

ALLA RICERCA DI UNA COERENZA PERDUTA ... O FORSE MAI ESISTITA (*)

Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"

di Roberto Bartoli

Abstract. *L'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità punitiva degli enti collettivi è stata una vera e propria rivoluzione, sia perché ha dato vita a un sistema che impone un nuovo e diverso paradigma punitivo (si è parlato di una vera e propria "rivoluzione copernicana"), sia perché, come ogni rivoluzione, è stata – per così dire – traumatica, nel senso che si è trattato di un cambiamento così improvviso e repentino che in definitiva ha colto tutti di sorpresa, se non addirittura un po' impreparati. A ben vedere, infatti, si può dire che, salvo rari interventi "isolati", tale riforma non è stata anticipata da una riflessione scientifica "corale" capace di preparare il terreno soprattutto concettuale per accoglierla. Da qui il crearsi di una lunga fase di transizione caratterizzata da enormi difficoltà nel confrontarsi con un sistema basato per l'appunto su un nuovo paradigma, ma con strumenti concettuali "vecchi". E se in parte queste difficoltà sono state col tempo superate attraverso contributi significativi anche da parte della giurisprudenza, tuttavia sembra ancora mancare una riflessione compiuta e coerente su aspetti – per così dire – preliminari, indispensabili per comprendere appieno il nuovo sistema e per orientare gli operatori secondo una coerente logica funzionale e conforme ai principi di garanzia.*

SOMMARIO: 1. Uomo *versus* ente. – 2. Diritto punitivo umano *versus* diritto punitivo dell'ente. – 3. I modelli di responsabilità punitiva dell'ente. Il modello antropocentrico. – 3.1. Il modello antropomorfo. – 3.2. Il modello dualistico. – 4. I modelli di responsabilità dell'ente tra criminalità economica, assetti organizzativi e principio di personalità della responsabilità penale. – 5. Il modello vigente. – 6. Il modello vivente. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dei criteri di imputazione oggettiva. – 6.1. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dei criteri di imputazione soggettiva. – 6.2. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dell'art. 8 del "sistema 231". – 7. Tentativo di razionalizzazione del sistema. – 8. Una questione di parte speciale: il problema dell'autoriciclaggio.

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi, in corso di pubblicazione per i tipi della *Padova University Press*, a cura di Riccardo Borsari. Ringraziamo il curatore e l'editore per aver autorizzato ad anticiparne la pubblicazione in questa Rivista.

1. Uomo *versus* ente.

Per comprendere appieno le problematiche poste dalla responsabilità punitiva degli enti, a mio avviso, occorre partire “da lontano” e cioè da una duplice comparazione. Da un lato, è utile raffrontare i caratteri fondamentali che contraddistinguono l’uomo come persona fisica e l’ente come organizzazione in una prospettiva – per così dire – pregiuridica; dall’altro lato, è opportuno comparare i caratteri fondamentali che contraddistinguono il sistema punitivo avente come destinatario la persona fisica e quelli che invece contraddistinguono il sistema punitivo avente come destinatario l’ente, caratteri derivanti proprio dal diverso modo di “essere” di queste due “persone”.

Sotto il primo profilo (“uomo versus ente”), si deve osservare anzitutto che essi differiscono sul piano – per così dire – della “struttura” soggettiva: mentre l’uomo è un *unicum* imm modificabile nel tempo (monismo), al contrario l’ente si compone di una pluralità di soggetti (dualismo) ed è suscettibile di subire trasformazioni che attengono al suo assetto costitutivo. In particolare, l’uomo è un *unicum* non solo perché gestisce i propri comportamenti da solo: da solo assume informazioni, da solo compie scelte e da solo dà esecuzione a tali scelte, senza la necessità di avvalersi della collaborazione di altri soggetti; ma soprattutto perché è il solo centro di imputazione dei propri comportamenti e delle conseguenze che ne derivano.

Diversamente, l’ente si compone di una pluralità di soggetti. Il punto è delicato e deve essere chiarito con la massima precisione. Di primo acchito si potrebbe affermare che l’ente, proprio in quanto organizzazione di persone, è formato da una pluralità di soggetti. Si tratta di un carattere indubbio, che tuttavia non rileva ai fini che qui si vogliono porre in evidenza: anche un reato realizzato in concorso di persone, finisce per presentare questo carattere della plurisoggettività, per non parlare dell’organizzazione criminale. Certo, poi persone che operano in concorso e organizzazioni criminali si distinguono dall’ente per le finalità che l’organizzazione persegue (l’organizzazione dei primi persegue finalità illecite, quella dell’ente persegue invece finalità che di per sé sono lecite), ma non c’è dubbio che il carattere della plurisoggettività così inteso accomuna tutti i fenomeni in cui per l’appunto, in termini più o meno embrionali, si ha a che fare con una organizzazione di persone¹. In questa sede, il carattere plurisoggettivo dell’ente è – per così dire – più sofisticato e foriero di enormi conseguenze, in quanto sta a indicare che l’ente si compone in realtà di due centri di imputazione, vale a dire, da un lato, delle singole persone fisiche che sono organizzate, dall’altro lato, dell’ente in quanto tale, da intendersi come insieme e “sintesi” delle persone organizzate².

Inoltre, mentre la struttura soggettiva dell’uomo è sempre identica a se stessa per tutto l’arco della sua vita, al contrario l’assetto dell’ente può modificarsi nel tempo

¹ In argomento v. per tutti A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 134 ss.

² V. per tutti G.A. DE FRANCESCO, *La societas e l’ineffabile duale: destinataria o garante dell’osservanza dei precetti*, in *Studi senesi*, 2005, 488 ss.; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, *ivi*, 2006, 239 ss.

attraverso attività che vanno ad incidere sulla sua stessa “identità strutturale”: si pensi non solo e non tanto alle trasformazioni, ma soprattutto alle fusioni siano esse per unione o per incorporazione.

In secondo luogo, uomo ed ente differiscono sul piano della “consistenza” soggettiva: l’uomo ha una consistenza naturalistica, psico-fisica e motivazionale; l’ente invece ha una consistenza “socio-normativa”, in quanto è costituito da un’organizzazione. Entrambi sono soggetti reali, che si estrinsecano nella realtà, ma mentre l’uomo preesiste in natura, l’ente nasce e assume una configurazione a seguito di una scelta operata dall’uomo: volendo, si potrebbe dire che l’ente preesiste nella società, ma non in natura. Inoltre, mentre alcune componenti dell’uomo, come la psiche e il procedimento motivazionale, pur avendo una consistenza reale, sono tuttavia intangibili e non direttamente verificabili sul piano empirico, al contrario, l’assetto organizzativo di un ente risulta empiricamente verificabile.

Infine, uomo ed ente differiscono sul piano del modo in cui possono essere concepiti. Al di là di teorie “deviate” che purtroppo sono state elaborate nella storia, proprio in ragione della sua unicità e del suo naturalismo, la concezione dell’uomo è caratterizzata da un certo ontologismo. Al contrario, l’ente, proprio in ragione della sua duplicità e della sua consistenza “socio-normativa”, può essere concepito in termini decisamente diversi a seconda che si valorizzino le persone fisiche che lo compongono, oppure l’ente in quanto tale oppure, ancora, il rapporto dialettico che si viene a creare tra le persone fisiche e per l’appunto l’ente in quanto tale.

2. Diritto punitivo umano *versus* diritto punitivo dell’ente.

Tutte queste differenze sono destinate a riflettersi sul diritto punitivo. Diritto punitivo umano e diritto punitivo dell’ente si differenziano anzitutto per il modo in cui sono costruite le categorie penalistiche. Le categorie del diritto punitivo umano sono categorie monosoggettive, dove per monosoggettività non si deve intendere solo e semplicemente che le fattispecie incriminatrici sono di regola tipizzate facendo riferimento al singolo uomo come possibile autore del reato, ma piuttosto che ogni singolo istituto giuridico è concepito avendo come punto di riferimento l’uomo come singola persona fisica, come unico centro di imputazione. Al contrario, le categorie del diritto punitivo dell’ente si basano su una presa d’atto della duplicità soggettiva che contraddistingue il destinatario. Proprio perché la struttura soggettiva dell’ente è “duale”, nella elaborazione delle categorie punitive si pone un problema costante di rapporto tra l’uomo che fa parte dell’organizzazione e l’ente come un qualcosa di autonomo rispetto alle singole persone fisiche. Con la conseguenza che tali categorie soffrono di una costante tensione, a seconda che si privilegi la persona fisica che fa parte dell’organizzazione oppure l’ente in quanto tale oppure il loro rapporto dialettico.

Inoltre, a causa della diversa modificabilità della struttura soggettiva, mentre il diritto punitivo umano ha come destinatario – per così dire – un soggetto “statico”, riferendosi a una persona sempre identica a se stessa, il diritto punitivo dell’ente non può non tenere conto delle possibili metamorfosi dinamiche dell’ente, le quali se da un

lato pongono problemi di garanzia, per cui un ente non può rispondere di fatti che vanno riferiti ad altri enti collettivi, dall'altro lato pongono però anche problemi di effettività del sistema, visto che attraverso le modifiche strutturali risulta possibile eludere le eventuali responsabilità.

Diverso è anche il personalismo della responsabilità. Il personalismo del diritto punitivo umano si radica sulla consistenza psico-fisica e motivazionale dell'uomo, per cui la responsabilità viene ricollegata a una personalità da intendersi come espressione di questa consistenza psico-fisica e motivazionale. Ecco allora che in questa prospettiva il principio fondamentale della personalità della responsabilità penale indica la necessità di un legame per l'appunto psico-fisico e motivazionale tra l'autore e il fatto di reato. Non solo, ma trattandosi (fortunatamente) di componenti empiricamente inconoscibili, la dimensione personalistica dell'uomo non è suscettibile di un controllo e di una "verifica", con la conseguenza che, una volta commesso il reato, non si è mai in grado di sapere se la personalità del soggetto si è – per così dire – riconfigurata in termini di conformità alla pretese dell'ordinamento, nemmeno dopo l'eventuale esecuzione della stessa pena. Al contrario il personalismo della responsabilità dell'ente si riferisce alla sua consistenza organizzativa: come il reato dell'uomo deve essere espressione della sua personalità psico-fisica e motivazionale, così anche il reato dell'ente deve essere espressione della sua organizzazione, dovendosi fin d'ora precisare che il difetto di organizzazione che lega l'ente al reato non riguarda tanto l'organizzazione delle attività esercitata dall'ente per perseguire le sue finalità lecite, ma piuttosto l'organizzazione dell'organizzazione che si deve predisporre affinché all'interno dell'ente le persone fisiche non commettano reati (ma sul punto avremo modo di ritornare). Inoltre, essendo l'organizzazione empiricamente conoscibile, dopo la commissione del reato, l'ordinamento è sempre in grado di verificare se tale assetto è stato riconfigurato o meno in modo da conformarsi alle sue pretese legali anche prima dell'eventuale esecuzione della pena.

Infine, diverso è il modo di concepire questi due diritti. Proprio perché il diritto punitivo umano ha come destinatario l'uomo ontologicamente concepito, esso presenta il carattere della universalità. Il diritto penale umano è un diritto che alla fin fine si basa su alcuni caratteri che risultano storicamente e spazialmente incondizionati. Se da un lato è vero che esiste una "*voluntas*" di chi detiene il potere punitivo che può spingere verso opzioni che prescindono da questi caratteri, tuttavia, dall'altro lato, è anche vero che esiste una "*veritas*" espressa soprattutto dai principi e dai diritti di garanzia che costringe il potere punitivo a confrontarsi con la realtà umana ontologica non manipolabile. Quello dell'ente è invece un diritto contraddistinto da un forte relativismo. Riferendosi a una realtà sociale configurata dagli uomini e presentando l'ente un ineliminabile dualismo, il diritto punitivo "collettivo" si presenta come un diritto fortemente normo-valutativo, condizionato soprattutto dal modo in cui l'ente viene concepito, e cioè, ancora una volta, a seconda che si valorizzi la persona fisica, l'ente in quanto tale oppure il rapporto dialettico tra gli stessi.

3. I modelli di responsabilità punitiva dell'ente. Il modello antropocentrico.

In estrema sintesi si può affermare che il diritto punitivo dell'ente può essere concepito e configurato secondo tre diversi modelli: antropocentrico, antropomorfo, dualistico.

Il modello antropocentrico tende a valorizzare le singole persone che operano all'interno dell'ente, nel senso che tra i due soggetti persona fisica ed ente in quanto tale, l'accento cade sulle persone fisiche, per cui il perno intorno al quale ruota il diritto penale dell'ente continua ad essere il fatto di reato realizzato dalla persona fisica. In questa prospettiva, anzitutto le ragioni che spingono a punire l'ente derivano – per così dire – in negativo dalle insufficienze e dai limiti del diritto punitivo umano. Da un lato, ci si rende conto che l'uomo persona fisica può commettere reati non nel proprio interesse, ma nell'interesse dell'ente che ne trae un vantaggio; dall'altro lato, si ha la consapevolezza che l'uomo persona fisica può essere spinto alla realizzazione dei reati in quanto in definitiva lo stesso ente, traendo vantaggi dalla commissione del reato, tende ad accollarsi le conseguenze negative a cui dovrebbe andare incontro l'uomo per ciò che ha commesso: l'ente può risarcire il danno al posto del singolo, nonché “risarcire” o addirittura “premiare” lo stesso uomo che va incontro a conseguenze giuridiche negative. Stando così le cose, l'estensione di una responsabilità anche all'ente svolge la funzione di neutralizzare il pericolo di un legame perverso che intercorre tra l'uomo che pone in essere un fatto a vantaggio dell'ente e l'ente che trae vantaggio dal reato, legame volto a deresponsabilizzare la persona fisica.

In questa prospettiva, la conseguenza negativa posta a carico dell'ente è volta a neutralizzare siffatto pericolo. Nel momento in cui l'ente avvantaggiato dal reato si fa carico delle conseguenze negative che gravano sulla persona fisica, ecco che si pone l'esigenza di colpire l'ente rispetto ai vantaggi conseguiti dalla commissione del reato (confisca) o comunque imponendo una spesa che tende a disincentivare l'accollarsi di eventuali ulteriori spese che la persona fisica si potrebbe trovare a sostenere per le responsabilità a cui va incontro (pena pecuniaria).

In secondo luogo, dal punto di vista del reato, nella prospettiva antropocentrica non v'è alcuna conseguenza dogmatica. Il reato che viene in gioco è solo ed esclusivamente quello della persona fisica secondo le tradizionali categorie del diritto penale umano. Con la conseguenza che, sul piano dei criteri di imputazione del reato all'ente, si assiste a una mera trasposizione del reato realizzato dalla persona fisica in capo all'ente. In buona sostanza, la struttura dell'illecito dell'ente coincide con quella della persona fisica e il criterio di imputazione diviene quello della c.d. immedesimazione. La responsabilità dell'ente risulta essere – per così dire – vicaria, sussidiaria rispetto a quella della persona fisica. Ciò che interessa ai fini dell'imputazione del reato all'ente è che la persona faccia parte dell'organizzazione dell'ente e abbia realizzato il reato nell'interesse di quest'ultimo. In presenza di questi presupposti, il reato della persona fisica viene accollato all'ente che ne diviene responsabile in virtù delle possibili utilità che consegue. Conseguenza fondamentale del modello antropocentrico è che, ai fini dell'imputazione del reato all'ente, la persona fisica che commette il reato sia identificata.

Infine, per quanto riguarda la natura della responsabilità, mancando un vero e proprio coinvolgimento della personalità dell'ente nella commissione del reato, la tendenza è a qualificarla in termini diversi da quella rigorosamente penale. Da un lato, ammesso e non concesso che il sistema punitivo amministrativo conosca un allentamento dei legami imposti dalla personalità della responsabilità, si può parlare di natura amministrativa; dall'altro lato, si può parlare di un sistema di misure di sicurezza volte a contrastare il pericolo che l'ente ponga in essere comportamenti per deresponsabilizzare la persona fisica che agisce a suo vantaggio.

3.1. *Il modello antropomorfo.*

Il modello antropomorfo tende invece a valorizzare l'ente in quanto tale, o meglio, tende a concepire l'ente in quanto tale come se fosse un uomo. In questa prospettiva, le ragioni che spingono a punire l'ente sono connesse al fatto che la persona fisica che opera all'interno dell'ente copre soltanto una fetta di responsabilità, quella che per l'appunto riguarda direttamente il suo operato, mentre è anche – e soprattutto – l'organizzazione in quanto tale dove la persona fisica è inserita che è destinata ad assumere rilevanza. All'interno dell'ente la persona fisica perde di autonomia e centralità, mentre è l'ente in quanto tale che diviene reale centro di imputazione: se da un lato il processo decisionale è spesso plurisoggettivo e policentrico, dall'altro lato esso assume unitarietà se riferito alla struttura organizzativa nel suo complesso; il singolo tende a divenire una sorta di ruota all'interno di un ingranaggio molto più grande e complesso che prende il nome di strategia d'impresa; la struttura organizzativa dell'ente preesiste al singolo e permane dopo il singolo, per cui l'ente finisce per avere una propria configurazione che in qualche modo è indipendente dall'operato del singolo.

Stando così le cose, in questa prospettiva, la sanzione posta a carico dell'ente svolge una vera e propria funzione retributiva e generalpreventiva. Sotto il primo profilo, si avverte l'esigenza di colpire un soggetto che alla fin fine risulta essere il "vero" responsabile del reato; sotto il secondo, ci si rende conto che se si colpisce la sua attività "esistenziale", l'ente può essere motivato ad organizzarsi affinché sia contenuto il rischio di commissione di reati. Sul piano contenutistico, quindi, oltre a tornare in gioco la pena pecuniaria e la confisca, assumono rilevanza soprattutto le misure interdittive che producono conseguenze negative sulla attività (lecita) dell'ente.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'ente si assiste a una trasmutazione delle categorie penalistiche, in quanto l'illecito dell'ente non solo non coincide più con quello "umano", ma assume strutturalmente autonomia e indipendenza rispetto a quello realizzato dalla persona fisica. L'illecito dell'ente è infatti costituito da un *deficit* organizzativo attribuibile direttamente all'ente, al quale si aggiunge il *quid pluris* del reato della persona fisica che costituisce una sorta di condizione obiettiva di punibilità: com'è stato efficacemente notato, il paradigma è interpretato «come un obbligo di condotta meramente preventivo, non tanto cautelare, quanto cautelativo orientato alla

prevenzione astratta del rischio reato»³. Conseguenza fondamentale del modello antropomorfo è che si può punire l'ente indipendentemente dalla identificazione della persona fisica che ha commesso il reato.

Circa la natura della responsabilità, a me pare che si debba parlare di una vera e propria responsabilità penale. Certo, si tratta di un modello di responsabilità che non ha nulla a che vedere con quello umano. Tuttavia, ritenere che questo modello non sia penale perché prescinde totalmente dall'uomo è conclusione che muove da una prospettiva che si basa ancora sull'uomo e sul diritto penale umano invece che sull'ente e sul diritto penale dell'ente.

3.2. *Il modello dualistico.*

Infine, il modello dualistico si pone a metà strada rispetto a quelli precedenti. Da un lato, infatti, si continua a riconoscere rilevanza al reato posto in essere dalla persona fisica, dall'altro lato, però, si attribuisce rilevanza anche all'organizzazione (dell'organizzazione) dell'ente in qualità – per così dire – di garante della legalità all'interno della sua organizzazione.

Le ragioni che portano a punire sono connesse al carattere criminogeno della struttura organizzativa rispetto al comportamento criminoso del singolo, in quanto l'inserimento di una persona fisica all'interno di una tale struttura agevola la commissione del reato. Il soggetto si sente spersonalizzato e in parte deresponsabilizzato perché la sua attività si inserisce all'interno di un gruppo. L'appartenenza al gruppo disattiva i freni inibitori anche in considerazione della competizione che si può creare tra le persone fisiche che operano all'interno dell'ente con ambizioni di carriera. Soprattutto la persona fisica vive della cultura che si instaura all'interno dell'organizzazione e conforma il proprio comportamento ad essa. Se così stanno le cose si pone l'esigenza di creare all'interno dell'ente strumenti di controllo e impedimento dei reati da parte dei singoli. Più precisamente si tratta di creare una organizzazione che sia ispirata alla legalità. L'ente si deve dotare di una organizzazione di secondo livello volta a far penetrare la legalità all'interno di quella organizzazione che compie l'attività "fisiologica" dell'ente.

In questa prospettiva, la pena svolge soprattutto una funzione di legalizzazione dell'organizzazione. Se è vero che l'organizzazione è criminogena in ordine al singolo, allora è indispensabile costringere l'ente a orientare la propria organizzazione in modo tale da contenere il rischio che al suo interno siano realizzati reati. Si potrebbe parlare di una funzione di prevenzione speciale del sistema⁴.

E su questo fronte interviene un profilo di grande interesse. Come abbiamo visto, al contrario di quanto avviene per l'uomo, la struttura dell'ente è nella sostanza

³ C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1545.

⁴ Spunti in tal senso in M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, 340 ss.

conoscibile e controllabile dall'esterno. Mentre infatti rispetto all'uomo non è possibile conoscere se la sua personalità soprattutto motivazionale si conformi o meno alla legalità, al contrario rispetto all'ente si può verificare empiricamente se l'ente si doti o meno di una organizzazione orientata ad impedire la commissione di reati da parte delle singole persone.

E da ciò deriva un'ulteriore conseguenza fondamentale. Scopo primario di un sistema responsabilizzante l'ente è di incidere sull'organizzazione affinché si strutturi per diffondere la legalità, mentre scopo secondario è quello di punire l'ente. Meglio: la minaccia della punizione dell'ente è strumentale a costringerlo a configurarsi in termini di legalità. Ecco allora che il sistema subisce una vera e propria rivoluzione, perché si configura in termini punitivo-premiali: sul piano punitivo, con la finalità di "chiudere" il meccanismo, si tendono a prevedere sanzioni capaci di affliggere: pena pecuniaria, pene interdittive, confisca; sul piano premiale, si tende ad applicare queste sanzioni soltanto nell'ipotesi in cui l'ente che ha commesso il reato non adotti i modelli organizzativi che hanno portato alla commissione del reato e la cui adozione riconduce l'ente alla legalità. Con tutti i problemi che sorgono sul piano delle garanzie, visto che alla fine il detentore del potere punitivo può condizionare pesantemente la personalità dell'ente.

Per quanto riguarda il reato, esso viene concepito in modo peculiare. Il cuore dell'illecito continua ad essere il reato della persona fisica, concepito come una sorta di evento, rispetto al quale il *deficit* organizzativo offre una sorta di contributo concorsuale. E la responsabilità dell'ente si radica quindi sul difetto organizzativo, vale a dire sulla mancata adozione e attuazione di modelli organizzativi orientati a contenere il rischio di commissione di reati da parte delle persone fisiche.

Una considerazione sul difetto ovvero sulla c.d. colpa di organizzazione⁵. Il punto che si vuole mettere in evidenza è che anche rispetto alla colpa di organizzazione torna a riprodursi la tensione tra un maggiore o un minore ruolo che deve svolgere la persona fisica. Ribadito che il difetto di organizzazione attiene al profilo dell'organizzazione, si deve osservare che secondo una prima prospettiva ai fini dell'imputazione del reato all'ente è sufficiente la mancata o inadeguata adozione di modelli organizzativi (visione che valorizza l'ente in quanto tale). Secondo altra prospettiva, deve sussistere invece anche una sorta di concreto e puntuale difetto di controllo da parte di una persona fisica (visione che valorizza il ruolo della persona fisica). La differenza tra questi due modi diversi di concepire la colpa di organizzazione, sembra risiedere nell'esigenza di individuare un momento di maggiore o minore connessione tra la commissione del reato e la colpa d'organizzazione, esigenza che se risulterebbe frustrata dalla colpa di organizzazione che prescinde del tutto dalla persona fisica, risulterebbe invece soddisfatta dalla colpa di organizzazione che continua a basarsi su un difetto "puntuale" di controllo della persona fisica. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come uno stretto legame tra colpa di organizzazione e reato possa essere riscontrato anche in

⁵ In argomento si rinvia al fondamentale lavoro C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss.

presenza di una colpa di organizzazione che prescinde dal difetto di controllo di una persona fisica, in quanto in tale prospettiva ai fini dell'imputazione non sarà sufficiente individuare la colpa di organizzazione, ma si renderà comunque necessaria una verifica relativa all'idoneità impeditiva del modello rispetto allo specifico reato che è stato realizzato. In buona sostanza, la stretta connessione tra il reato e la colpa d'organizzazione può essere ottenuta sia individuando un concreto e specifico difetto di controllo attribuibile a una persona fisica, sia valutando la reale ed effettiva efficacia impeditiva del modello organizzativo non adottato o non attuato, in modo analogo a quanto avviene per la colpa umana attraverso la verifica in ordine al comportamento alternativo lecito.

Conseguenza fondamentale del modello dualistico è che se da un lato non si può prescindere dalla identificazione della persona fisica che ha commesso il reato, dall'altro lato, tuttavia, si ha la necessità di evitare che la mancata identificazione della persona fisica possa divenire una sorta di scappatoia per non incorrere nella responsabilità. In altri termini, poiché là dove i criteri di imputazione esigono l'identificazione dell'autore del reato, l'ente può orientarsi verso una disorganizzazione finalizzata proprio alla mancata identificazione del soggetto e quindi alla irresponsabilità. Inoltre, si deve osservare come mentre il meccanismo di imputazione rende indispensabile il ruolo della persona fisica, la finalità specialpreventiva tende invece a prescindere dal ruolo della persona fisica per concentrarsi sul solo assetto organizzativo.

Circa la natura, essa non può che essere considerata propriamente penale, soprattutto alla luce di questo coinvolgimento diretto dell'ente.

4. I modelli di responsabilità dell'ente tra criminalità economica, assetti organizzativi e principio di personalità della responsabilità penale.

Questi tre modelli, oltre a rispondere alle diverse esigenze di tutela che abbiamo evidenziato, da un lato, risultano attagliarsi in modo diverso alla fenomenologia della criminalità economica nonché agli assetti strutturali degli enti, dall'altro lato, esprimono un coinvolgimento personalistico dell'ente assai differenziato.

Il modello antropocentrico è un modello che si attaglia perfettamente a una criminalità d'impresa che sul piano degli illeciti continua ad essere caratterizzata da un indiscusso protagonismo della persona fisica; come anche ad enti – per così dire – particolarmente semplici sul piano organizzativo, tali per cui risulta agevole l'individuazione della persona fisica che pone in essere il fatto di reato. Riguardo ai principi, poi, non si può non prendere atto del fatto che l'ente, a ben vedere, continua ad essere alla fin fine estraneo rispetto alla concreta dinamica criminosa.

Il modello antropomorfo invece è un modello che si attaglia perfettamente a una criminalità d'impresa connessa a reati colposi "di massa" dove il ruolo della persona fisica tende a scomparire, così come ad organizzazioni particolarmente complesse, dove l'individuazione della persona fisica può risultare alquanto difficile. Sul piano dei principi, poi, non deve scandalizzare più di tanto che il reato costituisca una sorta di condizione obiettiva di punibilità con conseguente perdita totale del ruolo della persona

fisica (quindi responsabilità dell'ente anche in presenza della mancata identificazione della persona fisica). Ciò che assume rilevanza è il difetto di organizzazione che svolge una funzione – per così dire – preventiva. Piuttosto, una volta che il deficit organizzativo si è trasformato da criterio di imputazione a vera e propria condotta dell'ente, c'è da chiedersi se il rispetto del principio di personalità della responsabilità imponga di elaborare ulteriori criteri capaci di funzionare da veri e propri criteri di imputazione soggettiva. E non è un caso che soprattutto all'interno dell'esperienza anglosassone, da tempo si parli di vera e propria colpevolezza dell'ente (politica d'impresa e cultura d'impresa)⁶.

Infine, quello dualistico torna a porsi a metà strada. Esso si ataglia sia alla criminalità economica diretta espressione dell'attività dell'ente (reati in attività), come anche alla criminalità dove gioca un ruolo fondamentale la decisione (reati da decisione)⁷, nonché ad enti che necessitano di un assetto organizzativo se non complesso, comunque sufficientemente articolato, con esclusione ad esempio degli enti c.d. unipersonali. Sul piano dei principi, il rispetto della personalità della responsabilità penale risulta pienamente assicurato coinvolgimento dell'ente attraverso la costruzione di un reato d'evento, evento imputato a seguito dell'accertamento un *deficit* organizzativo.

5. Il modello vigente.

Molto difficile stabilire a quale modello si sia ispirato il nostro legislatore con il sistema delineato attraverso il decreto legislativo n. 231 del 2001. Se infatti si prende come punto di riferimento il sistema sanzionatorio è indiscutibile che ci si sia mossi tra un modello antropocentrico e un modello duale. Nella prospettiva antropocentrica si collocano soprattutto la sanzione pecuniaria e la confisca. Si noti in particolare, l'indefettibilità della prima, trovando applicazione anche se v'è stata riparazione delle conseguenze da reato e non essendo suscettibile nemmeno di sospensione condizionale, nonché l'obbligatorietà della seconda.

Nella prospettiva dualistica si muove invece la disciplina delle sanzioni interdittive. Esse, infatti, da un lato trovano applicazione in presenza di una colpa di organizzazione (art. 13, comma 1, lett. a: si noti che stando alla lettera della legge, soltanto per i reati commessi da persone sottoposte all'altrui direzione è previsto il requisito che "la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative"), dall'altro lato, non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato (art. 17). Ulteriore incentivo ad adottare i modelli è poi

⁶ V. ampiamente R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 150 ss.

⁷ Per questa fondamentale ed efficace distinzione cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 2085 ss.

fornito dalla possibilità di sospendere le misure cautelari nell'ipotesi in cui l'ente chiede di poter eliminare le carenze organizzative (art. 49).

Molto più complessa la lettura del sistema se si considerano i criteri di imputazione così come disciplinati "in astratto". La formulazione dell'art. 5, infatti, valorizza sia la persona fisica, là dove è previsto l'interesse (modelli antropocentrico e dualistico), sia l'ente in quanto tale, là dove è previsto in forma alternativa il vantaggio (modello antropomorfo)⁸.

Per quanto riguarda l'art. 6, stando alla lettera della legge, siamo in presenza di una disciplina che senza dubbio si ispira al modello antropocentrico basato sulla immedesimazione:

a) l'imputazione soggettiva della persona fisica apicale che ha agito in qualità di organo viene in sostanza trasposta in capo all'ente;

b) sul piano sostanziale, l'art. 6 prevede un'esimente composta da alcuni requisiti, tra i quali risaltano in particolare l'adozione di un modello di organizzazione da parte dell'ente e l'elusione fraudolenta del modello da parte del soggetto apicale, ragion per cui il soggetto apicale deve aver tenuto una vera e propria condotta che, se non coincide con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., tuttavia deve contraddistinguersi per inganno e falsità. Con la conseguenza che se questi comportamenti fraudolentemente elusivi non sono presenti, scatta comunque la responsabilità dell'ente, anche se l'ente ha adottato i previsti modelli organizzativi e quindi non sussiste una colpa dell'ente;

c) infine, sul piano processuale, si ha un'inversione dell'onere della prova.

Per quanto riguarda l'art. 7, si prevede un criterio di imputazione soggettiva basato sulla colpa di organizzazione (modello dualistico), dove però si continua ad attribuire un ruolo alla persona fisica apicale. Questa disposizione, infatti, stando alla lettera della legge, sembra attribuire un ruolo significativo all'inosservanza degli obblighi di direzione e controllo da parte dei soggetti apicali (comma 1), sminuendo quello dei modelli organizzativi (comma 2), per cui:

a) se il modello è adottato, si deve concludere nel senso della irresponsabilità, anche se v'è stata inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte del soggetto apicale;

b) ma se il modello non è stato adottato, si compie una distinzione: se v'è stata inosservanza degli obblighi, scatta la responsabilità; se invece i soggetti apicali hanno osservato gli obblighi, la responsabilità deve essere esclusa nonostante la mancata adozione del modello, per mancanza della inosservanza

Infine, per quanto riguarda l'art. 8, stando sempre alla lettera della legge, si aprono scenari ispirati a una concezione antropomorfa, visto che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato, restando tuttavia indispensabile l'individuazione del ruolo apicale o subordinato dell'autore del reato, visto che da tale aspetto dipendono poi i diversi criteri di imputazione soggettiva.

⁸ In argomento v. per tutti N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo. Quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 11 ss.

Tirando le somme, norma chiave del sistema sembra essere l'art. 8, che in definitiva consente di delineare due sottosistemi paralleli, a seconda che si sia in grado o meno di identificare la persona fisica autrice del reato. Se essa viene identificata, il sottosistema sembra ispirarsi al modello antropocentrico, per cui: l'art. 8 non opera; come criterio di imputazione oggettiva di cui all'art. 5 viene in gioco l'interesse; per quanto riguarda i criteri di imputazione soggettiva non si pongono particolari problemi. Se invece la persona fisica non viene identificata, il sottosistema sembra ispirarsi al modello antropomorfo, per cui: opera l'art. 8; come criterio di imputazione oggettiva viene in gioco il vantaggio; ponendosi tuttavia problemi per quanto riguarda il criterio di imputazione soggettiva previsto dall'art. 6, visto che la richiesta di una elusione fraudolenta dei modelli organizzativi da parte del soggetto apicale autore del reato impone comunque di individuare la persona fisica.

Ecco allora che, in ultima analisi, mentre la responsabilità dell'ente derivante da reato commesso dall'apicale non può che essere basata sulla individuazione della persona fisica e rispondere quindi al modello antropocentrico, la responsabilità dell'ente derivante da reato commesso da subordinato può prescindere dalla individuazione della persona fisica, rispondendo a un modello antropomorfo.

6. Il modello vivente. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dei criteri di imputazione oggettiva.

Questo quadro, già di per sé piuttosto problematico, si è andato ulteriormente complicando alla luce della prassi applicativa, nonché del ruolo che i principi di garanzia, riconfigurati sulla base del "nuovo" soggetto ente, hanno iniziato a giocare rispetto alla disciplina.

Così, per quanto riguarda i criteri di imputazione oggettiva, in origine v'è stata un'interpretazione – per così dire – letterale (ed astratta) che ha valorizzato l'alternatività che intercorre tra l'interesse e il vantaggio, per cui mentre il primo è stato interpretato in termini soggettivi in una prospettiva *ex ante*, come finalità dell'autore, il secondo è stato invece interpretato in chiave oggettiva in una prospettiva *ex post*, come evento-utilità. Successivamente, a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale e soprattutto del problema della compatibilità con i reati colposi di evento, è divenuta decisiva la connessione dell'interesse e del vantaggio al reato oppure alla condotta⁹.

⁹ Per una disamina dettagliata della questione v. per tutti S. DOVERE, *Commento all'art. 25 septies*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis e A. Perini, Bologna, 2014, 620 ss.; M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua e L. Luparia, t. I, Padova, 2014, 861 ss.; G. AMARELLI, [I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro](#), in *questa Rivista*, 1 ss.; T.E. EPIDENDIO-G. PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società*, 2011, suppl. n. 12, 35 ss. Per una disamina approfondita della prassi applicativa, cfr. A. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legisl. pen.*, 11.1.2016, 1 ss.

Ed infatti, l'idea che i due criteri fossero connessi al reato comprensivo dell'evento, idea che fa leva sul tenore letterale dell'art. 5, creava difficoltà operative soprattutto rispetto alle fattispecie colpose di evento: l'interesse interpretato in termini soggettivi risultava incompatibile con la colpa strutturalmente caratterizzata dalla non volizione dell'evento; inoltre, se il vantaggio veniva inteso come conseguenza della realizzazione del reato in tutte le sue componenti, compreso l'evento lesivo, un vero e proprio vantaggio non avrebbe mai potuto concretizzarsi, perché l'evento letale è pur sempre un costo.

Ecco allora che si è venuto formando un altro orientamento che interpreta l'inciso dell'art. 5 "reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente" nel senso che i soggetti devono aver agito in termini criminosi nell'interesse o a vantaggio dell'ente¹⁰, come del resto viene suggerito dal secondo comma dell'art. 5, il quale sancisce che "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi". Alla base di questa interpretazione sta l'idea che la stessa finalità soggettiva non può che accompagnare la condotta; inoltre, se è vero che il vantaggio è un'utilità apprezzabile *ex post*, è anche vero che non è necessario interpretarlo come un qualcosa che si è effettivamente verificato dopo la commissione del reato: far dipendere l'imputazione oggettiva all'ente da un vantaggio concepito come un evento a sé stante ed effettivamente verificatosi, finisce per non soddisfare l'esigenza di immedesimazione organica che sta alla base dell'imputazione oggettiva. D'altra parte, se così stanno le cose, è evidente anche come interesse e vantaggio riferiti alla condotta finiscano per coincidere, consistendo nella finalità di conseguire un'utilità a vantaggio dell'ente. E in questa prospettiva si sono mosse proprio le stesse Sezioni Unite, là dove, nel notissimo caso c.d. Thyssenkrupp hanno avuto modo di affermare che «i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito anti giuridico»¹¹.

Il quadro si è andato poi ulteriormente complicando nel momento in cui i criteri di imputazione oggettiva sono stati posti in relazione con l'art. 8: com'è stato efficacemente osservato, «al di là di quanto possa emergere dai lavori preparatori, sta comunque di fatto che l'art. 8, comma 1, lett. a), esprime, se non un'autentica antinomia, certo una grave incoerenza con il complesso dei criteri di imputazione disciplinati nelle precedenti disposizioni: gli articoli da 5 a 7 sono invero saldamente ancorati al contrario presupposto della necessaria individuazione di un soggetto che abbia commesso un reato integro di ogni elemento oggettivo e soggettivo, sia pure con l'aggiunta di quella colpa d'organizzazione destinata a fugare ogni residuo dubbio circa il carattere "personale" della responsabilità che grava sull'ente»¹². Con la conseguenza che la

¹⁰ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 426; ID., *Responsabilità degli enti e reati colposi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo e G. Stile, Napoli, 2013, 246 ss.

¹¹ Sez. Un., 24 aprile 2014-18 settembre 2014, n. 38343, E.H., in *Le società*, 2015, punto n. 63 della motivazione, con nota di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*.

¹² G. DE VERO, *Prospettive evolutive della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, p. 16.

mancata identificazione dell'autore del reato può ancora risultare compatibile con il criterio del vantaggio in senso rigorosamente oggettivo e non come equivalente di una sorta di dolo specifico. E in questa prospettiva si è mossa altra parte della giurisprudenza: «va sempre più sfumando l'indagine sull'atteggiamento psicologico dell'agente relativamente all'interesse che lo ha sorretto [...] la teoria soggettivistica facendo dipendere l'esistenza dell'illecito dalla soggettiva rappresentazione non è compatibile né con l'ipotesi della responsabilità dell'ente nel caso della mancata identificazione dell'autore del reato (sarebbe, infatti, impossibile accertare se l'ignoto autore del reato agì o meno nell'interesse dell'ente) né con le ipotesi di responsabilità derivanti da reati colposi dove fosse ipotizzabile la colpa incosciente»¹³.

Vero ciò, appare quindi evidente come, da un lato, se si muove dalla problematica della compatibilità tra i criteri di imputazione oggettiva e i reati colposi, la tendenza è quella di valorizzare la proiezione finalistica della condotta; mentre se si muove dalla problematica della compatibilità tra gli stessi criteri e l'art. 8, la tendenza è quella di valorizzare il vantaggio.

Andando ancora più a fondo, si può ulteriormente osservare come, da un lato, la stessa interpretazione dell'interesse o vantaggio riferiti alla condotta determini una loro consistenza soggettiva, la quale, però, finisce per non convincere del tutto. A ben vedere, infatti, i concetti di interesse e vantaggio devono essere interpretati alla luce dell'esigenza di immedesimazione che sta alla base dell'imputazione oggettiva, con la conseguenza che ciò che rileva non è tanto la finalità soggettiva della persona fisica, quanto piuttosto la circostanza che l'ente sia coinvolto dalla persona al momento della realizzazione del reato. Dall'altro lato, suscita perplessità anche l'idea di richiedere per l'imputazione oggettiva la causazione di un vero e proprio vantaggio, e ciò in quanto si viene a deteriorare lo stesso legame oggettivo che deve sussistere tra il fatto realizzato dalla persona fisica e l'ente, costituendo il vantaggio un legame – per così dire – successivo alla realizzazione del fatto.

Ecco allora che diviene decisamente interessante l'idea secondo cui l'interesse e il vantaggio alludono alla idoneità della condotta criminosa a recare utilità all'ente¹⁴, nonché, soprattutto, l'idea secondo cui al piano statico della qualifica si deve aggiungere anche quello dinamico consistente in una sorta di legame funzionale oggettivo tra la persona e l'ente, con la conseguenza che il soggetto si deve trovare ad agire nell'esercizio delle sue competenze funzionali, per conto dell'ente, all'interno dello scopo della sua funzione¹⁵, risultando così del tutto privo di significato le finalità utilitaristiche che hanno spinto il soggetto ad agire¹⁶.

¹³ Cass. pen., Sez. II, 16 giugno 2015-10 luglio 2015, Sicilfert, in *CED Cass.*, n. 29512/2015.

¹⁴ F. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 213/2001*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2012, p. 209.

¹⁵ G. DE VERO, *Prospettive evolutive della responsabilità*, cit., p. 15 s.

¹⁶ D. BIANCHI, *La responsabilità dell'ente: soluzioni ragionevoli di questioni complesse*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 718.

6.1. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dei criteri di imputazione soggettiva.

Anche l'interpretazione dei criteri di imputazione soggettiva ha posto notevoli problemi. A ben vedere, si tratta di disciplina che entra in tensione con il principio di personalità della responsabilità penale, una volta riconfigurato alla stregua delle peculiarità dell'ente. In questa prospettiva il "rimprovero" non può riguardare il soggetto che ha agito ma deve essere ricostruito in modo diverso valorizzando il c.d. deficit organizzativo, con la conseguenza che è il riscontro di tale deficit che consente la piena imputazione del reato all'ente¹⁷.

Stando così le cose, è agevole accorgersi che, per quanto riguarda l'art. 6 interpretato alla lettera, ciò che rileva in termini decisivi non è il *deficit* organizzativo, ma piuttosto l'elusione fraudolenta da parte del soggetto apicale, con la conseguenza che, come accennato, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando sono stati adottati ed attuati i modelli ma non c'è stata siffatta elusione¹⁸.

Tuttavia è senza dubbio possibile prospettare un'interpretazione alternativa rispetto a quella suggerita dalla lettera, che, ispirata alla colpa di organizzazione, presenta i seguenti caratteri¹⁹:

a) non assume alcuna rilevanza la componente psicologica della persona fisica che agisce come organo, ma determinante è piuttosto la sussistenza o meno di una colpa di organizzazione;

b) sul piano sostanziale, l'art. 6 disciplina un vero e proprio criterio di imputazione, con la conseguenza che la mancanza del modello organizzativo è essa stessa il criterio di imputazione, mentre l'elusione fraudolenta o perde di rilevanza o comunque è interpretata in chiave *soft*, come mera espressione di un dolo di elusione;

c) sul piano processuale, non c'è alcuna inversione dell'onere probatorio.

Anche l'art. 7 pone problemi di legittimità. Come abbiamo visto, stando alla lettera della norma, per imputare il reato all'ente in caso di reato posto in essere da un subordinato non è sufficiente la colpa di organizzazione, ma è necessario anche un contributo della persona fisica in posizione apicale consistente in un difetto di controllo. Ebbene, se da un lato tale disciplina determina una restrizione della responsabilità, dall'altro lato, però, richiedendosi l'inosservanza degli obblighi di controllo da parte della persona fisica apicale, contiene un limite che non è del tutto sintonico con una affermazione piena del principio di personalità della responsabilità dell'ente letto in chiave di colpa di organizzazione. Si tratta quindi di una disciplina che prevede una sorta di limitazione della responsabilità operante in *bonam partem*, ma che deve essere sottoposta quanto meno a un vaglio di razionalità/ragionevolezza. E a ben vedere, non vi sono ragioni per compiere una limitazione del genere. L'idea di radicare la

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014-18 settembre 2014, n. 38343, cit.

¹⁸ In argomento cfr. A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta. Nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013. Con riferimento alla prassi v. per tutti C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le società*, 2015, 1285 ss.

¹⁹ Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010-16 luglio 2010, Brill Rover, cit.; G.U.P. Trib. Milano, 17 novembre 2009, Manzi, in *Le società*, 2010, 473, con nota di C.E. PALIERO.

colpevolezza dell'ente alla violazione di un obbligo di controllo da parte di una persona fisica nasce, come abbiamo visto, dalla necessità di superare l'obiezione secondo cui l'ente sarebbe privo per l'appunto di motivabilità soggettiva. Tuttavia, si deve osservare ancora una volta come questa idea si fondi su una prospettiva basata sull'uomo e sul diritto penale umano che postula un suo coinvolgimento psico-fisico. Se però si muta prospettiva, è agevole rendersi conto che la colpevolezza dell'ente viene integrata dalla mancata adozione o inadeguata attuazione di modelli organizzativi volti a prevenire i reati, potendosi riscontrare uno stretto legame tra reato commesso e colpa di organizzazione attraverso una verifica circa la reale ed effettiva capacità impeditiva del modello organizzativo non adottato e non attuato. Inoltre, non si può fare a meno di osservare come il controllo apicale non può essere un controllo stretto sui comportamenti quotidiani del subordinato, ma un controllo su obiettivi e risultati, con la conseguenza che il subordinato mantiene comunque ed inevitabilmente un grado di autonomia comportamentale che contraddice l'idea di un controllo apicale sul comportamento del subordinato che starebbe alla base poi della responsabilità dell'ente.

Ecco allora che anche rispetto all'art. 7 è possibile prospettare un'interpretazione diversa da quella suggerita dalla legge, volta a dare piena attuazione al principio di personalità della responsabilità penale rispetto all'ente, per cui l'inosservanza degli obblighi non assume mai rilevanza, mentre decisivo è il difetto di organizzazione²⁰, con la conseguenza che se il modello è adottato, la responsabilità è esclusa, mentre se non è adottato, la responsabilità scatta sempre, anche se c'è stata osservanza degli obblighi di vigilanza da parte del soggetto apicale. Punto delicato è poi se si debba verificare o meno l'idoneità del modello a "ostacolare" la realizzazione del reato²¹, e al fine di dare piena attuazione al principio personalistico la risposta, come accennato più volte, non può che essere positiva.

Vero tutto questo, appare evidente come se ci si muove nella prospettiva di interpretare gli artt. 6 e 7 in modo pienamente conforme al principio di personalità della responsabilità penale, la distinzione basata sul ruolo apicale o subordinato della persona fisica autore del reato è destinata a perdere di rilevanza.

6.2. I problemi interpretativi posti dalla disciplina dell'art. 8 del "sistema 231".

Infine, problemi interpretativi sono posti dall'art. 8²². A ben vedere sono possibili due diverse letture che esprimono diversi gradi di indipendenza della responsabilità dell'ente dall'autore persona fisica del reato. Da un lato, per mancata identificazione si può intendere che non si è in grado di individuare l'identità – per così dire – fisica della

²⁰ In questa prospettiva cfr. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 190 ss.

²¹ In senso positivo, C.E. PALIERO, *Articolo 7*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 197; in senso negativo, G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 195.

²² In argomento v. per tutti G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1264 s.

persona, ma comunque risulta indispensabile e possibile stabilire se l'autore è soggetto apicale oppure subordinato. Dall'altro lato, per mancata identificazioni si può intendere addirittura che non si è in grado di individuare neppure il ruolo apicale oppure subordinato dell'autore. Nella prima prospettiva, il sistema non è più antropocentrico, aprendosi al modello dualistico; nella seconda, invece, si finisce per prescindere totalmente dalla persona fisica in una prospettiva decisamente antropomorfa.

Il punto che si deve mettere in evidenza, è che, come accennato in precedenza, l'interpretazione dell'art. 8 è strettamente connessa sia a quella dell'art. 5, sia a quella degli artt. 6 e 7. Ed infatti, la prima interpretazione che si basa sulla mancata identificazione fisica dell'autore, non è compatibile con una interpretazione dell'art. 5 che fa leva sull'interesse e sul vantaggio interpretati in termini soggettivi, la quale richiede per l'appunto l'identificazione fisica dell'autore del reato. Piuttosto risulta compatibile con una interpretazione in termini oggettivi che valorizza il legame funzionale tra persona ed ente. Inoltre, la mancata identificazione della persona fisica contrasta con una interpretazione dell'art. 6 fedele alla lettera, in quanto l'accertamento dell'elusione fraudolenta da parte del soggetto apicale presuppone la sua identificazione.

La seconda interpretazione che invece si basa anche sulla mancata individuazione del ruolo svolto dalla persona fisica, se, da un lato, si pone in contrasto con l'art. 5, là dove interpretato in chiave oggettiva, come legame funzionale, dall'altro è compatibile con una interpretazione di tale norma che riconosce autonomia al vantaggio da intendersi come utilità-evento che si realizza *ex post*, ma questa interpretazione, come abbiamo visto, rischia di comportare una responsabilità per fatto altrui. Inoltre, ammettere una responsabilità dell'ente anche quando non è stato individuato il ruolo della persona fisica autore del reato si pone in contrasto con la disciplina dei criteri di imputazione soggettiva, che si basa proprio sulla distinzione tra apicali e subordinati, risultando tuttavia ammissibile nel momento in cui gli artt. 6 e 7 non sono più interpretati alla lettera, ma valorizzando il difetto di organizzazione, visto che nella sostanza finiscono per identificarsi.

7. Tentativo di razionalizzazione del sistema.

Quello che si deve evitare, a mio modesto avviso, è una interpretazione frammentaria, settoriale, per compartimenti stagni delle singole norme, strumentalmente condizionata dal problema che si pone di volta in volta e sganciata da una coerente e unitaria visione complessiva.

Si pone quindi la necessità di ricostruire in termini coerenti il sistema, al fine di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di efficacia della tutela e quelle di garanzia.

Ecco allora che anzitutto si potrebbe ricostruire la disciplina basandosi rigorosamente sul modello antropocentrico. In questa prospettiva, l'interesse e il vantaggio richiesti dall'art. 5 verrebbero interpretati in chiave soggettiva; inoltre, i criteri

di imputazione verrebbero ricostruiti attenendosi fedelmente alla lettera degli artt. 6 e 7; mentre l'art. 8 finirebbe nella sostanza per non operare.

Questa ricostruzione pone tuttavia problemi sia per la tensione che si viene a creare tra gli artt. 6 e 7 e il principio di personalità della responsabilità, sia perché l'inoperatività dell'art. 8 potrebbe minare l'efficacia della tutela: è sufficiente che l'ente si organizzi per impedire l'identificazione fisica della persona autore del reato per "disinnescare" il sistema.

All'opposto, si potrebbe ricostruire la disciplina ispirandola al modello antropomorfo, per cui per aversi una imputazione oggettiva risulta sufficiente il vantaggio; gli artt. 6 e 7 vengono interpretati in termini costituzionalmente orientati facendo leva sul difetto di organizzazione; l'art. 8 si applica anche quando non si è in grado di individuare la posizione apicale oppure subordinata ricoperta dall'autore del reato.

Questa ricostruzione, se consente di soddisfare al meglio le esigenze di tutela, tuttavia si pone in forte tensione con i principi di garanzia. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il vantaggio richiesto dall'art. 5 non sembra essere di per sé sufficiente a concretizzare un legame significativo tra la persona fisica e l'ente.

Preferibile risulta pertanto una ricostruzione che si ispira al modello dualistico: imputazione oggettiva basata sul legame funzionale tra la persona fisica e l'ente; interpretazione degli artt. 6 e 7 in termini costituzionalmente orientati, facendo leva sul difetto di organizzazione; applicabilità dell'art. 8 quando non vi è stata identificazione fisica dell'autore del reato, ma si è comunque in grado di individuare il suo ruolo apicale oppure subordinato. Vero che quest'ultima individuazione non sarebbe indispensabile ai fini degli artt. 6 e 7, tuttavia lo diviene con riferimento all'art. 5 al fine di rispettare il principio di personalità della responsabilità penale.

Andando ancora più a fondo, ci si rende conto che uno dei maggiori problemi posti dalla responsabilità punitiva dell'ente è offerto proprio dalla identificazione della persona fisica autore del reato. Basarsi sulla necessaria identificazione, significa costruire criteri di imputazione solidi, ma significa anche rischiare di minare l'efficacia del sistema, non solo perché si riducono i margini per imputare il reato all'ente, ma soprattutto perché l'ente può organizzarsi in modo tale da ostacolare proprio la stessa identificazione. Prescindere totalmente dalla persona fisica, significa invece rompere il legame tra l'ente e il reato.

Ecco allora che si pone l'esigenza di richiedere l'identificazione al fine di consentire il maggiore rispetto delle garanzie, ma allo stesso tempo di rendere l'ente responsabile non solo – e non tanto – a prescindere dall'identificazione (visto che si riaprirebbero i problemi di una imputazione che rischia di non essere conforme al principio di personalità della responsabilità penale), ma a causa della mancata identificazione.

In questa prospettiva, è di estremo interesse la soluzione adottata dal sistema penale svizzero, che nella sostanza distingue due ipotesi di responsabilità: quella in cui

non si è in grado di identificare la persona fisica e quella in cui invece lo si è²³. Ebbene, nella prima ipotesi si prevede che l'ente risponda egualmente per il reato che è stato realizzato, proprio in ragione del fatto che non si è in grado di identificare la persona autore del reato. Dispone infatti l'art. 100-*quater* del codice penale svizzero: "se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carenza organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa".

Com'è stato efficacemente notato, «la non inedita categoria del *deficit* ovvero della colpa organizzativa, che già sappiamo essere deputata a fondare e sostenere una responsabilità "autonoma" delle persone giuridiche, viene ad essere polarizzata non già sul reato commesso e sulle condizioni che ne hanno consentito o agevolato la perpetrazione, ma proprio sulla circostanza che non risulti individuabile l'autore-persona fisica. Questo dato, cioè, costituisce alla stesso tempo il presupposto e l'oggetto del "rimprovero" necessari per dare ingresso alla punibilità dell'ente; è come se il legislatore fosse qui fundamentalmente interessato a sanzionare di per sé quella "irresponsabilità organizzata" [...] oggetto di frequente denuncia a livello di indagine empirica e politico-criminale sulla *corporate criminality*»²⁴. In questa ipotesi, quindi, la responsabilità dell'ente non si fonda su un rimprovero per il reato che è stato realizzato all'interno della sua organizzazione, né su un rimprovero per "generica disorganizzazione" dell'ente, ma piuttosto su un rimprovero di disorganizzazione finalizzato a rendere impossibile l'imputazione del reato verificatosi a causa dell'impossibile individuazione dell'autore persona fisica: in buona sostanza deve sussistere un legame causale tra carenza organizzativa e impossibilità di attribuire quel particolare reato a una persona fisica individuata.

Torna così ad emergere la struttura dualistica dell'ente, in costante tensione tra ruolo della persona fisica che fa parte dell'organizzazione ed ente in quanto tale.

8. Una questione di parte speciale: il problema dell'autoriciclaggio.

La rivoluzione copernicana operata dal sistema 231 non attiene soltanto alla parte generale, ma si estende anche a quella speciale. Esempio significativo di ciò è offerto dalle problematiche poste dalla recente riforma che ha previsto una responsabilità dell'ente anche per la fattispecie di autoriciclaggio.

Sono tre le questioni principali che si pongono: se debba esserci identità di soggetto persona fisica tra chi pone in essere il reato presupposto e chi pone in essere la condotta di autoriciclaggio; se anche il reato presupposto debba rientrare tra quelli per i quali

²³ In argomento cfr. E. VILLANI, *La "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*, Roma, 2013, 148 ss.; e, con osservazioni critiche, M. PELISSERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera: una inefficace soluzione compromissoria*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2008, 329 ss.

²⁴ G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 99.

l'ente può essere fatto responsabile; interpretazione della clausola di non punibilità prevista dall'art. 648-ter.1, comma 4²⁵.

Sotto il primo profilo, si possono delineare due diverse interpretazioni: la prima richiede che i due distinti fatti illeciti siano realizzati dal medesimo soggetto persona fisica; la seconda prescinde invece da tale identità, per cui è ben possibile che mentre il reato presupposto sia realizzato da una persona fisica, quello di autoriciclaggio è invece realizzato da un'altra. Ancora una volta, si tratta di interpretazioni che muovono da concezioni diverse: la prima volta a valorizzare il ruolo della persona fisica che fa parte dell'organizzazione, la seconda invece diretta a valorizzare l'ente in quanto tale. E a me pare che non vi siano ostacoli ad affermare la plausibilità della seconda interpretazione, visto che ciò che rileva è che l'ente abbia commesso sia il reato presupposto che quello di autoriciclaggio. Detto diversamente, nel sistema 231 la stessa soggettività della fattispecie di parte speciale è destinata a mutare, divenendo l'ente in quanto tale, il quale deve essere identico rispetto ai due reati, divenendo irrilevante il fatto che sia la stessa persona fisica a realizzare le due fattispecie.

Una volta affermato che si può trattare di persone fisiche diverse, e che autore dei due illeciti deve essere il medesimo ente, va da sé che sono necessari modelli organizzativi sia per il primo che per il secondo reato, con la conseguenza ulteriore che, essendo necessari siffatti modelli, già il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente deve essere uno dei reati-presupposto previsti dalla parte speciale del sistema 231.

Infine, per quanto riguarda la clausola di non punibilità prevista dal quarto comma dell'art. 648-ter.1, essa deve essere interpretata facendo leva sulla organizzazione dell'ente, ragion per cui per utilità destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale devono intendersi quelle che sono state utilizzate per implementare e migliorare l'assetto organizzativo dell'ente, senza che ciò abbia conseguenze "esterne" sull'economia pubblica.

²⁵ Per un quadro complessivo delle problematiche, cfr. per tutti A. ROSSI, [*Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi esegetici*](#), in *questa Rivista*, 2015, 124 ss.