

In difesa del Modello 231

di **Paolo Venero** e **Maria Francesca Artusi**

Sommario. 1. Il “doppio ruolo” dei Modelli Organizzativi. – 2. Il pericoloso sillogismo tra commissione del reato e inadeguatezza del Modello. – 3. L’adeguatezza del Modello nel “caso Impregilo”. – 4. L’era dell’organizzazione e la prevenzione degli illeciti.

1. Il “doppio ruolo” dei Modelli organizzativi

Il D.Lgs. 231/2001 ha introdotto una tecnica di controllo della criminalità di impresa del tutto nuova, che affida all’organo giudicante una valutazione dell’adeguatezza organizzativa dell’ente.

Come noto, tale decreto prevede che una persona giuridica possa andare esente da responsabilità se prova l’esistenza di determinati requisiti previsti dalla legge (art. 6 D.Lgs 231/2001) e in particolare il fatto che l’organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto di reato, Modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e che abbia affidato ad un organismo dell’ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (Organismo di Vigilanza o OdV), il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza degli stessi, nonché di curare il loro aggiornamento.

Sotto un primo profilo (più strettamente “penalistico”), tali Modelli fungono, dunque, da condizione di esclusione (ovvero attenuazione) della responsabilità, ove intervenga la commissione, da parte di soggetti che siano titolari di posizioni apicali, ovvero di persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di costoro, di reati nell’interesse o a vantaggio dell’ente.

Altrettanto rilevante è però il profilo “aziendalistico”, poiché l’adozione di tali Modelli si iscrive nella più ampia categoria degli adeguati assetti organizzativi di cui agli artt. 2086, 2381 e 2406 c.c. In tal senso l’adozione di un Modello organizzativo diviene funzionale ad una maggiore e più adeguata organizzazione dell’impresa e ad una regolamentazione dei sistemi di controllo nella prospettiva del principio della “organizzazione per la prevenzione”.

I Modelli costituiscono una delle espressioni più evidenti di delega ai privati dell’*enforcement* di natura pubblica quale manifestazione del potere autoritativo statale. *“La scelta della delega di prevenzione dei reati è necessitata dalla impossibilità di attuare un controllo pubblico capillare a causa della cronica mancanza di risorse adeguate. D’altra parte, l’investitura del privato con tali compiti sembra sintonica con il mandato costituzionale*

secondo cui l'attività d'impresa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e quindi tantomeno può estrinsecarsi in condotte di reato".¹

Queste forme di auto-regolamentazione societaria (a livello internazionale, i *compliance programs*) sono divenute "uno dei pilastri e al contempo dei tratti evolutivi più innovativi della disciplina penale delle attività economiche. Essi aggiornano il classico approccio *command-and-control*, quello dell'*eterodirezione punitiva*, puntando, ai fini di una più efficace prevenzione del crimine di impresa, sulla sinergica interazione tra intervento repressivo dello Stato e *self-regulation delle imprese ed altri attori privati*".²

Va ricordato che lo strumento della *self-regulation* rappresenta, da un lato, una reazione delle imprese virtuose ai tempi lunghi del diritto d'impresa rispetto alla velocità dell'economia e ai rischi del mercato; dall'altro, anche una "reazione" all'eccesso di intervento "penale" che oggi pervade il diritto in molti ambiti.³

In un certo senso, si potrebbe dire che il D.Lgs. 231/2001 ha anticipato la riforma del codice civile in tema di adeguati assetti. D'altra parte, c'è da domandarsi (...quasi sorprendersi) del fatto che il legislatore abbia avuto l'esigenza di introdurre/imporre attraverso uno strumento normativo e "parapenale" elementi fondamentali e connaturati al "fare impresa", quali il principio di corretta amministrazione previsto dall'art. 2403 co. 1 c.c., la nozione di adeguati assetti organizzativi il principio della continuità aziendale (oggi, anche il tema della sostenibilità).

Probabilmente la ragione di questa scelta deriva anche dalla morfologia del nostro tessuto imprenditoriale, per lo più costituito da medie, piccole e micro-imprese. Non a caso il legislatore, se da una parte sente l'esigenza di porre al centro dell'impianto imprenditoriale l'organizzazione, nelle sue varie articolazioni, dall'altra, richiama quale metro di misura dell'adeguatezza di tale impianto, la natura e la dimensione dell'impresa (art. 2086 co. 2 c.c.).

Nel corso degli anni, non poche criticità sono emerse nell'interpretazione e nell'applicazione del D.Lgs. 231/2001, soprattutto in relazione alle numerose pronunce giurisprudenziali, che soltanto in pochissimi casi hanno effettivamente riconosciuto una valenza esimente ai Modelli organizzativi

¹ Pacileo V. "Profili economici nel diritto penale", Eutekne, 2018, p. 312. Sul "cambio di paradigma" che l'introduzione dei m.o.g. implica rispetto all'assetto punitivo tradizionale con la sua declinazione "manageriale" del divieto e della sanzione secondo un'ottica di gestione del rischio d'impresa: Manacorda S. "La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?", *Le Società*, 2015, p. 478, 480.

² Mongillo V. "Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anticorruzione, *Diritto Penale Contemporaneo*, 6.2.2015.

³ Cfr. anche Artusi M.F. "L'efficacia delle sanzioni per la corporate governance", *La responsabilità delle società e degli enti*, www.rivista231.it, 3, 2014.

adottati dalle aziende. Un simile *trend* non ha consentito la diffusione di un approccio proattivo nei confronti di tale decreto e dell'adozione dei Modelli da parte delle imprese, che in molte circostanze hanno "vissuto" la conformità alle norme come un aggravio di oneri non associati ad alcun concreto beneficio.⁴

2. Il pericoloso collegamento tra commissione del reato e inadeguatezza del Modello.

Nei vent'anni di applicazione della disciplina 231 è stato più volte contestato il fatto che vi fosse una sorta di automatismo tra l'accertamento dell'esistenza di un fatto di reato in azienda e l'affermazione della inadeguatezza del Modello organizzativo che era chiamato a prevenirlo.

Si tratta di una sorta di "abduzione", cioè di un ragionamento da conseguente ad antecedente che non conduce necessariamente alla verità dei fatti.

In tempi recenti la stessa giurisprudenza ha criticato tale impostazione: *"Nel giudicare l'idoneità del modello organizzativo, poi, è indiscutibile che non possa assegnarsi rilievo al fatto che un reato sia stato effettivamente consumato: ad opinare diversamente, infatti, qualora un reato venisse realizzato, essendosi il modello rivelatosi, nei fatti, incapace di prevenirne la commissione, la clausola di esonero della responsabilità dell'ente non potrebbe mai trovare applicazione e la citata disposizione normativa sarebbe, di fatto, inutiliter data. La commissione del reato, in altri termini, non equivale a dimostrare che il modello non sia idoneo. Il rischio reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l'ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva."*⁵ Se così fosse, perderebbe di ogni senso la previsione esimente dell'art. 6 co. 1 del D.Lgs. 231/2001, di cui si è detto nel precedente paragrafo; in quanto di fatto l'ente sarebbe sempre chiamato a rispondere. E così è stato per molti anni e in molti procedimenti.

Tale ragionamento ha fatto da contraltare ad una concezione del Modello da parte del mondo imprenditoriale quale documento da elaborare per evitare procedimenti penali e da riporre idealmente "in un cassetto" e "da tirar fuori" se dovesse accadere un fatto di reato. In parte – soprattutto nei primi anni di applicazione del decreto – ciò è stato dovuto anche alla effettiva lacunosità

⁴ Così CNDCEC, CNF, Confindustria e ABI, "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231", www.cndcec.it, Dicembre 2018. Si veda anche Vernerio P., Frascinelli R., Boidi M. "Modello organizzativo DLgs. 231 e Organismo di Vigilanza, Eutekne, 2019.

⁵ Cass. pen. 15.6.2022 n. 23401 (Impregilo), di cui si dirà meglio nel paragrafo successivo.

di molti modelli organizzativi. Con l’emanazione delle linee guida delle associazioni di categoria (in particolare Confindustria e ABI) e con l’evolversi della prassi e della dottrina, i Modelli organizzativi sono divenuti sempre più “idonei” allo scopo di prevenzione per cui sono nati.

In realtà è anche cresciuta la consapevolezza delle imprese sul fatto che il Modello organizzativo non è qualcosa a se stante rispetto all’impianto organizzativo dell’azienda. Si assiste quindi oggi ad un graduale passaggio verso una vera e propria “compliance 231”, integrata con l’impianto organizzativo dell’impresa e fra i vari processi connessi alle aree sensibili e ai rischi di reato. Si sono sviluppate così le procedure specifiche sottese ai protocolli dei Modelli, i flussi informativi ad evento e periodici, la sensibilità degli apicali al monitoraggio ed autodiagnosi sull’applicazione del Modello nella propria area, una attenzione diffusa alle modifiche morfologiche dell’azienda che inducono un *refresh* del MOG, una maggiore partecipazione alla diffusione e formazione del Modello, maggior attenzione a che i comportamenti in concreto corrispondano al sistema delle deleghe e poteri, nonché alle *policy* ed alle procedure aziendali. In altre parole, con il miglioramento del livello di indagine e di approfondimento circa l’efficace funzionamento del Modello ed il miglioramento della “qualità” della giurisprudenza in questo ambito, si assiste in parallelo all’incremento della cultura aziendale e della relativa “compliance 231” in chiave prevenzionale, vero obiettivo del D.Lgs. 231/2001.

D’altronde il contesto socio-economico in cui opera tale decreto è il medesimo sia per i due binari di cui si è detto (penalistico ed aziendalistico) sia per gli attori coinvolti: imprenditori, magistrati inquirenti e giudicanti. Il tempo di metabolizzazione, anche se con velocità diverse, è inevitabilmente connesso.

L’attenzione della giurisprudenza si è così maggiormente spostata sul requisito della “efficace attuazione” dei Modelli medesimi.⁶ Tuttavia – come si è detto – sono stati rari i casi in cui è stata effettivamente definita una adeguatezza del sistema, tale da costituire un precedente e un’indicazione per società e consulenti.

In una delle prime pronunce in materia, il Tribunale di Roma del 4 aprile 2003, (caso Finspa) ha precisato che il Modello organizzativo adottato da una società partecipante a gare di appalto per la realizzazione di opere pubbliche non può essere considerato idoneo a prevenire reati contro il patrimonio pubblico e, dunque, ad evitare in astratto l’applicazione di una misura cautelare, qualora non dedichi specifica considerazione all’area operativa dell’azienda nella quale sarebbe stato commesso il reato-presupposto per il quale si procede e qualora non garantisca effettiva autonomia e

⁶ Artusi M.F., Santoriello C. “Rischi penali nell’attività di impresa”, Eutekne, 2018, p. 170.

indipendenza all'organismo di controllo e non preveda, in deroga all'art. 2388 c.c., una maggioranza qualificata del consiglio di amministrazione per la sua modifica.

Altrettanto interessante è la sentenza del Tribunale di Parma del 22 giugno 2015, in merito ad una verifica con esito positivo sull'adeguatezza del Modello in senso formale (*"il ponderoso organizzativo adottato dal nuovo amministratore unico ...può essere senz'altro considerato valido ed adeguato nella parte dedicata all'identificazione dei rischi di realizzazione di illeciti ed all'elaborazione delle procedure volte a prevenire tali pericoli"*), tuttavia non accompagnato da una corretta traduzione sul piano organizzativo e sostanziale (nella specie, il non allontanamento dalla compagine sociale dell'amministratore imputato e recidivo e la non corretta composizione dell'Organismo di Vigilanza).

Indicazioni nel merito erano state elaborate anche nel giudizio di merito del noto caso Impregilo⁷, ove la Cassazione⁸ ha rovesciato le valutazioni sull'adeguatezza del sistema adottato dalla società operate dai giudici di primo e secondo grado, per poi ritornare di recente sui propri passi con la sentenza n. 23401/2022.

Interessante è anche la sottolineatura contenuta in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione⁹, per cui viene a cadere un ulteriore automatismo: non solo quello "reato = inadeguatezza del Modello", ma anche quello "mancanza del Modello = colpa in organizzazione". Precedentemente era stato, infatti, ritenuto che la mancata adozione del Modello fosse sufficiente a determinare la responsabilità dell'ente (nel caso di reato commesso da soggetto apicale), *"in quanto viene a mancare in radice un sistema che sia in grado di costituire un oggettivo parametro di riferimento anche per chi è nella condizione di esprimere direttamente la volontà dell'ente"*, perché *"in assenza di un Modello organizzativo idoneo, la colpa di organizzazione risulta comunque sottesa ad un deficit di direzione o vigilanza – incentrata su un sistema di regole cautelari, che abbia in concreto propiziato il reato"*.¹⁰ Mentre la c.d. "colpa di organizzazione" non può essere fatta meramente coincidere con la mancata adozione ed efficace attuazione del Modello 231¹¹.

3. L'adeguatezza del Modello nel "caso Impregilo".

3.1. La vicenda processuale e la sentenza conclusiva

"Diciannove anni di durata della vicenda processuale, un processo di primo grado, due processi di appello e due giudizi di Cassazione per giungere alla definitiva assoluzione di una società che aveva investito nell'organizzazione e

⁷ Si veda paragrafo successivo.

⁸ Cass. pen. 30.1.2014 n. 4677.

⁹ Cfr. Cass. pen. 6640/2022 e Cass. pen. 18413/2022.

¹⁰ Cassazione, sentenze 54640/2018 e 38083/2009.

¹¹ Si veda paragrafo successivo.

nella compliance in funzione di prevenzione, sin dall'entrata in vigore della disciplina 231/2001, sulla base delle migliori prassi conosciute ai tempi della commissione del delitto".¹² Questa è la sintetica descrizione del noto procedimento "Impregilo" che si trova in un documento di Assonime – Caso 4/2022 – che aggiunge la seguente considerazione: *"la vicenda della società Impregilo, al di là delle questioni interpretative connesse alla disciplina 231/2001, pone emblematicamente in evidenza il cuore dei problemi della giustizia nel nostro paese, che sono quelli della ragionevole durata dei processi, della prevedibilità delle pronunce della giurisprudenza, delle garanzie per chi è coinvolto in un processo"*.

Nello stesso senso sono i commenti di parte della dottrina: *"si è al cospetto di una dilatazione temporale che lascia senza parole, neppure giustificata da una particolare complessità dell'accertamento (tre persone fisiche imputate di un illecito 'comunicativo' – l'art. 2637 c.c. –, consumato tra il dicembre 2002 e il marzo 2003, a cui accedeva la responsabilità della società, ai sensi dell'art. 25-ter D.Lgs. 231/2001)"*¹³.

Con la sentenza n. 23401 la Sesta sezione penale della Corte di Cassazione ha posto fine ad un "famigerato" procedimento, che ha rappresentato una delle pietre miliari in materia di responsabilità delle persone giuridiche ex D.Lgs. 231/2001, con particolare riguardo al tema dell'adeguatezza dei Modelli organizzativi.

La vicenda giudiziaria aveva avuto inizio con una prima pronuncia del Tribunale di Milano nel 2009. Era stato, infatti, contestato il delitto di agiotaggio, ai sensi dell'art. 25-ter del D.Lgs. 231/2001, in forza della comunicazione, da parte del presidente e dell'amministratore delegato, di notizie false ai mercati sulle previsioni di bilancio e sulla solvibilità di una società controllata posta in liquidazione.

Le motivazioni si soffermano su tre temi tra loro correlati: l'idoneità del Modello di organizzazione e di gestione ai fini della prevenzione del reato di agiotaggio; l'elusione fraudolenta del Modello medesimo; l'autonomia dell'Organismo di Vigilanza ed i poteri di tale organismo in relazione all'attività dei vertici dell'ente.

In questa sede, ci si soffermerà qui principalmente sul primo di questi temi, sebbene ovviamente gli altri aspetti siano strettamente correlati¹⁴.

¹² Assonime Caso 4/2022, p. 5.

¹³ Piergallini C., Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo", in Sistema penale, 27 giugno 2022, disponibile sul sito: <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/piergallini-nota-cass-23401-2022-caso-impregilo>. Per un commento si veda anche Fusco, Paliero, "L' happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo", in Sistemapenale.it, 27.9.2022.

¹⁴ Interessanti annotazioni sulla nozione di "elusione fraudolenta" si trovano in Santoriello C. "Una ragionevole ricostruzione della nozione di "elusione fraudolenta"

Essendo qui indiscussa la preventiva adozione del Modello da parte della società, il quesito affrontato dalla Cassazione attiene all'idoneità di esso a ridurre il rischio di commissione dei reati connessi alle attività informative rispetto al mercato ed agli enti regolatori. Le motivazioni riprendono l'ampia giurisprudenza, dottrina e prassi in questo ambito.¹⁵

Viene, innanzitutto, rilevato come la responsabilità degli enti per i reati commessi dai "soggetti in posizione apicale" sia stata costruita dal legislatore secondo un meccanismo peculiare. Stabilisce l'art. 6, infatti, che *"l'ente non risponde se prova che... l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi"*.

Secondo la Cassazione l'anzidetta previsione normativa non vuole prevedere alcuna inversione dell'onere probatorio. Essa è espressiva, piuttosto, del principio per cui il fondamento della responsabilità dell'ente è costituito dalla "colpa di organizzazione", essendo tale *deficit* organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale.

Alla luce della giurisprudenza della Sezioni unite¹⁶ grava, dunque, sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa. Tale accertata responsabilità si estende, poi, 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 di quest'ultimo.

Come già detto nel precedente paragrafo, i giudici di legittimità precisano che la commissione del reato non equivale a dimostrare che il Modello non sia idoneo. Il rischio reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l'ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva.

Il Modello costituisce uno degli elementi che concorre alla configurabilità o meno della colpa dell'ente, nel senso che la rimproverabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, l'imputazione ad esso dell'illecito sono collegati all'inidoneità o all'inefficace attuazione del Modello stesso, secondo una concezione normativa della colpa: in estrema sintesi, l'ente risponde in quanto non si è dato un'organizzazione adeguata, omettendo di osservare le regole cautelari che devono caratterizzarla, secondo le linee dettate dal citato art. 6. Il giudice, nella sua valutazione, dovrà collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed

del modello da parte dei vertici aziendali" Il Penalista 25 Luglio 2022 .

¹⁵ Cass. SS.UU. n. 38343 del 24.4.2014.

¹⁶ Si veda la già citata Cass. SS.UU. n. 38343 del 24.4.2014.

evitabilità qualora fosse stato adottato il Modello "virtuoso", secondo il meccanismo epistemico-valutativo della c.d. "prognosi postuma", già sperimentato in altri ambiti del diritto penale. Peraltro, tale valutazione dovrà necessariamente spingersi a verificare anche l'attuazione del Modello in termini di efficacia (artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001), basandosi su elementi di fatto concreti, raccolti in istruttoria (testimonianze, perizie, prove scientifiche).

Consegue da quanto detto sulla colpa e sul nesso causale, che il giudice è chiamato ad una valutazione del Modello in concreto, non solo in astratto. Tale controllo, tuttavia, è sempre limitato alla verifica dell'idoneità a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché deve escludersi che il controllo giudiziario della *compliance* abbia una portata "totalizzante", dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il Modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. È all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio.

Interessante è la sottolineatura della Cassazione sul rapporto tra le linee-guida elaborate dalle associazioni di categoria e la costruzione dei Modelli 231 (art. 6 co. 3 del DLgs. 231/2001). L'implementazione di tali Modelli è frutto di un processo di auto-normazione, in cui è l'impresa, anche tenendo presenti le indicazioni delle associazioni di categoria, che individua le cautele da porre in essere per ridurre il rischio di commissione dei reati. Vi è, quindi, la necessità che il Modello sia quanto più singolare possibile, perché, solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge.

Andando ancora più in là la Corte, afferma che qualora il Modello sia conforme a quei codici di comportamento, il giudice sarà tenuto specificamente a motivare le ragioni per cui possa ciò nonostante ravvisarsi la colpa di organizzazione dell'ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento e il Modello ad essi conforme si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato.

Nel caso Impregilo, le prescrizioni contenute nel Modello adottato si presentavano, nel loro complesso, adeguate alla prevenzione di reati "di comunicazione", quali l'aggiotaggio, anche considerando l'epoca in cui tali prescrizioni furono elaborate, all'indomani dell'introduzione del DLgs. 231/2001. Presidi adeguati appaiono anche l'apprestamento di procedure

complesse e la scelta di affidare ai vertici assoluti dell'ente, d'intesa tra loro, l'approvazione del testo definitivo della comunicazione all'esterno ed a ciascuno di essi la legittimazione alla divulgazione delle notizie rilevanti.

Il Modello predisposto con riferimento ai reati di aggioaggio prevedeva la partecipazione di due o più soggetti al compimento delle attività a rischio, nonché specifiche procedure autorizzative per comunicati stampa e divulgazioni di analisi e studi aventi ad oggetto strumenti finanziari. Inoltre, in base al regolamento interno della società, la procedura autorizzativa dei comunicati stampa si articolava secondo le seguenti scadenze: 1) descrizione dell'operazione a cura delle funzioni aziendali direttamente a conoscenza dei fatti oggetto di comunicazione; 2) bozza di comunicato redatta dall'ufficio relazioni esterne; 3) revisione ed approvazione della versione definitiva a cura del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato; 4) inoltra del comunicato in via informatica a "Borsa Italiana", "Consob" ed almeno due agenzie di stampa.

In particolare, quelle regole interne affidavano in via esclusiva ai due anzidetti organi di vertice il compito di comunicare all'esterno le informazioni riservate (cc.dd. "price sensitive") concernenti la società e le sue controllate e relative alla gestione di *assets* significativi, con l'espressa previsione per cui la relativa divulgazione dovesse avvenire in modo completo, tempestivo, adeguato e non selettivo.

Il punto di criticità riguarda piuttosto quello dei poteri assegnati all'Organismo di Vigilanza e della sua autonomia. Effettivamente, è ragionevole dubitare che un organo monocratico, che, nell'organigramma aziendale, sia posto "alle dirette dipendenze" del presidente, offra sufficienti garanzie di autonomia¹⁷.

Tuttavia, viene evidenziato dalla Cassazione che la lacuna od il punto di debolezza di un Modello possono condurre a ravvisare una responsabilità dell'ente soltanto se abbiano avuto un'efficienza causale nella commissione del reato presupposto; mentre, nel caso in esame, non appare dimostrato il nesso di causalità tra la diffusione delle false informazioni e la mancanza di autonomia dell'OdV.

In conclusione, i giudici di legittimità confermano che, al momento in cui il reato è stato realizzato, il Modello era da considerarsi idoneo con riferimento alla prevenzione dei reati contestati, pur non prevedendo una forma di controllo preventivo del testo finale dei comunicati e delle informazioni divulgate da presidente ed amministratore delegato della società, essendo ineliminabile un margine di autonomia di questi organi nell'esercizio di tale attività, poiché coesistente al fascio di poteri e responsabilità loro riconosciuti dalla legge civile. Ciò che ha permesso la realizzazione del reato

¹⁷ Cfr. Cass. n. 52316/2016.

è stato qui quell'ulteriore requisito previsto dall'art. 6 del decreto 231 che è rappresentato dalla "elusione fraudolenta".

Già la pronuncia n. 4677/2014¹⁸ (nel medesimo procedimento) aveva affermato che si può parlare di elusione fraudolenta del Modello solo in presenza di un aggiramento e non di semplice "frontale violazione" delle prescrizioni adottate, così da impedire alla società ogni forma di controllo ed impedimento.

Nel caso di specie, per la predisposizione delle comunicazioni *prices sensitive* ai mercati era prevista una procedura a più fasi successive con la partecipazione di distinte strutture aziendali, secondo le rispettive competenze tecniche. Mentre era affidato ai vertici societari, coerentemente con il loro potere di rappresentanza dell'ente verso l'esterno, il compito di approvarne il testo definitivo e di divulgarle, con l'ulteriore cautela che ciò dovesse avvenire d'intesa tra tali due organi (presidente e amministratore delegato), nonché prescrivendo loro che l'informazione resa dovesse essere completa, tempestiva, adeguata e non selettiva: in breve, un dovere di verità. L'aver, dunque, costoro approfittato dello spazio di autonomia tollerabilmente lasciato loro dal Modello organizzativo in ragione del loro ruolo, d'intesa tra loro, ma in completo spregio dei dati elaborati e loro offerti dalle competenti strutture tecniche della società, l'aver alterato questi ultimi e divulgato ai mercati informazioni inveritiere non rappresenta – ad avviso del Collegio – una mera violazione delle prescrizioni del modello. Una siffatta condotta, invero, risulta munita di efficacia decettiva nei confronti degli altri organi dell'ente, non soltanto perché tenuta senza il rispetto del procedimento di comunicazione previsto dal Modello, ma altresì in quanto frutto di un accordo estemporaneo e tale, perciò, da rendere impossibile ogni interlocuzione da parte di qualsiasi altro organo sociale (non soltanto, cioè, dell'Organismo di Vigilanza, ma anche, ad esempio, del consiglio di amministrazione). Tale condotta può dunque essere qualificata quale "elusione fraudolenta" del Modello medesimo.

3.2. I poteri dell'Odv (cenni).

Secondo quanto accennato al precedente paragrafo, la pronuncia della Cassazione affronta anche il tema dei poteri dell'Organismo di Vigilanza e il ruolo da esso assunto nel più ampio sistema dei controlli societari.

La stessa osserva, infatti, che la scelta di tenere distinta la responsabilità dei vertici rispetto a quella dell'ente, riconducendo a quest'ultima solo quelle condotte causalmente collegabili a una "colpa di organizzazione", costituisce il metro per valutare l'ingerenza dell'Organismo sugli atti degli apicali. Diversamente, l'Organismo di Vigilanza finirebbe per trasformarsi in una

¹⁸ Cass. pen. 31.1.2014 n. 4677.

specie di supervisore dell'attività degli organi direttivi e d'indirizzo della società, inserendosi, di fatto, nella gestione di quest'ultima ma, in tal modo, esorbitando dal compito affidatogli dall'art. 6 lett. b) DLgs. 231/2002 che è solamente quello di individuare e segnalare le criticità del Modello e della sua attuazione, senza alcuna responsabilità di gestione.

Invero, l'Organismo di Vigilanza non può avere connotazioni di tipo gestorio, che ne minerebbero inevitabilmente la stessa autonomia: ad esso spettano, piuttosto, compiti di controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del Modello organizzativo di cui l'ente si è dotato.

Sicché, anche grazie all'interpretazione della Suprema Corte, può nuovamente affermarsi con serenità che il ruolo dell'Organismo è limitato alla vigilanza sull'osservanza, sul funzionamento e sull'aggiornamento del Modello, coerentemente con i poteri che il Decreto 231 gli attribuisce, i quali – giova ribadirlo – non sono di tipo gestorio né possono comportare un'ingerenza ed un controllo delle scelte operative aziendali¹⁹.

Va dunque valorizzata un'impostazione per cui, pur riconoscendo la centralità dell'OdV nel sistema dei controlli societari, ne delinea il perimetro delle funzioni riconducendole esclusivamente ai compiti di monitoraggio sul Modello organizzativo e sulla sua efficace attuazione, senza alcun potere di intervento diretto e impeditivo degli atti posti in essere in violazione del Modello²⁰.

4. L'era dell'organizzazione e la prevenzione degli illeciti

Dal caso appena rappresentato si possono trarre alcuni interessanti spunti di carattere generale, che supportano il tema del presente articolo rispetto all'effettivo ruolo dei Modelli organizzativi come elemento chiave per una buona organizzazione delle imprese.

*"Il dictum è cristallino: l'esistenza di una compliance autonormata non può essere pretermessa; vale in contrario: conforma l'orizzonte conoscitivo del giudice, che, se non la 'gradisce', deve esplicitamente motivarne le ragioni."*²¹

Si parla così della implementazione di regole preventive e di una formalizzazione del processo di elaborazione di tali presidi, in contesti organizzativi complessi, al fine di dotare l'ente di adeguate cautele. *"In modo*

¹⁹ Bortolotto M., Corino V., Casiraghi A., L'idoneità del modello organizzativo e il ruolo dell'organismo di vigilanza: il punto della giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza «Impregilo», in Rivista 231, 3, 2022.

²⁰ Così Assonime, Caso 4/2022.

²¹ Piergallini C., Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo", in Sistema penale, 27 giugno 2022, disponibile sul sito: <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/piergallini-nota-cass-23401-2022-caso-impregilo>.

*non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero puntare al confezionamento di modelli e protocolli 'pilota', destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio', dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente. I modelli e i protocolli, così costruiti, potrebbero essere assistiti da una presunzione, iuris tantum, di idoneità preventiva, superabile dal giudice solo attraverso una motivata dissenting opinion. La descritta attività di formalizzazione delle cautele dovrebbe mettere capo ad un'azione procedimentalizzata, diretta ad individuare, prima, e a cristallizzare, poi, le cautele."*²²

Per l'impresa moderna, l'adeguatezza degli assetti organizzativi rappresenta, infatti, un elemento essenziale dell'organizzazione interna societaria. Attraverso la riforma del diritto societario del 2003, le tradizionali tecniche aziendalistiche si sono evolute da mere regole di organizzazione aziendale a vere e proprie norme generali di diritto comune.²³ L'adeguatezza degli assetti organizzativi è divenuta nel tempo elemento essenziale per lo svolgimento dell'attività di impresa, sia in un'ottica di *going concern* sia quale strumento di prevenzione, e poi eventualmente, di gestione della crisi di impresa e/o della sua composizione negoziata.

In tale prospettiva, sia in ambito internazionale che europeo²⁴, si è ampliato il ruolo dei Modelli organizzativi e dei *compliance programs* quali strumenti di prevenzione dei rischi d'impresa e di "*corporate social responsibility*". La loro adozione è ascritta nella più ampia categoria degli adeguati assetti organizzativi, quale strumento della governance per (i) il raggiungimento degli obiettivi aziendali e anche (ii) quale occasione di riesame del *modus operandi* dell'impresa, ovvero opportunità di miglioramento e di crescita.

Può essere utile evidenziare che la *compliance*, che spesso può apparire come un inutile dispendio di risorse economiche ed umane per corrispondere, almeno formalmente, alle crescenti richieste del legislatore e delle autorità di controllo, in realtà, sta divenendo un elemento centrale dell'organizzazione aziendale.

Il ruolo dei "modelli organizzativi" si va, così, ampliando sempre di più nell'ordinamento italiano e anche altre disposizioni – oltre al D.Lgs. 231/2001

²² Piergallini C., Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo", cit.

²³ Montalenti, i controlli societari: recenti riforme, antichi problemi, estratto da Banca Borsa Titoli di Crediti, Anno LXXIV, Fasc. 5-2011. Vernerio P., Parenza B., Artusi M.F., Risk management e Modelli organizzativi, in AA.VV. Impresa e rischio – Profili giuridici del risk management, Giappichelli, 2019.

²⁴ Nel merito vedasi l'emanazione delle Federal Sentencing Guidelines in America, del Bribery Act in Inghilterra e del Good Practice on Internal Controls, Ethics and Compliance adottato dall'OCSE.

–oggi richiamano principi di “organizzazione, gestione e controllo” anche in ambiti differenti da quello direttamente legato ai “reati dell’ente”:

- la L. 190/2012 in relazione al Piano di prevenzione della corruzione;
- l’art. 30 del D.Lgs. 81/2008 sui Modelli di Organizzazione e Gestione Sicurezza e salute dei lavoratori;
- l’art. 84 del D.Lgs. 50/2016 (Codice Appalti) in relazione al “rating di impresa”;
- l’art. 5-ter del DL 1/2012 in materia di “rating di legalità”;
- l’art. 3 co. 1 del D.Lgs. 254/2016, in materia di “comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni”;
- l’art. 6 del D.Lgs. 128/2015 e le disposizioni attuative adottate dall’Agenzia delle Entrate in relazione alla “cooperative compliance”.

Come si è dianzi accennato, si consideri anche che l’adozione e l’efficace implementazione del Modello organizzativo sta divenendo sempre più necessaria alla luce del nuovo articolo 2086 c.c., introdotto dal D.Lgs 14/2019 (Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, anche “CCI”)²⁵, che assegna all’imprenditore il dovere *“di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale”*.

Il legislatore si sta, dunque, muovendo nell’ottica di una “normativizzazione” delle *best practices* aziendali, ritenendo che una buona organizzazione abbia anche la finalità di condurre l’impresa al miglior risultato prevenendo allo stesso tempo condotte o comportamenti illeciti. In un numero sempre maggiore di ambiti le imprese vengono incoraggiate ad adottare strutture di organizzazione aziendale e di prevenzione dei rischi; e a tale adozione

²⁵ Il 15 giugno 2022 il governo italiano ha introdotto ulteriori modifiche al nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (Decreto Legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019, il “Codice dell’Insolvenza” o “CCII”), in attuazione della Direttiva UE 2019/1023 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (la “Direttiva sull’Insolvenza”), e che modifica la direttiva UE 2017/1132. L’entrata in vigore del Codice della Crisi e dell’Insolvenza era inizialmente prevista per il 15 agosto 2020, ma a causa della pandemia da COVID-19 è stata rinviata più volte anche al fine di recepire i principi della Direttiva sull’Insolvenza. A decorrere dal 15 luglio 2022, la nuova legge sostituisce la precedente legge fallimentare italiana (Legge Fallimentare, Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942, “LF”). Si noti che il nuovo CCI ha altresì “incorporato” la normativa sulla composizione negoziata della crisi d’impresa, inizialmente introdotta con il D.L. n. 118/2021.

vengono ricollegate una serie di conseguenze normative o contrattuali favorevoli.²⁶

A conferma di ciò si pone la politica di molte Pubbliche Amministrazioni ed Enti Locali che richiedono l'adozione di "modelli 231" quale *condicio sine qua non* per coloro che intendono convenzionarsi o addivenire alla contrattazione con le stesse. Vi è, dunque, una evidente tendenza delle Istituzioni a rendere l'adozione del Modello 231, di fatto, un requisito indispensabile per l'accesso delle aziende al mercato. Tale tendenza è ulteriormente rafforzata, dall'applicazione della normativa anticorruzione (L. 190/2012).

D'altra parte, non può non evidenziarsi che anche nel settore privato la *corporate social responsibility*, soprattutto nei gruppi multinazionali, induce sempre più all'assunzione di Codici etici di gruppo e ai *compliance programs* per le singole società. In tale ambito sta diventando sempre più centrale il tema del "danno reputazionale". Sta, così, gradualmente assumendo un sostanziale connotato di obbligo a carico di società ed enti dotarsi di un adeguato assetto organizzativo, idoneo ad evitare la commissione, da parte dei loro amministratori e sottoposti, di reati o di altre condotte suscettibili di arrecare danno ai terzi.

"Organizzazione, gestione del rischio e compliance sono oggi parte integrante delle strategie e della governance dell'impresa di medio-grandi dimensioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle imprese 231/2001 ha dato impulso alla moderna concezione della prevenzione, coniugando cultura del controllo interno e cultura della legalità, mediante l'aspettativa di un esonero da responsabilità per efficienza organizzativa". Così si apre il documento Note e studi di Assonime n. 5/2019, dedicato alla "Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa"²⁷.

²⁶ Vernerio P., Parena B., Artusi M.F., Risk management e Modelli organizzativi, cit. Non paiono, invece, rendere giustizia al ruolo effettivo del Modello organizzativo le risultanze di uno studio di dati raccolti dall'Università Statale di Milano (Dipartimento di Scienze giuridiche «Cesare Beccaria», Sezione di Scienze penalistiche) su sei anni, 2016-2021, di applicazione della disciplina sulla responsabilità delle imprese da parte del tribunale di Milano. Attraverso una convenzione fra università e ufficio giudiziario è stato possibile concentrarsi su 195 sentenze, di cui 41 condanne, 61 concluse con patteggiamento, 56 assoluzioni, 28 non luogo a procedere, 8 ordinanze relative a questioni di competenza e giurisdizione. Tali dati – lungi dal decretare la inefficacia della compliance 231 – sono piuttosto da leggere alla luce dell'evoluzione di cui si è sin qui detto.

²⁷ Assonime, Prevenzione e governo del rischio reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa, in Note e Studi 5/2019. La redazione di tale documento è stata curata da un Gruppo di lavoro della Giunta di Assonime, che riunisce imprese di tutti i settori, con l'apporto d'idee di studiosi,

Di particolare interesse è la sottolineatura della centralità della funzione di prevenzione e della valutazione del rischio di non conformità in quella che viene definita "l'era della *compliance*".

In tale prospettiva, aiuta guardare sia agli interventi di carattere internazionale, sia a concetti di natura economica volti alla valorizzazione degli incentivi e della premialità a fronte del tradizionale carattere punitivo del diritto penale. Si parla così di recuperare un punto di equilibrio tra la necessità di prevenire e sanzionare i fatti di criminalità economica e l'esigenza di assicurare proporzionalità e ragionevolezza della pena, tutelando altresì il valore della continuità aziendale come bene collettivo. Si pensi, ad esempio, al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 14/2019) che privilegia le procedure che garantiscano la continuità aziendale in luogo di quelle liquidatorie, oppure alla legislazione antimafia (D.Lgs. 159/2011) che prevede misure volte a garantire il mantenimento in vita dei complessi aziendali, anche con forme di intervento giudiziario, in un'ottica di sistema che non può essere pregiudicata dal singolo comportamento illecito dell'impresa.

Tenendo a mente anche il documento pubblicato da CNDCEC, CNF, ABI e Confindustria²⁸ su questi temi, diviene sempre più evidente sia l'importanza di un approccio multidisciplinare e prospettico alla prevenzione del "rischio penale", sia l'urgenza di un intervento riformatore.

Ancora Assonime – nel documento che commenta la sentenza Impregilo²⁹ – parla di una "era dell'organizzazione", nella quale vengono ricondotte agli assetti organizzativi le responsabilità dell'impresa e dei suoi organi anche a tutela di interessi collettivi e generali (in materia di ambiente, privacy, crisi d'impresa, mercati).

magistrati ed esperti della materia.

²⁸ CNDCEC, CNF, ABI e Confindustria "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231", febbraio 2019, www.cndcec.it.

²⁹ Assonime Caso 4/2022.