

Brevi cenni sull'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice

di *Giandomenico Salcuni*

RELAZIONE AL CONVEGNO “LA GESTIONE DEL RISCHIO COME OPPORTUNITÀ DI CRESCITA AZIENDALE. D. LGS. 231/2001 E LA NUOVA ISO 37001” (FOGGIA, 24 MARZO 2017).

1. Premessa.

L'imputazione soggettiva costituisce un aspetto critico della responsabilità degli enti¹. Il legislatore è ricorso alla concezione normativa della colpevolezza² ed ha preferito dividere i criteri dell'imputazione soggettiva, a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale (art. 6) o da sottoposti (art. 7).

Il reato deve essere, in ultima analisi, espressione di una politica aziendale dolosa che vede di “buon occhio” anche la commissione di illeciti, o quantomeno derivare da una colpa di organizzazione³.

La colpevolezza dolosa dell'ente è però difficilmente riscontrabile nella prassi, anche se non pare del tutto estranea all'impianto normativo del decreto 231, laddove all'art. 16 si fa riferimento ad un ente che è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni. Questa norma si riferisce ad un ente piuttosto refrattario alla cultura della legalità d'impresa. Ad ogni modo, la colpevolezza dolosa è ipotesi residuale e a volte rischia di confondere l'impresa lecita, alla quale il modello si ispira, dall'impresa illecita, alla quale a volte impropriamente il modello è stato esteso⁴.

La colpevolezza colposa è invece la regola nel modello 231, e si estrinseca nel rimprovero all'ente per non essersi dotato di quelle misure adeguate a impedire la

¹ La letteratura sul concetto di colpevolezza dell'ente è sconfinata, si rinvia perciò a due lavori monografici fra i più recenti con specifici richiami anche al diritto comparato, v. V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti del diritto penale*, Bologna, Bup, 2013, *passim.*; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, Pisa, 2012, p. 177 ss.

² Anche sulla distinzione fra concezione psicologica e normativa la letteratura è assai vasta, si rinvia pertanto a M. DONINI, L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, 4°, Giappichelli, Torino, 2012, p. 344 ss.

³ G. DE SIMONE, *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, p. 1883 ss.

⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Mulino, Bologna, 2010, p. 80 ss.

commissione di reati⁵. Parte della dottrina equipara il giudizio di responsabilità in capo all'ente ad una colpa per la "condotta di vita aziendale"⁶.

L'imputazione soggettiva del reato commesso dai sottoposti (art. 7, comma 1) si basa sull'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza⁷, ma in questa sede non ci si occuperà di tale tematica, connotata da un ruolo centrale che assume il modello.

2. Imputazione soggettiva e reato degli apicali.

L'imputazione soggettiva per i reati commessi dagli organi apicali è disciplinata dall'art. 6, che non definisce in positivo i requisiti che fondano la responsabilità dell'ente, ma li prevede in negativo, attraverso una inversione dell'onere della prova⁸. Tale scelta è frutto delle diverse visioni dell'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali all'ente, infatti, v'è chi ritiene che gli apicali agendo in nome e per conto dell'ente esprimerebbero una colpevolezza dolosa dell'ente. Se in effetti il paradigma societario preso come modello è quello con amministratore unico, oppure la piccola e media impresa (tipico del tessuto economico nazionale), allora è evidente che il reato commesso è espressione della volontà dell'ente per il tramite dell'amministratore. È innegabile però che la realtà societaria sia variegata e che, se ancora oggi il tessuto economico è caratterizzato da piccole e medie imprese, non mancano società di grandi dimensioni, gruppi societari, in cui i poteri gestori non sono affatto concentrati in un'unica persona o in pochi soggetti. Il sistema di *governance* societaria risulta in questi casi più complesso, di modo che non è più così scontato o automatico che il reato commesso sia sempre frutto della volontà della *governance*⁹. Per creare un sistema di imputazione che fosse davvero

⁵ Sulla colpevolezza d'organizzazione, v. F. MUCCIARELLI, *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2008, pp. 824 s. e nt. 2, 828 s., 830 s. e nt. 13; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 45, pp. 136 - 137; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 393 ss.

⁶ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 167 ss.; F. SGUBBI, E. MUSCO *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili ed amministrativi*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008, p. 5 ss. In giurisprudenza, Cass. pen. Sez. VI, 23/06/2006, n. 32626, Duemila S.p.A., in *Riv. Pen.*, 2007, 1074 ss.; Trib. Parma, ord. 22 giugno 2015, in www.penalecontemporaneo.it, con nota parzialmente critica di RIVERDITI M., *Dalla giurisprudenza di merito un richiamo all'esigenza di concretezza nella valutazione degli indici impeditivi del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001*.

⁷ C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 64; ID., *sub. art. 6*, in *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2008, p. 150; C.E. PALIERO, *Art. 7 - Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 198.

⁸ Una *probatio diabolica*, v., da ultimo E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2013³, p. 65 e bibliografia ivi citata.

⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., 75 ss.

tale anche in queste ultime ipotesi, si è preferito unificare i modelli di imputazione per sottoposti ed apici, anziché prevedere, ad esempio, diversi criteri di imputazione soggettivi a seconda della struttura societaria.

L'inversione dell'onere della prova si spiega partendo dal presupposto che il reato realizzato dagli apici è sempre espressione della volontà dell'ente, a meno che ricorrano le condizioni dettate dall'art. 6. Dunque, il modello di colpevolezza relativo agli apici, come si evince anche dalla Relazione, non è tanto la colpa di organizzazione, ma più quella colpevolezza dolosa propria della tesi dell'immedesimazione organica fra ente e organi apicali.

In altri termini, nel caso di reato commesso dal vertice, il requisito "soggettivo" è soddisfatto dalla condizione che il vertice esprime, fino a prova contraria, la politica dell'ente.

La soluzione purista, vale a dire "al dolo dell'apice corrisponde la colpevolezza dolosa dell'ente", viene attenuata, ridimensionata, se non neutralizzata, dal momento che nella commissione ministeriale si affaccia una diversa tesi, volta a far emergere anche per gli apici una colpevolezza dell'ente che non si risolva nel mero rapporto di immedesimazione organica, ritenuto un succedaneo della responsabilità oggettiva. Da qui nasce l'inversione dell'onere della prova, che è il tentativo di recuperare la colpa di organizzazione anche nell'art. 6¹⁰.

L'adozione ed attuazione dei modelli di organizzazione scusa¹¹ una condotta che è imputabile all'ente, in quanto posta in essere dai suoi organi nell'esercizio di poteri decisionali autonomi (apicali), ovvero in assenza del controllo da parte di chi detti poteri esercita.

È ben vero che i modelli di organizzazione sono diretti a prevenire il reato, come le norme cautelari nel reato colposo, ma i modelli organizzativi si riferiscono al reato commesso dalla persona fisica, e non già dall'ente, perciò non operano in funzione

¹⁰ Sull'incostituzionalità di tale inversione dell'onere probatorio, v. V. 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 «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2001,., p. 879 ss.; *contra*: C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 277 ss., *amplius*: ID., *La responsabilità delle persone giuridiche profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002, 47 ss.

¹¹ C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003 p. 29; G. 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 *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, p. 107; C. PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Cedam, Padova, 2002, p. 7. Ritengono, al contrario, si tratti di una mera causa di non punibilità: D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 429 ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 97 ss.

cautelare, bensì scusante. In altri termini, l'ente si sarebbe dotato di un'organizzazione finalizzata a neutralizzare il rischio reato, rendendo inesigibile ogni altro ulteriore comportamento¹². Il reato presupposto commesso dagli apici è imputato a titolo doloso all'ente¹³, dopodiché l'ente deve provare la sua non rimproverabilità (l'assenza di colpevolezza), dal momento che il reato si è concretizzato mediante la violazione delle cautele predisposte ad impedirlo.

A questo punto sorge un interrogativo: quanto detto sarebbe confermato o smentito dalla circostanza che l'ente è esonerato da responsabilità, solo se il reato presupposto si è verificato perché il soggetto apicale ha <<eluso fraudolentemente>> i modelli predisposti dall'ente?

3. Il valore della clausola dell'agire fraudolentemente.

Per alcuni, questa disposizione confermerebbe la tesi della colpa d'organizzazione¹⁴, perché se l'autore per realizzare il reato non ha dovuto agire fraudolentemente, vuol dire che il modello è stato in concreto idoneo, essendo quindi sempre esigibile una maggiore diligenza da parte dell'ente. Del requisito in esame può comunque fornirsi almeno una duplice lettura, in chiave soggettiva o oggettiva.

Alcuni autori¹⁵ prospettano dell'elusione fraudolenta una lettura soggettiva¹⁶, cioè essa si estrinseca attraverso un dolo di frode dell'apice che agisce con l'intenzione di eludere i modelli organizzativi. Si tratterebbe di una soluzione, se non proprio equivalente ad una *interpretatio abrogans*, quantomeno riduttiva, capace però di far dipendere l'esenzione da responsabilità esclusivamente sulla valutazione soggettiva dell'esigibilità o meno del comportamento conforme da parte dell'ente¹⁷. La valutazione di idoneità del modello si fonda, dunque, sul principio di esigibilità, non potendosi, ad esempio, pretendere dall'ente l'aggiornamento del

¹² C. E.PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 2014, p. 474 ss.

¹³ Su questa tematica, con argomenti diversi, F. CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro*, BUP, Bologna, 2009, p. 133; D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 325 ss.

¹⁴ P. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione*, in *Archivio penale*, 2013, 733 ss.

¹⁵ R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Società*, 2015, p. 225 ss.

¹⁶ Richiamando le vicende interpretative dell'avverbio "fraudolentemente" di cui all'art. 2621 c.c. nella versione ante riforma del 2001, v. M. MALAVASI, *L'onere della prova nella responsabilità ex d.lgs. 231/2001, alla luce della sentenza della Corte di cassazione n. 27735 del 16.7.2010*, in www.rivista231.it.

¹⁷ Sul punto, altresì Trib. Milano, 17 novembre 2009, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Milano, 26 giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it; Corte di Appello di Brescia, 21 dicembre 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

modello volto a prevenire un reato da poco introdotto nell'elenco dei reati presupposto che fanno scattare la responsabilità dell'ente¹⁸. In altri casi, l'esclusione della responsabilità dell'ente passa attraverso un argomento volto a formalizzare, in un certo senso, il parametro sostanziale dell'esigibilità, vale a dire l'adozione di un sistema di gestione della sicurezza secondo lo *standard* OHSAS 18001 del 2007, oppure, secondo le linee guida¹⁹ o i codici di autodisciplina²⁰ formalizzati da associazioni di categoria²¹.

Una diversa ricostruzione²² fornisce invece del requisito in esame una lettura oggettiva²³, in altri termini, esso eliderebbe il legame "psicologico" tra ente e apice, di modo che il requisito è integrato quando l'apice ha realizzato condotte oggettivamente fraudolente, anche se non proprio integranti gli estremi degli artifici e raggiri²⁴, ma quantomeno decettive, capaci di ingannare il modello di controllo²⁵.

In questo senso, se non si giunge ad una *interpretatio abrogans* alla prima parte dell'art. 6, se ne fornisce una lettura fortemente riduttiva, dal momento che seppur adottato e valutato in maniera efficace il modello di gestione e prevenzione, ma in assenza di artifici e raggiri o condotte decettive, l'ente risulterà sempre responsabile, perché il modello risulterà in concreto sempre inidoneo.

Il requisito dell'elusione fraudolenta è corretto se si parte dalla tesi dell'immedesimazione organica²⁶, che viene spezzata da una particolare forma di dolo dell'apice (*id est* il dolo di frode), che si estrinseca attraverso condotte *lato*

¹⁸ Amplius: P. DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, in «www.penalecontemporaneo.it».

¹⁹ C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in Cassazione penale, 2013, p. 842 ss.).

²⁰ Corte d'Appello Milano, 21.03.2012, n. 1824, Imp. Impregilo Spa, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹ Su questi aspetti, diffusamente, v. M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di cassazione*, in *Le Società*, 2014, p. 478; Cass., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in *Le Società*, 2014, p. 469 ss.

²³ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 41.

²⁴ G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Società, D. Lgs. 231: dieci anni di esperienze*, 2011, p. 62 ss.; N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" - codici di autodisciplina)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, p. 695.

²⁵ S.VINCIGUERRA, M. CERESA CASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231 del 2001)*, Cedam, Padova, 2004, p. 24; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», 2005, p. 320.

²⁶ A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, p. 54 s.; ID., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia.*, 2002, p. 43; ID., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35 ss.

sensu decettive²⁷. Tale criterio risulta, o può risultare, un fuor d'opera rispetto ad una esenzione di responsabilità fondata sull'esigibilità del comportamento, dal momento che la società che ha adottato ed implementato il modello organizzativo, ha tenuto la condotta doverosa, e non dovrebbe rispondere anche se il reato non è stato compiuto eludendo fraudolentemente i modelli²⁸.

Forse è possibile tentare una diversa interpretazione che lega il requisito della elusione fraudolenta di cui alla lett. c) al requisito dell'idoneità di cui alla lett. a) dell'art. 6, di modo che l'elusione fraudolenta andrebbe a concretizzare e restringere il modo in cui il giudice deve valutare l'idoneità del modello²⁹.

Quest'ultima dovrà cioè essere valutata con una prognosi postuma *ex ante* ed a base parziale³⁰, cioè avendo in considerazione soltanto le circostanze conosciute e conoscibili al momento della mappatura del rischio³¹, 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 agente modello talmente avveduto che sarebbe capace di superare l'elusione fraudolenta. Il requisito in esame, capace in astratto di mandare esente da responsabilità l'ente, circoscrive così la figura dell'agente modello³² a cui rifarsi per parametrare l'idoneità del modello. Quanto testé sostenuto è in linea con la *ratio* delle scelte di imputazione soggettiva del decreto 231, basate sulla colpa di organizzazione. Se questa è la scelta di politica criminale, logica conseguenza è escludere la responsabilità, sia quando l'ente si sia dotato di un modello di organizzazione idoneo a contenerne il rischio reato, sia quando tale modello sia realmente efficiente, cioè prevenga e/o impedisca condotte di aggiramento delle regole da parte degli organi apicali³³. Se il sistema dei controlli è stato reso in concreto inefficiente dalla condotta dell'apice, di ciò l'ente non può e non deve rispondere, perché altrimenti si punirebbe una responsabilità per fatto altrui. Ed infatti la legge richiede, quale presupposto ultimo dell'esonero di responsabilità, che l'organo

²⁷ G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in «Diritto penale e processo», 2010, p. 1137 ss.

²⁸ DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., p. 1137 ss.

²⁹ Per una diversa tesi, v. A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Cedam, Padova, 2013, 100 ss.

³⁰ A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 90 ss.

³¹ Sul ruolo importante che riveste la fase della mappatura del rischio, anche nella giurisprudenza di legittimità, v. A. BERNASCONI, «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in «Diritto penale e processo», 2014, p. 33 ss.

³² Sui limiti dell'agente modello, v. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, p. 86, ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in «Diritto penale e processo», 1999, p. 1295; ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 1240, CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, p. 1594 ss.

³³ P. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta*, cit., p. 741 ss.

apicale abbia eluso fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione. La condotta dell'apicale deve consistere in un comportamento atipico, imprevedibile e non impedibile³⁴. La clausola di esonero funziona come il caso fortuito che, nel sistema penale, costituisce prova della assenza di colpa³⁵.

Ricondurre la valutazione di idoneità del modello all'accertamento della colpa si collega, altresì, con la scelta legislativa di prevedere, nel corpo dell'art. 6, una previsione che riguarda i codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria. Questi ultimi non possono essere considerati del tutto irrilevanti, perché possono invece costituire la formalizzazione di buone pratiche di settore, capaci di guidare il giudice nel non facile compito di analizzare i profili di colpa dell'ente. L'esistenza di asimmetrie informative fra mondo aziendale e giudiziario dovrebbe far dubitare che il giudice da solo possa colmarle e valutare, senza alcun ausilio, l'idoneità dei modelli organizzativi³⁶.

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 compreso³⁷.

4. L'astrattezza dei modelli e le colpe del legislatore nell'aumento disinvolto dei reati presupposto.

La difficoltà principale nella redazione dei modelli e che comporta spesso la loro scarsa rilevanza processuale in chiave assolutoria è dovuta alla loro astrattezza. Tale difetto non è da imputare soltanto alla "poca dimestichezza" di chi redige i modelli, concludere in tal senso sarebbe semplicistico e riduttivo. La colpa è in parte del legislatore. La realizzazione di un modello efficace, ovvero l'individuazione di regole cautelari o comportamentali idonee a prevenire il rischio reato è infatti inversamente proporzionale al numero di reati che si deve prevenire. Se nel 2001 i reati presupposti erano pochissimi, la legge nacque sostanzialmente monca, risultando assenti i reati colposi in violazione delle norme sulla sicurezza sui luoghi di lavoro e i delitti ambientali. Dal 2001 al 2017 il legislatore si è però fatto "prendere la mano", sembra che non ci sia settore in cui non si possa prevedere una responsabilità da reato. Si critica non tanto (o non solo) per l'estensione del catalogo dei reati presupposto a fattispecie che non hanno elementi di collegamento col mondo dell'impresa (ad es. l'art. 583 *bis* c.p.), ma soprattutto risulta problematico il richiamo alle fattispecie associative (artt. 416 e 416 *bis* c.p.) o alla fattispecie di autoriciclaggio (art. 648 *quater* c.p.). A questo proposito, per

³⁴ P. CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta*, cit., p. 741 ss.

³⁵ Sulla polivalenza del caso fortuito, v. G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 107 ss.

³⁶ V. TORRE, *La privatizzazione*, cit., p. 419.

³⁷ G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., p. 1137, il quale sottolinea come "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".

esempio, l'estensione della responsabilità da reato degli enti alle fattispecie associative pone già un problema interpretativo relativamente alla selezione dei reati fine (per l'art. 416), o dei reati fonte o presupposto (per l'art. 648 *quater*) che possono far scattare la responsabilità dell'ente. Per l'art. 416 c.p. vi sono tre tesi, una prima interpretazione molto lata, che ravvisa la responsabilità da reato per qualunque fattispecie prevista dal codice penale e dalle leggi complementari, purché ovviamente commessa in forma associativa. Tale soluzione è difficilmente da condividere, perché altrimenti come fa l'ente a dotarsi di un modello comportamentale tale da prevenire tutti i potenziali reati che si possono commettere in forma associata. Un'altra tesi intermedia è quella per cui non tutti i reati fine fanno scattare la responsabilità dell'ente, ma solo quei reati fine che vengono commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente (in tal modo si estende surrettiziamente la responsabilità dell'ente ai reati tributari). Una terza tesi, più garantista, ritiene che scatti la responsabilità dell'ente soltanto nell'ipotesi che la fattispecie associativa abbia ad oggetto reati fine che già di per sé sono ricompresi nel catalogo dei reati presupposto previsto dal d.lgs. 231 del 2001³⁸.

La stessa cosa capita per quanto riguarda i "reati fonte" del delitto di autoriciclaggio. Una tesi iperestensiva sostiene appunto qualsiasi reato fonte dell'art. 648 *quater*, a cui si può obiettare che così ragionando come fa poi l'impresa a poter prevedere di prevenire qualunque reato fonte del delitto di autoriciclaggio. Una tesi intermedia sostiene che il reato fonte deve essere realizzato nell'interesse o a vantaggio, tesi da criticare perché l'autoriciclaggio farebbe venir meno un rapporto di immedesimazione organica che è alla base della responsabilità dell'ente. Una tesi garantista secondo cui il reato fonte deve già di per se entrare tra i reati presupposto della responsabilità degli enti.

Non può non essere in questo ultimo senso, perché altrimenti più si estendono i reati presupposto e più i modelli saranno caratterizzati da astrattezza. Il modello potrà essere efficace e prevedere anche un sistema di controlli penetranti soltanto laddove i reati presupposto siano un numero ragionevolmente limitato e soprattutto attinente alla criminalità economica e cioè all'impresa lecita che delinque e non a quella illecita.

5. Il ruolo (imprescindibile) del giudice?

Questa breve disamina, sulla valutazione dell'idoneità dei modelli e sul requisito dell'elusione fraudolenta, ha messo in evidenza comunque una difficoltà con cui il giudice, ma non solo, è tenuto a confrontarsi. È stato più volte evidenziato come l'esistenza di asimmetrie informative, che sono, è bene ribadirlo, la ragione per cui il legislatore non ha tipizzato la colpa dell'ente, dovrebbe far dubitare che il giudice

³⁸ Su questi aspetti diffusamente, v. C. PIERGALLINI *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, pp. 539 ss.

possa colmare quelle asimmetrie informative e valutare, senza alcun ausilio, l'idoneità dei modelli organizzativi³⁹.

Le strade a questo punto sono due: 1) affidarsi ad un perito o al consulente di parte per valutare l'idoneità del modello; 2) prevedere, ma questo grazie all'intervento del legislatore, una presunzione relativa di idoneità del modello stesso⁴⁰. Il non conferire un eccessivo potere di valutazione all'organo giudicante, perché privo delle reali competenze, è probabilmente rinvenibile nella stessa *ratio* del decreto 231, laddove, sempre all'art. 6, inserisce un'apposita previsione che riguarda i codici di comportamento promossi dalle associazioni di categoria. Questi ultimi possono costituire la formalizzazione di buone pratiche di settore, in grado di aiutare il giudice nell'esaminare i profili di colpa dell'ente.

Nel tentativo di neutralizzare o quantomeno ridurre il potere discrezionale del giudice, nel valutare i modelli, si inserisce lo "Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231". L'impianto normativo prevedeva l'introduzione di un art. 7 *bis* che lega la certificazione del modello, ad opera di appositi certificatori, all'esclusione della responsabilità dell'ente.

Tale soluzione non è però scevra da obiezioni, in quanto rischia di conferire un eccessivo potere al certificatore e di privatizzare e de-giurisdizionalizzare il potere di valutazione dei modelli. Ad ogni modo, tentativi di irrigidire la valutazione di idoneità dei modelli, oppure, di sottrarre questo potere al giudicante penale risultano in concreto destinati a fallire. È improbabile che siffatte disposizioni, laddove vogliano risultare conformi a Costituzione, possano garantire e prevedere una totale esclusione della valutazione dell'idoneità del modello in capo al giudice, di modo che l'ente sarà sempre <<esposto al rischio di una (ri-) valutazione da parte dell'autorità giudiziaria>>⁴¹.

Il punto è capire che tipo di controllo richiedere se un controllo formale o sostanziale. Se il controllo dovrà avere natura formale, cioè basterà che l'ente abbia procedimentalizzato e formalizzato il sistema di controllo, si rischia una moltiplicazione di modelli organizzativi che mettano a "tacere la coscienza" e soprattutto mettano al riparo l'ente da responsabilità, ma che in pratica non hanno efficacia preventiva. Se il controllo, come credo debba essere, avrà natura sostanziale, ciò porterà a produrre modelli anche più agili ma che garantiscano un effettivo controllo dell'attività a rischio reato. Per far questo però è necessario che vengano dettati alcuni parametri che orientino il giudice nella decisione, perché il giudice da solo non ha le competenze per valutare l'idoneità del modello. In altri settori il legislatore ha provato in tal senso a riequilibrare gli orientamenti giurisprudenziali poco inclini a prendere in considerazione, ad esempio, la misura

³⁹ V. TORRE, *La privatizzazione*, cit., p. 419.

⁴⁰ V. PLANTAMURA, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale III, La punibilità e le conseguenze del reato*, Utet, Torino, 2014, p. 560.

⁴¹ F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Società*, 2010, p. 1251.

soggettiva della colpa⁴², così potrebbe anche in tema di responsabilità da reato degli enti. Il problema ruota attorno al valore da conferire alle discipline, cioè alle fonti private. In questi settori il giudice penale dovrebbe operare con un certo *self restraint*, dal momento che la realtà aziendale può essere così complessa da risultare inesigibile un modello capace di azzerare il rischio reato. Ecco allora che, proprio sulla scorta di precedenti interventi in tema di colpa penale, il legislatore potrebbe prendere esplicita posizione escludendo la responsabilità laddove l'ente ha adottato, concretizzato ed attuato i codici di comportamento promossi dalle associazioni di categoria.

⁴² La letteratura sul punto è vasta per cui sia consentito il rinvio a G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in www.archiviopenale.it, e bibliografia ivi citata.