

Responsabilità degli enti

«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi

CASSAZIONE PENALE, Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677 - Pres. Ferrua - Rel. Fumo - Imp. Impregilo S.p.A.

In materia di responsabilità da reato degli enti, non sussiste elusione fraudolenta del modello organizzativo - presupposto necessario per l'applicazione dell'esimente - se quest'ultimo non contempla tutte le procedure comportamentali necessarie alla prevenzione del reato contestato (nel caso di agiotaggio informativo, la mancata regolamentazione di talune fasi del processo di redazione del comunicato-stampa, rivolto al mercato degli investitori, ha consentito ai vertici della società di manipolare il contenuto delle informazioni e di pubblicizzare il comunicato medesimo al riparo da ogni controllo interno: trattasi, pertanto, di semplice abuso di potere e non di condotta ingannevole).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono rinvenuti precedenti conformi.
Difforme	Non sono rinvenuti precedenti difformi.

Omissis.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il difensore di I., come premesso, ha innanzitutto sostenuto la inammissibilità del ricorso del procuratore generale milanese.

1.1. L'assunto non può essere condiviso.

1.2. Invero, contrariamente a quanto si afferma nella prima (e si ribadisce nella seconda) memoria, il ricorrente non ha proposto una rivalutazione dei fatti. Nel sostenere che il comportamento di fraudolenta elusione previsto dalla norma più volte citata è rivolto agli organi societari e non al mercato, il procuratore generale impugnante non suggerisce una diversa lettura degli avvenimenti accertati, ma indica una (condivisibile) interpretazione della norma. Il denunciato errore ricostruttivo consiste nel fatto che, dopo aver correttamente impostato il problema (la premessa, dunque, sulla quale tanto la corte quanto il procuratore generale convergono), la corte milanese non ne ha tratto - si sostiene - le logiche conclusioni.

Peraltro, le argomentazioni svolte nel ricorso in merito a tale problematica colgono nel segno: l'inganno nei confronti del mercato costituisce uno degli elementi della condotta di agiotaggio (che, nel caso in esame, è

il reato presupposto); l'inganno, viceversa, di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 1, lett. c), è evidentemente diretto verso la struttura aziendale nel cui interesse è stato predisposto il modello organizzativo e gestionale di cui alla lett. a) del predetto comma 1.

1.3. Né può sostenersi che il ricorrente introduca dati fattuali estranei alle sentenze di merito, nel momento in cui critica la struttura motivazionale della pronuncia di appello col sostenere la illogicità dell'assunto che ha affermato la efficacia di un meccanismo di controllo, che, secondo l'opinione del ricorrente, viceversa era in radice meramente apparente.

Invero, si deve affermare con nettezza che il ricorso del procuratore generale si articola tanto su argomentazioni in diritto, quanto sul presupposto della radicale illogicità della sentenza impugnata.

2. Detto ricorso, per altro, è fondato.

3. La responsabilità dell'ente, ai sensi della L. n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2). Né si potrebbe, per converso e ricorrendo a un riconoscibile paralogismo, affermare che, poiché (in ipotesi) il reato di agiotaggio è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo era inadeguato.

Giurisprudenza

Processo penale

Il ricorso a uno schema di giudizio come quello previsto, ad esempio, per il delitto (colposo) di cui all'art. 57 c.p., sarebbe, nel caso in esame, del tutto improprio. Non si tratta, infatti, di mettere a fuoco una nuova figura di atteggiamento psicologico improntato a colpa (una sorta di culpa in ordinando o componendo, sotto-specie ipotetica - probabilmente - della già nota culpa in vigilando), ma di valutare la adeguatezza del modello organizzativo (che deve essere) approntato per impedire che i vertici dell'azienda - individuati ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) del citato D.Lgs. - commettano determinati reati. Il giudice penale non è chiamato, in questa occasione, a valutare una condotta umana, ma il "frutto" di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adequazione del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere.

3.1. Non si tratta, dunque, di responsabilità oggettiva, atteso che l'oggetto dell'esame (l'articolato normativo che esplicita un protocollo comportamentale) è comunque conseguenza di un'attività volontaria e consapevole di chi lo ha elaborato, approvato e reso esecutivo, ma si tratta, invece, di un giudizio strettamente normativo.

3.2. Né si dica che, nel far ciò, il giudice finisce per sostituire un suo modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle più accreditate organizzazioni di categoria. Il comma 3 del ricordato art. 6 stabilisce che i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente, non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati.

Naturalmente, il giudice non potrà avere come parametri di valutazione suoi personali convincimenti o sue soggettive opinioni, ma dovrà far riferimento - come è ovvio - alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. art. 41, comma 3), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza.

4. Orbene, la sentenza ricorre da atto che: a) il delitto di aggioaggio era compreso tra quelli che il modello organizzativo di I. avrebbe dovuto impedire, b) per quel che riguarda i comunicati stampa in tema di informazio-

ni price sensitive, essi venivano elaborati dai competenti organi interni, ma la loro diffusione avveniva ad opera del presidente e dell'amministratore delegato, e) l'organo di vigilanza (*compliance officer*) aveva natura monocratica ed era posto alle dirette dipendenze del presidente, d) la divulgazione delle notizie "sensibili" doveva avere i caratteri della completezza, tempestività, adeguatezza, non selettività.

Tale modello è stato qualificato dai giudici del merito come corretto ed efficace, in quanto esso prevedeva "che gli uffici concorressero nella predisposizione di informazioni delicate; vi era dunque stata una elusione di detto modello da parte dei responsabili della società, che non avevano seguito il corretto iter di formazione dei comunicati stampa, che erano stati emessi con rappresentazione di dati falsi e manipolati rispetto ai dati elaborati dai tecnici competenti" (fol. 17).

5. Al proposito, tuttavia, è agevole rilevare, innanzitutto, che l'aggioaggio - anche nella forma all'epoca vigente - è, per così dire, "un delitto di comunicazione" (esso infatti è commesso da "chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari.....ovvero a incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari..."). È dunque, appunto, sul versante della comunicazione che il modello (e dunque il controllo) avrebbe dovuto mostrare la sua efficacia.

La corte milanese, viceversa, sembra accontentarsi del fatto che la "bozza" sia elaborata da un organo interno, mentre poi la diffusione del messaggio compete agli organi apicali (presidente e amministratore delegato), sottoposti al controllo di un organo "alle dirette dipendenze" proprio del presidente.

Eppure è la stessa corte che a fol. 14 afferma che l'approntamento di un modello "...non basta ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria la istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di modelli, attribuita a un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo". Ciò, d'altra parte, è quel che pretende il D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, al punto b) del comma 1. Ma perché iniziativa e, principalmente, controllo, siano effettivi e non meramente "cartolari", si deve presupporre la non subordinazione del controllante al controllato. Tanto ciò è vero, che il comma 2 del medesimo articolo prevede (sub d) obblighi di informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, evidentemente per consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto), nonché (sub e) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (ovviamente per rendere "credibile" il potere di controllo). Ebbene, non è stato chiarito se la modifica (o manipolazione che dir si voglia) della bozza elaborata dagli organi interni sia stata comunicata (naturalmente: prima che il messaggio venisse diramato) all'organo di controllo o se, viceversa, come sembra emergere dalle sentenza di merito, questo fosse un ulteriore "passaggio" cui presidente e ammini-

stratore delegato non erano tenuti. Se così fosse, evidentemente, il controllo previsto dall'art. 6 si ridurrebbe a un mero simulacro, in quanto esso si eserciterebbe sul comunicato in fieri, ma non sulla sua versione definitiva (quella destinata alla diffusione). Così stando le cose, se all'organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul "prodotto finito" (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale - per quel che si è già detto - è l'aggiotaggio.

6. Peraltro, il D.Lgs. n. 231 del 2001, parte dal presupposto che un efficace modello organizzativo e gestionale può essere violato (e dunque il reato che si vuole scongiurare può essere commesso) solo se le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente (art. 5, comma 1, lett. a) abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso. Dunque la natura fraudolenta della condotta del soggetto apicale (persona fisica) costituisce, per così dire, un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le "misure di sicurezza".

6.1. Occorre dunque chiarire che cosa sia una condotta fraudolenta, essendo evidente che essa non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello. Ebbene lo stesso concetto di frode, se pure, come suggerisce il difensore di I., non deve necessariamente coincidere con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., non può non consistere in una condotta in-

gannevole, falsificatrice, obliqua, subdola. La *fraus legi facta* di romanistica memoria, ad es., comportava la strumentalizzazione di un negozio formalmente lecito, allo scopo di eludere un divieto di legge.

Si tratta, insomma, di una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della stessa.

La sentenza impugnata sembra, viceversa, ravvisare la condotta fraudolenta del R. e del S. nella semplice alterazione/sostituzione dei contenuti della bozza elaborata dagli organi interni di I. Se così stanno le cose, si deve giungere alla conclusione che ci si trova in presenza di un abuso (cioè dell'uso distorto di un potere), non di un inganno (vale a dire di una condotta fraudolenta).

6.2. Anche su tale secondo aspetto della questione dovrà, pertanto, se necessario, pronunciarsi il giudice del rinvio, che farà applicazione dei principi sopra enucleati.

7. Quanto alla sussistenza del reato presupposto (aggiotaggio), si sostiene nelle note difensive che essa non sarebbe stata provata.

Questo giudice di legittimità, ovviamente, non è in grado di pronunciarsi in merito, in quanto nulla in proposito emerge dalla sentenza ricorso. Anche tale accertamento, dunque, va demandato al giudizio di rinvio.

8. Per tutte le ragioni sopra esposte, si impone, in accoglimento del ricorso del procuratore generale presso la corte di appello di Milano, l'annullamento della sentenza in epigrafe riportata con rinvio, per nuovo esame, ad altra sezione della medesima corte, che deciderà seguendo le direttrici interpretative emergenti dalla presente sentenza.

IL COMMENTO

di Alessandro Bernasconi

La prima pronuncia della Corte di cassazione in materia di idoneità dei modelli organizzativi e di sussistenza del requisito dell'elusione fraudolenta - cioè a dire, due (dei quattro) presupposti per l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 - consacra un principio immanente al sistema della responsabilità da reato degli enti: un *compliance program* è adeguato nella misura in cui esso è ritagliato sulla specificità dell'impresa nel quale esso è adottato e, pertanto, qualora esso contenga procedure generiche, o addirittura lacunose, non potrà soddisfare le condizioni richieste dalla normativa del 2001.

La vicenda processuale

Idoneità del modello organizzativo a prevenire la commissione di reati da parte dell'ente e latitudine dei poteri dell'organismo di vigilanza rappresentano i profili salienti di questa inedita pronuncia della Suprema corte, un *leading case* le cui statuizioni dischiudono scenari gravidi di conseguenze per l'applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L'insacco della vicenda processuale è la commissione del reato di aggiotaggio, ex art. 2637 c.c., per

mano del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato di una società per azioni, illecito dal quale quest'ultima avrebbe tratto vantaggio. Secondo la ricostruzione giudiziale, i due soggetti apicali confezionarono e diffusero notizie false, concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni della società emittente (e delle obbligazioni emesse da una società a questa collegata); più in dettaglio, essi manipolarono i dati elaborati dagli uffici aziendali competenti e li inserirono nel comunicato

Giurisprudenza

Processo penale

stampa, destinato al mercato degli investitori, al fine di accreditare - in termini sensibilmente diversi dalla realtà - una situazione economico-patrimoniale societaria solida e tale da rendere appetibili gli strumenti finanziari emessi dall'ente stesso (1).

Il giudice dell'udienza preliminare assolveva la società, in esito a rito abbreviato, riconoscendo la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001, cioè a dire l'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (2); la corte d'appello, nel confermare la sentenza di primo grado, puntualizzava come l'adeguatezza del *compliance program* fosse riscontrata dal fatto che i vertici dell'ente avevano violato fraudolentemente le procedure previste dal modello intese a neutralizzare, nello specifico, il rischio-reato di aggravi: risultava così integrata, secondo i giudici di merito, una delle condizioni probatorie - oltre a quelle dell'adozione di un adeguato modello organizzativo, dell'istituzione di un autonomo organismo di controllo e della effettività della vigilanza di quest'ultimo sul modello - per applicare la causa esimente della responsabilità prevista dall'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 (3).

Contro la sentenza di secondo grado proponeva ricorso il procuratore generale presso la corte d'appello denunciando, quale vizio logico della motivazione, l'impropria identificazione tra la "semplice" condotta abusiva dei vertici della società - resa possibile, nel caso concreto, da una lacuna del modello organizzativo - e il presupposto della elusione fraudolenta ex art. 6, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 231 del 2001; il modello aziendale si rivelerebbe inidoneo, secondo la pubblica accusa, in quanto consentirebbe ai vertici societari di modificare in via unilaterale - cioè senza sottostare ad una verifica dei competenti uffici interni - le comunicazioni *price sensitive* che, tramite l'apposito comunicato-stampa, vengono trasmesse al mercato. Ed è proprio su questo nervo scoperto del sistema dei controlli in-

terni che si appuntano le censure della Corte di cassazione.

I profili di consentaneità della pronuncia al sistema...

In via preliminare la Suprema corte è chiamata a pronunciarsi sulla ammissibilità del ricorso, contro la quale la difesa argomentava che la Procura generale intendesse perseguire una rivalutazione del fatto. Oggetto della verifica è la logicità della motivazione del giudice di appello in ordine alla reale efficacia del meccanismo di prevenzione del reato, contemplato dal modello organizzativo adottato dall'ente, in rapporto alla condotta decettiva dei vertici aziendali (realizzata con la falsificazione dei contenuti delle comunicazioni per gli investitori). La Corte ritiene sussistere, da un lato, la natura giuridica - e non fattuale - delle deduzioni del pubblico ministero, dall'altro, il presupposto (sempre nelle doglianze) della illogicità della sentenza impugnata; a conforto di questa delibazione vi è un passaggio significativo, peraltro esplicitato nella parte della motivazione di accoglimento del ricorso: i protocolli comportamentali del modello organizzativo si concretizzano in disposizioni valutabili con un «giudizio strettamente normativo».

Coglie nel segno il ragionamento del giudice di legittimità, in quanto i requisiti di *efficace attuazione* e di *idoneità* del modello di organizzazione - previsti al fine di integrare una delle condizioni della esimente (ex art. 6, comma 1, lett. a del d.lgs. n. 231 del 2001) - sono impregnati di *prescrizioni comportamentali*, rivolte al personale aziendale, come tali suscettibili di un apprezzamento, anche di carattere normativo, nell'ottica della "tenuta" della motivazione (ex art. 606, comma 1, lett. e c.p.p.) sul punto specifico. Si aggiunga che l'ulteriore requisito della *elusione fraudolenta* delle disposizioni del modello organizzativo (art. 6, comma 1, lett. c del d.lgs. n. 231 del 2001) implica una valutazione del rapporto tra condotta dei soggetti apicali e presidi "anti-reato" adottati dall'azienda: la *coerenza*

(1) L'attuale formulazione della fattispecie di cui all'art. 2637 c.c. - frutto delle modifiche apportate dalla l. 18 aprile 2005, n. 62 (così detta "legge comunitaria" del 2004) - è il seguente: «Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni». Le parole da «strumenti finanziari» a

«mercato regolamentato,» sono state sostituite alle parole «strumenti finanziari, quotati o non quotati,» dalla predetta riforma; i fatti oggetto della vicenda processuale risalivano al periodo dicembre 2002 - marzo 2003 e, pertanto, ad essi si applica la norma nella versione originaria.

(2) Trib. Milano, ufficio g.u.p., 17 novembre 2009, Impregilo, in *Le società*, 2010, 473 e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 607, con nota di A. Spinelli, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*.

(3) Corte App. Milano, 21 marzo 2012, Impregilo, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

delle regole procedurali sussiste solo laddove queste possono essere surclassate da una condotta - come scrive la Corte - «ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola»; in altre parole, un adeguato *compliance program* si erge a sistema e si “sostituisce” all’individuo, con la conseguenza per la quale esso non è suscettibile di essere invalidato dal fatto che, dopo la sua concreta adozione, sia stato commesso un reato in quanto, per realizzarlo, i soggetti apicali devono avere posto in essere artifici intesi ad eludere il modello medesimo. Concludendo, il giudice di legittimità ben può sindacare, attraverso il controllo sulla motivazione della sentenza, l’adeguatezza del modello organizzativo e ciò può avvenire, a maggiore ragione, qualora sia chiamato a valutare il presupposto della condotta fraudolenta, la dimostrazione del quale *postula* una corretta organizzazione aziendale che, se tale, può essere aggirata esclusivamente con mezzi decettivi (4); il “saggio di resistenza” delle misure contenute nel modello si opera dunque, in via indiretta, attraverso la verifica sulla portata ingannatrice della condotta degli apicali.

Superata la fase deliberativa, la pronuncia stabilisce alcuni principi generali in materia di modelli organizzativi che rappresentano altrettante premesse logiche dell’accoglimento del ricorso. Una volta ribadita, come si è anticipato, l’erroneità della equazione “commissione del reato - inadeguatezza del modello” - liquidata alla stregua di un «riconoscibile paralogismo» -, la Corte sigla due parziali conclusioni cui era peraltro pervenuta anche la dottrina (5). Affermando, in primo luogo, che la valutazione concerne il «modello concretamente adottato dall’azienda, in un’ottica di conformità/adeguatezza del predetto modello rispetto agli scopi», il giudice di legittimità ribadisce la necessità che il *compliance program* sia realizzato con metodi intesi a renderlo *taylor made*. Una statuizione che poggia su una fondamentale - seppure implicita - premessa: l’individuazione dei settori nel cui ambito possono essere commessi reati (art. 6, comma 2, lett. a del d.lgs. n. 231 del 2001), cioè la “mappatura dei rischi” o *risk assessment*, è attività propeudeutica nella cui accuratezza affonda le radici un modello organizzativo idoneo ed efficace. E quest’ul-

timo, per soddisfare i suddetti requisiti di legge, deve essere ritagliato sui singoli segmenti dell’azienda nei quali sia stato ravvisato un indice di esposizione al rischio di compimento di reati, tale da richiedere l’adozione di specifici protocolli, diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente (proprio in relazione agli illeciti da prevenire: art. 6, comma 2, lett. b del d.lgs. n. 231 del 2001). Affermazione tutt’altro che scontata se proiettata, come si vedrà più avanti, sul terreno delle prassi in voga nel settore dei consulenti aziendali.

La Suprema corte liquida, in secondo luogo, un equivoco che aveva trovato (in verità, poco) spazio nelle prime fasi di attuazione del decreto del 2001: la pretesa «incensurabilità» dei modelli organizzativi, realizzati in ossequio ai dettami dei codici di comportamento (altrimenti noti come “linee guida”) i quali, redatti dalle associazioni di categoria (art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001), vengono sottoposti al Ministero della giustizia che - di concerto con i ministeri competenti - ne dichiara, all’esito positivo di un procedimento di verifica, l’efficacia (artt. 5-7 del d.m. 26 giugno 2003, n. 201) (6). Nel caso di specie, i giudici di merito avevano sottolineato come la scelta dell’ente-imputato di dotarsi - a poco tempo di distanza dall’entrata in vigore della normativa sulla responsabilità da reato degli enti - di un modello organizzativo, ispirato alle “linee guida” di Confindustria, fosse indice di una propensione della società a favore della legalità e, come tale, valutabile favorevolmente ai fini dell’esimente di cui all’art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001. Correttamente la Cassazione afferma che il giudice non può ritenersi «vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati» e che i predetti codici di comportamento altro non sono se non un «paradigma», una «base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere ‘calato’ nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione». Con tali argomentazioni la Corte ribadisce l’intangibilità del principio del libero convincimento giudiziale nel processo penale; e la piena li-

(4) A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 41.

(5) Per una rassegna al riguardo, A. Bernasconi, sub art. 6, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 119 s.; F. Cerqua, sub art. 6, in A. Ca-

doppi-G. Garuti-P. Venezianni, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 127 s.

(6) Echi della suddetta interpretazione in P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, (2), 70 s.

Giurisprudenza

Processo penale

bertà nella valutazione della prova si estrinseca, sul terreno in oggetto, in ordine alla *efficacia* e alla *idoneità* dei *planning* aziendali (7).

La sentenza spende altresì qualche parola sui parametri ai quali ancorare l'esercizio del predetto potere valutativo e cioè la normativa costituzionale - esplicito, anche se non del tutto perspicuo nei suoi risvolti, il richiamo all'art. 41, comma 3, Cost. (la «legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali») -, i canoni della logica e i «portati della consolidata esperienza». Proprio quest'ultimo riferimento disvela la piattaforma cognitiva alla quale sembra attingere la Corte per decidere sul tema centrale del ricorso (l'adeguatezza del modello organizzativo adottato dall'ente-imputato): le *best practice* aziendali, alle quali fa implicito rinvio il comma 2 dell'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 laddove individua nella «mappatura dei rischi» (cfr. lett. a) e nei protocolli per la prevenzione dei reati (lett. b) gli assi portanti del *compliance program*. I principi operativi sui quali si impernano i suddetti protocolli - vero e proprio cuore pulsante del modello organizzativo - sono rappresentati dalla separazione delle funzioni di decisione (nessun dirigente o funzionario può gestire in autonomia un intero processo aziendale), dalla regolamentazione delle attività a rischio di reato, dalla disciplina dei poteri di delega e di firma, dalla tracciabilità delle fasi decisionali nel cui ambito possono essere commessi i reati-presupposto del d.lgs. n. 231 del 2001 (8). Il nucleo del reato di aggrataggio si identifica con la falsificazione e successiva diffusione al pubblico degli investitori di notizie sensibili; e, ai fini della sua prevenzione *intramoenia*, svolge un ruolo fondamentale il citato metodo della *separazione dei ruoli* cui fa da complemento quello della *contrapposizione di funzioni* (l'esecutore di una decisione non coincide con chi la autorizza). L'obiettivo di queste regole procedurali è fare sì che la divulgazione delle notizie *price sensitive* rivesta i caratteri della completezza, adeguatezza, veridicità e non selettività delle medesime.

Nella vicenda in questione, l'ente-imputato aveva adottato nel proprio modello organizzativo un protocollo - inteso alla prevenzione dell'aggratag-

gio - nel quale la procedura autorizzativa dei comunicati stampa era così strutturata:

a) la descrizione dei dati economico-patrimoniali della società e delle operazioni finanziarie doveva essere predisposta dalla funzione aziendale direttamente a conoscenza dei fatti oggetto di comunicazione;

b) la bozza del comunicato stampa, nella quale confluivano i suddetti dati, era affidata alla redazione dell'ufficio «relazioni esterne»;

c) la bozza doveva essere approvata dal presidente e dall'amministratore delegato;

d) infine, il comunicato era inoltrato alla stampa attraverso il sistema informatico *N.I.S.* (*Network Information System*) a Borsa Italiana, alla Consob e ad (almeno) due agenzie di stampa.

I contenuti della bozza venivano alterati e/o sostituiti dai due soggetti apicali e il comunicato così «abbellito» - con notizie volte a dare un'immagine rassicurante e accattivante dell'andamento della società - diffuso al mercato; rinviate a giudizio, le persone fisiche erano condannate per aggrataggio mentre la società dichiarata non punibile in applicazione dell'esimente di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto il modello organizzativo adottato risultava idoneo - secondo i giudici di primo e secondo grado - a prevenire il reato della specie di quello verificatosi: la condotta fraudolenta realizzata dai vertici avrebbe infatti «aggratato» la procedura contemplata dal modello medesimo.

È sul seguente passaggio, nel quale la corte d'appello esamina il modello organizzativo, che si esercita la critica della Cassazione: tale *planning* risulterebbe adeguato poiché prevedeva che «gli uffici concorressero nella predisposizione di informazioni delicate; vi era [dunque] stata una elusione di detto modello da parte dei responsabili della società, che non avevano seguito il corretto iter di formazione dei comunicati stampa, che erano stati emessi con rappresentazione di dati falsi e manipolati rispetto ai dati elaborati dai tecnici competenti» (9). Premesso che è «sul versante della comunicazione che il modello (e dunque il controllo) avrebbe dovuto mostrare la sua efficacia», il giudice di legittimità censura la motivazione della corte di merito laddo-

(7) Peraltro, nemmeno nel settore della prevenzione dei reati di omicidio colposo e di lesioni gravi e gravissime, commessi in violazione delle norme sulla sicurezza e salute sul lavoro, può ritenersi che la presunzione di conformità a talune «linee guida», introdotta dall'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, rivesta carattere di assolutezza perché - in simile ipotesi - risulterebbe preclusa al giudice sia la valutazione di idoneità e di efficacia del modello organizzativo, laddove ritagliato sulle condizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 della citata disposizione,

sia la verifica circa la concreta sussistenza delle condizioni medesime all'interno del modello stesso; infatti, nel processo penale il libero convincimento dell'organo giurisdizionale può essere orientato (cfr. art. 192, commi 2 e 3, c.p.p.) ma non certo pretermesso: v. A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 130.

(8) A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 97.

(9) Corte App. Milano, 21 marzo 2012, Impregilo, cit.

ve questa «sembra accontentarsi del fatto che la 'bozza' sia elaborata da un organo interno, mentre poi la diffusione del messaggio compete agli organi apicali (presidente e amministratore delegato)». La Cassazione sposa, sul punto, la tesi del ricorso del procuratore generale: il modello organizzativo dell'ente-imputato era «*in radice* meramente apparente». Perché mai si dovrebbe ricorrere ad atti decettivi (l'elusione fraudolenta, appunto) per aggirare un meccanismo di per sé inadeguato? Muovendo dalla considerazione che l'elusione fraudolenta non svislisce a «mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello», la sentenza puntualizza che essa «non può non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola»; in altre parole, il requisito dell'esimente - contemplato dall'art. 6, comma 1, lett. c del d.lgs. n. 231 del 2001 - è integrato da «una condotta di 'aggiramento' di una norma imperativa» ma non, viceversa, da una «semplice e 'frontale' violazione della stessa» qual è, nel caso concreto, quella realizzata attraverso la alterazione e/o sostituzione dei contenuti della bozza elaborata dalle funzioni aziendali dell'ente-imputato; una condotta, quest'ultima, che si risolve in un «abuso» - cioè un «uso distorto di un potere» - e non, come pretenderebbe la sentenza impugnata, in un «inganno (vale a dire di una condotta fraudolenta)». Con questi argomenti la Suprema corte nega la sussistenza di due presupposti dell'esimente di cui all'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 231 del 2001, cioè l'idoneità del modello organizzativo e l'elusione fraudolenta, ad opera dei soggetti apicali dell'ente. Grado d'appello dunque da celebrare in ossequio alle «diretrici interpretative emergenti» dalla sentenza in oggetto.

Ma quali insegnamenti desumere dalla sentenza?

Come anticipato, la Corte si è saputa orientare nella selva delle *best practice* aziendali nel momento in cui ha dichiarato l'*inidoneità* del modello, motivandola con una sorta di «insufficienza» delle procedure da esso contemplate. La sequenza di passaggi per formulare un comunicato stampa al riparo dal rischio di reato di aggio-taggio, così come disciplinata dal *compliance program* dell'ente-imputato (riversamento dei dati ad opera dell'«ufficio contabilità» - utilizzazione di questi per redigere la bozza di comunicato da parte delle «relazioni esterne» - approvazione della bozza per mano degli apicali - divulgazione del comunicato tramite il «N.I.S.»), non ha previsto l'evenienza di una modifica del te-

sto della bozza (richiesta e/o suggerita dai vertici dell'ente); in ultima analisi, il modello non si è fatto carico della necessità di ripartire ruoli e competenze, riguardo all'oggetto in questione, tra le varie funzioni aziendali: con questa omissione ha di fatto consegnato agli apicali il potere di esprimere - al riparo da ogni controllo - l'ultima parola sui *contenuti* del comunicato.

Viceversa, un protocollo organizzativo idoneo a prevenire il reato *de quo* dovrebbe prevedere, nell'eventualità di modifiche apportate alla bozza di comunicato da parte degli apici, un successivo scrutinio - va da sé, sempre tracciato - affidato alla funzione incaricata dell'elaborazione dei dati contabili (laddove la correzione suggerita riguardi il loro profilo «algebrico»), oppure alle «relazioni esterne» (qualora si tratti di altri aspetti inerenti alla bozza). Nell'ipotesi di non condivisione della proposta formulata dagli apicali da parte della funzione competente la procedura di emissione del comunicato deve essere bloccata, in quanto il «disenso» di un «organo istruttorio» può essere indizio di tentativi di manipolazione (e l'informazione di quanto accaduto deve *obbligatoriamente* essere trasmessa all'organismo di vigilanza, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 2, lett. d del d.lgs. n. 231 del 2001). Il comunicato stampa potrà vedere luce solo quando risulterà condiviso da tutti gli attori della procedura. In linea con i principi di *ripartizione dei ruoli* e di *contrapposizione delle funzioni* - e in conformità a una moderna organizzazione aziendale, improntata a concezioni «orizzontali» più che verticistiche - la soluzione qui adombrata rispecchia quella *proceduralizzazione*, tipica dei *compliance program*, intesa ad evitare un improprio cumulo di poteri in capo a una sola (e, come tale, non soggetta a controlli) funzione aziendale.

Si potrebbe obiettare che un modello così concepito è *disruptive* - perturbatore di un efficace meccanismo di adozione delle decisioni - oppure ingenuamente proteso a contrastare un potere interno, per sua natura incoercibile, vale a dire quello dei vertici aziendali. Considerazioni non dissimili trapelano peraltro dalle motivazioni del giudice di primo grado, e sono fatte proprie dalla sentenza d'appello, ove si legge che «non sarebbe ipotizzabile un modello diverso, in quanto non si vede come sarebbe possibile attribuire ad altre persone il compito di manifestare all'esterno dell'ente le notizie relative allo stato della società» (10). L'argomenta-

(10) Trib. Milano, ufficio g.u.p., 17 novembre 2009, Impregilo, cit., e Corte App. Milano, 21 marzo 2012, Impregilo, cit.

Giurisprudenza

Processo penale

zione è suggestiva ma non coglie nel segno, confondendo l'*obiettivo* con lo *strumento*. La finalità ultima dei modelli di organizzazione e di gestione è prevenire la commissione di determinati illeciti; per fare ciò essi si avvalgono di procedure che, in certi casi, sfociano in un "blocco": si pensi, nei sistemi informatici anti-riciclaggio in uso presso banche e intermediari finanziari, alle *red flag* che impediscono il completamento dell'operazione al manifestarsi di un "inatteso". I protocolli "imbrigliano" gli apicali per precludere - o ridurre al minimo - le possibilità di commettere reati, non inibiscono certo le scelte decisionali lecite; per conseguire tale risultato, queste procedure stabiliscono "chi" decide "cosa"; sono il "nuovo" metodo tramite il quale le decisioni dei vertici - orientate alla legalità - rendono l'azienda più competitiva: minori rischi e accresciuta qualità dell'immagine all'*esterno*, migliore ripartizione dei ruoli all'*interno*. I protocolli organizzativi sono amici delle scelte, non loro avversari.

... e quelli di difformità

La bontà dei canoni ermeneutici elaborati dalla Corte in materia di idoneità del modello organizzativo rischia tuttavia di essere compromessa dalla posizione assunta in merito ai compiti dell'organismo di vigilanza; nel momento in cui assegna ai controlli dell'organo interno una valenza impeditiva dell'evento-reato, la pronuncia equivoca - pericolosamente - sulla *funzione* e sulla *metodologia* delle verifiche che il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede riguardo all'organismo di vigilanza. Ritenere che quest'ultimo debba essere messo in grado di valutare, in via preventiva, il contenuto dei comunicati stampa *price sensitive* al fine di potere manifestare una propria opinione che, qualora "dissenziante", dovrebbe addirittura confluire nel testo del comunicato finale, allertando - di conseguenza - gli investitori, equivale a snaturare il ruolo che il sistema del 2001 profila per l'organo medesimo.

È pacifico che le prescrizioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b* - in tema di autonomia dei poteri di iniziativa e controllo dell'organismo di vigilanza - e *d* - circa le caratteristiche dell'attività di verifica, che non può patire omissioni e insufficienze -, nonché, infine, della lett. *d* del comma 2 della citata disposizione - la quale sancisce l'obbligatorietà dei flussi informativi verso l'organo in questione - convergono, in termini univoci, a tratteggiare compiti di controllo, sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo, sprovvisti di

una portata impeditiva "diretta" del fatto di reato. Mansione precipua e, al tempo stesso, caratterizzante la fisionomia dell'organismo di vigilanza, è quella di segnalare ai vertici dell'ente le criticità che si manifestano, nel corso dell'attività di controllo, vuoi con riguardo alla correttezza e alla completezza delle procedure dettate dai protocolli, vuoi con riferimento al rispetto delle medesime da parte dei loro destinatari nelle singole aree "a rischio". Caratteristiche della composizione dell'organismo e cadenza dei controlli comprovano questa ricostruzione.

Viene anzi tutto in rilievo l'indispensabile requisito soggettivo dell'indipendenza - desumibile dal sistema - dei componenti dell'organismo, grazie al quale si demarca, in maniera netta, il confine tra gli *atti di gestione* e le *attività di controllo*: gli uni competono agli amministratori, le altre all'organismo in parola il quale, ove ravvisi lacune o atti perturbativi del modello, deve segnalarli ai primi affinché questi possano intervenire per colmare i denunciati *gap*, rimuovere gli ostacoli alla corretta applicazione del *compliance program* e, se necessario, sanzionare in via disciplinare le infrazioni. È, in secondo luogo, la cadenza dei controlli - così come descritta dalle *best practice* in materia - a scolpire esattamente il ruolo svolto dall'organismo; in concomitanza con l'inizio dell'anno di esercizio sociale, esso stila un piano annuale delle verifiche il cui oggetto principale è l'applicazione dei protocolli organizzativi in taluni settori di attività esposti al rischio di reato; accanto a questa sorta di *audit program*, possono svolgersi i così detti "controlli a sorpresa", su attività o, più realisticamente, sulla documentazione aziendale alla quale l'organismo può accedere senza preavviso. Fondamentale, in questo meccanismo, è l'esistenza di congrui flussi informativi - dagli amministratori e dai responsabili delle aree "a rischio" verso l'organismo di vigilanza - riferiti alle attività regolamentate dal modello organizzativo; informazioni, qualificate come obbligatorie (art. 6, comma 2, lett. *d* del d.lgs. n. 231 del 2001), in mancanza delle quali l'organo in questione svilirebbe a entità "senza occhi e orecchie"; la natura, la "qualità" e la periodicità delle suddette sono caratteristiche che si perfezionano nel dipanarsi dei vari momenti dell'attività di controllo, nel corso della quale l'organismo potrà calibrare le sue richieste (di informazioni) agli amministratori. La calendarizzazione delle riunioni dell'organismo fornisce, infine, la *concreta dimensione* del suo operato: nella realtà complesse e/o più esposte ai rischi di reato esso può autoconvocarsi

anche mensilmente, in quelle semplici e/o meno esposte tre o quattro volte annualmente.

Alla luce di quanto fin qui esposto, quale attività avrebbe potuto svolgere l'organismo di vigilanza dell'ente-imputato? Occorre capire se, prima della commissione del fatto, il piano delle verifiche si sia appuntato sui presidi esistenti in materia di aggiornamento; se, a seguito di un avvenuto controllo in tale senso, l'organismo abbia segnalato l'esistenza di una carenza del modello agli amministratori (in ordine alla assenza di procedure volte a disciplinare i passaggi di elaborazione del comunicato stampa successivi alle modifiche introdotte dai vertici) e, in caso positivo, quali siano state le attività poste in essere da questi ultimi. Laddove tutto ciò non fosse accaduto, l'approccio più realistico conduce a ipotizzare una conoscenza della dinamica dei fatti *ex post*; a seguito delle informazioni veicolate, l'organismo avrebbe allora dovuto attivarsi per segnalare alle funzioni competenti una carenza del modello organizzativo, relativa alla mancata previsione dei suddetti passaggi procedurali, al fine di consigliare l'adeguamento del sistema di *compliance* per prevenire eventi come quello verificatosi. Meno probabile, infine, l'ipotesi di un intervento *in itinere*; difficilmente compatibili, infatti, le tempistiche (non celeri) del controllo sui protocolli del modello con quelle dell'esecuzione dell'operazione incriminata; al di là di ciò, occorre comunque ribadire che, anche a volere suffragare quest'ultima possibilità, l'organismo di vigilanza non avrebbe potuto fare altro se non segnalare agli amministratori le lacune del modello e, di conseguenza, la rischiosità dell'operazione posta in essere: all'organo di gestione l'esclusiva responsabilità di accogliere o disattendere i suggerimenti così formulati. Ritenere - come invece argomenta la Corte - che il modello organizzativo avrebbe dovuto prevedere un intervento dell'organismo di vigilanza volto a impedire la commissione del reato significa attribuire a quest'ultimo, in maniera surrettizia, compiti di gestione dai quali deve essere tenuto accuratamente a parte, pena l'invalidazione del sistema della responsabilità degli enti.

Pertanto, il non corretto inquadramento funzionale dell'organismo di vigilanza ha comportato un'incoerenza dell'apparato motivazionale della sentenza; l'argomentazione della Corte attribuisce all'attività di controllo (un'indebita) funzione impeditiva del reato, allo scoperto fine di pervenire ad una conclusione - l'inidoneità del modello organizzativo - sostenibile anche senza quella che, all'esito dell'*iter* logico, assurge alla stregua di una erro-

nea premessa principale (il mancato intervento dell'organo di controllo quale condizione dell'evento).

In via conclusiva, si osservi che la Corte ben avrebbe potuto contribuire a sciogliere il nodo, evocato ma non affrontato, della identificazione - ad opera del modello organizzativo nel caso concreto - tra responsabile del controllo interno e organismo di vigilanza. Inquadrando il problema nel prisma del requisito dell'*autonomia*, nonché dell'indipendenza, dell'organismo in parola (art. 6, comma 1, lett. *b* del d.lgs. n. 231 del 2001) sarebbe stato infatti possibile censurare l'impropria sovrapposizione di ruoli - esaltata dal carattere monocratico della "funzione" - tra quest'ultimo e il preposto al controllo interno (al tempo stesso, nella fattispecie, responsabile dell'*internal audit*). In una realtà aziendale di una certa complessità le due figure vanno tenute distinte poiché l'una ha la prerogativa di vigilare sul corretto funzionamento e sul rispetto del modello organizzativo, l'altra presidia il sistema di controllo interno nella prospettiva della creazione del valore (e quindi ha i compiti di ridurre gli assorbimenti patrimoniali per perdite inattese, di abbattere i costi dei controlli in funzione dei rischi, di incrementare la qualità dei controlli medesimi riducendo così i rischi di credito e quelli operativi). A condizione che il responsabile dell'*internal audit* venga inquadrato, nell'organigramma aziendale, in una posizione il più possibile indipendente dai vertici, questi potrà essere sì cooptato in un organismo di vigilanza *collegiale* ma non certamente costituirne una figura surrogatoria.

Futuribili

A prescindere dalle incongruenze appena evidenziate, la prima sentenza della Suprema corte sul requisito dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo non ha deluso le aspettative relative all'aspetto più rilevante del controllo di legittimità: quello del suo raggio cognitivo. Affermando la natura "strettamente normativa" del giudizio sulla *idoneità* dei protocolli comportamentali, contenuti nei *compliance program*, la Cassazione lascia intravedere un orizzonte con il quale una serie di sentenze, che tra non molto tempo giungeranno al cospetto del Supremo collegio, dovranno misurarsi. Le questioni sul tappeto sono, per l'esattezza, le modalità con le quali vengono rilevate le attività aziendali nel cui ambito possono essere commessi reati - cioè le "mappature dei rischi" - e l'adeguatezza dei modelli organizzativi a prevenirli. Gli at-

Giurisprudenza

Processo penale

tori interessati sono essenzialmente due: i consulenti aziendali e i loro committenti. La posta in gioco è il destino di una normativa indicata, a torto o a ragione, come la “nuova frontiera” del diritto penale d’impresa.

Le prassi applicative emerse nel primo decennio di rodaggio del d.lgs. n. 231 del 2001 testimoniano l’affermarsi di un nucleo di consulenti d’azienda, per lo più coincidente con i gruppi internazionali specializzati in revisione contabile, fortemente autoreferenziale quanto a metodo di lavoro e verifica del prodotto finale; accanto a questi convive un ristretto conciliabolo - parimenti chiuso - di “esperti della *compliance*” di taluni gruppi creditizi e dell’industria energetica.

Opacizzate da una simbologia tipica del linguaggio dei chierici, le “mappature dei rischi” delle società committenti sono effettuate, il più delle volte, in maniera generica e scarsamente ritagliata sulla specifica attività da valutare: l’indagine seriale è confacente all’economia di scala dei tempi e delle risorse ma inversamente proporzionale ai guadagni finali dei consulenti, spesso iperbolici. La rappresentazione delle probabilità che una concreta fattispecie di reato possa insorgere in un determinato segmento produttivo affonda così in una palude senza orizzonte di sigle (“crocette”, diagrammi multicolori, “lenzuolate” alfanumeriche di *software* informatici, stucchevoli percentuali statistiche), dove capita di imbattersi in mappature eseguite prendendo come riferimento intere famiglie di reati

(corruzione, delitti informatici, societari, ambientali) e non le singole *figurae criminis* che potrebbero manifestarsi.

Seguono a ruota modelli organizzativi altrettanto seriali - quando non addirittura di mera facciata -, connotati da procedure amorfe o, come dimostra il caso esaminato, palesemente incomplete; dove la *reiterazione* dell’identico protocollo in segmenti d’impresa eterogenei è l’indice più schietto della grossolanità - e, di conseguenza, dell’inutilità a fini di prevenzione del reato - del prodotto “finito e venduto”. Si pensi, per esempio, a un gruppo bancario dove la *holding*, che fornisce servizi alle controllate, produce un modello organizzativo, con decine e decine di protocolli, nato e pensato per le sue specificità interne, che, in seguito, viene importato dalle altre società della galassia senza compiere alcuno serio sforzo di adattamento delle procedure, contemplate nel protocollo “madre”, alle peculiarità del rischio-reato della realtà in concreto interessata.

La sentenza qui commentata, nel precisare che non esiste “il” modello e che ogni *compliance program* va calato nella singola realtà, indica un metodo fondamentale per le future verifiche e suggella una preziosa conclusione: il *planning* generico, o “di serie”, è *tamquam non esset*. Si avvia alla chiusura la stagione dei modelli organizzativi di cartapesta e si alzerà il velo sulle pratiche dei loro stre-goni?