

In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, possono costituire oggetto di distrazione non solo i beni in proprietà del fallito, ma anche tutte le componenti attive del suo patrimonio, ivi inclusi i diritti reali e personali di godimento, con la conseguenza che rientra nella fattispecie incriminatrice la condotta con la quale l'*accipiens* distrae i beni consegnatigli a seguito della conclusione di un contratto estimatorio. (1)

Sez. V, sentenza n. 38434, 30 maggio 2019 - 17 settembre 2019, Pres. Palla, Rel. De Marzo, P.M. Filippi (concl. conf.); Ric. Sistro.

(1) Massime precedenti Vedi: N. 6690 del 2012, in *CED Cass.*, m. 252109 - 01; N. 44350 del 2016, *ivi*, m. 268469 - 01; N. 2295 del 2016, *ivi*, m. 266018 - 01; N. 32469 del 2013, *ivi*, m. 256252 - 01.

50. Reati militari - Collusione con estranei per frodare la finanza - Delitto tentato - Configurabilità - Esclusione - Ragioni (l. 9 dicembre 1941, n. 1383 art. 3; Cod. pen. art. 56)

Non è configurabile il tentativo in relazione al reato di collusione con estranei per frodare la finanza, previsto dall'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383, trattandosi di reato di pericolo a consumazione anticipata che si perfeziona con il mero raggiungimento di un accordo tra il militare ed altro soggetto in frode alla finanza. (1)

Sez. I, sentenza n. 37820, 6 giugno 2019 - 12 settembre 2019, Pres. Sandrini, Rel. Boni, P.M. Flamini (concl. conf.); Ric. Romano.

(1) Massime precedenti Vedi: N. 12943 del 2014, in *CED Cass.*, m. 260135 - 01; N. 49975 del 2009, *ivi*, m. 245959 - 01; N. 45864 del 2014, *ivi*, m. 260845 - 01.

51. Rivelazione di segreti di ufficio - Collusione con estranei per frodare la finanza - Concorso formale di reati - Configurabilità - Ragioni (Cod. pen. art. 326, 81, comma 1; l. 9 dicembre 1941, n. 1383 art. 3)

Configura un'ipotesi di concorso formale tra il delitto militare di collusione con estranei per frodare la finanza, previsto dall'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383, ed il delitto comune di rivelazione di segreti d'ufficio, previsto dall'art. 326 cod. pen., la condotta di un appartenente alla Guardia di Finanza che comunica ad un privato notizie riservate circa un'imminente attività d'ufficio che lo riguarda, attesa la diversità dei beni giuridici protetti dalle rispettive norme incriminatrici, consistenti nella regolarità del gettito fiscale e nella disciplina del corpo della Guardia di Finanza quanto al primo delitto e nel prestigio e nel buon funzionamento della pubblica amministrazione quanto al secondo. (1)

Sez. I, sentenza n. 37820, 6 giugno 2019 - 12 settembre 2019, Pres. Sandrini, Rel. Boni, P.M. Flamini (concl. conf.); Ric. Romano.

52. Stranieri - Espulsione dello straniero - Ordine di allontanamento del questore ex art. 14, comma 5 bis del d. lgs. 286 del 1998 - Violazione - Configurabilità del reato di cui comma 5 ter - Successivo ottenimento del permesso di soggiorno provvisorio - Irrilevanza (D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, commi 5 bis e 5 ter)

In tema di disciplina penale dell'immigrazione, la sussistenza del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286,

non è esclusa dall'aver lo straniero, successivamente alla disposta espulsione rimasta inottemperata, formulato istanza di riconoscimento del diritto di asilo ed ottenuto, in conseguenza di essa, un permesso di soggiorno provvisorio sino all'esito del procedimento, atteso che il carattere necessitato di detto permesso non costituisce una giustificazione per la precedente illecita permanenza. (1)

Sez. I, sentenza n. 35707, 14 giugno 2019 - 6 agosto 2019, Pres. Iasillo, Rel. Aprile, P.M. Cardia (concl. diff.); Ric. Aibangbee.

(1) Massime precedenti Vedi: N. 35959 del 2015, in *CED Cass.*, m. 264936 - 01; N. 47191 del 2016, *ivi*, m. 268212 - 01; N. 48863 del 2003, *ivi*, m. 226631 - 01; N. 25533 del 2018, *ivi*, m. 273047 - 01.

53. Stupefacenti - Acquisto o cessione di sostanze stupefacenti - Momento consumativo del reato - Raggiungimento dell'accordo tra acquirente e venditore - Consegnata effettiva dello stupefacente - Necessità - Esclusione (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73)

Il delitto di acquisto e cessione di sostanze stupefacenti si consuma nel momento in cui è raggiunto il consenso tra venditore ed acquirente, indipendentemente dall'effettiva consegna della merce e del pagamento del prezzo. (1)

Sez. II, sentenza n. 30374, 16 maggio 2019 - 10 luglio 2019, Pres. Cammino, Rel. Alma, P.M. Molino (concl. parz. diff.); Ric. Bonarrigo.

(1) Massime precedenti Conformi: N. 20050 del 2009, in *CED Cass.*, m. 243843 - 01; N. 6839 del 2009, *ivi*, m. 242865 - 01; N. 33067 del 2003, *ivi*, m. 226653 - 01; N. 39644 del 2010, *ivi*, m. 248508 - 01; N. 20020 del 2013, *ivi*, m. 256030 - 01; N. 17387 del 2006, *ivi*, m. 233965 - 01. Massime precedenti Vedi: N. 32299 del 2001, in *CED Cass.*, m. 219706 - 01; N. 38535 del 2015, *ivi*, m. 264633 - 01; N. 30288 del 2011, *ivi*, m. 250798 - 01; N. 22391 del 2003, *ivi*, m. 224963 - 01.

DIBATTITI

Imputazione della responsabilità nei modelli organizzativi

SOMMARIO: 1. *Nulla poena sine culpa* - 1.1. Organizzazione e colpevolezza - 1.2. La colpa d'organizzazione: discordanze dottrinali - 1.3. Origini del significato di "colpa d'organizzazione" - 2. La conformità della colpa d'organizzazione ai principi costituzionali - 2.1. La responsabilità per fatto proprio: l'art. 27 comma 1 Cost. - 2.2. Il finalismo rieducativo della pena: l'art. 27 comma 3 Cost. - 3. Il giudizio di adeguatezza - 3.1. Il criterio di adeguatezza dei modelli - 3.2. La disorganizzazione e l'accertamento del nesso - 3.3. Deficit cautelare del modello organizzativo - 3.4. Il giudizio di prognosi postuma ed evitabilità dell'evento - 3.5. La prassi giurisprudenziale e il caso Impregilo - 3.6. La *vexata quaestio* sull'adozione dei modelli organizzativi: onere o dovere? - 4. Prospettive - 4.1. La colpa: *quod genus?* - 4.2. Un auspicio di razionalizzazione.

1. Nulla poena sine culpa

1.1. Organizzazione e colpevolezza

La questione che ha “scosso” gli studiosi, cimentatisi nella disciplina della responsabilità penale degli enti, è senz’altro quella della capacità di colpevolezza. L’accertamento di una colpa dell’ente, infatti, non può di certo prescindere da una valutazione di compatibilità ai dettami costituzionali sulla “responsabilità per fatto proprio” e sul “principio di colpevolezza”. Riservandoci di formulare tali considerazioni in un momento successivo, e presupponendo, di già, la riconosciuta legittimità della colpa dell’ente, si vuole dapprima soffermarsi sul suo contenuto, presentandone un’elaborazione che sia coerente, essendone costruzione logica di connubio, sia coi principi ordinari del diritto penale, che con le ovvie implicazioni derivanti dalla natura stessa del soggetto giuridico, in raccordo con la normativa regolante le ipotesi di responsabilità da reato degli enti. Partendo da quest’ultima, la relazione governativa che la accompagnava, individuava quale reale *ratio* del decreto, nonché fondamento della responsabilità dell’ente, non tanto il dovere di controllo e vigilanza ai fini preventivi, quanto il fatto che il reato debba costituire l’espressione di una politica aziendale e di una “colpa d’organizzazione”¹. I modelli organizzativi, infatti, disposti nelle forme dei *compliance programs* statunitensi, fungono da “chiave di volta” di un accertamento che ha ad oggetto la valutazione dei processi organizzativi, che condizionano le decisioni dell’ente: conoscerne le forme e le applicazioni sostanziali, significa leggerne il “background”, che assume stampo criminale laddove per mezzo di tale cognizione si riscontri una devianza. La colpevolezza delle persone giuridiche, pertanto, trova fondamento in una concezione del reato d’impresa quale indicatore della sussistenza di una patologia nei processi di gestione interna, “la spia della presenza di un difetto d’organizzazione”². È proprio l’individuazione di siffatta insufficienza a rendere necessaria l’analisi approfondita della struttura dell’impresa e dei suoi processi organizzativi interni³. Da questi presupposti nasce, allora, la colpa d’organizzazione: le persone giuridiche, nonché i loro dirigenti, dovendo mantenere un “atteggiamento aziendale” rispettoso della legge, ne determinano qualità e intensità di adesione, attraverso l’instaurazione di meccanismi diretti a prevenire le fonti di rischio da reato⁴.

La categoria della colpa di organizzazione imprime al diritto penale una svolta “modernizzatrice”⁵, illuminando le costanti criminologiche con le quali quest’ultimo è chiamato a confrontarsi nell’attualità: “offese maturate sullo sfondo di apparati complessi, ove l’individuo, calato nelle diverse cellule organizzative, padroneggia, al più, frammenti di processi decisionali e l’ente si rivela portatore di una propria strategia, distinta da quella appartenente ai singoli componenti della struttura”⁶. Del resto, a prescindere da tali sincere considerazioni in ordine alla particolare natura del più recente attore del panorama criminale, non avrebbe condotto a conclusioni diverse il raggiunto superamento del dogma “*societas delinquere non potest*”, che tanto si deve al d.lgs. 231/2001: l’individuazione della *societas* quale destinataria delle prescrizioni sanzionatorie costituisce, già di per sé, terreno fertile per il rico-

noscimento della colpa organizzativa, qualificata dalla collettivizzazione della responsabilità, poiché l’ente, proprio perché aggregato di individui, appunto, organizzati, esprime “un’autonomia collettiva e una metacompetenza di gruppo, capaci di fronteggiare situazioni complesse, indomabili dal singolo o da una pluralità disorganizzata di soggetti”⁷.

1.2. La colpa d’organizzazione: discordanze dottrinali

Per definire il perimetro della colpa d’organizzazione, occorre considerare le peculiarità contenute *in re ipsa* nell’ossatura imprenditoriale, nonché i caratteri operativi dei modelli di gestione del rischio⁸. L’accertamento giudiziale, sarà completo solamente se in grado di vagliare tutte le patologie dei meccanismi organizzativi, si da poter rilevare ogni grado di riprovevolezza d’impresa, contenuto nella “forbice” dolo - colpa⁹.

Approfondendo l’iter logico - deduttivo che porta la dottrina ad affinare il concetto di colpa d’organizzazione, ci si vuole soffermare su talune forme di colpevolezza individuate, sebbene insufficienti dal punto di vista garantistico - penale e incapaci di ottenere un criterio d’imputazione del reato all’ente, che abbia i caratteri della concretezza. La prima forma, sorge allorché scelte politico - aziendali abbiano accresciuto il rischio di commissione del reato da parte di dipendenti, rispetto a quanto accadrebbe fuori dal contesto aziendale¹⁰, un elemento soggettivo caratterizzante l’impresa, sussistente e tipico pressoché nelle ipotesi di reati ambientali e di corruzione¹¹. Un ulteriore grado di colpevolezza è possibile riconoscerlo nei casi di impresa a scopo illecito, la cui antiggiuridicità è ad essa intrinseca e risiede nella sua funzionalità, diretta alla commissione di reati: l’elemento soggettivo in questione, nonché il suo grado più alto di intensità, si raggiunge con il verificarsi di reati associativi, tra cui quelli di associazione mafiosa¹². V’è da considerare, peraltro, i casi nei quali, come spesso accade nel settore dell’antifortunistica sui luoghi di lavoro¹³, l’illecito è commesso poiché l’ente accetta il rischio che dalle sue scelte d’impresa derivino eventi dannosi¹⁴. Come però taluni osservano, pur “inglobando” le forme più gravi di colpevolezza, tale criterio di individuazione della stessa, connesso alle scelte di politica d’impresa, non sembra soddisfare le esigenze di garanzia che classicamente il diritto penale richiede¹⁵, poiché insussistente appare un concreto collegamento d’ascrizione tra il comportamento tenuto dall’ente e il reato commesso: il rischio è quello di imputare l’impresa per la sua “condotta di vita”, trascurando gli ordinari principi del diritto penale, quali, per fare solo un esempio, quelli di offensività e materialità.

Un’altra forma di colpevolezza, individuata dalla dottrina, si riassume nel riconoscimento di un “inconscio imprenditoriale”¹⁶,

⁷ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit. p. 167.

⁸ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit. p. 335.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit. p. 356.

¹¹ DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello punitivo*, in MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Varese, 2004, p. 494 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ci si consenta di asserire che tal tipo di colpevolezza, ad un’analisi comparata con l’elemento soggettivo integrante gli illeciti commessi dalle persone fisiche, è quella che più di tutte può essere accostata al significato di “colpa cosciente”. Per un’analisi dell’elemento soggettivo v. FIANDACA, MUSCO, *penale parte generale*, Bologna, 2014.

¹⁵ DE VERO, *La responsabilità dell’ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 61.

¹⁶ SCHEIN, *Cultura d’azienda e leadership: una prospettiva dinamica*, DECASTRI (a cura di), Guerini e associati, Milano 1990, p. 113 ss.

¹ *Relazione governativa*, in Guid. dir., n. 26, 2001, cit., p. 36.

² DE MAGLIE, *L’etica e il mercato, La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 363.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, Torino, 2006, p. 167; Ma sul punto v. anche PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinascimento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1247, in cui l’autore riflette sul rapporto tra l’obiettivo di prevenzione e la persona giuridica.

capace di muovere l'attività e creare un personale "stile di vita", entro il quale si annida la tendenza criminale alla commissione di reati, i quali, allora, saranno "frutto di una mentalità"¹⁷, radicata nella c.d. cultura d'impresa. Tuttavia, pur ammettendo la rilevanza penale di tali circostanze, sicuramente non trascurabili ai fini della valutazione giudiziale agli effetti della pena¹⁸, non si riesce a riconoscere un oggettivo criterio imputativo del reato all'ente, poiché indeterminata è la forma della colpevolezza e insussistenti, anche qui, sono le garanzie penali¹⁹.

Nell'intento, allora, di ricercare una categoria conforme ai dettami della Costituzione e dei principi penalistici, che sia garante e giustificchi con determinatezza l'imputazione dell'ente, si inserisce nell'esperienza dottrinale il concetto di colpa d'organizzazione, così come enunciato e in breve descritto nel paragrafo che precede. Esso, ponendo a fondamento della colpevolezza un *deficit* organizzativo, ravvede una responsabilità colposa laddove la *societas* non adempia al suo obbligo di diligenza formalizzato nel rispetto dei modelli di gestione, istituendo così un criterio concreto d'ascrizione della responsabilità.

Merita menzionare pure la c.d. "colpevolezza di reazione", o "*reactive fault*", da considerarsi quale sottocategoria della colpa d'organizzazione²⁰ e sussistendo in quelle circostanze in cui il reato si configura a seguito di un lasso temporale, entro il quale si diffonde la commissione del medesimo, attraverso comportamenti, individualmente irrilevanti, ma significativi una volta cumulati fra di loro²¹. I beni che solitamente vengono erosi, normalmente non possono ledersi per singole condotte: basta pensare all'ambiente, cui fanno eccezione i casi eccezionali di Seveso, Chernobyl e Bhopal²². La riflessione sulle ipotesi di reato commesso dall'ente per mezzo di una pluralità di condotte, ci porta a considerare possibile che i sostenitori di tal forma di colpevolezza, abbiano astrattamente composto questa elaborazione penale con occhio comparato verso le prescrizioni codicistiche inerenti il c.d. reato continuato *ex art. 81 c. 2 c.p.* Eppure, se le condotte tipiche, sussumibili astrattamente ad una delle fattispecie previste dal decreto 231 del 2001, sono antecedenti alla realizzazione dello stesso, che non necessariamente coincide con l'accadimento di una lesione, la colpevolezza dell'impresa sorge soltanto successivamente, allorché la stessa compia atti commissivi od omissivi, in violazione delle prescrizioni organizzative, in conseguenza e in risposta al fatto di reato commesso al suo interno. La peculiarità di questo modello, pertanto, risiede nel momento di accertamento della colpevolezza, che si sposta in avanti, allo scopo politico - criminale di interrompere un percorso che ha già integrato di per sé un fatto criminale ma che, se continuato, potrebbe portare all'offesa del bene tutelato²³. Se questa è una colpevolezza capace di catturare le offese c.d. "dinamiche", d'altra parte se ne deve riconoscere la discutibile coerenza logico - penale, consistendo in una colpevolezza *post factum* e perciò *in re ipsa* contraddittoria²⁴, anche perché fuorviante le istanze preventive, su cui

tutto l'impianto 231 è imperniato.

1.3. Origini del significato di "colpa d'organizzazione"

La colpa d'organizzazione nasce principalmente per tipizzare, attraverso astrazione, i criteri d'imputazione della responsabilità nelle organizzazioni complesse, per le quali non è possibile ricorrere agli ordinari mezzi di matrice penale, costruiti per farne un'applicazione compatibile alle persone fisiche²⁵. La categoria autonoma della colpevolezza dell'ente, che si esplica e si riconosce nella c.d. "auto responsabilità", è pertanto scevra dei classici tratti moralizzanti della colpevolezza psicologica appartenente alla persona fisica, fondandosi su di una circostanza molto più oggettiva e individuabile, quale il *deficit* organizzativo. Tuttavia, vale la pena asserire, e ci si riporta alle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, che il contenuto della colpa d'organizzazione è ancora oggi poco determinato, potendo, in realtà, ricomprendervi tutte le categorie di colpevolezza poc'anzi esposte. D'altra parte, è ravvisabile una responsabilità dell'ente anche quando il reato è materialmente commesso dai dipendenti, per una carenza di tipo organizzativo. Non possiamo "sentenziare", allora, l'erroneità di quanti vedono nella colpa d'organizzazione una espressione speciale e più evoluta della colpa, ovvero un *tertium genus* rispetto al dolo e alla colpa²⁶.

In passato, il riconoscimento di una volontà psicologica in capo all'ente fu proprio uno dei più gravosi ostacoli al riconoscimento della responsabilità delle persone giuridiche, e non sorprende, visto che la stessa concezione normativa della colpevolezza presuppone il riferimento ad un soggetto che agisca individualmente con dolo o con colpa²⁷. In Europa, però, si è riusciti ad emancipare la colpevolezza dalla dimensione individualista, tratteggiando linee di una "colpevolezza giuridica, incarnata dall'esistenza di una sfera di doveri di un soggetto verso la società, la cui violazione, anche da parte di un soggetto collettivo, consentirebbe di formulare un giudizio di disvalore"²⁸. Oggi, allora, la colpa d'organizzazione è un concetto di sintesi, avendo nel corso del tempo vagliato numerose teorie sulla colpevolezza²⁹; Tiedemann, Müller, ma anche Schünemann e Lampe, oppure Heine, con posizioni parzialmente diverse³⁰, tra i primi hanno mirato a costruire un "illecito dell'ente" autonomo rispetto all'illecito della persona fisica e la cui "colpevolezza" o "atteggiamento censurabile" dovrebbe esser considerato in sé e per sé. Le dottrine tedesche rapportando, però, l'illecito direttamente al "difetto organizzativo", a prescindere dal verificarsi di una lesione, perdono di vista l'obiettivo, che invece appartiene alla moderna concezione di colpevolezza ed è quello di imputare l'impresa effettivamente colpevole, rischiando così di risolvere il quesito definitorio con una soluzione solamente astratta. Infatti, la sanzione da applicare alla persona *giuridica*

¹⁷ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 359.

¹⁸ Si vuole qui sostenere che, come l'art. 133 c.p. prevede che il giudice, nel valutare la capacità a delinquere del reo tenga conto del suo carattere nonché della sua condotta e della vita, così lo stesso per l'ente sarebbe idoneo che l'accertamento giudiziale sul grado della responsabilità, richiesto all'art. 11 d.lgs. 231/2001 quale criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria, tenga conto delle circostanze desumibili dalla "cultura d'impresa".

¹⁹ DE VERO, *op. cit.*, p. 62.

²⁰ DE VERO, *op. cit.*, p. 78 ss.

²¹ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 373.

²² MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 201, cit. in DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 372.

²³ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 374 ss.

²⁴ DE VERO, *op. cit.*, p. 49.

²⁵ PALIERO, PIERGALLINI, *colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, Torino, 2006, cit. p. 169.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Tra queste, da non trascurare quelle d'oltreoceano, le quali, sulle orme della teoria della "colpevolezza funzionale" elaborata da Jakobs, parlano di una "colpevolezza preventiva" o "*preventive fault*", secondo cui il reato, configuratosi per "disarmonie organizzative", comporta che l'impresa si attivi a prevenire nuovamente lo stesso, poiché la colpevolezza viene integrata dalla mancata adozione di misure di prevenzione dei reati, oppure dall'aver apprestato misure inadeguate. Il criterio di commisurazione del grado di diligenza prestato si misura negli ormai noti *compliance programs* statunitensi. Sul punto Cfr. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 364 ss.; PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 170.

³⁰ Cfr. MARINUCCI, *La responsabilità penale*, 2007, p. 445 ss.; DE SIMONE, *Il «fatto di connessione» tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, n. 1/2, p. 81 ss.

serve a “compensare l’attitudine criminale dell’ente” e ciò è possibile soltanto se si attribuisce alla colpevolezza natura socio-normativa³¹, prescindendo da considerazioni paragonabili a quelle sul coefficiente psicologico della persona fisica, la cui inevitabilità, pertanto, rimane retaggio del passato.

2. La conformità della colpa d’organizzazione ai principi costituzionali

2.1. La responsabilità per fatto proprio: l’art. 27 comma 1 Cost.

La colpa d’organizzazione, per essere riconosciuta dagli interpreti, si da poterne fare concreta applicazione nelle aule penali, deve essere legittima e pertanto rispettosa dei dettami costituzionali. Da tempo l’art. 27 c. 1 Cost. è stato considerato un ostacolo all’ammissione della responsabilità penale delle persone giuridiche³², perché il concetto di personalità della stessa implica “un insieme di fattori fisiopsichici identificabili solo in capo a persone fisiche”³³. E allora se la “personalità” si misura nelle componenti soggettive³⁴ e se l’imputazione penale richiede una connessione di carattere psicologico di una volontà colpevole³⁵, sembrerebbe chiara l’esclusione dell’ente dal novero dei soggetti attivi del reato, poiché “ne uscirebbe irrimediabilmente vulnerabile il volto personalistico dell’illecito penale”³⁶. Quello del riconoscimento della responsabilità penale delle imprese, e con esso, quindi, il superamento del principio “*societas delinquere non potest*”, è un passaggio storico molto approfondito tra i più autorevoli conoscitori del diritto penale, timorosi che ciò comporti “un graduale progressivo stravolgimento culturale dell’illecito penale e di un suo conseguente ulteriore allargamento nel nostro sistema, che è proprio l’opposto della direzione di cambiamento da molto tempo condivisa e sollecitata”³⁷, soprattutto a seguito del riformulato principio di colpevolezza, il quale, *relata refero* dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 368/88, non permette che si verifichino sostituzioni tra colui che realizza il reato e quello che ne subisce le conseguenze penali³⁸. Si vuole evidenziare, però, che la stessa sentenza menzionata, sintetizzabile nel brocardo “*nulla poena sine culpa*”, sottende la necessità di un giudizio di rimproverabilità del fatto al soggetto ai fini della sua punibilità: questa “particolarità imputativa”, se da una parte non consente attribuzioni di responsabilità con legame meramente oggettivo, non osta sicuramente al riconoscimento della responsabilità dell’ente per un fatto di reato allorché gli si possa rimproverare la violazione di un dovere di diligenza nelle forme esposte nel decreto n. 231 del 2001.

Concordando con quanto sostiene la teoria della realtà, c.d. teoria organica, profetizzata in Germania da von Gierke³⁹, la “persona giu-

ridica” coincide con la qualità di “persona antropologica”⁴⁰: occorre considerare il corollario secondo cui per soggetto di diritto si intende “colui il cui scopo o interesse viene garantito dalla norma giuridica e al quale viene attribuita una capacità di volere o di agire”. Taluni di questi obiettivi “trascendono le energie individuali”⁴¹ e possono essere perseguiti soltanto attraverso un’organizzazione⁴². D’altra parte, l’art. 27 c. 1 Cost., usando il termine “personale”, anziché “individuale”, autorizza un’interpretazione capace di ricomprendervi la responsabilità di ogni soggetto titolare di diritti e destinatario di doveri: qualsivoglia “persona”, che possa essere ritenuta tale nel linguaggio giuridico⁴³. L’ente collettivo, allora, non deve essere considerato una mera astrazione rispetto alla persona fisica, tanto che il noto Orestano asserì che “i gruppi sociali sono anch’essi una concreta e precisa realtà nel mondo delle relazioni umane, al pari e più degli individui isolatamente considerati”⁴⁴, ed hanno “una volontà ed una potestà di volere connaturata alla loro struttura di enti collettivi: cioè una volontà collettiva che esprimono e realizzano per mezzo dei loro “organi”⁴⁵. A conclusioni non differenti si rinvia, allorché si compia una valutazione ermeneutica del disposto costituzionale, proiettata alla ricerca della volontà storica del legislatore: massimizzando il principio della responsabilità “personale”, i Costituenti, lungi dal mettere al bando l’imputazione dell’ente, intesero vietare la responsabilità “per fatto altrui”⁴⁶.

La teoria della realtà è condivisibile tanto più quando specificata da De Marico, il quale pone un limite alla responsabilità corporativa, qualificato dall’ambito finalistico della *societas*: al di là di questo limite, l’imputazione conoscerà soltanto gli individui⁴⁷. Ciò è vero poiché la volontà sociale non è creata dallo Stato ma soltanto da questi riconosciuta, esistendo già nella realtà, e nessuna persona giuridica può essere responsabile di illeciti realizzati “in materia non attinente allo scopo sociale”, il quale qualifica come attività societaria, quella collegata agli obiettivi dell’ente con legame causale⁴⁸. Se, però, “*verba volant*”, “*scripta manent*” nelle definizioni di “interesse” e vantaggio” introdotte dal legislatore del 2001 nel decreto legislativo n. 231, aventi il medesimo scopo delimitativo e al contempo attributivo della responsabilità delle persone giuridiche.

Merita un accenno l’interessante quanto, si deve ammettere, incontestabile, riflessione proveniente dal Bricola, il quale, facendo leva su di una similitudine giuridica, conclude dichiarando la genuinità della responsabilità per fatto proprio, allorché il fatto sia commesso nella duplicità sussistente tra esecuzione materiale della condotta e soggetto rappresentato: non può, infatti, negarsi, che la responsabilità penale della società è conforme all’art. 27 c. 1 Cost. quanto lo è quella dell’istigatore per il fatto materiale realizzato dall’istigato”⁴⁹. Il vero problema, su cui si è già argo-

³¹ BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita: riflessioni preliminari (a posteriori) sul sistema 231*, su www.dirittopenale-contemporaneo, (12.04.2018), 2016, p. 2.

³² ROMANO, *Societas delinquere non potest*. (Nel ricordo di Franco Briscola) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995., p. 1036.

³³ *Ibidem*.

³⁴ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, p. 51; ALESSANDRI, *Reati d’impresa e modelli sanzionatori*, in Aa.Vv. *Raccolta di studi di diritto penale*, Milano, 1984, p. 58.

³⁵ GROSSO, *Responsabilità penale*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 712.

³⁶ RAMACCI, *op. cit.*, p. 58.

³⁷ ROMANO, *Societas*, cit., p. 1937.

³⁸ Sul punto Cfr. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 158; MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 176 ss.; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro: profili generali*, Milano, 1994, p. 51; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7° ed., 2000, p. 160 ss.; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985, p. 30 ss.; IDEM, *Responsabilità penale*, voce in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIX, 1988, p. 1296.

³⁹ Per uno studio della teoria Cfr. FALZEA, *La responsabilità penale della per-*

sona giuridica, in Aa. Vv. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, 1981, p. 152; GROSSO, *op. cit.*, p. 711 ss.; ARENA, *Le società in quanto persone giuridiche, agiscono direttamente, non a mezzo di rappresentanti*, in Studi Ascarelli, V, 1969, p. 2532; CORSONELLO, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Riv. pen.*, 1927, p. 455 ss.

⁴⁰ LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, p. 408.

⁴¹ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 309.

⁴² LONGHI, *op. cit.*, p. 409.

⁴³ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁴ ORESTANO, “*Persona*” e “*Persone giuridiche*” nell’età moderna, in *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 215.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁷ DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi dir. pen.*, 1930, p. 87 ss.

⁴⁸ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 310.

⁴⁹ BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’at-*

mentato, rimane però quello del riconoscimento di una colpevolezza d'impresa. A riguardo, Palazzo ha apportato alcune precisazioni alle tesi abbozzate da De Marsico, aggiungendo che il riconoscimento della colpevolezza delle associazioni è intrinseco alla funzione stessa del diritto penale, di prevenzione speciale⁵⁰. Del resto, la volontà dell'impresa, che ne determina il perimetro della colpevolezza, è ravvisabile concretamente in ogni momento della vita societaria: dalle riunioni e deliberazioni alle attività di amministrazione e di gestione ordinaria⁵¹. La conclusione di tali considerazioni non può che coincidere con un significato di "responsabilità penale personale" che si identifichi con la persona, fisica o giuridica che sia, titolare dell'obbligo penalmente sanzionato, nonché destinatario della sanzione⁵². Tra l'altro, essendo il illecito riferibile alla persona fisica soltanto sul versante materiale della condotta, la sua punizione comporta un'"aberrante discrasia"⁵³ tra l'obiettivo cui tende la sanzione e il nucleo operativo - criminale da cui proviene la violazione⁵⁴, essendo, questa, frutto di una scelta politico criminale. Sarebbe come, riportandoci alla similitudine di Bricola e snellendo il concetto, punire l'istigatore, senza nulla recriminare all'istigatore, vero ideatore del reato.

2.2. Il finalismo rieducativo della pena: l'art. 27 comma 3 Cost.

Ulteriore obiezione al riconoscimento del principio "*societas delinquere potest*" fu quella che si erge sull'assunto *ex art. 27 c. 3 Cost.*. L'apparenza registra, infatti, un aperto contrasto tra responsabilità della persona giuridica e principio rieducativo⁵⁵. Eppure, ci sentiamo di affermare che più di tutti gli altri, la sussistenza di tale ostacolo di ordine costituzionale risulta insussistente. Difatti, sciolto lo snodo interpretativo del comma 1 della medesima disposizione, i dubbi sulla contrapposizione tra punibilità degli enti e principio rieducativo vanno sfumando, poiché ci si rende conto che la soluzione dogmatica, quanto dai risvolti pratici, risiede nell'adozione di meccanismi sanzionatori applicabili alla natura della *societas*: allo stesso modo del reo, persona fisica, dovranno colpirla nei suoi punti vitali ma anche tendere a un suo recupero all'interno del mondo economico⁵⁶. Se la finalità è quella di prevenzione speciale, nell'individuazione della pena sarà idoneo avere riguardo alle capacità e alle dimensioni della persona giuridica, nonché il suo collegamento con il tipo di reato commesso e gli obiettivi che intende conseguire⁵⁷⁻⁵⁸. Consci del fatto, rappresentante ovvietà, che la tradizionale privazione della libertà, tanto gradita al diritto penale, non è compatibile con la natura della persona giuridica, sarà necessario adottare ulteriori elementi sanzionatori (e così ha fatto il legislatore del 2001⁵⁹), capaci di demolire, per rieducare. Invero, la punizione dell'impresa genera al suo interno un meccanismo di individuazione degli elementi della gestione per i quali è scaturita la colpevolezza: il deficit organizzativo che oggettivizza i parametri dell'imputa-

zione. Il risultato è il raggiungimento del finalismo rieducativo, cristallizzato in Costituzione, per mezzo di modifiche apportate dall'ente alla propria "organizzazione patologica", che si configurano nell'adozione "di una linea di politica organizzativa rispettosa dei precetti della legge penale"⁶⁰. Per di più, tale riflessione ci porta ad affermare, nella consapevolezza di poter provocare stupore per il presunto paradosso, che il finalismo rieducativo della pena conosce la sua piena realizzazione allorché il reo sia una persona giuridica, non scontrandosi con osteggianti vincoli costituzionali, quali il rispetto della dignità umana o il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità⁶¹.

3. Il giudizio di adeguatezza

3.1. Criteri di adeguatezza dei modelli

L'ordinamento concede all'ente di accedere ad una varietà di vantaggi⁶², accordabili allorché lo stesso superi il vaglio dell'accertamento giudiziale circa la sussistenza dei requisiti di adeguatezza del modello⁶³. Questi, diversificano le loro pretese in base alle circostanze e necessitano massima soddisfazione per l'accesso all'esimente⁶⁴. Ricorrendo le ipotesi di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, per le quali il reato è imputato all'ente quando il fatto è commesso da uno dei soggetti apicali, il vantaggio esimente viene accordato soltanto qualora sussistano tre condizioni qualificanti il giudizio di adeguatezza⁶⁵: occorre, innanzitutto, che il modello venga reputato idoneo a "prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi"⁶⁶; un apposito organismo, c.d. di vigilanza⁶⁷, deve aver attuato un controllo costante ed aggiornato sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; infine, come già si è detto, l'ente ha l'onere di dimostrare che il fatto sia stato commesso dal soggetto apicale eludendo le prescrizioni organizzative fraudolentemente, un gravame probatorio non indifferente, considerando le diverse disposizioni costituzionali che, in linea con un sistema processuale di tipo garantistico quale quello odierno, massimizzano la presunzione di non colpevolezza sino a condanna⁶⁸. Affinché il modello adottato possa essere considerato idoneo *ex ante*, ai sensi dell'art. 6 c. 2 del medesimo decreto, deve avere un contenuto qualificato da funzioni volte a prevenire l'attività illecita, quali l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi i reati, la previsione di specifici protocolli diretti a programmare le decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, l'individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a prevenire i reati, la previsione di

tuale dimensione del fenomeno societario, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1011.

⁵⁰ PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 440.

⁵¹ PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 367.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 313.

⁵⁴ STORTONI, *Profili penale*, cit., p. 1173.

⁵⁵ ALESSANDRI, *Art. 27 1 c.*, in Aa.Vv. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, p. 160; DE VERO, *op. cit.*, p. 47 ss.

⁵⁶ BRICOLA, *op. cit.*, p. 961.

⁵⁷ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 378.

⁵⁸ L'esperienza straniera, che in materia ha anticipato il legislatore italiano, conosce modelli sanzionatori, come la *probation*, in grado di assicurare nei confronti dell'ente, la finalità di rieducazione.

⁵⁹ Vedi l'impianto sanzionatorio prescritto agli artt. 9 ss. d.lgs. 231/2001.

⁶⁰ DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 379.

⁶¹ "Liberato dallo stigma della sofferenza, il diritto penale può esprimersi in tutta la sua deflagrante invasività, scavando nella profondità della struttura dell'ente come mai potrebbe osare qualora, invece di un'architettura di sistemi, il suo bersaglio fosse un uomo fatto di carne e mente". (DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 379).

⁶² Possono consistere nella totale esenzione da responsabilità, in una riduzione della pena pecuniaria, in una rinuncia alle sanzioni interdittive o in una esclusione o revoca di queste, nella fase cautelare.

⁶³ MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in PATRONO (a cura di), *riv. dir. pen. dell'economia*, 1 - 2, 2017, p. 64.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, p. 69 ss.; COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2/2016, p. 66 ss.

⁶⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: parte generale*, Milano, 2008, p. 174.

⁶⁷ Lo stesso deve presentare i requisiti di onorabilità, indipendenza e collegialità, la cui sussistenza è oggi tanto discussa alla luce della natura dell'organo.

⁶⁸ FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5101 ss.

obblighi di informazione per l'organismo di gestione e, infine, l'introduzione di un sistema disciplinare interno⁶⁹, che punisca le violazioni delle misure indicate nel modello⁷⁰. Comunemente si distingue, tra i contenuti, una parte generale, descrittiva della struttura del modello e entro il quale si diffonde il c.d. codice etico⁷¹, la disciplina sulla formazione dei lavoratori, le modalità di rilevamento degli illeciti e l'apparato sanzionatorio. La parte, poi, speciale, è dedicata ai protocolli, consistenti in procedure standardizzate da rispettare per evitare qualsivoglia violazione del sistema di gestione e prevenire la commissione di reati⁷². La norma testé citata è stata oggetto di forti critiche, la cui origine si deve ad una lamentata mancanza di raccordo tra la stessa e i reati presupposto, soprattutto in tempi recenti dal momento che si è assistito ad un'entrata di scena nella 231, di numerose figure di reato, sempre più "scollegate" dai contenuti sul modello da adottare⁷³. Il problema, rinvenuto nella prassi, è, più di ogni altra questione, quello della genericità dei contenuti, tra l'altro minimi, che limitano l'intervento del legislatore alla costruzione di un semplice e spoglio "scheletro" del modello⁷⁴, da considerarsi nell'effettività, incapace di fornire una guida alla redazione di un modello esimente. D'altra parte, la medesima questione coinvolge la magistratura, consegnandole un'inevitabile imbarazzo nel momento della formulazione di un giudizio di idoneità del modello, non avendo tassativi e specifici parametri "minimamente affidabili"⁷⁵. Come spesso accade quando si parla di condotte esimenti, l'assenza di determinatezza produce altrettanta incertezza in ordine al comportamento da seguire, si da ingenerare e diffondere, come in questo caso, timore nei confronti del giudizio penale, conseguentemente altrettanto incerto e imprevedibile. L'ente altro non può fare che tendere all'adozione di un modello il più possibile congruente ad uno standard di diligenza, potenzialmente accettabile e che si presuma sia la misura attraverso la quale il giudice penale ne accerti l'attitudine preventiva.

L'idoneità preventiva del modello, requisito essenziale ai fini esimenti, deve essere apprezzato in termini di "effettività"⁷⁶ rispetto alla commissione futura di "reati della stessa specie di quello verificatosi". Tale elemento qualitativo, oggetto di ricerca dell'accertamento giudiziale, si traduce solo astrattamente in un annullamento totale del rischio di reato: non contraddice il fatto che la sua verifica si origina soltanto nelle more di un procedimento penale, nel quale si indaga sulla possibile imputazione di un reato, quindi già compiuto, all'ente⁷⁷. Questa considerazione non deve indurre alla conclusione che un modello può di per sé essere considerato inidoneo per il solo fatto che è stato commesso

un reato⁷⁸. Sarebbe altrimenti vanificata la stessa *ratio* dell'intera disciplina, ricorrendo la responsabilità dell'ente ogni qualvolta venisse commesso il reato nel suo interesse o a suo vantaggio; così argomentando, si avrebbe un'*interpretatio abrogans* di tutto il sistema previsto dagli art. 6 e 7 del decreto, veicolando il sistema punitivo degli enti verso gli angusti sistemi della responsabilità oggettiva.

Per concludere sui criteri dell'accertamento giudiziale avente ad oggetto il requisito dell'idoneità del modello, si intende evidenziare che il medesimo deve inoltre essere oggetto di efficace attuazione: l'onere di auto-organizzazione in chiave prevenzionistica, non deve rimanere meramente cartolare ma è richiesto, per la produzione dell'esimente, che si traduca in un'impegnativa esecuzione dei precetti scritti. Il sistema punitivo d'impresa, come tutto il diritto penale, non fa sconti, bensì pone in equilibrio l'antigiuridicità e la pena, attraverso la riduzione proporzionale dell'ultima al venir meno accertato della prima, sino all'esenzione totale.

3.2. La disorganizzazione e l'accertamento del nesso

La violazione dei doveri di auto-organizzazione potrebbe derivare da un'autonoma scelta dell'ente, c.d. scelta per la disorganizzazione, di non predisporre alcun modello di gestione del rischio di reato. Poiché tale onere è da escludersi abbia natura cautelare⁷⁹, non essendo finalizzato ad evitare uno specifico evento, e non potendo permettersi il verificarsi dell'impossibilità di attribuzione del reato all'ente per la mancanza di una connessione fra la violazione del dovere organizzativo e la realizzazione del reato⁸⁰, si ritiene che l'omissione di una pronta adozione dei modelli, esprima la volontà della *societas* di assumersi e tollerare il rischio di reato. In siffatte circostanze, sorge allora una responsabilità dell'ente, le cui fondamenta poggiano su un sentimento radicato nella cultura dell'impresa stessa e manifestato dal disinteresse e dalla accondiscendenza alla commissione di crimini⁸¹. Nelle maglie di tali "consapevolezze disinteressate" sarebbe ravvisabile, nell'immediato e senza alcun accertamento ulteriore, la colpa d'organizzazione, se la dottrina non avesse considerato il timore di un'imputazione per la condotta di vita: lo scopo precauzionale non deve in alcun modo ostacolare il soddisfacimento delle esigenze di garanzia⁸². Per non incorrere in facili obiezioni inerenti alla possibile riconduzione della condotta dell'ente alla responsabilità oggettiva, si ritiene più consono che vi si ravveda una colpa d'organizzazione, o meglio, in tal caso, "di disorganizzazione", soltanto indagando la portata dell'imputazione, accertando il nesso di causalità intercorrente tra l'evento - reato e il deficit organizzativo⁸³. A tal fine, l'indagine penale dovrebbe essere sensibile alla riflessione sul dato fattuale, per il quale, si osserva, il grado di partecipazione dell'ente alla produzione dell'evento si manifesta in termini di agevolazione più che di piena causalità, cosicché si possa calibrare lo strumento giudiziale della "*condicio sine qua non*" sulla conosciuta distanza che

⁶⁹ L'autonoma scelta sanzionatoria è fondata su "una gamma diversificata di sanzioni (ammonizione verbale e scritta, sanzioni pecuniarie, sospensione temporanea della carica, destituzione), proporzionate alla gravità delle infrazioni" (PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2065).

⁷⁰ PIERGALLINI, *Il Modello Organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, suppl. al n. 12, 2011, p. 45 ss.

⁷¹ Per un approfondimento Cfr. CAPUTO, *La mano visibile: codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, p. 119 ss.

⁷² PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit.

⁷³ MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, p. 1247.

⁷⁴ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., p. 379.

⁷⁵ MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 1248.

⁷⁶ MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Patrono* (a cura di), *riv. dir. pen. dell'economia*, 1 - 2, 2017, p. 67.

⁷⁷ MANACORDA, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁸ VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2009, p. 9.

⁷⁹ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 178.

⁸⁰ Si produrrebbe la contraddizione per cui l'impresa ligia ma che ha adottato modelli inadeguati verrebbe punita mentre la persona giuridica che ha scelto di non adottare alcuna misura prevenzionistica sarebbe esente da pena.

⁸¹ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 181.

⁸² SERENI, *Causalità e responsabilità penale: dai rischi d'impresa ai crimini in-ternazionali*, Torino 2008, p. 155 ss.

⁸³ D'ora in poi, nell'approfondimento concernente l'accertamento della colpa d'organizzazione, con "deficit" o "mancanze" organizzative si intenderà anche il suddetto fenomeno della disorganizzazione, capace di configurare condotta attributiva di responsabilità penale.

divide, senza separarle, l'onere di organizzarsi e di attuare le misure preventive e il reato posto in essere⁸⁴. Riassumendo, l'omissione del modello non comporta un'automatica responsabilità penale dell'ente al ricorrere di un evento lesivo: sarà necessario accertare la sussistenza del nesso di causalità, per mezzo degli ordinari strumenti del diritto penale. Si dovrà riflettere, poi, se il reato, connesso alla verificata mancanza organizzativa, potesse essere previsto *ex ante* e se l'impresa avesse potuto attivarsi per evitarne la configurazione, condizioni accertabili attraverso un giudizio di prognosi postuma riferito alla prevedibilità del rischio e all'esigibilità del comportamento omesso⁸⁵. Il risultato dell'analisi, farà luce sulla evitabilità del reato, sussistente *ex ante*, che sarà la linea di demarcazione tra l'imputazione oggettiva, e quindi la non imputazione, e la responsabilità penale dell'ente per colpa d'organizzazione.

3.3. Deficit cautelare del modello organizzativo

La colpa d'organizzazione si configura, nel vero significato dei termini, non ricomprendendo quindi l'ipotesi di "disorganizzazione", allorché il modello di prevenzione dai reati sia stato organizzato ed adottato ma risulta inadeguato e insufficiente allo scopo cui era demandato. Il deficit cautelare non può che essere ricondotto nell'ambito della colpa⁸⁶ applicata ai reati di evento, in conformità con quanto statuito dai principi costituzionali *ex art. 27*, con la particolarità che, in tal caso, sorgendo il *crimen colposum* da un'insufficienza legata a fonti cautelari, le regole provengono dalla *societas* stessa, ritenuta responsabile⁸⁷. L'accertamento giudiziale, che abbiamo definito dal carattere incerto e imprevedibile, qualità che gli derivano da una normativa generica e indeterminata, avrà ad oggetto l'idoneità e l'adeguatezza del modello adottato rispetto ad una diligenza, che, purtroppo, non è esplicitata dal legislatore. La difficoltà incontrata dagli "addetti ai lavori" sulla predisposizione di corretti modelli prevenzionistici, ha portato a rapportarsi con un ipotetico "agente modello collettivo" gravato degli oneri cautelari e che, per la sua natura composta, è superiore all'agente modello individuale⁸⁸. Tale consapevolezza delle maggiori capacità intrinse nell'ente, rispetto a quelle possedute dal singolo individuo, permette una maggior pretesa di comportamenti leciti in sede di giudizio penale, aumentando il limite minimo della liceità. Non è arduo, difatti, pensare all'ente quale garante della legalità, per via della sua predisposizione, osservata criminologicamente, al favoreggiamento di comportamenti rispettosi delle norme e all'ostracismo nei confronti degli individui tendenti alla delinquenza per impulsi contagiati dal gruppo⁸⁹. Questo ruolo assunto dall'ente, comporta il pericolo di formazione autonoma di una molteplicità di obblighi, non prettamente di carattere cautelare, dunque non necessari, poiché finalizzati ad evitare condotte e non eventi, spostando il margine della prevenzione dal rischio reato al "rischio condotta", svolgendo compiti, si osa asseverare, "di polizia", così che da garante, l'impresa, diviene "guardiana"⁹⁰.

3.4. Il giudizio di prognosi postuma ed evitabilità dell'evento

Come già proferito, il sindacato giudiziale dei modelli viene effettuato *ex post*, cioè dopo la consumazione del reato⁹¹. Tuttavia, il tipo di valutazione, volta a riconoscere l'idoneità di un determinato protocollo preventivo dei reati, appare logicamente contrastante con il momento temporale nel quale la stessa si determina: al giudice è, infatti, richiesto di giudicare un modello organizzativo costruito al fine di evitare la commissione di un reato, in un frangente nel quale lo stesso si è già realizzato. Ulteriore scetticismo affiora dalla scelta del legislatore sull'utilizzo del termine "idoneità", oggetto di verifica giudiziale, al quale il diritto penale, *ex art. 56 c.p.*, assegna il prestigio di definire gli atti configuranti l'ipotesi del tentativo, sì da rendere impossibile un suo utilizzo per un delitto consumato. La contraddizione lapalissiana, attiene, quindi, il diverso significato che il medesimo ordinamento intende attribuire alla stessa parola: mentre nell'ipotesi di tentativo, con "idoneità" si fa riferimento ad un evento che non si è verificato, nel caso della responsabilità dell'ente, invece, l'evento-reato è avvenuto⁹². Se, in quest'ultimo caso, l'accertamento del giudice sull'idoneità preventiva di un modello, si misura *ex post* in termini di probabilità, lo stesso, essendosi già verificato l'evento, risulterebbe sempre inidoneo perché volto ad evitare il reato che è in *rerum natura* intervenuto⁹³. Nondimeno, si comprende come la commissione di un illecito non può, di per sé, rendere invalido il modello, poiché le imprese sarebbero punite prescindendo da un effettivo nesso eziologico verificato, tra l'evento e la condotta, ordinario *modus operandi* del diritto penale, che giustifica la punibilità alla luce di una effettiva inadeguatezza e non per l'insorgere automatico della responsabilità: se quest'ultimo fosse il format imputativo, vi si rinverrebbe un criterio di attribuzione della responsabilità oggettiva, poco apprezzata dal legislatore⁹⁴, con il quale conveniamo.

Anche manifestando l'equivocità della scelta legislativa sul significato di "idoneità", palesemente contrastante con quello inteso nell'ipotesi di tentativo, relativamente al *quod* della sua valutazione, più che al *quo modo*, si evidenzia che, adattando la sua definizione al modello organizzativo, si attribuisce all'"idoneità" la condizionale della "probabilità": la gestione del rischio da reato, così, promanata dalle prescrizioni del modello, deve risultare idonea allorché vi sia stata la probabilità che evitasse l'evento offensivo, poi verificatosi⁹⁵. In tale logica, riassunta nel c.d. giudizio di evitabilità dell'evento, da farsi per mezzo della prognosi postuma riferita alle circostanze *ex ante*, si riscontra l'esclusione della responsabilità oggettiva, rifiutando che la commissione di un illecito possa *ipso facto* attestare l'idoneità di un modello. Per svolgere un'analisi sulla questione, che possa considerarsi completa e curante dell'effettività, occorre sottolineare che la considerazione delle circostanze *ex ante* sussistenti, "implica una valutazione che non può che risultare

⁸⁴ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 176.

⁸⁵ VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa d'organizzazione'*, Napoli, 2016, p. 246.

⁸⁶ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 182.

⁸⁷ PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, Milano, 2008, p. 1545. Ma anche, per uno studio sull'autonomia normativa TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti del diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bologna 2013; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

⁸⁸ PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, cit., p. 183.

⁸⁹ Per un approfondimento sulla tematica della psicologia delle masse Cfr. FREUD, *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Torino, 1975, p. 64.

⁹⁰ SERENI, *L'ente guardiano: l'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, p. 74 ss.

⁹¹ Diversamente, la valutazione dell'idoneità dei modelli ai codici di comportamento, operata dall'autorità ministeriale, avviene prima che un reato sia stato commesso. Gli enti, infatti, si adeguano alle linee direttrici contenute nei codici vagliati dalla medesima autorità e, dandone completamente per mezzo di una predisposizione che tenga conto della singola morfologia d'impresa, elaborano modelli organizzati, conformi alla struttura ed alla organizzazione della stessa impresa, sulla falsariga dei codici.

⁹² VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2009, p. 9.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2007, p. 12.

⁹⁵ VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2009, p. 10.

a base parziale⁹⁶. Invero, sarebbe oltremodo pregiudizievole per l'impresa, se l'accertamento giudiziale tenesse conto, oltre ai fatti conosciuti dalla *societas* o generalmente riconoscibili, tutte le circostanze esistenti e ravvisate in un momento successivo, motivo per cui risulta imprescindibile che la valutazione del modello, compiuta necessariamente dopo il verificarsi del reato, sia da riferirsi allo stato *ex ante*. Il giudicante è così costretto a compiere una prognosi inevitabilmente postuma alla realizzazione del fatto, ma compiendo un "viaggio nel passato"⁹⁷, immedesimandosi nella figura dell'agente al momento dell'attività criminosa⁹⁸. È chiaro che l'apprezzamento della valutazione *ex ante*, dipende dal momento in cui il modello è stato adottato: è un'indagine appagante, infatti, quella che determina la responsabilità della *societas* che ha adottato un modello di prevenzione prima della commissione del reato. Allorché l'impresa adotti lo stesso soltanto successivamente a tale momento, la valutazione d'idoneità diviene altamente pretenziosa, poiché condotta non in termini esclusivamente prognostici ed ipotetici, bensì considerando "il dato fattuale desumibile dalla prospettiva accusatoria"⁹⁹. La conseguenza è che il modello, ad un accertamento *ex post*, sarà valido soltanto se si ritengano eliminate quelle situazioni di rischio che hanno connotato l'evolversi commissivo dell'illecito¹⁰⁰.

3.5. La prassi giurisprudenziale e il caso Impregilo

L'esperienza giudiziaria registra una certa difficoltà nell'applicazione delle complesse normative concernenti i modelli di organizzazione. Per di più la dottrina, elaborando teorie non sempre univoche e concrete, ne accresce le problematiche, manifestate nella prassi dal ricorrere sempre più frequente a formule di stile ad opera dei giudici e ad un'adesione incondizionata alla colpevolezza dell'ente, una soluzione opposta a quella cui tendono da tempo i più studiosi della materia¹⁰¹. Ad oggi, per quanto attiene il requisito dell'adeguatezza, non si può che ravvisare nelle attività giudiziarie un'impronta decisamente pessimistica, rappresentata dal fatto che non esiste ancora una sentenza declaratoria d'adeguatezza e d'idoneità del modello organizzativo¹⁰².

La lettura del dato giurisprudenziale, che conduce a valutazioni maggiormente articolate rispetto a quelle semplicisticamente accennate, non può prescindere dalla pronuncia di annullamento con rinvio¹⁰³, operata dalla V Sezione Penale della Corte di Cassazione, della sentenza emessa dalla Corte di Appello di Milano¹⁰⁴, che respingeva il gravame avverso il proscioglimento dell'impresa in primo grado¹⁰⁵, nella nota vicenda Impregilo. Si riconobbe, nel

primo ordine di giudizio, la valenza esimente del modello, poiché l'assetto del rimprovero mosso all'ente era di tipo personalistico, anche per quanto concerne i fatti compiuti dai soggetti apicali¹⁰⁶: si ravvisava una fraudolenta elusione del modello da parte di tali soggetti, veri artefici materiali del reato. Si ritenne insussistente la colpa organizzativa, a seguito della dimostrazione della diligenza tenuta dalla società nel creare ed attuare un sistema di controllo interno per la prevenzione del rischio di reato di aggio-taggio manipolativo¹⁰⁷, conforme agli standard cautelari¹⁰⁸. La sentenza di merito del G.u.p. di Milano, infatti, poneva quale premessa il *modus operandi* dell'accertamento giudiziale avente ad oggetto l'adeguatezza del modello, necessariamente condotto per mezzo di una prospettiva *ex ante* all'interno di un'analisi di prognosi postuma. Veniva constatato, in seguito, che un modello organizzativo era stato adottato e, addirittura, in conformità alle prime linee guida elaborate da Confindustria e che l'ente stava già adottando il codice etico proposto da Borsa Italiana S.p.a., non trascurandone, perciò, la tempestività¹⁰⁹. Accertata la presenza di un Organismo di vigilanza, seppur monocratico, il giudice, valutando l'idoneità del modello con riferimento al singolo reato di aggio-taggio, dichiara che la scelta aziendale di attribuire la responsabilità delle comunicazioni sensibili al presidente e all'amministratore delegato non è per nulla criticabile, in particolar modo considerando la conformità alle linee guida di Confindustria. Per di più, il modello prevedeva uno specifico protocollo, regolante le comunicazioni verso l'esterno, garantendo la predisposizione delle stesse da parte delle funzioni aziendali coinvolte, la formazione di una bozza da parte delle Relazioni Esterne, nonché l'approvazione da parte dell'amministratore delegato. Proprio per tali prescrizioni, manifestanti la premura di adottare un corretto procedimento decisionale, coinvolgente numerosi soggetti, la sentenza è accertativa dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo. Le scelte aziendali, in rapporto causativo con l'evento configurante l'illecito, aziendali non sono: i soggetti apicali non hanno rispettato l'*iter* di formazione delle valutazioni, infrangendo le prescrizioni del modello: ciò, con molta probabilità, ha prodotto una conclusione diversa da quella che si sarebbe verificata nel pieno rispetto dei precetti interni.

Le considerazioni formulate dal Gup nella nota sentenza, evidenziano un primo dato importante: l'accertamento giudiziale va compiuto per mezzo di una "storicizzazione" dei dati: la prospettiva *ex ante* del giudizio di idoneità non può che essere parziale. Solo così sarà possibile una sincera valutazione sull'evitabilità dell'evento attraverso la messa in atto di una condotta alternativa¹¹⁰. È proprio per mezzo di questo strumento operativo che il giudice del caso Impregilo ha ritenuto sussistente la volontà im-

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale - Parte generale*, Milano, p. 250;

FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*

⁹⁸ Non potremmo giungere a conclusioni diverse, pena un'inevitabile quanto iniqua condanna dell'impresa a seguito di una valutazione *ex post* dei modelli di organizzazione. Così Cfr. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1067.

⁹⁹ VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2009, p. 11.

¹⁰⁰ Cfr. AMATO, *nota Trib. Roma, Gip, ord. 4 - 14 aprile 2003*, in *Guida dir.*, 2003, p. 72.

¹⁰¹ MANACORDA, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Cass. Pen. Sez. V, sent. 30 gennaio 2014 n. 4677*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 12, p. 1429 ss.

¹⁰⁴ *Corte d'Appello di Milano, 21 marzo 2012, n. 1824*, su "www.penalecontemporaneo.it", con nota di SANTANGELO, *La corte d'appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. n. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*, 3 Luglio 2012.

¹⁰⁵ *Tribunale di Milano, G.U.P. Dott. Manzi, 17 novembre 2009*, con nota a sent. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpe-*

volezza: decisione «assistita» o interpretazione costituzionalmente orientata? in *Le Società*, 2010, fasc. 4, p. 476 ss.

¹⁰⁶ PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., p. 479.

¹⁰⁷ Il reato di aggio-taggio, ex art. 2637 c.c., così come introdotto con la riforma degli illeciti societari (d.lgs. n. 61 del 2002), è previsto come reato presupposto all'art. 25 *ter* del d.lgs. 231 del 2001. È sanzionato "chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione di strumenti non quotati, né in corso di quotazione". Qualora le condotte indicate abbiano ad oggetto strumenti quotati o in corso di quotazione si configura la fattispecie di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 del d. lgs. n. 58/1998 (Testo unico finanziario). Nel caso di specie il reato fu commesso dal Presidente e dall'Amministratore delegato della società. Di conseguenza, il criterio d'imputazione adottabile non poteva che essere quello di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, regolante i casi di reati presupposto commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente da soggetti apicali.

¹⁰⁸ MANACORDA, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁹ PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., p. 477.

¹¹⁰ PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., p. 479.

prenditoriale di conformarsi a quanto richiesto dalle norme, soprattutto considerando la difficoltà, riscontrabile *ante factum*, nel reperimento di *standards* cui adeguarsi¹¹¹.

Il secondo dato, sul quale il giudice di merito ha voluto soffermare la propria argomentazione, verte sul concetto di “elusione fraudolenta”, intesa dallo stesso, in tale occasione, in senso soggettivo, accertandone la sussistenza per il mancato rispetto della procedura da parte dei vertici della società. Eppure, il diritto penale pretende congruenza dei suoi significati e, come molti evidenziano, la frode, *ex art. 640 c.p.* si configura, nei suoi elementi oggettivi, allorché vengano compiuti “artifici o raggiri”, non ravvisabili nel caso di specie. Pertanto, il significato che il giudice ha voluto attribuire alla “elusione fraudolenta”, si discosta dalla obiettività per giungere, invece, ad un’espressione contenutistica adattata al caso concreto per esigenze di praticabilità, frutto di una interpretazione dei termini, appunto, soggettiva¹¹².

La Corte d’Appello¹¹³, facendo credere taluni¹¹⁴ in un “cambio di rotta” interpretativo della normativa¹¹⁵, confermava quanto dedotto in primo grado, respingendo il gravame avverso il proscioglimento della Impregilo.

La Corte di legittimità¹¹⁶, al contrario, ha negato l’adeguatezza del modello di organizzazione, nonostante la sua conformità alle linee guida delle associazioni di categoria di cui all’art. 6, c. 3 d.lgs. 231 del 2001¹¹⁷. Il deficit organizzativo individuato dalla Suprema Corte, concerne il difetto di indipendenza e i vizi di composizione dell’Organismo di vigilanza. Ad oggi, è fortemente raccomandabile la presenza di un Organo plurisoggettivo di vigilanza, motivo per il quale la Corte ha ritenuto non adeguato il modello, nella parte concernente la struttura di controllo. Tuttavia, collegandoci alle premesse sulla modalità di accertamento (*ex ante*) di adeguatezza, è corretto sottolineare che al tempo in cui il reato è stato commesso, vi era ancora incertezza circa la composizione dell’Organismo di vigilanza¹¹⁸, motivo per il quale riteniamo questo punto argomentativo di merito, degno di critica.

Complice, inoltre, di tale presa di posizione, sicuramente, fu una ricostruzione del parametro dell’elusione fraudolenta¹¹⁹, intesa come “condotta di aggiramento” di una norma più che una semplice violazione della stessa, riconducendone, perciò, il significato, ad una concezione obiettiva, non per forza coincidente con il tipo di condotta prevista all’art. 640 c.p. per la configurazione

del reato di frode, ma per lo meno consistente in una condotta “ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola”.

Tale pronuncia, pur rimarcando il carattere “*tailor made*”¹²⁰ del modello e il ruolo insostituibile del libero coinvolgimento del giudice, anche qui evidenziato dalla stretta adesione della Corte alla colpevolezza dell’ente¹²¹, costituisce la prova di una “preclusione immotivata”¹²² della giurisprudenza alla valenza esimente del modello, sintomo di una riluttanza alla logica economicistica e prevenzionale dell’intero meccanismo sanzionatorio¹²³. Purtroppo, sembra ancora che la giurisprudenza non sia riuscita a svincolarsi dal pregiudizio del “senno del poi”, per il quale la verifica del reato è sufficiente dimostrazione della mancata diligenza dell’ente e, dunque, della inadeguatezza del modello adottato. Come già esposto, l’accertamento giudiziale, seppur postumo all’evento, dovrebbe essere proiettato nel passato e verificare l’idoneità del modello prendendo cognizione delle circostanze fattuali sussistenti *ex ante*. Si auspica che la giurisprudenza compia un processo di maturazione tale da portarla ad accettare un procedimento accertativo che non disattenda lo scopo ultimo della normativa sulla responsabilità penale degli enti, cioè la prevenzione. Connettere l’imputazione ad un meccanismo di automatismo generato dall’evento, significa disincentivare la rimozione delle cause del reato¹²⁴, “frustrando il compito primario della tutela dei beni giuridici”¹²⁵.

3.6. La *vexata quaestio* sull’adozione dei modelli organizzativi: onere o dovere?

Come abbiamo avuto modo di argomentare, l’auto - organizzazione dell’ente si sostanzia nella predisposizione dei modelli di prevenzione del rischio di reato. Occorre allora chiedersi se, in un’ottica prettamente giuridica, l’ente ne sia obbligato ovvero, diversamente, la loro adozione costituisca un mero onere. La tesi prevalente, che sostiene la facoltà dell’adozione dei modelli, fa leva sul disposto degli artt. 6 e 7 e sul contenuto della relazione governativa al d.lgs. 231 del 2001. La prima risposta alla “*vexata quaestio*” propinata dall’etichetta di questo paragrafo, sembra risiedere nell’onere, il cui compimento manifesterebbe la rilevanza *ad probationem* del modello, il cui fine è quello di evitare l’imputazione¹²⁶. Eppure i tempi recenti registrano una maggior adesione alla dottrina che ravvede nei doveri organizzativi, di cui al decreto 231 del 2001, degli obblighi che appaiono oneri¹²⁷. La conclusione per la quale l’adozione dei modelli sarebbe facoltativa, infatti, sembra sottendere una sovrapposizione di piani che vanno tenuti rigorosamente distinti: quello dell’ente, da un lato, e quello degli organi sociali, e dei loro doveri di corretta amministrazione, dall’altro¹²⁸. Se, infatti, dal primo punto di

¹¹¹ Nonostante ciò, infatti, l’ente si è conformato al codice etico di Borsa Italiana e alle linee guida di Confindustria. Si evidenzia però, per correttezza espositiva, che criticabile è la scelta della nota Impregilo di non adeguare il modello di prevenzione alle proprie specificità, ma di rimanere completamente foggato sui protocolli suddetti.

¹¹² PALIERO, *Responsabilità dell’ente*, cit., p. 479.

¹¹³ Corte d’Appello di Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, su “www.penalecontemporaneo.it”, con nota di SANTANGELO, *La corte d’appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. n. 231/2001 in ragione dell’adeguatezza del modello*, 3 Luglio 2012.

¹¹⁴ Sul punto Cfr. BARTOLOMUCCI, *L’adeguatezza del modello nel disposto del d.lgs. 231 e nell’apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d’appello “Impregilo”*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 4, 2012, p. 174.

¹¹⁵ Si intende *in melius*.

¹¹⁶ Cass. Pen. Sez. V, sent. 30 gennaio 2014 n. 4677, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 12, p. 1429 ss.

¹¹⁷ Si ricorda che la disposizione definisce l’onere dell’impresa di adeguarsi ai protocolli e linee guida delle associazioni di categoria. Tuttavia, l’efficacia presuntiva, mai assoluta, del modello così istituito, sorgerà soltanto se l’ente, nel conformare il proprio modello alle linee guida, lo abbia fatto tenendo conto delle proprie particolarità distintive, cosa che, nel caso di specie, non è avvenuta.

¹¹⁸ Per la precisione, erano le stesse linee guida di Confindustria ad ammettere come scelta valida l’attribuzione all’organismo di *Internal Audit*, delle funzioni dell’OdV.

¹¹⁹ PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., p. 479.

¹²⁰ MANACORDA, *op. cit.*, p. 72.

¹²¹ D’ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei Modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 51 ss.

¹²² MANACORDA, *op. cit.*, p. 73.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ L’impresa non avrebbe infatti motivo di adeguare il proprio modello a seguito del reato, se questo è di per sé produttivo della responsabilità penale dell’ente.

¹²⁵ FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Fasc. 4, 2012, p. 1277 ss.

¹²⁶ Così BERNASCONI, sub art. 6, in PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, p. 119 ss.; Trib. Milano, 20.03.2007, in *Dir. prat. soc.*, 2007, p. 71 ss.

¹²⁷ Così ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell’economia*, II, 2009, p. 193.

¹²⁸ ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell’economia*, II, 2009, p. 194.

vista, e dunque per la persona giuridica, l'adozione del modello di prevenzione potrebbe tuttora qualificarsi come un mero onere finalizzato a non incorrere nella responsabilità penal-amministrativa, il nuovo scenario normativo sembra indicare chiaramente che gli amministratori non possono sottrarsi all'obbligo di verificare se l'ente da loro amministrato sia esposto al rischio di una propagazione di responsabilità¹²⁹. Le argomentazioni sulla doverosità deriverebbero dalla riforma del diritto societario del 2003: l'art. 2381 c.c. obbliga gli organi delegati ad istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, del cui controllo è deputato il consiglio d'amministrazione; la stessa riforma, poi, all'art. 2403 c.c., assegna ai sindaci l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza dei medesimi assetti.

Comunque, la costruzione del modello di prevenzione dei reati, così come prevista dal d.lgs. n. 231/2001, si traduce in un iter valutativo e di gestione dei rischi: un procedimento evolutivo che si snoda attraverso più fasi poste in sequenza tra di loro e che conosce, dapprima, "il censimento dei potenziali fattori criminogeni e delle aree di rischio"¹³⁰ e, in seguito, "la predisposizione del modello, con il relativo corredo di sanzioni disciplinari"¹³¹. L'obbligo incombente sugli amministratori concerne l'identificazione dei rischi in relazione ai reati-presupposto che possono essere commessi, attraverso l'analisi delle modalità realizzative degli stessi e una definizione delle aree aziendali, dei processi e dei soggetti a rischio di reato. Trattasi della c.d. "mappatura dei rischi", ordinariamente considerata per la elaborazione concreta del modello e del suo perimetro applicativo, ma la cui rilevanza è altresì apprezzabile, prima ancora, per definire se sussista o meno l'obbligo di provvedere alla sua predisposizione¹³²⁻¹³³.

Dunque, concludendo, se di facoltà dell'adozione del modello preventivo si può parlare con riferimento all'ente, non così rispetto agli organi sociali, in modo particolare gli amministratori, i quali, gravati da un obbligo di corretta amministrazione, non possono rinunciare al dovere di verificare se l'ente, di cui curano l'amministrazione, possa esporsi al rischio di incorrere in una responsabilità da reato¹³⁴. Si comprende, pertanto, che laddove operi il principio testé enunciato della adeguata organizzazione, l'adozione del modello da parte dell'ente sarà inevitabile e la sua mancanza potrà determinare un inadempimento degli amministratori¹³⁵.

4. Prospettive

4.1. La colpa: *quod genus?*

Una volta approfondito, *breviter strictimque*, lo status della

colpa, chiarendone i caratteri peculiari e i principi concernenti l'imputazione, alla stregua della complessa natura degli enti, si vuole ragionare sul *genus* della stessa, con particolare riferimento alla tradizionale alternativa tra colpa generica¹³⁶ e colpa specifica¹³⁷. Certamente, il riconoscimento della prima o della seconda tipologia, determina una differente soluzione al termine del giudizio di adeguatezza del modello: la colpa specifica pone, quale criterio discernente la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, la oggettiva violazione di una regola cautelare; la colpa generica, diversamente, necessita di un controllo sull'esigibilità del comportamento diligente che si sarebbe dovuto sostanziare nell'adozione delle cautele idonee a prevenire quello specifico rischio.

Molti autori, tra cui il noto Piergallini, nutrono incertezze sul riconoscimento della colpa generica¹³⁸ nelle ipotesi, qui approfondite, di rischi da reato assunti dagli enti, poiché, *relata refero*, "abbracciano beni giuridici di ragguardevole spessore e coinvolgono decisioni ed attività seriali, procedimentalizzate"¹³⁹. Il problema risiede nella precarietà della cornice normativa, caratterizzata da un'assurda genericità, incapace di qualificare i rischi ed elaborare dei comportamenti la cui legittimità può dirsi certa. Lo stesso, ad un'analisi sincera, non potrebbe dirsi per quanto concerne le sole fattispecie di omicidio e lesioni colpose per violazione della normativa di cui al d.lgs. 81/2008: per queste, l'elemento soggettivo della colpa specifica è indiscutibile¹⁴⁰, considerando l'apparato di cautele che circondano le norme in oggetto, che l'ente deve rispettare per non incorrere in responsabilità.

Pertanto, alla stessa stregua della riforma che ha introdotto tra i reati presupposto le fattispecie poc'anzi citate, "adornandole" di cautele, occorre dare man forte alla produzione di regole, con occhio attento al contesto delle organizzazioni complesse. Su questo versante, si richiede un "approccio metodologico di taglio squisitamente induttivo"¹⁴¹: oramai, dopo diciannove anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 231 del 2001, si attende che i protocolli cautelari, formalizzati sulle c.d. "*best practices*" vengano positivizzati. A tal proposito le associazioni rappresentative dovrebbero fornire ausilio nella ricerca dei modelli adottati dagli enti che svolgono omologhe attività di categoria, nonché valutarli criticamente, sì da reperire i comuni standard cautelari¹⁴².

4.2. Un auspicio di razionalizzazione

In conclusione, si intende formulare talune considerazioni in ordine alle problematiche emerse e concernenti, in via principale, la mancanza di specifiche regole cautelari nella materia della colpa d'organizzazione. Il primo effetto di questa circostanza è ravvisabile allorché l'ente debba elaborare un mo-

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, II, 2009, p. 195.

¹³³ "Nelle ipotesi in cui tale (comunque doverosa) attività propedeutica conduca ad un risultato tranquillizzante, in quanto i rischi suscettibili di determinare la propagazione di responsabilità a carico dell'ente risultino soltanto improbabili, l'organo gestorio potrà limitarsi a prenderne (e darne) atto, senza procedere oltre, salvo operare in futuro nuove verifiche, in relazione, da un lato, alle eventuali modificazioni delle dimensioni, dell'oggetto e della struttura dell'ente e, dall'altro, al sopravvenuto ampliamento normativo dei reati presupposto. Qualora invece tale ricognizione preliminare riveli l'esistenza di aree di rischio, la predisposizione del modello risulterà ineludibile" (ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, II, 2009, p. 195.).

¹³⁴ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2058.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ La colpa generica ordinariamente sussiste laddove sono presenti le più comuni e quotidiane situazioni di rischio. Si fonda sul ricorso a norme esperienziali, che orientano il comportamento secondo criteri di normalità.

¹³⁷ La colpa specifica si genera in presenza di rischi qualificati "che riguardano aree di attività sostanzialmente omogenee (si pensi alla circolazione stradale e alla materia antinfortunistica) in cui la ripetitività dei comportamenti, la rilevanza dei beni in giuoco e l'affinarsi delle conoscenze consentono di proiettare una affidabile cornice dell'evento. In definitiva, la specificità delle aree di rischio da disciplinare (riguardanti attività umane serie e beni giuridici rilevanti) impone di ricorrere a dispositivi cautelari supportati da una piattaforma scientifica, che si affida alle più collaudate conoscenze". (PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2105).

¹³⁸ Al contrario, gli stessi riconducono tutto il sistema della responsabilità degli enti al paradigma della colpa specifica.

¹³⁹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2105.

¹⁴⁰ PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società*, 12 S, 2011, p. 21.

¹⁴¹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2106.

¹⁴² *Ibidem*.

dello idoneo a prevenire la commissione di reati: l'assenza di specifiche prescrizioni genera incertezza e timore di incorrere in responsabilità, poiché l'autonomia normativa non garantisce alcuna esenzione. D'altra parte, dalla prospettiva del giudice penale, gli stessi motivi provocano imbarazzo, pretendendo un giudizio di idoneità costruito per mezzo di un margine troppo ampio di discrezionalità. Infine, si è detto, è la stessa materia trattata ad essere di per sé predisposta ad affidarsi alla colpa specifica: i beni giuridici protetti e le attività procedimentalizzate richiedono una precisa regolazione.

È chiaro, pertanto, quale è l'auspicio: si attende che il legislatore predisponga soluzioni che illuminino, *ex ante*, in modo più preciso possibile, i comportamenti dovuti¹⁴³, così da garantire un quadro di riferimento meno aleatorio¹⁴⁴, "alleggerendo il gestore privato del rischio-reato di buona parte dei costi, non solo economici, della decisione che è chiamato a compiere"¹⁴⁵. È, questa, una soluzione che, manifestando atti di indirizzo, permetterebbe una solida costruzione del modello, difficilmente "rimproverabile", e che, pertanto, consentirebbe alle imprese di muoversi con disinvoltura all'interno dell'attività prevenzionistica. Allo stesso tempo, lascerebbe intatti gli spazi per il sindacato giudiziale sulla idoneità delle opzioni prescelte, rafforzandone la base di giudizio¹⁴⁶. Per finire, la positivizzazione delle cautele soddisferebbe le aspettative di chi, conscio dell'esigenza di normare criteri in direzione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, desidera affidarsi al dominio della colpa specifica.

Certamente, si comprende la difficoltà di compiere un'integrale positivizzazione di tutte le attività di prevenzione, vista la particolare natura del rischio che si vuole minimizzare. È impossibile e inadeguato formare un rigido schema che esenti integralmente il privato da una valutazione in ordine alle specificità dell'ente in cui il modello deve operare¹⁴⁷. Difatti, la stessa certificazione di un modello, che consenta una presunzione di validità preventiva, "è un lavoro a tutto campo"¹⁴⁸ che, comprendendone ogni aspetto, pretende una approfondita conoscenza della singola realtà sociale in cui si opera, difficilmente alla portata dei c.d. "enti certificatori"¹⁴⁹.

Su queste premesse, tra cui la consapevolezza dell'inesigibilità certificativa di tipo assoluto, si dovrebbe sostanziare l'intervento legislativo di razionalizzazione¹⁵⁰, allo scopo di rendere l'impianto della legge più coerente con una "genuina colpa d'organizzazione dell'ente"¹⁵¹.

MARCO NOTARANGELO

¹⁴³ MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, p. 107.

¹⁴⁴ MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., p. 190.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., p. 26.; MARRA, *La responsabilità ex delicto delle persone giuridiche. Il modello italiano, Jurisprudencia Argentina*, fasc. 11, 2006, p. 46 ss.; MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., p. 190.

¹⁴⁷ MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., p. 189 ss.

¹⁴⁸ FORTI, *op. cit.*, p. 1279.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Un preciso schema cautelare da seguire, sarebbe rilevante soprattutto in quelle particolari ipotesi nelle quali l'ente abbia adottato un modello organizzativo, abbia previsto i rischi, le relative cautele autonome siano state rispettate, ma nonostante ciò si verifichi il reato. Se, ad una valutazione *ex ante*, il modello adottato risultasse idoneo, attribuire in siffatti casi una responsabilità all'impresa parrebbe un'operazione sostenuta dai principi di una responsabilità oggettiva. L'ipotesi è delicata: il giudice penale dovrebbe adoperarsi a uno sforzo intenso circa i giudizi di prevedibilità del rischio ed evitabilità dell'evento. La razionalizzazione delle cautele auspicata, semplifica tale operazione nelle circostanze medesime, ponendo una linea di demarcazione tra l'imputazione dell'ente e l'esenzione dello stesso.

¹⁵¹ FORTI, *op. cit.*, p. 1280.

La tutela penale delle persone vulnerabili con particolare riferimento all'analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. 'codice rosso')

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. 'codice rosso'). In particolare: la nuova incriminazione di «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» (art. 612 *ter* c.p.). – 3. (*Segue*). La struttura della fattispecie. – 4. Le ipotesi di reato ulteriori. – 5. Profili processuali.

1. Premessa

Affronto il tema della tutela penale delle persone vulnerabili, concentrando l'analisi in via prevalente, ancorché non esclusiva, sui recenti interventi normativi.

Ai fini di una corretta impostazione dell'indagine occorre muovere dal concetto di *persona vulnerabile*, formula esteticamente suggestiva quanto semanticamente porosa; dunque votata ad alimentare interpretazioni equivoche o, peggio, divergenti.

Si tratta, dunque, di meglio comprendere in cosa tale formula effettivamente consista.

Anche guardando ai criteri fissati dal disposto dell'art. 90 *quater* c.p.p. (cui si deve la positivizzazione della «condizione di particolare vulnerabilità» della persona offesa)¹, la formula in esame si presta a ricomprendere al suo interno plurime figure vittimologiche²: le donne, in ragione della minore prestantza fisica o del

* Lo scritto riprende, con riflessioni ulteriori, i contenuti della relazione svolta nell'ambito dell'incontro di studi "La tutela delle persone vulnerabili", Università degli Studi di Teramo.

¹ Nello specifico, tale articolo prevede che «*Agli effetti delle disposizioni della presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e dalle circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato*». L'introduzione di tale disposizione da parte dell'art. 1, comma 1, lett. b) del D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 si colloca in un quadro di generale ampliamento della tutela e dell'assistenza delle vittime di reato, anche in attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che pone degli *standard* minimi uniformi in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Invero, si deve alla citata Direttiva l'individuazione di una definizione positiva del fenomeno della violenza di genere, quale forma di aggressione diretta «*contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere*» (Considerando n. 18). Il legislatore eurounitario precisa poi che tale fenomeno criminologico va considerato come «*una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale [...], la tratta di esseri umani, la schiavitù e le forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti 'reati d'onore'*». Per un'analisi in chiave sociale e statistica del fenomeno in parola, cfr. L. RE, *Contrastare la violenza nei confronti delle donne: una sfida politica e culturale*, in P. FELICIONI, A. SANNA (a c. di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, 2019, 10 ss.; T. MANENTE, *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice rosso"*, Torino, 2019, XVII ss. Un'indagine statistica in materia si rinviene altresì nella relazione Istat dal titolo *La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia. Anno 2014*, Roma, 5 giugno 2015, in www.istat.it.

² Per un approfondimento delle condizioni soggettive rilevanti ai sensi dell'art. 90 *quater* c.p.p., nonché per una disamina degli indicatori su cui basare l'accertamento della «condizione di particolare vulnerabilità», cfr. F. DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016; D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce*