

CAPITOLO XXI

LA RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

4. L'imputazione soggettiva

4.1 Il principio di colpevolezza

4.2 Imputazione del reato commesso dagli apicali

4.3 Imputazione del reato commesso dai sottoposti

4. L'imputazione soggettiva

L'imputazione soggettiva è l'aspetto più critico della responsabilità degli enti, poiché non sembra poter soddisfare il modello della causalità psichica, atteso il limite derivante dall'assenza di fisicità. Ciò nondimeno essa è chiamata a soddisfare il principio di colpevolezza, al di là di valutazioni dell'interprete, poiché in tal senso è la scelta del legislatore.

Muovendo, allora, dalla verifica di tale premessa, andranno esaminati i due criteri dell'imputazione soggettiva, previsti per il reato commesso dagli apicali (art. 6) e dai sottoposti (art. 7), ricordando che la norma di delega è la stessa prevista in tema di imputazione oggettiva.

4.1 Il principio di colpevolezza

Nella relazione ministeriale si legge: «Si è prima ricordato come, in passato, la principale controindicazione all'ingresso di forme di responsabilità penale dell'ente fosse ravvisata nell'art. 27, comma 1, Cost., inteso nella sua accezione di principio di colpevolezza in senso "psicologico", e cioè come legame psichico tra fatto ed autore. Si è anche già detto che una rinnovata concezione della colpevolezza in senso normativo (riprovevolezza) consente oggi di adattare comodamente tale categoria alle realtà collettive. Si aggiunga ora che, rispetto al passato, si sta consolidando unanimità di vedute anche su un altro aspetto. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la migliore dottrina concordano nel ritenere che le imprescindibili garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte "etichette" giuridiche che il legislatore vi apponga. Da ciò l'esigenza, fortemente avvertita, di creare

un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza. Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione».

Vi è, dunque, una precisa opzione sistematica verso il modello penalistico, a prescindere dalla natura giuridica dell'illecito.

Ciò posto, si è rinvenuta la soluzione alla dicotomia tra ente immateriale e principio di personalità nella concezione normativa della colpevolezza, ritenendo compatibile con l'imputazione soggettiva la c.d. colpa di organizzazione.

Con tale espressione si suole indicare il rimprovero che l'ordinamento può muovere nei confronti dell'ente per non aver approntato, al proprio interno, misure idonee a prevenire, o quantomeno a scoraggiare, la commissione di reati.

Nell'ambito del diritto penale, tuttavia, la nozione di colpa di organizzazione si presenta più complessa e sfaccettata di quanto appaia ad un primo sguardo: non a caso, una parte della dottrina ha affermato che si tratterebbe di un concetto polisenso, dalla fisiologia incerta, poichè «si è al cospetto di una categoria che percorre trasversalmente l'ambito del “*fatto illecito*”, sia pure con intensità e fisionomia diverse dal settore della responsabilità *civile* a quello della responsabilità *amministrativa*, dalla responsabilità (*penale*) della persona *giuridica* alla responsabilità per colpa della persona *fisica*»¹.

In considerazione della sua reale complessità, una corretta definizione della colpa di organizzazione non può che passare attraverso l'analisi dei suoi limiti esterni, del contenuto, della natura giuridica.

Infatti, se, da un lato, la figura in esame presenta una struttura concettuale duttile e flessibile, in grado di adattarsi con facilità ai diversi ambiti del diritto, dall'altro – proprio in virtù di tale carattere – essa rischia di inquinare il contenuto dei profili ascrittivi che regolano la colpevolezza in materia penale, ponendosi in contrasto con gli articoli 25 e 27 della Costituzione².

Con riferimento ai confini, la dottrina maggioritaria appare concorde nel limitare il campo d'azione della colpa di organizzazione alle sole ipotesi di interazione soggettiva a struttura complessa orizzontale. In questa prospettiva, tale categoria si riferisce soltanto alle organizzazioni dotate di un certo livello di complessità interna, mentre sarebbe del tutto estranea sia alle strutture ad interazione

¹ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167.

² Si veda, tra gli altri, C. PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 84 e ss.; A. FIORELLA, G. LANCIOTTI, *La responsabilità d'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, p. 18 e ss.

soggettiva semplice orizzontale sia a quelle ad interazione soggettiva complessa verticale³.

Con l'espressione «strutture ad interazione soggettiva semplice orizzontale» si indicano le organizzazioni di più persone regolamentate in base al principio dell'affidamento: si tratta di complessi pluristrutturati nei quali un insieme di soggetti è chiamato a svolgere un determinato ruolo o una mansione assumendo una vera e propria posizione di garanzia, in forza della quale la complessità delle interazioni fra i diversi contenuti eziologici rileva al solo fine della strategia di tutela in concreto perseguita, sganciandosi da qualsiasi relazione funzionale con la complessità dell'apparato agente.

Parimenti esterne al campo d'azione della colpa di organizzazione sono le ipotesi di strutture ad interazione soggettiva complessa verticale, governate dal principio di delega delle funzioni⁴. Tali entità collettive, talora notevolmente stratificate, vedono le proprie potestà dirigenziali concentrate in capo ad un unico ufficio, il quale provvede, di volta in volta o in via generale, a delegarne una porzione al personale a sé subordinato, conservando un potere di controllo, direzione revoca.

In questo secondo caso, a prescindere dall'analisi degli effetti della delega sul piano penale, le problematiche concernenti i presupposti di operatività e i requisiti di efficacia del trasferimento di funzioni trovano la propria disciplina nell'ambito del tradizionale concetto di colpevolezza, attraverso il riferimento alle due diverse declinazioni della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*⁵. La colpa di organizzazione, pertanto, non verrebbe mai in rilievo, trattandosi soltanto di rapportare le scelte organizzative compiute dalla *societas* allo specifico precetto cautelare fissato dalla norma penale.

Si può quindi affermare che il raggio d'azione della colpa di organizzazione è limitato ai settori contraddistinti da due fondamentali fattori:

- 1) l'esistenza di una struttura composta da una molteplicità di apparati (c.d. "struttura complessa"), in cui il processo decisionale sia scandito da fasi governate da una pluralità di soggetti che agiscono, in modo coordinato, come gruppo;
- 2) la violazione di un obbligo di organizzazione in grado di precludere il contenimento o la riduzione del rischio-reato nell'ambito della struttura organizzata dell'ente⁶.

Il secondo tema d'indagine riguarda il contenuto della colpa di organizzazione, la cui ricostruzione dipende in buona parte dal formante teorico sotteso alle scelte del legislatore, poiché la struttura di

³ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168.

⁴ Si tratterebbe, pertanto, di entità organizzative fortemente gerarchizzate, dove i principi di competenza e ripartizione dei compiti avrebbero un'applicazione soltanto residuale.

⁵ Sul tema si veda l'analisi di D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse*, in *Incontri di studio del CSM*, Roma, 3 ottobre, p. 1 e ss.

⁶ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, 30 novembre - 1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, n. 6, *Supplemento*.

tale categoria non appare univoca, ma si presenta in due distinte varianti, una di origine europea, l'altra statunitense.

La lettura d'oltralpe ricostruisce il concetto in esame attraverso una sua progressiva emancipazione dalla dimensione ideologico-moralista. Escludendo la configurabilità di una colpevolezza di tipo psichico, per sua natura riferibile soltanto alle persone fisiche, la dottrina europea (e in particolar modo quella francese) ha delineato una tipologia di "colpevolezza giuridica" caratterizzata dall'esistenza di un insieme di doveri stabiliti dalla legge, la cui violazione, anche da parte dell'ente, consentirebbe di formulare un giudizio di disvalore in grado di fondare efficacemente la responsabilità da reato della *societas*.

Gli ordinamenti giuridici nordeuropei, in questo senso, esigono che l'ente adotti adeguati strumenti di controllo interni, dando origine ad un vero e proprio "sistema di contropinte" in grado di contrastare le dinamiche criminogene innescate dall'organizzazione complessa in quanto entità stratificata e plurisoggettiva. In questa prospettiva, la consumazione dell'illecito «deludendo tali aspettative, legittimerebbe un rimprovero per colpa di organizzazione. Si sanzionerebbe, cioè, l'inidoneità dell'apparato a prevenire il rischio-reato per un difetto di controllo analogamente a quanto accade, nell'*Individualstaftrecht*, con riguardo alla c.d. *actio libera in causa*, la colpevolezza dell'ente integrerebbe una sorta di pre-colpevolezza derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato»⁷.

Parzialmente diversa da quella europea è la definizione di colpa in organizzazione maturata nello spazio giuridico nordamericano: da un lato, infatti, essa disegna un concetto di colpevolezza del tutto autonomo ed autosufficiente rispetto a quello riferibile al soggetto agente; dall'altro, l'illecito è visto come un sintomo della disorganizzazione aziendale che permea l'intera struttura dell'ente, cosicché la colpevolezza sarà integrata dalla mancata adozione di misure di prevenzione dei reati, ovvero dall'aver apprestato cautele preventive inadeguate a scoraggiare la loro commissione⁸.

A differenza della nozione elaborata in Europa, tuttavia, quella nordamericana utilizza, quale supporto materiale alla categoria, i c.d. *compliance programs*, che fungono da criteri di commisurazione del grado di dirigenza organizzativa realizzata dall'ente, consentendo una più chiara individuazione degli obblighi giuridici vertenti in capo alla persona giuridica⁹.

A tal proposito, sul piano definitorio, i giuristi statunitensi parlano di *preventive fault*, cioè di "colpevolezza preventiva": tale figura, che suscita notevole perplessità se riferita alle singole

⁷ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 169; la sanzione applicata alla *societas* avrebbe, pertanto, lo scopo di punire l'attitudine criminale dell'ente, cioè la maturazione, al suo interno, di quella particolare *volontà di delinquere*, derivanti dalla *cultura del gruppo* e non rapportabili alla volontà del singolo soggetto che opera all'interno dell'organizzazione complessa.

⁸ Sul tema: C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 e ss.

⁹ D. BAYSINGER, *Organisation Theory and Criminal Liability organisation*, in *B.V.L Rev.* 1991, p. 313 e ss.

persone fisiche, si rivelerebbe, invece, di straordinaria utilità rispetto alle persone giuridiche, dato che consentirebbe di penetrare i meccanismi di organizzazione dell'ente, permettendo, così, di superare la tradizionale questione «relativa alla “libertà di volere” assorbita, per così dire, dalla forza pervasiva dell'idea della “prevenzione”, rispetto alla quale la colpevolezza si collocherebbe in funzione dichiaratamente “servente”»¹⁰.

Ad un primo sguardo, la nozione di colpa di organizzazione accolta nel d.lgs. 231/2001 sembra collocarsi sulla linea di confine fra le due concezioni appena descritte.

Similmente alle interpretazioni di cui sopra, infatti, essa mirerebbe a delineare una forma di colpevolezza di matrice socio-normativa, estranea a qualsiasi relazione con i coefficienti psichici che si accompagnano alla persona fisica ed in grado di superare le implicazioni etico-personalistiche del concetto classico di imputazione soggettiva.

Un'analisi maggiormente approfondita, tuttavia, dimostra che la nozione di colpa di organizzazione codificata dall'ordinamento italiano presenta una maggiore affinità con l'interpretazione resa dalla dottrina statunitense.

Mentre, infatti, l'approccio francese apre il campo ad una sorta di colpa *in re ipsa*, idonea a giustificare l'imputazione del fatto illecito all'ente *tout court* (sulla falsa riga di quanto accade per la responsabilità civile in termini di redistribuzione del rischio), la lettura nordamericana muove da un giudizio di riprovevolezza avverso l'ente collettivo per non aver provveduto ad organizzare i propri apparati in modo da contrastare le attività criminali, dimostrandosi, così, maggiormente rispettosa dei principi di cui all'art. 27 della Costituzione.

Tale impostazione rivela, inoltre, quello che è uno dei caratteri primari della disciplina del d.lgs. 231/2001.

Nel sistema di gestione complessiva dei rischi aziendali (siano essi finanziari, sociali, ecc.) la riduzione (o, per meglio dire, la prevenzione) del rischio da reato rappresenta un momento irrinunciabile nella conformazione dell'agire collettivo dell'ente in una direzione legale. Il rispetto dei precetti legislativi penetra, infatti, all'interno della stessa fase di progettazione della strategia d'impresa, adeguando lo stile e i comportamenti dell'ente alle richieste dell'ordinamento ed innescando un meccanismo virtuoso capace di contenere le spinte criminali connaturate al perseguimento del profitto. Si tratta di un processo destinato a sfociare nell'allestimento di un'organizzazione attraverso la quale una pluralità di soggetti è incaricata di formulare un programma di prevenzione del rischio di reato, verificandone l'efficacia ed implementandolo in modo da contenerlo entro limiti accettabili¹¹.

¹⁰ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168.

¹¹ S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, *Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, p. 46 e ss.

Alla tradizionale garanzia rappresentata dal ruolo di vigilanza e controllo dei soggetti che operano all'interno di organismi complessi si unisce, così, la garanzia dovuta all'agire virtuoso della stessa organizzazione.

Il d.lgs. 231/2001 rappresenta, nell'ordinamento italiano, il principale tentativo di delineare la fisionomia di un simile obbligo in capo agli enti collettivi. Come si approfondirà in seguito, infatti, gli artt. 6 e 7 contemplano espressamente i modelli di organizzazione e di gestione, rintracciandone lo scopo nel contenere il rischio derivante dalla commissione di alcune specifiche tipologie di reato; tali disposizioni, nel delineare il contenuto e le condizioni dei *compliance programs*, costituiscono una vera e propria intrusione tecnocratica nel tessuto della prassi organizzativa dell'ente, con lo scopo di spingerla al rispetto della legalità, riducendo il rischio derivante dalla possibile commissione di reati.

Simili coordinate analitiche consentono di sottoporre a disamina la terza tematica d'indagine, rappresentata dalla ricostruzione dei caratteri generali e della natura giuridica della colpa di organizzazione.

Esistono, in proposito, diverse scuole di pensiero.

Come osservato in precedenza, la categoria in esame muove da una serie di precisi doveri dell'ente, che dovrà curare il proprio organigramma strutturale in modo da far venir meno le fonti delle attività illecite e disincentivare la commissione dei reati. Partendo da tale considerazione, una parte della dottrina ha configurato la colpa di organizzazione come una forma di colpevolezza dotata del medesimo carattere bifasico proprio dei modelli di responsabilità fondati sull'inosservanza di una norma cautelare, affermando la necessità di dimostrare sia la violazione della regola precauzionale, sia il realizzarsi del fatto tipico previsto dalla norma violata¹². In tal modo, la *voluntas societatis*, impossibile da accertare sul piano psicologico, verrebbe oggettivizzata e tradotta in termini normativi, diventando apprezzabile anche in sede di indagine giudiziaria, come indice di correttezza della politica sociale¹³.

La suddetta interpretazione, basata sull'inesistenza, in capo alla persona giuridica, di coefficienti psichici reali ha suscitato, fra gli studiosi, non poche critiche.

Da un punto di vista applicativo, infatti, tale ricostruzione rischierebbe di avallare una prospettiva esegetica più vicina al diritto penale dell'autore che a quello del fatto, consentendo di muovere un

¹² O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 83 e ss.; sul tema si veda anche; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo nella legge delega 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società*, cit. p. 10 e ss.

¹³ F. DA RIVA GRECHI, *L'illecito funzionale degli enti collettivi*, in *Giust. pen.* 2003, p. 441 e ss.: secondo l'Autore, nel caso di un illecito compiuto a vantaggio di un ente collettivo, la responsabilità di quest'ultimo non potrebbe esser fondata seguendo gli ordinari criteri di imputazione della persona fisica, in quanto l'elemento soggettivo andrebbe desunto seguendo dei criteri normativi: la colpevolezza, infatti, investirebbe esclusivamente l'adempimento di un dovere organizzativo di carattere funzionale, la cui mancanza giustificerebbe la rimproverabilità dell'ente.

rimprovero all'ente per solo il modo di essere della sua organizzazione interna¹⁴. Da un punto di vista concettuale, invece, si è evidenziato che gli elementi psicologici impregnano il concetto di colpevolezza, quand'anche questo sia inteso in senso puramente normativo. Un loro completo superamento, operato in via interpretativa, non sarebbe, pertanto, ammissibile, pena uno snaturamento di fondo della categoria¹⁵.

In base ad un secondo orientamento, con l'espressione «colpa di organizzazione» si alluderebbe ad una figura composta prevalentemente di elementi di tipo oggettivo, tanto che dietro la veste della colpevolezza normativa si celerebbe una sorta di *fictio culpae*, traducibile nei termini di una vera e propria ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁶.

Anche tale ricostruzione è apparsa criticabile: oltre a risultare disarmonica rispetto al sistema di responsabilità penale dell'ordinamento italiano, infatti, essa rischierebbe di porsi in rotta di collisione con le stesse indicazioni della legge delega, che fa esplicito riferimento ai principi di legalità, colpevolezza e personalità della sanzione penale.

Una terza posizione, intermedia, riconduce la colpa di organizzazione alla colpa specifica (per inosservanza delle leggi, dei regolamenti, degli ordini e delle discipline), integrata dal requisito della violazione del modello preventivo di organizzazione e di controllo¹⁷.

Ancora una volta la tesi, pur se ragionevole, si palesa parzialmente incoerente con il dato letterale e con l'intento perseguito dal legislatore. Sul punto, infatti, la relazione al d.lgs. 231/2001 si è espressa in termini opposti, sostenendo la possibilità di costruire una nozione di colpevolezza capace di adattarsi alle diverse tipologie di realtà collettive senza snaturare i suoi principi di fondo o limitare la propria operatività ad un ipotesi predeterminate¹⁸.

Per superare i limiti delle suddette concezioni, un'autorevole dottrina ha operato una ricostruzione del modello di colpevolezza degli enti sulla base di uno schema articolato in «quattro forme fondamentali che racchiudono ed esauriscono le diverse manifestazioni della patologia della gestione della società, dal grado più intenso a quello più leggero»¹⁹:

1. la politica d'impresa;
2. la cultura di impresa;
3. la colpa di organizzazione;

¹⁴ G. FLORA, *Verso un diritto penale del "tipo d'autore"?* In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 599 e ss.

¹⁵ A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 47 e ss.

¹⁶ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrativi di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, *fasc. 2*, p. 324 e ss.

¹⁷ I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale propria delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 82 – 23.

¹⁸ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, *cit.* p. 125 e ss.

¹⁹ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, *cit.*, p. 355 e ss.

4. la colpevolezza di relazione.

La colpevolezza come espressione delle scelte di politica d'impresa, che integra la forma più grave di imputazione soggettiva, si realizzerebbe o quando la persona giuridica ha agito per perseguire scopi illeciti (eventualmente servendosi di mezzi contrari alla legge), ovvero quando i dirigenti della *societas* abbiano piegato le strutture organizzative dell'ente per realizzare, accettare o anche solo tollerare la commissione di un fatto di reato.

Al secondo stadio del disvalore soggettivo si situa la colpevolezza come manifestazione della cultura d'impresa, la quale fa riferimento ai fenomeni criminali che hanno un'origine ambientale, che cioè sono il prodotto di una mentalità o di uno stile di vita radicato all'interno dell'ente collettivo.

La formalizzazione di tale concetto è stata operata, per la prima volta, dal legislatore australiano nella div. 12.3 del *Criminal Code Act* del 1995, che ha definito la *corporance culture* come “una mentalità, un'insieme di usi, di regole, un modo di gestire e di condurre l'azienda che è radicato generalmente all'interno della struttura della persona giuridica o nell'ambito di quella parte dell'impresa in cui si svolgono le attività di rilievo”²⁰.

Il ricorso a tale figura avrebbe il pregio di consentire di sanzionare gli enti che attuano un'adesione meramente formale (se non di facciata) alla legalità, adottando forme di *compliance programs* che rimangono, però, solo sulla carta, non venendo, di fatto, applicate. Tanto in dottrina che in giurisprudenza, tuttavia, permangono seri dubbi in merito all'ammissibilità di una simile categoria: si è, infatti, osservato che «*corporate culture*», oltre a risultare un concetto eccessivamente generico e come tale in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza, potrebbe prestarsi ad abusi applicativi da parte della giurisprudenza, ad esempio attraverso la codificazione, in via di prassi, della c.d. concussione ambientale, figura peraltro già entrata nel linguaggio giuridico e dalle notevoli potenzialità espansive²¹.

Il terzo stadio di imputazione è costituito appunto dalla colpa di organizzazione, che viene definita come «un difetto organizzativo dei processi di gestione del rischio-reato interni dell'ente». Similmente a quanto affermato dalle altre teorie, pertanto, la persona giuridica verrà considerata colpevole qualora si riesca a dimostrare l'assenza o l'insufficienza di misure organizzative dirette a prevenire la commissione di reati.

Infine, l'ultimo gradino di quantificazione della riprovevolezza della condotta dell'ente sarebbe rappresentato dalla colpevolezza di relazione (*reactive corporate fault*), espressione che indica un

²⁰ Sul tema, fra gli altri, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, fasc. 2, p. 438 e ss.

²¹ Sul tema: R. ZANNOTTI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inefficienze attuali e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari*, Vol. LX, 2003-2004, *In memoria di Franco Ladda*, II, Torino, 2004, p. 1371 e ss.

giudizio negativo formulato non al momento o prima della realizzazione del comportamento incriminato, ma successivamente alla condotta, valutando la reazione tenuta dall'ente successivamente alla realizzazione di una parte del fatto tipico; occorrerebbe verificare, pertanto, quali contromisure la *societas* abbia assunto nel periodo immediatamente posteriore alla condotta illecita: la mancata o insufficiente reazione, sia essa dolosa o colposa, integrerà, infatti, la colpevolezza della persona giuridica²².

La colpa di relazione è l'unica tipologia di colpevolezza che consente di fondare la responsabilità penale degli enti in relazione a reati – come quelli ambientali – che per giungere a consumazione hanno bisogno della somma di una pluralità di comportamenti ripetuti nel tempo. La particolare struttura di tali fattispecie, infatti, rende impossibile il ricorso sia al criterio dell'immedesimazione organica, che risulta facilmente eludibile attraverso la sostituzione del personale dirigenziale, sia quello della colpa di organizzazione, in quanto l'inefficacia del modello di organizzazione si manifesterebbe quando l'offesa è ormai prodotta, vanificando sistematicamente la funzione preventiva della colpa di organizzazione²³.

La teoria quadripartita avrebbe il pregio di consentire una graduazione della condotta illecita dalla forma più grave (equiparabile al dolo intenzionale) a quella meno grave (assimilabile alla colpa), trovando una piena corrispondenza nella diversa modulazione della risposta punitiva consentita dallo stesso d.lgs. 231/2001. Malgrado la sua estrema raffinatezza, tuttavia, tale impostazione presenta significative debolezze.

In primo luogo, la nozione di colpa di organizzazione propugnata appare priva di una reale valenza sostanziale, e come tale inidonea, sul piano strettamente giuridico, a fondare un rimprovero per l'effettivo coinvolgimento della *societas* nell'attività che ha dato origine al reato²⁴. Il modello quadripartito, inoltre, faticerebbe a trovare una base normativa in grado di consentirne l'operatività. Non a caso, una parte della dottrina che sostiene tale costruzione ne auspica l'inserimento all'interno del d.lgs. 231/2001 ad opera del legislatore²⁵.

Proprio l'esigenza di collegare la colpa di organizzazione a coefficienti psichici capaci di

²² Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 363 e ss.

²³ A. MEREU, *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità fra teoria e prassi*, 2006, cit., p. 74 – 75: «l'unico modo per sanzionare gli enti per le c.d. "offese dinamiche" è quello di accertare la colpevolezza non al momento o prima della realizzazione del comportamento, ma successivamente alla condotta, valutando la reazione che l'ente ha avuto dopo la realizzazione del fatto tipico: occorre, cioè, verificare quali contromisure (rafforzamento dei meccanismi di controllo interno, modificazioni strutturali ecc...) l'ente ha adottato nel periodo di tempo immediatamente successivo alla condotta. La mancata o insufficiente reazione, dolosa o colposa, integrerà la colpevolezza della persona giuridica».

²⁴ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contestato) superamento di un dogma*, in *Qg*, 2002, p. 558 e ss.; sul tema anche N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 126 e ss.

²⁵ A. MEREU, *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità fra teoria e prassi*, 2006, cit., p. 72.

confermare che la *societas* «ha impiegato nel reato gli aspetti più significativi della propria personalità» ha portato all'elaborazione dell'ultima teoria sulla colpa di organizzazione.

Tale ricostruzione scinde il proprio oggetto di analisi in due parti, distinguendo fra il caso in cui l'ente non si sia dotato di alcun modulo di organizzazione e prevenzione dei reati (c.d. decisione di disorganizzazione) e quello in cui siano state adottate forme di *compliance programs* insufficienti o inefficaci.

Nella prima ipotesi, l'imputazione soggettiva si presenterebbe in una forma non strettamente riconducibile né al dolo né alla colpa: l'omessa organizzazione interna, infatti, violerebbe una regola di tipo precauzionale, aumentando il rischio di lesione dei beni giuridici e fungendo da spia della volontà dell'ente di assumersi i rischi di un'azione sociale legalmente disorganizzata.

In questo senso, la dottrina che sostiene tale teoria ha affermato che «il rischio connaturato alle decisioni assunte da un'organizzazione complessa conosce, nel caso dell'omesso contrasto del rischio-reati, un effetto moltiplicatore, risolvendosi nella decisione, di per sé rischiosa, di rischiare»²⁶. Secondo la concezione in esame, tuttavia, tale inadempimento non sarebbe riconducibile alla categoria del dolo, nemmeno in forma eventuale: una volta consumata la violazione della regola organizzativa, infatti, si aprirebbe dinnanzi all'ente un ventaglio molto ampio di possibili lesioni di beni giuridici, che renderebbe la rappresentazione dell'evento di reato talmente mediata ed esangue da non consentire la sua presa in considerazione in termini di reale accettazione del rischio-illecito.

Parimenti inadeguato sarebbe il riferimento alla colpa: è palese, infatti, che l'assunzione del rischio affonderebbe le radici nella violazione di una regola che, rispetto alla specifica tipologia di reato realizzatosi, si collocherebbe talmente a monte da non potersi definire a pieno titolo come cautelare in relazione all'evento occorso. In base a questa prospettiva, l'illecito compiuto a vantaggio dell'ente assumerebbe una fisionomia peculiare: la mancata predisposizione di una macrostruttura diretta a prevenire gli illeciti porrebbe la persona giuridica in una relazione di possibilità con un insieme di reati tra loro fortemente disomogenei; l'ente, pertanto, risponderebbe dell'illecito commesso nel suo interesse o a suo vantaggio non già in virtù di colpa di organizzazione ma di una vera e propria colpevolezza di organizzazione, determinata dal fatto che «la scelta per la disorganizzazione ha aumentato il rischio-reato, rivelando un atteggiamento che, più che denotare temerarietà o sconsideratezza (sinonimi di *recklessness*), evoca una condizione di tolleranza, di disinteresse nei confronti del rischio-reato che, come si è più volte sottolineato, è uno dei tanti rischi con cui l'ente deve confrontarsi»²⁷.

²⁶ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 178.

²⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 179. La permanente disorganizzazione favorirebbe il radicamento, all'interno della cultura della *societas*, di uno stile di vita illegale, capace di penetrare in ogni ambito

Con riferimento alla seconda ipotesi, relativa ai casi in cui siano state adottate tipologie di *compliance programs* insufficienti o inefficaci, l'opinione in oggetto riconduce, invece, l'imputazione soggettiva alla categoria della colpa in senso tecnico.

Le regole (c.d. autonormate) contenute nei *compliance programs* integrano, infatti, delle vere e proprie disposizioni cautelari in grado di replicare le cadenze strutturali e funzionali della colpa penalistica. In questa prospettiva, qualsiasi carenza di efficacia rintracciabile in una delle tante regole di comportamento forgiate dall'ente si risolverà in un contegno autenticamente colposo, in virtù di un giudizio *per relationem* avente ad oggetto la singola disposizione autoctona e gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001²⁸.

Tra la colpa del diritto penale individuale e la colpa di organizzazione sussisterebbe, pertanto, una relazione di *genus et species* idonea a dar luogo sia ad una similitudine che a una differenza.

Da un alto, infatti, entrambe le figure sarebbero caratterizzate da un'identità descrittivo-funzionale, da rintracciarsi nella finalità cautelare avverso la commissione di futuri reati.

Dall'altro, la colpa di organizzazione costituirebbe pur sempre una manifestazione speciale della categoria di colpevolezza: essa, oltre ad essere caratterizzata dall'inerenza ad una ben determinata sfera applicativa, costituita dall'ipotesi in cui «un illecito compiuto all'interno di una organizzazione collettiva (sia) facilitata da un certo contesto ambientale», esprimerebbe un dovere organizzativo risalente al momento dell'approvazione del modello di prevenzione, quindi «una concretizzazione del momento organizzativo dell'ente, che affonderebbe le radici nella natura “collettiva” dell'attività svolta»²⁹.

Il riferimento all'agire organizzato colposo avrebbe, inoltre, alcune rilevanti ripercussioni sulla configurazione della colpa nelle organizzazioni complesse.

Le peculiarità di una struttura plurisoggettiva organizzata, che, per sua natura, gode di risorse economiche e capacità tecnico-operative sconosciute ai singoli, determinerebbe l'esigenza di delineare una nuova figura di agente modello, definibile come “agente modello collettivo”, su cui far ricadere l'ampia rosa di doveri di informazione e di adeguamento che gravano sulla persona giuridica. A fronte delle maggiore capacità gestionali e organizzative possedute dal gruppo, apprezzabili anche solo in termini meramente economici, quest'ultimo sarebbe infatti gravato da doveri di adeguamento più marcati, sul versante del controllo delle fonti di rischio, rispetto a quelli

dell'ente, di modo che la consumazione dei diversi illeciti «diverrà traducibile in una colpevolezza non soltanto organizzativa, ma anche “d'autore”, recando indelebili tracce di una criminalità di origine “ambientale”».

²⁸ Sul tema: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.* 2005, p. 320 e ss.; M. PELLISSERO, *La responsabilità degli enti alla ricerca del difficile equilibrio fra modelli “punitivi” e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 370 e ss.; R. RODORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, *cit.*, p. 25 e ss.

²⁹ C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, *cit.*, p. 180.

richiedibili ad un semplice individuo, configurandosi come una figura speciale di agente superiore³⁰.

Nel contempo, al maggior dovere di adeguamento si affiancherebbe un più intenso obbligo informativo. Esemplicativo, in tal senso, è il caso di una società farmaceutica multinazionale dotata di notevoli risorse economiche: appare evidente che una simile impresa, svolgendo un'attività potenzialmente rischiosa e godendo di una struttura in grado di fornirle il contributo di numerosi saperi specialistici, sarà tenuta ad un monitoraggio costante delle più moderne acquisizioni riguardanti i farmaci da essa commercializzati. Nello stesso modo, tale ditta avrà anche l'obbligo di adeguare la propria produzione alle notizie raccolte, curando, anche attraverso l'utilizzo di investimenti economici non richiedibili ai singoli, la sicurezza di tutti i suoi prodotti in un'ottica ispirata ai principi di precauzione e prevenzione.

In questa prospettiva, la colpa di organizzazione, pur relazionandosi a molte delle problematiche sottese alla comune responsabilità per colpa, contribuirebbe a delineare i caratteri di un più stringente statuto dell'imputazione soggettiva colposa, nel quale gli *standards* di riconoscibilità del pericolo e dei doveri di adeguamento si situerebbero su posizioni particolarmente elevate, in considerazione della capacità dell'ente di introiettare misure organizzative in grado di neutralizzare la maggior parte dei fenomeni avversati dalla legge.

Per stabilire se l'impiego della teoria della colpa di organizzazione sia sufficiente a garantire il rispetto del principio di colpevolezza, occorre esaminarne l'applicazione fatta nel decreto legislativo.

Tuttavia una premessa si impone: le visioni puramente normative della colpevolezza non sono coerenti con il principio di personalità della responsabilità penale, che postula un legame naturalistico tra soggetto e fatto. Qui si avverte il limite invalicabile nell'accostamento sostanziale dell'illecito dell'ente al reato commesso dalle persone fisiche, il che si traduce nell'impossibilità di attuare allo stesso modo l'imputazione soggettiva del fatto. Nondimeno, se il principio di colpevolezza opera anche nella responsabilità da reato, allora è necessario identificare una tecnica di imputazione soggettiva compatibile con il concetto di personalità, perché l'ente non è uomo ma è persona e un fatto costituente reato può essergli imputato – sia pure ad altro titolo – solo in forza di una partecipazione soggettiva ad esso.

4.2 Imputazione del reato commesso dagli apicali

³⁰ Volume II, p. 526 e ss.

L'imputazione soggettiva all'ente dei reati commessi dagli organi apicali è contemplata dall'art. 6 del decreto, in particolare dal comma 1, secondo cui:

“1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), 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 e' 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 e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b) d.lgs. 231/2001”

La norma non definisce i requisiti di attribuzione della responsabilità, costruendola in termini di inversione dell'onere della prova. In considerazione della peculiare posizione degli apicali, infatti, l'ente sarà ritenuto responsabile per i reati da loro commessi, sulla base della presunzione che gli stessi esprimono la *voluntas societatis*, a meno che non dia la prova di cui alle lettere a) - d). In tal senso è anche la relazione ministeriale al decreto, dove si legge 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, una *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, e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti».

La lett. b) del comma 1 va integrata dal comma 4, che detta una norma speciale per gli enti di piccole dimensioni, in cui i compiti di vigilanza e controllo sui modelli di organizzazione potranno essere svolti anche direttamente dall'organo con funzione dirigenziale. A tal proposito, è ragionevole ritenere che tale prescrizione si riferisca ad uffici e membri del personale diversi da quelli che compongono l'organo dirigenziale sovraordinato a tutti gli altri. Diversamente, infatti, non avrebbe senso parlare di controllo, il quanto il medesimo soggetto finirebbe per vigilare sul suo stesso operato, ricoprendo, nel contempo, il ruolo di controllato e di controllante³¹.

³¹ D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Giur., Agg.*, VI, Milano, p. 961 e ss.; sul tema anche: A. MEREU, *Responsabilità “da reato” degli enti collettivi e criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., p. 93.

Prima di poter dire se, davvero, lo schema di cui al comma 1 risponde al concetto di colpa di organizzazione, occorre esaminarne i diversi punti.

Lettera 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.*

La fattispecie del modello di organizzazione è costituita da tre elementi, due di carattere procedurale, uno sostanziale: l'adozione; l'efficace attuazione; l'idoneità a prevenire gli illeciti penali.

In ordine al primo elemento, il legislatore non ha provveduto né a chiarire il contenuto dei modelli, comunque ricavabile dal terzo elemento e dalle indicazioni presenti in altre disposizioni, né ad individuare la struttura competente a pronunciarsi sulla loro approvazione.

Su questo punto, benché il dato positivo attribuisca la funzione di “garante della legalità aziendale” all'organo di amministrazione, la dottrina appare divisa.

Secondo un primo orientamento, l'adozione dei modelli spetterebbe all'organismo di vigilanza di cui all'art. 66, comma 2, lettera b), in quanto ciò garantirebbe la massima affidabilità ed efficacia del modello organizzativo³².

L'opinione prevalente, invece, è che tale incombenza dovrebbe gravare soltanto sul consiglio di amministrazione, in aderenza alla ripartizione dei ruoli stabilita dal d.lgs. 231/2001.

Una terza e recente linea interpretativa, infine, attribuisce il compito di procedere all'adozione dei modelli di organizzazione all'organo assembleare, ma attraverso l'utilizzo di un *iter* procedurale rafforzato³³: «vista la profonda incidenza dei modelli sull'organizzazione interna della società e l'inevitabile coinvolgimento dei soci in caso di sanzioni inflitte all'ente, pare logico che i codici di comportamento vengano adottati con delibera assembleare e che vengano poi iscritti nello statuto societario»³⁴.

Pur trattandosi di una soluzione fortemente rispettosa del principio personalistico della responsabilità, tale lettura potrebbe ritenersi condivisibile soltanto in una prospettiva *de iure condendo*, necessitando di una previsione legislativa che imponga l'inserimento del modello di prevenzione nell'ambito dello statuto dell'ente³⁵.

Pertanto, in mancanza di una simile disposizione, risulta preferibile aderire ad un'interpretazione di tipo letterale, riconoscendo esclusivamente in capo all'organo amministrativo il compito di curare

³² F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 3212 e ss.

³³ R. RODORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, cit., p. 16 e ss.

³⁴ G. PAOLOZZI, *Il vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2006, p. 66 e ss.

³⁵ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit. p. 137 e ss..

l'adozione dei modelli e ciò anche in considerazione della peculiare posizione rivestita dai suoi membri, che consentirebbe loro di valutare, in modo completo e realistico, il grado di rischio afferente alle diverse tipologie di reati.

Passando all'esame degli altri due requisiti, efficace attuazione e idoneità sono aspetti distinti ma complementari nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo di prevenzione, essendo a tal fine insufficiente la formale adozione del modello organizzativo.

Un programma di prevenzione potrà dirsi idoneo ed efficacemente attuato se, in una prospettiva *ex ante*, esso risulti concretamente in grado di prevenire i reati; è, quindi, necessario che, sulla base di un giudizio reso in un momento precedente alla commissione dell'illecito, operato con le migliori conoscenze del momento storico, il modello organizzativo effettivamente realizzato sia dotato di caratteristiche idonee a contrastare il sorgere di attività delinquenziali all'interno dell'ente.

Tale linea ermeneutica, che configura il requisito dell'efficacia come un postulato logico dell'adeguatezza, è preferita dalla dottrina, la quale ha interpretato le condizioni di esonero della responsabilità enunciate dalle lettere b), c), e d) dell'art. 6, comma 2 come mere integrazioni – o opportune specificazioni – dei presupposti di idoneità ed efficacia dei modelli³⁶.

L'attuazione del modello postula innanzitutto la concretezza, vale a dire la positiva messa in opera del modello cartaceo: un modello di prevenzione non implementato nell'organizzazione dell'ente risulterà, infatti, privo di qualsiasi efficacia dissuasiva e, come tale, inadatto a dissociare la responsabilità dell'ente dalla commissione del reato³⁷.

Sul punto la relazione illustrativa afferma che «requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante ed irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità»; l'insufficiente attuazione del modello preventivo costituisce, in tale ottica, un sintomo della disorganizzazione interna all'ente, che, innalzando il rischio relativo alla commissione di reati, risulta suscettibile di fondare la colpevolezza della persona giuridica, radicando su di essa la responsabilità per i reati commessi dai suoi vertici dirigenziali³⁸.

Il requisito dell'efficacia si sviluppa lungo due distinte direttive: la prima di tipo statico, come risolto applicativo dell'idoneità preventiva del modello, la seconda di tipo dinamico, quale esigenza di un aggiornamento continuo del giudizio di efficacia, che non dovrebbe cristallizzarsi

³⁶ R. RODORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionale idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, p. 1297 e ss.

³⁷ Cfr. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 171 e ss.; l'Autore evidenzia come l'attuazione riduca il rischio che il modello sia inteso come una predisposizione soltanto formale «senza autentica incidenza su quel complesso di motivazioni, radicate nella cultura o politica di impresa, da cui dipendono in definitiva le propensioni criminali degli enti collettivi»

³⁸ C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2006, p. 184 e ss.

nella mera predisposizione iniziale del protocollo, ma fondarsi su un controllo di attendibilità costante nel tempo³⁹.

Il modello organizzativo potrà, quindi, ritenersi efficace soltanto qualora l'indagine giudiziaria accerti l'esistenza di un'attuazione costante e continuativa, che ne abbia conservato ininterrottamente la funzionalità e l'efficienza⁴⁰.

All'efficace attuazione si affianca l'idoneità: il modello di prevenzione dovrà, quindi, presentare un contenuto prescrittivo funzionalmente diretto alla neutralizzazione delle possibili fonti del rischio reato.

Mentre, pertanto, "*l'efficace attuazione*" concerne l'effettiva messa in opera del modello organizzativo, "*l'idoneità*" attiene al suo profilo più specificamente contenutistico. Tale distinzione si riflette sul piano dell'accertamento giudiziario: diversamente dall'idoneità, che richiede la conformità alle previsioni sancite in sede di protocollo regolamentare, la verifica di efficacia lascia un margine di discrezionalità più ampio, che rende meno certo e prevedibile l'esito del giudizio⁴¹.

Anche sul corretto significato da attribuire al concetto di "*idoneità*" nel contesto della responsabilità dell'ente non vi è unitarietà di opinioni.

Tale nozione postula, infatti, un giudizio relazionale di tipo probabilistico che, pur se non coincidente con la certezza, non può esaurirsi nella mera possibilità che il modello di organizzazione sia idoneo a prevenire la verifica di fatti illeciti⁴². In questo senso, la principale problematica riguarda l'individuazione delle modalità di accertamento dell'idoneità, in particolare se la relativa indagine vada svolta in astratto o in concreto e quali ne siano i criteri.

Una valutazione di idoneità in astratto, formulata cioè alla stregua di massime di esperienza e leggi statistiche, determinerebbe la responsabilità dell'ente sulla base del mero scarto fra il piano teorico e quello pratico: il solo fatto che il modello risultasse inadeguato a prevenire i reati secondo *id quod plerumque accidit* sarebbe, infatti, sufficiente a far sorgere la responsabilità da reato dell'ente collettivo. Tale opzione ermeneutica si pone in conflitto con la natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente: una simile lettura, oltre a produrre una dilatazione smisurata della responsabilità, darebbe luogo ad uno scivolamento della colpa di organizzazione verso la c.d. colpa d'autore, consentendo di ritenere punibile l'ente a prescindere dalla previa valutazione delle circostanze di fatto occorse nel caso concreto.

³⁹ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 139 e ss.

⁴⁰ C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., p. 1351 e ss.

⁴¹ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 141 e ss.

⁴² Sul concetto di idoneità si vedano: M. PARODI – GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva*, Milano, 1994.

Al fine di scongiurare tale risultato, l'opinione dominante afferma che l'idoneità dovrebbe essere valutata caso per caso, sulla base di un parametro di giudizio sia astratto che concreto: più in particolare, essa andrebbe riferita non soltanto allo specifico reato realizzatosi «ma alla più ampia classe degli illeciti cui esso appartiene, al fine di stabilire se il modello organizzativo sia idoneo a prevenire i reati della medesima specie secondo il normale corso degli eventi»⁴³. In questa prospettiva, il giudice non potrà limitarsi a stabilire una generica inidoneità del modello, ma dovrà enucleare la specifica lacuna del sistema preventivo della *societas*, verificando che il reato presupposto rappresenti la concretizzazione della tipologia di rischio ricollegabile a quello specifico protocollo cautelare⁴⁴.

In ordine ai parametri del giudizio di accertamento dell'idoneità, in dottrina si distinguono tre indici concettuali, rappresentati dalla “base”, dal “momento” e dal “metro”. Nonostante la dottrina si sia sforzata di definire tali requisiti in modo univoco, essi presentano, ancora oggi, rilevanti margini di incertezza.

In primo luogo, occorre chiarire il rapporto tra i parametri della “base” e del “momento” del giudizio.

La c.d. “base” (o “base ontologica”) è composta dell'insieme delle circostanze di fatto esistenti nel caso concreto; queste dovranno essere valutate dal giudice al fine di stabilire l'idoneità del modello organizzativo a prevenire le diverse tipologie di reato. In assenza di specificazione legislativa, non è chiaro se vadano considerate tutte quelle esistenti, ovvero soltanto quelle conosciute o conoscibili al momento dell'illecito.

Per superare tale lacuna, la giurisprudenza ha adottato un'impostazione intermedia, affermando che l'idoneità non rappresenta un valore immutabile ma consta, per sua natura, di un ventaglio di graduazioni intermedie; essa, pertanto, necessiterà di una valutazione in chiave dinamica, strettamente dipendente dallo studio del caso concreto e, soprattutto, dal momento storico in cui si colloca il fatto illecito⁴⁵.

L'individuazione della “base” potrà, quindi, avvenire soltanto dopo aver definito il “momento” a cui rapportare l'analisi, in quanto gli elementi da includere varieranno a seconda dell'indice cronologico considerato⁴⁶.

In questo senso, l'accertamento sull'adeguatezza del modello organizzativo si configura come un giudizio da operare *ex ante*, sulla base di uno schema logico a due fasi:

⁴³ A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 92 e ss.

⁴⁴ M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 411 e ss.

⁴⁵ Cfr. Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 528 e ss.

⁴⁶ M. PIERDONATI, *La proposizione della difesa legittima: il momento e la base del giudizio*, in *Indice pen.*, 2003, p. 588 e ss.

- nella prima fase, il giudice è chiamato a espungere dalla “base” l’insieme delle circostanze esistenti ma conoscibili dall’ente solo *ex post*;
- successivamente, dovrà essere stabilito se il protocollo adottato possedeva, nel momento in cui è stato commesso il reato, le caratteristiche idonee a scongiurarlo, eliminando dai parametri del giudizio le peculiarità del fatto illecito connesse a specifiche caratteristiche individuali del soggetto agente, e, come tali, non rapportabili all’organizzazione dell’ente collettivo⁴⁷.

L’ultimo requisito, ossia il “metro” a cui ancorare il giudizio di idoneità, è ricostruito dalla dottrina maggioritaria secondo il tradizionale canone dell’*id quod plerumque accidit*, valutando la commissione del fatto illecito in base al criterio della normalità dei casi⁴⁸.

Sul punto, tuttavia, sorge un problema di non facile soluzione: il substrato empirico della diligenza organizzativa è, infatti, rappresentato da una valutazione, fortemente discrezionale, dei singoli protocolli preventivi, da operarsi in riferimento alle diverse modalità operative con cui si è realizzato il fatto di reato. Quindi, è difficile stabilire con sicurezza quali siano le leggi di copertura da impiegare per verificare l’adeguatezza del modello organizzativo.

Fermo restando che molte sono le variabili da considerare – attività dell’ente, tipologia di reati, strutture aziendali, ambiente esterno in cui l’ente agisce – di massima può dirsi che, essendo i reati da cui dipende l’illecito collettivo essenzialmente di natura tecnica, le leggi di copertura provengono prevalentemente dal sapere socio-economico, il che conferma la necessità di un approntamento dei modelli di organizzazione fortemente ancorata alla concreta realtà in cui l’ente opera, onde colmare in parte quel margine di incertezza insito in dette leggi.

In proposito, un problema denso di rilevanti risvolti pratici è se la difesa dell’ente sia abilitata a provare che il reato commesso non sarebbe stato comunque prevenibile, neanche attraverso l’adozione del miglior modello organizzativo possibile, ragion per cui la sua mancata adozione non è rimproverabile all’ente. Sul punto, l’opinione maggioritaria propende per la soluzione positiva: qualsiasi interpretazione di segno contrario – che consentisse al giudice di evitare una preventiva valutazione del modello in termini almeno di riduzione del rischio – darebbe ingresso, nel nostro ordinamento, ad una presunzione assoluta di colpa di organizzazione, contrastante sia con l’art. 25 Cost. che con il principio di stretta legalità accolto nello stesso art. 2 del d.lgs. 231/2001⁴⁹.

Definita la struttura dei requisiti di cui alla lett. a), resta da esaminare in argomento un problema che incrocia lo stesso concetto di “adozione”, ossia la predisposizione di modelli organizzativi

⁴⁷ R. RODORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionale idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, p. 1302 e ss.

⁴⁸ C. LUNGHINI, *L’idoneità e l’efficacia attuazione dei modelli di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, p. 257 e ss.

⁴⁹ M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 1415 e ss.

comuni all'interno di un gruppo societario. In dottrina ci si domanda, infatti, se una *holding* possa predisporre dei programmi comuni a tutte le società da essa controllate, ovvero se ciascuna di esse debba adottare, separatamente, un proprio modello organizzativo.

In proposito, la necessità che il modello organizzativo sia conforme allo specifico organigramma societario ha indotto la giurisprudenza ad avallare la tesi che ritiene necessaria la predisposizione di tanti modelli di prevenzione quante sono le singole società facenti capo al gruppo (pur tenendo conto, tuttavia, dei profili comuni derivanti dalla presenza di una gestione congiunta).

Tale scelta appare ragionevole e logicamente condivisibile in quanto impedirebbe l'utilizzo di pratiche di gestione unitaria al fine di eludere la normativa. Così è stato correttamente affermato che «il modello adottato dalle *holding* deve concepirsi in considerazione delle peculiarità del gruppo di società, contraddistinto da una politica societaria coordinata. Pertanto, il modello dovrà contenere regole specifiche finalizzate ad assicurare la correttezza e la trasparenza delle comunicazioni *infragruppo*, nonché ad assicurare la veridicità del bilancio consolidato»⁵⁰.

Lettera b): *l'ente deve provare che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.*

Dietro la sua apparente chiarezza, il requisito prospettato dall'art. 6, comma 1, lettera b) cela diversi profili di ambiguità, superabili soltanto attraverso un utilizzo sinergico della giurisprudenza e della prassi, ossia i codici di comportamento adottati dalle associazioni di categoria rappresentative delle diverse tipologie di enti.

L'individuazione dei compiti da affidare all'organismo appare univoca nella prima parte.

La vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione evidenzia l'esigenza che l'organismo si doti di tecniche e procedure di monitoraggio delle attività dei soggetti apicali, in modo da poter verificare costantemente la conformità delle loro azioni alle prescrizioni contenute nei protocolli cautelari; a tale funzione si collegano gli obblighi di informazione e comunicazione che, ai sensi dell'art. 6, comma 3, lettera d), gravano su tutti i soggetti investiti di compiti manageriali nei confronti della struttura di controllo.

Sembra, pertanto, ragionevole affermare che, proprio in ragione dei suoi compiti istituzionali, l'organismo di controllo costituisca il soggetto privilegiato ai fini dell'attribuzione dei compiti disciplinari nei confronti di coloro che abbiano mancato di uniformarsi alle prescrizioni contenute nei modelli⁵¹.

⁵⁰ E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese: societas delinquere potest*, Milano, 2005, p. 267 e ss.

⁵¹ E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico, Societas delinquere non potest*, Padova, 2009, p. 252 e ss.

Suscita spunti maggiormente problematici, invece, l'investitura del compito di curare l'aggiornamento dei modelli, occorrendo domandarsi se l'organismo di vigilanza sia o meno competente a curare l'aggiornamento dei protocolli organizzativi dell'ente.

In dottrina, la problematica in esame ha destato accesi dibattiti interpretativi: alla luce di quanto affermato dall'art. 6, comma 1, lettera a), che affida l'onere di adottare i modelli di organizzazione all'organo dirigenziale, un'autorevole opinione ha affermato l'assoluta irragionevolezza di qualsiasi opzione ermeneutica che miri ad attribuire una simile funzione ad uffici diversi da quelli deputati all'amministrazione dell'ente⁵².

A tale conclusione si è obiettato che la norma in esame conferirebbe all'organo dirigenziale soltanto la competenza ad "*adottare ed efficacemente attuare*" il modello di prevenzione, non anche quello di aggiornarlo: non vi sarebbe, quindi, alcuna motivazione testuale in grado di precludere, in modo assoluto, l'assegnazione di un simile compito ad una struttura distinta e autonoma, come l'autorità di vigilanza.

Malgrado la fondatezza di tale argomentazione, l'opinione maggioritaria è concorde nel ritenere che la competenza in materia sia, in via esclusiva, dell'organo amministrativo posto in posizione di vertice: l'organismo di sorveglianza, pertanto, sarebbe titolare soltanto di un potere di proposta, fondato sull'esperienza maturata dall'osservazione delle modalità e dei limiti di implementazione dei protocolli, mentre la responsabilità politico-aziendale di attuare tali interventi modificativi permarrebbe in capo agli organi dirigenziali, allo stesso modo di quanto avvenuto per l'adozione originaria⁵³.

Ulteriore profilo d'analisi, in ordine all'art. 6, comma 1, lettera b), è rappresentato dal riferimento agli "*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*" che deve avere l'organismo di vigilanza.

Sul punto, la tematica di maggior peso è rappresentata dall'individuazione delle modalità con cui esso dovrà svolgere le proprie funzioni senza trasformarsi in un fattore di disgregazione (o, comunque, di disorganizzazione) per il tessuto organizzativo della *societas*.

A tal proposito, la dottrina più moderna è propensa ad affermare che l'oggetto dell'attività di vigilanza non potrà mai estendersi oltre la sorveglianza sull'efficace attuazione ed idoneità del modello organizzativo. In particolare, non appare configurabile l'esistenza di una potestà di controllo generale su ogni singolo atto dell'ente, posto che una simile attribuzione determinerebbe

⁵² G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 185 e ss.

⁵³ U. LECIS, *L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del controllo organizzativo*, in *Riv. amm. soc. e degli enti*, n. 44, 2006, p. 38: «L'organismo dirigente che è responsabile dell'adozione del modello, lo è altrettanto di ogni aggiornamento dello stesso; infatti, mentre l'adozione è l'atto formale che dà origine una volta per tutte al modello, l'aggiornamento è l'atto con cui il modello si allinea, nel tempo, alle necessità via via riscontrate in sede di applicazione, in una sorta di nuova, sempre più adeguata, adozione. Lo stesso art. 6 (primo comma lett. a) affida all'organo dirigente il compito di attuare efficacemente il modello organizzativo, e quindi, di aggiornarlo, nel senso di mantenerlo efficacemente attuato nella prospettiva del progresso temporale»

un'illegitima sovrapposizione di ruolo fra l'organismo di sorveglianza, gli uffici direttivi e le altre eventuali strutture, interne alla persona giuridica, incaricate di operare un controllo funzionale sulla base di quanto stabilito dalla normativa societaria⁵⁴.

In questo senso, il rapporto con gli uffici adibiti al controllo interno va inteso nel senso che l'organismo di vigilanza dovrà limitarsi a valutare la dinamica dei controlli interni, provvedendo a segnalare le eventuali *defaillances* all'organo dirigente nella misura in cui esse si traducano in un motivo di disfunzionalità per il modello organizzativo⁵⁵.

L'ultimo profilo di analisi attiene alla posizione giuridica dei soggetti che compongono l'organismo di vigilanza, essendo controverso se i membri dell'organismo di vigilanza siano titolari o meno, rispetto ai reati commessi nell'interesse dell'ente, di una vera e propria posizione di garanzia, in grado di determinare l'insorgere di una responsabilità individuale ai sensi dell'art. 40, comma 2 del codice penale.

Secondo una prima opinione, sarebbe lo stesso profilo contenutistico-funzionale dei compiti della struttura di controllo a confermare l'esistenza, in capo ai suoi componenti, di un'autonoma posizione di garanzia.

In questa prospettiva, l'affermazione della responsabilità «presupporrebbe un accertamento sulla congruenza tra la procedura prevista nel modello di prevenzione e la condotta sfuggita alle maglie del controllo: il controllo sul modello dell'Odv potrebbe tradursi in controllo impeditivo di un certo comportamento criminoso, ove fosse appurata la reale efficienza impeditiva del protocollo inosservato»⁵⁶.

La fonte dei poteri di ingerenza della struttura di controllo, vale a dire l'insieme dei poteri di comando e impedimento che costituisce il cuore della posizione di garanzia, deriverebbe, pertanto, dall'adozione e dall'implementazione di un programma di prevenzione e gestione del rischio-reato: in questo senso, l'organismo di vigilanza godrebbe di vere e proprie potestà impeditive e inibitorie che, legandosi al *compliance program* adottato dall'ente, gli consentirebbero di attivare strumenti sanzionatori capaci di sollecitare i soggetti in posizione apicale ad intraprendere una corretta politica aziendale, frenandone gli impulsi criminogeni⁵⁷.

I componenti dell'organo di controllo, di conseguenza, potrebbero essere chiamati a rispondere a titolo di concorso omissivo nel reato, purché risultassero muniti di effettivi strumenti di ingerenza

⁵⁴ A. FIORELLA, G. LANCELOTTI, *La responsabilità d'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, p. 14 e ss.

⁵⁵ N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, in *Banca, borsa, tit. di cred.* 2008, p. 114 e ss.

⁵⁶ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 162 e ss..

⁵⁷ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irreali?* in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1061 e ss.

nell'attività dell'ente e disponessero del potere di influenzare, in modo concreto, la corretta implementazione dei modelli di organizzazione⁵⁸.

Tale tesi, pur se autorevolmente sostenuta, si espone a duplice critica. In primo luogo, il dato normativo non assegna all'organo di vigilanza il compito di impedire la perpetrazione del reato, ma soltanto quello di vigilare sui modelli di organizzazione approvati dalla *societas*. In secondo luogo, fra i poteri della struttura di controllo non è possibile rintracciarne alcuno di tipo impeditivo o inibitorio, idoneo ad incidere direttamente sulla condotta criminale altrui⁵⁹.

Tali conclusioni sarebbero destinate a rimanere ferme anche a seguito dell'approvazione del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, rubricato "Attuazione della direttiva 2005/60/Ce concernente la previsione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione", che estende la responsabilità degli enti alla commissione dei reati di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter c.p. da parte dei propri organi. L'art. 52 prevede che:

"1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano sull'osservanza delle norme in esso contenute.

2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1:

a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2;

b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia;

c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia;

d) comunicano, entro trenta giorni, alla UIF le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia".

Ad un'analisi superficiale sembrerebbe che la novella in oggetto abbia introdotto, in capo all'ente collettivo, una vera e propria posizione di garanzia, suscettibile di estendersi a tutti i suoi componenti. Ma così non è.

⁵⁸ M. ARENA, *L'organismo di vigilanza nella nuova normativa antiriciclaggio*, in *Riv. dir. pen. impr.*, 2007, p. 2 e ss.

⁵⁹ N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, in *Banca, borsa, tit. di cred.* 2008, p. 128 e ss.

Da un punto di vista sistematico, infatti, il rapporto fra l'art. 52 del d.lgs. 231/2007 e l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 è di specialità. Da tale relazione non potrebbe mai ricavarsi una regola generale in grado di riqualificare la natura delle funzioni affidate all'organismo di vigilanza.

Da un punto di vista concettuale, invece, l'art. 52, pur fondando, in capo all'organismo di sorveglianza, un obbligo di controllo rafforzato in merito ai reati di cui agli art. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p., non fornisce a quest'ultimo i poteri interdittivi necessari a far sorgere una posizione di garanzia in senso proprio. In questo senso, più che di posizione di garanzia, si dovrebbe parlare di un onere qualificato di "denuncia", che imporrebbe ai membri degli organismi di vigilanza, qualora venissero a conoscenza della possibilità che fosse commesso un reato, di darne immediatamente comunicazione alle autorità di pubblica sicurezza e al collegio dei sindaci⁶⁰.

Peraltro, si tenga conto che «anche a voler ammettere una siffatta posizione giuridica di garanzia, si deve riconoscere che essa non avrebbe un contenuto generale e illimitato, ma sarebbe da circoscrivere ai reati previsti dagli art. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.; e ciò in quanto l'art. 52 cit., – nel sottolineare il carattere, per così dire "speciale" dell'obbligo di vigilanza informativa dell'Odv – lo rapporta in via esclusiva ad infrazioni di obblighi prodromici alla realizzazione di reati in materia di riciclaggio».

Lettera c): *"le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione"*.

L'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi in grado di prevenire le attività delinquenziali, cui si accompagna l'istituzione di un organismo di vigilanza incaricato di controllare l'operato dell'ente, costituiscono l'elemento di base della complessa fattispecie scusante che la *societas* ha l'onere di provare.

Al fine di consentire l'esenzione dalla responsabilità per il reato commesso da un soggetto apicale, occorre, infatti, dimostrare non soltanto l'assenza di qualsiasi collusione fra l'ente e l'autore della condotta illecita, ma anche l'assenza di un *deficit* organizzativo o gestionale idoneo a giustificare l'irrogazione di una sanzione punitiva⁶¹.

Tali condizioni possono dirsi realizzate qualora l'autore abbia commesso il reato *"eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione"* dell'ente. Sul corretto significato da attribuire a tale espressione la dottrina non appare, però, concorde.

Secondo una prima corrente di pensiero, l'ente collettivo dovrebbe fornire la prova che l'autore del reato ha adottato una condotta intenzionalmente diretta a frustrare le misure di prevenzione predisposte dal modello organizzativo, perforando il diaframma cautelare edificato dai *compliance*

⁶⁰ In senso contrario, tuttavia, M. ARENA, *L'organismo di vigilanza nella nuova normativa antiriciclaggio*, cit., p. 3 e 4.

⁶¹ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 185 e 186.

programs e aggirando il controllo dell'organo di vigilanza⁶². L'agire fraudolento, pertanto, potrebbe rescindere il legame funzionale fra l'ente ed il reato soltanto qualora, nel corso del giudizio, si riuscisse a dimostrare l'esistenza di un vero e proprio disegno criminoso in capo al soggetto agente⁶³. In termini di esonero della responsabilità da reato, la rilevanza dell'elusione del modello di prevenzione sarebbe, pertanto, esclusa ogni qual volta l'illecito non risultasse il frutto di un'iniziativa strettamente personale, ma derivasse da una decisione assunta con il consenso unanime dei vertici organizzativi.

In base ad un diverso orientamento, l'elusione fraudolenta costituirebbe, invece, una sorta di doppiopene in negativo del requisito di efficacia del modello, richiesto dall'art. 6, comma 2, lettera a) del decreto⁶⁴, poiché se sussiste l'una manca l'altro. Tale lettura, che priva di qualsiasi autonomia il requisito della lettera c) del comma 2, si espone a una serie di critiche.

Da un lato, essa darebbe origine ad una vera e propria *probatio diabolica* in merito alle capacità di prevenzione dei modelli, comportando un giudizio di idoneità rapportato soltanto allo specifico reato commesso: l'ente collettivo, infatti, dovrebbe dimostrare l'idoneità dei propri modelli organizzativi ad impedire esclusivamente quella specifica tipologia criminosa in concreto realizzatasi⁶⁵. Tale opzione ermeneutica avrebbe due irragionevoli conseguenze: in primo luogo, l'elusione fraudolenta verrebbe intesa come limite negativo di prevedibilità del modulo gestionale, dando accesso nel sistema del d.lgs. 231/2001 ad una a forma strisciante di responsabilità oggettiva; in secondo luogo, la suddetta interpretazione entrerebbe in conflitto con il dato letterale dell'art. 6, che, nell'accertare l'idoneità e l'efficacia del modello di prevenzione, fa riferimento all'illecito commesso solo al fine di stabilire se «lo scarto fra illecito e il modello fosse prevedibile secondo un parametro di normalità».

Dall'altro lato, la tesi che si critica non considera che i protocolli decisionali di cui all'art. 6 comma 2, lettera b) del d.lgs. 231/2001 sono diretti a prevenire i reati dei soggetti apicali sorretti da un intento di frode: negare autonomia concettuale al requisito dell'elusione fraudolenta vorrebbe dire svilire tale carattere, depotenziandone tanto la *ratio* che le capacità operative.

Un'ultima opinione, infine, ritiene che il requisito in esame costituirebbe un elemento autonomo e concorrente rispetto all'idoneità e all'efficacia del modello organizzativo: al fine di poter ascrivere all'ente la responsabilità del reato, infatti si dovrebbe dimostrare che il superamento dei programmi

⁶² M. PELLISSERO, *La responsabilità degli enti alla ricerca del difficile equilibrio fra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 364 e ss.

⁶³ F. C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in AA.VV. *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, a cura di C. MONESI, Milano, 2005, p. 246 e ss.

⁶⁴ F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2004, p. 10 e ss.

⁶⁵ E. M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge nei confronti delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Legge penale*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2006, p. 199 e ss.

di prevenzione da parte degli apicali non è avvenuta attraverso l'utilizzo di modalità d'azione ingannevoli o tramite l'uso di artifici e raggiri. Tale tesi mette in luce come il legislatore, impiegando l'aggettivo "*fraudolentemente*", abbia inteso collegarsi all'area concettuale dell'inganno, di cui sarebbe vittima l'ente che ha adempiuto al suo dovere di autorganizzazione: «la condotta ingannatoria del soggetto apicale *contra ius societatis* implica, sul piano logico, l'esistenza di un assetto organizzativo gestionale e di controllo tanto esauriente ed efficace da aver fallito il suo obiettivo di prevenzione del reato solo a causa di un imprevedibile e incontenibile manifestarsi della condotta criminosa al di là delle maglie dei controlli»⁶⁶.

In questa prospettiva, l'elusione fraudolenta, insieme all'omessa o insufficiente vigilanza dell'organo di controllo, confluisce in un unico presupposto fattuale: «congiuntamente intesi essi intendono sottolineare in modo assolutamente incontrovertibile che la realizzazione criminosa debba essere stata il frutto esclusivo, contingente, abnorme di una risoluzione dell'"apice" qualificata, da un lato, da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale e, dall'altro, attuate con una tale astuzia da essersi sottratta alla vigilanza – pure "non insufficiente" – dell'organo preposto. E' proprio la puntualità di comportamento del soggetto apicale a riassumere l'autentica portata scusante della complessa fattispecie descritta nelle quattro lettere di cui consta l'art. 6 comma 2 d.lgs. 231/2001: l'adozione dei protocolli di legalità e la stessa istituzione dell'organismo di vigilanza sono solo presupposti (ineludibili) perché possa acquistare rilievo la "imprevedibile", "incontenibile" iniziativa criminosa del *manager*, il quale si "estranea" da una "condotta di vita" dell'ente altrimenti "osservante" e si assume una responsabilità penale esclusivamente propria, non impegnativa di quella della *societas*»⁶⁷.

Più in generale, l'omessa o insufficiente vigilanza (lettera b) avrebbe l'effetto di far sorgere un nesso di agevolazione fra il fatto e il *deficit* organizzativo del sistema dei controlli, fungendo da un indice sintomatico dell'esistenza di un politica d'impresa ispirata alla tolleranza colpevole verso i comportamenti criminali (e, come tale, idonea a radicare la responsabilità dell'ente). Per converso, l'elusione fraudolenta (lettera c) porterebbe ad escludere la riprovevolezza dell'inosservanza del modello organizzativo, in virtù delle peculiarità con cui si è svolta l'azione illecita dei soggetti apicali.

In proposito, si è giustamente affermato che «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 ed a seguito di una specifica politica di azione. Ecco perché il decreto n. 231/2001 richiede, quale presupposto della fattispecie a struttura

⁶⁶ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.* 2005, p. 320 e ss.

⁶⁷ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 185 e 186.

complessa, che, ai fini della esclusione della responsabilità, debba accertarsi che i modelli preventivi siano stati fraudolentemente elusi dalle persone che abbiano commesso il fatto»⁶⁸.

In questo senso, la persona giuridica andrà esente da responsabilità soltanto laddove dimostri di non aver approvato o agevolato, in alcun modo, la perpetrazione di reati, attraverso la predisposizione di un appropriato modulo organizzativo. Il comportamento del soggetto di vertice dovrà, quindi, risultare anomalo, imprevedibile, inatteso e non espressivo della *voluntas societatis*, al punto da recidere completamente il rapporto di immedesimazione organica fra la persona giuridica ed il soggetto agente⁶⁹.

Il requisito in esame appare scarsamente compatibile con la struttura degli illeciti colposi, che richiedono coefficienti psichici non reali ma soltanto potenziali, generando un problema di coordinamento con l'art. 25-*septies* che li eleva a presupposto dell'illecito, variamente risolto dalla dottrina.

Inizialmente, si è interpretato il requisito dell'elusione fraudolenta privandolo dei suoi tipici connotati soggettivi, e quindi evitando di collegarlo agli artifici o ai raggiri posti in essere dall'autore del reato. In seguito, la stessa corrente di pensiero è giunta, addirittura, a sostenere un'interpretazione abrogatrice dell'art. 6, comma 2, lettera c) in relazione ai reati colposi.

A fronte della chiara incoerenza di queste opzioni ermeneutiche, una soluzione equilibrata è riferire l'elusione «al protocollo di prevenzione che compone la trama del modello di organizzazione dell'ente e non anche alla specifica regola cautelare dalla cui infrazione deriva l'evento lesivo»⁷⁰.

Così, ad esempio, nell'ipotesi dell'amministratore delegato di una società che ometta di trasmettere all'organismo di controllo il documento di valutazione dei rischi ambientali per evitare di render noto un proprio interesse alla nomina di un parente (o di un amico) alla carica di medico dell'impresa, e che, in questo modo, impedisca alla struttura di vigilanza un adeguato sindacato sulla valutazione del rischio-reato. In tal caso l'elusione fraudolenta coinciderà solo parzialmente con l'inosservanza della regola cautelare da cui promana l'evento; tuttavia, quand'anche tra regola cautelare e cautela organizzativa vi fosse una piena e completa sovrapposibilità, l'elusione potrebbe

⁶⁸ A. FIORELLA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale* a cura di C. F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, p. 5106 e ss.

⁶⁹ Il requisito dell'elusione fraudolenta opera, pertanto, lungo un duplice piano concettuale: quello "oggettivo" dell'elusione, che esprime uno *standard* materiale di efficacia del modulo di prevenzione approvato dall'ente, in forza del quale il reato sia stato reso possibile solo a causa dell'aggiramento di un protocollo cautelare oggettivamente efficiente; e quello "soggettivo" della "frode" che da atto, invece, la natura non meramente "fittizia" della decisione dell'ente di organizzarsi per prevenire gli illeciti della stessa specie di quello commesso, interrompendo il nesso di appartenenza fra la *societas* e la condotta criminosa. Cfr N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 168 e ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 185 e ss.

⁷⁰ N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio di imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. I modelli di organizzazione*, cit., p. 162 e ss.

risultare riferibile soltanto alla seconda, riguardando un profilo cognitivo rapportabile alla condotta inosservante, più che all'evento che da essa derivi.

Lettera d): *non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).*

Tale requisito completa quello di cui alla lett. b), non risultando sufficiente l'adozione di un modulo organizzativo idoneo a prevenire i reati, ma occorrendo altresì procedere, in un secondo momento ed in chiave dinamica, ad una valutazione di come viene concretamente esercitata la funzione di controllo.

Nel contempo, la prova che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza si combina con il presupposto di cui alla lettera c), definendo il contenuto sostanziale del concetto di "attività elusiva" e segnando i limiti esterni oltre i quali non sarà possibile ammettere la responsabilità dell'ente. 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 suo corretto funzionamento. Ma ciò non basta, perché si richiede, appunto, che non sia ravvisabile colpa alcuna da parte dell'ente stesso, il quale deve aver vigilato anche sull'osservanza dei programmi intesi a conformare le decisioni del medesimo secondo gli *standards* di legalità preventiva.

Appare dunque corretto assegnare al requisito in analisi, pur con una sua identità sostanziale, una funzione prevalentemente sussidiaria, consentendo esso di delineare con maggiore certezza le situazioni sostanziali regolamentate dalle altre disposizioni del secondo comma dell'art. 6 e svolgendo il ruolo di vera e propria norma di chiusura del sistema di imputazione soggettiva.

Tirando le fila del discorso, l'inversione dell'onere della prova è il segno più evidente che la colpa di organizzazione all'art. 6 non è un criterio di imputazione soggettiva, poiché se lo fosse sarebbe incompatibile con la presunzione di non colpevolezza. D'altra parte, la sua natura squisitamente valutativa dimostra che si è al di fuori delle tecniche di imputazione soggettiva proprie del diritto penale. La sua funzione, piuttosto, è assimilabile a quella della qualificazione soggettiva: l'adozione e l'attuazione di modelli idonei a prevenire il reato opera come una scusante, fondandosi sul principio dell'inesigibilità della condotta lecita. Ciò è confermato dalla circostanza che l'ente è esonerato da responsabilità solo se il reato si è verificato perché l'autore ha eluso fraudolentemente i modelli predisposti dall'ente: diversamente, il modello è stato in concreto inidoneo, essendo esigibile una maggiore diligenza da parte dell'ente.

È chiaro, a questo punto, che l'imputazione soggettiva propriamente detta non si trova nell'art. 6, ma nell'art. 5 lett. a): l'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente comporta un collegamento anche soggettivo tra il fatto e l'ente.

Nell'ipotesi in cui il reato sia commesso nell'interesse dell'ente, essendo realizzato da un organo di

vertice, ben può ascrivere al suo indirizzo strategico. Nell'ipotesi in cui il reato sia commesso a vantaggio dell'ente, esso rappresenta pur sempre espressione della politica aziendale, sempre che il singolo lo abbia previsto e accettato, sia pure senza perseguirlo (ragion per cui la responsabilità è esclusa se la persona ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi).

Così impostata la questione, risulta evidente che il reato commesso dagli apicali è imputato a titolo doloso, diretto (se l'organo agisce nell'interesse dell'ente) o indiretto (se l'organo agisce rappresentandosi il vantaggio dell'ente e accettandone la verifica come conseguenza del suo agire).

A scanso di equivoci, è bene chiarire che il richiamo alla figura del dolo ha un valore simbolico, poiché il dolo dell'ente non è – non può essere – quello della persona fisica, ma vale ad affermare che l'ente “vuole” il reato commesso dalla persona fisica, nel senso che la sua attività è orientata verso la produzione dell'evento o comunque è propensa ad accettare che si verifichi.

Avvenuta l'imputazione per dolo, l'ente è ammesso a provare che la sua “volontà” non è rimproverabile, o, più propriamente, negativamente qualificabile, perché – pur avendo l'organo agito nel suo interesse o a suo vantaggio – il reato è avvenuto in forza della violazione delle misure predisposte per impedirlo.

Alla conclusione che l'imputazione dei reati commessi dalla persona fisica all'ente avvenga a titolo di dolo può giungersi anche per altra via, facendo leva sul rischio d'impresa, da intendersi come la possibilità che nell'esercizio dell'attività economica siano realizzati danni a terzi.

Nella teoria economica si distingue un rischio generico, costante in tutte le fasi della vita dell'impresa, un rischio specifico, se l'attività ha carattere intrinsecamente pericoloso. Il rischio d'impresa ha natura penale se è minacciato un bene tutelato dall'ordinamento penale.

Le condotte che determinino un aumento del rischio vietato sono suscettibili di esporre a responsabilità dolosa l'ente che esercita l'impresa, qualora il danno si verifichi. Se il rischio è generico, il dolo è indiretto; se specifico, il dolo è diretto.

L'introduzione tra i reati da cui può dipendere la responsabilità dell'ente di quelli colposi pone il problema del titolo di imputazione soggettiva, attesa la difficoltà di configurare una responsabilità dolosa per un reato colposo. In realtà si tratta di un falso problema, poiché la responsabilità dell'ente è autonoma e il reato commesso dalla persona fisica costituisce solo il fatto materiale dell'illecito dell'ente, la cui imputazione può avvenire a titolo di dolo – nel significato prima fissato – anche se il reato è colposo.

Non vi è alcuna incompatibilità tra un reato non voluto dalla persona fisica e voluto dalla persona giuridica: così, ad esempio, se la violazione della normativa in materia di infortuni sul lavoro ha causato la morte del lavoratore e la commissione di tale violazione risponde a una scelta gestionale

dell'ente, sussisterà una responsabilità di natura dolosa, poiché l'evento lesivo risponde – direttamente o indirettamente – alla “volontà” dell'ente.

4.3 Imputazione del reato commesso dai sottoposti

L'imputazione soggettiva del reato commesso dai sottoposti è disciplinata dall'art. 7, comma 1, secondo cui “*Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*”.

La formulazione è strettamente aderente al criterio di delega e si attaglia alle piccole e medie imprese, dove appare sufficiente affermare un generale obbligo di vigilanza e la relativa violazione ad imputare il reato alla società. Invece, nelle entità organizzative complesse, caratterizzate da un'articolazione di competenze che fanno capo ad una pluralità di centri decisionali, il richiamo a generici *standard* di diligenza avrebbe rischiato di rivelarsi una vuota clausola di stile, inidonea ad indirizzare il giudice nell'accertamento dell'illecito amministrativo in capo all'ente, con il rischio di creare una responsabilità incolpevole, sicché è stata introdotta una clausola di esclusione da responsabilità nel comma 2 analoga a quella prevista dall'art. 6 per il reato commesso dagli apicali⁷¹.

La dottrina, invece, ha criticato la formulazione, osservando che i concetti di vigilanza e controllo risultano ormai obsoleti nell'ottica della moderna organizzazione aziendale, ove alle figure degli apici e dei sottoposti si sostituisce un connubio spesso inestricabile tra funzioni di *staff* e funzioni di *line*⁷².

Ciò premesso, anche il reato commesso dai sottoposti non è imputato all'ente in forza della colpa di organizzazione, la cui funzione resta sempre quella di qualificare l'atteggiamento soggettivo del responsabile dell'illecito, come stabilito dal comma 2. L'imputazione soggettiva propriamente detta emerge dal combinato disposto tra l'art. 5, comma 1, lett. b) e l'art. 7, comma 1: l'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte del sottoposto diventa ad esso imputabile se è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di vigilanza e controllo sull'attività del medesimo. In tal modo il reato commesso dai sottoposti è imputato in capo all'ente a titolo colposo, precisamente per *culpa in vigilando*. La differenza rispetto all'ipotesi del reato posto in essere dagli apicali è che, essendo il sottoposto privo di poteri decisionali, la sua azione non può ritenersi “voluta” dall'ente, ma al più da esso colposamente provocata.

⁷¹ *Rel.*, § 3.5.

⁷² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 109 s.

L'interpretazione del testo secondo cui “*se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*” è controversa.

Secondo un primo orientamento è necessario che tra la commissione del reato e l'inosservanza degli obblighi sussista un vero e proprio rapporto di causalità, da accertare con il procedimento di addizione mentale proprio della causalità omissiva: aggiunta mentalmente l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, il reato non sarebbe stato commesso⁷³. La tesi troverebbe conferma nell'art. 25-ter, che fonda la responsabilità dell'ente sul presupposto che il fatto non si sarebbe realizzato “*se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*” e nel raffronto con l'ordinamento tedesco, nel quale vige la regola secondo cui la responsabilità dell'ente sorge quando la sorveglianza omessa che si sarebbe dovuta tenere avrebbe impedito o reso più difficile la realizzazione dell'illecito (§ 130 OWig)⁷⁴.

Un secondo orientamento, invece, sostiene che, ricostruita «con sufficienti margini di certezza la morfologia che l'ente deve assumere per essere “virtuoso” perde di rilevanza il nesso di causalità tra la violazione del modello e la verifica del reato», in quanto «il reato è imputabile all'ente collettivo solo se rientra nello spettro preventivo del modello organizzativo e gestionale doveroso. E tanto basta per un'imputazione del reato all'ente, che soddisfi l'esigenza di una ragionevole evitabilità del fatto addebitato»⁷⁵. Ne consegue, alla stregua di questa argomentazione, che la definizione di tale nesso di imputazione come causale sarebbe puramente nominale⁷⁶.

Un orientamento intermedio, infine, individua, nel legame tra inosservanza degli obblighi e commissione del reato, un nesso di agevolazione: l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza si atteggierebbe, in questo senso, come fattore di ausilio del reato commesso dal sottoposto, perché ne avrebbe facilitato la realizzazione⁷⁷.

Tutte le opinioni sopra indicate muovono dalla premessa che il requisito abbia contenuto oggettivo, con ciò svilendone il rango di criterio di imputazione soggettiva. È ben vero che l'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza implica una condotta omissiva, rilevante anzitutto sul piano materiale, ma tale rilevanza attiene al profilo dell'imputazione oggettiva, completando – rispetto a un soggetto sottoposto, di cui non è direttamente predicabile un rapporto di immedesimazione con l'ente – il rapporto organico. Di tale condotta si deve, invece, valorizzare il contenuto colpevole, ai fini della ricostruzione dell'elemento soggettivo. In tal senso

⁷³ FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 91.

⁷⁴ DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano*, cit., 677; ID., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 111.

⁷⁵ GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 14.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., *passim*.

l'inadempimento degli obblighi di direzione o vigilanza costituisce l'elemento normativo della colpa dell'ente.

Nel silenzio della norma, occorre poi chiedersi quale sia il contenuto di detti obblighi. Sul piano letterale, l'utilizzo del sostantivo "obbligo" accompagnato dai complementi di specificazione "di direzione" o "di vigilanza" suggerisce, in via di prima approssimazione, che il contenuto dell'obbligo è determinato dal rapporto tra la funzione svolta dall'apicale e quella esercitata dal sottoposto: la direzione è esercitata dagli organi di vertice dell'ente, cui compete anche di vigilare sull'attività dei sottoposti. Calando il significato letterale nel sistema del decreto legislativo, può dirsi che gli obblighi di direzione e vigilanza si sostanziano in regole di azione a carattere cautelare aventi ad oggetto l'attività dei sottoposti e volte a guidarne e controllarne l'operato, in modo da prevenire l'eventuale commissione di reati. Ciò sul presupposto che la direzione e il controllo sull'attività dei soggetti subordinati consentano agli organi preposti alla gestione dell'ente di conoscerne concretamente l'operato e di prevenirne eventuali deviazioni criminose. Ne consegue che la violazione di tali obblighi esprime una lacuna organizzativa dell'ente, consistente in un *deficit* di guida e controllo, che rende imputabile l'omissione in quanto incide in senso negativo sull'apparato organizzativo idoneo a prevenire il reato dei sottoposti.

Il decreto legislativo nulla dice anche rispetto alla fonte dell'obbligo di direzione o vigilanza. Secondo la migliore dottrina l'assenza di indicazioni specifiche consente di attribuire rilievo sia alle fonti normative strettamente intese, sia all'organigramma interno all'ente che addossi agli apicali obblighi di vigilanza e controllo, sia, infine, a singoli contratti stipulati con soggetti formalmente non dipendenti, eppure qualificabili come sottoposti, nei quali siano contenute apposite clausole che attribuiscono all'apicale un potere di vigilanza e controllo⁷⁸.

Il comma 2 stabilisce che *"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"*.

La norma prevede una situazione scusante: la negligenza dell'ente nel controllare l'attività del sottoposto non è rimproverabile, qualora esso abbia adottato ed attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati del tipo di quello commesso dal sottoposto. Anche in questa ipotesi si conferma che al momento dell'adozione del programma preventivo è necessario si accompagni quello del suo effettivo funzionamento secondo modalità coerenti e conformi al disegno programmato⁷⁹.

⁷⁸ BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 158 e ss.

⁷⁹ SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 87.

In dottrina lo si inquadra come un vero e proprio elemento impeditivo dell'illecito, secondo lo schema $A + B + C + D \neq X$, dove A è la commissione del reato, B è il soggetto sottoposto, C è l'interesse dell'ente e D è l'adozione ed efficace attuazione del modello che impedisce la produzione dell'effetto X, ossia della responsabilità dell'ente⁸⁰.

È preferibile, però, ritenere che l'esistenza di un modello preventivo esclude che la condotta dell'ente sia qualificabile negativamente sul piano soggettivo, evidenziando come lo sforzo di sorveglianza richiesto per evitare il reato non era esigibile, poiché questo è stato commesso pur in presenza di un protocollo di organizzazione, gestione e controllo adeguato a contenere il rischio illecito.

Lo spazio concettuale del modello di organizzazione si coglie avendo riguardo alla differenza di livello su cui opera rispetto alla *culpa in vigilando*: mentre la seconda attiene al fatto concreto, il primo si pone in astratto, ragion per cui, come può accadere che in assenza di modelli preventivi l'ente eviti la commissione di un reato esercitando nei singoli casi una vigilanza efficace sull'attività del sottoposto, così può accadere che, in presenza di modelli astrattamente idonei a prevenire una specie di reati, l'ente non eviti la commissione di un reato appartenente a quella specie, non esercitando nel singolo caso una vigilanza efficiente.

Dunque, l'incapacità del modello ad impedire la commissione dei reati del tipo di quello concretamente realizzato deve essere accertata non già *ex post*, ché altrimenti dovremmo sempre concludere per l'inidoneità del modello e per la responsabilità dell'ente, ma *ex ante*, sulla base di una verifica che ripercorre il tradizionale accertamento della responsabilità colposa. Deve sussistere, infatti, un rapporto tra colpa ed evento tale per cui il reato posto in essere dal sottoposto deve rientrare tra quelli che la regola della diligenza, che l'ente deve rispettare nello svolgimento dell'attività di vigilanza e controllo, mirava a prevenire⁸¹.

A differenza che nel caso di reato commesso da persona in ruolo apicale, ove l'art. 6, comma 1 espressamente addossa all'ente l'onere della prova ("*l'ente non risponde se prova che*"), nell'ipotesi di reato commesso da persona sottoposta l'art. 7 non fornisce alcuna indicazione in merito, sicché la questione è dibattuta.

Secondo l'orientamento prevalente, in mancanza di espressa previsione, l'onere della prova si ripartisce secondo le regole generali, sicché spetta all'accusa provare «che vi sia stato un deficit di sorveglianza o di organizzazione e individuare quindi una colpa dell'ente per il mancato controllo che ha reso possibile la realizzazione di una condotta penalmente illecita»⁸².

⁸⁰ BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 255.

⁸¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2007, p. 877.

⁸² CERQUA, *Profili generali della responsabilità degli enti dipendente da reato*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 977 e ss. Nello stesso senso MANGO – GIUA – ACCARDI, *D.Lgs. n. 231/2001: la responsabilità amministrativa delle società ed enti per*

Già nella relazione ministeriale, peraltro, si afferma che «è opportuno sottolineare come, a differenza che nel caso di reato commesso da persona in ruolo apicale, qui l'onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello da parte dell'ente gravi sull'accusa. La ragione è chiara (*nulla poena sine culpa*) e - lo si ribadisce - discende dalla gravità delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo all'ente sul piano sanzionatorio».

Altra parte della dottrina opina diversamente. Tralasciando l'argomentazione - priva di fondamento normativo - secondo cui la realizzazione del reato indicherebbe *ex post* l'inidoneità del modello e pertanto spetterebbe all'ente dimostrare il contrario⁸³, è stato più efficacemente obiettato che ritenere sussistente l'onere della prova solo nel caso di reato commesso dai sottoposti e non in quello di reato commesso dagli apicali risulterebbe fonte di una ingiustificata disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di unitarietà dei modelli: in entrambe le situazioni, soltanto l'ente può garantire la completezza dell'accertamento sull'elemento impeditivo dell'illecito, avendo adottato e implementato il modello e disponendo, quindi, di maggiori strumenti conoscitivi rispetto al pubblico ministero. Si aggiunge, poi, che l'espressione linguistica utilizzata dalla disposizione («è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente [...] ha adottato ed efficacemente attuato») configura, secondo le ordinarie regole di sintassi, «una "eccezione" alla altrimenti regolare configurazione della responsabilità sulla base degli altri elementi, in precedenza enunciati come costitutivi dell'illecito»⁸⁴.

reati commessi da dirigenti e dipendenti. Spunti di riflessione, in *Fisco*, p. 4316 e ss.; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., p. 11.

⁸³ RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, *Enc. giur.*, XVII, 2002, p. 8.

⁸⁴ BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 256 e ss.