

L'ART. 8 D.LGS. 231/2001 NEL TRIANGOLO DI PENROSE^(*)

Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e 'nuove forme' di colpevolezza

di Marco Alessandro Bartolucci

Abstract. L'art. 8 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede l'ipotesi della c.d. "autonomia" della responsabilità da reato della persona giuridica.

Tale norma dispone – tra l'altro – che l'ente risponde del reato-presupposto commesso dalla persona fisica anche quando "l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile". Dal punto di vista politico-criminale, si assiste – come peraltro in altri settori di attività connotate da "rischio lecito" – ad una delega privatistica del rischio-reato gestito dalla persona giuridica: la complessità e l'opacità delle strutture organizzative di enti di grandi o medio-grandi dimensioni possono rendere oltremodo difficoltoso, quando non addirittura impossibile, l'accertamento delle responsabilità individuali.

L'art. 8, pertanto, attribuisce al sistema delineato dal decreto un grado accettabile di effettività, che consente di superare le strettoie e i rigidi schematismi di una responsabilità par ricochet, senza la quale, probabilmente, la minaccia di sanzioni nei confronti degli enti sarebbe condannata a restare, non poche volte, lettera morta.

Ma, d'altra parte, vi è chi contesta radicalmente la compatibilità della previsione contenuta nell'art. 8 con l'intero sistema di responsabilità dell'ente, la cui imputazione ha quale condizione necessaria l'esistenza di un rapporto qualificato tra la persona fisica, autore del reato, e l'ente.

Il tema di fondo concerne l'individuazione della c.d. colpa di organizzazione dell'ente: appare chiaro come, in concreto, manchino gli elementi che fondino la ricostruzione relativa alla condotta elusiva dell'eventuale modello organizzativo, realizzata da un soggetto rimasto non individuato.

Il presente lavoro si propone di passare in rassegna gli approdi interpretativi raggiunti sul punto e verificare la relativa tenuta applicativa, in armonia con le garanzie di sistema.

* Testo, rielaborato ed integrato con i riferimenti bibliografici essenziali, dalla relazione tenuta al VI Ginnasio dei penalisti – Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema, Pisa, 18 e 19 marzo 2016, i cui Atti sono in corso di pubblicazione. Si ringraziano i curatori, in particolare Gaetana Morgante, per avere concesso la pubblicazione. Si ringraziano Luca Troyer ed Alex Ingrassia, da cui ho preso in prestito, previo loro consenso, l'idea di associare il "triangolo di Penrose" ad un tema di diritto penale (cfr. L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 4, 2081). Esso costituisce un oggetto impossibile, ovvero può esistere solamente come rappresentazione bidimensionale e non può essere costruito nello spazio, poiché presenta una sovrapposizione impossibile di linee con differenti costruzioni prospettiche. Appare come un solido costituito da tre prismi a base quadra uniti tra loro con tre angoli retti a formare un triangolo. Fu creato dall'artista svedese Oskar Reutersvärd nel 1934 e reso popolare in ambito scientifico dal matematico Roger Penrose (L.S. PENROSE, R. PENROSE, *Impossible objects: a special type of visual illusion*, in *British Journal of Psychology*, 1958, 31).

SOMMARIO: 1. In generale: i ‘confini gerarchici’ del d.lgs. 231/2001. – 2. La prima, fondamentale, conseguenza: l’illecito dell’ente come *criminal offence*. – 3. Pro e contro dell’(obbligata) ‘scelta penalistica’. Cenni. – 4. Una domanda onnicomprensiva: di che cosa l’ente risponde? – 5. Introduzione all’art. 8 d.lgs. 231/2001. Una ‘pregiudiziale teoretica’. – 6. Il contenuto della colpevolezza dell’ente. – 7. La colpevolezza dell’ente nel caso di persona fisica non identificata. – 8. Conclusione: tre modelli colposi per quattro scenari criminologici.

1. In generale: i ‘confini gerarchici’ del d.lgs. 231/2001.

La portata applicativa dell’art. 8 d.lgs. 231/2001 rimane, allo stato, di non immediata definizione, sia in dottrina¹ che nella (scarna) giurisprudenza².

Obiettivo di questo breve contributo è cercare di portare a sintesi le ricostruzioni interpretative che, dall’entrata in vigore della responsabilità da reato degli enti, sono state proposte e verificare la loro effettività e la loro tenuta applicativa.

A monte, anzitutto, l’interrogativo che deve necessariamente guidare l’interprete è quello relativo all’individuazione dei ‘confini gerarchici’ della responsabilità degli enti, poiché – com’è noto – a seconda della branca del diritto che il giurista applica al determinato istituto, i parametri di riferimento variano notevolmente, rendendo, di fatto, potenzialmente inquinato l’esito ermeneutico proposto in caso di mutamento della destinazione applicativa.

Non solo.

Il diritto penale, nel caso di specie, si pone come il settore più conservatore (se si vuole: meno innovativo) dell’intero ordinamento giuridico: più che dar voce alle istanze evolutive di volta in volta formulate dalla società, il diritto penale interviene come ‘presidio di retroguardia’ a tutelare rapporti giuridicamente rilevanti già affermatasi come tali perché formalizzati in altri settori dell’ordinamento³.

Pertanto, alla luce di tale peculiare caratteristica del diritto penale rispetto agli altri settori del sistema normativo, sarà anzitutto necessario chiedersi se la responsabilità degli enti si ‘muova’ all’interno dei confini penalistici o meno.

¹ Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, gli approfondimenti ‘di sistema’ di G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 177; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità delle società*, in *St. sen.*, 2006, 260; R. LOTTINI, *sub art. 8 d.lgs. 231/2001*, in F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2320; G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d. lgs. n.231/2001*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 1249; R. BARTOLI, [Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita](#), in questa Rivista, 10 marzo 2016, 16; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 135; M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO, L. D. CERQUA, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, 861.

² A quanto noto, si riporta un’unica condanna definitiva *ex art. 8 d.lgs. 231/2001*. Il riferimento è al caso Citibank, sorto nell’ambito di uno dei procedimenti milanesi collegati al filone principale del c.d. *crac Parmalat*, cfr. Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2015 (dep. 2 settembre 2015), n. 35818, pres. Cortese, rel. Di Tomassi. Per una ricostruzione (parziale) della vicenda, si permette il rinvio a M. A. BARTOLUCCI, M. De PAOLIS, *Assoluzione dell’imputato per non aver commesso il fatto e irresponsabilità dell’ente: la Corte nega un ‘automatismo’ contra legem*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 2, 223.

³ Lo spunto è di C. E. PALIERO, *Lezioni del corso di Diritto penale progredito*, in C. PERINI, F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, 1.

Al netto delle raffinatissime costruzioni dogmatiche sul punto, che si interrogano sulla ‘natura’ della responsabilità degli enti⁴, in questa sede – con il rischio, involontariamente causato, di apparire apodittici – si affronterà il problema, così come tratteggiato, interrogandosi sullo ‘statuto gerarchico’ in cui è inserito il d.lgs. 231/2001.

L’analisi, dunque, si concentrerà sulle norme di rango superiore rispetto alla legge penale.

Il primo insieme di norme gerarchicamente superiore è costituito, evidentemente, dalla nostra Costituzione, la quale, tuttavia, sul punto, non pare dare indicazioni dirimenti.

Infatti, le disposizioni tradizionalmente ricondotte all’ambito penalistico (gli artt. 25 e 27 Cost.), non consentono all’interprete alcuna ermeneutica relativa al quesito posto. Anzi, proprio l’art. 27 Cost. è stato impiegato, *a contrario*, per affermare l’incompatibilità del diritto penale con la responsabilità delle persone giuridiche⁵.

Già, però, dal secondo insieme di norme di rango superiore qui considerato si possono trarre indicazioni decisamente univoche: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, all’art. 34, prevede che *“la Corte può essere investita di un ricorso da parte di (...) un’organizzazione non governativa (...) che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Altre Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli”*.

In sede interpretativa, si è argomentato come rientrino pacificamente nella locuzione *“organizzazione non governativa”* anche le società commerciali⁶, previste come destinatarie del d.lgs. 231/2001 all’art. 1 co. 2.

⁴ Com’è noto, si è animato un ampio dibattito per quanto concerne l’effettiva natura della responsabilità degli enti: in estrema sintesi e per sommi capi, decisamente orientato nel senso della responsabilità penale, C. E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845, oggi in dottrina prevalente; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005 (dep. 30 gennaio 2006), n. 3615, pres. Morelli, rel. Bernanabi. Per la natura amministrativa della responsabilità degli enti, M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 23 gennaio 2011 (dep. 22 settembre 2011), n. 34476, pres. Lupo, rel. Sandrelli. Suggerisce di usare la formula *“responsabilità da reato”* che è *“dogmaticamente neutra”* D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 420; similmente, propende per una responsabilità di natura terza rispetto a quella penale e a quella amministrativa A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 241; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, pres. Santacroce, rel. Blaiotta. Ritiene, addirittura, configurabile un *quartum genus*, S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in S. VINCIGUERRA, M. CERESA GASTALDO, A. ROSSI (a cura di), *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/01)*, Padova, 2004, 199.

⁵ Cfr. M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, op. cit., 401, il quale osserva come l’art. 27 Cost. ponga due ostacoli alla responsabilità penale degli enti: il primo, di natura oggettiva, è riassumibile nel noto passaggio *“una responsabilità personale è anzitutto una responsabilità individuale, non di un insieme di persone; è una responsabilità per il fatto proprio di un singolo, non di un gruppo”*. Il secondo, invece, di natura soggettiva, riguarda – appunto – l’incompatibilità tra il principio di colpevolezza e la responsabilizzazione di un organismo pluripersonale. Per una esaustiva rassegna relativa al rapporto tra responsabilità degli enti e principi costituzionali, cfr. G. De SIMONE, *Persona giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 605.

⁶ A. SACUCCI, *sub art. 34*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, 631.

Il punto è, del resto, confermato anche dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu⁷.

Predicato fondamentale è la nozione – di matrice criminologica, recentemente riportata in auge proprio dal diritto sovranazionale⁸ – di “vittima”⁹.

Un altro elemento a sostegno dell’applicabilità della Cedu agli enti è dato dall’art. 41, che prevede che “*se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli (...) accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa*”.

Tale norma ha il suo presupposto nella qualifica di “vittima” data proprio dall’art. 34 appena analizzato¹⁰.

Mantenendo la distinzione elaborata dalla giurisprudenza civile interna in tema di danni patrimoniali e non patrimoniali¹¹, la Corte Edu ha riconosciuto anche questi ultimi alla persona giuridica¹².

Com’è stato condivisibilmente sottolineato, il sillogismo giudiziale della Corte di Strasburgo può essere così riassunto:

Premessa maggiore

Tutte le persone, fisiche o giuridiche, indistintamente, possono subire un pregiudizio morale

Premessa minore

La Convenzione vuole rendere effettivo per ogni persona tout court i diritti e le libertà che la stessa Carta vuole proteggere

Conclusione

la Convenzione si applica anche alle persone giuridiche¹³.

Non pare, dunque, in definitiva, che si possano sollevare obiezioni sull’applicabile della Cedu agli enti, come peraltro appare in alcune condivisibili pronunce giurisprudenziali di merito¹⁴.

⁷ C. EDU, Agrotexim e altri c. Grecia, 24 ottobre 1995

⁸ R. PARIZOT, *Notazioni comparate*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, 287.

⁹ Cfr. K. ROGGE, *The ‘Victim’ Requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gerard J Wiarda*, 539, citato da A. SACUCCI, *sub art. 34, op. cit.*, 635.

¹⁰ G. BARTOLINI, *sub art. 41*, in S. Bartole, P. De SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve, op. cit.*, 705.

¹¹ Cfr. le cc.dd. ‘sentenze gemelle’, Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2008 (dep. 11 novembre 2008) n. 26972 e n. 26975, pres. Carbone, rel. Preden.

¹² C. EDU, Unión Alimentaria Sanders S.A. c. Spagna, 7 luglio 1989; C. Giust., Comingersoll S.A. c. Portogallo, 6 aprile 2000; C. edu, Sovtransavto Holding c. Ucraina, 2 ottobre 2003.

¹³ Cfr. F. MACCHIAROLI, *L’articolo 41 della Convenzione. Danni morali e persone giuridiche: orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Documenti Giustizia*, 2000, 223.

¹⁴ Cfr. Trib. Torino, sez. I, 10 gennaio 2013, pres. ed est. Marra, MW Italia S.p.A., in questa Rivista, 31 maggio 2013, con nota di T. TRINCERA, [Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. N. 231/2001: un’altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?](#).

2. La prima, fondamentale, conseguenza: l'illecito dell'ente come *criminal offence*.

Così tratteggiato, il perimetro di applicabilità e di operatività del d.lgs. 231/2001 ruota ora attorno all'attenzione che la Cedu e la relativa giurisprudenza attribuiscono alla sanzione *tout court* comminata dallo Stato nei confronti della persona, anche giuridica.

Infatti, ai fini dell'applicazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, la Corte ha elaborato una nozione di *criminal offence* (o *matière pénale*), che comprende tutte le infrazioni che, al di là della nomenclatura formale utilizzata in ciascuno Stato membro (illecito o sanzione amministrativa, disciplinare, etc.), sono caratterizzate da una natura e da un contenuto che la Corte ritiene sostanzialmente equiparabile a quello di un reato o di una pena¹⁵.

Per compiere una simile valutazione, la Corte – com'è noto – fa perno su tre fondamentali criteri, risalenti al *leading case Engel*¹⁶, che sono considerati alternativi e non cumulativi, ma che possono essere apprezzati anche congiuntamente quando, valutati singolarmente, non permettono di raggiungere una conclusione univoca.

Tali criteri possono essere brevemente compendati:

- a) il primo criterio è la qualificazione del fatto o della sanzione nel diritto interno¹⁷;
- b) il secondo criterio è la natura dell'infrazione o dell'illecito¹⁸;
- c) il terzo criterio è la natura e la gravità della sanzione che può essere applicata al trasgressore¹⁹.

¹⁵ Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. A. BERNARDI, *sub art. 7*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 256; M. CHIAVARIO, *sub art. 7*, *ivi*, 158; R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, *sub art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, 181; V. Manes, *sub art. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, *op. cit.*, 259; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899; C. E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

¹⁶ C. EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

¹⁷ Affinché un'infrazione sia considerata come reato ai sensi della Convenzione, occorre innanzitutto verificare se la disposizione normativa che contempla quel fatto appartenga o meno al diritto penale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro.

¹⁸ La Corte focalizza l'analisi sul carattere e la struttura della norma trasgredita: in quest'ottica, assumono rilievo la generalità del precetto e dei suoi destinatari (la norma penale si rivolge tipicamente alla generalità dei consociati, mentre la norma disciplinare a un gruppo circoscritto di soggetti), nonché la significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico tra le diverse esperienze degli Stati membri. Ai fini dell'individuazione della natura dell'illecito assumono rilievo anche considerazioni relative alla procedura finalizzata al suo accertamento e all'applicazione di eventuali sanzioni.

¹⁹ Rispetto al criterio della gravità, la Corte guarda principalmente ai profili contenutistici della misura, ovvero al suo carattere custodiale o non custodiale, meramente pecuniario o patrimoniale, nonché alla entità della sanzione in termini di giorni di detenzione o somma di denaro oggetto dell'obbligo di pagamento. Rispetto al criterio della natura, il carattere penale può essere desunto sia alla luce della pertinenzialità rispetto a un fatto di reato, sia alla luce dello scopo (preventivo o repressivo) della sanzione stessa. Anche ai

Sul punto, alcune disincantate riflessioni.

In relazione al primo criterio, benché nominalmente la sanzione sia amministrativa, la circostanza che essa sia proporzionata (per quote) al trasgressore, è un primo indice di contraddizione: la sanzione amministrativa, infatti, tendenzialmente non conosce criteri diversi dall'astrattezza, per fini general-preventivi di controllo sociale²⁰.

Inoltre, la 'funzione risocializzatrice' – che è possibile cogliere nel sistema repressivo del d.lgs. 231/2001, proprio in virtù della proporzionalità della risposta repressiva comminata – è estranea dal perimetro di operatività della sanzione amministrativa²¹.

Se si passa al secondo criterio, a fronte della locuzione "responsabilità amministrativa", il d.lgs. 231/2001 ha invero un ambito di applicabilità in sostanza onnicomprensivo e per l'accertamento dei fatti segue le regole – di maggior garanzia – della procedura penale.

Infine, in relazione al terzo criterio, si noti come la sanzione *ex art. 9 co. 2 lett. a)* d.lgs. 231/2001, vale a dire *l'interdizione dall'esercizio dell'attività* somigli ad una 'pena di morte' per l'ente e, conseguentemente, attiri il perimetro della responsabilità delle *companies* nell'alveo del diritto penale²².

Pertanto, pare davvero complesso ipotizzare che gli illeciti previsti dal d.lgs. 231/2001 non siano da considerare *criminal offense*, al fine di evitare un insanabile contrasto con i principi di diritto sovranazionali.

3. Pro e contro dell'(obbligata) 'scelta penalistica'. Cenni.

Affinché non si assista ad alcuna crisi di rigetto tra il 'microcodice'²³ sanzionatorio degli enti e l'ordinamento nazionale, è necessario, a questo punto, risolvere un preliminare – per così dire, a monte – dubbio interpretativo.

Siccome, alla luce di quanto appena analizzato, il decreto in parola ha una 'copertura' costituzionale, sia pure di carattere interposto, attraverso l'art. 117 Cost., che ne sancisce una ipotizzata dimensione penalistica, è necessario chiedersi se anche le altre norme costituzionali di carattere penale, vale a dire – principalmente – gli artt. 25 e 27 Cost., debbano applicarsi o meno.

fini dell'individuazione della natura della sanzione possono assumere rilievo considerazioni relative alle procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione, già prese in considerazione peraltro ai fini dell'individuazione della natura dell'illecito.

²⁰ Cfr. A. TRAVI, C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 226.

²¹ Cfr., oltre agli Autori appena citati, anche il pioneristico contributo di F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 371.

²² Cfr. sul punto, in generale, F. MUCCIARELLI, *Sanzioni interdittive e temporanee nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2489.

²³ La locuzione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1299.

La risposta più corretta parrebbe essere affermativa, poiché in questo modo si aumentano le garanzie per l'imputato e, dunque, si assisterebbe ad una consentita interpretazione *in bonam partem*²⁴.

Pertanto, accanto al principio di legalità *ex art. 25 Cost.* (peraltro significativamente ricompreso anche nella parte generale del decreto all'art. 2), la punizione per l'ente dovrà necessariamente sottostare anche al principio di personalità penale *ex art. 27 Cost.* ed alla sua elaborazione giurisprudenziale in chiave di colpevolezza.

Breve.

Si noti come gli autorevoli oppositori di una responsabilità penale degli enti, in Italia come in Germania, hanno sempre impiegato proprio il principio di colpevolezza quale cartina di tornasole per dimostrare come l'ente non possa rispondere di un reato²⁵.

Ma, probabilmente, la partita si gioca tutta nella definizione di *colpevolezza*²⁶, mentre non paiono esservi molti margini interpretativi per considerare il carico sanzionatorio dell'ente come qualcosa di diverso dalla *criminal offense* convenzionale.

Ebbene, mutuando un principio della fisica quantistica, compendiato nel noto paradosso del gatto di Schrödinger²⁷, due variabili di un sistema gerarchico sono necessariamente interdipendenti; in particolare, la prima (i.e. l'osservatore) *influenza* la seconda (i.e. l'osservato).

Pertanto, l'obbligata destinazione penalistica del d.lgs. 231/2001, poiché imposta da norme di carattere equipollente a quello costituzionale, *influenza* la dimensione soggettiva della *rimproverabilità* dell'illecito.

Lo sforzo ermeneutico, quindi, dovrà essere polarizzato nella costruzione di una *colpevolezza* penalisticamente valida, scevra da pregiudizi di valore, poiché essa costituisce l'unica strada percorribile per dare dimensione applicativa alle norme in parola.

Sforzo, peraltro, abbastanza ricorrente nel diritto penale nazionale contemporaneo, ove l'interprete frequentemente si trova a dover 'aggiornare' disposizioni altrimenti in contrasto con norme gerarchicamente superiori (basti l'esempio, per tutti, ai casi di responsabilità oggettiva presenti nel nostro codice penale)²⁸.

²⁴ Cfr., sul punto, la completa ricostruzione di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 187, in particolare la bibliografia ivi citata alla nota n. 1.

²⁵ Cfr. M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, op. cit., 401 (per un breve approfondimento, cfr. *supra*, nota n. 5), ma anche T. PADOVANI, *In nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia 'punitiva'?*, Torino, 2004, 18; A. GARGANI, *Individuale e collettivo*, op. cit., 263.

²⁶ Sul punto, cfr. G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Studi in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 707.

²⁷ E. SCHRÖDINGER, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*, in *Die Naturwissenschaften*, 1935, 807 (trad. it. *La situazione attuale della meccanica quantistica*).

²⁸ Per quanto riguarda l'evoluzione della categoria della colpevolezza, cfr., in Italia, per tutti, F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

4. Una domanda onnicomprensiva: di che cosa l'ente risponde?

Tornando dunque al cuore dei nodi interpretativi in relazione al d.lgs. 231/2001, appurata la (obbligata) esistenza di un 'reato dell'ente', è necessario interrogarsi su che 'tipo di reato' sia a questi imputato.

In altre parole, le possibilità dinanzi all'interprete posso essere così compendiate:

I. l'ente risponde di un *concorso* nel reato della persona fisica;

II. l'ente risponde di un illecito penale *autonomo e individuale*.

Se si depone per la prima ipotesi, sarà necessario individuare quale *species* nel *genus* del concorso di persone nel reato.

Se si opta, viceversa, per la seconda opzione, la domanda diventa duplice:

II.a. l'ente risponde di un illecito di nuovo conio, ideato dal legislatore *ad hoc* con il d.lgs. 231/2001?

II.b. ovvero, l'ente risponde di un reato già noto all'ordinamento, nel caso di specie meramente 'ritagliato su misura' per essere applicato ad un ente, piuttosto che ad una persona fisica?

Si proceda, dunque, per passi logici.

L'opzione interpretativa secondo cui (I) l'ente risponda di un concorso nel reato della persona fisica è stata proposta come una fattispecie plurisoggettiva di parte generale²⁹: testualmente, *"la persona giuridica coopera alla realizzazione del reato commesso nel suo interesse, all'interno della sua organizzazione, e che può considerarsi espressione del suo specifico operare organizzativo"*³⁰.

Secondo questo approccio, sulla scena del crimine si può individuare *uno ed un solo reato* in cui insieme concorrono, secondo la logica dell'*accessorietà* e con criteri di *imputazione soggettiva* diversi, sia l'ente che la persona fisica.

In particolare, l'ente viene imputato:

1) per una tipicità (oggettiva) orientata al "doppio legame" *funzionale/finalistico* con la persona fisica (posizione; interesse/vantaggio);

2) per una 'personale' *colpevolezza* (*sub specie* di colpa di organizzazione) di concorso al reato commesso dalla persona fisica³¹.

Permettendo una brutale sintesi, l'ente fondamentalmente 'coopera colposamente' nel reato della persona fisica.

In contrapposizione con tale approdo interpretativo si ha, viceversa, argomento *a contrario* come (II.a) l'ente risponda di un illecito di nuovo conio, poiché i due illeciti

2002, 123; in Germania, C. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?* in Eifler und Saame, 1988, 91 (trad. it. *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2009, 149).

²⁹ C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 17.

³⁰ C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1527.

³¹ Le considerazioni sono sempre di C. E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1528.

(quello della persona fisica e quello della persona giuridica) sarebbero nettamente distinti e, quindi, non possano subire alcuna *reductio ad unum*³².

Le motivazioni a sostegno di tale orientamento si compendiano in tre, fondamentali, tesi di teoria generale del reato:

i. l'agevolazione colposa nell'altrui agire doloso non è ammessa in via generale nel nostro sistema penale, salvo che sia espressamente prevista;

ii. se l'ente risponde del 'reato-presupposto', la condotta alternativa lecita dovrebbe essere l'*impedimento* del reato-presupposto, secondo i noti schemi positivizzati nell'art. 40 cpv. c.p. Ma in capo all'ente non vi è alcuna posizione di garanzia idonea a far scattare tale clausola di equivalenza;

iii. il fatto dell'ente è, in realtà, il proprio *deficit organizzativo*: la commistione tra tipicità e colpevolezza dovrebbe sconsigliare l'impiego dei classici schemi penalistici³³.

La sintesi delle argomentazioni sopraesposte conduce ad imputare all'ente un personale e colpevole *deficit* di organizzazione, secondo una particolare ipotesi di illecito che assomiglia allo schema del reato omissivo proprio colposo obiettivamente condizionato al fatto-reato della persona fisica.

Infine, *tertium datur*: (II.b) l'ente risponderebbe di un reato autonomo dalla struttura già nota all'ordinamento penalistico: un vero e proprio reato omissivo colposo d'evento³⁴.

Tale norma è una delle rare ipotesi di reato dalla struttura omissiva d'evento che non necessita della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p.³⁵.

³² Cfr. F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4, 431; similmente, F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, op. cit., 35.

³³ Così F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente*, op. cit., 433.

³⁴ Cfr. M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, 365; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento 'dogmatico' della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F. C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, op. cit., 229. Secondo quest'ultima ipotesi, il difetto di organizzazione interna dell'ente, prima ancora che connotare una colpevolezza di organizzazione, configura un illecito di (dis)organizzazione, nel quale la mancata adozione ed efficace attuazione di un modello preventivo rileva già sul piano della tipicità oggettiva della fattispecie, di cui l'ente risponde: un illecito autonomo, che presenta i caratteri di illecito di agevolazione, nel solco – ad esempio – dell'art. 57 c.p. Anche in tal caso, infatti, il direttore, salvo i casi di concorso con l'autore della pubblicazione, non risponde del reato commesso da quest'ultimo, ma di un autonomo illecito di agevolazione colposa per omesso controllo, all'interno del quale il reato commesso a mezzo del periodico costituisce evento della fattispecie complessa. E, *a fortiori*, l'autonomia della imputazione rispetto al reato del giornalista non implica indipendenza, come evidenzia la fissazione dei limiti edittali rapportati a quelli del reato commesso a mezzo stampa (così M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti*, op. cit., 366).

³⁵ La dottrina classica tende a trascurare questa categoria, occupandosi invece dei reati commissivi mediante omissione. Per un approfondimento manualistico sul punto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2010, 130.

Accedendo ad una costruzione per tipi separati delle fattispecie criminose³⁶, è possibile individuare un nutrito gruppo di reati *omissivi dolosi d'evento* – per così dire – *puri* (cioè che non necessitano dell'art. 40 cpv.)³⁷.

Ben più rari, invece, i reati *omissivi colposi d'evento puri*, come l'art. 57 c.p. Il quale, a dire il vero, presenta un'ulteriore caratteristica: l'evento tipico è costituito da un *reato altrui*. Al pari, nel nostro codice, della violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro *ex art. 335 c.p.*, dall'agevolazione colposa della violazione dei sigilli *ex art. 350 c.p.*, della procurata evasione colposa *ex art. 387* e di davvero poche altre norme incriminatrici³⁸.

Si noti come tali reati in Italia siano classificati secondo criteri distintivi che non li accomunano nella disciplina e che, quindi, non ne valorizzano gli elementi di somiglianza.

Eppure, rispetto al tema in esame, l'importazione della categoria dei *reati d'obbligo*³⁹ consentirebbe una ermeneutica valorizzatrice degli elementi comuni, aprendo percorsi interpretativi che potrebbero – questo, beninteso, è l'obiettivo – semplificare la disciplina applicativa senza perdere terreno sul campo delle garanzie⁴⁰.

Sia consentito un “dialogo immaginario” tra (I.) un classico lavoro sull'art. 57 e (II.) la definizione del perimetro di operatività dei reati d'obbligo nella più recente dottrina:

I. “il controllo (...) non è fine a sé stesso. Non tanto interessa che il direttore controlli, quanto che mediante questo controllo impedisca che sul foglio da lui diretto si commettano reati. Eppertanto la omissione acquisterebbe rilievo solo in quanto rivesta efficacia causale (non impeditiva dell'evento) nei confronti del reato commesso dall'autore della pubblicazione. È, dunque, di questo reato che il direttore deve essere chiamato a rispondere”⁴¹;

³⁶ Cfr. sul punto l'imprescindibile G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 135. Tale opzione ermeneutica sarà poi però abbandonata dall'Autore nella manualistica, cfr. G. MARINUCCI, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 185.

³⁷ Giusto per fare qualche esempio di parte speciale: l'abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*, il patrocinio o consulenza infedele *ex art. 380*, la procurata evasione *ex art. 386* e la violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex art. 570 c.p.* Per quanto concerne, invece, la normativa complementare, si possono menzionare l'infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.* e la manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f.*

³⁸ Si pensi alla responsabilità del concessionario di trasmissione radiofoniche e televisive prevista dalla legge n. 223 del 1990 ed alle ipotesi di responsabilità colposa da comando introdotte dall'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale. Per una completa panoramica dei problemi interpretativi posti da queste norme, cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 1.

³⁹ I cc. dd. *Pflichtdelikte*, cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 2006. Per la traduzione in lingua spagnola, si rinvia a ID., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000 (traduzione dell'edizione del 1999 a cura di J. C. CONTRERAS e J. L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO).

⁴⁰ Una proposta – ben più autorevole e di sistema rispetto a quella compendiata nel presente lavoro – di importare i *Pflichtdelikte* nell'ordinamento italiano è stata proposta da C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2006, 247.

⁴¹ G. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1959, 549.

II. *“l’incriminazione ruota attorno ad un obbligo giuridico di fedeltà gravante sul soggetto attivo (...), che è sempre un soggetto qualificato dalla funzione (...). Il reato d’obbligo è sempre, pertanto, un reato proprio. La condotta tipica è (...) funzionale e non descrittiva: la norma non pone alcuna limitazione a condotte commissive e omissive, che integrano indifferentemente il reato senza bisogno (...) [del]l’art. 40 co. 2 (...). È sempre presente un evento (...) [con il relativo] nesso di causalità fra la condotta di violazione del dovere di fedeltà e l’evento tipico considerato dalla fattispecie”*⁴².

Si notino le notevoli similitudini tra i due ambiti applicativi.

Alla luce di quanto finora esposto, si può provare a concludere che, dal punto di vista della tipicità oggettiva, la responsabilità dell’ente *ex d.lgs. 231/2001* – se interpretata alla stregua del modello declinato dal legislatore nell’art. 57 – si comporta come un reato d’obbligo che sanziona la condotta omissiva dell’ente: al disvalore del fatto della persona fisica, corrisponde il disvalore di condotta dell’ente.

Ancora più semplicemente, il reato della persona fisica *costituisce ed esaurisce il fatto illecito* della persona giuridica.

Ora, però, per provare a dimostrare l’efficacia funzionale e processuale del modello proposto, è necessario costruire una *colpevolezza* dell’ente che riempia di contenuto soggettivo il *fatto illecito* così come ipotizzato.

Mutuando le argomentazioni spese in favore dell’art. 57 c.p. dalla dottrina classica, l’ente risponde soggettivamente *“non per avere voluto [il reato della persona fisica], poiché versemmo allora in una ipotesi di concorso, ma per non averlo, per colpa, impedito. Da questo angolo visuale, poco conta in effetti che la omissione del controllo sia stata volontaria o non; se l’elemento soggettivo va rapportato all’evento, che si doveva impedire e che non è stato impedito, anche l’omissione volontaria, tranne i casi di concorso, non può essere addebitata che a titolo di colpa”*⁴³.

Mutatis mutandis, la colpa di organizzazione si comporta esattamente come la colpa classica della persona fisica.

Superando la dottrina tradizionale, secondo cui la colpa ottiene collocazione sistematica solo sul terreno della colpevolezza⁴⁴, va in questa sede ribadita la ‘doppia funzione’ del tipo colposo⁴⁵.

La teoria, infatti, della c.d. “doppia misura della colpa”, com’è noto, propone di assegnare la “misura oggettiva” alla sfera del *Tatbestand* e la ‘misura soggettiva’ a quella della colpevolezza⁴⁶.

⁴² C. E. PALIERO, *Lezioni*, op. cit., 51.

⁴³ G. DELITALA, *Titolo e struttura*, op. cit., 549.

⁴⁴ Tra i molti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 322; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 518; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, op. cit., 337.

⁴⁵ Tra i molti, M. ROMANO, *sub art. 43, Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 457; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 165; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 286; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 501; PALIERO, *Lezioni*, op. cit., 61.

⁴⁶ Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlino, citato da G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, op. cit., 157.

Pertanto, come è stato sottolineato, ai fini della colpevolezza, sarà allora necessario richiedere un *qualcosa in più*, che non potrà che ravvisarsi nell'impedibilità di quel deficit organizzativo (omissione propria), ovvero nell'esigibilità dell'implementazione di misure organizzative atte a fronteggiare adeguatamente il rischio reato (il che, tradotto in termini di d.lgs. 231/2001, altro non significa se non attuazione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo)⁴⁷.

5. Introduzione all'art. 8 d.lgs. 231/2001. Una 'pregiudiziale teoretica'.

I tre paradigmi sopra individuati (per semplificare: *concorso nel reato della persona fisica* – deficit di organizzazione obiettivamente condizionato – *omesso impedimento colposo*) devono ora confrontarsi con una norma di carattere complesso e innovativo come l'art. 8 co. 1 lett. a) d.lgs. 231/2001, che prevede che *"la responsabilità dell'ente sussiste anche quando (...) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile"*.

Con una necessaria 'pregiudiziale teoretica'.

Si è più volte contestato – più o meno radicalmente – la disposizione contenuta nell'art. 8 con l'intero sistema di responsabilità dell'ente, la cui imputazione ha quale condizione necessaria (ma non sufficiente) l'esistenza di un *rapporto qualificato*⁴⁸ tra la persona fisica, autrice del reato, e l'ente⁴⁹.

Nello specifico, secondo questa impostazione, in caso di mancata identificazione dell'autore-persona fisica del reato, non sarà possibile verificare se questi appartenga alla categoria degli apici ovvero dei subordinati, con la conseguenza che sarà altresì difficile optare per il regime previsto dall'art. 6 ovvero per la disciplina dettata dall'art. 7 del decreto in parola, con tutte le differenze che da ciò conseguono⁵⁰.

In altri termini, se i meccanismi di ascrizione dell'illecito sono diversi a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale ovvero da un soggetto sottoposto, nell'ipotesi di mancata individuazione delineata dalla norma in parola, *quale* dei due criteri verrà applicato⁵¹?

Lungo questo indirizzo, si è inoltre argomentato – in un'ottica strettamente probatoria – che, anche nell'ipotesi si riuscisse a superare il dilemma apice *vs* sottoposto, siccome tale impostazione determinerebbe l'impossibilità di accertare la colpevolezza della persona fisica, si assisterebbe ad un abbassamento delle garanzie difensive dell'ente, poiché risulterà assai difficile dimostrare l'elusione fraudolenta degli eventuali modelli organizzativi da parte di un soggetto sconosciuto⁵².

⁴⁷ Lo spunto è di G. De SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali*, op. cit., 713, il quale però poi non spiega in che modo identificare quel *"qualcosa in più"*.

⁴⁸ L'espressione è di R. LOTTINI, *sub art. 8, op. cit.*, 2302.

⁴⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, op. cit., 223; G. De VERO, *La responsabilità penale*, op. cit., 178.

⁵⁰ Cfr. O. Di GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, op. cit., 140.

⁵¹ Così R. LOTTINI, *sub art. 8, op. cit.*, 2320. Cfr. anche R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza*, op. cit., 17.

⁵² A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 54.

Da questo primo ordine di critiche è possibile trarre due considerazioni:

(a) il primo, a monte, riguarderebbe gli eventuali dubbi di costituzionalità della disposizione in parola, quantomeno per eccesso di delega da parte dell'esecutivo⁵³;

(b) il secondo, di natura sistematica, sottolinea come l'attuale *laconica* formulazione dell'art. 8 si limita ad affermare in astratto l'inderogabilità della responsabilità dell'ente rispetto a vicende punitive del singolo, ma "*non è idoneo a fondare un terzo paradigma di imputazione*"⁵⁴. Da qui, ragionando logicamente, all'affermato abbassamento delle garanzie difensive corrisponde un abbassamento del grado di colpevolezza richiesto per giustificare una sanzione, con la conseguenza che "*se si vuole continuare a utilizzare il lessico tradizionale, e a parlare quindi di colpa, bisogna essere consapevoli che si tratta di un impiego traslato del termine*"⁵⁵.

Benché autorevolmente argomentate, parrebbe esservi un motivo politico-criminale che non consenta di accogliere una simile impostazione.

Si osservi, infatti, come la disposizione in esame ha una fondamentale – forse imprescindibile – *funzione general-preventiva*: la complessità e l'opacità delle strutture organizzative di enti di grandi o medio-grandi dimensioni possono rendere oltremodo difficoltoso, quando non addirittura impossibile, l'accertamento delle responsabilità individuali⁵⁶.

L'art. 8, dunque, svolge una funzione assai opportuna e addirittura essenziale per garantire al sistema un grado accettabile di effettività, che consente di superare le strettoie e i rigidi schematismi di una responsabilità di riflesso o *par ricochet*, senza la quale, probabilmente, la minaccia di sanzioni nei confronti delle persone giuridiche sarebbe condannata a restare, non poche volte, lettera morta⁵⁷.

⁵³ Così M. A. PASCULLI, *Le questioni insolite e gli eccessi di delega nel d.lgs. n. 231/2001*, in F. C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, op. cit., 214. Infatti, l'art. 11 lett. e) della l. 29 settembre 2000, n. 300 non aveva previsto alcun tipo di responsabilità "autonoma" dell'ente: "*prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi, a loro vantaggio o nel loro interesse, da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione o di direzione, ovvero da chi esercita, anche di fatto, poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni; prevedere l'esclusione della responsabilità dei soggetti di cui all'alinea del presente comma nei casi in cui l'autore abbia commesso il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi*".

⁵⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, op. cit., 223, il quale sottolinea, in un'ottica comparatistica, come nel nostro sistema, la mancata individuazione dell'autore del reato costituisce un mero fatto, che nulla esprime riguardo al deficit organizzativo. La modellistica adottata dal legislatore svizzero, invece, appare in prospettiva di grande interesse rispetto al verificarsi di eventi dannosi, soprattutto relativi al tema delle malattie professionali.

⁵⁵ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, op. cit., p. 224.

⁵⁶ In certi casi, anzi, ancor prima, appare problematica la configurabilità, in capo ad una stessa persona fisica, di tutti gli elementi costitutivi del reato (c.d. irresponsabilità organizzata), G. DE SIMONE, [La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri \(oggettivi\) d'imputazione](#), in questa Rivista, 28 ottobre 2012, 4.

⁵⁷ Per ogni ulteriore approfondimento sulla ragionevolezza di questa interpretazione, cfr. da un punto di vista extranazionale l'imprescindibile contributo di C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, 115.

Superate, quindi, le obiezioni proposte sulla compatibilità dell'art. 8 con la responsabilità degli enti, analizziamo, a questo punto, nel dettaglio i tre paradigmi sopra individuati nell'ipotesi di persona fisica *non individuata*.

In tal modo, si potranno ottenere importanti indicazioni su quale dei tre modelli sia più compatibile con il quadro ordinamentale.

6. Il contenuto della colpevolezza dell'ente.

Secondo la tesi del concorso di persone nel reato, l'ente accede con la propria condotta all'illecito della persona fisica⁵⁸.

In caso di mancata individuazione, la disposizione in parola proverebbe che il comportamento della persona giuridica si inserisce negli schemi del concorso di persone, lungo il paradigma classico dell'accessorietà minima⁵⁹: per il fatto (solo) tipico della persona fisica risponde (anche) la persona giuridica: ella non è partecipe aggiunto, ma necessario.

A questo punto, entra in gioco la colpevolezza, secondo tre modelli differenti:

i. al reato doloso dell'apice corrisponde il dolo del fatto dell'ente (secondo la teoria anglosassone dell'identificazione), calmierato lungo il dolo-colpevolezza, *sub specie* di riprovevolezza per non aver posto in essere una efficace repressione delle spine criminali;

ii. al reato doloso del subordinato corrisponde l'agevolazione colposa dell'ente;

iii. in caso di reato commesso da soggetto non identificato, l'ente risponde di colpa di organizzazione pura, specificamente orientata al rischio-reato⁶⁰.

Tale soluzione presente due, potenziali, criticità:

A. la teoria dell'accessorietà minima (*"non si concorre nel reato tout court: si concorre nel fatto, nel reato in quanto fatto"*⁶¹) applicata all'ente in relazione ad un fatto-reato della persona fisica non identificata potrebbe astrattamente tradursi in una imputazione per il fatto illecito altrui.

Per meglio dire: già la responsabilità penale dell'ente derivante dal reato della persona fisica presenta potenziali criticità in relazione ai principi di materialità e di personalità⁶²; se poi si svuota di contenuto anche il reato-presupposto, trasformandolo

⁵⁸ Tesi, come visto sopra, riconducibile a C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, op. cit., 17; ID., *La società punita*, op. cit., 1527.

⁵⁹ Per l'importazione in Italia della teoria dell'accessorietà, cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 1952, 22.

⁶⁰ C. E. PALIERO, *Dalla Vicarius Liability alla colpevolezza d'impresa. (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in G. BELLANONI, D. VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010, 442.

⁶¹ Testualmente C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, op. cit., 32.

⁶² Così, per tutti, T. PADOVANI, *In nome dei principi e il principio dei nomi*, op. cit., 17.

in *mero* fatto tipico⁶³, l'arretramento della tutela assumerebbe connotati di contrasto con il quadro valoriale penalistico⁶⁴;

B. quale secondo aspetto di criticità, la colpevolezza dell'ente tripartita in *dolo identificativo* – *agevolazione colposa* – *colpa di organizzazione pura* non pare riuscire fino in fondo ad esaurire le esigenze di rimproverabilità sostanziale e di accertamento processuale. Infatti, pare più corretto indagare la colpevolezza dell'ente come unica *colpa di organizzazione*, declinata lungo i classici criteri dell'elemento soggettivo colposo⁶⁵.

Ciò anche per evitare che echeggi sullo sfondo, soprattutto in relazione al *dolo identificativo*, una sorta di responsabilità oggettiva dell'ente, che peraltro richiama da vicino i sistemi di *common law*.

Passando ora al secondo paradigma in questa sede analizzato, l'ente risponderebbe di un illecito di nuovo conio, riconducibile allo schema dell'omissione propria colposa obiettivamente condizionata al fatto-reato della persona fisica⁶⁶.

In caso di mancata individuazione della persona fisica autrice del reato-presupposto, vale a dire nello scarto tra effettiva organizzazione e conformazione-modello, risiede e si esaurisce l'illecito proprio dell'ente, mentre il reato-presupposto finisce con il rivestire il ruolo di *condizione obiettiva di punibilità ex art. 44 c.p.*⁶⁷.

La conferma della bontà di tale costruzione ermeneutica risiederebbe nella non controvertibile circostanza secondo cui, di per sé, il *deficit* organizzativo dell'ente non è soggetto ad alcuna sanzione: l'oggettivo verificarsi del reato-presupposto è necessario e sufficiente per la punibilità dell'ente.

Il fatto dell'ente è, dunque, secondo questa teoria, il solo *deficit* organizzativo, inteso come commistione tra tipicità e colpevolezza, che, peraltro, dovrebbe far deporre per scartare l'opzione penalistica classica in favore di un più ampio diritto sanzionatorio.

Anche in questo caso, si potrebbero muovere due obiezioni, conseguentemente collegate tra loro:

A. anzitutto, la proposizione di una natura – per così dire – *preater-penale* dell'illecito dell'ente si posiziona in potenziale contrasto con le garanzie della *criminal offense* di natura convenzionale e costituzionale, dalle quali, come visto sopra, non è

⁶³ Questo è l'orientamento maggioritario, ma non mancano voci dissenzienti, che richiedono la prova anche dell'elemento soggettivo del *ghost defendant* al fine dell'applicazione dell'art. 8: cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Dir. e giust.*, 2001, 20, 20, nonché D. PULITANÒ, voce Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche, in *Enc. dir.*, App. VI, 2002, 963; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 80.

⁶⁴ Pur con sfumature diverse e senza mai affrontare in modo così apodittico il tema, queste le conclusioni di T. PADOVANI, *In nome dei principi e il principio dei nomi*, op. cit., 18; A. GARGANI, *Individuale e collettivo*, op. cit., 270, oltre alle già viste 'pregiudiziali teoretiche' di A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, op. cit., 223 e di G. DE VERO, *La responsabilità penale*, op. cit., 178; cfr. nota n. 38.

⁶⁵ Cfr., sul punto, l'imprescindibile C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 168. Cfr. anche, più in generale, C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 176.

⁶⁶ Tesi, come visto sopra, riconducibile a F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente*, op. cit., 433

⁶⁷ Cfr. M. ROMANO, *sub art. 44, Commentario sistematico*, op. cit., 475.

possibile prescindere e che, al contrario, dovrebbero suggerire di abbandonare questo approccio;

B. secondariamente, anche assumendo che il *deficit* organizzativo costituisca non più l'illecito *tout court* dell'ente, ma il reato vero e proprio dello stesso, tale *deficit* assumerebbe la fisionomia dell'oggetto specifico del rimprovero penale, cioè l'elemento materiale offensivo che l'ordinamento non può tollerare, piuttosto che il rimprovero stesso⁶⁸.

Conseguentemente, esso finirebbe col gravitare “nell'orbita dell'Unrecht, prima ancora che in quella della Shuld”⁶⁹, svuotando – ancora una volta – la colpevolezza dell'ente e aprendo la strada a malcelate forme di responsabilità oggettiva in contrasto con l'art. 27 Cost.

Secondo, infine, il terzo paradigma proposto, l'ente risponderebbe di un reato autonomo dalla struttura già nota all'ordinamento penalistico: un vero e proprio reato omissivo colposo d'evento, dalla struttura simile (se non identica) all'art. 57 c.p.⁷⁰.

La colpa, in questo caso, va riportata all'evento non voluto, mentre l'omissione delle cautele (i.e. la condotta violativa della regola cautelare) può essere, di per sé, anche volontaria⁷¹.

Quel *qualcosa in più* di cui si accennava prima (in coda al par. 4) che soddisfi il principio di colpevolezza, può declinarsi in questo modo:

I. nell'ipotesi del reato commesso dagli apicali, la violazione cautelare sembrerebbe da ricondurre ad una scelta per la disorganizzazione sul terreno della prevenzione del rischio-reato. Si tratta di una scelta/decisione, perché appare anacronistico pensare che la disorganizzazione possa dipendere da un atteggiamento di mancata rappresentazione dei rischi, alla stregua di una colpa incosciente. L'ente, disorganizzato, decide, con una decisione a sua volta rischiosa, di correre consapevolmente un rischio, mostrando, così, un atteggiamento di consapevole noncuranza progettuale. Detta consapevolezza, tuttavia, non può essere racchiusa nel dolo, neppure nella forma obliqua per eventuale: la rappresentazione dei possibili reati da impedire si atteggia come qualcosa di sfocato, di meramente potenziale, come una visione puramente sistemica, nella misura in cui, cioè, alcune tipologie astratte di illecito sono funzionalmente (e non già psicologicamente) riconducibili all'attività dell'ente. La mancata predisposizione di una macrostruttura preventiva pone l'ente in una relazione di possibilità di eventi di reato disomogenei, che l'ente rinuncia a decrittare in concreto. La circostanza che il fulcro dell'illecito si sposti sul versante del rischio consapevolmente assunto non si traduce, però, nel relegare l'evento ad una mera condizione di punibilità: occorre pur sempre appurare che l'evento sia genericamente iscrivibile nel novero di

⁶⁸ Parrebbe suggerire questa impostazione B. SCHUNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts. Ein kriminalpolitischer Zombie*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2014, 789, citato da G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali*, op. cit., 713.

⁶⁹ G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali*, op. cit., 713.

⁷⁰ Tesi, come visto sopra, riconducibile a M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti*, op. cit., 365; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti*, op. cit., 229.

⁷¹ Le argomentazioni sono sempre di G. DELITALA, *Titolo e struttura*, 554.

quelli correlati all'*attività dell'ente*, così da integrare una correlazione di rischio di taglio sistemico e organizzativo⁷². In questo caso, quindi, la colpevolezza dell'ente assumerebbe i contorni di una *colpa con previsione ex art. 61 n. 3 c.p.*

II. nell'ipotesi del reato commesso dai sottoposti, l'inquadramento si presta a ben più facile lettura: l'ente di deve comportare come il classico *agente-modello* a struttura complessa, in grado di generare meta-competenze che si possono declinare in *cautele procedurali*, *cautele sostanziali* e *controllo di adeguatezza ed effettività della cautela*. La riduzione del rischio-reato deve comportare, allora, di regole, la convergenza di queste tre tipologie di cautele⁷³. In questo caso, la colpevolezza dell'ente assumerebbe i contorni di una classica *colpa generica*, nell'ipotesi di assenza di modello organizzativo e relativi protocolli, ovvero *specifica*, in presenza, invece, di questi ultimi.

7. La colpevolezza dell'ente nel caso di persona fisica non identificata.

Al fine di vagliare la tenuta del modello interpretativo proposto, rimane ora da valutare l'ipotesi del reato commesso dal soggetto "non identificato".

La categoria di riferimento, come visto, è quella dei *reati d'obbligo*, *sub specie* di *reati omissivi colposi d'evento puri*, in cui l'evento tipico è costituito da un *reato altrui*.

È anzitutto preliminare domandarsi se nell'attuale *law in action* i soggetti attivi di questi reati rispondano anche quando l'autore del reato-evento non è stato identificato.

La risposta prevalente, in dottrina come in giurisprudenza, è affermativa⁷⁴.

Pertanto, se l'ente risponde per una condotta infedele rispetto all'ordinamento che è *condicio sine qua non* del reato della persona fisica, ma in concreto non si è accertato integralmente questo reato-evento, l'unico elemento variabile su cui provare a costruire un'ermeneutica costituzionalmente orientata diviene la dimensione soggettiva della persona giuridica.

In sintesi, la colpevolezza del singolo viene *sostituita* dalla colpevolezza dell'ente⁷⁵.

Come, dunque, riequilibrare i nuclei di disvalore in caso di assenza della colpevolezza della persona fisica o, comunque, senza la prova dell'eventuale elusione fraudolenta del modello?

Due scenari criminologici distinti si presentano agli occhi dell'interprete:

⁷² Tutte le argomentazioni ivi svolte sono tratte quasi testualmente da C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, op. cit., 171.

⁷³ *Ivi*, 173.

⁷⁴ Reato omissivo ed evento-reato altrui devono essere posti in rapporto consequenziale e causale, a nulla rilevando l'identificazione dell'autore del reato evento. A maggior ragione, l'elemento normativo del tipo "reato" è da intendersi come fatto tipico ed anti-giuridico. Valgano le considerazioni, in relazione all'art. 57, di M. ROMANO, *sub art. 57, Commentario sistematico*, op. cit., 618. In relazione all'art. 387, similmente I. MANNUCCI PACINI, *sub art. 387*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 1353.

⁷⁵ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, op. cit., 2012, 1249.

I. in una prima classe di ipotesi, l'autore non è stato identificato *a causa* dell'opacità interna dell'organizzazione dell'ente, che non consente di risalire all'autore. Il pubblico ministero, pertanto, dovrà dimostrare che tale opacità è *evidence* di illiceità propria dell'ente⁷⁶. Dal punto di vista applicativo, tale ipotesi richiama la colpevolezza del soggetto destinatario di una posizione di garanzia in una organizzazione complessa (ad es., il primario o l'amministratore). Se l'ente ha omesso di dotarsi di una trasparenza organizzativa significa che, pur prevedendo la possibilità di eventi-reati, li ha deliberatamente trascurati. Si noti come questo scenario richiami da vicino l'ipotesi del reato-presupposto commesso dagli apicali. Pertanto, la colpevolezza dell'ente si atteggerà come una *colpa con previsione*;

II. se, viceversa, l'autore non è stato identificato *nonostante* l'ente avesse adottato un'organizzazione trasparente (ad es., un completo modello organizzativo), il pubblico ministero non potrà accontentarsi di un generico rimprovero per colpa di organizzazione, poiché, nel caso di specie, essa si atterrebbe a vera e propria responsabilità oggettiva. Se si elimina parte del disvalore del fatto della persona fisica (vale a dire – se non altro – il relativo disvalore d'intenzione della persona fisica, perché questa non è stata identificata), è possibile *controbilanciarlo* sulla persona giuridica, al fine di non impoverire – nuovamente – la colpevolezza dell'ente? La soluzione proposta depone per ridare vita al rimprovero soggettivo della persona giuridica, una colpa d'organizzazione 'qualificata': una *colpa grave*⁷⁷. Richiamando settori noti al penalista classico, il rimprovero all'ente dovrà strutturarsi in modo del tutto simile a quello rivolto al sanitario *post-decreto* Balduzzi o all'imprenditore nella bancarotta semplice⁷⁸. In particolare, l'ente risponderà del reato-presupposto *se e solo se* in concreto abbia marcatamente mancato l'obiettivo *ex ante* di mappatura dei rischi-reato ed attuazione delle cautele; cioè, se in concreto era *esigibile* qualcosa di significativamente diverso

⁷⁶ Tale paradigma richiama, dal punto di vista della penalistica tedesca, la 'pre-colpevolezza' dell'ente (cfr. K. TIEDEMANN, *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, 1172; ID, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comparato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 617) o, se si vuole, la "colpevolezza funzionale" (cfr. G. JACOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1993, 608, citato da C. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld*, op. cit., 159). La penalistica nordamericana, viceversa, tende a disinteressarsi del problema, richiamando la macro-categoria della "colpevolezza d'impresa" (cfr. J. C. COFFEE, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *American Criminal Law Review*, 1980, 419.). Per una ricognizione in italiano, cfr. V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1992, 101; C. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, *passim*.

⁷⁷ Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo*, op. cit., 183, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, *ivi*, 231; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in Cass. pen., 2009, 12, 5013.

⁷⁸ Cfr. D. PULITANÒ, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2013, 4, 73; G. M. CALETTI, [La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi](#), *ivi*, 2015, 1, 170, in particolare nota n. 1; C. MARINI, *La bancarotta semplice (art. 217 legge fall.)*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2012, 388

rispetto alla condotta tenuta (dall'ente, in generale, o dall'Organismo di vigilanza, in particolare), con onere probatorio interamente in capo all'accusa.

In definitiva, alzare l'asticella della colpevolezza, nell'ipotesi di autore non identificato *nonostante* l'organizzazione trasparente dell'ente, alla – pur nebulosa⁷⁹ – colpa grave, oltre alle esigenze di tipo sistematico e garantistico sviluppate sinora, avrebbe il grande *side-effect* di portare le persone giuridiche ad una 'corsa' alla mappatura del rischio, incentivata da un più significativo ed ampio *effetto liberatorio* in caso di predisposizione di modelli e protocolli in via preventiva.

Un altro indice, *a fortiori*, che depone per la colpa grave è la genesi di tale istituto, vale a dire il diritto civile⁸⁰, poiché il d.lgs. 231/2001 si inserisce evidentemente in una gestione privatistica di un rischio complesso⁸¹.

8. Conclusione. Tre modelli colposi per quattro scenari criminologici.

Finora non è stato vagliato l'inciso "*l'ente non risponde se prova che*" ex art. 6 co. 1 d.lgs. 231/2001.

Tale locuzione è – tendenzialmente – considerata un'inversione dell'onere probatorio⁸².

Stando così le cose, è agevole accorgersi che, ad un'interpretazione letterale, ciò che rileva in termini decisivi non è il *deficit* organizzativo, bensì l'elusione fraudolenta da parte del soggetto apicale, con la conseguenza che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando sono stati adottati ed attuati i modelli ma non c'è stata siffatta elusione⁸³.

Se si accede all'interpretazione secondo cui tale clausola valga come *scusante*⁸⁴, è necessario spendere ancora alcune considerazioni dedicate alla coerenza del sistema.

Il d.lgs. 231/2001, come parrebbe ovvio, è oggetto di studio sia da parte della penalistica sostanziale che dal diritto processuale penale.

In tale modo, il giurista nazionale, abituato allo strumentario tecnico della *civil law* ed alla tradizionale 'separazione' tra diritto penale e processo penale, può trovarsi nella – per lui, inusitata – condizione del collega dei paesi di *common law*, che invece

⁷⁹ G. De FRANCESCO, *Dolo eventuale*, op. cit., 5013.

⁸⁰ Basti, per tutti, l'art. 2236 c.c.

⁸¹ Per una esaustiva panoramica sui temi relativi alla gestione del rischio lecito nell'attività d'impresa, da una visuale prettamente civilista, cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 151. Per un approfondimento penalistico, invece, cfr. C. PERINI, *Il concetto di rischio del diritto penale moderno*, Milano, 2010, 39.

⁸² Cfr. R. LOTTINI, *sub art. 7*, op. cit., 2318 e bibliografia ivi richiamata.

⁸³ Così R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza*, op. cit., 15. Per una panoramica più ampia, cfr. A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità a reato degli enti*, Padova, 2013. Con riferimento alla prassi, cfr. C. E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le società*, 2015, 1285.

⁸⁴ Cfr., per tutti, C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, op. cit., 17.

spesso impiega conoscenze dell'una e dell'altra disciplina al fine di giungere all'interpretazione più armonica con l'intero sistema⁸⁵.

Ma, *si parva licet*, anche la dottrina della teoria generale del reato – sia pure da tutt'altro angolo di visuale – era giunta alle medesime conclusioni: “nella nostra cultura penalistica esistono ben tre categorie di parte generale (...) che non sono oggetto di prova: l'antigiuridicità, la colpevolezza, la punibilità. È proprio il loro contenuto che non deve essere provato, né indicato nell'imputazione processuale. Solo il fatto tipico si prova nel processo, nelle sue componenti oggettive e soggettive”⁸⁶.

Si noti il perfetto *pendant* tra quanto appena affermato e gli approdi dei processualisti: la sistematica per l'accertamento della responsabilità dell'imputato è composta da *fatti costitutivi* e *fatti impeditivi*⁸⁷.

Per quanto riguarda il ‘reato degli enti’, ciò emerge stentoreo nel diverso regime di accertamento della responsabilità nel caso di reato-presupposto imputato all'apice piuttosto che al sottoposto.

Al fine di evitare ‘crisi di rigetto’ con il principio di onere probatorio a carico dell'accusa⁸⁸, sarà possibile accedere ad una consentita interpretazione *in bonam partem* secondo cui 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 rilevanza o comunque è interpretata in chiave *soft*, come mera espressione di un dolo di elusione⁸⁹.

Ciò comporta un complessivo ‘riequilibrio’ dell'onere probatorio a favore degli enti, che risultano onerati, quindi, dalla mera ‘allegazione’ del modello adottato e dall'efficacia dello stesso⁹⁰.

In conclusione, a ben vedere, gli scenari criminologici ipotizzati in questa sede che si presentano dinanzi all'interprete non sono i classici tre (reato dell'apice *ex art. 6*, reato del subordinato *ex art. 7*, reato del soggetto non identificato *ex art. 8*), bensì quattro.

⁸⁵ Cfr., sul punto, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009, 14; G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 4.

⁸⁶ M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698.

⁸⁷ D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, 31, secondo cui sono “elementi impeditivi” quelli che “impedirebbero o negherebbero il sorgere degli effetti giuridici del reato o l'instaurarsi del rapporto punitivo”. Cfr., altresì, F. CORDERO, *Procedura penale*, op. cit., 987, il quale definisce fatti costitutivi “quelli in cui consiste l'asserito reato”, che devono essere enunciati e provati dall'accusa laddove, rispetto ai fatti impeditivi, non incombe all'attore l'onere della prova negativa, se però gli stessi emergono, l'attore soccombe.

⁸⁸ Cfr. P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 223; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 391.

⁸⁹ Cfr. R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza*, op. cit., 15. Similmente, C. E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei “vertici”: una sentenza “apripista”*, in *Le società*, 2010, 4, 473.

⁹⁰ Parte della giurisprudenza appare molto sensibile a questo tema, anche alla luce del sempre più diffuso ricorso giudiziario a valutazioni peritali sulla efficacia dei modelli organizzativi, cfr. G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativa*, *Le società*, 2011, 12, 58.

Infatti, nell'ipotesi in cui il soggetto risulti non identificato *a causa* della politica aziendale della *societas*, il relativo rimprovero si attingerà *esattamente* come se il reato fosse commesso dai vertici: l'ente ha omesso di dotarsi di una trasparenza organizzativa e, pur prevedendo la possibilità di eventi-reati, li ha deliberatamente trascurati.

Se, viceversa, l'autore non è stato identificato nonostante la *trasparenza* della struttura societaria, il pubblico ministero, al fine di riequilibrare i nuclei di disvalore, dovrà provare la *colpa grave* dell'ente: una 'colpevolezza che fonda la pena' e non – come avviene nei modelli anglosassoni, detentori del primato in chiave moderna della responsabilizzazione degli enti⁹¹ – una 'colpevolezza per la commisurazione della pena'.

Si intuisce, in conclusione, che la potenziale 'rivoluzione copernicana' introdotta dal d.lgs. 231/2001 potrebbe riguardare fundamentalmente i reati colposi d'evento, poiché in tale ipotesi i singoli frammenti di condotta possono essere realizzati da soggetti diversi e potrebbe essere tutt'altro che sorprendente acquisire la prova di una complessiva colpa di organizzazione, anche nella materiale assenza di prova sui singoli lacerti di responsabilità individuale rappresentati dalle condotte dei singoli⁹².

E, in questo caso più che mai, la colpevolezza dell'ente diverrà improvvisamente protagonista dell'accertamento giudiziale.

⁹¹ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato*, op. cit., 117.

⁹² Cfr. C. E. PALIERO, *La società punita*, op. cit., 1541.