

# Cassazione penale

direttore scientifico  
condirettore  
LXIII - Ottobre 2023, n. 10

**Domenico Carcano**  
**Mario D'Andria**

IO

20  
23

| **estratto**

L'USO OBLIQUO DELLA COLPA  
DI ORGANIZZAZIONE: RIPENSAMENTI  
E REGRESSIONI

*con nota di* **Carlo Piergallini**

A cura di GIORGIO FIDELBO

Continua l'elaborazione da parte della giurisprudenza di legittimità intorno alla nozione della colpa di organizzazione, soprattutto con riferimento all'accertamento dell'idoneità dei modelli. Con la sentenza che si pubblica, la IV sezione della Corte di cassazione afferma un principio sicuramente interessante, sostenendo che l'assenza del modello organizzativo, così come la sua inidoneità o inefficacia, non possono essere considerate circostanze da cui desumere la responsabilità dell'ente, perché non può ritenersi sussistente l'illecito per colpa di organizzazione, potendo, semmai, da tali "omissioni" derivare l'esistenza di indizi in quel senso, che diventeranno prove della colpa in presenza degli altri elementi della fattispecie, quali la relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l'ente, l'esistenza stessa del reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due. In questo modo sembrerebbe che la decisione voglia ancor più avvicinare la colpa di organizzazione dell'ente alla colpa della persona fisica.

Seguono le note di commento di Carlo Enrico Paliero e Carlo Piergallini, tra i maggiori esperti in questa materia.

## 422 ASSENZA, INIDONEITÀ O INEFFICACE ATTUAZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E COLPA DELL'ENTE: LA CASSAZIONE ASSIMILA LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE ALLA COLPA INDIVIDUALE

SEZ. IV - UD. 15 FEBBRAIO 2022 (DEP. 10 MAGGIO 2022), N. 18413 - CARTOTECNICA GRAFICA VICENTINA S.R.L. - PRES. DOVERE - REL. RANALDI - P.M. PEDICINI (CONCL. PARZ. DIFF.)

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Colpa di organizzazione dell'ente - Contenuto e accertamento: l'assenza, inidoneità o inefficace attuazione del modello di organizzazione non sono ex se elementi costitutivi dell'illecito dell'ente ma indiziano la colpa di organizzazione - La colpa di organizzazione ha la stessa funzione che la colpa assume nel reato della persona fisica.**

(D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ART. 6)

*La mancata adozione e l'inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione, prefigurati rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto n. 231/2001 e all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell'illecito all'ente ma integra una circostanza atta ex lege a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione, la quale va però specificamente provata dall'accusa, mentre l'ente può dare dimostrazione dell'assenza di tale colpa. L'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono ex se elementi costitutivi dell'illecito dell'ente. Tali sono, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l'ente (cd. immedesimazione organica "rafforzata"), la colpa di organizzazione, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due.*

(Massima redazionale)

**RITENUTO IN FATTO - 1.** Con sentenza in data 11.1.2021, la Corte di appello di Venezia ha confermato la decisione del Tribunale di Vicenza che aveva ritenuto la S.r.l. Cartotecnica Grafica Vicentina (d'ora in poi, Cartotecnica) responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies, comma 3, d.lgs. n. 231/2001, per avere – come ente alle cui dipendenze lavorava la persona offesa I.R., rimasta ferita alla mano sinistra durante una operazione di raddrizzamento di un cartone che non scorreva correttamente

te nella macchina piegatrice e incollatrice in uso – consentito il verificarsi del reato di lesioni personali, aggravato dalla violazione della normativa antinfortunistica; reato contestato al legale rappresentante della società, commesso – secondo l'accusa – nell'interesse dell'ente, in ragione dell'assenza di un modello organizzativo avente ad oggetto la sicurezza sul lavoro, e in particolare di un organo di vigilanza che verificasse con sistematicità e organicità la rispondenza delle macchine operatrici, acquistate e messe in linea, alle normative comunitarie in tema di sicurezza, nonché l'adeguatezza dei sistemi di sicurezza installati sulle stesse (incidente avvenuto il 14.4.2011).

La Corte di appello, nel confermare la responsabilità dell'ente, ha dato atto della mancanza – nel macchinario e all'epoca dei fatti – di un dispositivo di spegnimento automatico in caso di tocco delle lamiere, solo successivamente integrato nel dispositivo; ha, quindi, individuato l'interesse della società, idoneo a configurare la responsabilità della Cartotecnica, nella mancata rivalutazione e monitoraggio dell'adeguatezza del macchinario, risalente al 2001, in quanto privo dei dispositivi di blocco necessari ad evitare infortuni come quello in esame, avvenuto nel 2011, nonché la mancanza di un modello organizzativo in materia prevenzionistica.

2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il difensore della Cartotecnica, lamentando quanto segue.

Violazione di legge e vizio di motivazione, per avere, da una parte, riconosciuto come la lavoratrice fosse esperta e istruita adeguatamente quanto a conoscenza delle procedure e dei rischi, e ciononostante avesse, in occasione dell'infortunio, agito d'istinto, spostando il foglio con la mano senza fermare la macchina per non rallentare il lavoro; dall'altra, nonostante la lavoratrice avesse tenuto un comportamento antitetico al modello insegnato e conosciuto, i giudici di merito hanno omesso di riconoscere l'interruzione del nesso causale ovvero, in subordine, non hanno reso specifica motivazione sulle ragioni per le quali la società sia tenuta a rispondere "oggettivamente" di qualsivoglia atteggiamento istintuale, posto in essere persino da una lavoratrice esperta.

Deduca, inoltre, la contraddizione in cui incorre la sentenza impugnata, laddove addebita alla società la mancata rivalutazione in ordine all'adeguatezza del macchinario, risalente al 2001, nonostante abbia in precedenza dato conto degli esiti dei controlli del 2008 effettuati dall'Organismo Notificato CE nonché di quelli del 2009 ad opera del dott. M., tecnico incaricato dall'ente allo scopo.

Rileva come la Corte territoriale non abbia fornito alcuna risposta in merito all'esistenza dell'interesse in capo all'ente, direttamente derivante dall'omessa adozione del c.d. modello organizzativo, a fronte di costi assai elevati sostenuti dall'ente in materia di sicurezza, come documentato in appello, a dimostrazione di una costante scelta aziendale di investimento e spese in sicurezza, incompatibile con l'affermata finalità orientata al risparmio sui conti d'impresa.

Osserva, infine, come nella specie non sia stato evidenziato alcun concreto collegamento finalistico tra la violazione prevenzionistica e l'interesse dell'ente, né alcun concreto vantaggio di cui avrebbe beneficiato la società ricorrente dalle riscontrate omissioni.

**CONSIDERATO IN DIRITTO** - 1. Il ricorso merita accoglimento, per le ragioni di seguito indicate.

2. Occorre prendere le mosse dalla struttura dell'addebito contestato all'ente, che attiene all'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies, comma 3, d.lgs. n. 231/2001; il reato presupposto indicato è quello di lesioni personali subite dalla dipendente I.R., aggravato dalla violazione di norme prevenzionistiche, commesso da soggetti rivestenti posizioni apicali nell'ente; il fatto ascritto alla Cartotecnica è quello di avere "reso possibile" il verificarsi del detto reato, in quanto commesso nel suo interesse, stante l'assenza di un modello organizzativo avente ad oggetto la sicurezza sul lavoro, ed in particolare l'assenza di un organo di vigilanza preposto alla verifica dei sistemi di sicurezza delle macchine operatrici.

Non si può fare a meno di osservare che già dalla descrizione del capo d'accusa non emerge con chiarezza il concreto profilo di responsabilità addebitato alla società Cartotecnica ai sensi della disciplina del decreto n. 231, avuto riguardo al menzionato interesse dell'ente rapportato alla riscontrata assenza di un "modello organizzativo", nozione che si riconduce a quei "modelli di organizzazione e di gestione"

richiamati dagli art. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, la cui efficace adozione consente all'ente di non rispondere dell'illecito, ma la cui mancanza, di per sé, non può implicare un automatico addebito di responsabilità.

3. In proposito, sarà utile accennare ad alcune nozioni che attengono al sistema di responsabilità dei soggetti collettivi delineato dal decreto legislativo n. 231/2001, dando conto di alcuni principi giurisprudenziali sviluppati sul tema, trattandosi di materia aventi indubbie peculiarità sotto il profilo giuridico.

È noto che sussistono due criteri d'imputazione oggettiva del fatto illecito all'ente in quanto tale, nel senso che l'illecito amministrativo a carico del soggetto collettivo si configura quando la commissione del reato presupposto (da parte delle persone fisiche che agiscono per conto dell'ente) sia funzionale ad uno specifico interesse o vantaggio a favore dell'ente stesso (v. art. 5 del d.lgs. 231 cit.); si tratta di concetti alternativi e concorrenti tra loro, in quanto l'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; il vantaggio ha, invece, una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito (cfr. Sez. un. n. 38343 del 24/4/2014, Espenhahn, Rv. 261113-01).

La suprema Corte ha recentemente ribadito che la struttura dell'illecito addebitato all'ente risulta incentrata sul reato presupposto, rispetto al quale la relazione funzionale corrente tra reo ed ente e quella teleologica tra reato ed ente hanno unicamente la funzione di irrobustire il rapporto di immedesimazione organica, escludendo che possa essere attribuito alla persona morale un reato commesso sì da un soggetto incardinato nell'organizzazione ma per fini estranei agli scopi di questo (così, in motivazione, Sez. IV, n. 32899 del 8/1/2021, Castaldo). Ciò consente di affermare che l'ente risponde per un fatto proprio e non per un fatto altrui, ma non pone al riparo da possibili profili di responsabilità meramente oggettiva, sicché il giudice di legittimità ha affermato "la necessità che sussista la c.d. 'colpa di organizzazione' dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo. Grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento 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" (cfr. Sez. VI, n. 27735 del 18/2/2010, Scarafia, Rv. 247666).

Si tratta di un'interpretazione che attribuisce al requisito della "colpa di organizzazione" dell'ente la stessa funzione che la colpa assume nel reato commesso dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico, integrato dalla violazione "colpevole" (ovvero rimproverabile) della regola cautelare.

Sotto questo profilo, la già citata Sez. IV, n. 32899/2021 ha efficacemente osservato che proprio l'enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l'assimilazione della stessa alla colpa, intesa quale violazione di regole cautelari, convince che la mancata adozione e l'inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto n. 231/2001 e all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell'illecito dell'ente ma integra una circostanza atta *ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione, la quale va però specificamente provata dall'accusa, mentre l'ente può dare dimostrazione della assenza di tale colpa.

Pertanto, l'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell'illecito dell'ente. Tali sono, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l'ente (cd. immedesimazione organica "rafforzata"), la colpa di organizzazione, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due.

4. Le superiori considerazioni spiegano le iniziali perplessità manifestate dal Collegio con riferimento alla struttura dell'illecito delineata nel capo di imputazione, nel quale, in buona sostanza, ci si limita ad addebitare all'ente la mera assenza di un modello organizzativo, senza specificare in positivo in cosa sarebbe consistita la "colpa di organizzazione" da cui sarebbe derivato il reato presupposto, che è cosa diversa dalla colpa riconducibile ai soggetti apicali autori del reato. Questi ultimi, infatti, sono stati ritenuti

colpevoli del reato in ragione della commissione di specifiche omissioni e violazioni della normativa prevenzionistica, nella loro qualità di datori di lavoro; l'ente, di contro, risponde – a diverso titolo – di un illecito distinto, sia pure derivante dal medesimo reato.

5. La motivazione della sentenza impugnata rispecchia la carente ed ambigua formulazione dell'editto accusatorio, offrendo a sua volta un percorso argomentativo carente e contraddittorio in punto di responsabilità dell'ente, per certi versi sovrapponendo e confondendo i profili di responsabilità da reato degli amministratori/datori di lavoro dai profili di responsabilità da illecito amministrativo della Cartotecnica.

Ciò appare evidente nella parte in cui la sentenza impugnata, sostanzialmente, addebita alla Cartotecnica la riscontrata mancanza del dispositivo di spegnimento automatico del macchinario, la cui implementazione avrebbe impedito l'evento, e l'omessa verifica periodica dei macchinari; profili colposi indubbiamente ascrivibili agli amministratori della società, quali datori di lavoro tenuti al rispetto delle norme prevenzionistiche, ma non per questo automaticamente addebitabili all'ente in quanto tale.

6. I giudici di merito, in definitiva, fondano la responsabilità amministrativa della Cartotecnica sulla "accertata mancanza del modello organizzativo" e sul conseguente "risparmio di spesa quale tempo lavorativo da dedicare alla sua predisposizione ed attuazione", richiamando, genericamente, ulteriori voci di (possibile) risparmio di spesa (si accenna ai costi sulle consulenze, sugli interventi strumentali e sulle attività di formazione e di informazione del personale, peraltro senza spiegarne la rilevanza specifica al caso in esame).

Ebbene, si è già visto che l'affermata "mancanza del modello organizzativo" non può costituire elemento tipico dell'illecito amministrativo in contestazione, per la cui sussistenza occorre invece fornire positiva dimostrazione della sussistenza di una "colpa di organizzazione" dell'ente, aspetto che non è stato minimamente affrontato dalla Corte territoriale.

Peraltro, i giudici di appello cadono anche in contraddizione laddove, da una parte, affermano che nel caso vi sarebbe stata una mancata rivalutazione e monitoraggio dell'adeguatezza del macchinario, risalente al 2001, rispetto alla data dell'infortunio, avvenuto nel 2011; dall'altra, accennano ad un esame visivo e funzionale del macchinario ad opera dell'Organismo notificato CE, avvenuto nel 2008, circostanza che, unitamente al riscontrato documento di valutazione dei rischi redatto nel giugno 2009 dal dott. M. (che rispetto al rischio relativo alla presa e trascinarsi degli arti aveva ritenuto adeguate le protezioni esistenti), sembra smentire l'assunto iniziale della Corte di merito.

È bene, tuttavia, ribadire e sottolineare che gli aspetti che riguardano le dotazioni di sicurezza e i controlli riguardanti il macchinario specifico sul quale si è verificato l'infortunio, attengono essenzialmente a profili di responsabilità del soggetto datore di lavoro; quindi, a profili colposi degli amministratori della società cui è stato addebitato il reato, in relazione alla riscontrata violazione della normativa per tutela della sicurezza sul lavoro. Tali profili, di per sé, nulla hanno a che vedere con l'elemento "colpa di organizzazione", che caratterizza la tipicità dell'illecito amministrativo imputabile all'ente. Tale elemento costituisce, per così dire, un modo di essere "colposo", specificamente individuato, proprio dell'organizzazione dell'ente, che abbia consentito al soggetto (persona fisica) organico all'ente di commettere il reato.

In tale prospettiva, l'elemento finalistico della condotta dell'agente deve essere conseguenza non tanto di un atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica quanto di un preciso assetto organizzativo "negligente" dell'impresa, da intendersi in senso normativo, perché fondato sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo (Sez. un., n. 38343 del 24/4/2014, Espenhahn).

Ne consegue che, nell'indagine riguardante la configurabilità dell'illecito imputabile all'ente, le condotte colpose dei soggetti responsabili della fattispecie criminosa (presupposto dell'illecito amministrativo) rilevano se riscontrabile la mancanza o l'inadeguatezza delle cautele predisposte per la prevenzione dei reati previsti dal d.lgs. n. 231/01. La ricorrenza di tali carenze organizzative, in quanto atte a determinare le condizioni di verificazione del reato presupposto, giustifica il rimprovero e l'imputazione dell'illecito al soggetto collettivo, oltre a sorreggere la costruzione giuridica per cui l'ente risponde dell'illecito per fatto proprio (e non per fatto altrui).

Ciò rafforza l'esigenza che la menzionata colpa di organizzazione sia rigorosamente provata e non confusa o sovrapposta con la colpevolezza del (dipendente o amministratore dell'ente) responsabile del reato.

7. La conclusione, sulla scorta delle superiori considerazioni, è che la Corte territoriale non ha motivato sulla concreta configurabilità, nella vicenda in esame, di una colpa di organizzazione dell'ente, né ha stabilito se tale elemento abbia avuto incidenza causale rispetto alla verifica del reato presupposto.

Invero, la sentenza impugnata appare affetta da evidenti errori in diritto, in quanto ha offerto una inammissibile lettura della norma di cui all'art. 25-*septies* cit., in base alla quale l'affermazione della responsabilità dell'ente consegue indefettibilmente alla sola dimostrazione della sussistenza del reato presupposto e del rapporto di immedesimazione organica dell'agente; il tutto, fra l'altro, attribuendo all'organismo di vigilanza compiti incardinati nel sistema di gestione della sicurezza (dei macchinari aziendali) del tutto estranei ai compiti che l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 assegna a tale organismo, che sono essenzialmente quelli di sorvegliare e verificare regolarmente la funzionalità e l'osservanza dei modelli organizzativi richiamati dallo stesso art. 6 cit.

I giudici di merito, invece, avrebbero dovuto approfondire anche e soprattutto l'aspetto relativo al concreto assetto organizzativo adottato dall'impresa in tema di ... dei reati della specie di quello del quale ci si occupa in maniera tale da evidenziare la sussistenza di eventuali deficit di cautela propri di tale assetto, causalmente collegati con il reato presupposto.

8. Consegue l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio al giudice di merito individuato in dispositivo, che si atterrà ai principi indicati.

## L'USO OBLIQUO DELLA COLPA DI ORGANIZZAZIONE: RIPENSAMENTI E REGRESSIONI

*The oblique use of organizational guilt: second thoughts and regressions*

La sentenza della quarta sezione della Cassazione, nel ricostruire il paradigma imputativo della "colpa di organizzazione", affievolisce il ruolo del modello di organizzazione, degradandolo da elemento costitutivo della colpa organizzativa a mero indizio della sua eventuale sussistenza. La nota, che segue, muove alcune critiche a siffatta presa di posizione, intravedendovi un sostanziale appiattimento della colpa organizzativa sulla colpa individuale.

*The judgment of the IV section of the Court of Cassation, in reconstructing the imputative paradigm of 'organizational guilt,' diminishes the role of the organizational model, demoting it from a constitutive element of organizational fault to a mere indication of its possible existence. The following note raises some criticisms of such a position, perceiving therein a substantial flattening of organizational guilt onto individual guilt.*

di **Carlo Piergallini**

*Professore ordinario di Diritto penale - Università di Macerata*

**Sommario** 1. Fatto e principi di diritto. — 2. I paradigmi imputativi della responsabilità dell'ente: una sinossi. — 3. La colpa di organizzazione come selettore di responsabilità. — 4. L'omessa adozione del modello di organizzazione. — 5. Il modello di organizzazione inefficace. — 6. La parziale adozione del modello di organizzazione.

### 1. FATTO E PRINCIPI DI DIRITTO

La IV sezione penale della Corte di cassazione ha annullato con rinvio una sentenza di condanna nei confronti di un ente, ritenuto responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies d.lgs. 231/2001, perché, sprovvisto di un modello di organizzazione, aveva consen-

tito il verificarsi del reato di lesioni personali, aggravato dalla violazione della normativa infortunistica. In particolare, veniva contestata: a) la mancata rispondenza di una macchina operatrice, che aveva determinato l'infortunio, alle normative comunitarie in tema di sicurezza; b) l'omessa istituzione dell'organismo di vigilanza, di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, che, ove incardinato, avrebbe dovuto vigilare sulla rispondenza delle macchine operatrici alla predetta normativa.

Nel censurare la decisione di merito, la Cassazione, richiamando alcuni propri precedenti <sup>(1)</sup>, ha forgiato le *Grundlinien* dei paradigmi di imputazione della responsabilità all'ente, che fomentano più di un interrogativo per alcuni profili di 'originalità' che le contraddistinguono sul terreno della colpa di organizzazione.

Eccone il succo.

La Corte afferma che la colpa di organizzazione dell'ente rilascia «la stessa funzione che la colpa assume nel reato commesso dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico, integrato dalla violazione "colpevole" (ovvero "rimproverabile") della regola cautelare». Prosegue, affermando che «proprio l'enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l'assimilazione della stessa alla colpa, intesa quale violazione di regole cautelari, convince che la mancata adozione e l'inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione, prefigurati rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto n. 231/2001 e all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell'illecito all'ente ma integra una circostanza atta *ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione, la quale va però specificamente provata dall'accusa, mentre l'ente può dare dimostrazione dell'assenza di tale colpa». Ne deriva, pertanto, che «l'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell'illecito dell'ente. Tali sono, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l'ente (cd. immedesimazione organica "rafforzata"), la colpa di organizzazione, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due».

Ne scaturisce un esito che, sul versante della tipicità soggettiva dell'illecito dell'ente, tramanda il seguente paradigma imputativo: l'assenza o l'inidoneità del modello di organizzazione non sono elementi costitutivi del tipo, benché integrino una circostanza atta *ex lege* a dimostrare l'esistenza della colpa di organizzazione: la colpa dell'ente va, comunque, provata, nel senso che deve intercorrere un legame causale tra essa e il reato presupposto <sup>(2)</sup>.

Alligna, nelle parole della Corte, una pittura verbale tanto insinuante quanto in penombra: per un verso, la mancata o carente adozione del modello non costituirebbe un elemento del tipo; per altro verso, sarebbe una circostanza atta a dimostrare l'esistenza della colpa di organizzazione. Aggalla, d'acchito, una sensazione di sconcerto, ancora più accentuata dal fatto che si è al cospetto di una presa di posizione senz'altro 'impegnativa', capace di rilasciare non trascurabili effetti sulla 'grammatica' dell'illecito dell'ente.

<sup>(1)</sup> Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Dir. pen. contemporaneo*, 19 settembre 2014 (relativa al caso Thyssenkrupp) e, soprattutto, Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *Sistema Penale*, 8 novembre 2021 (concernente il disastro ferroviario di Viareggio).

<sup>(2)</sup> Pare, invece, distaccarsi, da ultimo, dai principi sanciti dalla sentenza in commento, Sez. V, 2 marzo 2023, n. 21640, *inedita*, in cui si afferma che le regole elaborate dall'ente per la prevenzione del rischio-reato trovano la loro sede naturale nei modelli di organizzazione, delineati dall'art. 6 d.lgs. 231/2001. Ne deriva che «l'ente che non si sia dotato affatto di siffatti modelli organizzativi risponderà verosimilmente del reato presupposto commesso dal suo rappresentante, se compiuto a suo vantaggio o nel suo interesse» (p. 21).

Per districarsi, allo scopo di comprendere la portata dei *dicta*, la chiave di volta va verosimilmente intravista laddove la Corte sostiene che la colpa di organizzazione possiede la «stessa funzione che la colpa assume nel reato commesso dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico, integrato dalla violazione “colpevole” (ovvero “rimproverabile”) della regola cautelare». La colpa di organizzazione andrebbe, quindi, *assimilata alla colpa “individuale”*, da intendere quale violazione di regole cautelari, funzionalmente deputate a prevenire ben determinati eventi lesivi.

Una conclusione, questa, non immune da suggestioni, ma che tradisce una *estremizzazione ‘isotopica’*: modella, cioè, la colpa di organizzazione alla stessa stregua della paradigmatica che governa l’ascrizione della responsabilità colposa alla persona fisica. Si badi: una lettura ‘isotopica’ vanta pregevoli esiti (laddove, ad esempio, scongiura il rischio del *versari*), ma, nella lettura offerta dalla Corte, pare di cogliere un eccesso, laddove la colpa di organizzazione finisce per dissolversi, funzionalmente, in quella individuale. È come se il diritto penale della persona fisica, una volta abbattuto il dogma del *Societas*, provasse a ristabilire la sua storica, ideologica ‘superiorità’, riaffermando, così, il suo primato. Tuttavia, ove dovesse imboccarsi questa via, il decreto 231 subirebbe alcune lacerazioni tali da minarne lo statuto fondativo.

## 2. I PARADIGMI IMPUTATIVI DELLA RESPONSABILITÀ ALL’ENTE: UNA SINOSI

Se si torna indietro nel tempo, il legislatore del 2001 si confrontava, sul versante *imputativo*, con tre paradigmi.

(a) Il primo, di tipo ‘*compenetrativo*’, si collega alla teoria ‘*organicistica*’ e alla sua variante anglosassone della ‘*identificazione*’, nel cui ambito *gli elementi costitutivi dell’illecito e della colpevolezza sono interamente appiattiti su quelli della persona fisica*. Visto che l’ente è *naturalisticamente incapace di azione*, tale paradigma si incentra sulla figura dell’‘*organo*’ (che agisce per conto di, nel nome di): si punisce il fatto-reato della persona fisica perché è *funzionalmente consustanziale* all’ente, traducendone tanto la tipicità oggettiva che la colpevolezza<sup>(3)</sup>. Il *principale limite* della teoria della identificazione sta nel trascurare il *fenomeno organizzativo* e la sua capacità di incidere sulla struttura dell’illecito. Se fosse stata recepita integralmente dal legislatore del 2001, la teoria avrebbe determinato un possibile contrasto con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, come responsabilità colpevole.

(b) Il secondo paradigma è di stampo ‘*vicariale*’, da intravedere nella *responsabilità per fatto altrui*, che opera quando il fatto-reato è commesso dai *dipendenti*, cioè da soggetti incapaci di portare all’esterno la volontà dell’ente<sup>(4)</sup>. In questo ambito, la struttura dell’illecito *si arricchisce*, perché compare la *previa violazione di un obbligo di controllo e di vigilanza da parte dell’ente*: dunque, si punisce una condotta dell’ente che sta *al di fuori* del fatto di reato. Tuttavia, detto obbligo è sostanzialmente *privo di un contenuto materiale*, non richiedendo la predisposizione di un sistema organizzativo-preventivo. Il suo volto è essenzialmente ricavato dalla *disciplina civilistica*, in cui, come è noto, si traduce in ‘*letture*’ prossime alla responsabilità oggettiva.

<sup>(3)</sup> Sul paradigma compenetrativo e sulla ricostruzione delle sue origini, v. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, 2012, p. 35 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 152 ss.

(c) Un diverso paradigma privilegia l'*autoresponsabilità*: forgia, cioè, una *responsabilità autonoma dell'ente*, valorizzando la *componente organizzativa*. Si sostiene che la responsabilità penale della persona fisica non debba necessariamente coincidere, specie sul terreno della colpevolezza, con quella dell'ente. Per questa via, si va alla *caccia di una colpa di organizzazione dell'ente*, la cui carenza legittimerebbe una *dissociazione* tra le due forme di responsabilità <sup>(5)</sup>.

In questo ambito, spicca un'impostazione, qualificabile come *isotopica*, che struttura la colpa di organizzazione *per analogia*, estraendola dalla paradigmatica che governa l'imputazione della responsabilità penale alla persona fisica; il fatto-reato diventa, così, *elemento costitutivo* dell'illecito sul quale orientare il nesso ascrittivo colposo <sup>(6)</sup>.

Peraltro, in tale ricostruzione, si danno alcune 'varianti'.

Una prima attribuisce alla colpa di organizzazione la funzione di *attenuazione della responsabilità* dell'ente, il cui criterio di ascrizione, oggettivo e soggettivo, resta ancorato al paradigma dell'identificazione. Si tratta del modello statunitense, in cui la presenza di un'efficace organizzazione preventiva, integrata, se del caso, pure *post delictum*, fomenta *accordi tra le parti processuali* (l'accusa e la *corporation*), che possono sfociare nella *rinuncia all'azione penale* verso l'ente <sup>(7)</sup>. Il fenomeno organizzativo diventa, in tal modo, moneta spendibile per una attenuazione delle conseguenze sanzionatorie o per una fuoriuscita dal processo.

Una seconda versione (da rintracciare nell'*Accountability Model* australiano) privilegia l'organizzazione preventiva come *reactive corporate fault*. La colpa di organizzazione non viene accertata al momento della realizzazione dell'*actus reus* (che viene pur sempre attribuito all'ente in forza della teoria dell'identificazione), ma, successivamente, vale a dire *dopo* la consumazione del reato. Ciò che conta è quanto fatto dall'ente per 'contenere' le conseguenze dannose o pericolose del reato o comunque per reagire al disvelamento di illeciti, che, *ex ante*, potrebbero anche manifestarsi come casuali ed imprevedibili <sup>(8)</sup>. Emerge, pertanto, una sorta di sfiducia sulla capacità di prevenzione dell'ente *ante factum*. Spicca, perciò, la natura essenzialmente '*riparativa*' di questo modello.

Il legislatore del 2001 ha adottato, a ben vedere, il paradigma *isotopico* dell'*autoresponsabilità*, sia pure attraverso una traduzione normativa polimorfa. L'*inversione dell'onere della prova*, che segna l'*incipit* dell'art. 6, manifesta un visibile aggancio al modello compenetrativo, quando il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale. L'illecito viene, infatti, ascritto all'ente, salvo che questo sia in grado di provare: di essersi efficacemente adoperato per impedire la verifica del reato, tramite l'adozione e l'efficace attuazione del modello di organizzazione; la presenza di una elusione fraudolenta del modello. Una scelta evidentemente *compromissoria*, che, tuttavia, come si sa, la giurisprudenza ha ridimensionato, ri-allocando l'onere probatorio in capo all'accusa e prefigurando a carico dell'ente un più blando "onere di allegazione" <sup>(9)</sup>.

<sup>(5)</sup> Su questo paradigma e, più in generale, sui diversi criteri di ascrizione della responsabilità all'ente, v. GÓMEZ-JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2006.

<sup>(6)</sup> Su questa classificazione, v. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2018, p. 190 ss.

<sup>(7)</sup> Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 102 ss.

<sup>(8)</sup> Su questo modello, v. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 163 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

In definitiva, al netto del denunciato compromesso, si può affermare che il *Tatbestand* oggettivo dell'illecito dell'ente, nel decreto 231, sembra inquadrabile nella categoria del *reato d'obbligo*, marcato: (a) da un *evento dannoso*: il *reato-presupposto*; (b) da una *condotta (auto-organizzativa-preventiva) a forma vincolata*, integrata dalla redazione ed attuazione di *modelli comportamentali*, normativo-deontologici, raggruppati in un pertinente *sistema* (il modello di organizzazione), teleologicamente orientato alla *ragionevole riduzione del rischio-reato* (materializzatosi nell'evento).

### 3. LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE COME SELETTORE DI RESPONSABILITÀ

Come si è visto, la Corte di cassazione sostiene che la mancata o carente adozione del modello non costituirebbe un elemento del tipo: sarebbe, semmai, una circostanza atta a dimostrare l'esistenza della colpa di organizzazione. Al netto della contorsione linguistica, se ne trae un importante precipitato: la mancata adozione del modello, la sua insufficiente adozione o attuazione non integrerebbero *tout court* la colpa di organizzazione e, dunque, la responsabilità colpevole dell'ente. A tutto concedere la indizierebbero. Se l'ente, infatti, allegasse di avere comunque adottato cautele (in definitiva, procedure) orientate a disinnescare o a ridurre il rischio di consumazione del reato occorso, l'accertamento della colpa andrebbe condotto replicando le fattezze di quello che scandisce la responsabilità della persona fisica. Breve, se queste cautele venissero ritenute idonee ad impedire o frapporre efficace ostacolo alla verifica del reato-presupposto, l'ente non sarebbe rimproverabile per colpa.

Si tratta di una conclusione suggestiva, a prima vista appagante, 'garantista', verrebbe da dire. Ma se la si scruta a fondo, assimila, per '*confusione*', fenomeni diversi (l'omessa adozione del modello, la sua parziale attuazione, ecc.): ove integralmente accolta, finirebbe per depotenziare, o addirittura azzerare, la spinta a dotarsi del sistema di prevenzione dei reati, la cui ossatura il legislatore ha espressamente disegnato nell'art. 6 del decreto. Meglio evitare giri di parole: a seguire il *dictum* della Corte, un ente potrebbe essere indotto a non impegnare risorse nella costruzione del modello preventivo dettato dalla legge, limitandosi, magari, a licenziare qualche procedura che lo metta al riparo dal rischio di una condanna. Così, per fare un esempio: perché istituire l'organismo di vigilanza oppure incardinare il sistema di *Whistle-blowing*, se la fuoriuscita dalla responsabilità può essere ottenuta a costi meno dispendiosi? Di questi interrogativi, la sentenza non si fa carico, perché, a ben vedere, *sottovaluta la dimensione 'organizzativa' della prevenzione* a tutto vantaggio di una lettura 'individualistica', che affonda le radici dell'*Individualstrafrecht*.

Per provare ad arginare alcuni degli effetti più dirompenti di un simile esito, è opportuno approfondire meglio il contenuto della categoria "colpa di organizzazione": sebbene venga ormai evocata in modo indifferenziato, essa non rilascia, come vedremo, un volto unitario, bensì una diversificata morfologia, capace di provocare significative ricadute sul terreno imputativo.

Sotto il profilo metodologico, per evitare 'confusioni' del tipo di quelle patrocinate dalla sentenza, è bene distinguere *tre ipotesi*: i) la prima ha a che vedere con l'ente che non ha adottato il modello di organizzazione previsto dall'art. 6 del decreto 231; ii) la seconda riguarda l'ipotesi in cui il modello sia stato *inefficacemente adottato*; iii) la terza concerne il caso in cui un *modello sia stato solo parzialmente adottato*, non possedendo l'intelaiatura prescritta dall'art. 6.

#### 4. L'OMESSA ADOZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE

È da ritenere che la regola, che impone all'ente di auto-organizzarsi, non abbia natura propriamente cautelare, bensì *'progettuale'* o *'pianificatoria'*: infatti, non è funzionale alla previsione di un ben determinato tipo di evento, come avviene nel diritto penale individuale, bensì alla *progettazione delle posizioni individuali* (la *griglia dei garanti*) e delle *modalità di gestione del rischio* e del correlato sistema decisionale (*risk management*)<sup>(10)</sup>. Il dovere di organizzazione funge, così, da *condizione di preesistenza* delle regole cautelari e la sua trasgressione mette l'ente nelle condizioni di non poter funzionare nella prevenzione del rischio-reato. Solo che questa violazione *non si lascia addomesticare nella categoria della colpa*, perché l'obbligo di auto-organizzazione è solo *genericamente* preventivo. Dunque, non appare corretto appellarsi, in presenza della consumazione di un illecito, ad una colpa di organizzazione, *sub specie* di agevolazione colposa. L'atto organizzativo rilascia una natura *'previa'* rispetto alla successiva elaborazione delle regole autenticamente cautelari.

L'impossibilità di rintracciare un'autentica regola cautelare nel dovere di organizzazione pare risaltare in modo chiaro se si prova a raffigurare la seguente sequenza:

*violazione del dovere di auto-organizzazione (consistente nella mancata dislocazione dei garanti e nell'omessa progettazione di una macrostruttura preventiva dei rischi-reato)*



*omessa prevenzione dei rischi-reato (1° anello intermedio)*



*omessa adozione di regole cautelari (2° anello intermedio)*



*verificazione della situazione di pericolo insita nella sfera di rischio contemplata dalla regola cautelare (3° anello intermedio)*



*evento finale (sanzionato dalla norma incriminatrice e correlato alla sfera di rischio prevista dalla regola cautelare)*

Per poter utilmente ricorrere al paradigma ortodosso di accertamento della colpa, occorrerebbe provare, nel processo, la *concreta prevedibilità* di ciascuno degli *anelli intermedi* posti in correlazione causale con l'evento. Ma non è difficile percepire che è un'impresa ardua quella di rimontare, sul versante della prevedibilità, le numerose scansioni che partoriscono l'evento finale. Il *corto circuito*, che impedisce di progredire nella riconoscibilità dei vari anelli intermedi, si verifica già nel passaggio dal *primo al secondo anello*. Il mancato adempimento dell'obbligo di organizzazione, in presenza di un ente chiamato a confrontarsi con una pluralità di rischi-reato, evoca una situazione in cui è difficile, per non dire impossibile, immaginare prolungamenti verso la rappresentazione dell'evento occorso. *Il rischio-reato assume sfaccettature disomogenee*, destinate ad essere *'dominabili'* solo all'esito di una meticolosa *'mappatura'*. Basta riflettere sulla tipologia dei più ricorrenti crimini d'impresa: violazioni fiscali, frodi assicurative, corruzioni, illeciti di bilancio, frodi contro la pubblica amministrazione, conflitti di interesse, violazioni della normativa antitrust, *insider trading*, aggio, frodi alimentari, infortuni sul lavoro, violazioni ambientali, usura, riciclaggio, ecc. Tali reati possono essere commessi *'occasionalmente'*, oppure *'professionalmente'*, in violazione di doveri di

(10) Così, PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini e Orlandi, Bononia University Press, 2013, p. 169.

lealtà verso i clienti o verso la pubblica amministrazione, o essere collegati ad operazioni affaristiche con finalità di profitto o di alterazione dei meccanismi di concorrenza, ovvero possono addirittura integrare forme di collegamento con la criminalità organizzata. Ne scaturisce una *tavolozza policroma*, che racchiude svariate fattispecie e diverse modalità di collegamento dell'illecito all'ente. Diventa, perciò, arduo, o frutto di un'operazione mentale puramente virtuale, mettere in relazione la trasgressione del dovere di organizzazione con il reato occorso *hic et nunc*. Già il *primo anello causale* intermedio esterna una piattaforma di rischio troppo *slabbrata e indistinta* rispetto ai successivi anelli e all'evento finale <sup>(11)</sup>.

In definitiva, la violazione dell'obbligo sembra da ricondurre ad una *consapevole scelta per la disorganizzazione* sul terreno della prevenzione del rischio-reato. Si tratta di una *scelta/decisione*, perché appare anacronistico pensare che la disorganizzazione possa dipendere da un atteggiamento di mancata rappresentazione dei rischi, alla stregua di una colpa incosciente. *L'ente, disorganizzato, decide, con una decisione a sua volta rischiosa, di correre un rischio, mostrando, così, un atteggiamento di consapevole noncuranza progettuale. Detta consapevolezza, tuttavia, non può essere inquadrata nel dolo, neppure nella forma obliqua per eventuale: la rappresentazione dei possibili reati da impedire si atteggia come qualcosa di sfocato, di meramente potenziale, come una visione puramente sistemica, nella misura in cui, cioè, alcune tipologie astratte di illecito sono funzionalmente (e non già psicologicamente) riconducibili all'attività dell'ente. La mancata predisposizione di una macrostruttura preventiva pone l'ente in una relazione di possibilità con eventi di reato disomogenei (una sorta di variegata tavolozza), che rinuncia a decrittare in concreto. Ecco perché, in questo caso, il meccanismo imputativo pare più correttamente da riferire ad una "colpevolezza, organizzativa, da rischio assunto" e non già al megacontenitore (indifferenziato) della 'colpa di organizzazione' <sup>(12)</sup>. Si valorizza, per questa via, il superiore coefficiente di riprovevolezza insito nella decisione di aumentare il rischio-reato, legata alla violazione della norma di organizzazione. La circostanza che il fulcro dell'illecito si sposti sul versante del rischio consapevolmente assunto non si traduce, però, nel relegare l'evento ad una mera condizione di punibilità: occorre pur sempre appurare che l'evento sia genericamente iscrivibile nel novero di quelli correlati all'attività dell'ente, così da integrare una correlazione di rischio di taglio sistemico e organizzativo. Se si vuole adoperare il lessico del diritto penale individuale, occorre, per affermare la responsabilità dell'ente, che il reato occorso sia 'riconoscibile': solo che si è al cospetto di una 'riconoscibilità' sprovvista di un contenuto psicologico, perché è diverso il soggetto a cui riferirla. Non più un 'uomo', ma la *societas*, che 'respira' e 'decide' con il polmone dell'organizzazione'. Se non si organizza, la sua responsabilità è, come si è detto, da rischio assunto: un rischio, questo, da non confondere con una sorta di *culpa in re illicita* (perché non si versa *in re illicita*). Se l'ente non si auto-organizza sceglie di correre tutti quei rischi funzio-*

<sup>(11)</sup> La sequenza, descritta nel testo, è tratta da PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione*, cit., pp. 169-170.

<sup>(12)</sup> Una colpevolezza che tramanda qualche similitudine con la *Recklessness*, un istituto di *Common Law* a cavaliere tra l'*Intention* (il dolo) e la *Negligence* (la colpa), che viene scomposto in due forme di colpevolezza: a) la prima consiste nella *temeraria* (*recklessly*) *assunzione del rischio*; b) la seconda in una *sottovalutazione del rischio indotta da gross negligence*. Su tale istituto, v. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003. Come si è visto *supra*, sub nt. 1, la Sez. V della Cassazione, sent. 2 marzo 2023, cit., ha affermato, senza tuttavia fornire approfondimenti sul punto, che la omessa adozione del modello organizzativo comporta la responsabilità dell'ente.

nalmente riferibili alla sua attività: ne stanno fuori, e dunque non gli sono attribuibili, quelli che neppure una rigorosa attività di *assessment* avrebbe fatto aggallare.

Vi è da chiedersi se un ulteriore correttivo, nell'ottica di una salvaguardia del disvalore di evento, potrebbe essere intravisto nella necessità di provare se il corretto disimpegno dell'obbligo organizzativo avrebbe impedito la verifica del reato: la risposta pare debba essere negativa, atteso che un accertamento di tal fatta sembra porsi in contrasto con la dimensione volontaristica della decisione per la disorganizzazione.

## 5. IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE INEFFICACE

Una volta che l'ente abbia adempiuto alla progettazione della macrostruttura preventiva, occorrerà saggiarne l'*adeguatezza*. È questo il terreno in cui *risalta la vicinanza con la colpa 'individuale'*, perché ci si confronta con l'efficacia preventiva delle cautele rivolte a contenere gli specifici rischi-reato che l'ente ha individuato all'esito del risk assessment. Tuttavia, benché si sia in presenza di una *isotopia descrittivo-funzionale con la colpa individuale, i paradigmi non combaciano interamente*, perché sono contraddistinti da una *differenza di scala e da una diversa cornice di sfondo*: il discrimine è dato dalla (risaputa) *complessità* che marca l'agire dell'ente. Dunque, si è al cospetto di una *manifestazione speciale della colpa*. Di qui, la possibilità di classificare questo paradigma come "*colpa di organizzazione*", i cui profili di diversità/specialità dalla colpa individuale possono essere individuati come segue.

(a) La figura dell'*agente-modello*: l'agire organizzato genera una *metacompetenza*, che consente di ottenere *prestazioni di gran lunga superiori rispetto a quelle esigibili dal singolo*; spicca, però, il *ruolo ancipite* dell'organizzazione: se ben organizzata, può conseguire prestazioni superiori; in caso contrario, produce danni ai beni giuridici di dimensioni ben più rilevanti (esponenziali) di quelli riconducibili alla persona fisica; dunque, l'agente-modello collettivo non è assimilabile a quello individuale, per contenuto e ampiezza dei doveri che l'ordinamento richiede.

(b) Circa il piano delle *cautele*, teleologicamente rivolte alla minimizzazione del rischio-reato, il loro *contenuto*, nell'ambito degli enti, rivela un ragguardevole tasso di *complessità*, che aderisce alla *dimensione collettiva e procedimentalizzata* delle decisioni aziendali. La descritta cornice di complessità è, dunque, destinata a riversarsi sul "contenuto" delle cautele, che non sono più riconducibili al 'dominio' di un individuo, ma rilasciano un *volto composito*, che riflette l'impronta collettiva dell'azione dell'ente. È, così, possibile ritagliare le seguenti *distinzioni*, in ordine alla *tipologia* e alla *finalità* delle cautele. (i) *Cautela procedimentale*, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente. Una volta disegnato il meccanismo procedurale, distinguendo le diverse fasi che lo integrano, il processo decisionale deve ispirarsi al *principio di segregazione delle funzioni* tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato: si tratta di una cautela volta ad evitare la concentrazione dei poteri e l'insorgenza di conflitti di interesse, di ostacolo alla trasparenza e alla verificabilità dei processi decisionali. La 'dispersione' (democraticizzazione) dei poteri costituisce, dunque, una irrinunciabile architrave di un'adeguata prevenzione del rischio-reato. La *funzione* delle cautele procedimentali è *duplice*. Da un lato, *di per sé considerate*, denotano *finalità "cautelative"*, visto che sono *immediatamente orientate* ad evitare la concentrazione dei processi decisionali, un fenomeno, cioè, che può atteggiarsi come '*prodromico*' rispetto al rischio di commissione di *tutti* i reati-presupposto della responsabilità dell'ente: non si prefigura, così, una immediata correlazione di rischio tra la

violazione della regola e uno specifico tipo di rischio-reato, che contraddistingue le norme autenticamente “cautelari”. Dall’altro lato, *nel momento in cui si affiancano, sinergicamente, alle regole sostanziali*, di cui alla lettera che segue, presentano pure un contenuto, *mediatamente, “cautelare”*, nella misura in cui si atteggiano come “strumenti” diretti ad implementare ed assicurare il buon funzionamento e l’effettività delle cautele sostanziali. In questo senso, le regole procedurali potrebbero essere definite alla stregua di “pre-condizioni” di funzionamento delle regole sostanziali. (ii) *Cautela sostanziale*, concernente il contenuto della decisione a rischio-reato, che viene conformato sul piano dell’an, del quomodo e del quantum, in diretta correlazione funzionale con lo specifico tipo di rischio da contrastare (criterio di copertura del rischio tipico): la natura di queste regole di comportamento è, perciò, autenticamente “cautelare”, perché replica le fattezze dei meccanismi di ascrizione della colpa sul terreno dell’*Individualstrafrecht*. (iii) *Controllo*, che traduce l’esigenza di assicurare l’adeguatezza e l’effettività della cautela, con l’adozione di meccanismi di supervisione di primo grado, interni, cioè, al processo decisionale, e di secondo grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale. Questo tipo di cautela rilascia una chiara strumentalità funzionale con le cautele sostanziali, avendo lo scopo di garantire l’efficienza e l’effettività operative di quest’ultime <sup>(13)</sup>.

La riduzione del rischio-reato deve comportare, allora, di regola, la convergenza di queste tre tipologie di cautele.

Le cautele, che formano l’ossatura di un *compliance program*, contribuiscono a forgiare il disvalore di condotta dell’illecito sul terreno della tipicità e non operano, pertanto, sul terreno del rimprovero (della colpevolezza). Quanto alla loro efficacia, l’isotopia con il diritto penale individuale può risultare, in parte, fuorviante. Specie con riguardo ai reati/decisione, la loro maggiore insidiosità è da rintracciare nel dolo che li anima: sono, infatti, espressione di un agire finalisticamente orientato, in cui la fase cognitiva e quella volitiva di saldano sinergicamente, lasciando un’impronta indelebile nel ‘tipo’. Di conseguenza, la prevenzione di tale rischio, spesso oscuro, non può che muovere da un efficace processo di ‘auto-organizzazione’, che, per essere davvero tale, non può che dipanarsi nel “campo antistante” la verifica (o la concreta probabilità di verifica) dell’evento avverso: segnatamente, in quello del rischio. In altre parole, le cautele, che l’ente è chiamato ad adottare, si stagliano come altrettanti “fattori di disturbo” (“controspinte”) rispetto al dolo, collocandosi a ragguardevole distanza dal momento in cui la consumazione dell’evento illecito vanta elevate chances di verifica. È, peraltro, evidente che la distanza dall’evento avverso costituisce un’entità graduabile: di regola, è maggiore nelle cautele ‘procedimentali’, che integrano un indispensabile avamposto preventivo, se solo si pensa che l’agire doloso può iniziare ad esplicarsi già nelle fasi che segnano l’avvio dell’iter decisionale, tramite l’aggiramento di controlli di linea, l’alterazioni di flussi informativi, ecc. La distanza, per contro, tenderà ad abbreviarsi con riguardo alle cautele ‘sostanziali’. Occorre ribadire, tuttavia, che si tratta, pur sempre, di cautele che non sono a ridosso della fonte del rischio e, per la cui costruzione, non si hanno a disposizione supporti nomologici che consentano di formulare prognosi certe. Ne deriva che le cautele, dovendo incidere su comportamenti umani, dolosi e dinamici, sono prevalentemente orientate a ridurre

<sup>(13)</sup> Le considerazioni svolte nel testo riproducono il contenuto di un nostro precedente saggio: v. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del ‘modello organizzativo’ ex d. lgs. 231/2001, Parte II, in questa rivista, 2013, p. 846 ss.*

ragionevolmente il rischio (la possibilità) dell'evento avverso, non già al suo impedimento. Per questa via, assumono un contenuto prevalentemente *frappositivo*, palesandosi come altrettanti *ostacoli* all'adozione di una decisione illecita.

All'interno di questa cornice, l'accertamento della colpa di organizzazione replica le fattezze di quella 'individuale'. La 'grammatica' ne è stata efficacemente delineata nella recente sentenza Impregilo<sup>(14)</sup>. Eccone le scansioni fondative:

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

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

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

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

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

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

Traspare una grande chiarezza nell'enunciazione dei principi. L'unica chiosa che può essere formulata concerne l'efficacia del c.d. *comportamento alternativo lecito*. A ben vedere, l'illecito dell'ente si manifesta in forma *omissiva*, in guisa di una carente o inadeguata predisposizione di cautele: dunque, il terreno in cui saggiare l'efficacia preventiva del sistema è essenzialmente quello della *causalità omissiva*. Per contro, il comportamento alternativo lecito opera, come noto, nell'ambito dei reati commissivi, in cui traduce il requisito della evitabilità dell'evento.

<sup>(14)</sup> Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *Sistema penale*, 20 giugno 2022.

È poi da evidenziare, sul versante dell'accertamento causale, che il 'condizionamento' protocollare dei comportamenti altrui non gode del supporto di leggi scientifiche di copertura, le uniche in grado di garantire una rassicurante e verificabile 'copertura' al giudizio causale (vuoi sul versante del 'nesso', vuoi su quello della causalità della colpa). Ne deriva che il tasso di predittività degli eventi avversi risulta di più problematico accertamento: privo di caratura nomologica, si snoderà attraverso 'massime di esperienza' calate, però, in un contesto altamente 'organizzato', in cui la procedimentalizzazione delle decisioni può prestarsi a giudizi di causa-effetto negli evidenziati termini di una *minimizzazione* del rischio. Breve: si impinge in un terreno in cui la parola "certezza" ha un respiro cortissimo, soppiantata, com'è, da prognosi che vantano un'impronta inferenziale con essa ontologicamente incompatibile. L'*isotopia* con il reato colposo conosce, quindi, un parziale distacco, imputabile alla diversità del contesto culturale che contraddistingue le organizzazioni complesse. Semmai, la sua 'tenuta' morfologica potrebbe vantare credito solo accostandola al terreno delle *regole cautelari improprie*, che, come si sa, non mirano ad impedire l'evento, ma a ridurre il rischio della sua verificazione<sup>(45)</sup>. In tal caso, se non si vuole svuotare di significato il contenuto di siffatte regole, l'accertamento della minimizzazione del rischio, insito nel rispetto della regola, può ritenersi tutto sommato compatibile con i margini di incertezza tipicamente ricollegabili alla struttura della regola stessa.

## 6. LA PARZIALE ADOZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE

Si è al cospetto dell'ipotesi *più problematica* da decrittare. Come si sa, il decreto, all'art. 6, scolpisce l'ossatura del modello (del sistema di prevenzione, comunque lo si voglia chiamare). All'esito del *risk assessment*, il modello si impernia: i) nella redazione di *specifici protocolli*, conformativi delle decisioni dell'ente, orientati alla prevenzione dei reati; ii) nella istituzione di un *organismo di vigilanza*, munito di autonomi poteri di iniziativa e controllo, chiamato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, nonché a proporne l'aggiornamento; iii) nella individuazione delle *modalità di gestione delle risorse finanziarie*, finalizzate all'impedimento dei reati; iv) nella previsione di flussi informativi verso l'organismo di vigilanza; v) nella introduzione di un *sistema disciplinare*, rivolto a colpire le inosservanze del modello; vi) nell'adozione del sistema di *Whistleblowing*, diretto a favorire l'emersione delle violazioni.

Dinanzi a questa griglia, normativamente predeterminata, l'interrogativo che ci si pone è il seguente: *la carenza di uno o più dei predetti requisiti è da equiparare all'assenza del modello? Quale paradigma imputativo opererà rispetto ad una simile evenienza?*

A ben vedere, l'analisi ravvicinata della struttura del modello permette di apprezzare come, in un'ottica preventiva, la *funzione* degli elementi, indicati dal legislatore, riversi una *differente caratura*. Ad un esame ravvicinato, sembra di poter cogliere una importante *distinzione* tra la redazione dei *protocolli*, immediatamente rivolti alla minimizzazione del rischio-reato, e gli *altri requisiti*, che rilasciano una funzione di *implementazione*. Per comprendere appieno la prospettata distinzione, è necessario ancora una volta ricordare la dimensione di complessità organizzativa in cui il sistema preventivo opera. Benché siano ormai disponibili, a più di vent'anni dal decreto, protocolli pilota, sistemi di certificazione, ecc., i protocolli preventivi possiedono contenuti 'mobili': la loro efficacia è, infatti, costitutivamente condizionata sia dall'emersione di nuove *best practices*, provviste di maggiore efficacia, sia dall'esistenza di un

<sup>(45)</sup> Sulla struttura e la funzione di tali regole, v. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Cedam, 2003.

sistema di controllo, che consenta di saggiarne l'effettività e di scoprirne tempestivamente *deficit* strutturali (o di *'disegno'*, nel gergo aziendalistico). I compiti assegnati all'organismo di vigilanza, i flussi informativi, il sistema disciplinare e il *Whistleblowing* adempiono proprio alla descritta funzione: *implementano l'efficacia frappositiva delle cautele, vuoi favorendo l'aggiornamento del loro contenuto (sulla scorta dei controlli eseguiti, delle segnalazioni ricevute, dei nuovi 'saperi'), vuoi assicurando ed incrementando la loro effettività (a questo servono i controlli eseguiti dall'organismo di vigilanza e il sistema disciplinare)*. Detto in altri termini, la cautela e la sua efficacia risentono del *contesto organizzativo* in cui si calano. Non vanno apprezzate isolatamente, ponendole in immediata ed isolata correlazione con l'evento avverso, ma devono sinergicamente essere raccordate con il sistema dei controlli che ne assicura la bontà preventiva e l'efficace implementazione. In un simile quadro, è chiaro che *l'adozione delle procedure costituisce un elemento fondativo: senza procedure non v'è modello, perché latita la linfa vitale*. Nel caso di commissione di un reato, in una simile evenienza, opera il meccanismo imputativo del *"rischio assunto"*. Gli *altri elementi*, forgiate le procedure, ne *agevolano la respirazione*, assicurandone la vitalità. Qualora uno o più di questi manchi, una simile lacuna è equiparabile all'assenza del modello? Per fare un esempio: si può ritenere esistente un modello che non contempli, in violazione dell'art. 6, l'organismo di vigilanza? È il caso di evidenziare che il quesito non vanta un rilievo esclusivamente dogmatico. L'istituzione dell'organismo di vigilanza costituisce, per gli enti, una voce di 'costo' economico. Declassarne la funzione, potrebbe legittimare prassi disinvolte, *compliance* a basso costo. Tuttavia, una soluzione che equiparasse una simile lacuna all'inesistenza del modello pare eccessiva. È, prima di tutto, l'adozione dei protocolli ad integrare il cuore pulsante del modello. Gli altri requisiti, lo si ripete, consentono di ottenere prestazioni migliori, ma la loro forza non è tale da vanificare del tutto la decisione dell'ente in direzione di una organizzazione preventiva. Dunque, la loro carenza incide non tanto sull'*an* ma sul *quomodo* del sistema preventivo. Ciò si riverbera sulla conformazione del corrispondente meccanismo imputativo. Escluso il paradigma imperniato sulla colpevolezza da *"rischio assunto"*, troverà applicazione quello che si impernia su un accertamento isotopico, che riflette le cadenze della colpa individuale? La sentenza della Cassazione, come si è visto, muove in questa direzione: se si riscontra una cautela idonea, pur nell'assenza degli altri elementi del modello, l'ente non potrebbe essere rimproverato. Una soluzione, questa, troppo sbrigativa, se interpretata alla 'lettera', perché trascura la descritta funzione di implementazione svolta dagli altri istituti prescritti dall'art. 6. Per giungere ad una corretta esclusione della colpa di organizzazione, *occorrerà dimostrare che l'assenza di uno o più dei requisiti costitutivi del modello, diversi dall'adozione delle procedure, non abbia esercitato alcun effetto rispetto all'evento avverso verificatosi*. Si profila una valutazione controfattuale: se l'ente avesse incardinato l'organismo di vigilanza (che, a sua volta, avesse effettuato controlli nelle aree a rischio-reato), un effettivo sistema di rilevamento e di 'censura' disciplinare degli illeciti, la cautela, pure astrattamente idonea (se isolatamente considerata), avrebbe manifestato un gradiente di 'frappositività' maggiore? Si immagini, per fare un esempio, che una procedura anticorruzione o antiriciclaggio, adottata dall'ente, si imperni su sperimentati questionari di *due diligence*, ma che lo svolgimento di attività di *audit*, richieste dall'organismo di vigilanza, avrebbe permesso di cogliere la necessità di estendere il perimetro conoscitivo del questionario. Ove ciò fosse accaduto, il reato non si sarebbe consumato oppure si sarebbero accresciuti gli 'intralci' alla sua verifica. L'esempio consente di apprezzare come, in simili casi, l'accertamento della colpa non possa focalizzarsi solo sulla

cautela, ma debba inevitabilmente tenere conto della natura sistemica ed organizzata che essa possiede. L'ente, pertanto, potrà andare esente dal rimprovero, solo se il mancato successo della cautela procedurale non sia stato in alcun modo 'condizionato', agevolandolo, dalla mancata adozione ed operatività degli istituti destinati ad implementare e vivificare, *in action*, la cautela stessa.

In definitiva, va bandito un accertamento isomorfo, di taglio 'individualistico': va sostituito o quanto meno integrato da una *valutazione 'sistemico-organizzativa'*, che valorizzi il composito volto che le cautele assumono in contesti organizzativi complessi. In definitiva, è la base ontologica del giudizio che muta rispetto all'*Individualstrafrecht*: non basta tenere conto del contenuto della singola procedura, ma occorre altresì saggiarne l'adeguatezza preventiva tenendo conto dello 'strumentario' che l'art. 6 appresta per verificarne ed implementarne l'efficacia e l'effettività. Su questo punto, la sentenza della Corte, tutta rivolta a fronteggiare asperità dogmatiche, tradisce, però, una scarsa consapevolezza dei fondamenti dei processi decisionali nelle organizzazioni complesse: queste, è bene evidenziarlo con forza, sono le prime a sapere che le cautele, pure adottate, vanterebbero una precaria capacità operativa in un contesto altrimenti disorganizzato.

