

Responsabilità degli enti

L'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione

Pierluigi Cipolla

La decisione

Persona giuridica - Vertici apicali - Mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi - Responsabilità - Condizioni (d. lgs 8 giugno 2001, n. 231 art. 6).

In tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, conseguente alla perpetrazione del reato di agiotaggio da parte dei vertici della società, la frode cui fa riferimento l'art. 6 d. lgs. n. 231 del 2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui le informazioni sono dirette, bensì gli altri protagonisti della procedura interna prevista dal modello organizzativo, in quanto la frode deve essere strumentale rispetto alla elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure (nel caso di specie è stata ravvisata la elusione fraudolenta di cui all'art. 6 d. lgs. n. 231 del 2001, in quanto i vertici della società non avevano rispettato il corretto iter di formazione dei comunicati stampa quale era previsto dal modello organizzativo, manipolando i dati forniti dai competenti organi della società per convenienza di immagine e inserendoli nei comunicati stampa, così da ingannare gli altri protagonisti della procedura prevista dal modello).

CORTE D'APPELLO DI MILANO, 18 giugno 2012 (ud. 21 marzo 2012) - PAPPARELLA, *Presidente* - De Petris, *Relatore* - P.M. (*diff.*) - X, imputato.

La motivazione della decisione annotata è consultabile sul sito [web archiviopenale.it](http://web.archiviopenale.it).

Il commento

1. La sentenza annotata ha escluso la responsabilità dell'Ente in ordine ai reati di agiotaggio posti in essere dai vertici, commessi in un breve arco di tempo, a causa della ravvisata elusione fraudolenta del Modello di organizzazione, mediante manipolazioni di dati forniti dagli uffici competenti.

Si tratta di una pronuncia che pone l'accento sulla più misteriosa causa di esonero di responsabilità prevista dall'art. 6 d. lgs. n. 231 del 2001 dato che sul punto vi è finora penuria di contributi dottrinari e chiarificazioni giurisprudenziali e come tale induce a riflessioni di ampio respiro.

Come è noto in base all' art. 6 d. lgs. n. 231 del 2011 se il reato presupposto è stato commesso dai soggetti in posizione apicale, l'Ente non risponde se ha adottato e efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, se il compito di vigilare è stato affidato a un organismo caratterizzato da autonomia, se non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo e se le persone fisiche hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione.

La norma dà luogo a problemi di inquadramento giuridico, compatibilità costituzionale e interpretazione; qui ci si soffermerà soprattutto sul significato del sintagma: "elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione".

2. A detta di uno dei più noti dizionari della lingua italiana, il verbo "eludere", originato da espressione latina indicativa, da ultimo, dell'atto di "schivare un colpo", ha il significato di "sfuggire, evitare scaltramente"¹. Non dissimile il significato palesato da altri dizionari.

Nell'ambito del codice penale la locuzione in esame si rinviene negli artt. 378 c.p. (favoreggiamento) e art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice). Nel primo caso si sanziona la condotta consistente nell'aiutare taluno ad eludere le investigazioni dell'autorità: a prima vista il significato etimologico dello "schivare" appare molto pertinente. Nel secondo caso la legge contempla l'inottemperanza di un provvedimento giudiziario, laddove è stato a lungo discusso se fosse sufficiente una qualsiasi inosservanza² oppure se fosse necessario un *quid pluris* diretto a frustrare o quanto meno a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale³. Le Sezioni Unite nel 2007 sono giunte ad una soluzione compromissoria: occorre qualcosa in più quando il provvedimento giudiziario può essere ottemperato sen-

¹ ZINGARELLI, *Dizionario della lingua italiana*, Bologna, 1983, p. 641

² Cass., Sez. III, 14 febbraio 1969, Soricelli, in *Mass. Uff.*, 111040; Id., Sez. I, 20 gennaio 1978, Righi, *ivi*, 139625; Id., Sez. III, 4 giugno 1980, Guidi, *ivi*, 146139; Id., Sez. VI, 4 giugno 1990, Piraino, *ivi*, n. 185810; Id., Sez. VI, 8 maggio 1996, Sapienza, *ivi*, n. 205078; Id., Sez. VI, 6 ottobre 1998, De Leo, *ivi*, n. 211739; Id., Sez. VI, 1 luglio 1997, Perri, *ivi*, n. 209279; Id., Sez. VI, 16 marzo 1982, D'Introno, *ivi*, n. 154215.

³ Cass., Sez. VI, 19 marzo 1991, Modesto, in *Mass. Uff.*, 187420; Id., Sez. VI, 23 marzo 2000, Valente, *ivi*, 220561; Id., Sez. III, 17 ottobre 1968, Di Florio, *ivi*, 109706; Id., Sez. III, 16 maggio 1974, Tedeschi, *ivi*, 129207; Id., Sez. III, 31 ottobre 1979, Girola, *ivi*, 143826; Id., Sez. VI, 8 aprile 1981, Saracini, *ivi*, 090008.

za la collaborazione del debitore⁴; su questo esito è attestata la giurisprudenza più recente⁵.

Nella pronuncia a sezioni unite viene attribuito rilievo preminente al fatto che il primo comma dell'art. 388 c.p. richiede il compimento di atti simulati o fraudolenti, intesi a sottrarre l'obbligato all'adempimento e seguiti dall'effettiva inottemperanza all'ingiunzione di eseguire la sentenza, così da orientare l'interpretazione anche del delitto previsto dal secondo comma, in un'ottica di unitarietà dell'oggetto giuridico: garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Si rinviene anche un *argumentum a contrario*: la condotta in termini di "inosservanza", è espressamente menzionata come nell'art. 389 c.p., che punisce la "inosservanza di pene accessorie", nell'art. 509 c.p., che punisce la "inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro", o nell'art. 650 c.p., che punisce la "inosservanza dei provvedimenti dell'autorità". In generale, dunque, e salvo quanto specificato con riguardo ai casi in cui la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato, l'elusione (dell'esecuzione di provvedimenti civili) è identificata nei comportamenti che ostacolano dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri.

In effetti in entrambe le ipotesi criminose citate qualcun altro, diverso dal reo, può e/o deve conseguire uno scopo (investigativo, nell' art. 378 c.p.; patrimoniale o di altra natura, nell'art. 388 c.p.) e tramite la condotta incriminata tale scopo viene impedito ovvero reso difficile. L'elusione, in linea di massima, è

⁴ Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Vuocolo, in *Mass. Uff.*, 236937: «Il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'articolo 388, comma secondo, c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che l'obbligo imposto non sia coattivamente ineseguibile, richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, poiché l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione. (In applicazione del principio, le Sez. Un. hanno ritenuto che il mero rifiuto del soggetto passivo di adempiere un'ordinanza di reintegrazione del possesso, eseguibile coattivamente, non integri gli estremi della "elusione" penalmente rilevante)».

⁵ Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2009, Parisse ed altri, in *Mass. Uff.*, 243530: «Il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'articolo 388, comma secondo, c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che l'obbligo imposto non sia coattivamente ineseguibile, richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, poiché l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione. (In applicazione del suddetto principio, la Corte ha ritenuto che il mero rifiuto del soggetto passivo di adempiere al provvedimento del giudice che ordina l'esecuzione di opere di insonorizzazione per far cessare le immissioni rumorose non integri gli estremi della "elusione" penalmente rilevante)».

quindi ricondotta ad un comportamento fuorviante, tipico proprio di colui schiva i colpi altrui, idoneo a ostacolare gli intenti e rendere inefficaci gli sforzi altrui. Non a caso vi è una evidente affinità tra “l’aggiramento” che sintetizza l’elusione e il “raggiro” in cui consiste la frode.

Quanto detto trova conferma in un’altra disposizione normativa in cui si rinviene il sostantivo *de quo*: l’art. 171 *ter* lett. f) *bis* Legge n. 633 del 1941, introdotto dall’art. 26 d.lgs. n. 68 del 2003, che riguarda attrezzature, prodotti o componenti ovvero servizi che abbiano la prevalente finalità o l’uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche a protezione del diritto di autore ovvero che siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l’elusione di predette misure. In questo caso, attesa la staticità dell’ostacolo costituito dalle misure poste a protezione del diritto di autore, oggetto della tutela, il movimento “aggirante” che si pone alla base dell’atto elusivo appare quasi visivamente identificabile. Si legge a questo proposito nella sentenza della Sez. III, 2 luglio 2004, Campana, che per prima si è occupata *ex professo* della disposizione di nuovo conio che l’art. 171 *ter*, lett. f) *bis*, cit. punisce (riferimento da inserire in nota) “la condotta di aggiramento fraudolento dei sistemi di protezione”, da distinguere rispetto a quella di “palese violazione dei sistemi di accesso condizionato al sistema televisivo”.

Dunque, più in generale, “l’elusione” di una regola consiste nell’aggiramento della stessa, mediante l’impiego di stratagemmi, *ergo* mediante il ricorso all’intelligenza, in contrapposizione alla violazione *tout court*. Tanto la condotta “elusiva” quanto la condotta “lesiva” (la violazione diretta o frontale) puntano ad uno scopo antigiuridico, quello stesso che la norma vuole che non si realizzi, e tuttavia la prima vi tende mediante una manovra a forma semicircolare (giro/aggiramento/raggiro), obliqua, caratterizzata da artifici e astuzie, mentre la seconda ha la forma del movimento diretto-frontale.

Di qui una prima conclusione:

- 1) il concetto di “elusione”, in relazione ad una regola, si contrappone in modo netto, alla “violazione diretta”;
- 2) il concetto di “elusione”, per il fatto di denotare una epifania di intelligenza/astuzia/scaltrezza, implica -nel suo fondo- un contenuto artificioso *ergo* fraudolento.

3. Come accennato, l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi è concepita dal d.lgs. n. 231 del 2001 come una sorta di scusante positivizzata⁶, ovvero, secondo altra lettura, come una causa di non punibilità⁷. Non è sufficiente, affinché si pervenga all'esclusione della responsabilità da reato, che l'Ente si sia dotato di Modelli organizzativi efficienti e di organi di vigilanza autonomi; occorre che il reato sia stato reso possibile dalla "elusione fraudolenta" dei Modelli medesimi.

E' intuibile quanta importanza presenti una corretta esegesi del sintagma "eludere fraudolentemente": a dieci anni dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2011, essendo ormai entrata nella cultura di impresa la necessità di dotarsi di Modelli organizzativi e di gestione validi oltre che di organi di vigilanza autonomi, nella maggior parte dei casi l'esito assolutorio o di condanna è destinato a discendere proprio dalla natura fraudolenta o meno della condotta posta in essere dal soggetto in posizione verticistica, allorché sia provato da parte del Magistrato di Accusa il criterio di collegamento soggettivo rappresentato dall'interesse o vantaggio per l'Ente.

La soluzione più ovvia, quella secondo cui l'avverbio "fraudolentemente" indichi una specifica modalità di elusione, quella estrinsecantesi "mediante frode", trae fondamento dalla funzione comune degli avverbi con suffisso "mente", che è quella di specificare le modalità dell'agire descritto da un verbo.

Il problema scaturisce non tanto dall'esatto significato del termine "frode" (appartiene alla cultura giuridica millenaria l'idea per cui sia frode l'artificio, l'alterazione della realtà, l'inganno⁸), quanto dall'accostamento tra il verbo

⁶ PALIERO *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003 p. 29; DESIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti. La parte generale e la parte speciale del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 107; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, p. 76.

⁷ PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429 ss.; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 97 ss.

⁸ E' notissimo il passo del *De Officiis*, I, 13, 41, in cui Cicerone distingue le modalità di offesa affermando: «cum autem duobus modis, id est aut vi aut fraude, fiat iniuria, fraus quasi vulpeculae, vis leonis videtur», così da ricollegare la frode all'inganno. Più esplicita la definizione di frode contenuta nel codice penale del Regno delle Due Sicilie, del 1819: «la frode si commette... quando siasi fatto un lucro qualunque a danno altrui, mediante artificio contrario a regolamenti, o facendosi l'uso di falsi nomi o di false qualità, o impiegando altro inganno, rigiro o simulazione per persuadere l'esistenza di false intraprese, di facoltà o crediti immaginari, o per suscitare speranze o timori di un buon successo di un accident o qualunque altro avvenimento chimerico».

“eludere” e l’avverbio “fraudolentemente”, laddove, come si è visto, il concetto di “elusione” presenta al suo fondo un contenuto di frode. Si può ipotizzare, in altre parole, che si verta in un rafforzamento della frode insita nell’elusione. A questo proposito, la dottrina parla di condotta di “eccezionale scaltrezza”⁹, di “incontenibili forme” di elusione fraudolenta¹⁰, oppure di atto esclusivo, continente, abnorme qualificato “*da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale ... attuato con tale astuzia da essersi sottratto dalla vigilanza dell’organo preposto*”¹¹. Oppure, ancora, di “*situazioni limite nelle quali il soggetto apicale... abbia chiaramente agito... non semplicemente in contrasto, ma in modo da frustrare, con l’inganno, il diligente rispetto delle regole da parte dell’Ente nel suo complesso*”¹². Oppure, di “*imprevedibile e incontenibile manifestarsi della condotta criminosa al di là delle maglie dei controlli*”¹³. Conformemente, nelle linee guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo della Associazione bancaria italiana, del 2004, si legge che “*l’elusione fraudolenta ... presuppone la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente e artatamente volta alla elusione del precetto*”.

Vi è la possibilità, peraltro, che il significato del sintagma vada ricercato altrove. Nella Relazione della commissione Lattanzi, ad es., si evoca *apertis verbis* la figura “dell’amministratore infedele”. Potrebbe ipotizzarsi poi una interpretazione in chiave soggettiva, fondata sulla esegesi dell’avverbio “fraudolentemente”, elaborata per altre norme e sotto altri cieli.

E’ intuitiva la diversità degli effetti pratici della prima o della seconda o della terza esegesi: i vertici aziendali dovrebbero essere esonerati dalla responsabilità da reato al cospetto di condotte artificiose o ingannevoli elusive dei regole e delle procedure insite nei modelli organizzativi ovvero in caso di condotte caratterizzate da infedeltà ovvero, più semplicemente, in presenza di condotte intenzionalmente elusive delle medesime regole e procedure.

4. Nella Relazione ministeriale si legge solo, a mo’ di parafrasi ORRORE del testo normativo, che al fine di ottenere l’impunità l’ente dovrà dimostrare

⁹ VINCIGUERRA, CERESA GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231 del 2001)*, Padova, 2004, p. 24.

¹⁰ PALIERO, *I criteri di imputazione e i modelli di organizzazione*, in *La tribuna.it*, CHE ROBBBA è?

¹¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 185.

¹² PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003, 23.

¹³ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 320.

che il comportamento integrante il reato sia stato posto in essere dal vertice eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; qualche indicazione ulteriore può trarsi dalla specificazione successiva, in cui si evoca la figura dell'“amministratore infedele”, inteso come colui che agisce contro l'interesse al corretto funzionamento dell'impresa.

Il collegamento tra l'amministratore infedele e il concetto di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione consiste in ciò: nella prassi societaria è ricondotto al concetto di “frode aziendale” sia il comportamento illecito dell'amministratore o del dipendente per ottenere vantaggi personali, a danno dell'ente di appartenenza, sia la condotta del soggetto interno all'impresa a favore dell'ente comunque irrispettosa di regole e procedure¹⁴. Non a caso si ricorre all'espressione anglosassone *corporate fraud* per denotare proprio le frodi riferibili ai vertici aziendali.

Si può ipotizzare dunque che il riferimento della relazione ministeriale all'amministratore infedele, al fine di chiarire “l'eludere fraudolentemente”, sia stato introdotto per evocare proprio qualcuna delle condotte che nel linguaggio aziendalistico è descritta con la locuzione “frode aziendale”.

Purtroppo l'indeterminatezza della citata espressione “contrarietà all'interesse al corretto funzionamento dell'impresa” non aiuta a chiarire il significato del sintagma “elusione fraudolenta”; in ogni caso, qualora la norma riguardasse condotte egoistiche del vertice *contra societatem*, sarebbe del tutto inutile, dato che il presupposto della responsabilità dell'ente è l'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente; qualora, al contrario, facesse riferimento ad una *corporate fraud* volta a favorire l'ente, si darebbe luogo ad una disposizione irragionevole e antinomica:

- irragionevole, dato che un Modello organizzativo efficiente dovrebbe prevedere e impedire proprio siffatto comportamento e sarebbe quindi incomprensibile un esonero di responsabilità dipendente da una condotta -per definizione- riprovevole;

- antinomica, dato che per un verso il fine di favorire l'ente sarebbe criterio di imputazione del fatto, per altro verso la legge individuerebbe la medesima finalità come presupposto di esclusione della responsabilità.

Occorre giocoforza supporre che l'elusione fraudolenta costituisca un tipo “qualificato” di frode aziendale, caratterizzato da una particolare modalità di azione del vertice aziendale, essendo comunque implicito il criterio di impu-

¹⁴ ALLEGRI, D'ONZA, MANCINI, *Le frodi aziendali*, Milano, 2003, *passim*.

tazione soggettivo rappresentato dall'interesse o vantaggio dell'ente.

5. L'avverbio in parola ?????? è stato utilizzato nell'ordinamento penale italiano con un significato peculiare, peraltro conforme sia al citato suffisso -mente, sia al significato originario, di matrice psicologica del termine "frode" come "mala fede", "dolo". Si fa riferimento al testo dell'art. 2621 c.c. *ante* riforma 2002, in cui l'avverbio "fraudolentemente" fu interpretato da parte della Suprema Corte nel senso di denotare un dolo specifico, l'intenzione fraudolenta. Applicando tale significato al sintagma in esame, "l'eludere fraudolentemente" dovrebbe denotare l'aggiramento intenzionale del modello di organizzazione e controllo¹⁵.

La tesi è suggestiva, ma non convince. Non rileva tanto l'incompatibilità tra il dolo specifico e i reati presupposto a base colposa, ovvero la circostanza per cui è difficile immaginare una elusione non dolosa di regole cautelari, quanto piuttosto l'aporia connessa alla differenza delle conseguenze del medesimo comportamento elusivo, a seconda che sia connotato da dolo intenzionale o dolo non intenzionale: l'ente sarebbe esonerato da responsabilità in caso di dolo intenzionale, ma non al cospetto di un dolo meno grave.

D'altra parte se l'avverbio "fraudolentemente" avesse una coloritura soggettivistica e denotasse la mera intenzione di violare il modello, la connessa esclusione di responsabilità sarebbe irragionevole, scaturendo da una condotta perfettamente prevedibile (gli abusi del *management* sono ritenuti, dal C.O.S.O. *Report*, un limite intrinseco alla tenuta del sistema di controllo interno¹⁶). In altre parole, da quando esistono, i *white collars crimes* sono caratterizzati da un forte proposito di aggiramento dei precetti e l'intero sistema della responsabilità parapenale delle persone giuridiche si incentra proprio sulla volontà di contenere siffatta intenzionalità criminale; sarebbe dunque irragionevole ricollegare una causa liberatoria di responsabilità al primo e più rilevante fattore di devianza manageriale.

6. Più che sempre insoddisfacenti esegesi terminologiche, o dubbie evocazioni di norme sorpassate, è utile il contesto in cui il sintagma in esame si in-

¹⁵ In tal senso, sostanzialmente, MALAVASI, *L'onere della prova nella responsabilità ex d.lgs. 231/2001, alla luce della sentenza della Corte di cassazione n. 27735 del 16.7.2010*, in www.rivista231.it.

¹⁶ ARENA, *Assoluzione dell'ente per responsabilità ex 231: commento di prima lettura. Nota a Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009* in www.filodiritto.it 13.01.10.

serisce: l'elusione fraudolenta deve avere ad oggetto i modelli di organizzazione e di gestione, di cui peraltro deve essere stata già accertata l'idoneità, dunque soltanto una analisi approfondita (nelle finalità e nella struttura) dei modelli può essere di aiuto per comprendere in cosa debba consistere quell'"eludere fraudolentemente", da cui la legge fa scaturire, per l'ente, l'esonero da sanzione.

Il sistema della responsabilità da reato trova il suo centro vitale nel modello organizzativo e di gestione. Trattasi del meccanismo mediante il sistema intende perseguire il suo scopo primario: la moralizzazione *ab interno* dell'impresa, *id est* la creazione di anticorpi contro la mala pianta -sempre riemergente- della tendenza delle strutture capitalistiche a perseguire il profitto oltre, contro, e nonostante i vincoli della legge.

Per comprendere quanto si afferma basterà constatare come la disciplina in parola abbia la sua radice non soltanto nella difficoltà di ricondurre i fatti di reato ai centri decisionali, a causa della crescente complessità aziendale, in orizzontale e in verticale, e della recente *iper*-automazione, ma soprattutto nella scoperta del nesso tra i comportamenti devianti dei singoli e una diffusa subcultura criminale favorita dal difetto di regole, procedure e controlli. In una parola, nella scoperta del collegamento tra il delitto (all'interno e a favore dell'impresa) e una (mala)organizzazione, fatta di precetti inadatti a contrastare la mentalità antisociale, e inefficienti meccanismi di controllo e vigilanza.

Se la causa del delitto connesso all'attività di impresa -non motivato da finalità egoistiche dell'autore- deve rinvenirsi in una inadeguatezza funzionale dell'organizzazione, *ergo* in un *deficit* organizzativo dell'impresa stessa, perché incapace di contenere le pulsioni criminali dei suoi esponenti, il rimedio è rinvenuto in una organizzazione di senso opposto, in una struttura virtuosa perché fondata sulla conoscenza dei profili di rischio di reato e sull'attivazione di opportune barriere e contromisure.

A ben vedere se il nucleo della responsabilità parapenale delle persone giuridiche consiste proprio in una colpa di organizzazione, giocoforza la responsabilità deve escludersi non solo allorché l'ente si sia dotato di un modello di organizzazione idoneo a contenerne il rischio reato, ossia di un complesso di principi, regole, procedure e sistemi di controllo funzionali allo scopo di moralizzazione -dall'interno- dell'impresa, ma anche quando tale modello sia realmente efficiente, così da contemplare misure/controlli/interventi idonei a prevenire e impedire condotte di violazione e aggiramento delle regole da parte di coloro che hanno maggiore interesse a commettere reati

nell'interesse e a vantaggio dell'ente. In breve, costituisce "colpa" dell'ente anche il mancato impedimento (possibile) della condotta illecita di coloro che al massimo grado esprimono la *voluntas societatis* ossia esprimono e rappresentano la politica dell'ente medesimo e che quindi, possono, meglio di altri, aggirarne le regole.

In altri termini, se il reato presupposto è stato perpetrato nonostante l'adozione di un modello e l'attivazione di un sistema di vigilanza, si deve dedurre -o che il sistema regolamentare e di controlli non ha funzionato a causa della inadeguatezza originaria del *Compliance program* e del sistema di vigilanza, quindi l'ente dispone di una difettosa organizzazione (le prescrizioni vi sono, l'individuo le ha violate, *ergo* il modello è inefficiente ovvero non è stato effettivamente attuato),

-oppure che il sistema regolamentare e di controlli è stato reso in concreto non efficiente dalla abilità e dalla pervicacia del singolo nel perseguire l'intento criminoso, e di ciò l'ente non può e non deve rispondere a meno di ammettere una *culpa* per fatto altrui: l'individuo ha posto in essere in essere un *novum*, come tale sottratto alla ordinaria capacità dell'ente di previsione e impedimento (e, *ad impossibilia nemo tenetur*).

Questo è il motivo per cui la legge richiede, quale presupposto ultimo dell'esonero di responsabilità, che il vertice abbia eluso fraudolentemente il Modello di organizzazione e gestione.

Da queste brevi notazioni si comprende come la condotta consistente nell' "eludere fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione" di cui all'art. 6, co. 1, lett. c) d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto comportamento non previsto e non impedito dal modello (pur valido secondo giudizio *ex ante*), deve consistere in una condotta atipica, tale da fuoriuscire dalla capacità dell'ente di previsione e prevenzione. Diversamente, sarebbe legittimato l'effetto liberatorio da responsabilità pur in presenza di una carenza originaria del sistema, ossia in caso di una persistente colpa di organizzazione che, invece, è la leva su cui tutta l'impalcatura si fonda.

D'altra parte, la frode in quanto artificio e raggiro non può essere fine a se stessa, bensì deve indirizzarsi verso qualcuno o qualcosa. Dato che l'elusione riguarda le prescrizioni del modello, all'interno di un minisistema dove il "custode" si identifica nell'organo di vigilanza e di controllo, si suppone che la frode debba indirizzarsi verso quest'ultimo. Dunque la locuzione "eludere fraudolentemente" non costituisce affatto una endiadi, e l'avverbio è necessitato, al fine di indicare la direzione della condotta *lato sensu* fraudolenta già

insita nel concetto di “elusione”. L’analisi del sintagma in parola alla luce del sistema normativo consente di pervenire a un risultato interpretativo diverso rispetto a quello che scaturisce dalla mera constatazione dell’accostamento di termini di significato analogo. Ossia che ai fini dell’applicazione dell’art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 occorranò manovre di aggiramento di precetti inerenti il modello di organizzazione (ciò in cui -in vari modi- l’elusione di per sé consiste) mediante inganno nei confronti dell’organo di vigilanza e controllo. E permette altresì di smentire la tesi di quella dottrina che ravvisa nella disposizione in esame la prova che la responsabilità dell’ente per fatti riconducibili agli apici ha natura oggettiva¹⁷. Infatti proprio la derivazione dell’esonero da un fatto che fuoriesce dalla capacità di prevenzione dell’ente dimostra *a contrario* che la relativa responsabilità scaturisce da un fatto *lato sensu* colposo. Esattamente come il fortuito, nel sistema penale, costituisce prova della assenza di colpa.

7. Il collegamento tra liberatorio da responsabilità e prova della elusione **fraudolenta** dei modelli ingenera dubbi che eccedono il (pur non semplice) problema definitorio, per lambire il tema della ragionevolezza della disciplina, nelle sue varie sfaccettature (si tralascia invece la questione dell’inversione dell’onere probatorio, di nulla rilevanza una volta esclusa la natura penale della responsabilità).

Sul problema del perché l’ente sia onerato a dimostrare la condotta **fraudolenta** **EVITARE RIPETIZIONI** altrui, oltre al difetto della colpa propria, si è già detto: la condotta **fraudolenta** altrui costituisce prova dell’assenza della colpa propria.

Se il legislatore al fine di escludere la responsabilità dell’ente ha richiesto manovre **fraudolente** di aggiramento di regole, si pone il tema della applicabilità dell’esimente al cospetto di reati colposi¹⁸.

A parere di chi scrive non esiste un problema di compatibilità tra la causa di esonero *de qua* e i reati presupposto di natura colposa in quanto la prima riguarda il nucleo dell’illecito parapenale, la colpa di organizzazione, e non i reati-presupposto. Dovrebbe essere chiaro, a undici anni dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 che l’ente risponde per non aver impedito i reati-

¹⁷ AMODIO, *Prevenzione*, cit. 320; MALAVASI, *L’onere*, cit.(**inserire la pag.**)

¹⁸ Sul punto già GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d. lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, Atti del convegno, Trento 11 febbraio 2005, in *jus.unimi.it*, con riferimento a MELCHIONDA.

presupposto a causa di un difetto di organizzazione, estrinsecantesi nella mancata o inefficace adozione di modelli di organizzazione o nella mancata attivazione di un idoneo sistema di vigilanza. Nessuna rilevanza presenta, pertanto, la circostanza che il *deficit* organizzativo abbia favorito un reato posto in essere da un apice o da un sottoposto a base dolosa o colposa. Né sembra fuori dell'immaginazione la condotta del vertice che volontariamente adotta artifici per eludere le contromisure introdotte dal modello per impedire reati di natura colposa (si consideri, ad es. l'amministratore che falsifichi atti e corrompa funzionari per consentire a macchinari obsoleti di funzionare, disinteressandosi della possibilità che si verifichino infortuni sul lavoro).

Piuttosto potrebbe ipotizzarsi un problema di compatibilità tra la natura dell'illecito parapenale dell'ente, a base colposa, e la condotta elusiva fraudolenta dell'apice, di natura necessariamente dolosa¹⁹. E tuttavia anche a tale obiezione è possibile replicare:

1) se è vero che il legislatore, nel forgiare la responsabilità degli enti ha avuto in mente il caso dell'impresa fondamentalmente sana che per un difetto di organizzazione agevole la commissione di reati da parte dei suoi componenti, tuttavia vi sono indici da cui desumere che fu presa in considerazione anche l'ipotesi dell'impresa volontariamente disattenta. In particolare l'art. 16 d.lgs. n. 231 del 2001 dispone che *“può essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività”*. In tale norma si fa riferimento, sia pure in modo *soft*, all'ipotesi dell'ente refrattario ad adeguarsi al sistema. Dunque è possibile che la colpa di organizzazione possa tramutarsi in volontario difetto di organizzazione; proprio la natura fondamentalmente colposa della responsabilità dell'ente spiega la causa di esonero *de qua* la quale consiste in un comportamento individuale che fuoriesce dalla possibilità di previsione e prevenzione dell'ente e che quindi sarebbe irragionevole ricondurre alla persona giuridica.

Residuano tuttavia ulteriori questioni, che attengono alla ragionevolezza della disciplina, nel senso individuato dalla Corte costituzionale allorché dichiarò l'illegittimità dell'art. 603 c.p. a causa della impossibilità di attribuire un significato oggettivo, coerente e razionale alla norma sottoposta al giudizio, in quanto priva di un sostrato empirico di riferimento. In altri termini, potrebbe

¹⁹ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 229.

sostenersi che l' "eludere fraudolentemente", quand'anche ben interpretato nel significato che qui si caldeggia, come atto di "eccezionale scaltrezza", di aggiramento delle prescrizioni del Modello mediante particolari artifici e raggi, di frustrazione delle regole mediante callido inganno potrebbe essere riscontrato in casi talmente rari da rappresentare una ipotesi di scuola, un fatto di così difficile verifica da apparire irrealistico, *contra naturam rerum*, in breve l'oggetto di una *probatio diabolica*, così come evidenziato fin dai primissimi commentatori della legge²⁰ e come adombrato perfino nella Relazione ministeriale²¹.

È tuttavia possibile che la situazione in esame si verifichi, solo che si consideri la realtà dei *white collars crimes*.

Se il *top management* crea soltanto l'apparenza di un sistema di controllo, ma in fondo fomenta le iniziative illecite proprie e dei sottovertici, non può neppure parlarsi di elusione dei modelli di organizzazione, tantomeno di elusione fraudolenta perché i modelli *de jure* non esistono. Poco difforme il caso dell'ente che adotta misure grossolanamente inidonee oppure non attua un sistema autonomo ed efficace di vigilanza: l'elusione sussiste, ma non potrà definirsi mai fraudolenta, consistendo l'aggiramento -per così dire- in un gioco da ragazzi.

Opposto il caso (invero di ardua verifica) in cui l'ente impegna risorse ingenti per prevenire il rischio reato codificando regole di comportamento, procedure minuziose di controllo, condotte vietate: l'aggiramento dei modelli può verificarsi soltanto mettendo in campo una *calliditas* fuori del comune. Trattasi di una ipotesi di difficile concretizzazione dato il suo presupposto, l'organizzazione ineccepibile è fuori della natura delle cose (tanto più in tempi di crisi economica strutturale).

Quid juris nel caso (frequente, se non comune) in cui l'ente adotta iniziative *secundum id quod plerumque accidit* efficaci, ma non del tutto idonee a contenere ogni rischio astrattamente prevedibile di reato, alla luce delle conoscenze al massimo disponibili, a causa dell'estesa dimensione dell'azienda, dell'ampio novero dei settori a rischio-reato, dei costi in concreto praticabili, del livello di tecnologia al momento a disposizione ecc.? In tale stato di fatto

²⁰ FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 80; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 23; ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 229. In giurisprudenza, in termini analoghi, Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit. in Arena, Cassano, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 92.

²¹ Ivi si legge: «è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta».

sono le stesse inevitabili maglie della rete a consentirne la penetrazione. Qui l'aggiramento (con astuzia di grado medio o superiore) dei modelli di organizzazione e controllo è un fatto in astratto prevedibile, ma in concreto non impedibile (a meno di pretendere un dispendio abnorme di risorse, un aggiornamento continuo della tecnologia ecc.). Forse è questo il caso preso in considerazione dalla legge, un caso che impone l'applicazione del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*.

Dalla breve disamina si comprende come il significato della locuzione in esame è destinato a variare a seconda del livello di prevenzione esigibile ossia del grado pretendibile di previsione e di impedimento del rischio-reato posto alla base del modello organizzativo: l'aggiramento fraudolento è (quasi) impossibile a ravvisarsi, se si pretende che i modelli prevedano tutto il prevedibile sulla base delle conoscenze astrattamente acquisibili ed effettivamente siano strutturati in modo così minuzioso da descrivere ogni possibile contromisura al rischio di reato; è verosimile, se i modelli si strutturano su uno *standard* ragionevole di esigibilità alla luce delle conoscenze disponibili.

Dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina pessimista sul realismo della menzionata esimente, è possibile ravvisare margini di operatività della prova liberatoria, sol che si individui il corretto presupposto nell'esistenza di un modello serio ed aggiornato, in una parola "ragionevole", corroborato da un efficiente organo di vigilanza. Qualora, invece, si pretendesse un *Compliance program* inespugnabile, l'elusione fraudolenta rappresenterebbe realmente una pia illusione (ma anche un modello del genere costituirebbe una realtà iperurania). D'altra parte, un livello di esigibilità eccessivamente elevato, in quanto causa di appesantimento burocratico e di abnorme dispendio di risorse potrebbe avere -alla lunga- effetti indesiderati, in termini di efficienza produttiva dell'azienda (e quindi disincentivazione delle iniziative necessarie per ridurre il rischio-reato), ma anche di controllo orwelliano dell'impresa.

AAAAA VIA LE RIPETIZIONI

8. Ciò detto, dagli sporadici pronunciamenti giurisprudenziali sul tema, sembra dedursi un incipiente contrasto tra il diritto vivente *in itinere* e l'Accademia. Già il Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009²², assolse l'ente imputato del mancato impedimento del reato di aggio-taggio - consistente nello specifico nella diffusione di notizie false e idonee ad alterare

²² In *www.rivista.231*, e in ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 230.

il valore delle azioni **dell'ente** e delle obbligazioni emesse, mediante la manipolazione della bozza di alcuni comunicati stampa elaborati (utilizzando dati corretti) dalle funzioni interne della società, ponendo in evidenza per un verso la tempestiva adozione da parte **dell'ente** di un **modello** impositivo sia del dovere di rispettare la più rigorosa deontologia professionale nel diffondere notizie destinate al pubblico degli investitori e agli altri operatori del mercato, sia di una specifica procedura di redazione e approvazione finale dei comunicati, per altro verso il fatto che nel caso di specie il presidente del consiglio di amministrazione aveva chiesto di reperire un dato migliore per l'indice di bilancio già predisposto, così da forzare gli elementi di valutazione e quindi migliorare, con operazione cosmetica, l'andamento della società. Il tribunale ritenne che tale procedura di formazione delle informazioni fosse del tutto contraria ai principi stabiliti nel **modello** organizzativo e quindi ne rappresentasse una palese elusione, dettata proprio dalle finalità che si volevano evitare, ossia la creazione di notizie false. Il giudice concluse affermando che la elusione fosse evidente nella scelta di non seguire il corretto *iter* di formazione delle valutazioni **bypassando** l'attività e gli studi degli uffici e che, quindi, i comportamenti illeciti oggetto di imputazione fossero da addebitare al comportamento dei vertici della società in contrasto con le regole interne del **modello** organizzativo regolarmente adottato.

I commentatori evidenziarono la discutibilità del ragionamento adottato, nella parte in cui l'elusione delle regole del **modello** era identificata, in sostanza, nella violazione frontale delle stesse²³, in contrasto con la lettera e la *ratio* della norma.

Analoga *interpretatio abrogans* si rinviene nella sentenza in commento, laddove di nuovo si conferma l'idoneità e correttezza del **modello** di organizzativo adottato²⁴ e si afferma l'elusione della procedura ivi prevista per

²³ ARENA, *Assoluzione dell'ente per responsabilità ex 231: commento di prima lettura. Nota a Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009*, in www.filodiritto.it (13.01.10).

²⁴ Consistente in un sistema di controllo interno coerente con i principi del codice di autodisciplina promosso da Borsa Italiana s.p.a. e costruito attraverso una puntuale individuazione delle aree a rischio; in un organo di vigilanza regolato in conformità con le linee guida emesse da Confindustria; in procedure atte a regolamentare i flussi informativi verso l'organismo di vigilanza, con la previsione di specifici obblighi di informazione; in un sistema disciplinare calibrato sulla violazione delle regole previste dal modello di organizzazione; in controlli annuali volti a vagliare la validità delle procedure di controllo e protocolli diretti ad assicurare l'adeguata formazione del personale; nella previsione della partecipazione di almeno due soggetti per il compimento di attività a rischio; nella previsione di un complesso iter formativo delle notizie destinate al pubblico, con la predisposizione di una prima bozza ad opera della funzione aziendale coinvolta ed il coinvolgimento dell'ufficio relazioni esterne.

l'emissione dei comunicati stampa essendo stata volutamente rappresentata in maniera falsa la situazione economica della società, manipolando i dati interni per ragioni di convenienza di immagine, omettendo di seguire il **modello** di organizzazione e la procedura di formazione delle valutazioni. *Expressis verbis* si identifica l'elusione fraudolenta nel mancato adeguamento al corretto *iter* di formazione dei comunicati stampa, nella violazione delle procedure interne previste dal **modello** e nella violazione degli obblighi di comunicazione in modo veritiero e completo.

Si aggiunge, *in cauda*, qualcosa in più a proposito della frode: *“la frode cui si fa riferimento nel predetto d.lgs. n. 231 del 2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta ma gli altri protagonisti della procedura in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto alla elusione del **modello** di organizzazione e delle sue procedure: nel caso di specie vi è stata una manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni degli altri protagonisti della procedura prevista dal **modello** organizzativo”*.

Se una morale deve essere tratta dalle due pronunce evidenziate, essa consiste in ciò: sembra che la giurisprudenza di merito (quantomeno quella meneghina) sia propensa a una assimilazione tra “elusione” e “violazione” delle regole, procedure, doveri imposti dal **modelli** e ad una inedita identificazione della “frode” in una condotta fraudolenta nei confronti degli altri protagonisti della procedura prevista dal **modello** organizzativo.

Il tutto in contrasto sia con gli orientamenti della dottrina, sia con il significato letterale e sistematico della locuzione in esame.

Se è vero infatti, come si legge in sentenza che al cospetto di un reato non può automaticamente escludersi l'idoneità e validità del **modello** organizzativo **dell'ente**, ma occorre verificare la causa dell'elusione che ha agevolato la consumazione del reato, in quanto «se l'elusione sia stata fraudolenta, la prevenzione del reato con esso attuata dovrà essere considerata efficace e la società non dovrà rispondere amministrativamente del reato», e che un **modello** non può ritenersi «inefficace per il solo fatto che da parte dei responsabili della persona giuridica siano stati commessi degli illeciti ... perché altrimenti l'esimente non avrebbe mai pratica applicazione», tuttavia una cosa è la violazione diretta delle regole/procedure/misure, altra cosa è l'elusione,

1) in quanto, come si è detto, la legge, quando ha voluto ha utilizzato l'espressione "violazione" o "inottemperanza" e in altre occasioni ha impiegato il sostantivo "elusione" (o il verbo "eludere"),

2) in quanto se la mera violazione del **modello** costituisse causa di esonero da responsabilità, tanto varrebbe accettare una grave aporia sistemica all'interno del d.lgs n. 231 del 2001: infatti la riforma per un verso imporrebbe una moralizzazione *ab interno* **dell'ente** mediante l'imposizione di **modelli** idonei ed efficienti e per altro verso escluderebbe la responsabilità al cospetto di **modelli** violati dagli stessi soggetti, gli apicali, che esprimono la politica aziendale.

Né vale affermare, come si legge, che «*il comportamento fraudolento in quanto tale non può essere impedito da nessun modello organizzativo e in particolare nemmeno dal più diligente organismo di vigilanza*». A prescindere dalla persistente validità del canone interpretativo espresso dal brocardo *adducere inconvenientem non est argumentum*, si è tentato di dimostrare che lungi dal costituire una ipotesi di scuola l'esimente *de qua* è applicabile, purché siano ritenuti idonei ed efficaci i modelli caratterizzati dalla codificazione delle condotte prevedibili e delle procedure idonee a impedirle, sulla base delle conoscenze e delle risorse disponibili e purché si ravvisi la frode in manifestazioni di mala intelligenza (ad es. falsificazione/simulazione/corruzione) non impedibili da nessun **modello** di ragionevole fattura. Ad es., concretamente, potrebbe integrare elusione fraudolenta di **modelli** finalizzati a impedire il reato di aggio (quindi la diffusione di notizie false finalizzate a incidere sul normale andamento del mercato) la creazione di una contabilità alternativa e la sottoposizione agli uffici di elaborazione dati di informazioni provenienti da siffatta fonte, previa corruzione degli impiegati addetti ai flussi informativi: si verterebbe, in tal caso, in un comportamento artificioso idoneo ad aggirare la fondamentale regola del **modello** impositiva di una separazione tra l'ufficio elaborazione dati e il vertice manageriale, mediante la strumentalizzazione del primo al secondo, contro la volontà e perfino ad insaputa del primo.

9. A dieci anni -e oltre- dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 il significato del sintagma "eludere fraudolentemente" è ancora lungi dall'essere chiarito. Si affrontano due tendenze opposte: quella -di fatto- *abrogans*, abbracciata dalla dottrina, che identifica la causa di esenzione della responsabilità in una condotta imprevedibile, di difficile realizzazione; quella -sostanzialmente- *contra legem*, palesata dalla sentenza in commento, che

identifica la causa di esenzione della responsabilità in una condotta volontariamente e proditoriamente contraria ai modelli di organizzazione.

Una *concordia oppositorum* può essere ottenuta, sia pure a fatica, valutando lo scopo della legge: escludere la responsabilità in presenza di una condotta imprevedibile e inevitabile, come tale non riconducibile alla colpa dell'ente e quindi all'ente stesso. Soltanto una modulazione ragionevole del canone di prevedibilità e evitabilità, in adesione alla nozione di colpa elaborata per il diritto penale "degli umani", può pervenire all'esito agognato: se infatti il **modello** di organizzazione codifica le contromisure alle modalità più frequenti di realizzazione del reato-presupposto elaborate dall'esperienza, l'elusione fraudolenta può ricondursi ad ogni condotta di aggiramento di quelle contromisure, ingannevole anche nei confronti dell'organo di vigilanza, tale da sfuggire alla ordinaria previsione e modalità "umana" di intervento.