

UNA SENTENZA “MODELLO” DELLA CASSAZIONE PONE FINE ALL’ESTENUANTE VICENDA “IMPREGILO”

di Carlo Piergallini

*Prolungatasi per quasi un ventennio, la vicenda “Impregilo” viene definitivamente chiusa da una sentenza della Corte di Cassazione, che somministra una condivisibile ‘grammatica’ sulla struttura, l’oggetto e l’accertamento dell’illecito della *societas*, ai sensi del d. lgs. 231/2001. Il lavoro ne evidenzia la coerenza dogmatica e politico-criminale, soffermandosi su ciascun elemento della griglia dei principi ritagliati dalla Corte.*

SOMMARIO: 1. La fine della ‘saga’ Impregilo. – 2. Una sentenza ‘modello’. – 3. Struttura, oggetto e accertamento dell’illecito dell’ente. – 3.1. La struttura del ‘tipo’. – 3.2. Le ‘cautele’ e la loro ‘validazione’. – 3.3. L’organismo di vigilanza. – 3.4. L’elusione fraudolenta. – 4. La declinazione dei principi e la coerente soluzione del caso. – 5. Conclusioni.

1. La fine della ‘saga’ Impregilo.

Con la sentenza 23401 dell’11 novembre 2021 (depositata il 15 giugno 2022), la VI sezione penale della Cassazione pone ‘fine’ alla vicenda Impregilo. Finalmente, è il caso di dire! Si è al cospetto di una dilatazione temporale che lascia senza parole, neppure giustificata da una particolare complessità dell’accertamento (tre persone fisiche imputate di un illecito ‘comunicativo’ – l’art. 2637 c.c. –, consumato tra il dicembre 2002 e il marzo 2003, a cui accedeva la responsabilità della *societas*, ai sensi dell’art. 25-ter d. lgs. 231/2001). La prima sentenza, di assoluzione della società, intervenne nel novembre 2009¹: si sono susseguiti i giudizi di impugnazione e di rinvio, in cui spiccano i sette anni (*sic*) impiegati per depositare, dopo la lettura del dispositivo, le motivazioni della sentenza di appello-*bis*, con la quale, nel 2014, la società venne assolta. Le regressioni, i ripensamenti fanno parte del metabolismo processuale, ma, in questo caso, si è davvero passato intollerabilmente il segno. Non che si sia dinanzi ad una novità. L’eccessiva durata dei procedimenti penali è un risaputo male endemico, indotto da una eziologia multifattoriale particolarmente intricata. Se «la giustizia penale può essere considerata la più fedele carta di identità di un popolo»², il caso Impregilo costituisce la riprova della

¹ Gip Milano, 17 novembre 2009, in *Le Società*, 4/2010, *ivi* commentata favorevolmente da C.E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei “vertici”: una sentenza “apripista”*, 476 ss.

² G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, 7.

sconfitta del sistema, che alimenta una comprensibile quanto pericolosa sfiducia nella giustizia. Verrebbe da chiedersi se valga davvero la pena indugiare sui *dicta* dell'ultima sentenza. Alligna con prepotenza, inutile negarlo, la tentazione di calare la saracinesca, perché l'unico verdetto indiscutibile è una fragorosa sconfitta della giustizia. I tempi con cui viene somministrata incidono, conviene ricordarlo sempre, sul suo volto, sulla sua riconoscibilità e sulla sua legittimazione. In questo caso, poi, il fattore 'tempo' ha addirittura giocato un ruolo diversificato: la *prescrizione* ha 'sanato', alla stregua di un'amnistia 'random', la posizione delle persone fisiche; analogo 'favore' non si è riverberato sulla *societas*, in ragione del principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, sancito dall'art. 8 del decreto 231³. Rimasta in balia del procedimento, il verdetto definitivo è sopraggiunto 19 anni dopo! È di tutta evidenza che questa vistosa 'sfasatura' temporale non trova giustificazione alcuna. Nel decreto 231 (v. art. 22), la prescrizione dell'illecito rilascia evidenti impronte civilistiche, che consegnano la prescrizione al ruolo di evento raro. Inutile indugiare: l'illecito è destinato a non conoscere l'effetto estintivo legato al decorso del tempo. Così forgiata, nel 2001, verosimilmente per disseminare alcuni 'marcatori' volti a giustificare la nomenclatura 'amministrativa' della responsabilità, occorre, oggi, prendere atto che la disciplina non tiene conto dello stretto rapporto di presupposizione che avvinghia l'illecito dell'ente al reato. Il volto della prescrizione meriterebbe, pertanto, una riscrittura *de lege ferenda*, attraverso una *autonoma rimodulazione*, che, ben lungi dal replicare pedissequamente il regime previsto per le persone fisiche nel codice penale (dove rilevano elementi del tutto eccentrici rispetto all'ente), tenga conto della circostanza che il suo accertamento può comportare non trascurabili difficoltà, legate, ad esempio, ai tempi di valutazione dell'idoneità ed effettività del modello di organizzazione.

2. Una sentenza 'modello'.

La sentenza della Cassazione non offusca la desolante immagine di una giustizia 'lumaca'. Tuttavia, riscatta, in parte, la delusione: con una prosa agile, asciutta, immune da ambizioni trattatistiche, detta una rigorosa, quanto condivisibile 'grammatica' del decreto 231, che pone solidi punti fermi: (a) sulla *struttura dell'illecito* dell'ente; (aa) sul 'tempo' e il 'metro' della *valutazione di idoneità* del modello di organizzazione; (b) sul *ruolo dell'organismo di vigilanza*. Quando si è davanti a decisioni così robuste, chi le commenta rischia di deturparle con prolisse ripetizioni o inutili ammiccamenti. Per ridurre questo rischio, è bene, quindi, limitarsi a riportare la 'grammatica', facendo risaltare la sua solidità e, in qualche passaggio, integrandone le argomentazioni.

³ Sul tema dei rapporti di connessione tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa, si rinvia alla approfondita monografia di V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

3. Struttura, oggetto e accertamento dell'illecito dell'ente.

La decisione decritta l'ossatura dell'illecito 231 nel modo seguente:

a) replicando precedenti, autorevoli arresti⁴, sancisce che l'art. 6 non contempla alcuna inversione dell'onere della prova: dunque, *la colpa di organizzazione è un elemento costitutivo dell'illecito*, che spetta all'accusa dimostrare;

b) nella *valutazione dell'idoneità del modello di organizzazione*, va rigorosamente bandita la scorciatoia (a cui spesso si ricorre, magari surrettiziamente) del *post hoc*; la commissione del reato, si legge, non equivale a dimostrare che il modello sia inidoneo;

c) perché possa affermarsi una responsabilità colposa, *occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare* (criterio della copertura del rischio tipico); in questo contesto, viene altresì in considerazione il c.d. *comportamento alternativo lecito*, ovvero l'ipotesi in cui, si legge nella sentenza, "l'osservanza della cautela avrebbe consentito di eliminare o ridurre il pericolo derivante da una data attività"⁵;

d) nella valutazione di idoneità del modello, il giudice dovrà idealmente collocarsi nel *momento in cui il reato è stato commesso* e verificarne la prevedibilità ed evitabilità, secondo il meccanismo epistemico della "*prognosi postuma*";

e) il controllo sull'idoneità del modello non deve possedere una portata "totalizzante", ma limitarsi a valutare *l'impatto della violazione delle cautele con il rischio di reiterazione del reato della stessa specie*;

f) quanto al "*metro*" sul quale calibrare il giudizio di adeguatezza, le linee guida, di cui all'art. 6, comma 4, del decreto, sia pure provviste di un'efficacia meramente orientativa, nonché le indicazioni provenienti dalle associazioni di categoria, entrambe espressive di *autonormazione*, possono *conformare (guidare)* la decisione del giudice, che sarà chiamato a dare conto delle ragioni per le quali il loro rispetto possa comunque aprire il campo all'esistenza di una colpa di organizzazione;

g) circa la *funzione dell'organismo di vigilanza*, la Corte rimarca che eventuali lacune strutturali e funzionali possono condurre a riconoscere la colpa dell'ente solo quando hanno riverberato un'efficienza causale rispetto all'evento (il reato-presupposto); si aggiunge che non grava sull'organismo un obbligo di preventivo controllo sugli atti del presidente o dell'amministratore delegato di una società: diversamente, finirebbe per ingerirsi, di fatto, nella gestione di quest'ultima, esorbitando dai poteri riconosciutigli dall'art. 6, lett. b), del decreto; non godendo di simili poteri, che ne minerebbero

⁴ Spicca, su tutti, la sentenza *Thyssen Krupp*: Cass., s.u., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhan, in *Cass. pen.* 2015, 2, 426 ss.

⁵ Si aggiunge, subito dopo, nella motivazione che: "di conseguenza, la responsabilità colposa andrà esclusa quando non è possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare". Non sfugge che, su questo specifico punto (e solo su questo), la decisione rilascia, per vero, un linguaggio un po' nebuloso, che potrebbe ingenerare confusione. Sta di fatto che, nel prosieguo della sentenza, la Corte fa corretta applicazione del criterio, quando si sofferma sulla inadeguata composizione dell'organismo di vigilanza e riconosce che, pur al cospetto di un organo efficacemente strutturato, il reato-presupposto si sarebbe comunque verificato.

l'autonomia, spettano all'organismo compiti di *controllo sistemico* continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo.

Sulla scorta di tali parametri, la Corte giunge a ritenere idonea, nel momento in cui fu commesso il reato, la procedura autorizzativa dei comunicati stampa adottata dalla società Impregilo. Intravede, inoltre, nella condotta degli imputati una *elusione fraudolenta* del modello, di stampo *decettivo*, avendo gli stessi falsificato i dati richiesti alle competenti funzioni aziendali.

...*in claris...*, verrebbe da dire! Con una decisione di dimensioni contenute, ma mai assertiva, la Corte sciorina una '*grammatica*' convincente della struttura e dei criteri di accertamento dell'illecito dell'ente. Convincente e in alcuni passaggi '*coraggiosa*'. Vale, dunque, la pena di soffermarsi su alcuni dei precipitati di maggiore rilievo.

3.1. La struttura del 'tipo'.

Sotto il profilo *tipologico*, la sentenza aderisce ad una versione, di stampo *isotopico*, che punta a modellare la colpa di organizzazione *per analogia*, mutuando la paradigmatica che governa l'ascrizione della responsabilità penale alla persona fisica⁶. Per questa via, il fatto-reato diventa, *sub specie* di evento, un elemento costitutivo dell'illecito sul quale orientare il nesso imputativo colposo. È un modello, questo, che appare aderente ai nostri principi costituzionali (perché rifugge dalla deriva del *versari*). Superando la '*timidezza*' dell'enunciato normativo, desumibile dall'inversione dell'onere della prova, si può affermare che il *Tatbestand* oggettivo dell'illecito dell'ente, per come sapidamente disegnato dalla Corte, sembra dogmaticamente riconducibile, sul terreno della formalizzazione, alla categoria del *reato d'obbligo*⁷, contraddistinto: (i) da un *evento dannoso*, integrato dal reato-presupposto; (ii) da una *condotta (auto-organizzativa-preventiva) a forma vincolata*, il cui contenuto rimanda a *modelli di condizionamento comportamentale*, normativo-deontologici, raggruppati in un corrispondente *programma* (il modello di organizzazione), prevalentemente orientati alla *prevenzione del rischio-reato* (materializzatosi nell'evento). L'isotopia con il DNA del reato colposo è chiarissima. Merita, tuttavia, una chiosa il richiamo al "*comportamento alternativo lecito*", laddove la sentenza riconosce l'inesistenza della colpa quando non è possibile escludere con *certezza* la verificazione dell'evento avverso anche laddove fosse stata osservata la cautela prescritta. L'appello alla "*certezza*" ripropone la *querelle*, che si è innescata sul terreno della colpa 'individuale', riguardante il *coefficiente di sostegno probatorio* che deve assisterla⁸. Per escludere la colpa, è sufficiente accertare che l'evento si sarebbe verificato

⁶ Cfr. sul tema delle possibili '*dommatiche*', metaforiche *vs.* analogiche, a cui ricorrere per costruire la fisionomia dell'illecito dell'ente, C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, 192 ss.

⁷ Sulla struttura e la funzione del "*reato d'obbligo*", cfr. il celebrato volume di C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin, 1970.

⁸ Per un inquadramento della questione e una sinossi dei principali orientamenti (con i pertinenti richiami bibliografici), sia consentito rinviare a C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 242 ss.

comunque o è sufficiente provare che l'osservanza della regola avrebbe ridotto il rischio di verificazione dell'evento?

Nell'*Individualstrafrecht*, il giudizio di evitabilità ha ad oggetto un fatto che reca le stimate della colpa e che ha materialmente provocato l'evento lesivo, sì che si è dell'avviso che l'elemento costitutivo della evitabilità non possa che soggiacere alla regola di giudizio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio": una formula - questa - che, sebbene non possieda un contenuto di inequivocabile chiarezza, reclama, comunque, un livello elevatissimo di probabilità, sì da relegare l'*id quod rare accidit* nel novero delle ipotesi implausibili. All'interno del tipo colposo 'individuale', non sembra vi possano essere ragioni che militino per un declassamento probatorio dell'evitabilità rispetto agli altri elementi costitutivi della tipicità colposa.

Nel '*tipo colposo dell'ente*, il giudizio di evitabilità risente di maggiori asperità, che discendono: (a) dalla *conformazione* delle cautele e (b) dal '*metro*' dei '*saperi*' che le corroborano.

(a) L'art. 6, comma 1, lett. a), evoca la *capacità preventiva delle cautele* in relazione al reato occorso. In questa formulazione si annida un equivoco: quello di ritenere che l'idoneità preventiva coincida con l'impedimento del reato-presupposto. Una '*frequentazione*', anche occasionale, della prassi fa comprendere subito che le *cautele sostanziali* (quelle che incidono, cioè, sull'*an* e il *quomodo* della decisione dell'ente) raramente rilasciano questa forza. A ben vedere, nelle organizzazioni complesse, i presidi cautelari sono in massima parte teleologicamente orientati a *ridurre ragionevolmente il rischio di consumazione del reato*, atteggiandosi come altrettanti *ostacoli* che si '*frappongono*' al suo accadimento⁹. Così, per stare al caso oggetto della decisione, dinanzi ad un illecito '*comunicativo*', non sono reperibili cautele capaci di disinnescare integralmente la sua verificazione: la possibilità di un comportamento decettivo non è *in toto* vanificabile. Si pensi, poi, al contrasto del rischio-reato di riciclaggio, che richiede la '*conoscenza*' della controparte. Una simile cautela si sostanzia nella redazione di questionari di *due diligence*, che scarnificano la controparte, allo scopo di sondarne la solidità professionale ed etica. Appurato ciò, non si può escludere che l'operazione possa tradursi in un reato di riciclaggio, ma all'ente non potrà certo rimproverarsi di non essersi compiutamente attivato per contenere questo rischio. Va ricordato che ci si muove in contesti culturali complessi¹⁰, in cui occorre '*controllare*' decisioni parterite da una molteplicità di soggetti, che agiscono in sequenza, talvolta con fenomeni di *feed back*, in cui anche le più acuminate e sagaci attività di *assessment* e *management* non sono in grado di azzerare completamente il rischio. Del resto, e specularmente, non è un caso che, pure nel diritto penale individuale, la posizione di garanzia, che ha ad oggetto obblighi di contenimento di fatti illeciti altrui, risenta notoriamente di ragguardevoli asperità applicative. Sarebbe, dunque, opportuno, *de lege ferenda*, esplicitare nel corpo del decreto la natura composita della prevenzione.

⁹ In questi termini, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2, 2013, II, 228.

¹⁰ Cfr., in proposito, il tutt'ora fondamentale lavoro di W. LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, München, 1998.

(b) Il ‘condizionamento’ protocollare dei comportamenti altrui non gode del supporto di leggi scientifiche di copertura, le uniche in grado di garantire una rassicurante e verificabile ‘copertura’ al giudizio causale (vuoi sul versante del ‘nesso’, vuoi su quello della causalità della colpa). Ne deriva che il tasso di predittività degli eventi avversi risulta di più problematico accertamento: privo di caratura nomologica, si snoderà attraverso ‘massime di esperienza’ calate, però, in un contesto altamente ‘organizzato’, in cui la procedimentalizzazione delle decisioni può prestarsi a giudizi di causa-effetto, negli evidenziati termini di una *minimizzazione* del rischio. Breve: si impinge in un terreno in cui la parola “certezza” ha un respiro cortissimo, soppiantata, com’è, da prognosi che vantano un’impronta inferenziale con essa ontologicamente incompatibile. Su questo terreno, l’*isotopia* con il reato colposo conosce, quindi, un parziale distacco, imputabile alla diversità del contesto culturale che contraddistingue le organizzazioni complesse. Semmai, la sua ‘tenuta’ morfologica potrebbe vantare credito solo accostandola al terreno delle *regole cautelari improprie*, che, come si sa, non mirano ad impedire l’evento, ma a ridurre il rischio della sua verifica¹¹. In tal caso, se non si vuole svuotare di significato il contenuto di siffatte regole, l’accertamento della minimizzazione del rischio, insito nel rispetto della regola, può ritenersi tutto sommato compatibile con i margini di incertezza tipicamente ricollegabili alla struttura della regola stessa.

3.2. Le ‘cautele’ e la loro ‘validazione’.

La sentenza trasuda una pionieristica ‘modernità’, laddove ‘riconosce’ e ‘legittima’ il ruolo dell’*autonormazione* in sede di ‘validazione’ del modello di organizzazione. Evoca, in proposito, le linee-guida e lo strumentario delle associazioni di categoria, come arnesi volti a temperare la discrezionalità del giudice nella valutazione di idoneità del modello. Il *dictum* è cristallino: l’esistenza di una *compliance* autonormata non può essere pretermessa; vale in contrario: conforma l’orizzonte conoscitivo del giudice, che, se non la ‘gradisce’, deve esplicitamente motivarne le ragioni. Spira coraggio in queste affermazioni, specie per la forza predicativa che potranno avere in futuro, quando, verosimilmente, si assisterà ad una implementazione dei processi autoregolativi. Inutile nascondersi: è proprio qui che si gioca una partita decisiva in ordine alla funzionalità del decreto 231. È risaputo che il tema della *validazione del modello* veicola una diffusa sensazione di insofferenza e di malessere nel mondo delle imprese. È come se sottoscrivessero una cambiale in bianco: impiegano risorse economiche sul terreno della *compliance* preventiva senza poter prevedere, in anticipo, come sarà apprezzata. Chi scrive ha più volte rimarcato che, per scongiurare i rischi di un’euristica dell’incertezza, occorre prendere atto che il problema della ‘validazione’ può trovare una soluzione equilibrata solo a patto di sfruttare le

¹¹ Sulla distinzione tra regole cautelari “proprie” (impeditive) ed “improprie”, v. P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, Padova, 2003.

opportunità che offre la “colpa specifica”. I rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere trattati alla stessa stregua di quelli ‘comuni’ (‘triviali’), affidati al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica: abbracciano importanti beni giuridici, che implicano decisioni ed attività seriali. Dunque, il terreno più funzionalmente ‘proprio’ è quello assimilabile alla colpa specifica. Va, pertanto, implementata la produzione di regole preventive, da associare ad una *formalizzazione del processo di elaborazione di tali presidi*, in contesti organizzativi complessi: per questa via, si consentirebbe all’ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele. In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell’ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero puntare al confezionamento di *modelli e protocolli ‘pilota’*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di ‘dettaglio’, dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente. I modelli e i protocolli, così costruiti, potrebbero essere assistiti da una *presunzione, iuris tantum, di idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso una motivata *dissenting opinion*. La descritta attività di formalizzazione delle cautele dovrebbe mettere capo ad un’azione *procedimentalizzata*, diretta ad individuare, prima, e a cristallizzare, poi, le cautele¹².

La sentenza della Cassazione anticipa e legittima uno scenario di tal fatta: le va, dunque, riconosciuto il merito di aver colto, con lucida consapevolezza dogmatica e politico-criminale, i rischi ‘mortiferi’ insiti nel consegnare il governo del sistema alla ‘colpa generica’ e alla manipolabile figura dell’agente-modello.

3.3. L’organismo di vigilanza.

Autenticamente fondative le pagine riservate dalla sentenza al ruolo dell’organismo di vigilanza, che pongono rimedio ai gravi ‘travisamenti’ che avevano inficiato la precedente sentenza di legittimità sulla vicenda in esame e che hanno attecchito in alcune pronunce di merito¹³. Come si ricorderà, la quinta sezione penale

¹² Un’azione segnata dalle seguenti scansioni:

(i) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero favorire la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività a rischio*;

(ii) successivamente, si dovrebbero sottoporre ad una *valutazione critica* i diversi livelli di *compliance*, con l’ausilio di ‘*saperi esperti*’ (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici) e del ‘formante’ giurisprudenziale;

(iii) parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell’effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: vanno, perciò, instaurati flussi informativi che agevolino la circolazione dei ‘*saperi*’ ma anche degli errori.

Un simile percorso potrà replicare le fattezze di un processo di autonormazione ‘pura’, oppure essere ‘governato’ nell’ambito di un ‘tavolo’ tecnico istituzionale, in cui il l’organo pubblico funge da ‘garante’ di una *compliance* equilibrata, non ‘addomesticabile’ dai soggetti destinatari degli obblighi contenuti nel decreto.

¹³ Cfr. Tribunale Vicenza, 17 giugno 2021, annotata da C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell’OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza penale Web*, 7-8/2021, 1 ss.;

della Cassazione aveva ravvisato un deficit colposo di organizzazione in capo alla società, derivante sia da una procedura che lasciava assoluta libertà ai vertici dell'ente nella redazione della comunicazione informativa, sia nella inadeguatezza funzionale dell'organismo di vigilanza, a causa della sua caratterizzazione monopersonale, per giunta affidata all'*Internal Audit* (che riportava funzionalmente agli amministratori), e, soprattutto, per il fatto che il modello non prevedeva che il comunicato venisse anche 'controllato' e 'ratificato' dall'organismo, a cui avrebbe dovuto essere trasmesso¹⁴. Ora, quanto alla composizione dell'organo, non vi è dubbio che tramandasse già da allora inadeguatezza. Le dimensioni della società e la sua complessità operativa erano tali da non poter essere efficacemente fronteggiate, sul terreno del controllo, da un organo unipersonale, per giunta 'interno' alla *societas* e, dunque, sprovvisto di sufficiente autonomia ed indipendenza. Di per sé, tuttavia, la denunciata inadeguatezza non vantava alcun collegamento causale con la consumazione del reato-presupposto, non potendosi issare, certo, ad 'antecedente'. Diverso è il discorso sul piano dei flussi informativi: se all'organo di controllo, indipendentemente dalla sua composizione, fosse stato accordato il potere di esprimere una "*dissenting opinion*" sul testo della comunicazione, prima della sua divulgazione, la consumazione del reato sarebbe stata più disagiata. Assecondando una simile ricostruzione, l'organismo di vigilanza dovrebbe assumere le sembianze di un '*segugio*', chiamato ad esercitare un controllo su tutti gli atti di gestione riconducibili alle figure apicali (non solo gli amministratori, si badi, ma, per coerenza, anche i dirigenti). Si tratta di una presa di posizione inficiata da gravi travisamenti dogmatici, di natura trasversale: che abbracciano, cioè, i principi del decreto 231, la disciplina civilistica e quella aziendalistica. Il decreto afferma, perentoriamente, che l'organismo vanta esclusivamente poteri di controllo e di vigilanza, corroborati da autonomia ed indipendenza. E' evidente che qualsiasi tipo di 'compromissione' gestoria ne vanifica il DNA: se gestisce, governa e, se governa, smarrisce l'autonomia e l'indipendenza. Per evitare che ciò accada, l'organismo deve essere collocato al di fuori del processo decisionale dell'ente. Il rilascio preventivo di pareri, oltre ad essere praticamente irrealizzabile, non si situa - è bene rimarcarlo - al di fuori del processo decisionale. Basta richiamare, in proposito, i rudimenti dell'economia aziendale. Mentre l'agire individuale è scomponibile nella triade *informazione* → *scelta* → *azione-esecuzione*, interamente nella signoria dell'agente individuale, nelle organizzazioni complesse domina la procedimentalizzazione della decisione, solcata da un'imponente implementazione orizzontale e verticale delle sue fasi costitutive, nonché dall'intervento, di regola, di una pluralità di soggetti. Eccone le scansioni idealtipiche:

Tribunale Milano, 7 aprile 2021, con nota di C. SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, *ivi*, 5/2021, 1 ss.; Tribunale Milano, 8 novembre 2019, n. 13490, in *Sistema Penale*, 10/2020, con nota critica di E. FUSCO-B. FRAGASSO, *Sul presupposto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, 113 ss. Per un'indagine monografica sul ruolo e la funzione dell'organismo di vigilanza, v. A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza*, Napoli, 2019.

¹⁴ Cass., sez. V, 30 gennaio 2024, n. 4677, in *Le società*, 4/2014, con nota fortemente critica di C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, 474 ss.

stimolo (proposta) → *informazione* (vertente sulla praticabilità/sostenibilità operativa ed economico/imprenditoriale della proposta) → *consiglio* (campeggia, tra gli altri, il ruolo della *compliance* normativa, assicurata da una pertinente funzione aziendale) → *scelta* (da parte dei soggetti apicali, distribuita per lo più verticalmente tra gli stessi in ragione del rilievo dell'operazione) → *esecuzione* → *contabilizzazione amministrativa*¹⁵. Il processo decisionale, così descritto, soggiace a *controlli interni* al processo (assicurati dalla compilazione di *check list* e da riporti al superiore gerarchico) ed *esterni* (di *secondo grado*, esercitati da funzioni estranee alla decisione: di regola l'*Internal Audit*). È da ricordare che l'illustrata sequenza non è necessariamente progressiva: ricorrono sovente fenomeni di *feed back*, di regressione, che re-innescano *ab imis* la procedura. Se, come vorrebbe la decisione della Cassazione del 2014, i flussi informativi dovessero contemplare l'acquisizione del parere dell'organismo di vigilanza, questo si collocherebbe, a pieno titolo, all'interno della procedura decisionale, segnatamente nella fase consultiva, smarrendo i requisiti costitutivi dell'autonomia e dell'indipendenza. Da "controllore" istituzionale della stessa, diverrebbe suo autentico protagonista, con l'effetto paradossale di essere, nel contempo, "controllore" e "controllato". Una simile scelta contrasterebbe inoltre irrimediabilmente con la disciplina civilistica: come si può pensare di coinvolgere nel governo dell'ente un organo svincolato, per legge, da qualsiasi legame con la volontà degli azionisti? Va, perciò, affermato, senza esitazioni, che l'attività di controllo dell'organismo è di *secondo livello*, *esterna al processo decisionale*. Magistralmente, la sentenza in commento parla di "*compiti di controllo sistemico*", dimostrando di padroneggiare appieno il lessico delle organizzazioni complesse. "*Sistemico*", si scrive: ciò vuol dire che l'organismo, per il tramite di un'attività programmata e/o a sorpresa (proattiva), è chiamato continuamente a saggiare l'idoneità preventiva delle procedure operative e il livello di conformità attesa dei comportamenti. Non basta. Nel contesto di una simile attività, parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli: gli *errori*, sempre in agguato, sono compagni di viaggio delle attività organizzate e la loro rilevazione costituisce un insostituibile, quanto prezioso, strumento di conoscenza.

Vi è poi da evidenziare un ulteriore profilo derivante dalle errate conclusioni del *dictum* del 2014. Se dovesse trovare spazio l'idea di un organismo di vigilanza chiamato a setacciare ciascun atto dei vertici aziendali, il passo successivo sarebbe tanto prevedibile quanto allarmante: l'organo, anziché atteggiarsi come controllore della *compliance*, trasmuterebbe in un vero soggetto obbligato a prevenire ed impedire i reati commessi dalla società, gravato, cioè, da una *posizione di garanzia*, penalmente rilevante a norma dell'art. 40 cpv. c.p. Assumerebbe, per questa via, l'orwelliano ruolo di una "Procura interna", magari provvista di poteri 'investigativi'¹⁶. Una figura 'sinistra', per giunta strutturalmente non attrezzata a svolgere un simile acuminato ruolo: la 'continuità' di azione, che lo marca, lieviterebbe in direzione di un'attività diuturna, un vero e proprio 'impiego' nel contesto di quella che diventerebbe una autentica funzione

¹⁵ Si tratta della (tuttora insuperata) scansione idealtipica magistralmente forgiata da H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, 172.

¹⁶ Così, C. SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre*, cit., 6.

aziendale. Un esito, questo, conviene ribadirlo, che precipiterebbe inevitabilmente in direzione del *parce sepulto* dell'organismo. C'è da sperare che non si dia corso a questo abbrivio: la sentenza, che chiude il caso Impregilo, erige un fortino dogmaticamente insormontabile: v'è da augurarsi che altri non provino a demolirlo, in omaggio ad onnivore pulsioni penalistiche.

3.4. *L'elusione fraudolenta.*

L'unica, marginale critica che può muoversi alla sentenza concerne la ricostruzione del requisito dell'elusione fraudolenta, contemplato dall'art. 6 del decreto. Un dissenso, peraltro, di natura esclusivamente *semantica*, che concerne l'*ermeneutica* del testo. La disposizione, all'indomani della nascita del decreto, ha fomentato un serrato dibattito, mai sopito, tanto più appuntito quando l'inversione probatoria, che caratterizza l'*incipit* della disposizione, non era stata ancora sottoposta alla critica demolitrice della giurisprudenza. *Probatio diabolica*: era questa la vibrante censura che veniva mossa, sul presupposto che, per lo più, si assisteva a condotte di mera violazione del modello, non accompagnate da modalità fraudolente. L'esito che si profilava consisteva nella sostanziale impossibilità, per la *societas*, di provare l'esistenza di un simile (pretestuoso) requisito fondativo. La dottrina si è divisa tra chi rimarcava la necessità di rintracciare condotte decettive ed ingannatorie (verrebbe da dire 'truffaldine'), e altri che, per evitare la sterilizzazione della norma, propugnavano la sufficienza di un dolo di elusione dei presidi impeditivi¹⁷.

La sentenza in commento ritiene che il concetto di "elusione" implichi necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva, venendo poi rafforzato dal predicato della fraudolenza, che, ben lungi dall'essere ridondante, sancirebbe l'insufficienza di una mera, frontale violazione del modello, richiedendo altresì una condotta ingannatoria. È nostra convinzione che i problemi alimentati dalla disposizione scaturiscano non tanto dal 'sostantivo', ma dall'avverbio'. L'ermeneutica del testo parrebbe avallare una simile divaricazione. Il sostantivo "elusione" vanta un'orbita di significati estesa: alcuni (aggirare, ingannare, ecc.) tramandano un'efficacia predicativa 'forte', altri (inosservanza, inadempienza, infrazione, ecc.) tendenzialmente 'anodina', nel senso che non vi si ravvisano connotati ingannatori. Non sembra, quindi, che il riferimento all'elusione richieda necessariamente il compimento di attività ulteriori rispetto alla trasgressione delle procedure cautelari aziendali. Autenticamente 'diabolico' si rivela, per contro, l'avverbio: declinato in termini oggettivi, impone di andare alla ricerca di connotazioni decettive nella violazione del modello; riletto alla stregua di un dolo specifico, si attenuano verosimilmente le asperità, così da valorizzare la piena esplicazione del principio di colpevolezza, quale elemento costitutivo

¹⁷ L'opzione soggettiva è propugnata da C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione <<lassista>> o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 4/2010, 481 ss. Per una completa ricostruzione del dibattito, v. A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

dell'illecito dell'ente. È stata, poi, indicata una 'terza via', che muove da una diversa lettura della fraudolenza, da decrittare come "elusione non concordata" ovvero "non simulata": non deve, cioè, emergere una inosservanza preconstituita, frutto di una programmazione maturata nel contesto di un accordo collusivo (ente-vertice), e che risulti significativa di una reale contrapposizione tra il reo e l'ente di appartenenza (*i.e.*: un atteggiamento di infedeltà verso l'ente)¹⁸. Si è dell'avviso che, *de lege lata*, siano da preferire le ricostruzioni meno pretenziose, così da assicurare alla disposizione una sia pure ambigua funzionalità operativa. Sarebbe, tuttavia, auspicabile, su questo specifico aspetto, un intervento risolutivo del legislatore, visto che il requisito in discorso tradisce vistosamente un'ambiguità, che ha segnato la scelta in direzione della colpa di organizzazione nel 2001. Come si è detto sopra, il legislatore del 2001 ha privilegiato il modello dell'*autoresponsabilità*, ma la sua traduzione normativa rilascia un appariscente *polimorfismo*. Proprio l'*inversione dell'onere della prova*, che segna l'*incipit* dell'art. 6, tradisce un trasparente aggancio con il modello compenetrativo, quando il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale: l'illecito viene addebitato all'ente, salvo che questi sia in grado di provare: di essersi efficacemente adoperato per impedire la verifica del reato, tramite l'adozione e l'efficace attuazione del modello di organizzazione; la presenza di una elusione fraudolenta del modello. Una soluzione di compromesso, che rischiava di marginalizzare la capacità 'respiratoria' dell'auto-organizzazione preventiva. La giurisprudenza ne ha meritoriamente sedato gli effetti, riallocando l'onere in capo all'accusa. Sta di fatto, però, che l'elusione fraudolenta rilascia un'efficacia autenticamente *mortifera*. Al netto delle 'letture' che la dottrina più avvertita ha offerto per scongiurare la sostanziale impossibilità di darne la prova, per lo meno l'avverbio, in un'ottica di riforma, andrebbe soppresso: è di ostacolo al radicamento della cultura della *compliance* e reca una intollerabile fenditura alla colpa di organizzazione, architrave della responsabilità (necessariamente) colpevole dell'ente.

4. La declinazione dei principi e la coerente soluzione del caso.

Il "processo" indica la sequenza giudiziaria degli atti in relazione ad una determinata vicenda. I "termini" ne dettano, con diversa perentorietà, la "misura". Una "misura" che, nella vicenda Impregilo, ha passato desolatamente il segno, proiettando l'immagine di una giustizia inesorabilmente degradata. E dire che la *decisione di primo grado* aveva partorito un esito corretto: valorizzando il principio di colpevolezza, aveva ritenuto idonea, all'epoca della consumazione del reato, la procedura adottata dalla società, in materia di comunicazioni, e fraudolenta la condotta decettiva degli imputati. Spiccava, soprattutto, la contestualizzazione temporale: si teneva, cioè, conto del fatto che il reato di aggio (art. 2637 c.c.) era stato issato al rango di illecito-presupposto della responsabilità dell'ente soltanto alcuni mesi prima della commissione di tale reato

¹⁸ Così, A.F. TRIPOLI, *L'elusione fraudolenta*, cit., 80 ss. Si coglie l'occasione per evidenziare come l'"elusione fraudolenta" abbia fomentato l'indicato dibattito con riguardo ai reati dolosi. Precipita, per contro, in una sorta di radicale auto-contraddittorietà rispetto all'imputazione dei reati-presupposto colposi.

da parte degli imputati. Breve: prima ancora che con il diritto, avrebbe contrastato con il buon senso sollecitare protocolli cautelari più appuntiti; non si davano cataloghi preconfezionati a cui attingere: occorreva 'autonormarsi', rapidamente, in costanza di una precarietà di "saperi" disponibili. Mai come in questo caso, *summum ius, summa iniuria*. Il seguito è tanto noto quanto sconcertante e può essere agevolmente decrittato nei termini di una pluralità di esercizi di *decontestualizzazione temporale*, produttiva di nefasti effetti sul versante della colpevolezza di organizzazione.

La Cassazione rimette oggi le cose a posto, facendo coerente applicazione della 'grammatica' previamente stilata.

La Corte, quanto al *tempo* da cui muovere per formulare la 'validazione' del modello, sposa correttamente il criterio della *prognosi postuma*: si colloca idealmente nel momento in cui fu commesso il reato e sostiene che la procedura aziendale autorizzativa dei comunicati stampa fosse complessivamente adeguata alla prevenzione dell'illecito comunicativo. Questa risultava, infatti, corrispondente al principio di segregazione delle funzioni: la descrizione dei fatti, che avrebbero poi formato oggetto di comunicazione, era rimessa alle competenti funzioni aziendali e la bozza di comunicato veniva redatta dall'ufficio relazioni esterne. Seguiva l'approvazione del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, con il successivo inoltro a Borsa italiana e a Consob. La procedura, così come congegnata, replicava le fattezze delle linee-guida di categoria. Si poteva chiedere di più? Detto in altri termini, una procedura siffatta era davvero munita di un'adeguata efficacia preventiva? La risposta affermativa della Cassazione è del tutto condivisibile. Storicizzato il momento cronologico, l'esito è obbligato. Si era al cospetto di uno *ius novum*, da poco entrato in vigore, dinanzi al quale la società aveva comunque tempestivamente apprestato il modello di organizzazione e la pertinente procedura aziendale, 'appoggiandosi' alle linee-guida di categoria, che l'art. 6, comma 4, del decreto invita a tenere conto. Il *know how* precauzionale-impeditivo del reato-presupposto era questo: incarnava, adoperando il lessico della colpa, un *agente-modello in fase inevitabilmente embrionale, ancora non ben orientato*, al cospetto di una riforma 'complessa', che non consentiva, in quel momento, di accedere a ulteriori, tranquillizzanti e sperimentati cataloghi preventivi. A questo proposito, per onestà intellettuale, è da ricordare che la novità del contesto era pure comprovata da una diversa ed inquietante condizione: nato con un ristrettissimo numero di reati-presupposto, nei primi cinque, sei anni di vita il decreto è stato, in modo niente affatto trascurabile, 'dismesso' dalla giurisdizione, con un atteggiamento riconducibile ad una *inescusabile ignoranza della legge penale*, questa volta non da parte di chi ne è destinatario, ma da parte di chi dovrebbe applicarla. Dunque, ai 'custodi' del diritto è stata per così dire 'perdonata' addirittura la mancata conoscenza della legge. Nella vicenda in commento, alcune Corti, non solo non hanno positivamente apprezzato la predisposizione della *compliance* preventiva, ma hanno preteso, in modo supponente, di sindacarne i contenuti, ricorrendo alla logica del "*senno di poi*", scrutando, cioè, la procedura con gli occhi di "oggi", con il metro dei "saperi" attualmente disponibili. La deriva del '*versari*' si è, per questa via, interamente reificata. Certo, "oggi" un verdetto di inadeguatezza della descritta procedura vanterebbe significativi appigli. Un protocollo autenticamente cautelare, sul piano procedimentale e sostanziale, dovrebbe

prevedere un'elevata *formalizzazione (tracciabilità)* delle fasi che conducano alla *disclosure*. Segnatamente: i) la richiesta dei dati, da inoltrare alle funzioni competenti, deve essere formalizzata e sempre ricostruibile; ii) eventuali *feed back* informativi (richiesta di chiarimenti o di riesame, anche valutativo, dei dati) devono essere motivati e 'tracciati'; iii) qualora i soggetti deputati alla comunicazione all'esterno dissentano dalle informazioni trasmesse, potranno bensì integrarle o modificarle, ma dovranno fornire una trasparente motivazione della dissonanza informativa. Il delineato percorso assume contenuti prevalentemente '*cautelativi*', nel senso, cioè, che non è in grado di azzerare il rischio-reato, ma lo *minimizza* adeguatamente, '*frapponendo*' significativi ostacoli alla sua consumazione.

Posto rimedio al grave errore che ha inficiato i precedenti verdetti sul terreno del 'tempo' e del 'metro' del giudizio, la sentenza della Corte rileva sapidamente che pure l'evidente deficit strutturale-compositivo dell'organismo di vigilanza di Impregilo era sprovvisto di qualsiasi collegamento causale con l'evento avverso: l'attività decettiva (espressiva dell'elusione fraudolenta), compiuta dagli imputati, non avrebbe potuto in alcun modo essere impedita da un organismo pure adeguatamente formato. Né, come si è già visto, era corretto ritenere che dovesse essere incardinato un sistema flussi informativi, che ponesse l'organo nella condizione di manifestare una *dissenting opinion* rispetto al contenuto della comunicazione. Un'operazione di tal fatta avrebbe implicato una trasmutazione dell'organo in una funzione gestoria, che ne avrebbe vanificato l'autonomia e l'indipendenza.

5. Conclusioni.

La sentenza della Cassazione 'riabilita' una vicenda processuale temporalmente sconcertante. Detta una efficace sinossi dei principi che governano la struttura e l'accertamento dell'illecito dell'ente, mostrando una non comune consapevolezza, non solo sul piano dogmatico, ma anche nel districarsi nel *milieu* di fenomeni organizzativi complessi, dei quali padroneggia abilmente lo statuto. Come si sa, il decreto 231, ad oggi, figura in *amphitheatro iustitiae* prevalentemente come mera comparsa e, talvolta, non viene neppure introdotto in scena. In contrapposizione alla vitalità del 'diritto libresco', il 'diritto vivo' fa registrare fenomeni preoccupanti, in cui risalta la *mancata o difforme applicazione territoriale*, produttiva di effetti a macchia di leopardo, *territorialmente 'discontinua'*, vuoi per il perdurare di un *deficit* di conoscenza, vuoi per il ricorso a prassi ispirate alla *discrezionalità* dell'azione, addirittura retroagenti al momento della "iscrizione" dell'illecito, che troverebbero una giustificazione nella sua asserita natura amministrativa. A questa discontinuità, si è associata una vistosa ideologia '*ammennicolare*': il decreto viene, cioè, 'vissuto' come un 'accessorio' da 'liquidare' quanto prima, anche attraverso prassi disinvolute. È soprattutto il *modello di organizzazione* ad essere percepito come un *fastidioso incumbente*, che mal si concilia con i 'tempi' e i 'saperi' del giudice. Lo prova, in modo inconfutabile, il numero ridottissimo di decisioni che scrutano da vicino la sua adeguatezza preventiva.

La sentenza in commento va decisamente in controtendenza, fornendo rigorose chiavi di lettura. Vi è da sperare che riesca a contrastare lo spirito ‘minimalista’, che, di fatto, ha generato una non trascurabile ‘sedazione’ della riforma del 2001. Da più parti si invocano interventi, più o meno approfonditi, di *restyling*. Ben vengano, ma non bisogna dimenticare che il decreto 231 poneva al centro del sistema la colpa di organizzazione e, perciò, l’esigenza di una *compliance* normativa, di stampo preventivo. Ciò richiedeva una autentica svolta “culturale”, capace di decrittare la complessità delle organizzazioni e di muoversi al suo interno. Si ha la sensazione che la giurisdizione penale stenti a rimuovere il primato del diritto penale della persona fisica, la cui forza attrattiva, va riconosciuto, non è agevole da sradicare. Una impermeabilità, questa, in buona parte prevedibile: secolarmente il diritto penale è potenza che spoglia e sfigura l’uomo, attraverso lo ‘spettacolo’ del ‘giudizio’ (per come variamente declinato nel tempo). Difficile contemperare questa atavica cultura con le esigenze cognitive del ‘nuovo’ che avanza. La decisione Impregilo ostenta, finalmente, una diversa impronta: eleva l’ente a protagonista della vicenda punitiva e ne sonda la morfologia, facendo finalmente ‘respirare’ la colpa di organizzazione (il ‘polmone’ della riforma). Per questa via, restaura i principi del decreto e ne fomenta coerentemente l’applicazione: si provi a ‘sfruttarla’ a fondo, è a portata di mano!