

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE QUINTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. FERRUA Giulian - Presidente -

Dott. FUMO M. - rel. Consigliere -

Dott. ZAZA Carlo - Consigliere -

Dott. PISTORELLI Luca - Consigliere -

Dott. DEMARCHI ALBENGO Paolo G - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE GENERALE PRESSO CORTE D'APPELLO DI MILANO;

nei confronti di:

IMPREGILO SPA;

avverso la sentenza n. 2415/2010 CORTE APPELLO di MILANO, del 21/03/2012 visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 18/12/2013 la relazione fatta dal Consigliere Dott. MAURIZIO FUMO. udito il P.G. in persona del sost. Proc. Gen. Dott. G. Izzo, il quale ha concluso chiedendo accogliersi il ricorso;

udito il difensore, prof. avv. F. Mucciarelli, che, richiamandosi alle memorie presentate e illustrandone il contenuto, ha chiesto dichiararsi inammissibile, ovvero rigettarsi il ricorso.

Svolgimento del processo

1. Il procuratore generale presso la corte d'appello di Milano ricorre per cassazione avverso la sentenza in epigrafe riportata, con la quale la Corte d'appello di Milano ha confermato la sentenza assolutoria emessa dal GIP presso quel medesimo tribunale, nei confronti di IMPREGILO S.p.A. chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo dipendente dai reati di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 25 ter, lett. a) ed r), artt. 5, 44. La condotta ascritta a IMPREGILO è quella di essersi avvantaggiata di reati di agiotaggio, consumati dal presidente del consiglio di amministrazione, S. P., e dall'amministratore delegato, R.P., avendo IMPREGILO predisposto e attivato un modello organizzativo non idoneo a prevenire i reati predetti.

2. Il ricorrente deduce violazione dell'art. 546 c.p.p., lett. e) e carenza dell'apparato motivazionale.

2.1. Rileva l'impugnate procuratore generale che è innanzitutto certo che S. e R., come la stessa sentenza di appello afferma, diffusero notizie false e concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni della S.p.A. e delle obbligazioni emesse da società "del gruppo". In particolare, fu diffusa la notizia in base alla quale il bilancio di liquidazione della società collegata IMPREPAR si sarebbe chiuso sostanzialmente in pareggio e non avrebbe prodotto ulteriori effetti economici rispetto alle svalutazioni già consolidate, risultando così la IMPREPAR in grado di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e nei confronti di Impregilo. Si legge ancora in sentenza che i due predetti vertici aziendali avevano comunicato l'entrata di EQUINOX nel capitale sociale di FISIA ITALIMPIANTI, operazione che avrebbe consentito alla società - secondo quanto pubblicamente affermato - di acquisire un socio finanziario in grado di sostenerne lo sviluppo. Inoltre S. e R., secondo sempre la sentenza di appello, avevano diffuso, nella relazione trimestrale comunicata al mercato nel novembre 2003, false notizie relative all'indice di bilancio della S.p.A. IMPREGILO. Ebbene, sempre secondo la corte d'appello, il modello organizzativo e di gestione adottato e attuato da Impregilo era idoneo a neutralizzare gli eventuali comportamenti criminosi dei vertici aziendali (con riferimento specifico al reato di aggio), tanto che detti comportamenti si erano resi possibili solo grazie a una palese violazione dei canoni di condotta stabiliti dalla stessa S.p.A. (in base al codice di autodisciplina dettato da Borsa Italiana S.p.A. e quindi anche secondo le linee guida indicate da Confindustria).

Secondo la corte d'appello, S. e R. avevano dolosamente manipolato i dati elaborati dagli uffici competenti per poi inserirli nel comunicato stampa, in modo da renderli soddisfacenti per il mercato. Si trattò, dunque, sempre secondo i giudici del merito, di elusione fraudolenta, atteso che la frode cui si fa riferimento nel D.Lgs. n. 831 del 2001, art. 6, riguarda, non gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta, ma gli altri protagonisti della procedura, in quanto detta frode deve avere funzione strumentale rispetto all'elusione del modello organizzativo e delle sue procedure.

2.2. Secondo il ricorrente procuratore generale, tuttavia, tale ricostruzione contiene un evidente errore logico-giuridico. Invero il citato art. 6, comma 1, lett. c), prevede l'esenzione da responsabilità amministrativa della società soltanto se il reato commesso da soggetto con responsabilità apicali sia stato realizzato "eludendo fraudolentemente" il modello di organizzazione. Orbene, nel caso in esame, certamente vi fu frode da parte del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, ma detta frode, diversamente da quanto sostenuto dalla corte d'appello, fu attuata unicamente in danno degli operatori dei mercati, ai quali furono comunicate false notizie, concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione dei valori delle azioni e delle obbligazioni.

Nessuna frode, viceversa è stata posta in essere nei confronti dei cosiddetti "altri protagonisti della procedura" posto che R. e S., proprio secondo le previsioni del modello organizzativo della società, avevano la possibilità, al di fuori di ogni controllo, di comunicare verso l'esterno; ciò in quanto solo i due predetti avevano il controllo del testo definitivo che sarebbe stato diffuso per conto della S.p.A.. Le bozze in precedenza preparate dalle strutture interne, dunque, ben potevano essere ignorate o manomesse, così come è accaduto, senza che R. e/o S. potessero in essere alcun inganno, alcun raggio, alcun artificio nei confronti dei loro sottoposti.

2.3. Il modello aziendale, dunque, mostra il suo limite proprio perchè consente la redazione "solitaria" dei comunicati stampa, al di fuori di ogni controllo incrociato e di ogni possibilità di verifica (cosa che, ad esempio, sarebbe stata possibile se fosse stato previsto che detti comunicanti fossero da elaborare in accordo o in contraddittorio con i responsabili degli uffici che li avevano originariamente confezionati).

3. In data 18 luglio 2013 il difensore di IMPREGILO S.p.A. ha depositato memoria difensiva.

3.1. Sostiene il difensore, innanzitutto, la inammissibilità del ricorso per cassazione del procuratore generale, in quanto esso - si assume - propone una istanza di rivalutazione dei fatti in sede di legittimità. Innanzitutto, pur essendo stata rubricata nell'atto d'impugnazione la violazione di legge, non si comprende, sulla base del testo dell'impugnazione stessa, in cosa consisterebbe detta violazione. Il procuratore generale cita alla lettera il passaggio della sentenza di appello nel quale è affermata la sussistenza della elusione fraudolenta, ma nega che detta elusione fosse rivolta agli organi interni della S.p.A.. L'impugnate, dunque, non sta lamentando una violazione di legge, ma proponendo una diversa ricostruzione dell'accaduto, cosa che, com'è noto, non è consentita innanzi al giudice di legittimità, anche se la doglianza viene rubricata come vizio logico della motivazione. In altre parole, il procuratore generale formula una censura squisitamente di merito alla sentenza che impugna, pur non essendo in grado di cogliere alcuna macroscopica illogicità (come prevede l'art. 606 del codice di rito) nella ricostruzione e nell'argomentazione esibite dalla corte d'appello. In sintesi, la pubblica accusa chiede che sia nuovamente

formulata la valutazione sulla idoneità preventiva delle procedure contemplate nel modello allora vigente, in relazione alla prevedibilità del rischio che proprio quelle medesime procedure intendevano scongiurare. Per sostenere il suo ragionamento, l'impugnante procuratore è però costretto a introdurre dati fattuali estranei al quadro probatorio sul quale i giudici di merito hanno esercitato la loro valutazione. Da qui una ulteriore ragione di inammissibilità del ricorso.

3.2. Subordinatamente il difensore di IMPREGILO deduce la infondatezza del ricorso. Invero la corte d'appello ha sostenuto che il modello di organizzazione e gestione adottato da IMPREGILO era valido ed efficace, ma che lo stesso era stato fraudolentemente aggirato dai vertici della società stessa. Il punto nodale, dunque, consiste nella individuazione degli esatti confini della fraudolenta elusione, fermo restando che la responsabilità dell'ente non può essere fatta dipendere da una variabile sottratta al suo dominio e cioè dalle modalità della condotta criminosa, evidentemente dolosa, di un terzo e cioè dei suoi soggetti apicali. Ciò contrasterebbe con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., che non vige solo per quel che riguarda il diritto penale, ma che informa tutto l'ordinamento e che certamente è vincolante anche per quel che riguarda il precetto amministrativo, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 3 ("nelle violazioni in cui è applicabile una sanzione amministrativa, ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, sia essa dolosa o colposa"). Diversamente ragionando, si introdurrebbe un criterio di responsabilità oggettiva.

Ebbene, l'uso dell'avverbio "fraudolentemente", contenuto nella norma in questione, sta evidentemente a indicare, non un complesso intreccio di artifici e raggiri in danno del modello organizzativo e gestionale, ma la violazione di doveri da parte degli organi societari e - dunque - un abuso di poteri. Quando l'organo apicale abusa dei suoi poteri, esso supera i confini tra il lecito e l'illecito, come quando, nel caso di specie, procede alla manipolazione dei dati che le strutture interne hanno correttamente fornito.

Secondo il ricorrente procuratore generale, R. e S. potevano "tranquillamente" ignorare o manomettere l'originario comunicato elaborato dagli organi competenti; ciò, in base alla tesi dell'impugnante, minerebbe la validità del "modello IMPREGILO". Si tratterebbe dunque di una sorta di "colpa di organizzazione", non essendo certo ipotizzabile, nel caso di specie, una condotta sostanziata in una omissione causativa di un illecito.

Ma tale impostazione introduce, ancora una volta, una inammissibile istanza di rivalutazione dei fatti e, comunque, non descrive correttamente (e quindi non addebita) un effettivo atteggiamento psicologico riconducibile al concetto di colpa. Invero, come affermato dalla corte territoriale, il modello organizzativo e gestionale adottato, all'epoca, da IMPREGILO era quello conforme al codice di autodisciplina indicato da Borsa Italiana S.p.A., modello successivamente approvato dal Ministero della Giustizia. Detto modello prevedeva un organo di vigilanza non subordinato ad altri organi societari, ma direttamente dipendente dal presidente del consiglio di amministrazione.

3.3. Secondo il procuratore generale impugnante, tuttavia, l'inidoneità del modello sarebbe rinvenibile nella fase finale del procedimento di formazione dei comunicati stampa poichè gli organi apicali avrebbero pieni poteri di approvazione, di bocciatura, di modifica delle bozze dei comunicati stessi. Ma proprio tale condotta costituisce - ha costituito, nel caso in esame - un abuso dei poteri dei predetti organi e dunque una trasgressione al modello organizzativo e gestionale più volte indicato. Il ricorrente non è in grado di indicare quale sia la regola precauzionale violata da IMPREGILO e quindi in che cosa concretamente consista la colpa.

Viceversa, si deve osservare (e la sentenza ricorso lo fa) che IMPREGILO S.p.A. adottò il modello organizzativo previsto dalla legge 231 del 2001 in tempi record rispetto alle altre aziende italiane. D'altra parte, era impensabile demandare il momento finale della diffusione delle notizie ad organi diversi da quelli posti al vertice dell'impresa. Come affermato, a suo tempo, dal GIP, tale scelta non può essere posta in discussione sul piano dell'efficacia in quanto adottata in base alle linee guida suggerite da Confindustria. Dunque - e a maggior ragione - si trattò di una soluzione necessitata; e ciò, ancora di più può dirsi, se, storicizzando, si fa riferimento al periodo "pionieristico" in cui si colloca la vicenda per la quale è processo.

3.4. Infine il difensore di IMPREGILO S.p.A. segnala come la sentenza impugnata manchi di qualsiasi motivazione in ordine alla sussistenza del reato presupposto (aggiotaggio) con riferimento al testo all'epoca vigente. L'aggiotaggio è meramente ipotizzato e lo stesso GIP suggerisce una approfondita verifica in sede dibattimentale delle fonti di prova indicate, sul punto, dal pubblico ministero. Conseguenze che la sussistenza del reato presupposto non è stata riscontrata secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Tali rilievi, già espressi in altra memoria difensiva, non sono stati presi in considerazione dalla corte d'appello, la quale ha semplicemente dato atto delle diverse posizioni di accusa

e difesa in ordine alla sussistenza del reato in capo alle persone fisiche, per poi limitarsi a statuire sul dirimente tema dell'esclusione della responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6. E' allora evidente che, non solo non vi è stato interesse, ma neanche possibilità di affrontare il tema.

3.5. Ad abundantiam, poi, si afferma nella ricordata memoria che il reato presupposto, di fatto, non sussiste. Invero, sulla base del testo all'epoca vigente, si deve giungere alla conclusione che nè R., nè S. diffusero notizie nel pubblico o verso il mercato, ma espressero valutazioni e formularono previsioni (con riferimento al bilancio di liquidazione di IMPREPAR e all'effetto che l'entrata di EQUINOX del capitale FISIA avrebbe provocato). Si tratta, pertanto, come anticipato, di giudizi e valutazioni e, dunque, di affermazioni che si pongono al di fuori del perimetro di punibilità ai sensi dell'art. 2637 c.c..

Il delitto di agiotaggio, infatti, è sicuramente un reato di pericolo concreto (cfr. l'avverbio "concretamente" contenuto nel testo della norma), nel quale l'evento giuridico è costituito dalla distorsione del gioco della domanda e dell'offerta. E' dunque necessaria la cosiddetta verifica controfattuale, allo scopo di comprendere se il mendacio sia stato potenzialmente capace di operare tale distorsione. Al proposito, va ricordato che il legislatore ha affiancato all'ipotesi criminosa di manipolazione del mercato (cfr.

art. 185 TUF) la figura di illecito amministrativo prevista dall'art. 187 ter TUF, che punisce, tra l'altro, la diffusione di notizie "fuorvianti", concetto evidentemente diverso da quello di "notizie false" cui fa riferimento l'art. 2637 c.c..

4. In data 27 novembre 2013 è stata presentata nuova memoria nell'interesse di IMPREGILO. Con essa:

4.1.1) si ribadisce la inammissibilità del ricorso del procuratore generale, la cui analisi si concentra su elementi storico-fattuali, esprimendo valutazioni di merito;

4.2.2) si ribadisce che la responsabilità dell'ente non può essere oggettiva, ma deve necessariamente essere colpevole;

4.3.3) si afferma che il concetto di elusione fraudolenta del modello organizzativo si ha, non solo quando siano posti in essere artifici e raggiri, ma anche in relazione a qualsiasi condotta tenuta in violazione del modello predetto;

4.4.4) si precisa che la non punibilità dell'ente deve essere ritenuta a seguito di valutazione congiunta di tutti e quattro i requisiti di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 1. Invero, l'ente risponde, non del reato presupposto, ma delle sue proprie carenze organizzative, che non l'hanno impedito. Orbene, in una prospettiva storica, non si può negare che, al momento in cui la legge fu varata, i reati-presupposto erano, principalmente, quelli contro la pubblica amministrazione. Per le altre condotte "devianti", mancava (e manca) un preciso parametro normativo. In particolare, nulla è stabilito con riferimento al controllo delle comunicazioni verso l'esterno; di talchè, per reperire un criterio di giudizio in merito, non si potrà che far riferimento alle *leges artis* vigenti in materia di tecnica e conduzione aziendale. Queste *leges* sono assimilabili alle leggi scientifiche delle quali il giudice deve tener conto, ad esempio, nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità. Ebbene, il modello predisposto da Borsa Italiana S.p.A. e le linee elaborate da Confindustria prevedevano che i comunicati stampa fossero predisposti "in bozze" dagli organi aziendali interni e poi approvati dall'amministratore delegato e dal presidente del consiglio di amministrazione. A tale schema si è conformata IMPREGILO. Il procuratore generale ricorrente pretende però di ricavare ex post un giudizio di inidoneità del predetto modello; ciò tuttavia non è consentito, in quanto il giudizio di adeguatezza va storicizzato, riconducendolo al momento in cui l'apparato organizzativo fu posto in essere; va allora chiarito che IMPREGILO fu tra le prime aziende a conformarsi, secondo le *best practices*, al dettato del D.Lgs. n. 231 del 2001.

4.5. Il giudice peraltro non può sostituire un suo modello ideale di organizzazione a quello suggerito dalle più accreditate associazioni di categoria, secondo la scienza aziendalistica, come d'altronde, indicato dall'art. 6, comma 3 del D.Lgs. predetto. Ebbene, all'epoca, gli unici parametri di riferimento erano quelli (autorevoli) prima indicati (Borsa Italiana S.p.A. e Confindustria).

Motivi della decisione

1. Il difensore di IMPREGILO, 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. Nè 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). Nè si potrebbe, per converso e ricorrendo a un riconoscibile paralogismo, affermare che, poichè (in ipotesi) il reato di agiotaggio è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo era inadeguato.

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, sottospecie 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/adequatezza 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. Nè 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 ricorso da atto che: a) il delitto di aggio era compreso tra quelli che il modello organizzativo di IMPREGILO avrebbe dovuto impedire, b) per quel che riguarda i comunicati stampa in tema di informazioni 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'aggio - 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..."). E' 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 perchè 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), nonchè (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 amministratore 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'aggio.

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 IMPREGILO, non deve necessariamente coincidere con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., non può non consistere in una condotta ingannevole, 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 IMPREGILO. 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.

P.O.M.

annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della corte di appello di Milano.

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2014