

LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA

1. Il paradosso dell'impresa indifendibile

Il rimprovero che l'ordinamento muove all'impresa tratto a processo risiede nella colpa di organizzazione, per la cui integrazione sembra sufficiente, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'omessa adozione o l'inefficace attuazione di un formale Modello idoneo a prevenire rischi-reato della specie di quello verificatosi. Nondimeno, non adottare un formale Modello descrive una scelta legittima e così anche adottare un Modello che, a valle di una valutazione del rischio operata conformemente ai metodi raccomandati dagli *standard* di riferimento, scientemente non prenda in considerazione e, quindi, non gestisca lo specifico rischio-reato oggetto di incolpazione: l'adozione di un Modello organizzativo idoneo a prevenire il reato non è un obbligo per gli enti, sanzionabile in caso di omissione con la loro responsabilità amministrativa. Dunque, la sua pacifica assenza non può di per sé essere addebitata all'impresa per costituire la ragione unica della sua responsabilità.

Di qui, una singolarità sistemica tra le più sorprendenti. Data l'impostazione assunta in alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità, consegue che l'impresa che legittimamente abbia scelto di non adottare un formale Modello o abbia adottato un Modello che, a esito di una valutazione del rischio condotta in conformità ai criteri prescritti dagli *standard* di settore, motivatamente non prenda in considerazione e, dunque, non gestisca il particolare rischio-reato poi oggetto di incolpazione potrebbe fondatamente dirsi destinato a una condanna applicabile di *default*. Il risultato, che fa, così, da cassa di risonanza a cortocircuiti che storicamente affliggono, in misura diffusa, la fase attuativo-giudiziale della disciplina in argomento, rischia di entrare visibilmente in contrasto con taluni principi costituzionali cardine che amministrano il procedimento penale italiano. Sul punto, infatti, si denuncia che, se si accede a tali orientamenti, a dispetto del principio di responsabilità personale, l'impresa risponde per il fatto altrui, indipendentemente da qualsiasi colpa organizzativa, secondo paradigmi tipici della responsabilità oggettiva, che appaiono in palese contrasto con il fondamentale principio della responsabilità per fatto proprio (art. 27, co. 1, Cost.). A ciò si associano, da un lato, una difesa che, anziché essere diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24, co. 2, Cost.), sembra essere, nei casi in questione, di fatto azzoppata, se non addirittura annullata, e, dall'altro lato, un processo che, lungi dallo svolgersi in condizioni di parità tra le parti (art. 111, co. 2, Cost.), sembra assumere, nei casi in esame, tratti para-inquisitori.

Peraltro, sembra porsi in netto contrasto con la volontà stessa del legislatore delegato nella sua più riposta essenza. Infatti, quest'ultimo, prescindendo dalle astratte etichette giuridiche, ha, viceversa, inteso dare voce all'esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti la colpevolezza. Del pari, sotto il profilo delle garanzie processuali, il legislatore delegato ha ribadito che la natura penale-amministrativa degli illeciti della società, documentata dall'applicabilità di penetranti sanzioni interdittive derivate dall'armamentario penalistico e dalla stessa vicinanza con il fatto-reato, rende necessario prefigurare un sistema di garanzie molto più efficace rispetto a quello, per vero scarno, della legge 689. Di conseguenza, ha deciso di equiparare sostanzialmente l'impresa all'imputato, così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo. Sulla scorta di tale impostazione, ha, perciò, confermato, per esempio, che anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27. Si tratta di un'impostazione avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel momento in cui, proprio prendendo posizione sulla natura della responsabilità di cui al d.lgs. 231/01, hanno osservato come il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della

connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento. Ne deriva che, quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale.

2. I rimedi per l'impresa indifendibile

Un possibile rimedio al cortocircuito segnalato nel paragrafo che precede può rintracciarsi nella differente esegesi del concetto di colpa di organizzazione. Anzitutto, occorre assumere una diversa prospettiva pluralista in ordine alla definizione della struttura analitica e all'inquadramento dogmatico dell'illecito proprio dell'impresa. L'illecito della società è dogmaticamente riconducibile allo schema del reato omissivo proprio colposo o di quello di agevolazione. Inoltre, l'illecito è corredato di un'autonomia strutturale e, quindi, configurerebbe una fattispecie complessa, rispetto alla quale il reato-presupposto sarebbe solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'impresa accanto alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio. Solo in presenza di tali elementi la responsabilità si estende dall'individuo alla società collettiva, in presenza cioè di criteri di collegamento teleologico dell'azione del primo all'interesse o al vantaggio dell'altro, che risponde autonomamente dell'illecito amministrativo. Ne deriva che tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona, ma semplicemente lo presuppone. Di conseguenza, l'illecito amministrativo ascrivibile all'impresa non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende. Insomma, l'impresa è chiamata a rispondere per un fatto proprio che ha per presupposto il reato compiuto dalla persona fisica ma che è attribuito alla persona giuridica secondo criteri di imputazione oggettivi e soggettivi propri. Risolutivamente, segnano un punto al riguardo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e, soprattutto, la Corte costituzionale: le prime, riconoscendo che la società non è mai autore del reato o concorrente nello stesso (Cass. Pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, ud. 30 gennaio 2014, n. 10561); la seconda, concludendo, dunque, che l'impresa e l'autore di questo non possono qualificarsi coimputati, essendo a essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi (Corte Cost., 18 luglio 2014, ud. 9 luglio 2014, n. 218).

Attesa l'autonomia strutturale dell'illecito dell'impresa, occorre, perciò, riconoscere una colpevolezza propria della società, vale a dire distinta rispetto a quella dell'autore materiale del reato-presupposto, quale elemento essenziale e costitutivo del Modello di imputazione della responsabilità dell'impresa. In questa prospettiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dimostrandosi sensibili rispetto a tale necessità, hanno individuato la specifica e autonoma colpevolezza dell'impresa nella colpa di organizzazione, fondata di un rimprovero che riguarda l'impresa e non il soggetto che per esso ha agito (Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, ud. 24 aprile 2014, n. 38343), e hanno, con ciò, avallato esplicitamente un'interpretazione della colpa di organizzazione in chiave di autonoma e necessaria colpevolezza della società. D'altra parte, si tratta di indicazioni che, benché chiare, non trovano riscontro significativo alcuno nella giurisprudenza di legittimità successiva, anche la più recente. Le stesse testimoniano, piuttosto, un *unicum* nella storiografia giurisprudenziale in ambito di criminalità economica, ancorché bene presenti nell'impostazione del legislatore.

In ogni caso, chiarito che la responsabilità dell'impresa si fonda sulla indicata colpa di organizzazione, vanno individuati gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'impresa, che rendono autonoma la responsabilità dell'impresa. Al riguardo, occorre prendere risolutivamente atto che la responsabilità amministrativa della società non trova fondamento, in sé, nella mancata adozione e attuazione dei modelli organizzativi, ma nella introdotta colpa di organizzazione. Volendo definire il concetto, è da considerarsi colpa di organizzazione dell'impresa ogni mancanza propria dell'organizzazione produttiva complessa, come:

- A) l'assenza del documento di valutazione dei rischi;
- B) mancanza della strumentazione tecnica;
- C) la carente selezione del personale e delle deleghe;

D) l'inidonea gestione dell'orario di lavoro dei dipendenti e via di seguito.

In definitiva, la colpa di organizzazione può considerarsi precisata e definita nell'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose e adeguate rispetto al Modello di diligenza esigibile dall'impresa. In breve, lo specifico illecito proprio dell'impresa può individuarsi nel difetto di organizzazione, rilevante già sul piano della tipicità oggettiva, dacché solo il riscontro di tale *deficit* organizzativo consente la piena e agevole imputazione all'impresa dell'illecito penale, sempre che il *deficit* organizzativo sia in collegamento causale con la commissione del reato-presupposto. Proprio questo dato sarà oggetto di analisi in sede di giudizio dinanzi al giudice penale, a prescindere da ogni autonomo profilo colposo del singolo lavoratore o dirigente, e, in conclusione, indipendentemente dall'adozione ed efficace attuazione di un formale Modello idoneo a prevenire rischi-reato della specie di quello verificatosi. Sul solco di tale impianto esegetico sembra porsi la più nota vicenda giudiziaria in cui sia stata riconosciuta l'adeguatezza del Modello in funzione esimente della responsabilità dell'impresa: il caso Impregilo S.p.A. Infatti, tale pronuncia è degna di grande attenzione per almeno tre ordini di motivi, che ancora rappresentano, allo stato, un'assoluta novità, e, più in generale, per l'apprezzabilità del metodo ermeneutico.

In primo luogo, si tratta della prima e, forse, unica sentenza che entrando nel merito, affronti il tema della responsabilità dell'impresa prosciogliendo la persona giuridica per un reato-presupposto che si è assunto effettivamente commesso dai vertici di Impregilo S.p.A.

In secondo luogo, il giudice dell'udienza preliminare di Milano ivi dichiara energicamente l'autonomia strutturale dell'illecito proprio dell'impresa, dacché la sentenza di merito sulla responsabilità di Impregilo S.p.A. non solo non è contestuale, ma, in questo caso, addirittura precede il giudizio di accertamento della responsabilità penale delle persone fisiche, rinviate a giudizio, in tale fase non provata, ma solamente deliberata dal giudice dell'udienza preliminare stesso in termini di sostenibilità in giudizio.

In terzo e ultimo luogo, in tale sentenza si delineano *ut supra* i contorni della specifica colpevolezza dell'impresa e, in particolare, della struttura imputativa della colpa di organizzazione, peraltro sbarrando la strada a ogni speculazione orientata alla logica della c.d. *self fulfilling prophecy* (la c.d. profezia che si auto avvera: *i.e.*, il reato è stato commesso e, quindi, il Modello è inidoneo). Infatti, il giudice dell'udienza preliminare ha mandato esente da responsabilità Impregilo S.p.A. anche per l'ipotesi di agiotaggio consumata prima che intervenisse l'adozione di un formale Modello da parte dell'organo dirigente dell'impresa, motivando, sul punto, che era già stata avviata la procedura di adozione del Modello e in ogni caso la società aveva già autonomamente adottato un proprio codice di autodisciplina sulla base dei principi dettati da Borsa Italiana S.p.A. Considerazioni tutte che, secondo il giudice dell'udienza preliminare, evidenziano la volontà della società di adeguarsi alla nuova normativa.

Ciò atteso, è possibile osservare che, nella misura in cui la colpa di organizzazione (*i.e.*, il *deficit* organizzativo) che abbia consentito la realizzazione del reato-presupposto rappresenta, normativamente, un elemento impeditivo e non costitutivo dell'illecito dell'impresa, risulta complicato identificare proprio in tale elemento, ultroneo rispetto al tipo, l'essenza di un autonomo fatto dell'impresa. Dunque, parte della dottrina, registrato che, confinando la colpa di organizzazione a elemento meramente impeditivo, ancorché qualificato, non possono essere soddisfatte, rispetto alla responsabilità dell'impresa, le esigenze costituzionali di necessaria colpevolezza, ha segnalato la necessità che la colpa di organizzazione trovi una precisa collocazione all'interno della struttura costitutiva dell'illecito dell'impresa. In tale senso, si è proposto, per il rispetto dei principi costituzionali, di ridefinire il titolo costitutivo della responsabilità dell'impresa, includendovi anche per i reati commessi dai vertici la colpa organizzativa. A tale fine, si è ritenuto sufficiente convertire i fatti impeditivi contemplati nell'art. 6 in fatti costitutivi, ovviamente formulandoli nella versione negativa. Di conseguenza, il rischio per la mancata prova dei fatti costitutivi, così individuati, viene a cadere sull'accusa, giustificando anche nel dubbio l'assoluzione della società.

In tale senso, deve essere segnalata la più volte citata posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, aderendo a un indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Semplici della Corte stessa, hanno esplicitamente affermato che è onere dell'accusa dimostrare l'esistenza della colpa di organizzazione: nessuna inversione dell'onere della prova è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato

della società, gravando 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'impresa, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria (Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010, ud. 18 febbraio 2010, n. 27735). Perciò, il pubblico ministero dovrà, a fronte dell'ipotizzata riforma, provare tali fatti costitutivi sino all'ultima molecola, dacché, se l'impresa risponde per una colpa organizzativa, è la presenza di questa a dover essere provata ai fini della condanna e non la sua assenza ai fini del proscioglimento. Peraltro, non potranno, in ciò, limitarsi il pubblico ministero a contestare e il giudice ad accertare che la colpa di organizzazione ha creato una situazione complessiva, un ambiente adatto alla perpetrazione del crimine. Infatti, appare, già oggi, indiscutibile che il reato-presupposto non può essere ritenuto tipico in relazione a una qualsiasi, per quanto grave, inadeguatezza organizzativa, ma solo quando costituisca la concretizzazione di una specifica carenza organizzativa che annoveri quelle particolari modalità di realizzazione dell'illecito penale nello spettro dei comportamenti rischiosi che avrebbero dovuto essere neutralizzati (e la cui carenza ha invece reso possibile la commissione del fatto). Allo stesso modo, appare indiscutibile che il reato-presupposto non possa essere considerato fonte di addebito all'impresa qualora non venga accertata l'effettiva efficacia preventiva della misura organizzativa omessa rispetto allo specifico rischio-reato verificatosi. Né potrà dirsi *probatio diabolica* la contestazione e l'accertamento di siffatta colpa di organizzazione, dacché quest'ultima si risolve, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità stessa, in una forma di rimproverabilità che specificamente implica «una nuova forma, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale» (così, Cass. Pen., Sez. VI, 17 settembre 2009, ud. 9 luglio 2009, n. 36083). Quindi, andranno respinte le doglianze in merito alla non sufficiente precisione legislativa del concetto di colpa di organizzazione, quantomeno per alcuni settori cruciali – come, per esempio, quello della sicurezza sul lavoro – nei quali l'obbligo gestionale imposto all'impresa è già bene delineato dalla normativa, peraltro ormai fluviale, c.d. *soft law*.

In ogni caso, se è vero che chi ragiona di diritto ha la naturale attitudine a estrarre dalle norme osservate ogni possibile stilla di senso, muovendo dal presupposto che, se una norma c'è, a qualcosa deve pure servire e qualche uso se ne può fare, può, forse, aggirarsi la criticità in argomento, nelle more dell'imprescindibile riforma della disciplina in questione, per via, ancora una volta, esegetica. Ad attestazione del fatto che le radici delle plurime criticità inerenti alla disciplina in esame affondano, prima ancora che nella formulazione della norma, nella sua interpretazione, che altro non è se non il prodotto del bagaglio culturale-esperienziale di chi trova nell'ermeneutica il suo massimo e primario mandato professionale, ossia il giurista, sia esso avvocato, magistrato o accademico. Sicché, cogliendo l'apprezzamento del legislatore delegato per l'approccio interpretativo sviluppato nell'esperienza francese, si è preferito non attestarsi sul dato testuale della norma e ci si è impegnati nella ricerca di criteri ascrittivi ulteriori, che consentano di rinvenire un collegamento più pregnante tra il reato e la *voluntas societatis*.

3. La colpa di organizzazione e l'illecito proprio dell'impresa

La colpa di organizzazione può rappresentare, già oggi, un elemento costitutivo e non impeditivo dell'illecito proprio dell'impresa. Infatti, già il concetto di interesse, di cui all'art. 5, co. 1, d.lgs. 231/01 (al cui testo appartengono anche gli articoli successivamente citati senza diversa indicazione), può contenere anche quello di colpa di organizzazione. Del resto, è, quello dell'interesse, un requisito essenziale, che fonda la responsabilità dell'impresa ma sul quale non esiste chiarezza di vedute, resa impossibile da una disciplina tortuosa e insoddisfacente.

Anzitutto, occorre risolutamente evidenziare che quello dell'interesse è un concetto del tutto mancante nelle fonti europee, la cui ratifica ed esecuzione reca la fonte interna, vale a dire il d.lgs. 231/01. Infatti, l'atto del Consiglio che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee stabilito in base all'art. K.3 del trattato dell'Unione Europea fa unicamente riferimento al concetto di beneficio e, dunque, a quello di vantaggio: ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona

che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica (art. 3, § 1). Oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità (art. 3, § 2).

Perciò, il concetto di interesse, non richiesto dalle fonti europee, fa la sua comparsa nella legislazione nazionale e, segnatamente, all'interno, prima, della delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica e, poi, dell'art. 5, co. 1 (l'impresa è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio), nonché, con molteplici sfumature, all'interno dei singoli sistemi giuridici euro unitari, più o meno affini a quello italiano. Proprio il criterio dell'interesse è alla base della tradizionale forma di responsabilità civile da reato delle persone giuridiche prevista dall'art. 197, c.p., in caso di insolubilità del condannato, per il pagamento delle multe e delle ammende relative ai reati commessi da un rappresentante, un amministratore o un dipendente della persona giuridica. È interessante notare che questa forma di responsabilità civile, avente carattere accessorio e sussidiario, nella versione tuttora vigente, introdotta dall'art. 116, l. 689/81, richiede che il reato costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ossia che il reato derivi dalla violazione di un dovere connesso alle mansioni che il soggetto svolge, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica. Non sembra, invece, necessario che dal reato debba necessariamente derivare un vantaggio effettivo per la persona giuridica, essendo sufficiente che il reato appaia oggettivamente diretto e idoneo a fare conseguire un illecito beneficio all'impresa e non rilevando che si delinei, al tempo stesso, un interesse dello stesso autore del reato. Quindi, il legislatore, delegante e delegato, si è mosso nel solco tradizionale quando ha intercalato, tra i criteri di imputazione della responsabilità dell'impresa raccomandati dal legislatore comunitario, anche quello, non richiesto, dell'interesse.

Può in primo luogo, asserirsi che i due concetti, dell'interesse e del vantaggio, richiamati dall'art. 5, co. 1, non costituiscono un'endiadi, che addita un criterio unitario, riconducibile a un interesse dell'impresa inteso in senso obiettivo, un interesse riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato. Infatti, a prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa e tra le parole interesse e vantaggio e non la congiunzione disgiuntiva o presente invece nella norma, perfino in un ordine giuridico ipernormato, che fa, per vero, sospettare di un legislatore affetto da grafomania, deve privilegiarsi, per le ragioni di impostazione espresse in chiusura del paragrafo precedente, un'esegesi positiva dei concetti che il legislatore nazionale aggiunga all'interno di una norma rispetto a quelli già distintamente indicati all'interno delle fonti europee. In questo ordine di idee, considerare l'espressione *interesse o vantaggio* come una mera tautologia mal si concilia con il criterio ermeneutico di conservazione delle norme, nonché con un'interpretazione sistematica della disciplina in esame. Sicché, può, anzitutto, concludersi che il termine interesse ha riguardo a un concetto giuridicamente diverso rispetto al termine vantaggio e può, dunque, rilevare quale autonomo criterio di imputazione, come, peraltro, ribadito dalla giurisprudenza di legittimità nettamente prevalente.

Ciò posto, per attribuire un ruolo autonomo e differenziato ai due criteri di ascrizione dell'illecito previsti dall'art. 5, si potrebbe muovere dal significato a più riprese assegnato dalla giurisprudenza di legittimità al criterio dell'interesse, sulla scorta dell'opinione già espressa, a suo tempo, dal legislatore delegato, secondo il quale il richiamo all'interesse dell'impresa caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e si accontenta di una verifica *ex ante*. Anche in ragione di ciò, la Corte di Cassazione sostiene, infatti, che il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato-presupposto apprezzabile *ex ante*, vale a dire al momento della commissione del fatto, secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo rigorosamente avvinto al concetto di profitto.

Infatti, seguendo l'impostazione giurisprudenziale, si potrebbe essere indotti a identificare la nozione di interesse rilevante ai fini in discorso con quella di interesse sociale siccome inteso nell'ambito del diritto commerciale. Nondimeno, va, anzitutto, osservato che la commissione di un reato-presupposto non può mai dirsi conforme all'interesse sociale in senso stretto ed è, perciò, da considerarsi sempre fuori dal suo

oggetto. Infatti, il rispetto della legalità, peraltro non solo penale, deve considerarsi insito nell'agire nel migliore interesse e per gli scopi istituzionali dell'impresa, o, in ogni caso, rappresenta un limite esterno oltre il quale l'interesse sociale non può spingersi. Inoltre, va detto che una lettura in chiave esclusivamente soggettiva del criterio dell'interesse, vale a dire come un qualcosa che attiene alla sfera psicologica dell'autore materiale del reato-presupposto, ossia come una finalità che anima e sostiene il suo comportamento illecito, o anche solamente come una mera consapevolezza di agire, almeno in parte, nell'interesse dell'impresa e, quindi, in vista del possibile conseguimento di un vantaggio economico da parte dell'impresa stessa, sembra da escludere, dacché si finirebbe, per tale via, con il fare dipendere l'esistenza stessa della responsabilità della società dalla soggettiva rappresentazione, eventualmente erronea, dell'autore materiale del reato-presupposto. Insomma, si rischierebbe di sconfinare in un diritto penale dell'atteggiamento interiore.

Alla luce di tali riflessioni, per non lasciare al testo dell'art. 5 – che, come posto bene in evidenza dal legislatore delegato, rappresenta, unitamente all'art. 6, il cuore della parte generale del nuovo sistema – una portata criptica, è, dunque, senz'altro da ritenere che il concetto di interesse vada, piuttosto, interpretato in senso rigorosamente oggettivo, vale a dire come riconoscibilmente connesso alla dimensione organizzativa, in quanto proiezione della stessa.

Come argutamente evidenziato da una giurisprudenza di merito per vero del tutto solitaria, l'interesse dell'impresa deve essere oggettivo. L'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 individua, infatti, una responsabilità per reati commessi nell'interesse dell'impresa e non semplicemente commessi ritenendo di perseguire un suo interesse. L'interesse deve essere oggettivamente, concretamente individuabile e non va agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato e in generale al movente che lo ha spinto a realizzare la condotta. Il convincimento dell'autore del reato presupposto di perseguire un interesse della società, là dove il dato fattuale non corrisponda effettivamente a un obiettivo riconducibile alla politica d'impresa, non può sorreggere la prospettazione della responsabilità amministrativa da reato della stessa società. In tale senso, si colloca, assai più recentemente, anche una pronuncia della Corte di Cassazione, secondo cui l'autore materiale delle condotte antiguridiche, non essendo stato neppure prospettato un consenso di tutti gli azionisti alla realizzazione delle condotte illecite, commettendole si sarebbe certamente reso inadempiente alle obbligazioni derivanti dal contratto di mandato in forza del quale ha agito in nome e per conto della società, avendo omesso di agire con la diligenza del buon padre di famiglia (richiesta dall'art. 1710 c.c., co. 1).

In definitiva, la responsabilità dell'impresa è una responsabilità che, *lato sensu*, può definirsi di organizzazione, perché il *proprium* dell'impresa è l'organizzazione e anzi un'organizzazione libera e sotto il profilo della strutturazione e sotto il profilo dell'individuazione di ruoli e attribuzioni. Di conseguenza, il criterio dell'interesse va inteso come intrinsecamente concatenato al difetto di organizzazione, che incarna e interpreta il concetto di colpa di organizzazione, ossia al fatto che l'impresa ha trascurato, più o meno consapevolmente, di valutare e di gestire rischi aziendali che avrebbe, invece, dovuto conoscere, per esempio in quanto endemici rispetto allo specifico settore di operatività e, magari, acuiti da scelte organizzative lecite, ma non prudenti. Da questo punto di vista, l'interesse diventa criterio ascrittivo idoneo, molto più del vantaggio, a fornire una base razionale per la responsabilità dell'impresa derivante dai reati colposi commessi dai suoi esponenti. Solo se questi hanno realizzato le condotte colpose per perseguire un interesse, organizzativo o economico o di altra natura, dell'impresa, quest'ultima può essere chiamata a rispondere del reato-presupposto ai sensi del d.lgs. 231/01. In conclusione, l'interesse dell'impresa deve connotare la misura oggettiva della colpa, la obiettiva violazione della regola, generica o specifica, di diligenza, di prudenza e di perizia, la cui violazione ha determinato la realizzazione del reato-presupposto. Inteso in questo senso, l'interesse della società coincide, perciò, con il difetto di organizzazione e, quindi, con la colpa di organizzazione, che rappresenta, nell'attuale sistema di responsabilità dell'impresa, un elemento costitutivo dell'illecito amministrativo.

Il criterio del vantaggio della società potrà, invece, rappresentare la base di ascrizione all'azienda stessa della responsabilità *ex d.lgs. 231/01* per i reati-presupposto dolosi. Non è questa la sede per un compiuto approfondimento dogmatico di tale soluzione, che, tuttavia, viene qui prefigurata per sottolineare l'esigenza di differenziare i presupposti della responsabilità della società a seconda della natura, dolosa o

colposa, del delitto presupposto. Nei casi, non frequenti, di reato-presupposto contravvenzionale, dovrebbe, invece, valere la regola dell'indifferenza dell'elemento soggettivo ex art. 42, co. 4, c.p., esteso all'illecito amministrativo ex art. 3, l. 689/81.

4. La colpa di organizzazione e l'interesse dell'impresa

Volendo tirare le somme di quanto, fino a qui, scritto e sempre nelle more dell'imprescindibile riforma della disciplina in argomento, sembra possibile isolare quattro benefici derivanti dalla costruzione separata dei criteri ascrittivi dell'interesse e del vantaggio e dalla riconsiderazione e rivisitazione del concetto di colpa di organizzazione, *ut supra* declinato.

In sintesi, l'operazione esegetica suggerita:

- A) In primo luogo, portando a compimento una rilettura costituzionalmente orientata del Modello ascrittivo disegnato dagli artt. 5 e 6, riporterebbe sostanzialmente la colpa di organizzazione, quale frontiera di *massima soggettivizzazione* del paradigma della fattispecie colposa, tra gli elementi costitutivi dell'illecito dell'impresa, cioè che era, peraltro, volontà del legislatore delegato stesso, secondo il quale, infatti, ai fini della responsabilità dell'impresa occorrerà non soltanto che il reato sia a esso ricollegabile sul piano oggettivo; di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione;
- B) in secondo luogo e di conseguenza, introdurrebbe un meccanismo di autonoma rimproverabilità dell'impresa in quanto tale per il reato-presupposto colposo, nella prospettiva di personalizzare, anche rispetto alla persona giuridica, il rimprovero e di collocare la sanzione punitiva nel reale centro di imputazione della responsabilità, vale a dire la colpa di organizzazione (*i.e.*, il difetto di organizzazione) funzionale al conseguimento di uno scopo nel contesto delle concrete dinamiche operative dell'impresa. Solo se la condotta colposa è stata realizzata nell'interesse dell'impresa, può dirsi che l'impresa abbia partecipato al fatto-reato moralmente, ossia con un proprio processo decisionale dettato dal perseguimento di un proprio interesse;
- C) in terzo luogo, consentirebbe di promuovere gli orientamenti giurisprudenziali sullo *standard* probatorio dell'accertamento della colpa di organizzazione quale antecedente causale della realizzazione della condotta illecita, che, in un quadro sistematico pienamente conforme alle garanzie della materia penale, si informa alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e aderisce al canone *nullum crimen, nulla poena sine culpa* costituzionalizzato nel sistema italiano all'art. 27, Cost.;
- D) in quarto luogo, atteso che le scelte organizzative dell'impresa sono proprie dell'imprenditore e che il d.lgs. n. 231/2001 non può dunque essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa ma nel senso di una necessaria verifica di compatibilità di queste scelte con i criteri di cui al d.lgs. n. 231/2001, autorizzerebbe a rileggere i presupposti di idoneità del Modello, di cui all'art. 6, commi da 1 a 2-*quater*, quali elementi atti a delimitare puntualmente il perimetro della facoltà probatoria dell'impresa rispetto al tema dell'idoneità del Modello eventualmente adottato, nell'ambito di una materia, quale è quella della gestione dei rischi aziendali, altrimenti troppo vasta, fortemente interdisciplinare e oggetto di una traboccante produzione c.d. *soft law*, peraltro soggetta a evoluzioni incessanti, per consentire una difesa, rispetto all'idoneità del Modello, informata, consapevole ed effettiva.

5. Conclusioni

Nel definire, ai sensi dell'art. 5, la pertinenza all'impresa del reato-presupposto del suo esponente, si è propensi a considerare la condotta nell'interesse dell'impresa quale criterio realmente essenziale. Sicché, su di esso ci si è specificamente concentrati. Si crede, infatti, che il criterio dell'interesse contrassegni il primo e indefettibile livello di imputazione, in ordine alla c.d. destinazione genetica del reato-presupposto dell'impresa, in quanto solo la condotta realizzata nell'interesse può essere considerata come propria

della società. Sul punto, si è elaborato il seguente quadruplice ordine di ragionamenti, che hanno seguito uno sviluppo a progressione sequenziale.

È apparso opportuno enfatizzare la connotazione attualmente oggettiva del criterio dell'interesse. Infatti, una condotta che lo persegua – anche a volerla rappresentare, nella sua tensione teleologica, quale motrice del reato-presupposto, sia pure in via non esclusiva – non può assumersi come se fosse disancorata dalla realtà. Per converso, occorre valutarla nella sua oggettiva corrispondenza all'attività dell'impresa, e quindi nella sua attendibilità e fattibilità. Se non si muove da una visione oggettiva, si corre, infatti, il rischio di generare una deriva psicologica nell'accertamento della fattispecie e di addebitare all'impresa un atteggiamento privo di riscontri concreti. In altri termini, l'obiettivo dell'interesse si consumerebbe in un atteggiamento psicologico del soggetto agente, restringendosi alle sue convinzioni individuali, con la perversa conseguenza di dare importanza anche a ispirazioni del tutto bizzarre dello specifico agente. È in tale senso che occorre scindere la volontà del singolo da quella dell'impresa – dacché proprio nella divaricazione tra le due volontà si fonda l'esonero di quest'ultimo e si colgono nettamente la logica complessiva e il senso più profondo dell'intero sistema specifico – e ribadire che il motivo espresso dal singolo deve comunque corrispondere a un interesse dell'impresa intesa in senso oggettivo. Inoltre, non può ritenersi caratterizzante dell'interesse dell'impresa, non agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato e al movente che lo ha spinto a realizzare la condotta, la generica connessione con la politica di impresa, ossia con il comportamento usuale e complessivo dell'impresa. Diversamente, sarebbe come reintrodurre per l'impresa schemi che la storia ha condannato da molto tempo nella definizione dell'illecito penale, condanna che deve valere senz'altro anche per l'illecito para-penale dell'impresa, che non può, dunque, essere esposto a un'inammissibile responsabilità per la sua condotta di vita.

Viceversa, l'interesse-*rectius*, il disinteresse dell'impresa dovrebbe essere oggettivamente e concretamente individuabile, secondo criteri di derivazione causale, nella specifica, puntuale e inescusabile lacuna organizzativa da cui è scaturito il singolo fatto illecito commesso. Detto altrimenti, l'aggancio della responsabilità per l'illecito da reato presupposto alla rimproverabilità dell'impresa dovrebbe essere fondato su un'autentica colpa di organizzazione. Così, si garantirebbe il ragionevole recupero di un parametro oggettivo di accertamento reale della responsabilità dell'impresa e il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza per fatto proprio fissato dall'art. 27, co. 1, Cost., altrimenti fortemente mutilato. Infatti, tale principio non ammette eccezioni e va, perciò, reso operativo non solo nei confronti della responsabilità penale strettamente intesa, ma anche sul piano della responsabilità para-penale della società. In questo ordine di idee, la politica di impresa potrà, tutt'al più, costituire un dato diagnostico nella ricostruzione del singolo fatto, ma tutta da verificare nel rispetto rigoroso di simile, diverso angolo visuale.

Infine, per identificare la lacuna organizzativa e la derivazione causale, da quest'ultima, del singolo fatto illecito commesso, occorre che il decisore pubblico, giudice o pubblico ministero che sia:

- A) si sottragga alla tentazione di limitare, in modo innaturalmente semplificante, la valutazione sulla gestione dei rischi-reato al solo Modello, peraltro spesso valutato ricorrendo al semplicismo dicotomico del buono/non buono;
- B) per converso, si immergerà, senza presunzioni né scorciatoie, nei meandri più singolari del sistema dogmatico inerente alla mitigazione – ragionevole – dei rischi aziendali, istituito e regolarmente aggiornato da entità sovranazionali teleologicamente orientate a normare e ad armonizzare tale fenomeno a livello locale e ultra-nazionale
- C) della direttrice autopoietica *sub b)* disveli, analizzi e comprenda le caratteristiche funzionali, le espressioni normative e le coordinate linguistiche. Così operando, il decisore pubblico potrà intuire che la codificazione delle buone prassi, obbligatorie o meno, già delinea e descrive, con rigore e precisione – per quanto possibile, ovviamente – e, peraltro, con una struttura a rete che fisiologicamente si prolunga in misura capillare lungo l'intero mercato globale, un catalogo, esaustivo, concluso e agevolmente consultabile, di cautele normativizzate, di per sé idoneo a conseguire lo scopo preventivo di riduzione ragionevole dei rischi aziendali. Tale catalogo potrà

descrivere anche la migliore guida per una valutazione – oggettiva, razionale e di senso – della correttezza della gestione dei rischi-reato.

In definitiva, la proposta qui solamente tratteggiata, che persegue la finalità di fondare una concezione dell'interesse dell'impresa in prospettiva oggettivistica, cerca di assicurare una linea di continuità storica e, soprattutto, logica dell'illecito imputato all'impresa. L'avvertimento decisivo rimane il seguente: tale finalità conduca all'ascrizione dell'illecito della società sempre e solo se essa sia *oggettivamente riscontrabile*. Ciò in piena armonia con il principio di colpevolezza per fatto proprio che deve informare anche la disciplina della responsabilità da reato della società. Nessuna deriva psicologica può, infatti, temersi se si tiene conto che, in ogni caso, il criterio della condotta nell'interesse dell'impresa, improntato non all'estensione ma al contenimento della responsabilità della persona giuridica, deve trovare un preciso riscontro nella ragionevolezza di un raccordo effettivo della finalità dell'esponente agli interessi reali dell'impresa, con esclusione delle condotte che appaiano del tutto staccate da un qualsivoglia vantaggio realisticamente acquisibile da parte dell'azienda medesima.

20 maggio 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli

prorevis auditing s.r.l.