

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

9/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaele Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

L'“HAPPY END” DI UNA SAGA GIUDIZIARIA: LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE TROVA (FORSE) IL SUO TIPO (*)

Nota a [Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 \(dep. 15 giugno 2022\), n. 23401, Pres. Fidelbo, rel. Rosati.](#)

di Eugenio Fusco e Carlo Enrico Paliero

SOMMARIO: 1. La decisione. – 2. L'*infinita* vicenda processuale. – 3. Le questioni pregiudiziali. – 3.1 In particolare, sulla questione del mancato/insufficiente accertamento del reato presupposto. – 4. Il *thema decidendum*. – 4.1. Il pregresso argomentativo. – 4.2. Il 'nuovo' impianto argomentativo. – 5. Le nostre valutazioni sul modello ascrittivo della responsabilità colposa all'ente: due opinioni a confronto. – 5.1. La sistematica del modello. – 5.1.1. Punto. – 5.1.2. Contrappunto. – 6. Il 'nodo' del requisito di "elusione fraudolenta". – 6.1. Due considerazioni e due dubbi. – 6.2. La criteriologia ermeneutica adottata ... – 6.3. ... e la sua ammissibilità nel quadro costituzionale. – 7. Contrappunto: una critica di metodo e di merito – 8. Conclusioni condivise.

1. La decisione.

Con una sentenza di elevato *standing*, inevitabilmente destinata a rappresentare un fondamentale *leading case*, se non una vera propria pietra miliare nel cammino ermeneutico della sistematica imputativa *ex crimine* degli enti, la Cassazione ha posto la parola 'fine' all' *'affaire Impregilo'*. Una vicenda protrattasi addirittura per circa un ventennio e che rievoca inevitabilmente l'apologo rabelaisiano sulla strutturale ed estenuante diacronicità dei processi, per consustanziale accumulo di materiale cartaceo; a fronte del quale il mitico ed ineffabile giudice Bridoye non aveva altra risorsa che un lancio di dadi¹. Nell'occasione che ci riguarda i Giudici della legge non si sono affidati alla sorte, ma hanno reciso quello che sembrava ormai diventato un nodo gordiano della prassi ermeneutica 'ex 231' con una decisione (mai come in questo caso l'*Urbedeutung* del termine sembra più appropriata!) tagliente quanto concettualmente acuminata².

(*) Nel giudizio abbreviato – all'origine della vicenda processuale – l'accusa è stata sostenuta dal dott. Eugenio Fusco, che ha anche proposto ricorso in appello a seguito della sentenza di assoluzione del Giudice di prime cure. Il dott. Fusco ha redatto i paragrafi 2, 3, 5.1.2 e 7 della presente nota a sentenza; i restanti paragrafi sono stati redatti dal prof. Carlo Enrico Paliero, mentre il paragrafo 8 è frutto di una comune riflessione.

¹ F. RABELAIS, *Gargantua e Pantagruelle* (1532-1564), trad. it. a cura di M. Bonfantini, ed. Einaudi, Torino, 1973, Libro III, Capp. XXXIX-XLIV, Vol. 1, p. 451 ss.

² Per un suo perspicuo e approfondito commento cfr. C. PIERGALLINI, [Una sentenza "modello" della Cassazione](#)

2. L'infinita vicenda processuale.

L'indagine, che risale al 2004, era stata svolta dalla Procura della Repubblica di Monza, ma gli atti sono stati poi trasmessi alla Procura di Milano poiché il Gup del Tribunale di Monza, uniformandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente³, si era dichiarato incompetente.

Il processo nei confronti della società, per l'illecito di cui all'art. 25-ter, lett. r), D.lgs 231/2001, è stato definito, in primo grado, con il rito abbreviato.

Vale la pena ricordare – seppure in via di estrema sintesi – che, nella vicenda in esame, l'aggiotaggio informativo (art. 2637 c.c.), quale reato presupposto, ineriva distinti comunicati stampa: solo per un gruppo di comunicazioni⁴, il Giudice di primo grado ha ritenuto applicabile la causa di esenzione della responsabilità prevista dall'articolo 6 del decreto 231, che è il vero e proprio *thema decidendum* della sentenza qui in commento (v. *infra* §§ 4 ss.). Con riferimento ai dati contenuti nella relazione trimestrale⁵ – oggetto di

[pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"](#), in questa *Rivista*, 27 giugno 2022. Per un inquadramento generale della sistematica del paradigma punitivo 'ex 231' rinviamo, *in limine*, al pregevole studio di V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

³ Trattasi dell'orientamento secondo cui la consumazione del delitto di manipolazione informativa coincide con l'immissione della notizia falsa nel server del NIS (Network Information System) – il sistema informativo che mette a disposizione degli operatori finanziari e dei risparmiatori l'informazione – collocato presso la sede della Borsa Valori, in Milano. Tale criterio di individuazione del *locus commissi delicti* è, tuttavia, destinato ad entrare in crisi in conseguenza della riallocazione dei mercati borsistici. Per un approfondimento del tema sia consentito il rinvio a E. FUSCO – M. PACINI, *Enforcement penale e mercati finanziari nell'era della digitalizzazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 7.

⁴ Per avere una più circostanziata cognizione del fatto si riporta per esteso il capo d'imputazione:

C) del reato p. e p. dagli artt. 81, 110 c. p., 2637 c. c. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, in concorso tra loro, omissis, quale Presidente del Consiglio d'Amministrazione, e omissis, quale Amministratore Delegato di IMPREGILO S.p.A., diffondevano notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni IMPREGILO e delle obbligazioni emesse da società del Gruppo; in particolare:

1. *comunicavano al mercato in data 25.02.2003, l'avvenuta deliberazione di messa in liquidazione di IMPREPAR affermando, contrariamente al vero, che "il bilancio di liquidazione IMPREPAR chiuderà quindi sostanzialmente in pareggio e non produrrà ulteriori effetti economici rispetto alle svalutazioni già consolidate dalla capogruppo nella situazione trimestrale al 30 settembre 2002";*
2. *comunicavano al mercato, in data 10.03.2003, che "il bilancio di liquidazione evidenzia la capacità di IMPREPAR di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e della capogruppo IMPREGILO", circostanza non conforme al vero;*
3. *comunicavano al mercato, in data 30.12.2002 che "l'entrata di Equinox nel capitale di Fisia Italimpianti consente alla società di acquisire un socio finanziario in grado di sostenere lo sviluppo della società ed eventuali futuri investimenti", circostanza non conforme al vero.*

In Milano, sede della Borsa s.p.a. e luogo ove avveniva la diffusione dei comunicati di cui sopra, il 30.12.2002 nonché il 24. 2 e il 10. 3.2003.

⁵ Per avere una più circostanziata cognizione del fatto si riporta per esteso il capo d'imputazione:

D) del reato p. e p. dagli artt. 110 c.p., 2637 c.c. perché, in concorso tra loro, omissis, quale Presidente del Consiglio d'Amministrazione e omissis, quale Amministratore Delegato di IMPREGILO S.p.A., diffondevano notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni IMPREGILO e delle obbligazioni emesse da società del Gruppo; in particolare, nella relazione trimestrale comunicata al Mercato nel novembre 2003,

un diverso comunicato – l'accusa nei confronti dell'ente era, invece, caduta per l'insussistenza del reato-presupposto⁶.

La Corte d'appello ha confermato la sentenza del Gup del Tribunale di Milano; avverso alla sentenza di secondo grado, emessa il 21 marzo 2012, il Procuratore generale ha proposto ricorso per Cassazione.

La Suprema Corte, con sentenza n. 4677 del 18 dicembre 2013, ha accolto il ricorso e annullato la sentenza impugnata, rinviando il giudizio alla Corte d'Appello.

La Corte d'appello di Milano, all'esito del giudizio di rinvio, con sentenza emessa il 10 dicembre 2014, ha confermato l'assoluzione della società, motivando sulla mancanza della prova relativa alla sussistenza del fatto.

La pronuncia appena richiamata è stata, a sua volta, impugnata con ricorso per Cassazione avanzato dal Procuratore generale distrettuale, il quale ha rilevato che il Giudice del rinvio non si era uniformato ai principi di diritto affermati con la sentenza rescindente, con riferimento, in particolare, ai seguenti profili: *i)* riguardo all'asserita adeguatezza del modello adottato dalla società, la quale, non può ricavarsi dalla mera conformità dello stesso alle linee guida predisposte da enti sì autorevoli ma privi di potestà normativa; *ii)* relativamente alla non coincidenza della condotta fraudolenta, di cui all'articolo 6, comma 1, lett. c), D.Lgs. 231/2001, con la mera violazione della prescrizione contenuta nel modello, in cui si sarebbe, invece, sostanziato il comportamento tenuto dai vertici dell'ente, consistito nella sola alterazione o sostituzione del contenuto della comunicazione diffusa al mercato azionario, senza l'impiego di ulteriori condotte ingannevoli. In merito alla sussistenza del reato-presupposto, parte ricorrente ha, poi, evidenziato che, soprattutto nella sentenza di primo grado – sul punto, peraltro, si era uniformemente espressa anche la pronuncia della Corte d'Appello – era stata svolta una valutazione delle risultanze probatorie più approfondita rispetto a quella "incidentale", di regola ritenuta sufficiente ai fini dell'accertamento in questione.

All'udienza davanti alla Corte di Cassazione il Procuratore generale, condividendo e facendo proprie le argomentazioni esposte nel ricorso, ha chiesto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata.

La difesa di IMPREGILO S.p.A., ha depositato un'articolata memoria, proponendo, oltre alla questione centrale – accolta dalla Corte – alcune interessanti pregiudiziali.

indicavano un indice di bilancio (risultato operativo/valore della produzione) pari a 5,2% anziché l'indice reale del 5,0% specificato e presentato all'attenzione di omissis dalla Direzione Amministrativa della società.

In Milano, sede della Borsa s.p.a. e luogo ove avveniva la diffusione del comunicato di cui sopra, il 30.12.2002 nonché il 24.02 e il 10.03.2003.

⁶ Il Giudice di prime cure, con riferimento all'indice di bilancio indicato nella relazione trimestrale, osservava che la percentuale "gonfiata", pari allo 0,2%, aveva determinato un incremento del dato numerico di 5,9 milioni di euro su un fatturato di oltre 2 miliardi, grandezze che rendevano l'alterazione del tutto marginale e, quindi, inidonea ad influenzare *sensibilmente* il corso dei titoli della emittente.

3. Le questioni pregiudiziali.

Così ricostruito il complesso *iter* giudiziario, prima di addentrarsi nel *thema decidendum*, vale la pena, sulla scia del percorso argomentativo seguito dal Giudice della legge, ripercorrere l'analisi di tre rilevanti questioni pregiudiziali: i) *l'effetto preclusivo, rispetto all'esercizio dell'azione penale, della pregressa archiviazione dell'illecito ascritto all'ente*, ii) *l'intervenuta prescrizione del medesimo prima che fosse contestato ai sensi dell'articolo 59 D.Lgs. 231/2001* e iii) *il mancato/insufficiente accertamento del reato-presupposto*.

Riguardo al primo tema, è incontroverso che la contestazione dell'illecito ad IMPREGILO S.p.A. sia avvenuta solo a seguito dell'ordine di imputazione coatta formulato dal Giudice per le indagini preliminari; parimenti incontroverso è che, successivamente all'iniziale richiesta di archiviazione, l'azione penale sia stata esercitata senza acquisire elementi ulteriori rispetto a quelli sui quali era stata avanzata la richiesta di archiviazione.

Tanto premesso, il Giudice di legittimità ha condivisibilmente ritenuto infondato il preteso effetto preclusivo della richiesta di archiviazione del reato presupposto⁷ sull'esercizio dell'azione penale nei confronti della società, posto che – insegna la Corte – gli atti officiosi del rito penale non prevedono comportamenti concludenti con effetto surrogatorio; conseguentemente la natura del singolo atto non può essere alterata allo scopo di ricomprenderlo in una tipologia diversa da quella di appartenenza. Inoltre, nella materia della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'inazione del pubblico ministero non si esaurisce con la mera emanazione del relativo decreto motivato in quanto è comunque previsto un meccanismo di controllo “*ancorché non affidato al giudice per le indagini preliminari*”.

L'articolo 58 dispone, infatti, che il decreto di archiviazione sia comunicato al Procuratore generale presso la Corte d'Appello, il quale, ove opportuno, potrà svolgere ulteriori accertamenti e, qualora ritenga sussistano le condizioni, procedere direttamente alla contestazione dell'illecito all'ente.

Di talché, seguendo il ragionamento delineato nella sentenza in commento, anche qualora si volesse sostenere un'equiparazione tra il decreto previsto dall'art. 58 e la richiesta di archiviazione nei confronti della società, inviata al Giudice per le indagini preliminari, non sarebbe, in ogni caso, possibile ritenere, quest'ultima, un' *archiviazione di fatto* poiché manca la comunicazione della stessa al Procuratore generale e, quindi, il relativo controllo sull'atto a questi demandato.

Ma il Giudice della legge si spinge ancora oltre nel ragionamento, affermando che, a voler pure superare il dato letterale, sostenendo la sostanziale equivalenza tra richiesta di archiviazione e decreto *ex art. 58*, l'architettura del complessivo sistema predisposto dal D.Lgs. 231/2001 non preclude, comunque, un “*ripensamento*” da parte del pubblico ministero.

⁷ Nel caso che qui occupa, l'atto con il quale è stata presentata richiesta di archiviazione è stato redatto ai sensi degli artt. 408, 411 c.p.p. e degli artt. 125-126 d.lgs. 271/89 e non ai sensi dell'articolo 58 d.lgs. 231/2001.

Ne deriva che, nella vicenda IMPREGILO, la formulazione della contestazione nei confronti della società non può incontrare alcun ostacolo nella precedente richiesta di archiviazione avanzata dalla medesima autorità inquirente.

Con riferimento al diverso profilo della prescrizione dell'illecito amministrativo contestato all'ente, la Corte di cassazione, richiama, preliminarmente, il disposto dell'articolo 22 del D.Lgs. 231/2001, che – al primo comma – prevede, quale termine di prescrizione delle sanzioni amministrative, cinque anni dalla data di consumazione del reato. La prescrizione è però interrotta – secondo quanto stabilito dal comma 2 – dalla richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e dalla contestazione dell'illecito amministrativo ai sensi dell'articolo 59. In quest'ultimo caso, la prescrizione non decorre fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (quarto comma).

Nella vicenda in esame, l'illecito amministrativo sarebbe certamente estinto per intervenuta prescrizione se si avesse riguardo alla contestazione formulata dalla Procura di Milano, avvenuta il 6 marzo 2009 e, dunque, oltre i cinque anni dalla data di consumazione del reato presupposto, ma i Giudici di legittimità hanno puntualmente evidenziato che l'azione nei confronti dell'ente era già stata esercitata dalla Procura di Monza entro il termine quinquennale di prescrizione, previsto dall'art. 22 D.Lgs. 231/2001⁸.

E la richiesta di rinvio a giudizio, della Procura di Monza, non può essere considerata – secondo la corretta valutazione dei Giudici della legge – *“tamquam non esset”* in conseguenza della regressione del procedimento ad una fase precedente anche in ragione del fatto che, tale regressione, non è derivata da alcuna invalidità degli atti.

Viene, così, esteso alla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'orientamento, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, in virtù del quale *“il decreto di citazione a giudizio non inficiato di nullità, in quanto rappresenta il concreto esercizio dell'azione penale ed ha l'attitudine di esprimere la persistente volontà di perseguire l'illecito, costituisce valido atto interruttivo della prescrizione ancorché sia seguito da declaratoria di incompetenza per territorio da parte della stessa Autorità che lo ha emesso”*. Ne consegue che *“la declaratoria di incompetenza per territorio non priva di rilievo gli effetti interruttivi e/o sospensivi della prescrizione già intervenuti”*⁹.

Un ultimo, ma ad avviso di chi scrive, ben più rilevante - per la vicenda che qui interessa - tema affrontato dalla Cassazione in commento, in via (necessariamente) pregiudiziale *“poiché potenzialmente suscettibile di escludere a monte la possibilità di ascrivere un illecito all'ente”*, è quello dell'accertamento del reato-presupposto contestato alle persone fisiche.

⁸ Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Monza si dichiarava territorialmente incompetente con sentenza del 24 aprile 2006.

⁹ Cass. pen., Sez. II, sent. 3 marzo 2017 n. 30627, in *ItalggiureWeb*.

3.1. In particolare, sulla questione del mancato/insufficiente accertamento del reato presupposto.

La difesa di IMPREGILO S.p.A., muovendo dalla circostanza che il processo nei confronti degli imputati-persone fisiche si è concluso con sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, eccepisce il mancato accertamento del reato presupposto e, conseguentemente, l'inconfigurabilità dell'illecito amministrativo in capo all'ente.

Il tema riveste particolare interesse poiché, a fronte della disposizione di carattere generale, secondo cui *il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende* (art. 38, comma 1), assai frequenti – ben oltre le previsioni dei successivi commi dell'art. 38 – sono i casi di giudizi separati e, sempre meno rari, quelli in cui si procede unicamente nei confronti della persona giuridica, a mente dell'art. 8.

In questo più ampio contesto, si colloca la fattispecie del separato giudizio in cui sia stata ritenuta la prescrizione del reato.

Al riguardo, la Cassazione precisa, anzitutto, che, anche in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato-presupposto, il giudice è, comunque, tenuto ad un accertamento autonomo della responsabilità dell'ente (articolo 8, comma 1, lett. b), D.Lgs. 231/2001) e che, sul tema, la giurisprudenza è concorde nell'escludere la necessità di un accertamento definitivo e completo della responsabilità penale individuale, ritenendo, invece, sufficiente un accertamento anche solo incidentale del fatto di reato posto in essere dalla persona fisica¹⁰.

Tanto chiarito, nel caso specifico l'accertamento in questione, secondo il Giudice della legge, è stato indubbiamente svolto: se ne trova ampio riscontro nella pronuncia di primo grado, espressamente richiamata dal Procuratore generale ricorrente e fatta propria dalla Corte di cassazione.

Il giudice di prime cure, rispetto alle contestazioni rivolte all'ente ha – come si è già avuto modo di ricordare – diversamente motivato l'assoluzione: con riferimento alla diffusione al mercato dei dati contenuti nella relazione trimestrale, la società è stata assolta per insussistenza del reato-presupposto; con riferimento alla diffusione al mercato di due comunicati stampa aventi ad oggetto il bilancio di liquidazione della società controllata IMPREPAR¹¹ (nell'ordine, in data 25 febbraio e 10 marzo 2003), è stata ritenuta applicabile, alla società, la causa di esenzione della responsabilità prevista dall'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001.

¹⁰ Sul punto Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072, Pres. Ramacci, Est. Soggi, ric. P.G. c. Ficule Lucas & C. s.a.s., in *Dir. pen. cont.*, con nota di P. CIRILLO, [L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della cassazione](#).

¹¹ Risulta dalla sentenza che, con la prima comunicazione, si dichiarava la chiusura in pareggio del bilancio di liquidazione della IMPREPAR mentre, con la seconda, si evidenziava, sulla base dello stesso bilancio, la capacità della controllata di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e della capogruppo IMPREGILO. Dal mese di maggio 2001, IMPREGILO S.p.A. aveva concentrato nella società controllata IMPREPAR, oltre a partecipazioni minoritarie, la gestione del contenzioso esistente, la chiusura delle attività non operative e le commesse in via di esaurimento. In data 24 febbraio 2003, il giorno antecedente il primo dei due comunicati "incriminati", la IMPREPAR veniva messa in liquidazione dalla capogruppo.

Relativamente ai comunicati da ultimo citati, il Giudice dell'abbreviato ha ritenuto la sussistenza del reato presupposto. La motivazione sulla base della quale giunge a tale conclusione è articolata e valorizza, puntualmente, il cospicuo materiale probatorio portato alla sua attenzione (in particolare le informative di polizia giudiziaria richiamate in sentenza¹²).

I comunicati "incriminati" non corrispondevano a verità in quanto riportavano – secondo il giudicante – una stima di pareggio del bilancio di liquidazione contrastante con le stime redatte dallo stesso liquidatore della società¹³; in motivazione viene dato ampio spazio anche alle allegazioni difensive.

Ricostruite le posizioni dell'accusa e della difesa, il Giudice di prime cure ha ritenuto che la prova definitiva della non attendibilità dei comunicati diffusi al mercato era nel carteggio intercorso, il giorno dopo la comunicazione del 10 marzo 2003, fra il Presidente del consiglio di amministrazione della IMPREGILO e Borsa Italiana. Il Presidente lamentava, in particolare, la diffusione di voci false e di insinuazioni che avevano causato un brusco calo del titolo con conseguente sospensione per eccesso di ribasso. Tali voci sarebbero originate da alcuni dati sui ricavi stimati della società che gli uffici avevano dovuto comunicare, in assenza del Presidente e dell'Amministratore Delegato, a seguito di una richiesta di precisazioni avanzata proprio dai funzionari di Borsa Italiana.

La replica del Presidente era che le dichiarazioni dei dipendenti della società non tenevano conto della previsione, fatta dall'Amministratore, secondo la quale si attendeva, in futuro, una crescita media del 15 % dei ricavi ammettendo, però, che i ricavi in questione erano "ballerini".

I Giudici della Cassazione, nella sentenza in commento, concordando sulla "valenza sostanzialmente confessoria" del carteggio intervenuto con i rappresentanti di Borsa Italiana.

Dunque, il reato-presupposto deve ritenersi sussistente e, conseguentemente, il *thema decidendum* è la configurabilità, nel caso in esame, dell'esimente prevista dall'art. 6 del decreto 231.

¹² Sempre dalla sentenza risulta, in particolare, che dalla XVI informativa di Polizia Giudiziaria, si poteva inferire che, alla data del 31 dicembre 2003, la controllata IMPREPAR contava debiti verso la capogruppo per oltre 296.000.000,00 di euro e ciononostante – secondo quanto emerso da un memorandum acquisito presso un funzionario della IMPREPAR, nel gennaio del 2002 – si riteneva opportuno procedere comunque alla ricapitalizzazione della società per 25 milioni di euro, facendo assumere debiti alla capogruppo IMPREGILO per altri 35 milioni di euro.

¹³ Al riguardo, è stata ritenuta particolarmente significativa una comunicazione alla CONSOB, risalente al 13 marzo 2003, effettuata dal Presidente del consiglio di amministrazione, nella quale si affermava che i debiti e gli oneri della società – che pure risultavano aumentati rispetto al prospetto redatto dal liquidatore – venivano pareggiati dai "ricavi" generati dalla liquidazione, ricavi, tuttavia, non menzionati nel prospetto in questione. Segnatamente, con riferimento alla sopravvalutazione dei crediti, appariva particolarmente deceptivo l'ammontare dichiarato dei crediti vantati dalla IMPREPAR nei confronti dell'Iraq. Tale posta era stata, peraltro, valutata senza tenere conto del perdurante stato di guerra del Paese. La documentazione interna smentiva, dunque, sia le dichiarazioni alla stampa che le comunicazioni ufficiali alla CONSOB.

4. Il *thema decidendum*.

Il *thema decidendum* che fa della sentenza in commento un *leading case* – come si è già anticipato – è la possibilità di imputare a una società di grandi dimensioni (Impregilo, appunto) un delitto di *market abuse* (aggiotaggio informativo) realizzato dagli apicali attraverso una comunicazione al mercato, tenuto conto in particolare che: (a) la società si era sì dotata di un MOG, ma estremamente sincopato, di fatto ricalcante le linee guida dell’associazione di categoria (Confindustria); (b) l’OdV era monocratico e le sue funzioni affidate a un dipendente della società; (c) non erano emerse, da parte degli apicali indagati, condotte materiali, *diverse dalla condotta tipica* del delitto contestato, *per se* connotate da evidenti requisiti di decettività, vuoi ‘artificiosa’, vuoi ‘raggirante’.

4.1. Il *pregresso argomentativo*.

La ‘storia’ processuale del caso ha visto contrapporsi due divergenti paradigmi interpretativi: (i) quello di prima istanza, del GUP di Milano Manzi (confermato in appello), innovativo e ‘progressista’, che nega la responsabilità dell’ente *vs* (ii) quello del primo dei due giudizi di legittimità *in re* Impregilo, orientato a un *revirement* ermeneutico in chiave conservatrice e ‘rigorista’, che tale responsabilità invece afferma¹⁴. Entrambi questi orientamenti si focalizzano, ovviamente da prospettive opposte, sulla struttura del criterio imputativo: “*colpa di organizzazione*” nel lessico di entrambi, ma con declinazione divergente del *significato* normativo-sistematico da assegnarsi a tale condiviso *significante*.

In estrema sintesi.

(a) I punti nodali del ‘paradigma Manzi’ sono costituiti: da un lato, dalla esplicitata adesione a una concezione *normativa* della “colpevolezza dell’ente”, connaturalmente animata dal principio/criterio di *esigibilità* della condotta osservante; dall’altro lato, da una lettura in chiave *soggettiva* dello spinoso requisito della “*elusione fraudolenta*”. Il primo approccio impone all’interprete la *contestualizzazione*, anche storica, del rimprovero da muoversi alla persona giuridica, nel caso di specie risultata determinante per la decisione assolutoria (le lontane origini processuali del caso datavano pochi anni dopo l’entrata in vigore del *novum* legislativo). Il secondo approccio si radica sul terreno del metodo *teleologico* di interpretazione delle norme, al fine di

¹⁴ Come detto, aveva escluso la responsabilità dell’ente il Trib. Milano, 17 novembre 2009, G.U.P. Manzi; sentenza poi confermata in appello da Corte d’Appello Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, Pres. ed est. Paparella. Dopo l’impugnazione del Procuratore generale distrettuale interveniva la Suprema Corte con un primo arresto - Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 - che accoglieva il ricorso annullando con rinvio la sentenza e sollecitando la Corte d’appello di Milano ad un nuovo accertamento di fatto. A seguito del rinvio, la Corte di Appello di Milano tornava a pronunciarsi con sentenza del 10 dicembre 2014, confermando la decisione assolutoria del primo giudice, ma modificandone la formula in quanto riscontrava la mancanza di prova della sussistenza del fatto. Dopo l’ulteriore impugnazione da parte del Procuratore generale interveniva la sentenza in commento.

ritrovare – aggirando l'apparentemente insuperabile barriera che devia, nel caso degli apicali, sul canale morto dell'immedesimazione organica – la giusta rotta verso una responsabilità *veramente* colpevole, atta a superare le secche dell'*hindsight bias* (c'è stato reato, quindi c'è responsabilità), vale a dire il sillogismo imputativo tipico di ogni forma di responsabilità oggettiva 'di posizione'¹⁵.

(b) Per converso, il *rationale* della decisione 'restauratrice' si aggrappava tenacemente alle maniglie del metodo *formalistico-letterale*, da un lato, ricostruendo il modello di responsabilità per così dire *in astratto*, impermeabile alle 'circostanze concomitanti' del caso concreto e con prognosi di idoneità (del MOG) *ex ante* e base, più che parziale, *stereotipata* (ad es.: un OdV monopersonale non perfettamente indipendente *non può che essere* (con)causa dell'illecito successivamente commesso). Dall'altro lato, questo diverso approccio si allinea a una lettura *oggettiva* (oggettivo-materiale) del requisito della "fraudolenza" sfruttando l'aggio rappresentato dalla – innegabile – maggior aderenza di questa lettura alla *lettera* della terminologia usata dal legislatore storico. In altri termini, l'ente non può sfuggire a responsabilità se non vi è prova (prescindendo qui per il momento su chi gravi l'onere di tale prova) di un parallelo "*illecito di frode*", completo di tutti i suoi elementi di "tipica tipicità", da parte dell'apicale, risultando vittima di quest'ultimo lo stesso ente corresponsabilizzato¹⁶.

Profilo da non trascurare: il paradigma 'controriformista' si teneva ben al largo di una *reale sistematizzazione* – in chiave dommatica – del criterio imputativo-base della responsabilità *ex crimine* dell'ente, cioè di quella "*colpa di organizzazione*" che ormai rappresenta il *topos* universalmente accettato e accreditato di tipicità soggettiva dell'illecito di una *company*.

4.2. Il 'nuovo' impianto argomentativo.

L'intento sistematico *generale* (di "teoria generale") perseguito invece dalla sentenza che si commenta¹⁷ traspare sin dalle prime battute della 'parte in diritto' (§ 7 e ss.), ma soprattutto si evince dall'impianto complessivo della motivazione, che si articola in una serie di passaggi logico-argomentativi tra loro sempre strettamente connessi e corrispondenti ad altrettanti postulati propensi a tradursi in conseguenti note essenziali del Tipo soggettivo dell'illecito dell'ente.

Va anzitutto precisato che il *proceeding* argomentativo della decisione passa diligentemente attraverso le tre 'stazioni' che la storia processuale del caso, nel suo annoso evolversi, aveva edificato come altrettanti *focus* della questione sottoposta: (I) la funzione tipizzante del MOG *sub specie* di idoneità cautelare; (II) i requisiti di

¹⁵ Per un commento a questa sentenza si rinvia a C.E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei "vertici": una sentenza "apripista"*, in *Le Società*, 4/2010, p. 476 ss.

¹⁶ Corrispettivamente, v. C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione - Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 4/2014, pp. 476-477.

¹⁷ Perfettamente individuato e scolpito da C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"*, cit., p. 3 ss.

adeguatezza, per struttura e per funzione, dell'OdV; (III) il profilo di tipicità da assegnarsi all'ulteriore requisito (trattandosi di fatto-reato degli apicali) della "elusione fraudolenta".

Tuttavia, mentre nella pregressa attività giurisdicente questi tre aspetti erano stati trattati separatamente, come distinti elementi da trattarsi 'uno per uno', nell'ultima decisione la loro trattazione diviene unitaria, fornendo anzi il pretesto – meglio, lo spunto – per disegnare, attraverso la definizione di questi centrali profili di tipicità dell'illecito collettivo, il 'volto sistematico' del paradigma imputativo noto come 'colpa di organizzazione'.

4.2.1. Il primo versante della tematica affrontato riguarda direttamente il criterio generale di imputazione soggettiva, nei suoi contenuti strutturali e nella sua dinamica accertativa. Questa parte (che occupa il testo della sentenza dalla p. 10 alla p. 12) si articola in sei consecutive proposizioni, diversamente definibili sotto il profilo della tassonomia propria della tecnica dell'argomentazione.

(i) La prima – la più generale – è un postulato descrittivo dell'essenza della responsabilità, ricavata dal suo *teleologismo* che ne fissa la *nozione*: la finalità preventivo-cautelare del rischio-reato che il legislatore le ha assegnato la costituisce, tecnicamente *colpa*, e *colpa di/per organizzazione*.

(ii) La seconda proposizione, invece, è un puro assioma, enunciato, non perché autoevidente, ma, all'opposto, in quanto assunto come 'punto di partenza' non dimostrato ma ritenuto indispensabile al discorso. Un assioma (ermeneutico) a ben vedere *praeter se non contra litteram legis*. Ci riferiamo con ciò alla categorica affermazione del Collegio secondo cui «l'anzidetta *previsione normativa* [l'art. 6] *non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio (...)* grava dunque sull'accusa l'onere di (...) individuare (...) gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo». In questo passo particolare la sentenza cita il notissimo arresto *in re Thyssen-Krupp*¹⁸, ma si spinge oltre nella tassatività e ampiezza dell'asserzione. Là infatti il giudice nomofilattico, espresso il principio, lo aveva corroborato argomentativamente in ragione dell'esistenza di un *onus probandi* accusatorio relativo alla dimostrazione in giudizio dell'esistenza del reato-presupposto¹⁹; e qui si fermava. Un dato incontestabile, quello (ci mancherebbe!), ma *non*

¹⁸ Cass. Pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhan, § 62, in *Cass. pen.* 2015, 2, p. 426 ss.

¹⁹ La sentenza Thyssen (v. nota precedente) testualmente affermava: «Occorre allora ricostruire in guisa diversa quella che solitamente viene denominata colpa d'organizzazione, considerandone il connotato squisitamente normativo. Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione. Al riguardo, peraltro, non si configura un'inversione dell'onere della prova. Come la Corte di cassazione ha già avuto modo di porre in luce (Sez. 6, Scarafia cit.), la responsabilità dell'ente si fonda sulla indicata colpa di organizzazione. Il riscontro di tale deficit organizzativo consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale. Grava sull'accusa l'onere

coperto dalla formula legislativa “*l’ente non risponde se prova che*”, evidentemente riferita a un oggetto di prova *diverso*, cioè appunto l’*idoneità* del modello cautelare autonomato, che dà corpo e sangue alla colpa di organizzazione come paradigma *autonomo* di responsabilità. Diversamente, i Giudici della VI Sezione, una volta ribadito l’“enunciato Thyssen”, sia pure attraverso passaggi discorsivi apparentemente (ma solo apparentemente) paratattici, agganciano nella sua sostanza significativa il secondo oggetto di prova al primo, sottoponendoli entrambi a identico regime; quello proprio e vigente nell’*intero* sistema penale e, transitivamente, nell’*intero* sistema sanzionatorio ‘punitivo’.

Si tratta di una svolta, o, meglio, del passaggio finale di un percorso interpretativo già da tempo in atto il cui approdo consiste in sostanza nella ‘interpretazione autentica’ – *id est*, nella modificazione testuale – di una norma pur in sé chiara e precisa, ancorché ‘scomoda’.

Merita allora chiedersi, anzitutto, di quale paradigma ermeneutico abbia fatto uso in questo caso la Suprema Corte, e, secondariamente, se tale paradigma esorbiti o meno la sfera di competenze del Formante giudiziario ordinario.

Certamente si tratta di un esercizio di “giurisprudenza ‘creativa’”: ma di un genere diverso da quello che comunemente viene associato a siffatto neologismo del discorso sull’ermeneutica, il quale designa operazioni interpretative del/i testo/i normativo/i estendendo o restringendo l’area semantica dei *verba legis*. Il suo campo di azione – e di conflitto – corrisponde, in altri termini, alla striscia di quel territorio confinario che separa l’*interpretazione*, che anche nella sua massima espansione possa continuare ad essere ritenuta tale, dall’*analogia*. E, si badi, qui persino lo sconfinamento nell’analogia non sarebbe precluso all’interprete, trattandosi perspicuamente di analogia di norma (processuale) *in bonam partem, pro reo*. Ma nel nostro caso i due presupposti essenziali che fomentano e legittimano siffatte operazioni difettano. Difetta anzitutto la *lacuna* che, altrove, esige un *completamento* della disciplina estendendola a casi realmente (analogia) o apparentemente (interpretazione estensiva) non abbracciati dalla semantica legislativa. Difetta inoltre l’*ambiguità* (l’*anfibia*) dei lessemi o dei sintagmi impiegati dal legislatore²⁰. La formula usata, pur nella sua lapidarietà, esaurisce completamente la

di dimostrare l’esistenza dell’illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell’interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende “per rimbalzo” dall’individuo all’ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l’azione dell’uno all’interesse dell’altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell’ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente. La condivisa pronuncia considera altresì che militano a favore dell’ente, con effetti liberatori, le previsioni probatorie di segno contrario di cui al D.Lgs. n. 231, art. 6, afferenti alla dimostrazione di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nessuna inversione dell’onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell’ente, gravando comunque sull’accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell’ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria.»

²⁰ In argomento, la letteratura è ovviamente sterminata. Per limitarsi alle citazioni italiane più ‘classiche’. cfr. *in primis* N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp.125 ss., spec. p. 171 ss., nonché L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Padova, 1954; ID., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, Milano,

disciplina del regime probatorio dettato; d'altra parte la connessione immediata fra il soggetto e il verbo che la compongono "l'ente (...) prova" non rilascia alcuna ambiguità semantica. Dunque, più correttamente lo sbocco interpretativo del discorso dei Giudici ordinari supremi può essere letto, da punto di vista metodologico, come un esempio di *interpretazione manipolativa* (del testo normativo: "se prova che" va letto come "se viene provato che"); tecnicità ermeneutica non ignota al nostro ordinamento, ma come si sa sinora riservata al Giudice costituzionale.

Occorre chiedersi, allora, se tale esito ermeneutico, segnatamente se destinato a consolidarsi come un *menhir* nel panorama processuale della responsabilità dell'ente, incontri degli ostacoli o si esponga a censure sotto il profilo appunto del (paventato) rischio di 'straripamento di potere'. È per noi possibile fugare questo ingombrante dubbio, e sulla scorta di due distinti e sinergici argomenti: costituzionale, l'uno, teleologico, l'altro. È, da un lato, difficile negare che, se interpretata *alla lettera*, la regola processuale dettata dall'art. 6 impatta frontalmente con l'art. 27, comma 2 (ma anche comma 1) della Costituzione, e in ogni caso contro l'art. 6 comma 2 CEDU. Dall'altro lato, è evidente che un modello processuale comunque punitivo che aggravi irragionevolmente gli oneri probatori dell'incolpato sino ai limiti della *probatio diabolica* frustra alla radice e *già in astratto* la finalità generalpreventiva assegnata dal legislatore al 'sistema 231'. Conseguenza più che plausibile, se non inevitabile: l'attività nomofilattica nella specie svolta dalla Corte in aderenza al teleologismo generale della normativa è, *tout court, costituzionalmente orientata*, volta cioè a mantenere nel sistema un meccanismo di accertamento della responsabilità che nel sistema può – è legittimato a – restare *alla sola condizione che* la lettera della disposizione sia 'manipolata' in assonanza con il superiore dettato dell'art. 27, comma 2 Cost. D'altra parte, non è mancato da parte della stessa Corte costituzionale l'incoraggiamento, rivolto alla Corte di legittimità e improntato all'implementazione a livello ordinamentale del generale principio di economia processuale, a ricorrere a interpretazioni costituzionalmente orientate, così alleviando il Giudice delle Leggi dal carico di quelle questioni risolvibili attraverso una lettura 'creativa' o comunque estensiva di lettere della norma penale che se formalmente declinate disvelano più o meno profondi *vulnera* della Carta²¹. È bensì anche vero che tali operazioni le vediamo effettuate con riguardo a testi normativi appunto caratterizzati da anfibiaologia o vaghezza (e non è questo il caso); tuttavia l'opzione più 'avanzata' adottata della VI Sezione non deve essere considerata stravagante. Al netto del fatto che si tratta di un'interpretazione antiformalista comunque *in bonam partem* (e nella nostra

1958, pp. 348 ss.; G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957, pp. 607 ss. e successivamente in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 158 ss. Per la dottrina più recente, v. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI e V. VELLUZZI, Torino, 2008, pp. 149 ss. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011; L. PELLICCIOLI - V. VELLUZZI (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

²¹ Su questo tema e sulla sua evoluzione nelle diverse stagioni della Corte costituzionale, con puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Consulta v. la raffinata ricostruzione critica di V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 49 ss.

materia è ovviamente dato non indifferente), si dovrebbe considerare che la manipolazione del significato di un significante *per se* monosemantico, ma costituente una *regola* contraria a un *principio*, quest'ultimo di rango sovraordinato alla regola, null'altro rappresenta che il frutto di un'ermeneutica, se vogliamo dirlo così, *ipernormativa*. Un'ermeneutica cioè che *esclude* dai significati possibili dell'enunciato deontico quello che risulti *estraneo* allo spettro semantico immodificabilmente incluso nel perimetro normativo recintato dal reticolato dei principî costituzionali. 'Sostituendo' appunto tale espressione linguistico-deontica *aliena* con la più prossima, semanticamente, delle espressioni costituzionalmente *consentite* in quanto *domestiche* per il sistema dei principî costituzionali che sovrintendono la responsabilità punitiva.

4.2.2. Le successive proposizioni (pp. 11-12) dal canto loro possono essere lette come un *teorema sistematico*, atto a fondare il Tipo (colposo) della autonoma responsabilità *ex crimine* della persona giuridica. Quella cioè che nel lessico penalistico si definisce come la *fattispecie soggettiva* dell'*illecito*, la quale però, quando si tratta di responsabilità per colpa, è costruita in termini *normativi* e *oggettivi* (c.d. *figura/misura oggettiva della colpa*).

Il primo enunciato di siffatto teorema si compone di due sotto-enunciati, l'uno *negativo*, l'altro *positivo*.

(iii) Si *nega*, anzitutto, che la realizzazione del reato da parte della persona fisica-rappresentante sia *per se* idonea a fondare il rimprovero di colpa; rifiuto *a priori* della logica dell'*hindsight bias* (il "*post hoc, propter hoc*"!) che, segnando il trapasso al paradigma della responsabilità oggettiva, funge anche da soglia insuperabile al di qua della quale si trova lo spazio assegnato alla colpa. Breve: la responsabilità '*ex 231*' è *autentica* responsabilità colposa, non 'per immedesimazione' o 'per rischio assunto'.

(iv) Si *afferma*, poi, per converso che, «*secondo una concezione normativa della colpa*» (p. 11) il fulcro del rimprovero all'ente consiste nella violazione di una (o più) regola/e cautelare/i *specifiche* volte proprio «*a prevenire reati della specie di quello verificatosi*» (p. 12), non già a scongiurare genericamente, in modo «*totalizzante*» (sono sempre parole della sentenza), una qualsivoglia forma di illegalismo della *societas* (ovvero, a prevenire reati *diversi* da quello commesso). Si fissa così anche in questo nuovo paradigma di responsabilità il caposaldo cautelare del Tipo colposo: *specificità* delle regole cautelari combinata al *finalismo orientato* sulla minimizzazione di un altrettanto specifico e speculare *rischio*. Si formalizza in questo modo il *circolo sistematico* che muove dal *rischio* per modellare su questo la *regola* (autonormata)²², che, se osservata, esime da

²² C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 141 ss.; S. B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931 ss.; ID., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *DisCrimen*, 15 giugno 2022; da ultimo, cfr. in tema la monografia D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022.

responsabilità anche qualora si verifichi l'evento (il reato-presupposto) che sia (*purché sia!*) la concretizzazione proprio di *quel* rischio sul quale la *specifica* regola è stata costruita.

(v) Come i moderni teorici della colpa insegnano, a questo punto manca ancora un elemento per comporre il Tipo oggettivo del delitto/illecito colposo: la c.d. "*copertura del rischio tipico*" o "*causalità della colpa*" [nella misura in cui - correttamente si dice - il *crimen culposum* è 'a doppia causalità: l'una, *naturalistica*, che collega l'evento tipico alla condotta, l'altra, *normativa*, che collega, in duplice sequenza, l'evento al rischio e il rischio alla (finalità della) regola cautelare]²³.

Ebbene anche sotto questo profilo la sentenza non delude le aspettative. Per la prima volta – che ci consti – a chiare lettere la Corte testualmente afferma: «*occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare era diretta a fronteggiare. Occorre cioè una corrispondenza causale tra la violazione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo*» (p. 11).

(vi) Il 'teorema della colpa' viene infine completato dal Supremo Collegio, esigendo dal giudice del merito anche la verifica 'in negativo' incentrata sulla valenza causale (ipotetica) del c.d. "*comportamento alternativo lecito*"; una sorta di 'prova di resistenza' cui la causalità della colpa deve essere sottoposta per consentire la chiusura del circuito eziologico normativo, escludendo l'ipotesi che *anche se* la regola fosse stata rispettata, l'evento-reato *si sarebbe comunque* verificato. In questo caso, il controfattuale euristico è costruito – come sempre – in termini naturalistici (naturalistico-scientifici, anche su base semplicemente statistica/probabilistica), mentre normativamente è costruita l'ipotesi maggiore del sillogismo, cioè l'individuazione del comportamento *osservante* della regola *in concreto* da individuarsi, a sua volta idonea a minimizzare il rischio-reato la cui concretizzazione ha fomentato il processo.

E anche su questo versante del Tipo, il *dictum* della Cassazione è icastico: «*Se l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa. Ne deriva che, nel caso in cui [non] sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata*» (p. 11).

5. Le nostre valutazioni sul modello ascrittivo della responsabilità colposa dell'ente: due opinioni a confronto.

Tiriamo le somme sull'insieme degli enunciati che compongono il 'teorema sistematico' (la cui dimostrazione, preparata dai precedenti postulati, è fondata sul *teleologismo* dell'intero modello ascrittivo di responsabilità punitiva all'ente).

²³ Per limitarsi alla saggistica su questo aspetto specifico del Tipo colposo, cfr., S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1225.

5.1. *La sistematica del modello.*

5.1.1. Punto.

Indagando la sistematica di questo *novum* normativo, in altra sede si sono individuati due possibili paradigmi di imputazione di una responsabilità *ex crimine* alla persona giuridica: *metaforico* vs. *analogico*²⁴.

Ora, non pare dubbio che la Sezione VI in questa occasione abbia aderito all'opzione *analogica*. La 'colpa di organizzazione' dal punto di vista strutturale e dommatico è riconosciuta come *species* della c.d. "colpa penale" – *rectius*, del Tipo colposo di *Unrecht* nelle sue componenti oggettive – che dunque si caratterizza come (modello di) illecito: (a) di *evento* (qui rappresentato e coincidente con il reato-presupposto realizzato dalla persona fisica-rappresentante); (b) integrato da una condotta inosservante di una *regola cautelare specifica* (nella specie, frutto di autoformazione spontanea dello stesso destinatario dell'obbligo presidiato da sanzione); (c) dotato altresì di un *doppio nesso* di causalità (come si è detto: l'uno *naturalistico* che lega la condotta violatrice della cautela all'evento; l'altro *normativo*, che collega la violazione cautelare al *rischio tipico* di cui l'evento-reato è la concretizzazione).

La Corte non ha invece preso posizione circa il tipo di schema (inevitabilmente e 'ontologicamente' plurisoggettivo) al quale questa nuova forma di responsabilità dovrebbe essere ricondotto (concorsuale 'puro'; omissivo improprio; di 'autoria mediata'; di agevolazione colposa?). Ma per la risoluzione del caso sottopostole ciò non le era richiesto e neppure era necessario. Tanto detto, non crediamo di tradire il pensiero della VI Sezione affermando che essa, per quanto le riguarda, prendendo – sia pure implicitamente – posizione sul noto dibattito (concezione *monistica* vs concezione *pluralistica*), ha definitivamente concluso per la *unicità* dell'illecito imputato a titoli (inevitabilmente) diversi alla persona fisica e, rispettivamente, alla persona giuridica. Se unico è l'evento (il reato-presupposto) sul quale, a tacer d'altro, si calibra e si accerta la copertura del rischio tipico, cioè l'elemento che completa il paradigma della colpa (*tanto* della 'colpa' individuale, *quanto* della 'colpa di organizzazione'), altrettanto unico non può che essere l'illecito che il giudice *penale* accerterà (o meno) in giudizio.

In ogni caso, resta ferma l'opzione a favore di un modello 'forte' di tipicità del fatto illecito dell'ente anche sul suo versante 'soggettivo' – *rectius*, di imputazione *personale* della responsabilità.

Ogni teorema che si rispetti ha il suo (o i suoi) corollario/i. Il 'teorema sistematico' sopra ricostruito lo individua in relazione alla *funzione dell'OdV* e al *rationale* cui affidarsi per declinarla correttamente pp. 14-18).

Anche su questo punto l'argomentazione è lineare e si articola in due passaggi essenziali.

²⁴ V. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 192 ss.

(a) Il primo riguarda la (i limiti della) funzione *impeditiva* (si potrebbe anche dire del *dovere* impeditivo) dell'Organismo di Vigilanza. In questa prospettiva tale organo, all'interno del paradigma cautelare, viene concepito – anch'esso – come una *regola* preventiva; ma si tratta di una sorta di *meta-regola* – 'dinamica' ed *ex post* – volta a presidiare, sempre cautelarmente, l'universo delle regole autonormate che costituiscono la parte '*statica*' del MOG (del quale – è fuori discussione – l'OdV è parte integrante)²⁵.

(b) Il secondo corollario concerne la – reale – *impedibilità concreta* dell'evento-reato da parte del controllo *ex post* effettuato sull'osservanza delle regole cautelari autonormate da parte dell'OdV, per come esso è costituito e per come agisce. *Impedibilità concreta*, in quanto da verificarsi in relazione alle *specifiche modalità* di esecuzione del reato-presupposto che fomenta la responsabilità dell'ente. Se il primo passaggio, nel paradigma colposo così delineato, riconduce la componente strutturale "OdV" nell'alveo dell'"elemento tipico" "*regola cautelare*", il secondo passaggio ne valorizza il ruolo di 'antecedente causale' o *condizione* determinante, a fini euristici, per articolare il controfattuale (naturalistico-normativo) tipico della "*causalità della colpa*".

Nell'argomentare della Corte i due distinti profili, calati nel caso concreto, si intrecciano o, per meglio dire, operano sinergicamente, costituendo l'uno la *ratio explicandi* dell'altro. Si muove proprio dalla peculiarità del caso concreto (il reato-presupposto è stato «*frutto di un'iniziativa estemporanea di costoro [gli amministratori] tra loro concordata in tempi strettissimi*» – p. 15 –); su questa base si verifica la *causalità* di un (pur accertato) *deficit* cautelare rilasciato dall'OdV (nella specie individuato nella sua composizione monocratica e 'dipendente') correlandola alla testata rilevanza eziologica della speculare *condotta alternativa lecita* (una composizione più corretta dell'organismo) rispetto alla realizzazione dell'evento-reato. È in questo modo, e secondo questa sequenza euristica che i Giudici della VI Sezione utilizzano lo *statuto tipico* riservato all'OdV nel suo ruolo di *meta-regola* cautelare.

Se ne ricava che, per immaginare l'impedimento della condotta criminosa imputata agli apicali si sarebbe dovuto presupporre un *potere preventivo di controllo*, da parte dell'organo della vigilanza, sulla sua corretta osservanza delle regole del MOG da parte degli apicali; ma questa *non* è affatto la *funzione tipica* dell'OdV pensata dal legislatore storico! Se così venisse concepita, nell'attuazione pratica del Modello vi sarebbe un'indebita e ingiustificata commistione fra gestione, che spetta esclusivamente agli amministratori, e controllo, che spetta ai diversi organismi societari che varie forme di vigilanza sono deputate a esercitare. Tra questi è ricompreso l'OdV, ma attenzione: il controllo esercitato da quest'organo è esclusivamente sul *sistema di regole* cautelari – sul MOG – e *non* sugli atti gestori (controllo che spetta ad altri organismi endosocietari: ad es. ai sindaci); è pertanto entro questo perimetro funzionale che va saggiata l'idoneità (nel lessico della teoria causale diremmo: la *propensività*) impeditiva dell'attività dell'OdV, valutata, certo, sia sulla base, genetica, della sua composizione e autonomia, sia sulla base, operativa, della concreta attività svolta, di intercettazione delle violazioni

²⁵ Sul quale, esaustivamente, cfr. A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019.

anticautelari. Detto altrimenti: ciò che all’OdV compete è il *rispetto* delle regole di prevenzione dei reati, non l’*impedimento* dei reati stessi.

Ed è su tale base concettuale (sovvertitrice dell’opposto *dictum* pronunciato sul punto dalla precedente sentenza della Cassazione, Sezione V) che in questo caso concreto la Suprema Corte esclude la sussistenza – all’interno del paradigma imputativo “colpa di organizzazione” come sopra costituito – della componente tipica “causalità della colpa”; nella misura in cui, per le ragioni di cui *retro*, rispetto alle modalità di condotta illecita tenuta dagli apicali «*rimane del tutto indifferente il grado di autonomia più o meno ampia riconosciuto all’organismo di vigilanza, così come pure la sua composizione monocratica*» (p. 15). Detto in altri termini: nel caso di specie una sorveglianza preventiva degli atti di gestione degli amministratori era l’unica ‘condotta alternativa lecita’ dotata di capacità causale-impeditiva del rischio-reato; esorbitando tale condotta dal perimetro dei poteri funzionali dell’organo, struttura e attività di quest’ultimo divengono eziologicamente irrilevanti e i loro eventuali (e qui peraltro riconosciuti) *deficit* in sé inidonei a fondare la responsabilità della *societas*.

Una postilla in punto di contenuti e limiti funzionali dell’OdV. Alla luce del *dictum* che si commenta ci pare a questo punto fugato ogni dubbio e dissolta ogni suggestione circa la possibilità di ravvisare in capo ai componenti dell’organismo di vigilanza un *potere* di sorveglianza/controllo, e, conseguentemente, di costituire una *posizione di garanzia* (eventualmente idonea a integrare il paradigma di cui all’art. 40 co. 2 c.p.); senza *potere* non ci può essere *dovere*.

5.1.2. Contrappunto.

Non si può negare che la sentenza in commento modelli la colpa di organizzazione mutuando per analogia il paradigma ascrittivo della responsabilità penale colposa della persona fisica: nella prosa dei Giudici di legittimità della sesta sezione, l’isotopia della colpa di organizzazione con il reato colposo è chiarissima²⁶. La “coincidenza” della colpa di organizzazione con la c.d. “colpa penale”, però, non convince del tutto.

Una battuta per rendere l’idea: la disciplina della responsabilità amministrativa della persona giuridica non contempla un agente modello bensì un modello organizzativo.

Gli obblighi di contenimento di fatti illeciti altrui assumono, nello schema applicativo della 231, una dimensione del tutto peculiare rispetto a quella della posizione di garanzia tipica del diritto penale della persona.

Diversamente dalla “prevenibilità” dell’evento dannoso nel reato colposo, l’“idoneità a prevenire il reato” è sempre perseguita attraverso “misure organizzative”: il MOG è strutturato in cautele, protocolli, presidi, interconnessi tra loro; sul cui

²⁶ In questo senso v. C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” cit.*, secondo cui «*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 fisica*» (p. 4).

funzionamento vigila l'OdV, che, per svolgere adeguatamente il proprio compito, deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Dunque, un sistema di *compliance* complesso, la cui finalità è la mitigazione del rischio-reato, posto che il rischio che un sottoposto o un apicale commetta un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente non potrà mai essere totalmente escluso. Pertanto, la valutazione dell'"idoneità preventiva" delle cautele adottate e attuate, pur replicando lo schema della c.d. "colpa penale", si fonda su parametri diversi. Nell'accertamento della responsabilità dell'ente difficilmente si può fare affidamento su leggi scientifiche di copertura, il ragionamento del Giudice piuttosto «*si snoderà attraverso "massime di esperienza" calate, però, in un contesto altamente "organizzato"*»²⁷.

Ancora una postilla: la maggiore complessità del giudizio non può, tuttavia, legittimare alcun genere di scorciatoia: il riferimento è a quelle recenti pronunce di merito, che per giungere ad una valutazione negativa del MOG puntano sulle caratteristiche e sull'operatività dell'OdV, le cui aporie sono più agevolmente evidenziabili²⁸.

Ma, nel caso qui in esame, l'inadeguatezza dell'organismo, già sul piano della sua incongrua composizione, non ha avuto alcun collegamento causale con la consumazione del reato-presupposto per via della "condotta sorpassante" degli apicali, cui il fatto è stato ascritto e sul quale si tornerà più avanti.

6. Il 'nodo' del requisito di "elusione fraudolenta".

Resta da sciogliere il groppo ermeneutico forse il più spinoso per l'interprete annodato dalla norma scrutinata (l'art. 6 d.lgs. 231/2001). Ci riferiamo ovviamente al requisito aggiuntivo della "elusione fraudolenta" del MOG da parte degli apicali-persone fisiche autori del reato-presupposto; come recita la disposizione, solo l'accertamento anche di questo ulteriore elemento può escludere la 'colpa di organizzazione'²⁹.

Qui, *in limine*, una considerazione sembra opportuna. A ben vedere, in un paradigma tipologico espressivo della "colpa di organizzazione" quale quello sinora descritto sulla falsariga di questa recente ermeneutica di legittimità, l'elemento della "elusione fraudolenta" appare come un corpo estraneo, non rintracciabile, a riprova, in

²⁷ Cfr. ancora C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" cit.*, il quale giunge alla conclusione che «*l'isotopia con il reato colposo conosce, quindi, un parziale distacco, imputabile alla diversità del contesto culturale che contraddistingue le organizzazioni complesse*» (p. 6).

²⁸ 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.; 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 *questa Rivista*, 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.

²⁹ Su cui cfr. perspicua analisi di A. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova 2013.

nessuno dei possibili modelli di costruzione della responsabilità per colpa. Breve: un siffatto elemento è certamente *alieno* al ‘classico’ Tipo colposo cui la sentenza in esame esplicitamente si ricollega. Anzitutto, in quanto non è un fattore la cui presenza *fonda* la colpa, ma che, all’opposto, se presente, la *esclude*; di conseguenza esorbita *per se* dal novero degli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva della colpa (di qualsiasi *species* di colpa!). Inoltre, tale elemento ‘integrativo’ consiste nel *fatto* (nel comportamento) *doloso altrui*, e per di più questo ‘altro’ è un corresponsabile del soggetto (l’ente) di cui si deve verificare la colpa (processualmente, si tratta addirittura di un coimputato). Ma non è nota alla sistematica punitiva un’ipotesi in cui la *colpa* di un corresponsabile sia esclusa dal *dolo* di un altro corresponsabile; una intenzionalità tipica che, peraltro, (non è dettaglio da poco) non investe il fatto-reato imputato a tutti i corresponsabili, bensì una condotta “parallela” *in danno* del corresponsabile indagato per colpa, il quale, rispetto a tale condotta *dolosa* assume, in definitiva, il ruolo di vittima. È semmai conosciuta (ancorché controversa), nel diritto penale ‘classico’, l’ipotesi di un concorso doloso in fatto colposo (o viceversa): ma si tratta di cosa ben diversa, che anzitutto riguarda la *stessa* condotta tipica, e inoltre non esime da responsabilità non solo l’agente doloso, ma neppure l’agente colposo.

Breve: dal punto di vista dommatico siffatta sovrastruttura del modello imputativo dell’ente costituisce un rebus, se non un autentico rompicapo.

In questa prova enigmistica si sono misurati gli interpreti, proprio avendo come modello il ‘caso Impregilo’ e qui si sono confrontate, contrapponendosi, due distinte posizioni: l’una *soggettivistica* (propugnata dal GIP di Milano, in prima istanza)³⁰, l’altra *oggettivistica* (sposata dalla Sezione V della Cassazione, in sede di gravame)³¹. La prima leggeva il lessema “*fraudolentement*” come sinonimo di *intenzionalità* della commissione del reato-presupposto coniugata alla consapevolezza/volontà di violare le regole del

³⁰ In primo grado, la nozione di fraudolenza veniva ricondotta all’intenzione degli apicali di eludere le procedure aziendali (v. C.E. PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza*: cit., pp. 476 ss.; A. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l’elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 607). La sentenza di appello, che pure ha accolto una impostazione soggettivistica rilevava che «si tratta di elusione fraudolenta in quanto i responsabili della società, come s’è visto, anziché approvare i dati e la bozza di comunicato elaborati dagli uffici manipolavano i dati medesimi per poi inserirli nel comunicato stampa in modo da renderli soddisfacenti per il mercato; indubbiamente la frode cui si fa riferimento nel predetto art. 6, d.lgs. 8.6.2001, n. 231 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 all’elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure; nel caso di specie v’è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello»

³¹ Seguendo un’impostazione oggettivistica, il primo arresto di Cassazione intervenuto nella vicenda ha invece escluso che nel caso di specie ricorresse elusione fraudolenta identificata come requisito «non necessariamente coincidente con gli artifici e raggiri» di cui all’art. 640 c.p., «non può non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola». In dottrina propendono per l’impostazione oggettivistica D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 ss., spec. 428; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, pp. 25 ss. spec. p. 41; A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano 2006, pp. 55 ss, spec. p. 88

MOG predisposte per impedirlo. La seconda orientava il significato del termine esclusivamente sulla *condotta materiale* dell'apicale: condotta *distinta* da quella tipica del reato-presupposto, 'parallela' a questa e decettiva per le sue oggettive modalità rispetto alle cautele del MOG ed ai suoi custodi.

Altrove si era ipotizzato (con il senno del poi, forse ingenerosamente) che il GIP di Milano, optando per una lettura *soft e favorevole* del dettato dell'art. 6 avesse fatto, come il borghese di Molière, "della prosa senza saperlo"; si trattava invece più probabilmente, da parte di quel Giudice, di un'astuzia della ragione esercitata per superare una *impasse* altrimenti inaggirabile.

I Giudici della VI Sezione per parte loro sono stati dei prosatori certamente consapevoli, ma l'esito interpretativo qui è meno lineare, o se non altro di meno univoca lettura.

La premessa è che la presente sentenza prende chiara posizione, *in linea di principio*, per la tesi *oggettivistica*: la "elusione fraudolenta", non solo non deve coincidere con la condotta tipica del reato-presupposto («*l'elusione va valutata, infatti, in riferimento non al precetto penale, bensì alle prescrizioni del modello organizzativo*» – p. 19 –), ma altresì deve possedere intrinseci e materiali connotati di decettività («*il concetto di 'elusione' implica necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva*», e il predicato di 'fraudolenza «*vuole evidenziare l'insufficienza della semplice e frontale violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria*» – p. 18 –).

Tuttavia, anche qui in stretta correlazione con il caso concreto, questa premessa, in sé definitiva, subisce nell'argomentare successivo – quanto meno – un temperamento che finisce con il (re)introdurre, sia pure implicitamente, una valorizzazione *soggettiva* della formula utilizzata dal legislatore del 2001.

Con un esercizio – indubbiamente abile – di equilibrismo logico, la VI Sezione, al momento di determinare i contenuti di siffatta 'parallela' condotta, di fatto rinuncia a dettagliarne i possibili requisiti *oggettivi* (quale *mezzo* ingannatorio) *diversi* dalla condotta tipica del reato, virando piuttosto sulla valorizzazione: (a) da un lato sull' "*atteggiamento interiore*" – se così si può dire – dell'apicale-reo; (b) dall'altro lato, su un asserito "*obbligo di fedeltà*" da parte di questi nei confronti della società e dei suoi *shareholders*.

Indici piuttosto chiari di questa chiave di lettura sono riconoscibili nei passi seguenti della sentenza.

E, in particolare:

(aa) sotto il primo profilo, nell'affermazione secondo cui vi è elusione fraudolenta «*solamente in quanto la condotta dell'organo apicale rappresenti una dissociazione dello stesso dalla politica d'impresa*» sicché «*il reato costituisce il prodotto di una scelta personale e autonoma della persona fisica*». (p. 18);

(bb) sotto il secondo profilo, nella caratterizzazione in termini di condotta «*ingannevole e subdola*» del comportamento degli apicali «*perché prodotta (...) in violazione del patto di fiducia che lega i rappresentanti dell'ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo*». (p. 19).

6.1. *Due considerazioni e due dubbi.*

Le considerazioni.

La prima: non sembra dubitabile che l'accento posto sul significato del comportamento deviante degli apicali (materializzatosi nella realizzazione del reato-presupposto) inteso come espressione di "una dissociazione dalla politica d'impresa" tende a rendere determinante, per la "fraudolenza", l'aspetto motivazionale della condotta. Questa è infatti rappresentata come una scelta, appunto, "personale" e "autonoma" di antagonismo rispetto alla "politica" (ma qui intesa piuttosto come *etica*) sociale e alle sue regole *anche* cautelari *contra delictum*. Non si torna a pretenderne invece, come requisito caratterizzante, la *intrinseca*, oggettiva insidiosità ingannatrice del (di un) comportamento 'parallelo' *in sé e per sé* considerato.

La seconda: la tipicità frodatória (il '*conslium fraudis*') qualificato come forma di *infedeltà* di nuovo rimanda a una valutazione della condotta delittuosa in termini di *rimproverabilità personale* del comportamento, e non invece in termini di sua *materiale offensività*.

Insomma, al netto delle premesse di principio la lettura del controverso sintagma da parte della VI Sezione è assai meno 'oggettivistica' di quanto voglia sembrare e, anzi, a ben vedere appare prevalentemente 'soggettivistica': per lo meno, '*mista*'.

Quanto ai dubbi.

Il primo, riguarda la distonia fra la pretesa, chiaramente espressa, che il comportamento rilevante cui applicare il predicato di fraudolenza sia *altro e diverso* dalla condotta tipica che integra il reato-presupposto (p. 19) e la specifica caratterizzazione di tale connotato di decettività che, altrettanto perspicuamente, la sentenza riferisce, in chiave motivazionale e di valutazione etica (frode come infedeltà), alla 'scelta criminosa' dell'apicale, che ha *voluto il reato contro* la politica d'impresa della società. Quale di queste due inconciliabili opzioni, nella ricerca semantica del soggetto cui attribuire il predicato, dovrà seguire il futuro giudice di merito che si volesse (*rectius*, si dovrebbe!) orientare sul *dictum* del giudice di legittimità?

Il secondo dubbio lo fa sorgere, sempre *de futuro*, la reale praticabilità del criterio suggerito dalla Corte. Nella misura in cui impone giocoforza al giudice di: (a) accertare previamente di quale sia/fosse, nel concreto del caso, la "politica d'impresa" *propria* della società; (b) distinguere la politica della persona giuridica dalla 'scelta' (etico)politica effettuata dall'apicale 'infedele', tenendo in conto che è proprio l'amministratore il soggetto che, con l'avallo 'a monte' degli *shareholders*, determina e attua la politica d'impresa della società che amministra.

Saranno superabili dal futuro interprete queste indubbe difficoltà?

Rispetto alla prima, affidandosi a quale fonte? Certo non potrebbe bastare per tale scrutinio la lettura del "codice etico" prefazione di rito, se non di stile, di ogni MOG oggi in circolazione. Si dovrebbe forse allora indagare lo 'storico' etico-politico della società, ma per quelle di maggiori dimensioni sembra un cimento ai limiti dell'inesigibilità, da parte del giudice.

Rispetto poi alla seconda aporia prospettata, la sfida più ardua si concentra sulla materiale possibilità di distinguere, una volta dimostrato l'interesse/vantaggio della

società, la decisione attribuibile al *solo* apicale da quella riconoscibile come *propria anche* della società. In definitiva, la pur controversa disposizione di cui all'art. 6 è stata sì dettata per superare normativamente la compenetrazione organica (la "*immedesimazione*") fra l'agire della persona fisica rappresentante, e l'agire della persona giuridica che ne è rappresentata. Ma è altrettanto innegabile che quando si tratta di un apicale, tale compenetrazione è quasi 'ontologica' e può risultare disagevole obliterarla *tout court*, soprattutto nei "casi difficili".

C'è però anche da dire che su questo fronte – il più aspro – della problematica la Corte, per la sua ermeneutica, sfrutta il massimo delle risorse offerte dal caso concreto, in particolare considerando le *modalità* e la *tempistica* della condotta come *hic et nunc* materializzatasi. Si sottolinea che questa è stata realizzata: (i) attraverso un *concerto* fra tutti gli apicali in grado di agire in quel contesto, e quindi di conoscere l'impatto che la condotta avrebbe avuto; (ii) sfruttando la *clandestinità* di questo accordo; (iii) agendo infine *repentinamente* (un vero e proprio 'colpo di mano', insomma) [«una condotta (...) *ingannevole e subdola perché prodotta da un'intesa occulta e repentina fra i suoi autori*» (p. 19)]. In pratica, sembrerebbe di capire, per la Corte è il caso concreto a fornire un *metodo* per distinguere ciò che è decettivo da ciò che è semplicemente inosservante delle regole, attraverso lo scrutinio dell'intero *iter* di realizzazione del reato, dal suo primo concepimento sino al suo venir in essere. E, nella specie, ad essere significativamente determinante è il preordinato e coordinato "profittamento" di una situazione di particolare debolezza della vittima, identificabile qui nel sistema cautelare/prevenzionistico *contra delictum* nel suo complesso, OdV compreso. Altrimenti detto, è come se il previo concerto al vertice – ai massimi livelli decisionali – unito alla tempistica 'fulminea' dell'azione, facendo parte di una astuta strategia che contava sulla 'sorpresa', abbia creato le condizioni "dell'agguato"; per il quale, gli apicali, di concerto, si sono organizzati, 'cogliendo l'attimo' per un *blitz* che appunto profittasse del tempo e dell'occasione ideale per penetrare in una falla del sistema delle cautele in tale immediatezza non otturabile. La combinazione di questo insieme di elementi avrebbe resa *fraudolenta* l'elusione dei controlli attuata perpetrando il reato.

6.2. La criteriologia ermeneutica adottata...

Non siamo interamente convinti che questa prodezza logica sia decisiva per stabilizzare la soluzione dello spinoso problema suscitato da questa parte dell'enunciato normativo di cui all'art. 6. Quello però che qui ci stimola è il tentativo di qualificare, in termini di metodologia ermeneutica, il tipo di argomentare utilizzato per l'occasione dalla Corte.

Si è detto prima (*retro*, § 4) che in questa sentenza la Corte ha dato vita a un saggio di "giurisprudenza creativa". La stessa considerazione, ma con le necessarie precisazioni che seguono, vale per la lettura dai Giudici fornita di quest'ultima componente della disposizione scrutinata. La soluzione adottata si discosta infatti dalle interpretazioni precedenti date *in re* Impregilo (sia quella 'soggettivistica' del GUP Milano, sia quella 'oggettivistica' propugnata dalla precedente giurisprudenza di legittimità). Come detto,

dopo una formale adesione all'oggettivismo' del sintagma, quest'ultimo è stato colmato di contenuti del tutto 'nuovi' e con elementi tipizzanti di 'creazione' appunto giurisprudenziale (si pensi, per tutti, alla declinazione della "fraudolenza" in termini di "infedeltà").

Si è altresì precisato che tale risultato è stato raggiunto muovendo, espressamente, dal *caso* concreto, *id est* dal *fatto*, e, sia pure implicitamente, dal *contesto* (in questo caso rappresentato dalla peculiarità di questo 'nuovo' sistema sanzionorio-imputativo, condizionato dal particolare destinatario del precetto che ne ha a sua volta modellato la disciplina). *Fatto* e *contesto* hanno cioè palesemente contribuito, in questo specifico processo ermeneutico (di sussunzione) a (ri)costruire la fattispecie di riferimento³².

Non ci si può certo né stupire né, tanto meno, scandalizzare. Si tratta al contrario di un metodo caratteristico dell'interpretazione, segnatamente giuridica, noto come *circolo ermeneutico* (o *spirale argomentativa*): «l'interpretazione penalistica sembra costituire un procedimento circolare»³³ che, in dimensione sincronica, dal fatto (il *posterius*) 'risale' alla fattispecie (il *prius*) per ridiscendere poi al fatto, ai fini di *qualificarlo* come *tipico*; non senza però che, in dimensione diacronica, "qualcosa del fatto" sia rimasto nella fattispecie, contribuendo a modellarla (o financo a significativamente modificarla)³⁴.

Quanto al *contesto*, è ben noto il valore che la filosofia del linguaggio abbia attribuito e attribuisca a questo elemento per l'esatta comprensione di un testo e del suo significato, o *sensu*; ciò in semantica vale tanto per un'intera *comunicazione* (o enunciato), quanto per ogni suo singolo termine, o *segno* linguistico. Senza volere, né potere minimamente inoltrarci in questo territorio teoretico, si può senz'altro convenire che «molti termini non possego[a]no altro senso che quello attribuito dal contesto in cui sono collocati»³⁵. Con riferimento alla comunicazione deontico-penale, il contesto privilegiato di riferimento non può che coincidere con la fenomenologia social-comportamentale sottostante; con le c.d. "costanti criminologiche" dalle quali e sulle quali le fattispecie penali sono germinate e modellate. Si tratta appunto dell'applicazione alla nostra materia dell'approccio c.d. *pragmatico* della semantica che appunto garantisce un'esatta comprensione del *segno* contenuto in un enunciato deontico solo collocandolo nel *contesto* che lo ha generato e in cui si ambienta. Anticipando un poco quanto si dirà dappresso, è la diversità di contesto che spiega come lo stesso *significante* "frode/fraudolento" ad esempio assuma, nella interpretazione giurisprudenziale, *significati* così divergenti sotto il profilo contenutistico e anche sistematico a seconda che venga declinato all'interno delle fattispecie di cui all'art. 640 c.p., piuttosto che all'art. 2621 c.c. o, ancora all'art. 223 co. 2 l. f.

³² Cfr. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 515 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 136 ss..

³³ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), trad. it., Napoli, 2007, p. 172.

³⁴ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (Saggi, 1969-1996), trad. it. a cura di G. Marino, Napoli, 2003 (*Sulla circolarità nell'individuazione del diritto*, 1973), pp. 115 ss..

³⁵ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale* cit., p. 154.

Ora dalla lettura dei passi della sentenza sopra riportati non ci sembra dubbio che anzitutto proprio di una semantica *pragmatica* abbiano fatto uso i Giudici della VI Sezione.

Ma vi è un ulteriore aspetto da considerare.

La soluzione che abbiamo definito *mista* può essere definita un saggio di “giurisprudenza creativa” anche nella misura in cui l’interpretazione del *sensu* del lessema sottoposto a nuova lettura – “*fraudolentemente*” – ha subito una modifica, rispetto a precedenti letture, pure avuto riguardo alla *parte* del suo *spettro/perimetro semantico* interessata dall’operazione ermeneutica nella specie effettuata.

Cerchiamo di spiegarci meglio.

Viene qui in considerazione la dicotomia, propria della semantica (anche) deontica: *estensio* vs *intensio*³⁶. È una diade che riguarda la definizione dei concetti rappresentati da enunciati/termini (anche) normativi; semplificando molto la formulazione carnapiana, si può dire che mentre l’*estensio* di un termine si riferisce alla classe di oggetti che cadono sotto il concetto che tale termine vuole esprimere, la *intensio* rappresenta la proprietà o l’insieme di proprietà condivise dagli oggetti che rientrano nel concetto, caratterizzandolo in modo da distinguerlo da tutti gli altri. Sinteticamente: l’intensio di un concetto è la sua definizione, l’estensio è l’insieme delle cose cui si applica, o può applicarsi, l’intensio. Figurativamente, l’intensio costituisce il *nucleo centrale* del perimetro semantico del termine, o dell’enunciato (per ciò che ci riguarda, deontico); l’estensio si spinge ai confini del perimetro stesso, occupandone, come si dice, l’*alone*.

Nell’ermeneutica penalistica, tale dicotomia è, anzitutto, ben conosciuta, e non di rado utilizzata; peraltro, di questa si privilegia in modo predominante la componente *estensiva*. Non sorprendentemente: è su questo terreno (quello dei *margini* dello spettro semantico degli enunciati normativi) che si gioca la cruciale partita che vede il confronto tra interpretazione estensiva e analogia³⁷.

Nella presente sentenza, invece, a noi pare che si sia ermeneuticamente lavorato sull’*intensio* del termine “*fraudolentemente*”; non si è cioè esteso il *sensu* del (segmento di) enunciato, assunto nella sua *intensio* tradizionale, a oggetti (nella specie, a modalità di condotta) in precedenza non comprese da tale concetto/termine. Al contrario, si è operato direttamente sul *nucleo*, sulle proprietà caratteristiche del concetto che ne stabiliscono il *sensu* nel sistema comunicativo penalistico.

Precisiamo. Nel lessico penalistico, il concetto espresso dal novero dei termini riconducibili alla classe linguistica della “*frode*” (“*frode/fraudolento*”, “*truffa*”, “*artificio*”, “*raggiro*”, “*simulazione*”/“*dissimulazione*”, “*inganno*”) condividono un

³⁶ La cui primigenia teorizzazione risale a G. FREGE, *Über Sinn und Bedeutung*, in *Ztschr. f. Philos. u. philos. Kritik*, NF 100, 1892, trad. it. *Sensu e denotazione*. in A. BONOMI (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Milano 1973, pp. 9-32; il successivo sviluppo teoretico in campo linguistico è invece notoriamente attribuito a A. CARNAP, *Meaning and necessity*, Chicago 1947, 1956, trad. it. della seconda ediz. *Significato e necessità*, Firenze 1976; per una sua tematizzazione in chiave logico-giuridica si veda invece A. G. CONTE, *Materiali per una tipologia delle regole*, Torino 1985

³⁷ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), ed. it. a cura di A. Baratta, 1970, pp. 77 ss.

identico nucleo definitorio (hanno univoca *intensione*), e le operazioni interpretative hanno piuttosto riguardato, in relazione alle diverse fattispecie, i limiti entro i quali potessero essere ricondotti sotto il concetto oggetti (nella specie, *modalità di condotta*) in precedenza non considerati dalla giurisprudenza come facenti parte della fattispecie stessa. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal problema della riconducibilità al concetto/Tipo della “*frode*”, *sub specie* di delitto di truffa, di condotte *omissive*, tenuto conto che l’*intensione* del concetto rilascia come proprietà comune e condivisa la modalità *commissiva* della condotta.

Viceversa, il considerare – così fa la Corte – come contenuto del termine “*fraudolentemente*” il profittamento puro e semplice di una occasionale situazione di inferiorità difensiva della vittima, piuttosto che di una particolare posizione dominante dell’autore stesso, e/o la violazione di un dovere di fedeltà non è un intervento ermeneutico che opera “*nell’alone*” della fattispecie (della parte dell’enunciato normativo), estendendo le proprietà condivise ad oggetti ulteriori; esso interviene direttamente “*sul nucleo*”, sul DNA del concetto e del relativo *senso*, cioè sulla sua *intensione*: in altri termini modifica la *definizione* di “*frode*” (e derivati)³⁸.

Non par dubbio che nel lessico penalistico il concetto di cui discutiamo – sia esso indicato con i significanti *frode* e suoi derivati, *truffa* o altra espressione della stessa classe semantica – comprende modelli comportamentali assai precisamente caratterizzati. Si tratta di comportamenti proattivi, causalmente orientati, indipendenti da rapporti speciali o da qualifiche personali che riguardino autore e vittima del reato; sono pure assenti note di disvalore intrinseco della condotta di sapore etico, che possano richiamare il concetto anglosassone, assai più vago e in parte anche extrapenalistico, di *cheating* (“*fare il furbo*”, essere *sleale*, barare al gioco)³⁹. Vi sono, è vero, nell’ordinamento penale, fattispecie in cui il disvalore è espresso non dalla condotta in sé, ma da un rapporto di fiducia che lega autore e vittima (si pensi all’infedeltà patrimoniale), ed altre ancora che valorizzano lo sfruttamento ‘*sleale*’ di posizioni dominanti (si pensi all’*insider trading*), ma nessuna di queste figure rientrano in quella classe di oggetti che cadono sotto il concetto di *frode*.

Vi è ancora da dire che siffatta operazione di ingegneria genetica sul concetto normativo la Corte la effettua giovandosi di due ulteriori risorse dell’ermeneutica giuridica: (i) da un lato il *contesto*, ma valorizzando in questo caso i particolari rapporti che legano, nella specie, gli attori del conflitto qui rilevante (la società *versus* i suoi amministratori); (ii) dall’altro lato, l’altrettanto sperimentato circuito che sempre inevitabilmente si crea, nell’interpretazione delle norme, tra *fatto* e *valore*⁴⁰ la indubbia maggior pregnanza assiologia (di pre-comprensione consistente in un giudizio etico

³⁸ Per la fissazione ermeneutica della “*intenzionalità*” del Tipo penale, v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, spec. pp. 344 ss.

³⁹ Su questo modello di comportamento considerato dal punto di vista criminologico, v. S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale* (2006), trad. it. a cura di E. Basile, Milano, 2008, pp. 52 ss.

⁴⁰ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 350 ss. Per un inquadramento gius-teoretico fondamentale, v. L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit.

negativo)⁴¹ del termine *fraudolento*, a confronto con termini più neutri di cui una fattispecie penale può essere dotata, ne hanno facilitata la declinazione *anche* in termini di ‘slealtà profittatrice’.

Bilancio. L’interpretazione ‘evolutiva’ che del controverso sintagma hanno dato i Giudici della VI Sezione ne hanno – quanto meno – fornito una chiave di lettura che ne supera la vaghezza intrinseca dei suoi termini, così come la difficile *provabilità* della sua concreta integrazione nei casi specifici (non è certo un caso che la prova del requisito sia stata dalla dottrina ricorrentemente definita “diabolica” e che, d’altra parte, non ci risultino precedenti, nei quali la giurisprudenza si sia cimentata ad acquisire tale prova).

6.3. ... e la sua ammissibilità nel quadro costituzionale.

Resta ora solo da chiedersi se, dal punto di vista del metodo e della tecnica ermeneutica, questa operazione è: (a) legittima anche sotto il profilo costituzionale; (b) idonea a orientare il futuro giudice di merito nell’interpretazione di questa parte della fattispecie, segnatamente rispetto ai c.d. “casi difficili”.

(aa) Quanto al primo quesito – riservando giocoforza ai teorici generali dell’ermeneutica il giudizio sulla correttezza tecnico-metodologica di una “giurisprudenza creatrice” che impatti direttamente sull’*intensione* dei concetti normativi – come giuristi positivi non ci è in questo caso possibile esprimere riserve circa la legittimità costituzionale di una siffatta manipolazione del Tipo, che, avendo ad oggetto il *senso* di un elemento a valore *esimente*, ridonda comunque *in favorem rei*.

(bb) Quanto al secondo problema si può qui tentare solo una cauta prognosi. Le indicazioni di metodo sia pure non sempre *in claris* fornite dalla VI Sezione sono di per sé in grado di dettare una linea, nella misura in cui sono ricavate da paradigmi della logica deontica affermati e consolidati. La scelta di un approccio *pragmatico* nell’interpretazione del controverso concetto, peraltro, condizionando molto la soluzione al *contesto* nel quale il singolo caso si inserirà, affida inevitabilmente alla determinante casistica, alla ‘disponibilità’ del caso scrutinato, le sorti di un corretto esito ermeneutico. Ma, del resto, come autorevolmente sostenuto, in materia penale l’intero processo di sussunzione si basa su di un raffronto tra *casi*, altro non è in definitiva che «una equiparazione tra il caso concreto e la classe di casi indicati dalla fattispecie»⁴².

⁴¹ Sul concetto in generale di ‘precomprensione’, cfr. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. a cura di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, 1983; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972, trad. it. a cura di P. PERLINGIERI, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.; più nello specifico, per il tema che ci riguarda, A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, cit., p. 126 ss.

⁴² K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 78; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 188 ss.

7. Contrappunto: una critica di metodo e di merito.

Nell'attesa delle motivazioni e conoscendo il solo dispositivo, era lecito attendersi che, la sesta sezione della cassazione, prendendo le distanze dal *dictum* della sezione quinta nella sentenza del 2014, avesse ritenuto configurabile l'*elusione fraudolenta*, deducendola da un comportamento, degli apicali, volontariamente elusivo delle regole di prevenzione (concezione soggettivistica), ma non anche raggirante del MOG attraverso forme di condotta concretamente decettive (concezione oggettivistica)⁴³.

Come si è visto, non è stato così: la sentenza in commento, sull'*elusione fraudolenta* ha convalidato *in toto* il ragionamento seguito, nella causa Impregilo, dalla quinta sezione. Ciò rende assai poco convincente, rispetto al caso in esame, il riferimento, da parte dei Giudici della sesta, alla figura dell'amministratore infedele ossia al *soggetto*

⁴³ Come detto, l'indirizzo giurisprudenziale – anche alla luce della sentenza in commento che richiama quella della quinta sezione nella medesima causa Impregilo – privilegia un'interpretazione di matrice oggettivistica dell'*elusione*, individuando nell'avverbio "*fraudolentemente*", impiegato dal legislatore del Decreto 231, l'allusione ad una condotta "*ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola* (in questi, specifici termini si esprime, nella vicenda Impregilo, la pronuncia della Quinta Sezione della Cassazione: v. *retro* nota 18). La dottrina è, invece, divisa in due diversi orientamenti. La maggioranza degli Autori, sulla scia dell'impostazione oggettivistica sostenuta dalla giurisprudenza, declinano il concetto di *fraudolenza* in termini di concreta decettività della condotta, funzionale a testimoniare anche e soprattutto la funzionalità/adequatezza del modello e l'effettività del sistema di controllo, costituendo, da questo punto di vista, un corollario logico dei requisiti di autonomia e indipendenza di cui deve dotarsi l'Organismo di Vigilanza (sul punto v. gli AA. citati *retro* alla nota 33). Altra parte della dottrina (tra gli altri, C. E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza* cit.; A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta* cit.), diversamente, prende le distanze dall'orientamento prevalente favorendo un'interpretazione soggettivistica del concetto di *fraudolenza*, il quale esprimerebbe l'antagonismo degli apicali rispetto alle prescrizioni comportamentali provenienti dalla società; antagonismo che può già dedursi da un comportamento volontariamente elusivo delle regole di prevenzione (in tal senso, cfr. CONFINDUSTRIA (a cura di), *Linee Guida per la Costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, www.confindustria.it, 2014, 15). Al riguardo, i sostenitori della "concezione soggettivistica" della *fraudolenza*, evidenziano come il rischio derivante dall'adesione ad un approccio oggettivistico consiste nel fatto che l'idoneità dei controlli - rispetto ai quali va vagliata la sussistenza del requisito oggettivo della *fraudolenza* - venga valutata con la logica del "*senno di poi*", essendo sempre possibile individuare una carenza organizzativa che, qualora fosse stata correttamente presidiata *ex ante*, avrebbe impedito la violazione del modello o avrebbe, comunque, imposto un più complicato sforzo decettivo. La dimostrazione della *fraudolenza* – come già denunciato nei primissimi commenti sul D.Lgs. 231/2001- si trasformerebbe, allora, in una *probatio diabolica* (sul punto, tra gli altri, P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, in *D&G* 2001, p. 80; S. GENNAI - A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano 2001, p. 48), in un onere *probatorio "ciclopico"* in capo all'ente che avrebbe quale effetto, oltre che quello di appiattire su paradigmi oggettivistici la colpevolezza dell'ente (così, C. E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Società*, 2015, p. 1285), quello di rendere scarsamente appetibile, nella prospettiva dell'agire societario, l'adeguamento organizzativo ai corretti precetti cautelari. A riconoscere come "*autenticamente diabolico*" l'avverbio "*fraudolentemente*" imposto dal dettato normativo, è anche C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"* cit., pp. 10-11, il quale, in una prospettiva *de iure condendo*, riflette sull'opportunità della sua soppressione, posto che lo stesso «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».

apicale che, nel momento in cui commette il reato, pur agendo nell'interesse od a vantaggio della società, non si conformi alla politica d'impresa, secondo le linee tracciate, a seconda delle competenze, dal consiglio di amministrazione o dall'assemblea dei soci (pag. 16 della sentenza). In particolare, forti sono i dubbi che sorgono nel qualificare, come "infedeli", gli apicali di Impregilo. Certamente, essi hanno disatteso il codice etico e le *policy* aziendali che vietano – ma come potrebbe essere diversamente – di diffondere al mercato notizie false. Ma hanno davvero tradito la politica d'impresa?

Impervia è la strada che il Giudice deve percorrere – è stato già detto – per risalire alla reale politica d'impresa.

Quando poi chi amministra – come sovente e anche nella presente vicenda capita – è contemporaneamente proprietario o comunque diretta emanazione della proprietà, la questione si fa ancora più spinosa.

È arduo immaginare un amministratore-socio *che pur agendo nell'interesse od a vantaggio della società, non si conformi alla politica d'impresa*; forse è più agevole ritenere che egli stesso sia l'artefice della politica d'impresa, specie quando sia necessario piegarla a particolari evenienze.

Perciò l'esempio, riportato in sentenza, dell'amministratore delegato che elude fraudolentemente il MOG allorché *di propria esclusiva iniziativa ed all'oscuro degli altri organi sociali, per far aggiudicare un appalto pubblico alla società, decida di corrompere il pubblico funzionario* (pag. 16), non ci persuade del tutto, specialmente se viene valorizzata – come nella sentenza in commento – l'accezione oggettivistica dell'elusione fraudolenta.

Occorre un *quid pluris* perché, quest'ultima, sia configurabile nei rigorosi termini accolti dalla cassazione.

Proviamo, allora, ad arricchire l'esempio prospettato dai Giudici della sesta ed immaginiamo che in una società con due consiglieri delegati – magari entrambi anche soci – uno dei due, per acquisire maggiore "prestigio" e con l'obiettivo di diventare amministratore unico, *di propria esclusiva iniziativa ed all'oscuro degli altri organi sociali, per far aggiudicare un appalto pubblico alla società, decida di corrompere il pubblico funzionario*; immaginiamo, altresì, che lo faccia utilizzando risorse proprie o comunque non tracciabili nella contabilità della società e, quindi, non presidiate dal MOG. Ecco, in un caso del genere, riteniamo che nessuno possa davvero dubitare della sussistenza di una condotta oggettivamente raggirante e decettiva: qui sì intravediamo l'amministratore infedele che agisce eludendo fraudolentemente il MOG e violando la politica aziendale, che di sicuro non sta attuando.

Tornando al caso che qui occupa – che ci pare distante rispetto a quello testé immaginato – vanno ulteriormente sottolineati due aspetti: *i)* la specificità del reato-presupposto, *ii)* la circostanza che a commetterlo siano stati i massimi vertici aziendali: ciò – come si avrà modo di sottolineare – rende vieppiù condivisibile la soluzione adottata dai Giudici della sesta.

Con riferimento al primo aspetto, "sottoscriviamo" *in toto* quanto sostenuto da autorevole dottrina, secondo cui *dinanzi ad un illecito "comunicativo", non sono reperibili*

*cautele capaci di disinnescare integralmente la sua verifica*⁴⁴: l'estemporaneità che – come nella vicenda Impregilo – può caratterizzare tale tipologia di reato è, in effetti, causa di un insuperabile *deficit* di prevenibilità. E si potrebbe aggiungere che, proprio con riferimento ai presidi configurabili nel MOG, marcata è la diversità rispetto ad un reato-presupposto a concorso necessario qual è la corruzione, richiamata nell'esempio sopra proposto.

Con riferimento al secondo aspetto, va osservato che è arduo immaginare misure organizzative non agevolmente aggirabili dai massimi vertici aziendali, specie se – come è stato nel caso in esame – agiscono d'intesa tra loro.

Corollario di questo ragionamento è che l'interpretazione dell'*elusione fraudolenta* del MOG è fortemente condizionata, dalla tipologia del reato e dalla "qualità" dell'apicale che lo ha commesso e, di conseguenza, dovrà essere "flessibile" per tener necessariamente conto della specificità del caso. Pertanto, l'adesione incondizionata, dei Giudici della sesta, alla "concezione oggettivistica appare – come si è già avuto modo di dire – più formale che sostanziale.

8. Conclusioni condivise.

Questa decisione rilascia certamente i caratteri di una cifra garantista nell'interpretazione complessiva del paradigma imputativo del fatto-reato degli apicali disegnato, a carico dell'ente, dall'art. 6 del d. lgs. 231/2001.

Ma non si tratta di una decisione 'lassista'. Sarebbe un errore grossolano trarne la convinzione che sia stato rilasciato un salvacondotto a favore della persona giuridica per i reati commessi in suo nome e per suo conto dai propri rappresentanti, apicali compresi.

La ricostruzione del modello di ascrizione della responsabilità in termini, come si è detto, *analogici* ha dotato, sia pure *mutatis mutandis*, la "colpa di organizzazione" della persona giuridica di tutti i requisiti, *nessuno escluso*, che compongono il Tipo colposo 'comune', proprio della persona fisica. È su questo acquisito modello che la Corte è passata a sviluppare, con acribia prossima alla pedanteria, il processo di sussunzione del caso concreto, *elemento per elemento*, sotto la fattispecie imputativa così ricostruita. Utilizzando altresì, per l'accertamento di ogni singolo requisito del Tipo, la criteriologia, anche in giurisprudenza consolidata, di volta in volta applicabile alle condizioni dettate dal caso concreto.

E valga il vero.

(a) Quanto al sistema di regole del MOG, questo è stato ritenuto, *non* in assoluto, ma esclusivamente *nel caso concreto* idoneo, valorizzando appunto il *contesto*: nella specie, *temporale* («una adeguatezza che va valutata collocandosi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso, considerando, quindi, l'epoca in cui tali prescrizioni furono elaborate, all'indomani dell'introduzione del d. lsg. n. 231» – p. 13 e p. 14 –). Seguendo, in questo, l'approccio della primigenia sentenza milanese, si è *storicizzato* il *contesto* di 'cultura

⁴⁴ Cfr. C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 5.

cautelare' nel quale la società si è trovata a operare, per valutare l'eventuale *esigibilità* di cautele più stringenti e appropriate; applicando dunque il generale criterio che vale per l'imputazione colposa "per inosservanza di norme", che impone di rapportare lo standard esigibile al *know-how* di esperienze e conoscenze *esistente e fruibile* da parte dell'agente *al momento del fatto* (nella sostanza, una versione post-moderna del polveroso stilema dell'"*homo eiusdem*")⁴⁵. In contesti (storici) mutati, il giudizio sarebbe stato (sarà) diverso.

(b) Quanto invece al ruolo cautelare dell'OdV, una volta chiaritene, in termini *generali* la funzione e i limiti di controllo, l'accertamento sussuntivo ha seguito le cadenze dovute: non si è affatto negata la *insufficienza cautelare* di un organismo così costituito (p. 15), ma in questo caso la tipicità colposa è stata esclusa per una ragione diversa, cioè per carenza dell'ulteriore elemento del Tipo: "causalità della colpa". La regola cautelare è stata violata, ma tale violazione non ha 'coperto' il rischio tipico; anche se osservata, l'evento-reato si sarebbe realizzato comunque.

In conclusione, la decisione in commento colloca indubbiamente, a nostro giudizio, una pietra miliare sulla non sempre piana strada del paradigma di responsabilità *ex crimine* della persona giuridica. La colloca cimentandosi – altrettanto indubbiamente – in un esercizio di "giurisprudenza creativa", che probabilmente rappresentava il solo mezzo per progredire nell'esegesi di una norma (l'art. 6) così tormentata e così tortuosa.

Non è rilievo da trascurare che in questa occasione, diversamente dal normale *trend* rilasciato dal nostro Formante giurisprudenziale, la 'creatività' è di impronta garantista e non repressiva; oltre a razionalizzare e a rendere praticabile una norma, ridonda a favore dell'imputato. Proprio in ragione di ciò resta da vedere se l'argine altrettanto garantista, preservatore della certezza del diritto *sub specie* di conoscibilità del precetto, che nei sistemi di *common law* (precursori dell'apertura a funzioni di legislazione materiale concesse alla giurisprudenza) è costituito dalla *stabilità del precedente*, possa ergersi e reggere anche nel nostro sistema, almeno rispetto a questo *leading case*.

A fronte della ben nota volatilità degli esiti ermeneutici nella nostra giurisprudenza, anche di legittimità (persino quando agisce nella sua massima composizione) il pessimismo della ragione suggerirebbe di dubitarne; ma ci piace far prevalere, qui, l'ottimismo: non quello della volontà (la nostra essendo irrilevante) ma almeno quello alimentato dalla *ragionevolezza*.

⁴⁵ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 29 ss.