsabilità degli enti starebbe nel «nesso tra i comportamenti devianti dei singoli e una diffusa subcultura criminale favorita dal difetto di regole, procedure e controlli. In una parola, nella scoperta del collegamento tra il delitto (all' interno e a favore dell' impresa) e una (mala)organizzazione, fatta di precetti inadatti a contrastare la mentalità antisociale, e inefficienti meccanismi di controllo e vigilanza. Se la causa del delitto connesso all' attività di impresa – non motivato da finalità egoistiche dell' autore – deve rinvenirsi in una inadeguatezza funzionale dell' organizzazione, *ergo* in un *deficit* organizzativo dell' impresa stessa, perché incapace di contenere le pulsioni criminali dei suoi esponenti, il rimedio è rinvenuto in una organizzazione di senso opposto, in una struttura virtuosa perché fondata sulla conoscenza dei profili di rischio di reato e sull' attivazione di opportune barriere e contromisure. A ben vedere se il nucleo della responsabilità para-penale delle persone giuridiche consiste proprio in una colpa di organizzazione, giocoforza la responsabilità deve escludersi non solo allorché l' ente si sia dotato di un modello di organizzazione idoneo a contenere il rischio di reato, ossia di un complesso di principi, regole, procedure e sistemi di controllo funzionali allo scopo di moralizzazione – dall' interno – dell' impresa, ma anche quando tale modello sia realmente efficiente, così da contemplare misure/controlli/interventi idonei a prevenire e impedire condotte di violazione e aggiramento delle regole da parte di coloro che hanno maggiore interesse a commettere reati nell' interesse e a vantaggio dell' ente».

¹⁹⁷ Nel senso che deve trattarsi di un «atto di "eccezionale scaltrezza", di aggiramento delle prescrizioni del Modello mediante particolari artifici e raggiri, di frustrazione delle regole mediante callido inganno» CIPOLLA, *L' elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 745.

¹⁹⁸ Così, CIPOLLA, *L' elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 742: se il sistema è stato reso in concreto inefficace «dalla abilità e dalla pervicacia del singolo nel perseguire l' intento

Dunque, secondo questa prospettiva e contrariamente a quanto sostenuto da altra dottrina, l'ipotesi formalizzata nella clausola esimente di cui all'articolo 6 del decreto non sarebbe affatto di difficile verifica, né sarebbe *diabolica* la *probatio* richiesta all'ente nel processo *de societate*. Se si escludono, infatti, i casi estremi di un'impresa che abbia solo apparentemente adottato un sistema di prevenzione del rischio reato, ma la cui *policy* caldeggi comportamenti scorretti e illeciti (ovvero quello di un'impresa che si riveli grossolanamente carente nell'adozione o nell'attuazione del sistema), e quello opposto (seppur questa sarebbe un'ipotesi di scuola, più che di pratica verifica) di un'impresa che abbia adottato un modello minuziosissimo e che lo abbia implementato in modo ineccepibile – casi questi in cui, rispettivamente, l'elusione c'è ma non può di certo definirsi fraudolenta¹⁹⁹ ovvero in cui per consumarsi l'elusione del modello sarebbe necessaria una scaltrezza fuori dal comune –, residuerebbe il caso forse più comune di un'impresa che, basandosi su un'analisi dell'*id quod plerumque accidit*, costruisca un modello adeguato e efficace, ma che, tuttavia, non riesce a neutralizzare completamente il rischio di verifica di tutti i reati-presupposto in astratto prevedibili²⁰⁰. Se ci si pone all'interno di quest'ultimo scenario, è proprio il sistema normativo, per come costruito, a riconoscere e ad ammettere delle “falle” nell'organizzazione preventiva predisposta dall'ente, impossibili da “parare” e, di conseguenza, dalle quali non può discendere una responsabilità a carico della persona giuridica, a meno di non voler ammettere un ritorno al *versari in re illicita*²⁰¹.

criminoso, [...] l'ente non può e non deve rispondere a meno di ammettere una *culpa* per fatto altrui: l'individuo ha posto in essere un *novum*, come tale sottratto alla ordinaria capacità dell'ente di previsione e impedimento (e, *ad impossibilia nemo tenetur*)».

¹⁹⁹ Questa ipotesi si avvicina allo scenario che ha in mente TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 80 ss., nell'elaborare la sua c.d. “terza via” interpretativa.

²⁰⁰ Anche «alla luce delle conoscenze al massimo disponibili, a causa dell'estesa dimensione dell'azienda, dell'ampio novero dei settori a rischio-reato, dei costi in concreto praticabili, del livello di tecnologia al momento a disposizione», come rileva CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 745.

²⁰¹ Per CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 745, si tratterebbe di un'applicazione del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, dal momento che «qui l'aggiramento (con astuzia di grado medio o superiore) dei modelli di organizzazione e controllo è un fatto in astratto prevedibile, ma in concreto non impedibile (a meno di pretendere un dispendio abnorme di risorse, un aggiornamento continuo della tecnologia ecc.)».

Sicché, si comprenderebbe come il senso, l'integrazione pratica e l'accertamento giudiziale dell'elemento dell'elusione fraudolenta mutino al mutare dello *standard* organizzativo richiesto all'ente: se si esige un livello di cautela molto elevato (in cui il modello sfiora l'ineccepibilità), la clausola esimente sarà di scarsa verifica, giungendo a ridursi a mero caso di scuola e la sua prova in giudizio a carico dell'ente sarà effettivamente diabolica; se, invece, si esige un livello di cautela meno rigoroso, ma comunque, ragionevole, considerati anche il livello di conoscenze scientifiche e tecnologiche, nonché i costi sopportati dall'ente, la clausola *ex art. 6* e il suo accertamento giudiziale tornerebbero a ritagliarsi giusti margini di operatività²⁰².

L'assimilazione tra elusione (fraudolenta) e semplice violazione frontale delle regole del modello compiuta dalla pronuncia in esame (che si conforma a quanto già statuito in primo grado), quindi, non andrebbe accolta, dal momento che il significato semantico dei due concetti è diverso e, soprattutto, dal momento che sostenere che per l'esonero dell'ente sarebbe sufficiente una semplice violazione del modello da parte dell'apicale farebbe venir meno la *ratio* dell'intera disciplina: non avrebbe senso imporre l'adozione dei *compliance program* all'interno dell'impresa se nel contempo si permettesse al vertice aziendale (ossia i soggetti che dovrebbero esprimere la *policy* della società e, dunque, in qualche modo i soggetti che rappresentano e agiscono in nome dell'ente) di violarli senza che per ciò ne derivino responsabilità e risvolti negativi per l'impresa. Pur se giustificata da una pretesa (e, come visto, errata) difficoltà di riscontrare sul piano fattuale l'integrazione e sul piano probatorio l'accertamento del criterio dell'elusione fraudolenta, l'impostazione della pronuncia sarebbe, in ogni caso, da scartare²⁰³.

²⁰² Si noti che richiedere l'implementazione di un sistema troppo dispendioso e, dunque, diseconomico per l'impresa si risolverebbe in una disincentivazione a adeguarsi alla disciplina normativa, finendo così per frustrare la *ratio* stessa della riforma, che mira proprio a spingere il tessuto imprenditoriale a compiere una scelta nella direzione della legalità. E si veda, nuovamente, CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 746: «Qualora, invece, si pretendesse un *Compliance program* inespugnabile, l'elusione fraudolenta rappresenterebbe realmente una pia illusione (ma anche un modello del genere costituirebbe una realtà iperurania). D'altra parte, un livello di esigibilità eccessivamente elevato, in quanto causa di appesantimento burocratico e di abnorme dispendio di risorse potrebbe avere – alla lunga – effetti indesiderati, in termini di efficienza produttiva dell'azienda (e quindi di disincentivazione delle iniziative necessarie per ridurre il rischio-reato), ma anche di controllo orwelliano dell'impresa».

²⁰³ Essendo, a parere di CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 748, una interpretazione *contra legem*.

Oltretutto, già si è detto di come, in realtà, i margini di operatività e di accertamento del criterio sarebbero tutt'altro che limitati, purché si acceda alla prospettiva di uno *standard* organizzativo richiesto all'ente che sia ragionevole, considerate tutte le variabili e le specificità del caso concreto²⁰⁴.

A porre fine alla vicenda oggetto delle pronunce appena esaminate è intervenuta da ultimo la Suprema Corte che, travolgendo gli esiti giudiziari a cui erano pervenuti i giudici di merito ha gettato le basi per la condanna della società ai sensi della “nuova”²⁰⁵ responsabilità amministrativa da reato degli enti²⁰⁶.

²⁰⁴ Cfr. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 748 ss., il quale rileva come, nel caso di specie, una procedura ragionevole e esigibile dall'ente e, conseguentemente, aggirabile dall'apicale solo attraverso una condotta effettivamente elusiva e fraudolenta sarebbe stata di prevedere «la creazione di una contabilità alternativa e la sottoposizione agli uffici di elaborazione dati di informazioni provenienti da siffatta fonte», se vi fosse, in questo caso, una corruzione degli impiegati addetti ai flussi informativi ci si troverebbe dinnanzi a «un comportamento artificioso idoneo ad aggirare la fondamentale regola del modello impositiva di una separazione tra l'ufficio elaborazione dati e il vertice manageriale, mediante la strumentalizzazione del primo al secondo, contro la volontà e perfino ad insaputa del primo». Conclude l'A. con un *focus* sulla *ratio* della clausola di esonero, ossia quella di «escludere la responsabilità in presenza di una condotta imprevedibile e inevitabile, come tale non riconducibile alla colpa dell'ente e quindi all'ente stesso. Soltanto una modulazione ragionevole del canone di prevedibilità e evitabilità, in adesione alla nozione di colpa elaborata per il diritto penale “degli umani”, può pervenire all'esito agognato: se infatti il modello di organizzazione codifica le contromisure alle modalità più frequenti di realizzazione del reato-presupposto elaborate dall'esperienza, l'elusione fraudolenta può ricondursi ad ogni condotta di aggiramento di quelle contromisure, ingannevole anche nei confronti dell'organo di vigilanza, tale da sfuggire alla ordinaria previsione e modalità “umana” di intervento».

²⁰⁵ Al momento della sentenza di legittimità sul caso, intervenuta a fine 2013, la disciplina non era più effettivamente una novità.

²⁰⁶ Invero, la Cassazione, nella sentenza Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677 (che può leggersi in *Dir. pen. cont.*, 03/03/2014, www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org, con nota di SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di cassazione*), non ha condannato l'ente, bensì ha annullato con rinvio ad altra sezione la sentenza della Corte d'Appello di Milano, accogliendo, però, il ricorso proposto dal Procuratore Generale e rigettando le tesi difensive proposte dalla Impregilo s.p.a. La tesi del ricorrente, fatta propria anche dai giudici di legittimità, rilevava un vizio logico-giuridico nella parte motiva della sentenza di secondo grado: la Corte d'Appello aveva, ad avviso della pubblica accusa, accolto la criticabile idea, senza per di più accompagnarla da un'adeguata motivazione, che le condotte dei vertici aziendali integrassero l'elemento della elusione fraudolenta, nonostante l'agire degli apici fosse consistito nella mera violazione della procedura formalizzata dal modello, senza il ricorso ad alcun artificio. Si legge nella sentenza Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 2 s., che, a parere del ricorrente: «nel caso in esame, certamente vi fu frode da parte del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, ma detta frode, diversamente da quanto sostenuto dalla corte d'appello, fu attuata unicamente in danno degli operatori dei mercati, ai quali furono comunicate false notizie, concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione dei valori delle azioni e delle obbligazioni. Nessuna frode, viceversa è stata posta in essere nei confronti dei cosiddetti “altri protagonisti della procedura” posto che [gli imputati], proprio secondo le previsioni del modello organizzativo della società, avevano la possibilità, al di fuori di ogni controllo, di comunicare verso l'esterno; ciò in quanto solo i due predetti avevano il controllo del testo definitivo che sarebbe stato diffuso per conto della S.p.A. Le

La Suprema Corte, una volta fugati i dubbi espressi dalla difesa dell'ente per cui l'interpretazione proposta dal ricorrente si sarebbe sostanziata in un surrettizio ritorno a un tipo di responsabilità oggettiva nei confronti dell'ente²⁰⁷,

bozze in precedenza preparate dalle strutture interne, dunque, ben potevano essere ignorate o manomesse, così come è accaduto, senza che [gli imputati] ponessero in essere alcun inganno, alcun raggirio, alcun artificio nei confronti dei loro sottoposti». Sicché, «il modello aziendale, dunque, mostra il suo limite proprio perché consente la redazione “solitaria” dei comunicati stampa, al di fuori di ogni controllo incrociato e di ogni possibilità di verifica (cosa che, ad esempio, sarebbe stata possibile se fosse stato previsto che detti comunicati fossero da elaborare in accordo o in contraddittorio con i responsabili degli uffici che li avevano originariamente confezionati)».

La difesa dell'ente sosteneva, nelle memorie difensive presentate alla Corte, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso presentato dal Procuratore Generale, in quanto questo si sarebbe fondato su un'istanza di rivalutazione dei fatti, pur se rubricata come vizio logico di motivazione; e poi, in subordine, la sua infondatezza, riaffermando, a proposito della fraudolenta elusione del modello da parte degli apicali, quanto già statuito nelle sentenze di merito, ossia il fatto che, se aggioaggio c'era stato (ma anche su questo punto la difesa affermava che, in realtà, il reato non era stato compiutamente provato in primo grado e che, pur avendo proposto la questione nelle memorie difensive in sede d'appello, il giudizio di secondo grado non l'aveva presa in considerazione, limitandosi il giudice, in quella fase, a esprimersi sul tema dirimente della clausola di esonero di cui all'art. 6 del decreto), i vertici avevano commesso il reato grazie a una fraudolenta elusione del modello che, distinguendosi per la tempestività dell'adozione, era conforme alle linee guida dell'associazione di categoria (approvate successivamente anche dal Ministero della Giustizia) e era da ritenersi, all'epoca dei fatti, idoneo e efficace a prevenire il rischio di commissione di quel reato-presupposto. Secondo la difesa dell'ente, infatti (Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 3 s.): «l'uso dell'avverbio “fraudolentemente”, contenuto nella norma in questione, sta evidentemente a indicare, non un complesso intreccio di artifici e raggiri in danno del modello organizzativo e gestionale, ma la violazione di doveri da parte degli organi societari e – dunque – un abuso di poteri. Quando l'organo apicale abusa dei suoi poteri, esso supera i confini tra il lecito e l'illecito, come quando, nel caso di specie, procede alla manipolazione dei dati che le strutture interne hanno correttamente fornito». Si sottolinea, inoltre, che «IMPREGILO S.p.A. adottò il modello organizzativo previsto dalla legge 231 del 2001 in tempi *record* rispetto alle altre aziende italiane. D'altra parte, era impensabile demandare il momento finale della diffusione delle notizie ad organi diversi da quelli posti al vertice dell'impresa. Come affermato, a suo tempo, dal GIP, tale scelta non può essere posta in discussione sul piano dell'efficacia in quanto adottata in base alle linee guida suggerite da Confindustria. Dunque – e a maggior ragione – si trattò di una soluzione necessitata; e ciò, ancor di più può dirsi, se, storicizzando, si fa riferimento al periodo “pionieristico” in cui si colloca la vicenda». Conclusivamente, a parere della difesa, elusione fraudolenta vuol dire una condotta che non deve necessariamente estrinsecarsi in artifici e raggiri, ma è sufficiente una qualsiasi condotta in violazione del modello organizzativo; contestualizzando storicamente la vicenda, mancando all'epoca dei fatti dei parametri a cui conformarsi nella gestione del rischio di aggioaggio, l'ente aveva fatto affidamento alle *leges artis* vigenti in materia di tecnica e conduzione aziendale, ossia agli schemi e alle *best practices* positivizzati nel codice di autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a. e alle linee guida di Confindustria, unici e autorevoli parametri di riferimento esistenti all'epoca; infine, si pone in evidenza che il giudice «non può sostituire un suo modello ideale di organizzazione a quello suggerito dalle più accreditate associazioni di categoria, secondo la scienza aziendalistica, come d'altronde, indicato dal terzo comma dell'articolo 6 del decreto legislativo predetto».

²⁰⁷ Invero, la prima questione affrontata preliminarmente dai giudici di legittimità è quella dell'ammissibilità del ricorso messa in dubbio dai difensori dell'ente. Si rileva, infatti, che il ricorso non propone una rivisitazione dei fatti, come sostenuto dalla difesa, bensì indica una ricostruzione della norma differente da quella proposta dai giudici di merito: l'errore ricostruttivo commesso da questi ultimi starebbe nel fatto di, una volta aver impostato correttamente la questione (dunque, essere partiti dalle giuste premesse), non averne tratto le logiche conclusioni.

basata sul paralogismo del *post hoc, ergo propter hoc*,²⁰⁸ affronta il tema dell'adeguatezza del modello organizzativo e del ruolo delle *best practices* elaborate da soggetti istituzionali nel settore economico-finanziario. Il giudice, infatti, rigettando la tesi della difesa secondo cui un sindacato sui “codici di comportamento” promossi dalle organizzazioni di categoria si sostanzierebbe in un'intrusione dell'organo giudiziario che così finirebbe per sostituire un proprio modello ideale a quello delle associazioni di categoria più autorevoli, sottolinea come la disciplina legislativa, lungi dall'attribuire un “crisma di incensurabilità” a questi schemi, stabilisce solamente che tali codici possono rappresentare il paradigma a cui ispirarsi, ma che, nondimeno, un modello che vuole essere idoneo e adeguato deve poi “calarsi” nella realtà dell'impresa²⁰⁹ e che proprio questo sarà, dunque, l'oggetto del sindacato compiuto in giudizio²¹⁰.

²⁰⁸ La responsabilità dell'ente, afferma il giudice in sentenza, non deriva da un mancato impedimento dell'evento secondo lo schema di cui all'art. 40 cpv. c.p. e neppure potrebbe essere attribuita per il semplice fatto che il reato, il cui rischio di verifica si voleva neutralizzare attraverso la proceduralizzazione delle attività a rischio effettuata all'interno del modello organizzativo, si sia effettivamente verificato. Più che ricercare un nuovo atteggiamento psicologico della colpa («una sorta di *culpa in ordinando* o *componendo*, sottospecie ipotetica – probabilmente – della già nota *culpa in vigilando*»), compito del giudice deve essere quello di giudicare l'adeguatezza del modello organizzativo predisposto dalla società (non si giudica, dunque, in questo caso, una condotta umana, bensì «il “frutto” di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale). Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adeguatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere», che essendo comunque l'esito di un'attività volontaria e consapevole della struttura aziendale che lo ha adottato, è giudizio che non attribuisce una responsabilità di tipo oggettivo, bensì si tratta di un giudizio strettamente normativo. Così, Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 6.

²⁰⁹ L'art. 6, co. 3, «stabilisce che i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente, non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici [...]. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati».

²¹⁰ Per compiere il quale il giudice ovviamente non potrà riferirsi a propri convincimenti o opinioni personali, bensì «alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. art. 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza». *Contra* MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 74, secondo cui, invero, «le valutazioni giudiziali in *subiecta materia* sono endemicamente corrose da una cospicua componente di soggettività, fonte di incertezze e disomogeneità applicative», e ciò in ragione del fatto che, da un lato, mancano, allo stato attuale, parametri di diligenza, prudenza o perizia sufficientemente determinati e riconoscibili e, dall'altro, che al soggetto chiamato a effettuare tale accertamento, ossia al giudice, mancano la cultura, la formazione e l'esperienza pratica per confrontarsi con tali organizzazioni complesse. Sul punto, ritiene SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 125, che i codici di comportamento

Sicché, nel verificare, appunto, l'adeguatezza del *compliance program*, sottolinea la Corte che, nel caso di un delitto come quello di agguataggio, che si realizza mediante una comunicazione, è proprio nel momento comunicativo dell'informazione al pubblico che si sarebbe plasticamente dovuta dimostrare e provare l'efficacia (o l'inefficacia) del modello organizzativo e dei controlli predisposti per vigilare sulla procedura in esso formalizzata. La sentenza di appello, pur ammettendo che per esonerare l'ente non è sufficiente la formalizzazione di una corretta procedura, ma si necessita anche un sistema di vigilanza da parte di un organismo dotato di autonomia e indipendenza, che abbia adeguati poteri di iniziativa e controllo, sembrerebbe accontentarsi della procedura standardizzata predisposta nel protocollo preventivo e, in particolare, del fatto che in essa concorrano diversi soggetti che possono, dunque, esercitare gli uni sugli altri un'attività di controllo. Tuttavia, a parere dei giudici di legittimità ci vuole di più, e precisamente il fatto che questi controlli non rimangano "sulla carta" ma che siano, invece, effettivi e, di conseguenza, che l'organo di controllo sia indipendente e autonomo rispetto ai soggetti controllati²¹¹.

delle associazioni di categoria, in quanto oggetto di espressa previsione normativa, e riallacciandosi alla teoria oggettiva dell'elusione fraudolenta come indice del fatto che il legislatore avrebbe inteso parametrare l'idoneità del modello in rapporto alla figura dell'agente modello, «non possono essere considerati del tutto irrilevanti, ma possono costituire la formalizzazione di buone pratiche di settore che il giudice può valutare nell'esaminare i profili di colpa dell'ente. L'esistenza di asimmetrie informative, ragione per cui il legislatore non ha tipizzato la colpa dell'ente, dovrebbe far dubitare che il giudice possa colmare quelle asimmetrie informative e valutare, senza alcun ausilio, l'idoneità dei modelli organizzativi. L'atteggiamento di chiusura della prassi, verso questa tipologia di fonti private, è dovuto all'assenza totale di indicazioni legislative e di controlli preventivi sull'attività normopoietica dei privati. Il *deficit* di tassatività genera incertezza giuridica per tutti i destinatari del precetto, giudice compreso». In relazione alla diffidenza verso fonti di autonormazione privata v. anche DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1137, a parere del quale «nessuna garanzia di esenzione di responsabilità può assistere l'ente collettivo, dal momento che residua un margine molto ampio di apprezzamento discrezionale da parte del giudice».

²¹¹ Si veda, ancora, Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 7, secondo cui, infatti, «perché iniziativa e, principalmente controllo, siano effettivi e non meramente "cartolari", si deve presupporre la non subordinazione del controllante al controllato». Inoltre, rileva la Corte, se i vertici non fossero neppure tenuti a comunicare, prima di diffondere la notizia al pubblico, la bozza finale e da loro manipolata all'organismo di controllo (nel giudizio di merito non si è accertato, infatti, se questo fosse uno dei passaggi della procedura formalizzata o se fosse solo un'ulteriore *step* a cui i vertici non erano obbligati), «evidentemente, il controllo previsto dall'art. 6 si ridurrebbe a un mero simulacro, in quanto esso si eserciterebbe sul comunicato *in fieri*, ma non sulla sua versione definitiva (quella destinata alla diffusione). Così stando le cose, se all'organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul "prodotto finito" (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale – per quel che si è detto – è l'agguataggio».

Il passaggio della pronuncia che qui più interessa, tuttavia, è quello della definizione che la Corte dà dell'elusione fraudolenta, che, per i giudici di legittimità, si rivelerebbe il parametro attraverso cui vagliare la validità o meno del *compliance program*, dal momento che, se un modello ambisce a ottenere il riconoscimento di idoneità, deve essere tale da dimostrarsi superabile solo grazie a una condotta fraudolenta da parte dell'apicale.

In primo luogo, e d'accordo con quanto sostenuto dal giudice d'appello, rileva la Cassazione che la condotta elusiva dell'apicale deve essere strumentalmente finalizzata alla violazione di una regola positivizzata nel modello organizzativo e, di conseguenza, che l'inganno perpetrato dall'autore del reato deve essere indirizzato nei confronti dei soggetti e delle funzioni dell'impresa coinvolti nella procedura oggetto di elusione²¹².

Sul punto, SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e di elusione fraudolenta del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 6, secondo cui la rigidità della prima statuizione della Corte, che sembrerebbe adombrare un controllo sull'attività dei massimi esponenti aziendali da parte di un'ulteriore struttura, forse anche esterna all'ente, viene mitigata e corretta dalla successiva, che ipotizzerebbe, invece, «una forma "attenuata" di controllo». L'A. conclude, poi, che «ad avviso della Corte l'efficacia del modello va misurata anche, e soprattutto, sull'ampiezza dei poteri conferiti all'organismo di vigilanza, il quale dev'essere posto nelle condizioni di impedire la commissione di attività illecite, o, quantomeno, deve poter lanciare un "segnale d'allarme" in presenza di condotte dei vertici sintomatiche di un reato». Cfr. anche BERNASCONI, "Razionalità" e "irrazionalità" della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1435 s., commento a Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677, Impregilo S.p.A., per il quale l'argomentazione che sembra trapelare dalle pronunce di merito secondo cui non sarebbe esigibile, da parte dell'ente, la predisposizione di un differente modello organizzativo, pur suggestiva, non coglierebbe nel segno, «confondendo l'obiettivo con lo strumento. La finalità ultima dei modelli di organizzazione e di gestione è prevenire la commissione di determinati illeciti; per fare ciò essi si avvalgono di procedure che, in certi casi, sfociano in un "blocco": si pensi, nei sistemi informatici anti-riciclaggio in uso presso banche e intermediari finanziari, alle *red flag* che impediscono il completamento dell'operazione al manifestarsi di un "inatteso". I protocolli "imbrigliano" gli apicali per precludere - o ridurre al minimo - le possibilità di commettere reati, non inibiscono certo le scelte decisionali lecite; per conseguire tale risultato, queste procedure stabiliscono "chi" decide "cosa"; sono il "nuovo" metodo tramite il quale le decisioni dei vertici - orientate alla legalità - rendono l'azienda più competitiva: minori rischi e accresciuta qualità dell'immagine all'esterno, migliore ripartizione dei ruoli all'interno. I protocolli organizzativi sono amici delle scelte, non loro avversari».

²¹² Da una parte, vi sarebbe l'inganno commesso dagli autori del reato nei confronti del mercato e di quanti vi operano, ma che nulla ha a che fare con l'elusione fraudolenta *ex art. 6, co.1, lett. c)* del decreto; dall'altra, l'inganno commesso in danno della struttura aziendale, la cui attività il modello organizzativo tende a preservare all'interno dell'alveo della legalità, e che – questo sì – sarebbe la modalità concreta in cui si sostanzia la componente fraudolenta della condotta elusiva degli apicali. Cfr. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e di elusione fraudolenta del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 4: «in altre parole, per valutare se di elusione fraudolenta si è trattato, va accertato che la condotta tenuta dai vertici sia stata diretta ad ingannare proprio gli altri soggetti che, secondo la procedura, concorrono con il vertice nella realizzazione delle attività "a rischio"».

Soprattutto, però, la Suprema Corte stabilisce che perché si configuri una vera e propria elusione fraudolenta non basta che la condotta degli apicali si sostanzi in una semplice violazione delle norme preventive positivizzate nel modello, ma che, sebbene non sia necessario che si estrinsechi negli artifici e nei raggiri necessari per l'integrazione del delitto di truffa (come rilevato altresì dalla difesa della società), deve comunque risultare in una «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola»²¹³. In sostanza, quindi, la condotta di abuso di potere tenuta dai due apicali dell'ente non può integrare, come invece vorrebbero le due sentenze di merito, il requisito dell'elusione fraudolenta, sicché si deve riconoscere che non v'è spazio, nel caso di specie, per esonerare l'ente ai sensi dell'articolo 6 del decreto²¹⁴.

Sono stati sottolineati, tuttavia, alcuni passaggi critici di questa sentenza. In particolare, si fa riferimento alle statuizioni dei giudici di legittimità sul ruolo delle *best practices* elaborate dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative, nonché sull'ampiezza dei poteri e dell'attività degli organismi di

²¹³ Così Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 7 s., che aggiunge: «La *fraus legi facta* di romanistica memoria, ad es., comportava la strumentalizzazione di un negozio formalmente lecito, allo scopo di eludere un divieto di legge. Si tratta, insomma, di una condotta di “aggiramento” di una norma imperativa, non di una semplice e “frontale” violazione della stessa». Sulla sentenza si vedano le riflessioni di AITA, *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del modello o mera clausola esimente?*, cit., 255 s.

²¹⁴ V. ancora Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit., 8, secondo cui «la sentenza impugnata sembra, viceversa, ravvisare la condotta fraudolenta [dei due apicali] nella semplice alterazione/sostituzione dei contenuti della bozza elaborata dagli organi interni di IMPREGILO. Se così stanno le cose, si deve giungere alla conclusione che ci si trova in presenza di un abuso (cioè dell'uso distorto di un potere), non di un inganno (vale a dire di una condotta fraudolenta)». Sul punto, si veda SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di agguattaggio ed “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 8, il quale apprezza la chiarezza della sentenza in ordine alla declinazione concreta dell'elemento della fraudolenta elusione del *compliance program*, soprattutto dal momento che questo è elemento imprescindibile perché l'ente possa provare in giudizio la sua innocenza, nonché alla luce dei pochi riferimenti giurisprudenziali sui requisiti di idoneità del modello a cui gli enti possano guardare fin dalla fase di progettazione dei protocolli preventivi. L'A. sottolinea, inoltre, come «la cristallizzazione di canoni probatori scongiura altresì il rischio di un progressivo “scivolamento” dell'imputazione ai sensi del d.lgs. n. 231/01 per i reati dei vertici verso autentiche forme di responsabilità oggettiva, richiamando l'interprete ad un'attenta valutazione dei profili di colpa dell'ente». Mostra di aderire alla tesi della Suprema Corte AITA, *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del modello o mera clausola esimente?*, cit., 264, secondo il quale oltre a un modello adeguato, ai fini dell'integrazione del requisito dell'elusione fraudolenta e, dunque, dell'esonero dell'ente, sarebbe altresì necessaria una contrapposizione tra apicale e funzioni di controllo. Da ciò discenderebbe che, nel caso di mancanza di una siffatta contrapposizione, l'ente non potrebbe appellarsi alla clausola *ex art. 6* per tentare di andare esente da responsabilità. Non sarebbe, però, vero il contrario, e cioè che, qualora tale contrapposizione venga riscontrata, la società andrebbe, senz'altro, esonerata: in questo caso, infatti, l'inadeguatezza del modello, e, dunque, il *deficit* dell'ente, potrebbero comunque essere rinvenuti altrove.

controllo anche in una procedura sensibile e riservata come è la stesura e la diffusione al pubblico di comunicati contenenti informazioni *price sensitive*.

Quanto alla prima questione, si può leggere nelle parole della Corte una «sostanziale bocciatura» di linee guida e codici di autodisciplina; e, se, da una parte, si riconosceva pacificamente la natura non vincolante di questi protocolli (neppure una volta approvati dal Ministero della Giustizia), d'altra parte, però, discutibile parrebbe questa presa di posizione del giudice di legittimità, in ragione del fatto che il legislatore stesso parrebbe aver optato per l'attribuzione a questi codici di un ruolo di modelli di riferimento sia per gli enti nella fase di progettazione del *compliance program*, sia per il giudice nel momento valutativo delle carenze dell'ente da cui deriverebbero i suoi profili di colpa²¹⁵.

²¹⁵ Cfr. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di agiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 9, che a proposito di questo sottolinea che «la liquidazione degli unici modelli a disposizione dell'ente nella difficile opera di costruzione di protocolli di gestione dei rischi-reato non può non suscitare perplessità, anche in considerazione dell'inevitabile smarrimento che determinerà in capo agli enti ed ai consulenti chiamati ad "ideare" nuove e più pervasive modalità di gestione e controllo del rischio-reato». Mostra, invece, di aderire alla tesi del giudice delle leggi sulla funzione «prevalentemente pedagogica» delle linee guida, in quanto non sufficientemente dettagliate per formalizzare in concreto le misure preventive del rischio di consumazione dei diversi reati-presupposto specifiche per ogni impresa, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 388 s. Per una compiuta disamina sul ruolo dei codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categoria si veda MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 79 ss., a parere del quale questi «costituiscono una forma di *autoregolamentazione privata rinforzata*, in quanto pur non arrivando alla imperatività dell'*hard law* (non sono vincolanti né per gli enti appartenenti alle associazioni che le abbiano licenziate né per il giudice), non sono neppure prive di qualsiasi rilievo giuridico. Esse superano, così, la portata puramente "volontaristica" dei tradizionali codici di *corporate governance* (si pensi al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana). Certo, la legge non ha specificato gli effetti del *placet* ministeriale (esplicito o tacito) o delle eventuali proposte emendative formulate dall'autorità governativa; quindi non ha neppure lusingato i vantaggi che l'ente può ottenere ispirandosi nella costruzione del proprio Modello Organizzativo alle indicazioni fornite dalle associazioni categoriali. Nondimeno, è implicito qualche beneficio almeno sul piano processuale-probatorio, nel senso che la conformità del Modello alle Linee Guida può essere ritenuta un "indizio qualificato" della diligenza organizzativa richiesta nella situazione concreta. Cioè, ogni valutazione giudiziale in contrasto con i criteri orientativi formulati dalle Linee Guida e "approvati" dal Ministero dovrà, quantomeno, essere adeguatamente supportata e motivata dal giudice, facendo riferimento alle specificità del caso concreto». L'A. sottolinea la correttezza, sul punto, dell'interpretazione proposta dai giudici di primo grado. Poco oltre (85 s.), l'Autore rileva come lo scenario sia, invece, molto diverso per quanto concerne il settore della salute e sicurezza dei lavoratori, dal momento che l'art. 30, co. 5 del d. lgs. 81 del 2008, stabilisce, pur con una formulazione non chiarissima, che, in fase di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale che si conformino alle Linee Guida UNI-INAIL o al *British Standard OHSAS 18001:2007*, godono di una presunzione (secondo parte della dottrina assoluta, mentre secondo altra parte della dottrina solamente relativa) di conformità ai requisiti prescritti dallo stesso art. 30 (ossia, quelli in merito alla salute e alla sicurezza dei lavoratori). Una innovazione davvero rivoluzionaria sul tema dell'adeguatezza dei modelli preventivi deriverebbe dall'approvazione del Progetto di riforma predisposto dall'Agenzia di Ricerche e Legislazione (AREL), il quale, all'art. 7-bis prevede il sistema della «attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione»: ciò che

Quanto, invece, all'organismo di controllo e ai suoi poteri, coglierebbe nel segno il giudice nel sostenere che l'indipendenza di questo organo deve rilevarsi anche nei confronti delle figure di vertice della società, che potrebbero, anch'esse, commettere alcuni dei reati-presupposto²¹⁶; tuttavia, da un lato, non parrebbe ipotizzabile un "controllore" totalmente al di fuori dell'organigramma aziendale e dal sistema gerarchico dell'ente e, dall'altro, sembrerebbe censurabile l'auspicio della Suprema Corte per un controllo totale e assoluto che vigili su tutti i settori di attività potenzialmente rischiosi²¹⁷.

risulterebbe in una vera e propria "rivoluzione copernicana" è il fatto che tale attestazione, la quale fonderebbe «una presunzione "quasi assoluta"» (in quanto superabile solo a condizioni molto stringenti, la cui prova graverebbe sull'accusa) del fatto che «l'ente, al momento del reato, stava operando in una sfera di rischio lecito grazie all'adeguata autodisciplina della propria attività», proverrebbe da parte di *controller* abilitati presso il Ministero della Giustizia, ma nondimeno da parte di soggetti privati. Sul punto, si veda ancora MONGILLO, *loc. ult. cit.*, 89 ss.

²¹⁶ Sul punto, per tutti, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 376 ss., nonché SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 10, secondo cui, effettivamente l'opzione per un organismo a composizione monocratica e funzionalmente sottoposto al presidente del consiglio di amministrazione (opzione scelta e attuata dalla Impregilo s.p.a.) rischierebbe di «minare la credibilità e l'effettiva autonomia dell'organo di controllo».

²¹⁷ Così, ancora, SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01*, cit., § 10: «Il proposito dei giudici di legittimità, pur in astratto condivisibile, dovrà comunque fare i conti con la realtà dell'impresa e con il principio della competenza generale degli amministratori per tutti gli atti di gestione compresi nell'oggetto sociale (giusto il combinato disposto dagli artt. 2634 co. 1 lett. c – 2384 c.c. [...]). La tensione verso il più elevato grado di controllo delle attività a rischio sconta infatti un limite intrinseco al "sistema aziendale", in cui le decisioni ultime non possono che essere poste in capo ai vertici dell'ente, sui quali grava – quale *pendant* di un così vasto potere – un'equivalente responsabilità verso i soci, sino al confine estremo rappresentato dalla proponibilità dell'azione sociale ai sensi dell'art. 2393 c.c. Né, d'altra parte, pare praticabile la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione nei termini di un più pervasivo potere dell'organismo di vigilanza nell'emissione di "segnali d'allarme", posto che risulta difficilmente ipotizzabile una modalità di reportistica differente rispetto a quella ordinariamente adottata dall'impresa, che comporta la convergenza delle segnalazioni, in ultimo, proprio a quei vertici che dovrebbero costituire oggetto del controllo». Una soluzione, a detta dell'A., potrebbe essere quella di prevedere un organismo di composizione collegiale e misto, ossia, in cui operino, oltre a «componenti interni – in grado di assicurare un elevato grado di conoscenza della realtà aziendale e di capacità di azione all'interno dell'impresa – anche membri esterni all'ente, dotati di un alto profilo di professionalità ed indipendenza». Sulla necessità di composizione collegiale dell'OdV si veda, in giurisprudenza già G.i.p. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003.

CAPITOLO III
L'INTRODUZIONE NEL SISTEMA DEI REATI COLPOSI E LA LORO
COMPATIBILITÀ
CON IL REQUISITO DELL'ELUSIONE FRAUDOLENTA

1. L'introduzione di fattispecie colpose e riflessi sul sistema della responsabilità da reato degli enti, in particolare sui requisiti di *interesse e vantaggio*

Come si è già avuto modo di sottolineare, molto discussa e criticata era stata la scelta del legislatore delegato, in fase di varo definitivo del decreto, di espungere dal novero dei reati-presupposto una parte importante di quelli, invece, previsti dalla legge delega e, soprattutto, di alcune categorie di reati per i quali l'esigenza di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche era maggiormente sentita¹.

¹ V. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 4 ss., il quale sottolinea come nelle stesure precedenti a quella definitiva, invero, molte fattispecie di reato, poi eliminate dalla versione finale, erano ancora presenti. Questa scelta del legislatore, a parere dell'Autore, era dovuta alle «forti pressioni esercitate in periodo pre-elettorale da alcune parti politiche e lobbies economiche», che, dunque, avevano portato «all'improvviso ridimensionamento della parte speciale del decreto» e alla soppressione, motivata da ragioni «tutt'altro che irresistibili – la contraddittorietà degli ordini del giorno tra Camera e Senato – della maggior parte dei reati ascrivibili alla politica di impresa e alla c.d. “criminalità economica”, tra cui, ad esempio, i delitti in materia di ambiente ed incolumità pubblica, che, invece, ne costituivano l'ossatura principale». Secondo l'A., inoltre, questa scelta legislativa avrebbe «generato una molteplicità di effetti negativi. Oltre a far sorgere più di un dubbio relativamente alla sua legittimità costituzionale rispetto al principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., *sub specie* riserva di legge, che vorrebbe attribuito al Parlamento il monopolio esclusivo nella selezione dei fatti penalmente rilevanti e delle relative sanzioni, escludendo *par contre* scelte politico-criminali (tanto additive, quanto riduttive rispetto a quelle del legislatore delegato) operate dalla sola maggioranza governativa senza un adeguato controllo democratico, ha prodotto come conseguenza più immediata e concreta un vistoso sbilanciamento e depotenziamento dell'intera riforma del 2001. Da tale opzione marcatamente compromissoria dell'Esecutivo sono scaturite diverse ricadute disfunzionali sull'impianto generale del d. lgs. 231/2001». Di talché l'A. iscrive la novella nel novero delle cc.dd. “leggi compromesso” e sottolinea come, da una parte, ciò ha causato, nell'immediato, una scarsa vitalità della riforma nelle aule di giustizia (dovuta all'esiguità dei reati-presupposto e «alla loro incidenza statistica decisamente marginale, soprattutto se rapportata ad altri illeciti penali di ben più frequente commissione nell'ambito delle attività di impresa e ancor più tipicamente ascrivibili alla c.d. criminalità da profitto»), facendo sorgere le critiche per la contrapposizione tra un “gigantismo soggettivo” (non si prevedeva, infatti, alcuna esclusione soggettiva per gli enti in base alle dimensioni) e uno sproporzionato “nanismo oggettivo”; dall'altra parte, e in una prospettiva a più lungo termine, «ha contribuito a plasmare la fisionomia della parte speciale secondo un modello “a formazione progressiva”, che ha consentito l'estensione delle sue dimensioni in maniera disorganica, episodica e casuale, secondo le contingenze politico-criminali del momento, piuttosto che all'esito di un preconstituito e coerente disegno riformistico di ampio respiro. Il numero eccessivamente ridotto delle fattispecie-presupposto che costituiva la parte speciale originaria e che si era rivelato sproporzionato per difetto rispetto all'ambiziosa e innovativa parte generale è stato,

Una lacuna particolarmente sentita perché riguardava fattispecie tipiche nel campo della criminalità d'impresa era quella del mancato inserimento nel catalogo delle fattispecie di omicidio colposo e di lesioni colpose commesse in violazione della normativa in materia di antinfortunistica; lacuna che il legislatore ha colmato solo nel 2007².

Stesso discorso vale per i reati ambientali, la cui mancanza tra i reati-presupposto si faticava a comprendere e a giustificare, essendo anche queste fattispecie criminose tipiche espressioni della criminalità d'impresa e della c.d. "criminalità da profitto"³.

infatti, successivamente integrato di continuo dal legislatore tutte le volte in cui ha proceduto a riforme settoriali di altri ambiti del diritto penale rispetto ai quali ha avvertito l'esigenza, più o meno fondata, quando non meramente simbolica-emergenziale, di provvedere anche alla introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche».

² L'introduzione dell'art. 25-*septies*, che estende la responsabilità dell'ente anche alle fattispecie previste agli artt. 589 e 590 c.p., è avvenuta per mezzo dell'art. 9, co. 1 della l. 3 agosto 2007, n. 123. Successivamente è intervenuto l'art. 300, co. 1 del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (TUSL) a sostituire l'articolo nella formulazione ora vigente. Sul punto, AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 6, secondo cui, l'introduzione dell'art. 25-*septies* ha dato inizio al graduale «allargamento della parte speciale anche ai reati di più tipica espressione della c.d. politica aziendale e delle sue logiche di profitto, colmando così [...] le lacune di tutela più evidenti». L'A. lamentava ancora la lacuna di tutela per i reati tributari, che sono stati inseriti, invece, nel catalogo delle fattispecie-presupposto solo da ultimo all'art. 25-*quingiesdecies*, grazie al d. lgs. 14 luglio 2020, n. 75. Per DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies*, cit., 317, l'introduzione di tali fattispecie nel catalogo dei reati-presupposto avrebbe fatto presagire il rischio di un aumento esponenziale dei procedimenti a carico degli enti, e, dunque, di ineffettività della disciplina, «derivante dall'impatto sull'affaticata macchina giudiziaria di una pletora di procedimenti»; rischio, invero, poi smentito dalla prassi. Secondo FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 2 s., una delle "virtù" di un simile intervento normativo sarebbe quella di aver fornito protezione anticipata contro le morti/lesioni bianche spostando il classico centro di imputazione dalla persona fisica a quella giuridica: nel paradigma precedente, a una imputazione formalmente e nominalisticamente conforme ai principi di personalità e colpevolezza di cui all'art. 27, Cost., si contrapponeva, in ragione dell'astrazione delle valutazioni in ordine all'evitabilità e alla prevedibilità dell'evento di danno, una realtà casistica che non riusciva a dare concreta protezione ai beni giuridici primari che si sarebbero voluti tutelare. Sull'intervento del legislatore del 2008 v. anche DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 631 s., il quale esprime dubbi sulla conformità costituzionale della nuova formulazione dell'art. 25-*septies* più per difetto che per eccesso di delega. Sul punto, anche CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, cit., 318.

³ Il legislatore era intervenuto sul tema nel 2011, introducendo, nella Parte speciale del decreto 231, l'art. 25-*undecies* con il d. lgs. n. 121 del 2011, operando una riforma «immediatamente rivelatasi insoddisfacente», come rilevato da AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 24 ss. A parere dell'Autore l'insufficienza della novella stava nel fatto che questa prendeva in considerazione solamente illeciti contravvenzionali *in subiecta materia*, il che aveva dato origine «a tentativi di forzature ermeneutiche della giurisprudenza per colmare tale lacuna come quelle oggetto della vicenda ILVA». Successivamente, si è provveduto con la l. n. 68 del 2015 a modificare l'art. 25-*undecies*, inserendovi alcune delle nuove fattispecie di cui al Titolo VI *bis* della Parte speciale del codice penale, «che, finalmente, facevano assurgere al rango di penalmente rilevante in maniera esplicita le forme di aggressione più gravi dell'ecosistema, quali, ad esempio, l'inquinamento e il disastro ambientale»; sicché l'art. 25-*undecies* «ha cambiato

profondamente volto, allargando significativamente il suo perimetro. Le originarie lettere *a*) e *b*) del primo comma [gli illeciti contravvenzionali per primi introdotti] sono state dislocate nelle lettere *f*) e *g*) mentre i nuovi e più gravi reati ambientali di recente conio sono stati collocati in apertura nelle lettere precedenti, peraltro con cornici edittali congruamente più elevate in ragione del loro più marcato disvalore lesivo». È stata così prevista la possibilità di ascrivere la responsabilità all'ente anche nel caso di delitti di inquinamento e di disastro ambientale (*ex artt. 452-bis e 452-quater c.p.*), anche colposi (*ex art. 452-quinquies c.p.*), di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (*ex art. 452-sexies c.p.*) e quelli commessi nell'ambito di associazioni per delinquere anche di tipo mafioso (*ex art. 452-octies c.p.*). Nonostante la riforma, tuttavia, l'A. ritiene ancora gli sforzi del legislatore non soddisfacenti «sul versante del catalogo dei reati-presupposto che continua a presentare vistose ed irrazionali lacune [...]. In particolare, [...] le perplessità emergono in ordine all'opinabile scelta (o censurabile distrazione?) del legislatore di non inserire nella "parte speciale" del d. lgs. 231/2001 anche la fattispecie di cui all'art. 452 *ter* Cp che disciplina il delitto di Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale, introducendo così una peculiare ed insolita deroga alla figura generale di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto descritta dall'art. 586 Cp. Se, invece, può anche essere tollerata la mancata inclusione nella parte speciale del d. lgs. 231/2001 di una figura criminosa dal disvalore sociale sensibilmente meno rilevante rispetto alle altre di nuova creazione, come quella del mancato impedimento del controllo dei luoghi da parte delle autorità di vigilanza di cui all'art. 452 *septies* Cp, risulta invece difficilmente comprensibile quella di un delitto così grave come quello descritto dall'art. 452 *ter* Cp. L'unica ipotesi plausibile per spiegare questa strana "omissione" è che il legislatore abbia reputato il nuovo delitto di morte o lesioni cagionati da un inquinamento ambientale piuttosto che una fattispecie incriminatrice autonoma, una mera figura circostanziale del delitto di cui all'art. 452 *bis* Cp già espressamente inserito nel catalogo dei reati-presupposto; partendo da tale presupposto – coerente con i criteri discretivi elaborati dalle Sezioni unite e, segnatamente, con il criterio della formulazione del precetto primario per rinvio – ha forse ritenuto applicabile il d. lgs. 231/2001 al reato in questione a prescindere da un rinvio testuale ed esplicito all'art. 452 *ter* Cp anche nell'art. 25 *undecies* del decreto. Non di meno, una simile soluzione ermeneutica non risulta pienamente convincente, soprattutto se si muove dal presupposto che la responsabilità da reato degli enti abbia una natura sostanzialmente penale. Essa, infatti, si fonderebbe su una violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., nella sua duplice articolazione della riserva di legge e del divieto di analogia, ammettendo un ampliamento del catalogo dei reati in via interpretativa tramite il contributo della giurisprudenza che potrebbe decidere di innestarvi anche una fattispecie non espressamente richiamata. In ogni caso, risulterebbe anche difficilmente conciliabile con le norme di disciplina interne al d. lgs. 231/2001 e con quelle generali in materia di illecito amministrativo, dal momento che sia l'art. 2 d. lgs. 231/2001 che l'art. 1 della l. 689/1981 enunciano il principio di legalità escludendo il ricorso ad applicazioni analogiche da parte del giudice. Tale contrasto con il principio di legalità sarebbe ulteriormente acuito se si accogliesse la diversa tesi prospettata da una parte della dottrina circa la natura giuridica dell'art. 452 *ter* Cp: secondo alcuni Autori, infatti, questa fattispecie non ha la fisionomia predetta della mera figura circostanziale, bensì incarna un titolo autonomo di reato. A sostegno di questa conclusione militerebbero solide ragioni di carattere sistematico, dal momento che le circostanze aggravanti di contestuale introduzione o sono state collocate topograficamente all'interno di apposite disposizioni espressamente denominate come tali (vedi in tal senso gli artt. 452 *octies* e *novies* Cp rubricati, rispettivamente, "Circostanze aggravanti" e "Aggravante ambientale"), oppure sono state inserite direttamente all'interno della stessa fattispecie base, come nel caso dell'art. 452 *bis* co. 2 Cp. Non essendo disciplinata la situazione in esame in alcuna delle due modalità appena descritte si desume *ex adverso* che il legislatore ha inteso costruirla come autonomo titolo di reato, probabilmente allo scopo di escludere il rischio che i consistenti aumenti di pena comminati per la morte causata dall'inquinamento ambientale possano essere elisi se attratti nel giudizio di bilanciamento con altre circostanze. Sempre sotto tale versante, altrettanto inspiegabilmente rimane fuori dal catalogo dei reati presupposto anche il nuovo delitto di omessa bonifica dei siti contaminati di cui all'art. 452 *terdecies* Cp, nonostante vi rientri la contravvenzione extra-codicistica di omessa bonifica contemplata dall'art. 257 del Testo Unico dell'ambiente. Quest'altra svista del legislatore ingenera esiti manifestamente irragionevoli, consentendo di ascrivere all'ente l'ipotesi contravvenzionale meno grave descritta nel testo unico dell'ambiente del 2006, non però quella più grave di natura delittuosa tracciata dall'art. 452 *terdecies* Cp. Appare davvero incomprensibile per quale ragione l'ente debba essere chiamato a rispondere solo se il fatto

Tuttavia, se, da una parte, l'introduzione della responsabilità degli enti anche in relazione ai reati summenzionati ha colmato alcune delle lacune più avvertite dalla dottrina, facendo sì che la "parte speciale" del decreto si riavvicinasse progressivamente alle prescrizioni contenute sul punto dalla legge delega; d'altra parte, però, tale estensione oggettiva dell'ambito di applicazione, riguardante le fattispecie-presupposto, ha comportato, altresì, problemi di razionalità interna del sistema (dal momento che alcuni dei principi contenuti nella "parte generale" sembrerebbero mal attagliarsi a queste nuove tipologie di reati che annoverano anche talune fattispecie colpose), problemi pratici e attuativi (in particolare, quanto ai modelli organizzativi e alle previsioni che questi devono contenere per risultare idonei e adeguati), nonché problemi di coordinamento esterno con altri settori dell'ordinamento (nello specifico, si fa riferimento ai problemi coordinativi derivanti da alcune disposizioni del TUSL).

Partendo dall'esame dei problemi emersi riguardo ai reati ambientali, di cui già si è sottolineata una certa illogicità nell'opzione selettiva operata dal legislatore del 2011 prima e del 2015 poi, si segnalano, altresì, per questi illeciti, anche alcune incongruenze in merito alle sanzioni previste e comminate per le diverse fattispecie, prevedendosi, per un verso, cornici edittali uguali per illeciti di diversa portata lesiva e, per altro verso, cornici edittali sproporzionate rispetto a quanto già previsto dal legislatore per fattispecie simili⁴.

integra la figura secondaria e residuale di cui all'art. 257 del d. lgs. 156/2006 e non anche quando configuri la nuova ipotesi delittuosa di cui all'art. 452 *terdecies* Cp. Peraltro, una simile disarmonia della disciplina potrebbe anche generare qualificazioni giuridiche strumentali dei fatti di omessa bonifica all'interno dei capi di imputazione, inducendo le Procure ad optare per la contestazione dell'ipotesi contravvenzionale quando abbiano intenzione di attingere anche l'ente coinvolto nel reato ambientale e di quella delittuosa quando l'ente sia già stato coinvolto nel processo tramite altre fattispecie incriminatrici».

⁴ Sull'insoddisfacente «dosimetria sanzionatoria» in *subiecta materia*, AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 27 ss. L'A. sottolinea come venga prevista la stessa sanzione (pecuniaria da duecento a cinquecento quote) per il reato di disastro colposo e per quello di inquinamento ambientale colposo di cui all'art. 452-*quinquies* c.p., il quale, tuttavia, rinviando ai rispettivi delitti base *ex artt.* 452-*bis* e 452-*quater* prevede sì, una identica riduzione, per le due ipotesi colpose compresa tra un terzo e due terzi della pena base, ma, essendo quest'ultima di differente entità nei due casi (e, specificamente sensibilmente più elevata nel caso di disastro doloso, rispetto a quanto non sia invece previsto per il caso di inquinamento doloso), riconosce comunque ai due illeciti una risposta sanzionatoria differenziata, cosa che, al contrario, non si rinviene alla lett. c) dell'art. 25-*undecies*. Sicché, per l'A., tale opzione sanzionatoria risulterebbe «stridente con i principi di ragionevolezza, uguaglianza, proporzione ed adeguatezza della risposta punitiva, poiché finisce con l'equiparare ed appiattare per i soli enti due fattispecie che, invece, per le persone fisiche presentano sostanziali differenze di disvalore sia nelle ipotesi dolose che in quelle colpose [...] Il rischio di questa soluzione normativa è quello di alimentare

Focalizzandoci, invece, sull'introduzione nel decreto di fattispecie colpose, in generale, e, in particolare, dei reati realizzati in violazione della normativa sulla sicurezza e la salute dei lavoratori, riservandoci di analizzare i problemi di coordinamento interno che queste fattispecie pongono con la "parte generale" nel prosieguo della trattazione, si rileva, innanzitutto, come si venga, altresì, a creare un problema di coordinamento esterno tra il decreto 231 e il TUSL, in particolare sul tema dei modelli organizzativi⁵.

dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sostanziandosi essa nella previsione per uno stesso fatto di risposte sanzionatorie diversamente calibrate per gli enti e per le persone fisiche». Inoltre, avendo introdotto il legislatore alla lett. d) dell'art. 25-*undecies* la responsabilità per le persone giuridiche in conseguenza della verifica, a loro interesse e vantaggio, della fattispecie aggravata di associazione (anche di stampo mafioso) di cui all'art. 452-*octies* finalizzata alla commissione di delitti ambientali, ne ha esplicitamente previsto la cornice edittale applicabile, prevedendo una sanzione minima di trecento quote e una massima di mille. Si voleva così implementare una «strategia politico-criminale più efficace nei confronti delle associazioni criminali qualificate per la commissione di reati ambientali»; tuttavia, si è dato luogo a «un'irragionevole e paradossale effetto opposto rispetto a quello auspicato di implementazione della tutela penale dell'ambiente rispetto alla criminalità organizzata soprattutto di tipo mafioso, dal momento che finisce con il comminare una cornice sanzionatoria più blanda di quella che altrimenti sarebbe stata oggi applicabile ai gruppi criminali associati, anche quelli appartenenti alle c.d. "ecomafie"», dal momento che gli artt. 416 e 416-*bis* erano già parte del catalogo delle fattispecie-presupposto all'art. 25-*ter*, il quale prevede per questi reati a carico degli enti una sanzione pecuniaria edittale minima più alta (si parte, infatti, da quattrocento quote, per arrivare fino a un massimo di mille), ma soprattutto le sanzioni interdittive *ex art. 9, co. 2* per una durata non inferiore a un anno. Cosicché, come rileva l'A., «nel caso di ogni altro reato associativo commesso nell'interesse o vantaggio di un ente collettivo, le sanzioni irrogabili saranno sensibilmente più severe [...]. Più che colmare, dunque, una lacuna esistente nel sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche, l'inserimento dell'art. 452-*octies* Cp sortisce l'esito opposto di introdurre un'illogica disciplina di favore per le associazioni finalizzate alla commissione di reati ambientali, rischiando, peraltro, di fornire le basi per una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., a causa del trattamento sanzionatorio più mite di cui finiscono per godere gli enti per i delitti associativi finalizzati alla realizzazione dei più gravi delitti ambientali del Titolo VI-bis della parte speciale del codice penale».

⁵ Il d. lgs. 81 del 2008 (c.d. TUSL) è intervenuto sull'art. 25-*septies* del decreto sulla responsabilità degli enti provvedendo a sanare i problemi di ordine sistematico che poneva la formulazione originaria di tale disposizione introdotta dalla l. n. 123 del 2007, che aveva ampliato il novero dei reati-presupposto inserendovi le due fattispecie di omicidio colposo e lesioni personali colpose di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Le due diverse figure delittuose, tuttavia, venivano equiparate irragionevolmente quanto al trattamento sanzionatorio, che, peraltro, era comminato attraverso una sanzione pecuniaria fissa di mille quote. A sanare questa aporia, che poneva, altresì, problemi di compatibilità della disposizione con i principi di ragionevolezza e di proporzione, è intervenuto, come detto, l'art. 300 del d. lgs. n. 81 del 2008, che ha disposto, in relazione all'omicidio colposo commesso in violazione delle norme antinfortunistiche, la sanzione pecuniaria di mille quote (che è rimasta, evidentemente, fissa), nonché le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, co. 2 per una durata minima di tre mesi fino a una durata massima di un anno; mentre, in relazione alle lesioni personali colpose commesse in violazione delle norme antinfortunistiche, la sanzione pecuniaria fino a duecentocinquanta quote, nonché le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, co. 2 per una durata massima di sei mesi.

Il legislatore del 2008, infatti, oltre a porre fine, come detto, a una situazione sanzionatoria poco ragionevole, ha inteso emanare delle disposizioni integrative valide esclusivamente per l'applicazione del "sistema 231" in materia di reati-presupposto colposi commessi in violazione delle regole a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (segnatamente dei delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose), in particolare riguardo ai *compliance program*, che sembrerebbero derogare o porsi in contrasto con le norme di "parte generale" del decreto del 2001.

In primo luogo, in relazione – giova ripeterlo – esclusivamente a questo tipo di reati-presupposto, l'adozione e l'implementazione di modelli organizzativi parrebbero essere disposte dal legislatore come obbligatorie, e non meramente in qualità di onere per le imprese al fine di discolarsi dal rimprovero per la verifica dell'illecito alla cui base stia un fatto colposo sussumibile nelle fattispecie di cui all'art. 25-septies⁶.

Per altro verso, la normativa antinfortunistica sembrerebbe disporre taluni requisiti contenutistici per i modelli organizzativi, con disciplina molto dettagliata. Questo, se, da un lato, consentirebbe di riempire di contenuto le previsioni fin troppo generiche contenute nel decreto 231, dall'altro, tuttavia, considerata l'eccentricità e di contenuti e di collocazione sistematica delle suddette prescrizioni, andrebbe a creare, per le fattispecie colpose nell'ambito della salute e della sicurezza sul lavoro, all'interno di un micro-sistema normativo che pretenderebbe di essere auto-sufficiente, un sotto-sistema ancor più specializzato e settorializzato, autonomo e distinto, *ratione materiae*, dal "sistema 231" generale⁷.

⁶ Si veda l'art. 30 del d. lgs. n. 81 del 2008, che, a differenza di quanto previsto dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231 del 2001, in cui il modello organizzativo viene menzionato al solo fine di escludere la responsabilità dell'ente nel caso di sua adeguata ed efficace adozione e implementazione (unite agli altri presupposti ivi prescritti rispettivamente per il caso di reato degli apicali e per quello di reato dei sottoposti), dispone che il *compliance program* «deve essere adottato ed efficacemente attuato». In questo caso, dunque, come sottolineato da AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 16, più che una facoltà dell'ente, l'adozione preventiva del modello sembrerebbe piuttosto un obbligo *ex lege*. L'A. rileva anche che, ad alimentare il dubbio sull'obbligatorietà voluta dal legislatore del TUSL in ordine all'implementazione dei modelli organizzativi da parte delle imprese, contribuisce anche l'art. 16 del d. lgs. n. 81 del 2008, che prevede «una presunzione legale di validità scriminante della delega di funzioni per il datore di lavoro che abbia adottato ed attuato efficacemente un Modello di organizzazione e gestione; in tal caso, l'obbligo giuridico di vigilanza di cui è gravato in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite si intende, infatti, assolto presuntivamente». Sul punto v. anche BERNASCONI, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, cit., 116.

⁷ Così AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 17 s., che vede in questo modo il «profilarsi anche in questo campo di una tendenza già affiorata

Il rischio, dunque, è che, pur con il commendevole intento di rendere più specifica e chiara la disciplina dei modelli organizzativi di cui agli articoli 6 e 7 del decreto, riempiendo di contenuto le scarse indicazioni ivi contenute⁸, si crei nelle imprese e negli interpreti una confusione ancora maggiore in ordine all'eventuale estensione di tali regole a settori diversi dalla tutela della sicurezza sul lavoro⁹. Si

nell'ambito della legislazione penale tradizionale, quella alla creazione di sottosistemi differenziati di tutela. [...] Questa opzione legislativa non risulta, però, pienamente convincente, poiché pare perdere di vista la funzione del Modello di strumento generale di natura preventiva rispetto alla commissione di tutti i reati-presupposto dell'ente, diversamente componibile a "geometria variabile" per ciascuna differente sottotipologia di fattispecie incriminatrici, non solo per una. [...] Un simile *modus operandi*, per quanto risulti in grado di agevolare la realizzazione di importanti innovazioni in comparti circoscritti della legislazione penale e del d. lgs. 231/2001, appare metodologicamente non inappuntabile per due diversi ordini di ragioni: in primo luogo, risulta espressione di una politica legislativa frammentaria, di carattere derogatorio ed eccezionale che – come si è visto – determina una perdita di "centralità" della parte generale del d. lgs. 231/2001 nella definizione delle (ad oggi esigue e vaghe) regole da seguire *in subjecta materia*; in secondo luogo, conduce all'introduzione di disequaglianze di trattamento foriere di situazioni non facilmente compatibili con il principio di uguaglianza-ragionevolezza previsto dall'art. 3 Cost., mancando solidi elementi capaci di legittimare le decisioni derogatorie». Cfr., altresì, l'art. 30 del d. lgs. n. 81 del 2008, il quale dispone, quali caratteristiche che il modello organizzativo *deve* prevedere, secondo il disposto del co. 1, l'adempimento degli obblighi giuridici relativi: al rispetto degli *standard* tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; alle attività di sorveglianza sanitaria; alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate. Nonché (co. 2) un sistema di registrazione dell'avvenuto espletamento delle attività ora richiamate; un organigramma aziendale strutturato in maniera tale da assicurare le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, e un sistema disciplinare idoneo (co. 3); idonei e efficaci sistemi e procedure di *follow-up* sul modello stesso da implementare, in particolar modo, qualora siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico (co.4). L'art. prevede, inoltre, al primo comma che un siffatto modello sarebbe idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa degli enti, introducendo, quindi, una nuova ipotesi di presunzione relativa di idoneità del modello estranea alla disciplina prevista nel d. lgs. 231 del 2001. In proposito, ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza*, cit., 514 ss., sostiene che tali prescrizioni costituiscano un'aggiunta più che innovativa, pleonastica. Cfr., altresì, FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 14. Per l'A., «si imprime un arricchimento specificativo del modello e delle previsioni da redigervi e da rendere operative con riguardo all'area di rischio speciale evocata dai delitti presupposto nell'orbita dell'art. 25 *septies*, pur salvo l'accertamento della idoneità ed effettività in concreto. [...] Lo schema che ne risulta vale quindi a collocare, senza se e senza ma, la posizione dell'ente colpevole sul terreno pre-cauzionale della condotta inosservante, che tale si definisce per l'omessa attuazione e messa in opera delle prescrizioni di visualizzazione, monitoraggio e gestione dei pericoli, tra cui quelli per la sicurezza e la salute».

⁸ V. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legisl. pen.*, 11.01.2016, 17.

⁹ Cfr. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 18, il quale avrebbe piuttosto auspicato un intervento di ampia portata per la specificazione nel

andrebbe, così, a intaccare la preminenza della disciplina introdotta nel 2001, minandone altresì il ruolo di micro-sistema a sé stante, parcellizzando la normativa di riferimento e introducendo, peraltro mediante interventi eccezionali, settorializzati e derogatori rispetto alla normativa generale, irragionevoli differenze di trattamento.

Infine, e riservandoci di esaminare il problema della compatibilità delle fattispecie colpose con il requisito dell'elusione fraudolenta nel caso di reato degli apicali nel prosieguo della trattazione, viene ora in rilievo la difficoltà di coordinamento "interno" tra reati colposi di evento e i requisiti oggettivi di collegamento della condotta della persona fisica alla responsabilità dell'ente, in specie i criteri di interesse e vantaggio¹⁰.

A tal proposito, ci si potrebbe chiedere, e ci si è chiesti, come sia possibile ritenere che l'ente possa avere interesse o possa aver tratto vantaggio dall'evento morte o dall'evento delle lesioni personali derivanti dalla condotta colposa di violazione delle norme antinfortunistiche¹¹. Per risolvere i problemi derivanti da quella che sembrerebbe una impossibilità logica, la dottrina ha proposto diverse soluzioni interpretative. Secondo taluni, la chiave starebbe nell'intendere, in questo caso, il criterio dell'interesse come rilevante solo in riferimento all'elemento della condotta, e non, invece, in riferimento al fatto tipico nel suo complesso, comprensivo altresì dell'evento lesivo¹². Critici nei confronti di tale impostazione, però, altri Autori, i quali sottolineano come questa si risolverebbe, in ultima analisi,

dettaglio dei requisiti procedurali generali dei modelli organizzativi (e quindi degli oneri la cui inosservanza darebbe luogo a responsabilità dell'ente) da inserire nell'ambito dell'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001 e involgente tutte le figure di reati-presupposto di cui alla "parte speciale", in relazione alle quali, poi, svolgere una diversificazione più approfondita in ragione dei diversi settori di rischio.

¹⁰ Cfr. DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 97 ss.

¹¹ Tra quanti sostengono l'incompatibilità v. ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, cit., 571; AMARELLI, *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche"*, cit., 418 ss. Per VITARELLI, *Infotuni sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 704, il criterio imputativo sarebbe compatibile con i reati colposi di pura condotta, non, invece, con le fattispecie colpose di evento; ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, cit., 342, sostiene: «l'immaginare che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini». Il tema è stato, altresì, affrontato da SELVAGGI, *Infotuni sul lavoro e interesse dell'ente*, cit., 509 ss.; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 72 ss.

¹² Così, ancor prima dell'introduzione delle fattispecie colpose nel catalogo della "parte speciale", PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 426.

in un ragionamento analogico *in malam partem* e *contra reo*, sicché si ritiene necessario in materia un intervento del legislatore di adattamento del criterio *de quo* con le nuove fattispecie di reato-presupposto¹³. Altra dottrina sostiene, invece, che i requisiti debbano essere riferiti generalmente alla funzione svolta dalla persona fisica all'interno della compagine aziendale e come formalizzata nell'organigramma, piuttosto che specificamente alla azione o omissione colposa¹⁴, ovvero che debbano essere riferiti al reato completo di tutti i suoi elementi tipici qualora la norma violata sia indirizzata specificamente alla persona fisica, in base alle attribuzioni relative al proprio ruolo nell'impresa (o comunque qualora la condotta illecita non sia da imputare alla persona fisica a titolo personale)¹⁵. Un'ultima impostazione dottrinale, con l'intento di riuscire a intercettare anche le ipotesi in cui non si riesca a rinvenire un risparmio di costi ovvero di tempi per l'ente, in cui far rifluire l'interesse e il vantaggio di questo, si focalizza sistematicamente sul nesso eziologico tra l'evento lesivo e la colpa organizzativa: in tal modo, qualora si riscontri un *deficit* a livello sistemico nella *societas*, risulterà una colpa organizzativa dell'ente, stante la relazione causale che lega la carenza organizzativa (su cui si appunta l'interesse) e l'evento finale dannoso; qualora, invece, la carenza emerga in una determinata funzione operativa, ossia la violazione si perfezioni nel momento di implementazione delle cautele di dettaglio proceduralizzate dall'ente, la colpevolezza di quest'ultimo sarà da escludere in ragione della mancanza del nesso eziologico¹⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'interpretazione dei due criteri, la dottrina ripropone le stesse difformi posizioni già esaminate in generale e per i reati dolosi. Vi è, dunque, una tendenziale preferenza per l'opzione che dà rilevanza

¹³ Si vedano DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro*, cit., 97 ss.; ID., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies*, cit., 334; CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, cit., 326 ss.; VITARELLI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità degli enti*, cit., 707; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 386.

¹⁴ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 280.

¹⁵ Critico rispetto a tale posizione DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 388, secondo cui, per tale via interpretativa sarebbe surrettiziamente modificato lo stesso criterio oggettivo ascrittivo di responsabilità in capo all'ente.

¹⁶ Osserva a tal proposito DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 388, che anche in questo caso si tratterebbe però di una criticabile ridefinizione del parametro di cui all'art. 5, il quale, peraltro, in fase di accertamento, dovrebbe precedere, e non seguire, la valutazione in ordine alla colpa organizzativa secondo lo schema *ex art. 6* ovvero *ex art. 7*.

esclusivamente al criterio dell'interesse, peraltro da intendersi nell'accezione oggettiva di proiezione finalistica della condotta, che sarebbe l'unica compatibile con la fattispecie colposa: non si vede come il soggetto agente, inconsapevole di commettere una violazione della regola cautelare del modello organizzativo, potrebbe essere sorretto, nella sua azione illecita, da una qualsivoglia finalità soggettiva (che dovrebbe integrare l'interesse in chiave soggettivistica ex articolo 5)¹⁷. Inoltre, a riprova della bontà di tale filone ermeneutico starebbero, da un lato, lo stesso articolo 5, che prevede l'esclusione della responsabilità dell'ente nel caso in cui la persona fisica abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, negando, in questo caso, qualsiasi rilevanza operativa al criterio del vantaggio¹⁸; dall'altro, ragionando sistematicamente, il principio di personalità in materia penale, che non ammetterebbe la punizione dell'ente per il solo fatto (che potrebbe essere anche fortuito) che l'agire illecito della persona fisica, non animato dalla finalità soggettiva di favorire la società, abbia comportato un vantaggio per quest'ultima¹⁹. Parte della dottrina, sulla scia di quanto sostenuto nella *Relazione al decreto*²⁰, ritiene, invece, che entrambi i criteri abbiano una propria rilevanza operativa, sicché l'interesse andrebbe inteso secondo un'accezione soggettivistica e andrebbe ricercato, nel caso concreto, da un angolo prospettico *ex ante*, mentre il vantaggio sarebbe da intendersi in senso oggettivo e sarebbe da ricercare nella

¹⁷ Così, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 425; MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., 1114; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 205; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 159. Manca, tuttavia, una definizione univoca del criterio dell'interesse, del quale, oltre a un'interpretazione strettamente oggettiva, vi è anche chi sottolinea il duplice aspetto oggettivo e soggettivo (si veda AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, cit., 197; FIORELLA, *loc. op. ult. cit.*, 5102; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., 168; PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, cit., 111). Alcuni Aa. hanno fatto riferimento agli elementi, tipici del tentativo, della idoneità e non equivocità: v. ancora FIORELLA, *loc. op. ult. cit.*, 5102, che richiama la «univoca direzione oggettiva» e SELVAGGI, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, cit., 527 ss., che si richiama alla concreta «realizzabilità dell'interesse collettivo». Si veda anche DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 377, il quale, tuttavia, sottolinea che anche in questo caso vi sarebbero delle criticità operative, in particolare quando tali concetti vengano utilizzati in casi concreti in cui è arduo rilevare la proiezione finalistica della condotta del soggetto agente.

¹⁸ Cfr., FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 159; nonché, in giurisprudenza, Cass., pen., sez. VI, sent. 23 giugno 2006 (2 ottobre 2006), n. 32627, La Fiorita s.c.a.r.l., cit.

¹⁹ Si veda FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5103; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., 82 ss.

²⁰ Sul punto, la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231 del 2001*, § 3.2, 487.

fattispecie concreta con accertamento *ex post*²¹. In posizione intermedia vi è poi altra parte della dottrina che concepisce il criterio del vantaggio in funzione meramente processuale, ossia come presunzione relativa della integrazione dell'altro criterio, quello dell'interesse dell'ente, invertendo l'*onus probandi*, e, dunque, facendo ricadere sulla società il compito di fornire la prova negativa ossia di provare che la condotta dell'agente sia stata tenuta esclusivamente nell'interesse suo personale o nell'interesse di un terzo²². Tuttavia, e proprio con riguardo alle fattispecie colpose, altra dottrina, partendo dal presupposto che il criterio dell'interesse, interpretato in chiave soggettiva, non sarebbe compatibile con l'elemento psicologico della colpa, salvo il caso della colpa con previsione²³, ritiene di doversi qui dare rilevanza operativa esclusivamente al requisito del vantaggio²⁴.

Anche in giurisprudenza²⁵, se, da un lato, si assiste alla constatazione compatta e unanime della compatibilità della “parte generale” del decreto e, in particolare, dei requisiti dell'interesse e del vantaggio dell'ente nel reato con la struttura delle nuove fattispecie colpose²⁶, dall'altro, tuttavia, le opinioni giurisprudenziali sono molto variegata e frammentata per quanto attiene alla

²¹ Di questo avviso, ASTROLOGO, “Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione, cit., 656 ss. V. anche FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 7; nonché, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005 (30 gennaio 2006) n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., cit.; Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2009 (27 marzo 2009), n. 13678, Zaccaria, in *C.E.D. Cass.*, n. 244253.

²² V. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 378; in giurisprudenza, Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010.

²³ Sul punto, SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, cit., 169 ss., per il quale la colpa cosciente nella responsabilità degli enti si configurerebbe in quei casi in cui, pur non volendosi la verifica del danno, «la violazione della normativa cautelare sia avvenuta intenzionalmente da parte del soggetto agente», sicché la prima condotta cosciente di violazione della regola di condotta ben può essere tenuta nell'interesse della società. Al contrario, nei casi di colpa incosciente, ossia in quei casi caratterizzati dall'«atteggiamento soggettivo in cui versa il singolo che ignora di violare» i protocolli predisposti dall'ente, non si può che avere riguardo esclusivamente al requisito oggettivo del vantaggio.

²⁴ Cfr. SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, cit., 169 ss.; ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza*, cit., 504 ss.; SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento*, cit., 1120 ss.; AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 15.

²⁵ Per un'attenta analisi giurisprudenziale si veda anche RIVERDITI, “Interesse o vantaggio” dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro, cit., 397 ss.

²⁶ Nel senso che, d'accordo con quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, i due criteri sarebbero da riferirsi non alla fattispecie colposa nella sua interezza, dunque, compresa anche dell'evento lesivo, bensì più semplicemente alla condotta (colposa) di violazione della cautela procedurale che ha dato causa all'evento di danno (della morte o delle lesioni personali).

specificazione dei modi di atteggiarsi di tale compatibilità e dei due elementi richiamati.

Infatti, a sentenze che propendono per l'operatività di entrambi i criteri, l'interesse nella sua accezione obbiettiva e il vantaggio inteso come *bonus* di cui gode l'ente in ragione della condotta colposa tenuta dalla persona fisica²⁷, si contrappongono pronunce che ritengono, pur accordando rilevanza a entrambi i requisiti, di dover porre l'attenzione, in particolar modo sul vantaggio, nel senso che questo sarebbe il criterio più idoneo a collegare la responsabilità dell'ente alla condotta colposa del soggetto agente²⁸, e altre che tendono a attribuire rilevanza al

²⁷ Così Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri, cit., dove può leggersi: «Quindi il requisito dell'interesse o del vantaggio è pienamente compatibile con la struttura dell'illecito introdotta dall'art. 9 della legge n. 123, perpetuata nell'applicazione dell'art. 300 del d.lgs. 81/08, dovendosi di volta in volta accertare solo se la condotta che ha determinato l'evento della morte o delle lesioni personali sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente oppure se la condotta medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri. In tal senso va letta la disposizione dell'art. 5, nella parte in cui richiede che i reati siano "commessi" nell'interesse o a vantaggio dell'ente». La pronuncia, come rileva GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 4, giunge nel caso di specie a ravvisare la responsabilità della società esclusivamente in base al criterio ascrittivo "assorbente" ex art. 5, dal momento che, non avendo la *societas* provveduto a dotarsi di un modello organizzativo, tale mancanza, a parere dei giudici «rende talmente *evidente* la colpevolezza dell'ente, da non richiedere alcun approfondimento in motivazione».

²⁸ Si veda Trib. Novara, 1 ottobre 2010 (26 ottobre 2010), G.u.p. Pezone, cit., 403 ss. Premesso che «non c'è dubbio che solo la violazione delle regole cautelari poste a tutela della salute del lavoratore può essere commessa nell'interesse o vantaggio dell'ente, e cioè allo scopo di ottenere un risparmio dei costi di gestione, mentre l'evento lesivo (in sé considerato, semmai controproducente per l'ente) deve essere ascritto all'ente per il fatto stesso di derivare dalla violazione di regole cautelari», si ritiene necessario, da parte del giudice, l'accertamento «che la condotta colposa sia stata determinata da scelte afferenti alla sfera di interesse dell'ente o ispirata a strategie finalizzate ad ottenere benefici o vantaggi, anche solo mediati», essendo indubbio che, nel caso di fattispecie colpose «il vantaggio costituisca il criterio naturalmente più idoneo a fungere da indice di collegamento tra ente e illecito». Sulla stessa linea interpretativa si pone anche Trib. Monza, sent. 3 settembre 2012, GES.CO.MONT s.r.l., in www.olympus.uniurb.it, secondo la quale, il requisito del vantaggio «può essere agevolmente ravvisato nella condotta di un soggetto che, agendo per conto dell'ente, violi sistematicamente le norme prevenzionistiche, così realizzando una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo una riduzione dei costi e un contenimento della spesa con massimizzazione del profitto»; nel caso di specie, il vantaggio è stato ricollegato alla «specifica politica aziendale, volta alla massimizzazione del profitto con un contenimento dei costi in materia di sicurezza, a scapito della tutela della vita e della salute dei lavoratori». Anche in questo caso, non avendo l'ente implementato un modello organizzativo né provato (o quantomeno allegato) fatti da cui desumere la clausola di esonero ex art. 6 del decreto, i giudici hanno ravvisato, *sic et simpliciter*, «tutti i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva per affermare la responsabilità» della società. Altra pronuncia che può essere assimilata per la preminente rilevanza che attribuisce al criterio del vantaggio è Trib. Torino, II Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, cit., ossia la sentenza di primo grado del caso ThyssenKrupp, in cui si statuisce che «le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio, le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata, sotto il profilo del considerevole risparmio economico che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino, oltre che dell'utile

solo requisito dell'interesse, inteso, alcune volte in chiave oggettiva²⁹, altre volte, invece, in chiave soggettiva³⁰.

contemporaneamente ritratto dalla continuità della produzione». Sul punto, osserva GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 5: «Anche in questo caso, l'attenzione si polarizza sul *vantaggio* rappresentato dal risparmio di spesa: le responsabilità organizzative della persona giuridica sono ritenute così palesi e macroscopiche da non richiedere alcuna dimostrazione. In punto di responsabilità, la particolare gravità dell'evento esime dalla ricerca di "improbabili" spazi di irresponsabilità».

²⁹ V. Trib. Pinerolo, sent. 23 settembre 2010, giud. Reynaud, in www.archiviopdc.dirittopenaleuomo.org, in cui si perviene a condannare l'ente avendo constatato che «non ricorre certo l'esimente di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 231/2001, essendo evidente che la condotta attuativa od omissiva [dell'imputato] non fu certo tenuta nell'interesse (che, ai fini *de quibus*, la legge vuole esclusivo) proprio o di terzi: si trattò, com'è evidente, di un classico reato colposo commesso da un datore di lavoro che è apparso indifferente (o, comunque, non sufficientemente attento) alla tutela delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti. Non ricorrono, per altro verso, le condizioni di esonero da responsabilità previste dall'art. 6 d.lgs. 231/2001; anzi, nel caso di specie, [...] un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati come quello oggetto di processo non fu adottato nemmeno dopo l'infortunio». Sulla sentenza si veda GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 4: «Istanze di semplificazione probatoria e di economia motivazionale, giustificate dall'*evidenza* delle lacune prevenzionali e organizzative, inducono il giudicante a fondare l'affermazione di responsabilità sul mero difetto di un interesse soggettivo conforme a quello di cui all'art. 5 co. 2 d.lgs. 231/2001. Un nesso imputativo, di carattere negativo, che rende superflue ulteriori verifiche circa gli eventuali vantaggi di natura economico-produttiva sottesi o conseguenti alla condotta colposa individuale: in buona sostanza, l'interesse sarebbe ravvisabile *in re ipsa* nel medesimo ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta che ha cagionato l'evento tipico». Si inserisce in questo filone giurisprudenziale anche Trib. Camerino, sent. 9 aprile 2013, giud. Potetti, in www.dejure.it, in cui esplicitamente si sostiene che il criterio dell'interesse sarebbe «l'unico che consenta di ascrivere all'ente la responsabilità da reato». Il giudice, nel caso *de quo*, perviene all'assoluzione della persona giuridica partendo da una particolareggiata analisi delle differenti concezioni del criterio dell'interesse (concezione oggettiva *vs* concezione psicologica o subbiettiva) svolta non con specifico riferimento alle fattispecie colpose, ma in generale sulla nozione del requisito come emergerebbe dall'art. 5 del decreto. Così, osserva il giudice che la tesi psicologica concepisce l'interesse come «un elemento interno (mentale) del soggetto che agisce per conto dell'ente. Esso, cioè, consisterebbe nella finalità della condotta (movente psicologico della condotta criminosa, secondo la nozione penalistica)»; mentre, per la tesi opposta, «anche l'interesse (come il vantaggio) avrebbe natura oggettiva, nel senso che l'interesse consisterebbe nella funzione oggettiva della condotta del reo, la quale oggettivamente realizza un interesse dell'ente». Secondo questa pronuncia, l'ultima impostazione sarebbe quella corretta, anche a ragionare sistematicamente in considerazione dell'art. 8 del decreto, sull'autonomia della responsabilità dell'ente, dal momento che «prevedere, infatti la responsabilità dell'ente anche quando l'autore del reato non è stato identificato significa fare a meno dell'indagine sul movente psicologico dell'agente (indagine che, ovviamente, presuppone una persona determinata)». Sicché, se «occorre dimostrare che la condotta complessivamente colposa [...] corrispondeva oggettivamente (e quindi fu posta in essere per) a un interesse dell'ente», il giudice rileva che, nel caso *de quo*, le condotte colpose dell'imputato, non essendo tali da arrecare all'ente un beneficio in termini di profitto o di risparmio sui tempi con velocizzazione delle procedure, non potevano integrare un «interesse dell'ente (soprattutto sotto il profilo economico) a porre in essere le condotte in questione».

³⁰ Sul versante opposto rispetto alle pronunce appena richiamate, si pone Trib. Cagliari, sent. 4 luglio 2011 (dep. 13 luglio 2011), G.u.p. Altieri, Saras s.p.a., in www.archiviopdc.dirittopenaleuomo.org, nonché in *Corr. mer.*, 2012, 169 ss., con nota di GENTILE, *Incidente sul lavoro e interesse dell'ente*, per cui l'unico criterio ascrittivo rilevante sarebbe, appunto, quello dell'interesse, da accertare *ex ante* e inteso nella sua accezione soggettiva, ossia come proiezione finalistica della persona fisica che con la propria condotta voglia realizzare per l'ente un risparmio di spesa o un profitto, e a prescindere dal riscontro della realizzazione di questi benefici per l'ente. Infatti, si ritiene che una

«deliberazione finalisticamente orientata ad un risparmio di costi in favore dell'ente» sia «compatibile con la struttura del delitto colposo, perché non implica necessariamente la volizione dell'evento, neppure nella forma del dolo eventuale». Tuttavia, come rileva MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 101, una tale impostazione si presta a consegnare a una zona di irresponsabilità tutti quei casi in cui si verifica un evento dannoso nei confronti di una persona fisica derivante da una non corretta valutazione del rischio ovvero dalla inadeguatezza dei protocolli di sicurezza e dei meccanismi di controllo. Si legge nella sentenza, infatti: «perché la condotta colposa possa essere nell'interesse della persona giuridica si deve trattare anzitutto di un'azione o omissione consapevole e volontaria; ciò che esclude, ad esempio, tutte le ipotesi di imperizia, ma può – a seconda del caso concreto – comprendere diverse ipotesi di negligenza, di imprudenza e anche di colpa specifica. In secondo luogo, la volontarietà della condotta non deve derivare da una semplice sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma deve – oggettivamente – rivelare anche una tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere effettivamente conseguito». Sicché, in tale impostazione, l'art. 5 del decreto intenderebbe stabilire la non imputabilità alla *societas* «della condotta che, pur non essendo diretta a soddisfare un interesse personale del reo, non sia neppure volontaria e finalisticamente orientata dall'interesse dell'ente». Il giudice perviene, così, alla assoluzione della società perché il fatto non sussiste, poiché «le condotte colpose ritenute sussistenti non sono riconducibili ad una scelta di carattere economico della società, quanto piuttosto a carenze nell'impostazione di alcuni profili di un sistema di gestione della sicurezza complessivamente adeguato e non certo impostato in un'ottica di risparmio». Rileva sul punto GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 7 s., che tale tesi «finisce per anticipare nella sfera individuale (quella del soggetto agente) la rilevanza dell'interesse, inteso in senso soggettivo. In difetto di una risoluzione individuale teleologicamente orientata ad obiettivi di risparmio di costi aziendali o di maggior produttività e profitto, l'evento di danno, colposamente cagionato non potrebbe ritenersi commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo, anche nel caso in cui, quest'ultimo abbia tratto dall'illecito benefici simili, dal punto di vista obbiettivo e fattuale. Spazi di maggior selettività e, dunque, di riduzione dell'area di corresponsabilità dell'ente vengono, dunque, individuati attraverso la penetrante “soggettivizzazione” e “teleologizzazione” del criterio di collegamento di cui all'art. 5, rappresentato dall'interesse». Secondo SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento*, cit., 1121, per riportare nell'ambito di operatività della disciplina e, dunque, per sanzionare anche i casi di erronea valutazione dei rischi o di non corretta valutazione delle misure di prevenzione o di mancata vigilanza o di *deficit* di controllo, si dovrebbe qui recuperare e utilizzare il criterio del vantaggio. Sul solco di questa pronuncia si pone, inoltre, Trib. Tolmezzo, sent. 23 gennaio 2012 (dep. 3 febbraio 2012), G.u.p. Massarelli, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, che dispone il non luogo a procedere nei confronti dell'ente riaffermando l'onere che grava sull'accusa di provare in giudizio l'interesse soggettivo della persona giuridica che ha animato la condotta di violazione della norma cautelare della persona fisica da cui è scaturito il danno. A parere del giudice, da ciò si potrebbe dedurre come «non ogni profilo di colpa risulti rilevante, ma solo quelle violazioni di misure di prevenzione dei rischi lavorativi poste in essere per un obiettivo di risparmio di costi aziendali (o di analogo interesse aziendale, quale la velocità d'esecuzione delle prestazioni o l'evasione più pronta di commesse). Non è invece sufficiente una semplice imperizia, una semplice sottovalutazione dei rischi o una cattiva considerazione od esecuzione delle misure preventive da assumere, perché si tratta in tutti i casi di violazioni non frutto di esplicite deliberazioni volitive finalisticamente orientate a soddisfare un interesse dell'ente». Nonostante l'accusa sostenesse che l'interesse dell'ente nel reato, come proiezione finalistica della condotta colposa dei soggetti individuali imputati, stesse «nel risparmio di spesa derivante dall'omessa adozione di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire il reato», il giudice ha pronunciato il non luogo a procedere dal momento che la disciplina non prevederebbe alcun obbligo di adozione e implementazione del modello in capo alla *societas* e che tale mancanza non potrebbe «di per sé essere addebitata all'ente per costituire la ragione unica della sua responsabilità». Osserva ancora, in proposito, GARGANI, *loc. op. ult. cit.*, 8: «Il costatato difetto di un “interesse sociale” effettivamente preso di mira dall'agente è la diretta conseguenza della postulata necessità di “selezione” delle forme di colpa individuale suscettibili di integrare e “sostanziare” il criterio di ascrizione di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001: in definitiva, l'interesse è ritenuto incompatibile con la colpa incosciente». Infine, è intervenuta un'altra pronuncia a confermare quanto statuito dalle due appena sopra menzionate, peculiare perché il ragionamento sui

Anche la Suprema Corte si è misurata con tale questione, ribadendo fondamentalmente gli assunti fatti propri già dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito. Nel caso Thyssenkrupp, apripista nell'applicazione della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti alle fattispecie colpose di cui all'articolo 25-*septies*, oltre alle summenzionate prese di posizione in ordine alla natura di questo nuovo tipo di responsabilità (ricondata al c.d. "*tertium genus*" e quindi a un ibrido tra

criteri ascrittivi della responsabilità in capo agli enti si intreccia altresì con la problematica identificazione della natura di tale responsabilità. Si fa qui riferimento a Trib. Torino, sez. I, sent. 10 gennaio 2013, giud. Marra, MW Italia s.p.a., in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org, con nota di TRINCHERA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: un'altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?*, 31.5.2013. Il giudice, prendendo le mosse dalla affermazione della natura sostanzialmente penale della responsabilità degli enti, anche sulla base dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, afferma che da ciò deriverebbe la necessità «di fondare la responsabilità della persona giuridica su idonei elementi soggettivi, non potendosi dare accesso a forme più o meno implicite di responsabilità oggettiva o da posizione»; sicché anche i criteri *ex art. 5* del decreto dovrebbero essere letti in conformità al principio di colpevolezza, di talché l'interesse si sostanzierebbe nella violazione cosciente dell'individuo della cautela animata da una proiezione finalistica che tende a far conseguire un beneficio all'ente (in modo da escludere, quindi, i casi di danno derivante da condotte colpose occasionali o estemporanee); e anche il vantaggio, «al fine di evitare surrettizie forme di responsabilità oggettiva», dovrebbe mostrare «un profilo di c.d. "colpa nell'organizzazione", come descritta dai successivi artt. 6 e 7, giacché appare necessario escludere dal novero delle ipotesi di responsabilità dell'ente tutti quei casi in cui un qualsivoglia vantaggio, si sia realizzato in maniera del tutto fortuita». Secondo TRINCHERA, *loc. op. ult. cit.*, 6 s., la sentenza, pur apprezzabile «per quanto concerne le affermazioni di principio in ordine al carattere sostanzialmente punitivo della responsabilità degli enti e alla riconducibilità della relativa disciplina sotto l'ombrello garantistico posto dalla C.E.D.U. a presidio della *materia penale*», così facendo «stravolge l'ordine logico-sistematico in cui si collocano gli elementi strutturali della responsabilità delle persone giuridiche», sicché non sembrerebbe «convincente la pretesa di introdurre al momento della valutazione del requisito oggettivo di ascrizione della responsabilità, considerazioni relative alla rimproverabilità (e, dunque, alla colpa) della persona giuridica. Il criterio dell'*interesse* o *vantaggio* spiega una funzione di collegamento tra reato presupposto e persona giuridica che opera sul piano oggettivo. Il vaglio della colpevolezza – che pure è un momento necessario se si riconosce la natura sostanzialmente penale della responsabilità degli enti – deve essere rinviato ad un momento successivo, vale a dire quello della valutazione circa la rimproverabilità all'ente di una colpa di organizzazione». Inoltre, secondo l'A., l'opzione qui sostenuta che prevede un distinguo tra casi di colpa cosciente (in cui la proiezione teleologica della condotta potrebbe «conciliarsi con la non volontarietà dell'evento», poiché la persona fisica, in questo caso, «pur non volendo il verificarsi dell'infortunio a danno del lavoratore, [...] ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un *interesse* dell'ente», quale potrebbe essere un risparmio di spesa sulla prevenzione) e casi di colpa incosciente (in cui, mancando nella condotta della persona fisica qualsivoglia finalismo, mancherebbe anche l'interesse dell'ente), non convince: «non può non rilevarsi che di fronte ad una scelta consapevole ordita al fine di risparmiare costi d'impresa a scapito della sicurezza dei lavoratori pare più confacente un paradigma doloso (seppur con dolo eventuale) piuttosto che quello della colpa con previsione. Il parametro dell'interesse, che si addice perfettamente ad un comportamento di matrice dolosa, sembrerebbe difficilmente adattabile ai reati di omicidio e lesioni previsti dall'art. 25 *septies*. Con riferimento a questi ultimi reati, in definitiva, il solo criterio davvero idoneo ad individuare un collegamento tra l'agire della persona fisica e la responsabilità dell'ente, sembrerebbe essere quello del vantaggio, da valutarsi oggettivamente ed *ex post*».

responsabilità penale e responsabilità amministrativa)³¹ e quelle con cui sono stati fugati i dubbi di costituzionalità in base al principio di colpevolezza e alla pretesa inversione dell'onere probatorio, si affronta, altresì, il tema della compatibilità dei criteri di imputazione previsti nella “parte generale” del decreto con i reati-presupposto di natura colposa, nello specifico quelli di omicidio e lesioni personali dovuti a violazioni della normativa antinfortunistica. Sul punto la Corte recepisce, come detto, gli orientamenti già emersi nella giurisprudenza di merito, sostenendo la piena compatibilità del criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio dell'ente alla commissione del reato (interpretati, dunque, in chiave alternativa) con i reati colposi, ma sostenendo che questi sarebbero da riferire alla semplice condotta di violazione della cautela, e non, invece, alla fattispecie tipica nella sua interezza, comprensivo anche dell'evento dannoso³².

Parte della dottrina, tuttavia, non condivide la riduzione dei presupposti di ascrizione del reato alla *societas* alla mera “discriminante economica”: il rischio insito in una simile interpretazione sarebbe la forzatura dei criteri di imputazione di

³¹ *Contra* FALCINELLI, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa*, cit., 11, la quale, sostiene che proprio le nuove fattispecie-presupposto di cui all'art. 25-*septies* rivelerebbero la doppia natura della responsabilità creata dal decreto, confortando la visione atomistica delle due differenti rimproverabilità, una per la persona giuridica, che non può essere penale, e una per quella fisica. Poco oltre (18 ss.), l'A. rileva, infatti, che «la colpa penale pretende il mancato controllo rispetto ai casi in cui sia successo qualcosa di sensorialmente percepibile e quel qualcosa appaia sufficientemente circoscrivibile in termini spazio-temporali; il principio di precauzione – che pure non è e non potrebbe essere di “perfezione” – traduce invece in regole di condotta per l'ente anche pericoli lontani nel tempo e nello spazio, e il sospetto di pericolo». Secondo tale dottrina, l'art. 25-*septies* «scolpisce dunque, in tutta coerenza con l'impianto generale, il *cosa* ed il *quando* della responsabilità dell'ente: a fondare la precauzione doverosa, e punibile nella sua inosservanza, sta una pericolosità astratta che è tale *ex ante* in quanto propria di un contesto in cui si è realizzata la violazione della normativa di sicurezza, e da ponderare col referente del reato commesso, *causato per colpa* dal soggetto “interno”». Di talché, esclusivamente nei confronti dell'ente si dovrebbe parlare di precauzione, che «si colloca su un livello eterogeneo rispetto a quello penalistico».

³² Cfr., Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., che espressamente sostiene: «i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico». Ciò consente, peraltro, alla Corte di attestare l'applicabilità ai casi di responsabilità per reato colposo anche alla disposizione sulla confisca di cui all'art. 6, co. 5, sostenendo che, in queste ipotesi, il profitto vantato dall'ente consisterebbe nel beneficio derivato dal reato, ossia nel risparmio sui costi o sui tempi risultante dalla illecita omissione delle cautele, di per sé incidenti sui costi d'impresa e sulla speditezza della produzione. Sul punto, GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 13, rileva che, nel caso di specie, «istanze di funzionalità applicativa si intrecciano ad esigenze di semplificazione, facendo apparire le conclusioni ermeneutiche “logicamente obbligate”: le uniche in grado di “mediare” tra principi di garanzia ed effettività, nonché di assicurare la tenuta “sistematica” e costituzionale dell'affermazione di responsabilità della persona giuridica». Critico nei confronti di questa impostazione, AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 13 s.

“parte generale” rispetto alle necessità imposte dalle fattispecie colpose di “parte speciale”, il che condurrebbe, altresì, a un allentamento delle maglie repressive del sistema di responsabilità degli enti, in quanto ne ridurrebbe la sfera applicativa³³.

Si contesta a questa giurisprudenza il sacrificio di una corretta e ragionata interpretazione in merito alla colpevolezza di organizzazione sull’altare della semplificazione nell’accertamento e nella motivazione: i profili inerenti ai criteri soggettivi di imputazione, all’idoneità del modello e alla clausola dell’elusione fraudolenta, che, peraltro, sono quelli che destano maggiori criticità con la struttura delle fattispecie colpose, sono, infatti, spesso oggetto di statuizioni superficiali, mentre il *focus* della parte motiva della sentenza diverge sui criteri di interesse e vantaggio, interpretati in chiave soggettivo-finalistica, in cui si tende a ravvisare, anticipandoli, anche i connotati della colpevolezza dell’ente, pervenendo agilmente, in tal modo, all’esito della condanna della persona giuridica³⁴.

Sebbene l’aspetto della compatibilità della colpevolezza organizzativa e dei criteri soggettivi d’imputazione del reato all’ente, in particolare, nel caso di reato degli apicali (che nelle fattispecie *ex* articolo 25-*septies* sembrerebbero i più frequenti), dell’elusione fraudolenta con i nuovi reati-presupposto, non sia stato

³³ Così, ancora, GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento*, cit., 13 s., per il quale un’alternativa sarebbe potuta essere quella di «privilegiare la valutazione dell’influenza dell’assetto organizzativo sul verificarsi dell’evento tipico», sostituendo il metodo della «c.d. “discriminante economica” con un accertamento volto a accertare se il delitto colposo di evento sia conseguenza di una carenza organizzativa di “sistema”, oppure sia il risultato di un’inefficienza emersa in un determinato settore aziendale, sul piano dell’attuazione e dell’esecuzione delle direttive precauzionali fissate dai vertici». Nel primo caso, nulla osterebbe a riconoscere un interesse dell’ente nel reato e una piena colpevolezza della compagine aziendale nel suo insieme, e, di conseguenza, a riconoscerne la responsabilità; nel secondo caso, in particolare qualora la mancanza, pur nell’idoneità potenziale delle cautele predisposte dall’ente, sia ascrivibile al singolo, verrebbe a mancare un vero interesse della persona giuridica e una sua piena colpevolezza, cosicché sarebbe illegittimo ritenerla colpevole ai sensi della disciplina del decreto 231. In questo modo, riconosce l’A., «la subordinazione dell’integrazione del nesso di imputazione di cui all’art. 5 d.lgs. 231/2001 alla presenza di una lacuna o deficienza organizzativa, che abbia in concreto influito sulla dinamica causale che ha prodotto l’evento, consentirebbe al binomio interesse/vantaggio di svolgere una reale funzione selettiva in rapporto al delitto colposo d’evento, complessivamente considerato (senza “fermarsi” al livello della condotta inosservante)». *Conf.*, AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 14.

³⁴ Cfr. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento*, cit., 15 s., il quale rileva come questa impostazione sarebbe «indicativa della scarsa “fiducia” nutrita dalla stessa giurisprudenza nella razionalità e funzionalità del complesso normativo di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001. Se alla base di tale atteggiamento di sostanziale “rigetto”, si pongano difficoltà di assimilazione di categorie innovative o incapacità di distinzione tra colpa individuale e colpa collettiva, è difficile stabilire: di fatto, il diritto vivente dimostra di non “credere” nella fattibilità e sostenibilità applicativa della c.d. colpevolezza d’organizzazione».

oggetto di adeguata attenzione da parte della giurisprudenza, per una trattazione compiuta sul tema non ci si può esimere dall'analizzare anche tali aspetti, che parrebbero, peraltro, essere lo snodo fondamentale per costruire un sistema punitivo nei confronti delle persone giuridiche quanto più possibile aderente ai principi di colpevolezza e del divieto di responsabilità oggettiva, così come voluto dalla Carta fondamentale e dalla sua interpretazione più moderna e sensibile anche a istanze di carattere sovranazionale³⁵.

2. Compatibilità e declinazione del requisito dell'elusione fraudolenta nel caso di reati colposi: i limiti delle interpretazioni tradizionali

Come detto, la questione del coordinamento tra requisito dell'elusione fraudolenta e le fattispecie-presupposto colpose parrebbe essere un vero e proprio "banco di prova" per la tenuta dell'intero sistema, dal momento che è appunto su tale argomento che si vaglierebbe la tenuta complessiva e la razionalità del "sistema 231", in ragione del rilievo determinante che sulla questione hanno il tema della colpa di organizzazione e, correlativamente, quello di cercare un'interpretazione delle disposizioni, quanto più possibile, conforme ai principi costituzionali vigenti in materia penale, in particolare quello di personalità, nella sua accezione più estesa, e quello del divieto di responsabilità oggettiva.

La dottrina, pur riconoscendo che il tema non si presta a conclusioni semplicistiche, ma che, anzi, richiede un'attenta ponderazione, come dimostrato anche dal fatto che la giurisprudenza, anche di legittimità, ha quasi sempre evitato di affrontare la questione ricorrendo, nelle proprie pronunce, a *escamotages* che lasciano, tuttavia, insoddisfatti³⁶, sembrerebbe non rilevare un palese contrasto tra

³⁵ V. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, cit., 17 s., per il quale, al fine di recuperare uno schema imputativo effettivamente incentrato sulla colpevolezza organizzativa, piuttosto che qualificare l'adozione del modello organizzativo in chiave di obbligo gravante sulle società, si dovrebbe approfondire il tema della conformità a Costituzione di uno schema di responsabilità fondato sul paradigma dell'immedesimazione organica; nonché GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 16 s., il quale osserva come la mancata indagine giurisprudenziale sull'efficacia di un idoneo modello organizzativo per esonerare l'ente da responsabilità (dal momento che questo consentirebbe di accertare la mancanza di colpa della *societas*), indurrebbe ulteriormente le imprese italiane alla diffidenza nei confronti della potenziale efficacia assoluta del modello stesso; cosa che rischierebbe di minare, alla base, l'efficacia preventiva del sistema del d. lgs. n. 231 del 2001, che era la finalità stessa per cui, in primo luogo, la riforma era stata varata.

³⁶ Cfr. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento*, cit., 15 ss.

l'operatività della clausola menzionata nella disposizione sulla responsabilità derivante da reato commesso dall'apicale e la struttura dei reati colposi³⁷.

Il problema si dipana dal fatto che sarebbe logicamente inconcepibile una condotta colposa, e, dunque, non voluta dal soggetto agente, sulla quale si innesti una volontarietà nell'elusione della regola cautelare violata per la commissione stessa del fatto criminoso, stante la sua espressa qualificazione da parte del legislatore come "fraudolenta", stanti, dunque, le implicazioni che la nozione di fraudolenza porta con sé³⁸. Tuttavia, e a ben vedere, una simile impostazione parrebbe errata nelle premesse, mancando, infatti, di considerare che, se si ricostruisce l'illecito attribuito all'ente assimilandolo, nella struttura, al reato colposo di evento, non vi sarebbe alcuna incongruenza tra natura colposa del reato e violazione fraudolenta (e, perciò, necessariamente volontaria) del modello organizzativo: similmente a quanto già rilevato a proposito dell'interesse dell'ente nel reato (elemento che presuppone anch'esso un *quid* di volontarietà e consapevolezza della illiceità del comportamento tenutosi), basterebbe, così, correttamente riferire il requisito dell'elusione fraudolenta al solo segmento della condotta dell'agente di violazione delle regole e dei protocolli del modello di organizzazione e gestione, che ben può – *rectius*: deve, ai fini dell'integrazione di una piena responsabilità "personale" dell'ente – essere cosciente e volontaria (nonché fraudolenta)³⁹.

Detto in altri termini, si dovrebbe partire dalla premessa per cui, la clausola di esonero di cui al primo comma dell'articolo 6 non si riferisce alle fattispecie

³⁷ Invero, in tal senso, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 229; nonché PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 172, per i quali si dovrebbe ritenere la clausola come implicitamente abrogata. Conf. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2008, 2, 66, secondo cui, *in subjecta materia*, «la prova liberatoria dell'ente dovrà avere riguardo alla dimostrazione dell'adozione ed efficace attuazione dei Modelli Organizzativi», eliminando così l'operatività della clausola dell'elusione fraudolenta, che sarebbe contraria, in particolare, al canone del *favor libertatis*. Conviene sulla implicita abrogazione del requisito anche ARENA, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose*, Milano, 2009.

³⁸ Cfr. le riflessioni svolte da CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2012, 4, 111 ss.

³⁹ Si ricordi, peraltro, che elusione fraudolenta e violazione del modello organizzativo si pongono in continuità l'una con l'altra, nel senso che la cosciente violazione delle cautele disposte a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e di cui è destinatario il soggetto attivo del reato "principale" implica in sé l'elusione del *compliance program*. Cfr., ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, cit., 575 s.

colpose del catalogo e, dunque, all'apicale che si rende colpevole della loro consumazione, bensì si riferisce all'ente: la colpa organizzativa che si rimprovera alla *societas* e che consisterebbe, secondo tale dottrina, nel mancato impedimento dell'evento-reato non è la stessa colpa che si imputa all'apicale la cui condotta (colposa in violazione della normativa antinfortunistica) ha cagionato l'evento lesivo "finale" della morte o delle lesioni personali del lavoratore. Sicché, ben si potrebbe concepire una condotta elusiva, consapevole, volontaria e fraudolenta dei protocolli cautelari predisposti nel modello organizzativo al fine di minimizzare il rischio di verificazione di fattispecie criminose colpose da cui è derivato l'*eventus damni* colposo⁴⁰. Di più: è proprio la natura colposa della responsabilità imputata alla (dis)organizzazione dell'ente a fondare la *ratio* della clausola di esonero voluta dal legislatore delegato nel caso di reato dell'apicale, poiché, nei casi in cui viene recisa la connessione ente-organo, che permette l'imputazione al primo dei reati commessi dal secondo, dal momento che la condotta del vertice non è controllabile dalla *societas* (in quanto non prevedibile e prevenibile), non sarebbe possibile muovere a quest'ultima alcun rimprovero in senso penalistico, pena la surrettizia reintroduzione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva⁴¹.

⁴⁰ Sul punto, CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 743 s., per il quale «non esiste un problema di compatibilità tra la causa di esonero *de qua* e i reati presupposto di natura colposa in quanto la prima riguarda il nucleo dell'illecito parapenale, la colpa di organizzazione, e non i reati-presupposto. [...] l'ente risponde per non aver impedito i reati-presupposto a causa di un difetto di organizzazione, estrinsecantesi nella mancata o inefficace adozione di modelli di organizzazione o nella mancata attivazione di un idoneo sistema di vigilanza. Nessuna rilevanza presenta, pertanto, la circostanza che il *deficit* organizzativo abbia favorito un reato posto in essere da un apice o da un sottoposto a base dolosa o colposa. Né sembra fuori dell'immaginazione la condotta del vertice che volontariamente adotta artifici per eludere le contromisure introdotte dal modello per impedire reati di natura colposa (si consideri, ad es. l'amministratore che falsifichi atti e corrompa funzionari per consentire a macchinari obsoleti di funzionare, disinteressandosi della possibilità che si verifichino infortuni sul lavoro)». Conf. SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 126. Contra, tuttavia, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 229, il quale riterrebbe una simile ipotesi un mero caso di scuola.

⁴¹ V. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, cit., 744, il quale, a proposito del tema della compatibilità tra natura dell'illecito colposo imputato all'ente e elusione fraudolenta (e, quindi, dolosa) dell'apicale, rileva che, dal momento che il legislatore, oltre al caso generale «dell'impresa fondamentalmente sana», ha previsto, altresì, quello «dell'impresa volontariamente disattenta», ossia quella refrattaria a adeguarsi al sistema introdotto (cui si fa riferimento, in particolare, e «sia pure in modo *soft*» nell'art. 16, che prescrive, che nei confronti di un ente che abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e che sia già stato condannato per almeno tre volte negli ultimi sette anni, il giudice possa disporre l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività), allora, e in questi casi, la colpa organizzativa potrebbe manifestarsi come volontario *deficit* organizzativo. Mostra di accogliere tale impostazione anche SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, cit., 126, per il quale «l'aggiramento del modello è un fatto in astratto prevedibile, ma in concreto non impedibile. È possibile quindi ravvisare margini

Superata la questione della astratta compatibilità del requisito dell'elusione fraudolenta con le fattispecie colpose, tuttavia, non si potrebbe, per ciò solo, ritenere che la sua operatività concreta in queste ipotesi sia priva di criticità.

In primo luogo, si riproporrebbero, infatti, in fase di accertamento, i problemi relativi all'elemento psicologico: se può sostenersi senza difficoltà l'integrazione della fattispecie di illecito attribuita all'ente nel caso in cui l'apicale metta in atto una condotta di colpa cosciente da cui sia, poi, derivato l'evento in danno del lavoratore, che, anzi, sarebbe il caso classico a cui sembrerebbe far riferimento la disciplina, sarebbe, invece, erroneo, per mancanza di un presupposto oggettivo, attribuire all'ente la responsabilità per l'evento dannoso subito dal lavoratore che però derivasse da una condotta dell'apicale connotata dall'elemento psicologico del dolo eventuale, ossia quella condotta del soggetto agente che, nell'eludere fraudolentemente la cautela predisposta dalla *societas*, accettasse il rischio di verificazione dell'evento infausto ai danni del lavoratore. E questo – si badi – non in considerazione di argomentazioni afferenti alla concreta operatività dei presupposti soggettivi dell'illecito dell'ente (che, anzi, in questo caso consentirebbe senz'altro l'attribuzione di responsabilità in capo alla *societas*), bensì, e solo, per una lacuna nell'ambito oggettivo di operatività (sul versante del catalogo dei reati-presupposto) della disciplina normativa, con l'esito irragionevole, in casi del genere, di doversi ritenere esente da responsabilità non solo la persona giuridica che non versi in una situazione di disorganizzazione tale da poter muovere a questa un rimprovero per il proprio *deficit* e la propria colpevolezza, ma anche quella che mostri di tenere un atteggiamento caratterizzato da maggior disvalore, ad esempio allorché mostri di aver scientemente e volontariamente disatteso le prescrizioni imposte dal legislatore⁴².

di operatività della prova liberatoria, allorché si ipotizzi un modello “ragionevole”, affiancato da un efficiente organo di vigilanza».

⁴² V. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, cit., 57 e 66, che riporta come proprio su tale argomento poggiasse la tesi propugnata dalla Commissione Grosso dell'abrogazione del requisito dell'elusione fraudolenta: l'elemento di volontarietà insito in tale requisito, infatti, non potrebbe che riferirsi a condotte esse stesse connotate da volontarietà e, dunque, solo ai reati di omicidio e lesioni personali dolose, essendo, così, esclusa la sua operatività nelle ipotesi colpose. Sul punto, anche MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 106 ss., la quale, oltre a proporre soluzioni alternative, osserva come la giurisprudenza (Trib. Torino, II Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, cit.), invece, superi la criticità “moltiplicando” le figure datoriali e, conseguentemente, attribuendo a ognuna di queste diversi titoli ascrittivi di responsabilità.

A conclusione di tale percorso argomentativo, si vede come, se, da un lato, la compatibilità della clausola dell'elusione fraudolenta con le fattispecie-presupposto colpose non ponga particolari problemi qualora vengano in rilievo casi in cui la condotta dell'agente, caratterizzata dalla c.d. colpa con previsione, integri una cosciente e intenzionale elusione delle regole del modello organizzativo senza accettazione del rischio (quindi, neanche a titolo di dolo eventuale) di verificazione del danno⁴³, d'altra parte, tuttavia, negli altri casi, in cui il gradiente dell'elemento soggettivo della colpa è meno intenso, ossia nei casi di colpa incosciente ovvero di imperizia, ad esempio, l'operatività del criterio di esclusione della colpevolezza formalizzato nell'elusione fraudolenta verrebbe meno. A differenza che nella prima situazione, in cui all'ente sarebbe, dunque, fornita la possibilità di disculparsi provando la mancanza di un *deficit* organizzativo tale da aver attualizzato il rischio-reato che si voleva minimizzare con le prescrizioni del modello e con il sistema di vigilanza e di controllo, nella seconda, si potrà pervenire a due risultati giudiziali alternativi: o, ritenendo che il legislatore in tali ipotesi abbia inteso creare un vuoto di tutela e abbia, quindi, voluto lasciare questi casi all'irrelevanza penale, non si potrà imputare alla persona giuridica alcunché, data la mancanza in radice di una sua colpevolezza rilevante per il sistema 231, e, quindi, a costo di una (irragionevole?) limitazione della responsabilità della *societas*, evitare casi di responsabilità per *versari in re illicita*, dal momento che, in tutte le ipotesi di rilevanza (para)penale della colpevolezza dell'impresa, a questa è fornita la *chance* di prova liberatoria; oppure, propendendo per la rilevanza, ai fini dell'applicazione del sistema di sanzione degli enti predisposto dal decreto, anche dei casi di imperizia e di colpa c.d. incosciente, non avendo la clausola dell'elusione

⁴³ E in questi casi, nell'accertamento del requisito potranno eventualmente seguirsi tutte e tre le "vie interpretative" esaminate nel capitolo precedente in generale e in relazione alle fattispecie dolose, essendo tutte compatibili con la *mens* di un soggetto attivo consapevole di violare una regola: sicché si potrà seguire la tesi oggettivistica, con *focus* sulla modalità della condotta fraudolenta che necessita di consapevolezza e volontarietà; quella soggettivistica (su cui v. *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione*, cit., della Confindustria, che, nell'ambito delle fattispecie *ex art. 25-septies* definisce la nozione di "elusione fraudolenta" «in termini di intenzionalità della sola condotta dell'autore (e non anche dell'evento) in violazione delle procedure e delle disposizioni interne»), che necessita, ai fini dell'integrazione della fraudolenza, di spiccati profili soggettivi che ben possono rinvenirsi nella volontaria elusione del protocollo organizzativo; nonché la c.d. "terza via", in quanto è senz'altro possibile immaginare che la commissione di una consapevole violazione della normativa da parte dell'apicale derivi dalla e sia frutto della collusione tra ente e suo organo atta a mascherare l'intento criminoso della società dietro a una facciata di piena legalità.

fraudolenta, qui, concreto spazio applicativo, si finirà per dare campo a quelle interpretazioni soppressive della clausola, che, però, in ultima analisi, portano alla reviviscenza di una (costituzionalmente non conforme) forma di responsabilità oggettiva.

3. L'adattamento del concetto di frode nei reati colposi: la fraudolenza come *violazione inaspettata e occulta del modello*

Constatata l'inadeguatezza delle interpretazioni tradizionali (oggettiva e soggettiva) della fraudolenza rispetto a fattispecie caratterizzate dall'atteggiamento psicologico dell'agente inconsapevole di violare il modello organizzativo, compatibilità operativa che pure sembrerebbe imposta dal legislatore che, nell'introdurre fattispecie colpose tra i reati-presupposto non ha ritenuto di dover operare un coordinamento della disciplina generale del decreto con queste, vi è stato chi ha ricercato, nel complesso dell'ordinamento giuridico, una interpretazione ancora diversa della fraudolenza, tale che potesse coesistere con l'atteggiamento interiore di colpa inconsapevole del soggetto agente.

Invero, si è osservato come l'ordinamento giuridico penale conoscesse già talune fattispecie criminose in cui coesistono gli elementi della frode e della colpa: si fa, in particolare riferimento all'articolo 452 del codice penale, che, nel punire i delitti colposi contro la salute pubblica, rinvia, tra gli altri, anche all'articolo 442 del codice penale, dando così rilevanza penale ai fatti tipici di pericolo comune mediante frode ivi considerati, commessi, però, anche a titolo di colpa⁴⁴.

Quest'ultima fattispecie criminosa è prevista nel Capo II del Titolo VI del Libro II del codice penale, intitolato «*Dei delitti di comune pericolo mediante frode*»⁴⁵ e proprio a partire dalla nozione di frode qui impiegata si è cercato di

⁴⁴ Così GARGANI, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in BERTOLINO, EUSEBI, FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, III, 1972. L'art. 442 c.p. punisce «chiunque [...] detiene per il commercio, pone in commercio, ovvero distribuisce per il consumo acque, sostanze o cose che sono state da altri avvelenate, corrotte, adulterate o contraffatte, in modo pericoloso alla salute pubblica»; mentre l'art. 452 c.p., al secondo comma riduce da un terzo a un sesto la pena prevista per la fattispecie dolosa quando i fatti preveduti, tra gli altri, anche dall'art. 442 c.p. sono commessi a titolo di colpa.

⁴⁵ Su tale aspetto della fraudolenza, v. BRICOLA, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, in ID., *Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI, MELCHIONDA (a cura di), vol. II, Milano, 1997, 2433, che lo ritiene «meno improprio di quanto potrebbe sembrare».

costruire un significato che si emancipasse da quelli tradizionali, involgenti tutti, in ultima analisi, sui profili psicologici e soggettivi del soggetto attivo da ricercare nell'*animus* che ne ha sorretto la condotta illecita⁴⁶, così da enucleare una nozione unitaria di frode (almeno in ambito alimentare) tale che sia capace di ricomprendere fattispecie tanto dolose quanto colpose⁴⁷.

Si tratterebbe, dunque, di spostare il *focus* dalle modalità e dalla condotta dell'agente all'oggettività del mezzo per cui avviene la frode, riscontrandovi una certa insidiosità intrinseca in esso occultata e non percepibile né prevedibile da parte del soggetto passivo del reato, che non potrebbe così accorgersi del pericolo in cui incorre⁴⁸.

In tal modo si riuscirebbe a far operare la nozione di fraudolenza, intesa, dunque, come decettività intrinseca e occulta dell'oggetto per mezzo del quale viene compiuto il reato, con la struttura tipologica della colpa, come vorrebbe l'articolo 452: l'elemento ingannatorio, non innestandosi più necessariamente

⁴⁶ Si veda GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, vol. I, Milano, 2008, 51, il quale sostiene di abbandonare la prospettiva ermeneutica secondo cui la frode sarebbe «elemento attinente alla sfera psichica dell'agente (*consilium fraudis, animus lucrandi, animus nocendi*), ossia [...] connotazione dell'intenzione che si rifletterebbe, nell'azione del soggetto, in atteggiamenti fraudolenti in senso stretto (mediante il ricorso, ad es., ad artifici o raggiri)».

⁴⁷ Cfr. BRICOLA, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, cit., 2425.

⁴⁸ Sul punto, BRICOLA, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, cit., 2425, il quale osserva come si tratterebbe di ipotesi «oggettivamente e non anche soggettivamente fraudolente», dal momento che «l'idoneità a trarre in inganno può sussistere solo oggettivamente senza essere investita dalla rappresentazione e volizione del soggetto attivo». L'A., tuttavia, poco oltre (2433 ss.) parrebbe dubbioso di poter addivenire a una nozione unica di frode alimentare, declinata nei termini appena proposti, che riesca a contenere tutte le fattispecie previste per la materia *infra* e *extra codicem*. Vi è, in ogni caso, chi ha sottolineato la bontà di tale interpretazione, riconoscendo che la si potrebbe comunque legittimare come categoria a sé stante, nell'ambito del settore alimentare, rinvenendo l'elemento della fraudolenza non tanto nella decettività della condotta, quanto in altri elementi della fattispecie. Così SIGISMONDI, voce *Frode alimentare*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 97 ss., che, in particolare, ritiene che «si ha frode alimentare quando per effetto di una condotta fraudolenta un alimento destinato ad essere messo in circolazione, prima o nel momento della messa in circolazione, è diverso, anche solo quantitativamente, da quello che appare o che si dichiara». *Contra*, invece, AZZALI, *Osservazioni in tema di frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1, 16 ss., che ritiene tali ipotesi, in cui il pericolo che la «cosa» porta per il pubblico consiste in «un'insidia tesa alla comune fiducia che le bevande e le sostanze destinate all'alimentazione non presentino alterazioni pericolose per la salute dei consumatori», classificabili al più come frodi assolutamente improprie, stante la necessità del dolo che la fraudolenza presuppone e il quale evidenzia, altresì, come tale impostazione faticerebbe a trovare fondamento nella maggior parte delle fattispecie penali del settore, dal momento che si fonda su elementi che non caratterizzano tipologicamente, salvo poche eccezioni, tali illeciti. Anche la Corte Costituzionale, in C. Cost., sent. 25 marzo 1997 (dep. 8 aprile 1997), n. 85, in *Cass. pen.*, 1998, 1, 3 ss., sembrerebbe propendere per la tesi più tradizionale, ritenendo necessario, ai fini dell'integrazione di ipotesi di frode, l'elemento soggettivo del dolo.

sull'elemento psicologico potrebbe rinvenirsi anche in quelle ipotesi di colpa non sorrette da alcuna consapevolezza, né, tantomeno, intenzionalità⁴⁹.

Riportando il discorso sul sistema di responsabilità degli enti, si è provato a pervenire a una “quadratura del cerchio” nell’ambito dei reati colposi proprio applicando la nozione di frode elaborata nel settore alimentare al requisito di cui alla lettera c) del primo comma dell’articolo 6 del decreto: l’elusione fraudolenta diverrebbe, quindi, “violazione inaspettata e occulta” della regola formalizzata nel protocollo organizzativo⁵⁰.

Mantenendosi, in questa impostazione, all’interno dell’elemento della fraudolenza, quel profilo di dissimulazione che gli si riconosce anche nell’ambito delle frodi alimentari⁵¹, si vede come ci si avvicina, a ragionare così, a quel filone, interno alla teoria oggettivistica della fraudolenza, che propone una concezione più ampia di questo concetto, al fine di riconoscere spazio operativo al criterio dell’elusione del modello anche in quegli *hard cases* in cui, essendo lo stesso vertice societario a rendersi personalmente responsabile del reato (doloso) e, soprattutto, a commetterlo attraverso il suo intervento finale e terminale nella procedura formalizzata dal modello organizzativo, è difficile ipotizzare un diaframma tra volontà della persona fisica che lo dovrebbe rappresentare e volontà dell’ente, nonché muovere un rimprovero alla *societas* per un difetto organizzativo o di controllo, stante l’impossibilità (salvo un onere di spesa e di “burocratizzazione” dell’attività gestoria estremamente gravoso) – *rectius*: l’inesigibilità – di un

⁴⁹ Cfr. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., 52; nonché BRICOLA, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, cit., 2431, secondo cui, «dovendosi la colpa prevalentemente identificare nell’omesso o insufficiente controllo per negligenza ecc. circa la qualificazione della sostanza, può addirittura, agendo il soggetto nella convinzione dell’innocuità della sostanza, essere potenziata la forza ingannatoria della condotta».

⁵⁰ GARGANI, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 1963, il quale rileva come, così facendo, si introdurrebbe nell’ambito della responsabilità colposa il principio di affidamento: l’ente per andare esente da responsabilità dovrebbe così provare che, «a seguito dell’attività di formazione e informazione del personale, l’apparato organizzativo poteva ragionevolmente fare affidamento sull’adeguamento e sul rispetto da parte degli operatori intranei della direttive prevenzionali e che l’inosservanza che ha cagionato l’evento dannoso si poneva in concreto al di fuori della sfera di dominabilità e di controllabilità dell’ente collettivo». Tuttavia, l’operatività del principio di affidamento, già proposta per la responsabilità colposa individuale, è stata negata da parte della dottrina e dalla giurisprudenza in ragione di più o meno commendevoli istanze di tutela del soggetto passivo, in una concezione della risposta penalistica dell’ordinamento che potrebbe definirsi «tutorio-assistenzialistica» (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 181).

⁵¹ Parla di «implicita idea di una dissimulazione» AZZALI, *Osservazioni in tema di frodi alimentari*, cit., 26.

comportamento alternativo. Secondo questa interpretazione, dunque, la fraudolenza dell'apicale starebbe nella dissimulazione operata dal vertice aziendale per cui, dietro all'apparente adesione alle prescrizioni del modello organizzativo, si celerebbe la sua intenzione di violarle, infrangendo, in questo modo, l'affidamento della società al suo corretto comportamento; così come, nell'ambito delle frodi alimentari, il soggetto agente, infrangerebbe l'affidamento del soggetto passivo a che non si commercializzino sostanze alterate dannose per la salute pubblica. L'esito di un simile ragionamento, tuttavia, sarebbe quello di ritornare al punto di partenza: anche tale impostazione presuppone, infatti, che la violazione, inaspettata e occulta per la persona fisica, sia, invece, consapevole per il soggetto individuale che la commette, di talché sarebbe impossibile ricomprendere in tali ipotesi i casi in cui l'apicale versi in colpa non cosciente. Qualora, invece, si propendesse per l'interpretazione più ampia del concetto di fraudolenza, che non presuppone consapevolezza nell'agire inosservante del vertice aziendale, si riproporrebbero i problemi già esaminati nell'ambito del reato doloso: ritenendo integrato il requisito ogniqualvolta vi sia stata, da parte dell'apicale, la violazione di un modello organizzativo ritenuto preventivamente adeguato, il criterio assumerebbe un ruolo selettivo minimo, venendo quasi a perdere completamente di significato e fornendo alla persona giuridica una prova liberatoria tanto ampia da risultare quasi automatica⁵².

4. I rischi di una concezione *ad hoc* dell'elusione fraudolenta per i reati colposi e possibilità di una alternativa unificante

Si è visto, dunque, come l'operatività del criterio dell'elusione fraudolenta nel caso di fattispecie-presupposto colpose dia luogo a problemi interpretativi di ardua soluzione che hanno dato esito a diverse proposte risolutive, di cui nessuna perfettamente appagante: si è, infatti, proposta una implicita abrogazione o disapplicazione del requisito, ovvero una impossibilità operativa della clausola di esonero nella sua interezza (sicché l'ente non avrebbe, nel caso di verifica di un reato colposo, possibilità di fornire una prova liberatoria e, dunque, di andare

⁵² Su questi aspetti, TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 114 s.

esente da responsabilità, ricadendosi, però, in tal modo in un'ipotesi di responsabilità oggettiva per *versari in re illicita*), ovvero ancora si è proposta un'interpretazione della fraudolenza idonea a dare rilevanza penale esclusivamente a quei casi in cui l'atteggiamento colposo dell'apicale sia sorretto comunque dalla consapevolezza della violazione della regola cautelare positivizzata nel modello organizzativo, ma lasciando un ampio spazio di impunità alle altre ipotesi di (ir)responsabilità per colpa non cosciente.

Inoltre, il costo di una simile operazione di adattamento del criterio alla struttura del reato colposo sarebbe quello di una diversificazione e una "frammentazione" della nozione dell'elusione fraudolenta, non più univoca, ma differente per i reati colposi rispetto a quelli dolosi, minando così l'unità e la compattezza di un sistema che pretenderebbe di essere disciplina fondamentale, generale e di riferimento nel settore della responsabilità degli enti e che verrebbe, invece, così a perdere quella centralità che avrebbe dovuto avere nelle intenzioni del legislatore delegante⁵³.

Provando a cercare una soluzione soddisfacente al problema, che – giova ripeterlo – sussiste, specialmente, per le ipotesi di colpa non sorretta da consapevolezza della violazione della cautela, vi è stata una dottrina che mostra di averla trovata proprio in quella "terza via" interpretativa già esaminate nell'analisi generale (e quindi applicata a fattispecie-presupposto dolose) sul criterio dell'elusione fraudolenta⁵⁴.

L'assunto di partenza è che, stante l'indeterminatezza letterale del sintagma e, in particolare, della fraudolenza, anche considerate le sue diverse accezioni accolte nel panorama penalistico *infra* e *extra codicem*, all'interprete sarebbe consentito – e, anzi, si richiederebbe – di allontanarsi dal significato etimologico, per ricercare soluzioni maggiormente confacenti alla specificità dell'ambito operativo in cui ci si muove. Inoltre, si è già visto come le interpretazioni

⁵³ Si ricordi che il Progetto Grosso prevedeva criteri di imputazione differenti a seconda della tipologia di reato. Per una critica della continua "frammentazione" del paradigma imputativo che subisce la parte generale del decreto per mezzo delle susseguenti interpolazioni legislative (spesso mancanti di coerenza e visione d'insieme), AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 17 s.

⁵⁴ Così TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 116 s.

tradizionali (oggettiva e soggettiva) del requisito non sarebbero pienamente soddisfacenti, seppur per motivi diversi, portando a una implicita abrogazione della clausola (o all'inoperatività, in alcuni casi, della fattispecie di esonero dell'ente), ovvero a un vuoto di tutela per alcune situazioni che la formulazione della norma non riuscirebbe a coprire. Sicché è stata elaborata un'ulteriore "terza via" interpretativa, che, si sostiene, potrebbe risultare apprezzabile anche nel caso di fattispecie-presupposto colpose, riuscendo, anche in questo ambito, a risolvere alcuni dei problemi sopra segnalati.

Si è sostenuto, infatti, che questa teoria ermeneutica sarebbe l'unica a non richiedere all'ente uno sforzo probatorio positivo, bensì negativo: la teoria oggettiva e quella soggettiva, infatti, interpretano la fraudolenza come un requisito della fattispecie di esonero (declinato in termini differenti, ma in ogni caso) da accertare in giudizio ai fini dell'esonero della persona giuridica, che, dunque, dovrà sopportare il rischio del mancato accertamento (rischio che sarà prossimo a uno, considerato quanto detto finora, e cioè che la mancanza di consapevolezza nell'agire elusivo non potrà far ritenere mai integrata la fraudolenza nelle diverse accezioni che di questa vengono date); la c.d. "terza via", invece, intendendo la fraudolenza come mancanza di un elemento (in specie: la non sussistenza di un accordo collusivo tra ente e apicale prodromico a quella messa in scena che consente al primo di "falsificare" la propria corretta ottemperanza alle prescrizioni legislative, nascondendo i propri fini illeciti e criminosi), presupporrebbe una prova "in negativo", senz'altro più agevole per la *societas* (qui, al contrario, la prova sarebbe pressoché automatica, considerato che la mancanza di consapevolezza nella condotta dell'apice eliminerebbe necessariamente la possibilità di un accordo a monte tra questo e l'ente: se l'accordo c'è stato, e c'è stato il reato, quest'ultimo deve essere eziologicamente derivato dalla collusione, che, frutto di una condotta delle due parti che non può che essere consapevole e volontaria, ha previsto e "pianificato" la violazione della procedura precauzionale da cui poi sia derivato l'evento dannoso non voluto)⁵⁵.

⁵⁵ E v. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 117, che parla nel primo caso di «non-prova [...] in re ipsa» e nel secondo di «prova [...] in re ipsa».

La prova liberatoria, poi, si attingerà diversamente nel caso di colpa sorretta da condotta consapevole di violazione della cautela da parte del soggetto individuale e nel caso di colpa “inconsapevole”, nel senso che solo in questo secondo caso varrà l’automatismo di cui si è appena detto, mentre, nel primo caso, l’ente dovrà effettivamente adoperarsi in giudizio per dimostrare la non sussistenza dello schema collusivo e della “messa in scena”, così come avverrebbe in generale nel caso di verifica di reato doloso.

Infine, in tal modo, secondo questa dottrina, all’ente sarebbe sempre riconosciuta la possibilità di fornire la prova della propria “non colpevolezza”, preservando così l’operatività del requisito, della clausola di esonero nel suo insieme e scongiurando il rischio di ricadere in ipotesi di responsabilità oggettiva. Esattamente in ciò starebbe il vantaggio di questa, pur non tradizionale e pur meno aderente al dato letterale del criterio legale dell’elusione fraudolenta, terza opzione ermeneutica, ossia nel recupero di una reale, piena e effettiva valutazione sulla colpevolezza dell’ente: sia che si faccia capo al paradigma dell’immedesimazione organica, sia che, invece, si propenda per quello della colpevolezza organizzativa, tale linea interpretativa permetterebbe l’accertamento di una effettiva contrapposizione tra apicale-organo e società, ovvero di una effettiva “estraneità” della *societas* rispetto al reato verificatosi, sicché permetterebbe di punire tutti e solo quei casi in cui si sia accertata una reale colpevolezza dell’ente rispetto al reato commesso dal suo apicale, dal momento che si consentirebbe sempre, peraltro, alla persona giuridica di fornire una prova liberatoria tutt’altro che *diabolica*, ma anzi agevole (si pensi, in particolare, a quanto detto sull’automatismo nei casi di colpa non sorretta da consapevolezza della persona fisica).

CONCLUSIONI

A venti e più anni dall'entrata in vigore della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, di cui al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, è possibile, e forse anche opportuno, tracciare le tappe dell'evoluzione normativa e interpretativa subita da questo *corpus* di disposizioni, nonché effettuare un bilancio sullo "stato di salute" di cui questo gode, dal punto di vista della sua applicazione, sia nelle aule di giustizia che, soprattutto, nelle imprese e, più in generale, negli enti che compongono il tessuto socio-economico del nostro Paese. Evoluzione e applicazione che, come si è visto, non sempre sono state facili. Anzi, prima ancora che la disciplina fosse varata, mentre era ancora in atto la fase di discussione parlamentare, la novella aveva già suscitato intenso dibattito dentro e fuori dalle Camere. Il legislatore delegato, dunque, come soluzione iniziale e per rendere più graduale il passaggio, potenzialmente dirompente, al nuovo sistema di responsabilità degli enti derivante da reato, operò alcune scelte, per così dire, "riduzionistiche" rispetto alle indicazioni della legge delega 29 settembre 2000 n. 300 (in particolare sul novero dei reati-presupposto comportanti la responsabilità della persona giuridica e sul tema degli effetti civili derivanti dalla condanna dell'ente).

Proprio a ciò si deve, in gran parte, la continua rincorsa del legislatore, negli anni successivi, a integrare e ampliare il catalogo di reati che danno vita a responsabilità, oltre che delle persone fisiche che effettivamente li commettono, anche degli enti: le indicazioni internazionali e unionali, pur in un primo tempo soddisfatte dalla disciplina del 2001, ma soprattutto, le pressanti necessità messe in luce quotidianamente, in campo pratico, dalle lacune e dai vuoti di tutela che emergevano nella prassi, con la risonanza che davano loro anche le posizioni giustamente critiche espresse dagli interpreti, hanno alimentato un intervento pressoché continuo, ma anche disorganico e, a volte, incoerente e incomprensibile¹, da parte del legislatore per tentare di adeguare l'iniziale scarno numero di fattispecie-presupposto alle richieste del momento.

¹ Si pensi, ad esempio, al caso delle fattispecie di mutilazione degli organi genitali femminili, c.d. "infibulazione": secondo l'art. 25-*quater*.1, introdotto nel 2006 per dare esecuzione alla

Tale approccio all'allargamento delle fattispecie-presupposto, ha, però, finito per creare nuovi problemi di coordinamento "esterno" del sistema delineato dal decreto con altre discipline e di coordinamento "interno", ossia tra la "parte speciale" e le prescrizioni di carattere generale (in particolare, ci si riferisce a quanto esaminato nell'ultimo capitolo della trattazione e cioè alla difficile operazione, tentata dalla dottrina, di adattamento dei reati colposi, specialmente le fattispecie di cui all'articolo 25-*septies*, al sistema).

Altro pressante problema, rilevato da attenta dottrina, posto dall'allargamento spasmodico dell'ambito oggettivo della responsabilità degli enti è il riflesso che questo potrebbe avere sull'efficacia preventiva del sistema progettato dal legislatore. Si è, infatti, più volte sottolineato come negli intenti del riformatore del 2001 stava, forse anche come obiettivo principale, quello di moralizzare "dall'interno" l'ente, cioè creare un sistema sì repressivo (secondo il tradizionale schema general-prevenzionistico), ma fatto anche di molteplici incentivi, intervenienti in diverse fasi e in diversi momenti della vicenda giudiziaria della persona giuridica, i quali, secondo gli auspici, dovrebbero riuscire a instillare nell'impresa il seme e la cultura della legalità, nonché a riportarla nell'alveo di quest'ultima nel caso in cui l'ente si sia, infine, reso colpevole di un reato². Tuttavia, questo profilo prevenzionistico, come detto, potrebbe venir meno, appunto, per l'allargamento della pletora di fattispecie criminose di cui le imprese possono rendersi responsabili: il modello di organizzazione e gestione, infatti, deve prevedere procedure che minimizzino il rischio-reato che siano specifiche e individualizzate rispetto ai rischi inerenti alla particolare attività svolta dalla società o da un suo ramo (da individuare mediante la fase prodromica del c.d. *risk assesment*); sicché un ente operante, ad esempio, nel settore finanziario dovrà prevedere specifici protocolli atti a neutralizzare il rischio che, nel suo interesse o

Dichiarazione e piattaforma di azione del 15 settembre 1995 assunta durante la quarta conferenza dell'ONU sulle donne, si attribuisce all'ente la responsabilità per il caso in cui quest'ultimo sia stabilmente utilizzato al solo o prevalente scopo di consentire o agevolare la commissione di tali aberranti pratiche, sanzionate, anche nei confronti delle persone fisiche, dal nostro codice penale tramite la fattispecie *ex art. 583-bis*. In caso di tali fattispecie criminose, che poco sembrerebbero avere a che fare con la tipica criminalità economica e d'impresa, è chiaro che l'intento del legislatore sia principalmente quello di esprimere una netta presa di posizione, più nel campo politico che in quello giuridico, contro simili forme di abuso, nel caso di specie, nei confronti delle donne.

² Secondo lo schema del c.d. "*carrot-stick model*" di origine statunitense.

a suo vantaggio, coloro che vi lavorano (in qualità di sottoposti, ma ancora di più in qualità di apicali) commettano uno dei reati societari e finanziari di cui all'art. 25-ter del decreto (ad esempio, falso in bilancio o operazioni di manipolazione del mercato azionario). Se, dunque, le fattispecie-presupposto diventano sempre più numerose, è persino banale osservare come lo sforzo di implementazione del modello richiesto alla persona giuridica diventi sempre più oneroso, anche in termini prettamente economici (si pensi anche a tutta l'attività di *follow-up*, ossia di continua verifica dell'idoneità e dell'adeguatezza delle procedure rispetto ai vari cambiamenti che la società può subire nel corso del tempo). E se un tale onere può ben giustificarsi rispetto alle fattispecie più tipiche della criminalità d'impresa, la cui mancanza nel catalogo dei reati-presupposto era fonte di disagio tanto nell'ambiente giuridico, quanto nella società civile (ci si riferisce, ad esempio, alle fattispecie colpose di omicidio e lesioni personali commessi in violazione della normativa antinfortunistica *ex art. 25-septies*), lo stesso non si può dire per altri reati che sembrerebbero allargare il campo di operatività della responsabilità degli enti potenzialmente a ogni fattispecie criminosa presente nel nostro ordinamento. Si pensi all'effetto che l'inserimento degli articoli 416 e 416-bis inevitabilmente porta con sé: gli enti, per costruire un modello di gestione del rischio-reato idoneo dovrebbero, in questo specifico caso, formalizzare procedure e protocolli contro ogni fattispecie di reato strumentale al fenomeno criminoso dell'associazione illecita. Evidenti sono, quindi, le difficoltà delle imprese nell'elaborare procedure che possano efficacemente attagliarsi a tale categoria di reati, tanto che parte della dottrina, ritenendo, in questo ambito, inoperante la clausola di esonero prevista agli articoli 6 e 7 a causa dell'impossibilità strutturale di implementare e adeguare nel tempo un modello organizzativo idoneo, ripropone qui le tradizionali perplessità sull'ammissibilità logica e teorica di una *culpa in re illicita*, dovuta al fatto che sarebbe, in questo caso, impossibile per l'ente andare esente da una responsabilità che si atteggierebbe, quindi, come oggettiva³.

³ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 76 ss., la quale parla, a tal proposito, di «una mostruosa dilatazione dell'ambito di responsabilità degli enti», rilevando, altresì, come si vanifichi «la possibilità di una reale mappatura del rischio [...] a tutto vantaggio di una generica declamazione di principio» (125 s.).

Altro problema di coordinamento, sul versante dei modelli organizzativi, deriva dal Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, d. lgs. n. 81 del 2008, che in questo settore – e, si badi bene, solo in questo settore –, oltre a presentare l'adozione e l'implementazione del *compliance program* come obbligo, piuttosto che come onere (mentre, come si è visto, il “sistema 231” non sembrerebbe prevedere un vero e proprio obbligo giuridico di tal sorta, citando il modello solo come condizione a cui l'ente può esentarsi da responsabilità nel caso concreto in cui venga commesso un reato a suo interesse e vantaggio), sembrerebbe, altresì, fornire delle indicazioni specifiche quanto ai requisiti per l'adeguatezza nel modello. Ciò se, da una parte, si rivela molto utile, soprattutto in considerazione delle scarse indicazioni sul punto fornite dal legislatore del 2001, dall'altra, fa sorgere alcuni evidenti problemi interpretativi, da un lato rispetto alle altre fattispecie criminose dal cui rischio l'ente deve guardarsi, dall'altro in relazione alla possibilità di applicare la disciplina del c.d. “TUSL” anche agli altri reati-presupposto⁴. Si viene così a creare un micro-sistema, differenziato *ratione materiae*, all'interno del sotto-sistema che doveva essere quello introdotto dal d. lgs. n. 231 del 2001, che viene, in questo modo, e con esso anche il modello organizzativo ivi previsto, a perdere di centralità e generalità.

Nonostante i summenzionati interventi legislativi che ne hanno intaccato il ruolo, il modello di gestione del rischio-reato, come si è visto, continua a mantenere una posizione di assoluta preminenza nell'architettura disegnata dalla disciplina della responsabilità degli enti, soprattutto con riguardo al profilo prevenzionistico che le è proprio. Ed è appunto in considerazione di ciò che si rende opportuna, alla fine di questa trattazione, un'analisi sul recepimento delle indicazioni del legislatore: l'effettiva riuscita dell'opera di sensibilizzazione alla legalità e di “moralizzazione” *ab interno* voluta dal decreto non può che misurarsi nel grado di adeguamento delle imprese del nostro tessuto aziendale alle prescrizioni sul modello di organizzazione e gestione. Sul punto, alcune recenti indagini hanno dimostrato che, se le imprese di maggiori dimensioni (in termini di fatturato e numero di dipendenti) sono tendenzialmente *compliant* alla disciplina e, dunque,

⁴ Sul punto AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 17 s.

hanno adottato e implementato un modello organizzativo, affidando il compito di controllare la sua attuazione a un organismo quale può essere (e, nella maggior parte dei casi è) l'Organismo di Vigilanza e dotandosi, altresì, di un sistema sanzionatorio nei confronti degli eventuali contravventori, viceversa, le imprese medio-piccole risultano ancora in ritardo sulla creazione di una struttura aziendale confacente agli *standard* posti dal legislatore con il decreto del 2001. Una prima indagine, condotta da Confindustria in collaborazione con TIM e pubblicata nel 2017⁵, prende in esame un campione di quarantacinque imprese di differenti settori merceologici; si tratta di un campione per vero esiguo, ma il cui basso numero si spiega nel fatto che queste sono state le uniche a rispondere al questionario loro formulato dai ricercatori, che inizialmente avevano previsto un campione di cento imprese (già questo, ossia la bassa adesione delle imprese all'indagine, parrebbe un dato su cui riflettere). La composizione del campione, in termini di dimensioni dell'azienda, è rilevante alla luce dei risultati riportati: infatti, solo il 13% del campione analizzato è costituito da imprese di grandi dimensioni (ossia imprese con oltre duecentocinquanta dipendenti), il resto è formato da piccole e medie imprese (specificamente, per il 45% di medie imprese, ossia quelle che contano tra cinquanta e duecentoquarantanove dipendenti, il 31% di piccole, che contano tra undici e quarantanove dipendenti, e, infine, l'11% di microimprese, quelle con non più di dieci dipendenti). È interessante notare che al 2017 solo sedici delle imprese campione erano dotate di un modello organizzativo, ossia solo il 36% delle imprese analizzate; così come interessante è notare la distribuzione delle società *compliant* rispetto agli scaglioni dimensionali: due dati eclatanti e opposti emergono nelle categorie più estreme delle microimprese e di quelle di grandi dimensioni (nei suddetti termini di numero di dipendenti ovvero di fatturato annuo pari a oltre 250 milioni di euro). Nella prima categoria non vi è una sola azienda dotata di modello organizzativo; al contrario, nella seconda, il *compliance program* è stato adottato da tutte le imprese analizzate. Per il resto, ossia le imprese di dimensioni medio-piccole (con fatturato inferiore a due milioni di euro annui), il modello di gestione del rischio si rinviene solo nel 14% della categoria, dunque, in proporzione di uno

⁵ Gli esiti dell'indagine possono leggersi, commentati da VIZZARDI, *Una recente indagine su modelli organizzativi 231 e anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Indagine231.pdf>.

su sette. Comunque, dato positivo sottolineato dall'indagine è che tra le ventinove imprese ancora prive del modello organizzativo, ventidue (il 75%, quindi) siano intenzionate a provvedere all'adozione (mentre il restante 25% adduce tra i motivi di remora a conformarsi alle prescrizioni della riforma del 2001, tra le altre cose, la complessità della normativa e le conseguenti difficoltà applicative, gli eccessivi oneri organizzativi, nonché lo scarso riconoscimento dell'idoneità di questi da parte dei giudici). Infine, un ultimo dato ci sembra d'uopo menzionare. La metà delle imprese dotate di modello organizzativo ha adottato quest'ultimo negli anni tra il 2008 e il 2013, mentre solo il 12,5% lo ha fatto nei primi sei anni di vigenza della disciplina e il 37,5% nel periodo 2014-2016. Ciò potrebbe dipendere dall'introduzione tra i reati-presupposto delle fattispecie sulla sicurezza sul lavoro, che, per la loro gravità (si tratta, infatti, di omicidio e lesioni personali colpose) e per la loro attinenza all'ambito (o almeno a un certo ambito) dell'attività rischiosa di impresa, potrebbero destare maggiore preoccupazione e, dunque, potrebbero costituire una spinta più forte verso istituti e sistemi di legalità che tendono a neutralizzare – *rectius*: a minimizzare – tale rischio.

Ancor più recentemente, nel 2021, è stata pubblicata un'altra indagine, condotta da Assonime⁶ che ha preso, invece, in considerazione un campione di duecentoventisei imprese di medio-grandi dimensioni di svariati settori merceologici e tutte emittenti titoli quotati sul mercato regolamentato gestito da Borsa Italiana (di cui il 32% appartenente al segmento STAR, ossia il Segmento titoli con alti requisiti, del mercato telematico azionario, dedicato alle società con un livello di capitalizzazione compreso tra 40 milioni e 1 bilione di euro che, su base volontaria, si impegnano a rispettare requisiti più stringenti in termini di trasparenza informativa, liquidità e governo societario, tra cui quello di dotarsi di un modello di organizzazione). Altra differenza, rispetto alla indagine di cui si è parlato sopra, è che le fonti dei dati analizzati provenivano in generale da documenti pubblicati dalle società stesse (relazioni sul governo societario e sugli assetti proprietari, informazioni sul modello organizzativo disponibili sul sito internet,

⁶ L'indagine è pubblicata sul sito dell'associazione e può leggersi all'indirizzo https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/Note-e-studi-10_2021.aspx. L'analisi è, altresì, particolarmente interessante poiché approfondisce specificamente il tema dell'Organismo di Vigilanza.

dichiarazione sulle informazioni non finanziarie e altri documenti societari), mentre il questionario facoltativo proposto dall'ente ricercatore svolgeva una funzione meramente integrativa, al fine di fornire ulteriori elementi di indagine. La composizione del campione è così articolata: il 52% sono società con una capitalizzazione media di mercato che va da due a quattrocentosessantatré milioni di euro; per il 26% si tratta di società con capitalizzazione di un miliardo e mezzo; infine, il 15% sono le imprese più grandi con una capitalizzazione di oltre undici miliardi (vi è, poi, un 7% formato da realtà varie, come aziende in fase di *delisting* ovvero sospese). Solo quattro delle società campione hanno mancato di adottare un modello organizzativo: il 98% si è, invece, conformato alle prescrizioni normative. Le ragioni addotte da due delle quattro società "inadempienti" – si ricordi, tuttavia, che l'adozione del modello non è prevista come obbligo da parte del decreto del 2001 – si riferiscono alla peculiare natura di *holding* di partecipazione a basso rischio di reato (delle restanti due, invece, una società risultava in fallimento e l'altra dichiarava, *sic et simpliciter*, di non ritenere necessaria l'adozione del modello né per sé, né per le altre società del gruppo).

Da quanto detto, può concludersi, dunque, che il panorama imprenditoriale italiano si presenta molto variegato sul tema della *compliance*, notandosi un adeguamento pressoché totale da parte delle società quotate e da parte di quelle di maggiori dimensioni, un'attenzione crescente da parte delle imprese di medie dimensioni, dovuta anche all'inserimento tra i reati-presupposto di fattispecie di "maggior rischio" per l'ente (come i reati in violazione della normativa antinfortunistica, quelli societari e quelli tributari), e un disinteresse totale da parte delle microimprese, dovuto, tra le altre cose, alla eccessiva complessità del sistema per realtà aziendali in cui proprietà e gestione sono il più delle volte coincidenti, alle difficoltà e all'onerosità dell'attuazione del modello e anche al disinteresse che i giudici mostrano rispetto al modello organizzativo nell'attribuire all'ente la responsabilità da reato ai sensi del decreto del 2001, cosicché l'adozione di un *compliance program* non fornirebbe alcuna garanzia di assoluzione all'impresa.

Una forte stimolo, dunque, rispetto all'adozione del modello di gestione del rischio potrebbe venire dal contributo della giurisprudenza sul tema dell'idoneità del modello, che, però, come si è avuto modo di osservare, si mostra ancora restia,

in generale, a esaminare i profili di responsabilità dell'ente nel reato e, in particolare, a eseguire un attento vaglio sul modello organizzativo e sulla sua concreta idoneità a minimizzare il rischio-reato.

Si è visto, infatti, che oltre alla estrema disomogeneità sul territorio nazionale per quanto riguarda l'applicazione giudiziaria della disciplina (in termini di iscrizioni a registro a carico degli enti), anche nelle Procure più attive nel settore, come quella di Milano, si è passati dalle "miserie" venti iscrizioni del 2013 (nonostante i più di dieci anni di vigenza del decreto), alle trentatré del 2015, infine, alle quarantasei del 2016. Sicché, pur se si può evidenziare una tendenza in crescita dal punto di vista dei procedimenti aperti a carico degli enti (incremento del 17% tra l'ultimo e il penultimo anno considerati), tuttavia, continua a rilevarsi un ampio divario tra i reati-presupposto iscritti a registro a carico delle persone fisiche e quelli iscritti a carico delle persone giuridiche (anche qui, può notarsi comunque un miglioramento: nel 2015, nel dipartimento deputato alla criminalità economica, a fronte di settantotto reati a carico di persone fisiche solo otto sono stati, invece, quelli rilevati nei confronti di imprese, ovvero soltanto il 10%; nell'anno successivo, le contestazioni a carico degli enti si sono attestate al 15%, facendo registrare un miglioramento, ma continuando a dimostrare una certa diffidenza o noncuranza dei p.m. rispetto alle contestazioni a carico delle società)⁷.

Oltre a quanto appena osservato, si è anche avuto modo di sottolineare come, nei (rari) casi in cui un procedimento a carico di una società viene aperto, il giudice tenda a formulare le sue conclusioni in ordine alla condanna ovvero all'assoluzione dell'ente senza confrontarsi adeguatamente con il modello organizzativo e la sua idoneità preventiva, come, invece, imposto dagli articoli 6 e 7 del decreto, e ancor meno, nel caso di reato dell'apicale, con l'eventuale allegazione da parte dell'impresa di una fraudolenta elusione del modello stesso commessa in danno al sistema di controlli apprestato dalla società. Si è visto, infatti, sia nelle tre sentenze del caso Impregilo (cui veniva imputato un reato societario), sia nei casi esaminati in cui il procedimento traeva origine da fattispecie colpose *ex* articolo 25-*septies*, e tanto nei casi di assoluzione, quanto in quelli di condanna,

⁷ I dati riportati sono forniti dai "bilanci di responsabilità sociale" pubblicati dalla procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano e consultabili sul sito internet www.procura.milano.giustizia.it/bilancio-sociale.html.

come le motivazioni in relazione ai punti summenzionati, che sono, peraltro, quelli che impegnano più a fondo l'opera interpretativa e logico-motivazionale, nonché quelli in cui si sostanzia la piena colpevolezza dell'ente per cui si giustifica il rimprovero da parte dell'ordinamento, si riducono spesso a formulazioni formalistiche, asettiche e sintetiche; mentre il fulcro della decisione si sbilancia tutto sul polo dell'interesse e vantaggio dell'ente nel reato (in cui, a volte, vengono fatte anche rientrare, anticipandole forse erratamente, considerazioni in ordine alla colpevolezza dell'ente, che, però, attengono al piano degli elementi soggettivi e non di quello oggettivo dell'interesse/vantaggio).

Il risultato di questa diffidenza giurisprudenziale nella completa funzionalità e efficacia del decreto non può che essere una eguale e contraria diffidenza nel ruolo del modello organizzativo da parte delle imprese stesse, come è stato evidenziato dall'indagine statistica di Confindustria; ruolo che nella disciplina italiana, a differenza di quella statunitense da cui trae origine, non agisce solamente sul momento sanzionatorio e, dunque, sull'entità della pena comminata all'ente, bensì, fondando, come visto, la vera colpevolezza della *societas*, agisce anche e in primo luogo sulla decisione di condanna o meno dell'ente.

Altro tassello importante per la progettazione e l'applicazione di un idoneo modello organizzativo potrebbe, poi, venire dalla c.d. “*soft law*”, ossia da quegli strumenti di indirizzo provenienti dalle associazioni di categoria più rappresentative a livello nazionale (si pensi alle Linee Guida di Confindustria o ai Codici di autodisciplina pubblicati da Borsa Italiana s.p.a.). Tali fonti, infatti, pur non avendo valore vincolante per il giudice, rivestono un ruolo importante nell'ambito dei modelli organizzativi e della loro efficacia, dal momento che il legislatore del 2001 ha previsto che tali modelli possono essere adottati anche sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni più rappresentative (su cui il Ministero della Giustizia, a cui questi codici devono essere preventivamente inviati, può, entro trenta giorni formulare osservazioni). Pur non essendo chiara la funzione e il valore della “approvazione” da parte del Ministero e pur riconoscendo, come è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza di legittimità sul caso Impregilo, che da questa non può comunque discendere un “crisma di incensurabilità” del modello che il giudice è tenuto a rispettare, visto anche che la generalità di un siffatto codice

dovrà poi necessariamente “essere calata” nelle singole specifiche realtà aziendali, nondimeno l’intenzione del legislatore è chiaramente quella di fornire a tali fonti un qualche ruolo di indirizzo sia per le aziende, che, altrimenti, si troverebbero alle prese con un impegno troppo gravoso per i propri mezzi (si pensi, in particolar modo, alle PMI), sia per il giudice al momento del vaglio di idoneità del modello organizzativo nel caso concreto che gli si presenti: se si vuole evitare di costruire per le società un sistema di responsabilità “per modo di essere”, bisogna che la colpevolezza sia riscontrata in pieno e che l’esame in ordine all’idoneità del modello sia svolto scrupolosamente e avendo riguardo anche al contesto economico-tecnologico in cui il reato si è verificato. Così, non possono essere del tutto ignorate le linee guida delle associazioni di categoria, rilevando queste almeno come modello generico da adottare, con i dovuti adattamenti, nel tessuto aziendale particolare; come non può essere ignorato il livello di conoscenze – tecniche, mediche, economiche ecc... – per valutare quale sia lo *standard* esigibile all’ente nell’implementazione del proprio modello organizzativo.

Vista, dunque, l’importanza fondamentale, ai fini dell’economia del “sistema 231”, che riveste il modello organizzativo, da questa si spiega anche l’importanza che riveste, nel caso di reato commesso dall’apicale, la clausola dell’elusione fraudolenta, che costituisce lo specifico oggetto d’indagine di questo elaborato.

L’articolo 6 non prende nettamente posizione sullo schema di imputazione del reato all’ente, tanto che gli interpreti lo intendono come un “ibrido” teso tra i due opposti della colpa di organizzazione e della teoria dell’immedesimazione organica, rendendo così il compito ermeneutico di dottrina e giurisprudenza poco agevole.

In ogni caso, sia che si propenda, più problematicamente, per la teoria dell’immedesimazione organica, sia che, forse più correttamente da un punto di vista di conformità ai principi di cui all’articolo 27 della Costituzione, si propenda per la teoria della colpa di organizzazione, l’elusione fraudolenta riveste un peso fondamentale nella decisione finale del giudice sulla condanna o sull’assoluzione dell’ente. Nel primo caso, infatti, la rottura del vincolo che lega la persona fisica a quella giuridica può rinvenirsi solo nella mancanza dell’interesse di quest’ultima

nel reato, mentre l'elusione fraudolenta, come tutti gli altri criteri previsti dalle lettere da *a*) a *d*) del primo comma dell'articolo 6, non essendo un elemento tipico del fatto illecito imputato all'ente, varrebbe solo come mero fondamento di una causa di esclusione della responsabilità, rientrando, per alcuni nella categoria delle cause di non punibilità (e giustificantesi in termini di politica criminale), per altri nella categoria delle cause di esclusione della colpevolezza (in particolare, come scusante positivizzata per inesigibilità). Tale impostazione, che non include la clausola tra gli elementi "positivi" dell'illecito dell'ente, consente così di aggirare il problema della presunta inversione dell'onere probatorio (che sarebbe incompatibile con la presunzione di non colpevolezza costituzionalmente garantita): infatti, classificando gli elementi di cui alle lettere da *a*) a *d*) del primo comma dell'articolo 6 come semplici cause di esclusione della responsabilità e non come elementi positivi dell'illecito, si vede come è certamente possibile (e anzi doveroso) porre l'onere della loro dimostrazione a carico dell'ente, e non del magistrato dell'accusa, senza per questo intaccare la presunzione di non colpevolezza. Nel secondo caso, invece, e cioè a ragionare secondo la teoria della colpa di organizzazione dell'ente, i requisiti di cui al primo comma dell'articolo 6 diventano elementi "positivi" della fattispecie d'illecito che a questo si contesta, *in primis* quello dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo, sicché la mancanza – *rectius*: la mancata dimostrazione in giudizio – di uno di questi requisiti, classificati, dunque, come requisiti di non rimproverabilità per mancanza di colpevolezza, appunto, renderebbe illegittima (se non *contra Constitutionem*) la condanna dell'ente. Secondo questa prospettiva, la clausola dell'elusione fraudolenta, infatti, da una parte sarebbe la dimostrazione plastica di una "spaccatura" tra ente e suo apicale, sicché la condotta illecita del secondo non potrebbe addebitarsi al primo, pena la violazione del principio di colpevolezza di cui al primo comma dell'art. 27 della Costituzione anche nella sua accezione minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui; d'altra parte, questa clausola mostrerebbe come non vi sia stato, da parte della persona giuridica, alcun *deficit* organizzativo (almeno sul versante dell'idoneità del modello organizzativo, ma il *deficit* potrebbe poi essere in concreto rinvenuto anche in altri momenti di applicazione effettiva del "sistema 231", come nella difettosa vigilanza

dell'organismo preposto ovvero nella mancanza di un idoneo sistema sanzionatorio) passibile di rimprovero penale e per cui dichiarare una responsabilità di questa, pena la violazione del principio di colpevolezza nella sua accezione più ampia di divieto di responsabilità per fatto non colpevole.

Ciò può spiegarsi agilmente se solo si riguarda più da vicino la relazione con cui sono legati modello di gestione del rischio-reato e sua fraudolenta elusione, relazione “biunivoca” in cui entrambi i termini sono, in qualche modo, presupposto l'uno dell'altro e in cui il primo è, altresì, oggetto del secondo. Infatti, se è vero, da un lato, che il comportamento fraudolento dell'apice potrebbe indiziare la sussistenza e l'idoneità del modello – potendosi inferire dalla necessità di una particolare condotta di aggiramento, da parte della persona fisica che voglia commettere un reato, l'esistenza di un sistema di regole e meccanismi di controllo idonei tendenti a minimizzare proprio il rischio che un reato venga consumato – è altrettanto vero, dall'altro, che la “rettitudine” della società – nel senso di una sua conformità alle prescrizioni del decreto e, dunque, della predisposizione di un *compliance program* adeguato allo *standard* richiesto dal decreto stesso per la minimizzazione del rischio-reato – obbliga l'apicale che volesse commettere un reato, pur nell'interesse dell'ente, a dover aggirare le misure predisposte dalla persona fisica per evitare che ciò avvenga e, peraltro, a doverlo fare con particolare scaltrezza, arrivando a “frodare” il sistema altrimenti virtuoso messo in piedi dall'ente; sicché anche il modello di organizzazione e gestione può dirsi, a sua volta, presupposto dell'elusione fraudolenta dell'apicale.

Di più: se “eludere” vuol dire aggirare o anche semplicemente violare una norma, bisogna capire quale debba essere la norma che viene appunto elusa dal vertice societario per portare a termine il proprio proposito criminoso. Ebbene, è in questo senso che il *compliance program*, oltre a essere il presupposto dell'elusione fraudolenta, ne è anche l'oggetto: la condotta elusiva della persona fisica deve essere diretta all'aggiramento di una regola del modello 231 predisposto dall'ente, sia essa una norma di cautela sostanziale, specifica per il reato poi commesso dall'apicale, una regola di cautela procedurale (che pur non essendo specifica per quel determinato reato, tende alla minimizzazione di ogni comportamento criminoso cercando di intercettare in una fase prodromica i momenti criminogeni e

ad annullarli – si pensi, ad esempio, alla regola della segregazione delle funzioni) ovvero una regola di controllo. A tal proposito, è d'uopo accennare anche al ruolo fondamentale dell'organismo di vigilanza, che nella relazione di fraudolenta elusione, da parte dell'apicale, del modello organizzativo, interviene come soggetto passivo della condotta ingannevole della persona fisica.

L'elusione fraudolenta, in questo modo, oltre che criterio di collegamento tra reato e modello organizzativo e antecedente causale e strumentale della commissione del reato stesso, si pone altresì come controprova dell'idoneità del modello stesso. Secondo la dottrina e la giurisprudenza più attente a ricostruire il sistema di responsabilità degli enti in termini conformi alle prescrizioni costituzionali, infatti, sebbene non si possa tacere del fatto che l'articolo 6 del decreto desti alcune perplessità sul versante probatorio, tuttavia, non può concludersi per una vera e propria inversione dell'onere probatorio, che presenterebbe, appunto, profili di illegittimità costituzionale rispetto alla presunzione di non colpevolezza di cui al secondo comma dell'articolo 27, bensì soltanto di una *praesumptio iuris tantum*. Secondo tale presunzione, qualora il reato venga commesso da un apicale, in considerazione del fatto che il legame che lo vincola all'ente, è più intenso rispetto a quello dei sottoposti, l'ente è effettivamente responsabile; tuttavia, quest'ultimo può comunque vincere la presunzione anche soltanto allegando il fatto che l'apice, ai fini del proprio proposito criminoso, abbia eluso fraudolentemente un modello idoneo e adeguato (non serve, dunque, la piena prova, ma alla società è richiesta una semplice allegazione). Il modello, allora, potrà dirsi idoneo quando all'apicale sarà necessario utilizzare profili di fraudolenza al momento della violazione: lo *standard* dell'idoneità del modello nel caso di reato dell'apicale sarebbe, dunque, più elevato e si appunterebbe su un modello tale che, per essere eluso, richiede un qualcosa in più nella condotta della persona fisica, che, pur probabilmente non arrivando all'estremo degli artifici e dei raggiri di cui si connota la fattispecie della truffa, richiede comunque un *quid pluris* da ricercare nel panorama della fraudolenza. In questo, cioè nella necessaria elusione fraudolenta di un modello idoneo secondo quanto appena detto, starebbe anche la prova della mancanza di *deficit* organizzativi da parte della persona giuridica, la cui responsabilità potrebbe comunque, però, rinvenirsi in altro, come nella mancata

vigilanza dell'organismo a ciò preposto o nella mancata predisposizione di un sistema disciplinare e sanzionatorio.

Per quanto riguarda, invece, la fraudolenza, che deve connotare lo schema elusivo del vertice rispetto alle regole del modello e contro la vigilanza dell'OdV, una prima conclusione è quella che la sua previsione come predicato della condotta elusiva opera restringendo il campo di applicabilità della clausola di esonero da responsabilità (ovvero della causa di non rimproverabilità): non basta, infatti, perché l'ente sia ritenuto non punibile ovvero non rimproverabile, che l'apicale abbia eluso il protocollo, ma è altresì necessario che abbia messo in atto questa elusione con una nota di fraudolenza. L'asticella, lo *standard* di diligenza che si esige dall'ente, come detto, in questo caso si sposta verso l'alto: non tutte le ipotesi di elusione valgono a scagionare l'ente, ma tra queste si selezionano come effettivamente scusanti (o rilevanti nel senso di una non colpevolezza dell'ente) solo quelle connotate da fraudolenza. Si capisce, dunque, l'importanza fondamentale che ha a questo punto l'interpretazione di questo predicato, da cui dipende, in ultima analisi, la possibilità dell'ente di potersi scagionare in caso di reato commesso dall'apicale.

Le due tradizionali interpretazioni della fraudolenza non riescono a risultare pienamente soddisfacenti, lasciando entrambe irrisolti alcuni problemi. La teoria oggettiva, infatti, che pone l'accento sulle modalità della condotta elusiva, che, pur non dovendo arrivare a integrare i criteri degli artifici e dei raggiri, deve comunque mostrare, nei suoi profili modali, un livello di scaltrezza non comune, sbilancerebbe troppo l'impianto in favore dell'accusa, dovendo l'ente provare, o anche solo allegare, le caratteristiche modali fraudolente con cui il soggetto attivo apicale ha posto in essere l'elusione del modello tramite la quale ha poi potuto attuare il proprio proposito criminoso; cosa davvero poco agevole (arrivando a integrare quasi una *probatio diabolica*) nel caso, di assai frequente verifica, in cui l'apicale imputato del reato sia un vertice societario come, ad esempio, il presidente del consiglio di amministrazione o un amministratore delegato (in questo caso si richiederebbe all'ente una serie di meccanismi di controllo e di vigilanza, anche procedurali, davvero troppo onerosi e che imbriglierebbero anche l'ordinaria gestione della società). Poiché a ragionare così si finirebbe a ridurre gli spazi di

impunità e non rimproverabilità che pure la legge vuol concedere agli enti (pervenendo a una inoperatività pressoché completa della fattispecie di esonero), la soluzione avanzata da parte della dottrina sarebbe quella di ritenere assolto l'onere probatorio da parte della persona giuridica con la semplice prova (o allegazione) dell'elusione del modello; d'altronde, si dice, una nota di fraudolenza sarebbe già insita nel concetto stesso veicolato dal verbo "eludere". Tuttavia, a parte la non risolutività della proposta, che non farebbe altro che spostare il requisito della fraudolenza dall'avverbio al verbo, questa si dimostra anche non accettabile in quanto sembrerebbe prevedere una *interpretatio abrogans* di un requisito, ritenuto un semplice pleonasma, che invece la legge ha previsto come necessario, facendo così perdere alla clausola in esame quel ruolo di selettività che le è proprio.

D'altro canto, anche l'interpretazione soggettiva non pare priva di criticità: focalizzandosi, infatti, sull'elemento psicologico che sorregge la condotta dell'agente, si pone, in primo luogo, il problema di chiarire in cosa debba consistere la fraudolenza dal punto di vista soggettivo. Secondo alcuni si tratterebbe dell'*animus nocendi*, che però si verrebbe qui a scontrare con il necessario e prodromico interesse, che deve essere riscontrato in capo all'ente, nella commissione del reato; secondo altri esso consisterebbe nell'*animus lucrandi*, cosa che, tuttavia, avrebbe il contro di far rientrare, nell'elemento oggettivo di cui all'articolo 5, quei profili psicologici a questo estranei; un'altra interpretazione, infine, la propone come *animus decipiendi*, il quale presupporrebbe però quegli stessi problemi di accertamento rilevati in merito all'interpretazione oggettiva. La soluzione potrebbe essere anche qui quella di attribuire alla fraudolenza in senso soggettivo il significato minimale di esclusione del dolo eventuale: l'elusione sarebbe, quindi, fraudolenta qualora sorretta dall'elemento psicologico del dolo intenzionale o diretto. Anche in questo caso, però, e pur supportati dall'*argumentum libertatis* del *favor rei*, si perderebbe la funzione selettiva della clausola, giungendo, in pratica, all'espunzione dell'avverbio dalla disposizione (anche qui, tramite un'interpretazione abrogatrice dell'elemento), in violazione del principio di legalità.

Per tentare di dare soluzione a questi problemi ermeneutici, vi è stato, infine, chi⁸, pur consapevole di allontanarsi dal significato lessicale della fraudolenza tanto da attribuirgliene uno quasi enantiosemico, ha proposto di intendere la clausola nel senso di “elusione non concordata”. Partendo, infatti, dallo scenario pratico in cui il reato sia frutto di un accordo collusivo tra ente e suo apicale che prevede non solo la commissione del reato, ma anche che esso venga preceduto logicamente e cronologicamente dall’elusione fraudolenta del modello, si vede come le due teorie tradizionali non riescano a soddisfare pienamente: queste, infatti, non riuscirebbero a “catturare” nelle proprie maglie le ipotesi della c.d. “*mise en scène*”, in cui dietro una maschera di apparente piena legalità della società si cela, in realtà, un proposito criminoso condiviso e progettato dalla prima e dal suo vertice, che, previo un accordo collusivo, “inscenano” la fattispecie di esonero *ex primo comma* dell’articolo 6 completa di tutti i suoi elementi. In questo caso, l’ente sembrerebbe aver rispettato tutti i parametri previsti dalla norma e, in più sembrerebbe essere stato “tradito” dall’agire infedele del vertice sostanziandosi nelle modalità ovvero nell’*animus* fraudolenti di quest’ultimo, dovendosi così concludere per la non punibilità o non colpevolezza della persona giuridica. E tuttavia tutto ciò sarebbe mera apparenza e, invero, l’ente qui si dimostrerebbe colpevole nel massimo grado del dolo avendo “previsto” e “voluto” il reato e essendosi altresì adoperato per coprire le proprie tracce. La c.d. “terza via” ha il pregio di rilevare anche queste ipotesi e, dunque, di riuscire a evitare che l’ente possa “farla franca” tramite tale “*mise en scène*”: pur avvicinandosi alla teoria soggettivistica, con cui condivide l’attenzione sull’elemento psicologico della rottura del “patto” di lealtà tra apicale infedele e ente, riesce a far emergere anche i casi appena analizzati di schema collusivo tra i due soggetti, sicché l’unica elusione valida affinché venga integrato il requisito di cui alla lettera c) del primo comma dell’articolo 6 è quella che non sia stata previamente concordata e progettata da questi – potremmo dire – “in frode” alla legge stessa. La persona giuridica, quindi potrebbe andare esente da pena o da rimprovero penale solo quando l’elusione del suo apicale non sia stata da questa voluta, pianificata e poi attuata tramite la messa in scena.

⁸ TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 80 ss.

In questo scenario, di per sé già poco chiaro, è intervenuta poi la riforma che ha introdotto nel catalogo dei reati presupposto anche talune fattispecie colpose. Nonostante tale intervento legislativo abbia finalmente posto fine a un vuoto di tutela fortemente avvertito da tutto il sistema giuridico nonché dalla società civile (in particolare, riguardo ai casi di morti e lesioni bianche, ossia alle fattispecie colpose di omicidio e lesioni personali sul lavoro) e abbia, altresì, rimediato alla violazione della delega del legislatore del 2000 per difetto, dal momento che la legge n. 300 prevedeva già alcune fattispecie-presupposto colpose, tuttavia, la mancanza di un coordinamento tra i nuovi reati e la parte generale del decreto ha posto dei problemi, in particolare con il criterio imputativo oggettivo dell'interesse/vantaggio dell'ente nel reato e con quello soggettivo dell'elusione fraudolenta, che è toccato alla dottrina e alla giurisprudenza risolvere.

Quasi unanimemente e pur con diversità di accenti, si ritiene, quanto alla prima questione, che il criterio dell'interesse/vantaggio dell'ente, declinato nelle differenti opzioni soggettiva o oggettiva e dando preminenza all'uno piuttosto che all'altro, non debba riferirsi alla fattispecie completa di tutti i suoi elementi tipici (non si vede come potrebbe andare a vantaggio dell'ente la morte di un proprio lavoratore), bensì piuttosto alla violazione della normativa antinfortunistica, rilevante per l'ente in termini di risparmio di costi, snellimento delle procedure cautelari ovvero velocizzazione dei tempi produttivi. A questa interpretazione, maggioritaria pure in giurisprudenza, si è però obiettato che questa si risolverebbe in una analogia *in malam partem*, dal momento che l'articolo 5 stabilisce a chiare lettere che l'interesse/vantaggio dell'ente deve essere nel reato nel suo complesso, quindi comprensivo di tutti i suoi elementi tipici; sicché l'operatività delle nuove fattispecie colpose sarebbe condizionata a un necessario intervento coordinativo del legislatore.

Per quanto riguarda, invece, la seconda questione, il discorso pare più articolato e complesso. Anche in questo caso, una prima tendenza maggioritaria in dottrina, non sembra rilevare particolari incompatibilità tra la clausola dell'elusione fraudolenta e le fattispecie colpose: si dice che l'illecito dell'ente, diverso da quello della persona fisica, è indifferente all'elemento psicologico della colpa o del dolo prevista dal reato-presupposto per la sua integrazione da parte del soggetto agente:

la colpevolezza dell'ente sta nel *deficit* organizzativo che ha generato le precondizioni per il reato (doloso o colposo) della persona fisica, rifacendosi, dunque, allo schema del reato colposo di evento. Sicché, l'elusione fraudolenta sarebbe perfettamente compatibile con l'ipotesi di colpa cosciente e con quelle di colpa per imprudenza o negligenza, in cui il soggetto attivo apicale, pur non volendo l'evento di danno del reato, viola la norma cautelare del modello organizzativo eludendola fraudolentemente e, dunque, rappresentandosi e intendendo commettere la violazione stessa. Ora, oltre al problema – se si vuole, opposto – della irresponsabilità della persona giuridica quando invece la violazione sia avvenuta con dolo intenzionale (dunque, accettando il rischio di verifica dell'evento di danno) poiché mancherebbe, nel caso di specie, una fattispecie-presupposto congruente (non è infatti prevista nel catalogo la fattispecie di omicidio doloso del lavoratore), rimane il problema delle ipotesi non connotate da colpa cosciente, bensì da colpa incosciente, nonché di quelle di colpa per imperizia. In questo caso, dunque, nel caso in cui non vi sia nella persona fisica la consapevolezza della violazione della norma del modello organizzativo, non si vede dove potrebbe rinvenirsi la fraudolenza nella condotta elusiva dell'apicale; sicché delle due l'una: inoperante la clausola *de qua*, o si ritiene che il legislatore abbia inteso lasciare questi casi a una forse irragionevole irrilevanza penalistica, secondo il principio di frammentarietà, e, dunque, l'ente non sarà da ritenere rimproverabile poiché si esclude, almeno sul versante dell'adeguatezza del modello, una sua colpa organizzativa, o si ritiene che in questo caso, all'ente non sia stata data alcuna possibilità di dimostrare la propria non colpevolezza, con la conseguenza che la persona giuridica non avrà *chances* per dimostrare la propria innocenza andando incontro alla sentenza di responsabilità che *ictu oculi* apparirebbe, a questo punto, senz'altro di tipo oggettivo.

Cercando di pervenire a una soluzione interpretativa del connotato della fraudolenza che valga anche nelle ipotesi in cui l'apicale non abbia neppure la coscienza dell'elusione della regola cautelare disposta dal protocollo organizzativo, vi è stato chi ha ritenuto di rinvenirla nel concetto di frode elaborato nel diritto

alimentare, in particolare in proposito di quelle fattispecie di pericolo comune mediante frode presenti nel codice penale anche in forma colposa⁹.

In questo caso, la decettività tipica della fraudolenza, più che nelle modalità di condotta o nell'elemento soggettivo dell'agente, si rinviene nell'oggetto (l'alimento o la bevanda nel caso del diritto alimentare) per mezzo del quale il reato viene commesso. La fraudolenza sarebbe, quindi, una caratteristica di decettività intrinseca e occulta dell'oggetto strumentale del reato che, ingannando il soggetto passivo, ne tradisce l'affidamento a che le sostanze commercializzate non nuocciano alla propria salute; sicché, trasponendo tali conclusioni sulla responsabilità degli enti, l'elusione fraudolenta del modello organizzativo altro non sarebbe che quell'elusione "inaspettata e occulta" di questo che tradisce l'affidamento della persona giuridica a che il suo apicale si comporti con correttezza e lealtà nella sua attività gestoria. Anche qui, però, la *societas* dovrà o dimostrare l'effettiva decettività nella violazione che non potrà che rinvenirsi almeno nella consapevolezza dell'apicale di violare la prescrizione del protocollo organizzativo, di talché, e tornando al punto di partenza, si riproporranno i problemi già esaminati in ordine ai casi di colpa incosciente, ovvero, ritenendo la fraudolenza integrata ogniqualvolta l'apicale rompa l'affidamento dell'ente nell'agire corretto dei suoi vertici, si dovrà ritenere integrata la clausola dell'elusione fraudolenta in tutti i casi di elusione da parte dell'apicale di una regola del modello di gestione del rischio, perdendosi, di conseguenza, anche in questo caso, il ruolo selettivo che il legislatore ha affidato all'avverbio "fraudolentemente".

Inoltre, a ragionare così, si perderebbe quella unitarietà interpretativa del concetto di fraudolenza, finendo per differenziare una nozione che il legislatore vuole unitaria, in base all'elemento esteriore e accidentale del reato commesso dall'apicale.

Per ricomporre tale "frattura", si è tentato di verificare se la c.d. "terza via" interpretativa potesse offrire qualche spunto risolutivo ulteriore. Secondo questa teoria l'ente, per disculparsi, dovrebbe dimostrare l'elemento positivo dell'elusione della regola di cautela del modello da parte dell'apicale e quello negativo della

⁹ GARGANI, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 1939 ss.

mancanza di un previo accordo collusivo sulla *mise en scène*. Nel caso di condotta dell'apicale commessa con colpa cosciente ben potrà esservi stata la progettazione concordata tra persona giuridica e suo vertice di una violazione della regola del protocollo organizzativo e starà alla prima dimostrarne l'insussistenza. Negli altri casi, invece, stante l'impossibilità logica di pensare una violazione inconsapevole preceduta da un accordo sulla violazione stessa, sarà giocoforza ritenere che lo schema collusivo non si sia mai realizzato, cosicché la prova della mancanza di questo sarebbe *in re* e automatica.

Tutto questo, dal punto di vista della dottrina.

La giurisprudenza, invece, come visto, forse per una malcelata diffidenza nei confronti del "sistema 231" e, in particolare della fattispecie di cui al primo comma dell'articolo 6, il più delle volte ha evitato di indagare a fondo sulle questioni oggetto di questo elaborato. In primo luogo, almeno fino alle pronunce più recenti, la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, ha sempre dimostrato di far fatica a emanciparsi dal paradigma imputativo dell'immedesimazione organica, così tendendo a dare maggior peso in motivazione ai criteri oggettivi di collegamento dell'interesse e del vantaggio di cui all'articolo 5, piuttosto che a quelli soggettivi di cui all'articolo 6 e 7 e a ritenere l'elusione fraudolenta più come mero fondamento di una causa di non responsabilità (in quanto esimente o scusante positivizzata ovvero causa di non punibilità), che non come elemento soggettivo (negativo) della fattispecie dell'illecito dell'ente che ne escluderebbe la rimproverabilità stante il suo rilievo come mancanza di una colpevolezza organizzativa della società. Dimostrazione evidente di tale modo di ragionare può aversi nella vicenda Impregilo: le pronunce di primo e secondo grado, pur mancando di effettuare un attento vaglio sul ruolo e sulla vigilanza dell'OdV e pur ritenendo, forse troppo semplicisticamente, integrata l'elusione fraudolenta da parte dei vertici societari per mezzo di una semplice e frontale violazione della procedura formalizzata nel modello organizzativo, avevano il pregio, comunque, di valutare attentamente l'idoneità e l'adeguatezza delle misure predisposte dall'ente per la gestione e per la minimizzazione del rischio-reato, accendendo i riflettori, in particolare, sul contesto storico, tecnologico, economico e sociale in cui la fattispecie concreta aveva trovato verifica, dando, altresì, il giusto risalto alle

linee guida e alle *best practices* formalizzate dai codici di autodisciplina delle associazioni di categoria più rappresentative; tuttavia, i risultati raggiunti da questa giurisprudenza di merito sono stati “spazzati via” dalla pronuncia di legittimità, che, non tenendo affatto conto di queste fonti di *soft law*, ha ritenuto il modello non idoneo e, soprattutto, non integrata la fattispecie di esonero dell’elusione fraudolenta dalla semplice violazione di una regola di cautela formalizzata nel protocollo. Infatti, pur non richiedendo necessariamente la commissione tramite artifici o raggiri (come richiede, invece, la fattispecie di truffa, archetipo delle nozioni di frode e fraudolenza), l’elusione fraudolenta deve comunque mostrare una «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola»¹⁰, rivolta in danno dei soggetti della struttura aziendale preposti alla vigilanza e al controllo sul rispetto dei protocolli. Il *deficit* che la sentenza riscontra e nelle regole di cautela e nel sistema di controllo, tuttavia, è difficilmente ascrivibile a una responsabilità dell’ente, considerato che il fatto avveniva a pochi mesi dall’entrata in vigore della nuova disciplina, considerato che la società si era conformata in tempo *record* non solo alle prescrizioni legislative, ma anche a quanto proposto da Confindustria e Borsa Italiana s.p.a. nelle loro linee guida, e soprattutto considerato che non fosse rimproverabile la società per colpa organizzativa (intesa in senso pregnante) non essendo (probabilmente) esigibile una sua differente organizzazione tale che avrebbe potuto evitare la commissione del reato verificatosi.

Allo stesso modo, anche nel caso di fattispecie colpose, tutto il *focus* è spostato sul criterio oggettivo dell’interesse/vantaggio (in cui, talvolta, vengono fatti rientrare anche profili psicologici connaturati alla colpevolezza dell’ente che, però, non avrebbero cittadinanza nei criteri imputativi di cui all’articolo 5), con ben poca attenzione, invece, sulla colpa organizzativa e sull’elusione fraudolenta. Quest’ultima si reputa, in modo forse troppo semplicistico, compatibile con la struttura colposa delle fattispecie *de qua*, essenzialmente ritenendo che essa debba atteggiarsi alla mera condotta elusiva dell’apicale e non all’evento colposo di danno del reato¹¹.

¹⁰ Così Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, cit., 7 s.

¹¹ Sul punto cfr., in particolare, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit.

Per dirla con un'acuta dottrina, in questi vent'anni di vigenza si è assistito al «fallimento della 231 nella prassi giurisprudenziale»¹², che ha mancato di vagliare l'adeguatezza dei modelli nonché di fornire utili indicazioni sul tema della idoneità di questi alle aziende. Ciò è dovuto, in particolare, alla scarsa casistica, alla tendenza della magistratura, fin dalla contestazione dell'illecito, a rilevare l'inidoneità del modello senza, tuttavia, identificare puntualmente la carenza organizzativa e, ancor più precisamente, la cautela mancante, e, infine, all'esiguità delle pronunce della Suprema Corte sul punto. Oltre, però, a casi in cui il sindacato carente dei giudici si è tradotto in pronunce apodittiche sul *deficit* organizzativo del modello, senza che fosse debitamente specificata la mancanza da parte dell'ente¹³, si segnalano, altresì, recenti pronunce in cui la Cassazione ha sottolineato come sia compito del giudice di merito valutare l'idoneità e l'efficace attuazione del modello, nonché pronunce in cui si avverte limpidamente il tentativo dei giudici di assolvere in maniera compiuta all'onere di motivare la carenza organizzativa in cui si sostanzia l'illecito dell'ente¹⁴.

Da tutto ciò emerge quali possano essere gli spunti per successive trattazioni del tema che non si è avuto modo di ricercare adeguatamente nei limiti del presente elaborato. Innanzitutto, sarebbe utile analizzare le pronunce giurisprudenziali più recenti, ricercando in esse segni di una evoluzione dei giudici verso un'interpretazione del sistema complessivo della responsabilità degli enti più conforme ai principi costituzionali in materia penale e che si emancipi definitivamente dalla teoria dell'immedesimazione organica per approdare a una più salda convinzione sulla bontà dell'imputazione per colpevolezza organizzativa. Nel far ciò, un'attenzione particolare dovrà necessariamente essere rivolta all'elusione fraudolenta del modello, sia in quanto segno della non responsabilità dell'ente, o meglio di una sua non rimproverabilità per mancanza di colpevolezza, sia come *standard* di idoneità del modello stesso, ai criteri e alla prospettiva secondo cui effettuare il vaglio di adeguatezza delle regole del modello e, correlativamente, al ruolo della *soft law* prodotta e delle *best practices* formalizzate

¹² Così GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 267.

¹³ Cfr. Trib. Milano, G.i.p. Salvini, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2004, 434 ss.; Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, cit.

¹⁴ V. G.u.p. Roma, 22 gennaio 2019, n. 125, caso Bonatti, cit.

nelle linee guida pubblicate dalle associazioni di categoria più rappresentative, rilevando quelle più comuni nei vari settori merceologici. Un interessante spunto in proposito può essere anche quello che ci perviene da oltreoceano e dalle *Guidelines* del *Department of Justice* americano, indirizzate ai *prosecutors* per la loro attività giudiziaria¹⁵.

Altra interessante linea di indagine potrebbe essere quella di rilevare le *leges artis* più comuni nonché quelle più idonee previste dai modelli di gestione del rischio delle aziende dei vari settori merceologici, in base alle quali rilevare uno *standard* accettabile che possa essere di indirizzo per le altre imprese e per i giudici.

Infine, sarebbe altresì opportuno uno studio puntuale dei progetti di riforma avanzati in ordine alla responsabilità degli enti (in particolare, il progetto presentato dall'Arel e la proposta di legge n. 3640 a firma dell'Onorevole Della Vedova), tendenti a fare chiarezza su alcuni degli aspetti ancora nebulosi del decreto del 2001 (come la pretesa inversione dell'onere probatorio, la clausola dell'elusione fraudolenta e il ruolo da attribuire alle linee guida delle associazioni di categoria), tramite, ad esempio, l'istituzione di una procedura di attestazione preventiva dell'idoneità del modello; nel fare ciò, sarebbe interessante anche guardare attentamente agli esempi stranieri più virtuosi¹⁶.

Ciò che, in ogni caso, sembra emergere da quanto detto finora è che rimangono alcuni aspetti oscuri della disciplina della responsabilità da reato degli enti, i quali, per l'importanza e la preminenza, hanno alimentato in questi anni, con le connesse difficoltà di accertamento e la connessa aleatorietà delle pronunce giurisprudenziali, sia nel mondo giuridico, che in quello economico-impresoriale, una forte richiesta di intervento legislativo, se non di riforma complessiva, quanto meno di modifica negli aspetti fondamentali, che vada nel senso di una maggiore chiarezza e semplificazione.

¹⁵ Si veda Ruggiero, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, cit.

¹⁶ Uno su tutti la recente legge cilena del 2 dicembre del 2009, n. 20.3932.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Anal. giurid. dell'ec.*, 2009, 2, 187.

ABRIANI N., GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2012, 3, 189.

ABRIANI N., GIUNTA F., *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 3, 261.

AITA A., *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del modello o mera clausola esimente?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 3, 253.

ALDROVANDI P., *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 2007, 4, 571.

ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Ind. pen.*, 2009, 495.

ALESSANDRI A., *Commento all'art. 27, comma 1° Cost.*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1989.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 56.

ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, 25.

ALESSANDRI A., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, 337.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2012.

ALESSANDRI A., *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in COMPAGNA F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 251.

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *La responsabilità degli enti collettivi*, in *Diritto penale commerciale*, vol. I, Torino, 2018, 87.

AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 4, 941.

AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 151.

AMARELLI G., *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche": la legge n. 123 del 2007*, in *Studium Iuris*, 3, 2008, 3, 255.

AMARELLI G., *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.la legislazione penale.eu, 23/05/2016.

AMBROSETTI E. M., *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in RONCO M. (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, 183.

AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 323.

ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 247.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 13^a ed., Milano, 2007.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008.

ARENA M., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose*, Milano, 2009.

ASCARELLI T., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 223.

ASSUMMA B., *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, 193.

ASTROLOGO A., "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, 2, 649.

ASTROLOGO A., *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 1003.

AZZALI G., *Osservazioni in tema di frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1, 13.

BARTOLI R., *Sanzioni punitive e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1096.

BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 11, 2565 ss., nota a *Cass. Pen., Sez. Un.*, 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*.

BARTOLOMUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Padova, 2004.

BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO F. C. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 35.

BASTIA P., *I modelli organizzativi*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 197.

BELLACOSA M., *I reati societari e in tema di abuso di mercato*, in LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 471.

BERNARDI A., *Società commerciali e sistema sanzionatorio: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 23.

BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (Art. 7)*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (diretto da), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 256.

BERNASCONI A., *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in ID. (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, 55.

BERNASCONI A., *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in PRESUTTI A., ID., FIORIO C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 75.

BERNASCONI A., *“Razionalità” e “irrazionalità” della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1431, commento a Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677, Impregilo S.p.A.

BERNASCONI A., *L'elusione fraudolenta del modello*, in PRESUTTI A., ID., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 187.

BLAIOTTA R., *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in COMPAGNA F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 153.

BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida al dir.*, 2007, 35, 41.

BRICOLA F., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei Paesi della C.E.E.)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A. (a cura di), vol. II, Milano, 1997, 3065.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, 7 (ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A. (a cura di), vol. I, tomo I, Milano, 1997, 539).

BRICOLA F., *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, in ID., *Scritti di diritto penale*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A. (a cura di), vol. II, Milano, 1997, 2420.

CARACCIOLI I., *La responsabilità delle persone giuridiche e degli enti*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il Corups juris 2000*, Padova, 2004, 151.

CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.

CARMONA A., *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 995.

CARMONA A., *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli di organizzazione*, in *Riv. 231*, 2006, 1, 199.

CASAROLI G., *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 3, 561.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CASTRONUOVO D., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in BASENGHI F., GOLZIO L. E., ZINI A., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2009, 305.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

CENTONZE F., *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems". I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 945.

CERESA-GASTALDO M., *Procedura penale delle società*, in BARGIS M. (a cura di), *Procedura penale "speciale". Manuali*, Torino, 2017.

CERESA-GASTALDO M., *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019.

CHIAVARIO M., *Art. 6. Diritto ad un giusto processo*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (diretto da), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 153.

CIPOLLA P., *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 733.

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 22.

CORDOVANA L., *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2012, 4, 111.

CORI C., *La colpa dell'organizzazione quale criterio di imputazione soggettiva nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in SIRACUSANO P. (a cura di), *Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2007, 235.

COSSEDDU A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *www.dirittoestoria.it*, n. 2, marzo 2003.

CURI F., *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in EAD. (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 127.

DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 88.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE MAGLIE C., *Verso un codice penale europeo: la responsabilità penale delle persone giuridiche*, in CADOPPI A. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova 2002, 64.

DE MAGLIE C., *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, 349.

DE SIMONE G., *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 189.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI G., (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 57.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 657.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 ottobre 2012.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012.

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, 1126.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO C. F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol. IV, Milano, 2008.

DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137.

DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 3.

DOVERE S., *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 97.

DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d. lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 1, 316.

FALCINELLI D., *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa. L'araba fenice della precauzione esigibile*, in *Arch. pen.*, 2011, 1, 1.

FALZEA A., *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA. VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario. Atti della Conferenza organizzata dal Centro Internazionale Ricerche e Studi sociologici, penali e penitenziari*, Milano, 1981, 141.

FARINA M., *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa*, 2004, 2, 138.

FERRUA P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 224.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, vol. 111, Parte I: Giurisprudenza costituzionale e civile, 1385.

FIANDACA G., *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, in ID., DI CHIARA G. (a cura di), *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo secondo, 7^a ed., Bologna, 2015.

FIGLIOLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in LANCELLOTTI G. (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 85.

FIGLIOLA A., *Responsabilità dell'Ente: presupposti oggettivi e soggettivi*, in SEVERINO P., FONTANA F. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Atti del Convegno Luiss Guido Carli 7.3.2003, Roma, 2003.

FIGLIOLA A., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 5101.

FIGLIOLA A., *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation". Logic and structure in compliance programs in the corporate criminal liability*, in ID. (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, Napoli, 2012, 373.

FIGLIOLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in COMPAGNA F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 267.

FLICK G. M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Riv. soc.*, 2010, 6, 1294.

FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1398.

FOFFANI L., *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in PALAZZO F. C. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 243.

FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 63.

FORTI G., *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *Jus*, 2001, 185.

FRIGNANI A., GROSSO P., ROSSI G., *I modelli di organizzazione previsti dal D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, 2002, 143.

FUSCO E., FRAGASSO B., *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'Organismo di Vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113, nota a *Trib. Milano, sent. 8 novembre 2019, n. 13490*.

GARGANI A., *Le conseguenze indirette della corresponsabilizzazione degli enti collettivi*, in PALAZZO F. C. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 235.

GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, vol. I, Milano, 2008.

GARGANI A., *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: responsabile “per definizione” la persona giuridica?*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1939.

GARGANI A., *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legisl. pen.*, 11.01.2016.

GENNAI S., TRAVERSI A., in *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001.

GENTILE G., *Incidente sul lavoro e interesse dell’ente*, in *Corr. mer.*, 2012, 169, nota a *Trib. Cagliari, sent. 4 luglio 2011 (dep. 13 luglio 2011)*, G.u.p. Altieri, Saras s.p.a.

GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1.

GIUNTA F., *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 39.

GROSSO C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, 707.

GROSSO C. F., *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333, nota a *G.i.p. Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.

GULLO A., *Considerazioni generali ed evoluzione storica*, in LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 353.

GULLO A., *I modelli organizzativi*, in LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 241.

GULLO A., *I reati contro la pubblica amministrazione e la tutela dell'attività giudiziaria*, in LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 423.

GULLO A., *I reati informatici*, in LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 381.

GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006.

IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2008, 2, 57.

IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa –codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, 693.

LATTANZI G., *Intervento*, in PALAZZO C. F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 291.

LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010.

LATTANZI G., SEVERINO P. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021.

LECCESE M., *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d.lgs. n. 231 del 2001)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1191.

LOTTINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D. Lgs. N. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 4, 879.

MANGANO P., *Frode e truffa nel processo*, Milano, 1976.

MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 501.

MANNA A., *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1104.

MANZONI F., *La responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*, in MONESI C. (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 16.

MARINI G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 1999.

MARINUCCI G., "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in PALAZZO F. C. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003, 297.

MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2, 445.

MASULLO M. N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012.

MAZZACUVA N., *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Padova, 2004.

MELCHIONDA A., *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina della responsabilità degli enti collettivi*, in PALAZZO F. C. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002*, Padova, 2003.

MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 3, 69.

MONGILLO V., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, 4, 105.

MONTALENTI P., *I Management contracts*, in GALGANO F. (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario. Trattato*, Torino, 1998, 3.

MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999.

MUSCO E. (con la collaborazione di MASULLO M. N.), *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

NAPOLEONI V., *Le vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 283.

PADOVANI T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 13.

PAGLIARO A., voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 1040.

PALAZZO F. C., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 338.

PALAZZO F. C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005.

PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725, nota a *C. Cost.*, sent. 14 aprile 1980, n. 50.

PALIERO C. E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894, nota a *C. EDU*, sent. 21 febbraio 1984, Oztürk.

PALIERO C. E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 49.

PALIERO C. E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili strutturali e sistematici*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 21.

PALIERO C. E., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516.

PALIERO C. E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le soc.*, 2010, 4, 476, commento a *Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa*.

PALIERO C. E., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA. VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, suppl. al n. 12, 5.

PALIERO C. E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo "de profundis"?*, in *Le Soc.*, 4, 2014, 474.

PALIERO C. E., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Soc.*, 2015, 11, 1285.

PALIERO C. E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 167.

PANSARELLA M., *Proposta di legge n.3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 1, 163.

PASCULLI M. A., *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005.

PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 186.

PECORELLA G., voce *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1965, 634.

PEDRAZZI C., *Il fine dell’azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 261, nota a *Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza*.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in ID., *Diritto penale*, vol. II, 3.

PELISSERO M., *Disposizioni sostanziali*, in ID., FIDELBO G., *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 575.

PELISSERO M., *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, 13^a ediz. a cura di GROSSO C. F., Milano, 2007, 845.

PERINI A., *Art. 25 ter. La responsabilità delle persone giuridiche in ambito penale societario*, in BORSARI R. (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 291.

PESCI S., *Violazione del dovere di vigilanza e colpa per organizzazione alla luce dell’estensione alla sicurezza del lavoro del d.lg. n. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 3967.

PIERGALLINI C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 65.

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 3, 571.

PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 211.

PIERGALLINI C., voce *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in GIUNTA F. (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Milano, 2008, 112.

PIERGALLINI C., *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 153.

PIERGALLINI C., *Colpa di organizzazione e impresa*, in DONINI M., ORLANDI R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.

PISANI N., *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in D'AVIRRO A., DI AMATO A. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, 88.

PIVA D., *Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: questo 'sconosciuto'*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 2, 89.

PRADEL J., *La responsabilité des personnes morales en France*, in PALAZZO F. C., (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi* (Atti del convegno 15-16 marzo 2002, Firenze), Padova, 2003, 72.

PRESUTTI A., BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018.

PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415.

PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, VI, 2002, 958.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Torino, 2014.

RAPELLI V., *La responsabilità degli enti nel d. lgs. 231 del 2001 tra modello penale e modello amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1197.

RICCIO G., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991.

RIVERDITI M., *La responsabilità degli enti: un crocevia fra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009.

RIVERDITI M., *“Interesse o vantaggio” dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza*, in *Arch. Pen.*, 2011, 2, 391.

ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1036.

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 395.

RONCO M., voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXXI, Torino, 2003, 5.

RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 1299.

RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004, 194.

RUGGIERO G., *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015.

SALAFIA V., *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a. da responsabilità amministrativa*, in *Le soc.*, 2010, 4, 485.

SALAFIA V., *Il commento*, in *Le soc.*, 2013, 970, nota a *Corte d'App. Milano, sent. 18 giugno 2012*.

SALAFIA V., *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, in *Le soc.*, 2014, 478 ss.

SALCUNI G., *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell'elusione fraudolenta*, in BORSARI R. (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 111.

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1989.

SANTANGELO L., *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e di "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 03/03/2014, nota a *Cass. pen.*, sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677.

SANTORIELLO C., *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, 3, 55.

SANTORIELLO C., *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, 1, 165.

VON SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, vol. II, Torino, 1900.

SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006.

SCOLETTA M., *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Soc.*, 2010, 1116, commento a *Trib. Trani*, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, *Truck Center e altri*.

SCOLETTA M., *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in CANZIO G., CERQUA L.D., LUPARIA L., (a cura di), *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, vol. I, Padova, 2014, 861.

SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.

SELVAGGI N., *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 509.

SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018, 31.

SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE F., MANTOVANI M. (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 70.

SGUBBI F., *Manipolazione del mercato*, in ID., FONDAROLI D., TRIPODI A. F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 71.

SIGISMONDI A., voce *Frode alimentare*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 97.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

SPINELLI A., *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 3, 607, nota a *Trib. Milano, sez. G.i.p., 17 novembre 2009 (dep. 8.1.2010)*.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 2, 459.

STORTONI L., TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 7.

SUTHERLAND E. H., *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987.

TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990.

TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Soc.*, 2001, 1305.

TRINCHERA T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: un'altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?*, in *Dir. pen. cont.*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 31 maggio 2013, nota a *Trib. Torino, sez. I, sent. 10 gennaio 2013*, giud. Marra, *MW Italia s.p.a.*

TRIPODI A. F., *“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”*: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 483.

TRIPODI A. F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013.

VALENZANO A. S., *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, Roma, 2007.

VIGNOLI F., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 907.

VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2009, 2, 97.

VILLANI E., *Alle radici del concetto di “colpa di organizzazione” nell'illecito dell'ente da reato*, Roma, 2012.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999.

VINCIGUERRA S., *La struttura dell'illecito*, in ID., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 1.

VINCIGUERRA S., *Quale specie di illecito?*, in ID., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 183.

VINCIGUERRA S., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004.

VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008.

VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 699.

VIZZARDI M., *Una recente indagine su modelli organizzativi 231 e anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Indagine231.pdf>.

WELLS C. K., *Corporate criminal liability in England and Wales*, in PALAZZO . F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 111.

ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Supplemento a Cass. pen.*, 2003, 6, 31.

GIURISPRUDENZA

Reg. v. The Birmingham and Gloucester Railway Company, 1842, 3 Q.B., 223.

Reg. v. Great North of England Railway Co., 1846, 9 Q.B., 215.

New York Central and Hudson River Rail Road Co. v. U.S., 1909, 212 U.S. 481,
in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>.

C. Cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.

C. Cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it e in
https://www.jstor.org/stable/23181230?seq=1#metadata_info_tab_contents.

C. Cost., sent. 25 marzo 1997 (dep. 8 aprile 1997), n. 85, in *Cass. pen.*, 1998, 1, 3.

Cass., Sez. Un., sent. 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, rv. 222138.

Trib. Roma, sez. G.i.p., ord. 4 aprile 2003.

Cass. pen., sez. VI, sent. 3 marzo 2004, Ribera, in *Cass. pen.*, 2004, 4046.

Trib. Milano, G.i.p. Forleo, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333.

Trib. Milano, G.i.p. Salvini, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2004,
434.

Trib. Milano, sent. 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 528.

Trib. Milano, sent. 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 269.

Trib. Milano, sez. G.i.p., ord. 9 novembre 2004.

Trib. Milano, sent. 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 6, 69.

Trib. Milano, sez. X, ord. 3 marzo 2005.

Trib. Bari, sent. 18 aprile, 2005, in *www.rivista231.it*.

Cass. pen., sez. II, sent. 20 dicembre 2005 (30 gennaio 2006), n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, 74 e in *Soc.*, 2007, 756.

Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, Troso, in *Cass. pen.*, 2007, 2886, nonché in *Le soc.*, 2008, 241.

Cass., pen., sez. VI, 23 giugno 2006 (2 ottobre 2006), n. 32627, La Fiorita s.c.a.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, 88.

Trib. Milano, G.i.p. Varanelli, ord. 18 gennaio 2008.

Trib. Milano, G.i.p. Verga, ord. 24 gennaio 2008.

Cass. pen., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, in *Foro it.*, 2009, 2, 36.

Cass. pen., sent. 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.*, 2010, 1920.

Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2009 (27 marzo 2009), n. 13678, Zaccaria, in *C.E.D. Cass.*, n. 244253.

Cass. pen., sez. VI, sent. 17 luglio 2009 (9 luglio 2009), n. 36083, Mussoni, in *Cass. pen.*, 2010, 1938.

Cass. civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, II, 3127.

Trib. Milano, G.i.p. Manzi, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, in *Le soc.*, 2010, 473.

Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri, in *Le Soc.*, 2010, 1116.

Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover, in *Cass. pen.*, 2010, 1876 e in *Soc.*, 2010, 1243.

Trib. Pinerolo, giud. Reynaud, sent. 23 settembre 2010, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

Trib. Novara, G.u.p. Pezone, 26 ottobre 2010 (1 ottobre 2010), in *Corr. mer.*, 2010, 403.

Cass. pen., sez. III, sent. 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 2556.

Trib. Milano, G.u.p. D'Arcangelo, 3 gennaio 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

Cass. pen., Sez. Un., sent. 23 gennaio 2011, n. 34476, Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, 433.

Trib. Torino, II Corte d'Assise, sent. 15 aprile 2011, Espenhahn e altri, in *Giurispr. mer.*, 2012, 6, 1359.

Trib. Cagliari, G.u.p. Altieri, sent. 4 luglio 2011 (dep. 13 luglio 2011), Saras s.p.a., in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, nonché in *Corr. mer.*, 2012, 169.

Corte d'App. Brescia, 14 dicembre 2011, in *Soc.*, 2012, 1105.

Trib. Tolmezzo, G.u.p. Massarelli, sent. 23 gennaio 2012 (dep. 3 febbraio 2012),
in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

Trib. Monza, sent. 3 settembre 2012, GES.CO.MONT s.r.l.,
in www.olympus.uniurb.it.

Trib. Torino, giud. Marra, sez. I, sent. 10 gennaio 2013, MW Italia s.p.a.,
in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

Trib. Camerino, giud. Potetti, sent. 9 aprile 2013, in www.dejure.it.

Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, in *Dir. pen. cont.*, 03/03/2014, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

C. Cost., sent. 9 luglio 2014, n. 218, in
www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=218

Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (24 aprile 2014), n. 38343, Espenhahn e
altri, in *Giur. it.*, 2014, 11, 2565.

Trib. Parma, sez. del Riesame, 26 maggio 2015.

Cass. pen., 20 gennaio 2016, n. 18168.

Cass. pen., sent. 5 maggio 2016 (dep. 18 dicembre 2016), n. 28557.

Cass. pen., sez. II, sent. 27 settembre 2016 (dep. 8 dicembre 2016), n. 52316, Riva
F.i.R.E. s.p.a.

Trib. Roma, sez. G.u.p., 22 gennaio 2019, n. 125, caso Bonatti.

Cass. pen., sent. 24 settembre 2019, n. 43656, in *CED Cass.*, 277358-01.

Trib. Milano, sent. 8 novembre 2019, n. 13490, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113.

Corte d'App. Firenze, sent. 16 dicembre 2019, n. 3733.

Trib. Milano, sez. II, sent. 12 maggio 2020 (8 novembre 2019), n. 13490, BMPS,
in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113.

Cass. pen., Sez. IV, sent. 26 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 29584
Presidente Dovere, Relatore Cappello.

ALTRA DOCUMENTAZIONE

Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, V, parte I, Roma, 1929, 435.

ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OCSE), *Convenzione per la protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. Convenzione PIF)*, in *GU 316 del 27/11/1995*, 48, consultabile in italiano in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=IT).

ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OCSE), *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione PIF*, in *GU C 221 del 19/07/1997*, 11, consultabile in italiano in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719\(02\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719(02)&from=IT)

Progetto ministeriale di riforma del codice penale – Parte generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 574.

Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.lgs. 231/2001 (31 Marzo 2008), in www.confindustria.it.

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilanci sociali*, in <https://www.procura.milano.giustizia.it/bilancio-sociale.html>.

CONFINDUSTRIA, *Indagine modelli organizzativi 231 e anticorruzione. Aprile 2017*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Indagine231.pdf>.

ASSONIME, *Note e studi 10/2021 – L'organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, in https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/Note-e-studi-10_2021.aspx.

US Federal Sentencing Commission Guidelines, 1991, ultimo aggiornamento nel 2018, consultabili in <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.