

Annulata la sentenza assolutoria dalla responsabilità 231 nei confronti di Impregilo S.p.a.

Primo commento critico alla sentenza Cass. Pen. Sez. V n. 4677/2014

Con sentenza n. 4677 del 18.12.2013, pubblicata il 30.1.2014, la Corte di Cassazione Penale, Sez. V, ha annullato con rinvio la sentenza assolutoria pronunciata dalla Corte di Appello di Milano, a fronte del ricorso presentato dal Procuratore Generale.

Nella motivazione di tale sentenza, la Suprema Corte ha affermato alcuni principi che riteniamo meritino un commento critico e che ci auguriamo possano trovare occasione di approfondimento ed, in parte, di ripensamento da parte dei giudici di legittimità, per quanto andremo qui ad argomentare.

Per meglio comprendere la portata dei principi espressi, è utile evidenziare gli elementi del caso esaminato dalla Cassazione, ricavabili dalla sentenza stessa;

- il reato presupposto della responsabilità 231 contestato è il reato di agiotaggio;
- la società aveva adottato il Modello di Organizzazione e Gestione sulla base delle linee guida di Confindustria;
- era stato costituito un OdV monocratico interno “posto alle dirette dipendenze del presidente”.

Linee guida delle associazioni di categoria e giudizio di idoneità

Fatte tali premesse, un primo principio espresso dalla Corte, che appare condivisibile e conforme agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidati nel tempo, è quello dell'autonomia del giudice penale nel valutare giudizialmente l'idoneità del Modello 231, senza che l'aderenza dello stesso a linee guida o codici di comportamento elaborati da associazioni di categoria ne determini di per sé una sorta di “incensurabilità” o vincolo per il giudice.

Ciò in quanto il Modello 231, anche se possono avere come base di elaborazione dette linee guida, e la Corte ribadisce “*possono (non devono)*”, devono poi essere “calati” nella realtà aziendale nella quale sono destinati a trovare attuazione.

Scelta dell'OdV

Un secondo principio dettato dalla Corte, che avrebbe invece, a nostro modesto avviso, meritato una riflessione più attenta, è quello che censura la composizione dell'OdV, affermando “*perché iniziativa e, principalmente, controllo, siano effettivi e non meramente “cartolari”, si deve presupporre la non subordinazione del controllante al controllato*”.

Dobbiamo, in proposito, ricordare che la norma, come espresso dalla stessa Suprema Corte, si limita ad affermare sul punto che l'OdV deve essere “*dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*”.

La dottrina, sin dall'esordio della responsabilità 231, ed in ciò proprio le associazioni di categoria ebbero un ruolo importante, si spinse oltre il dato normativo, individuando vari ulteriori requisiti che l'OdV avrebbe dovuto possedere, ed in particolare:

- la “*autonomia*” è stata slegata dalla mera autonomia dei “*poteri di iniziativa e controllo*”, per assurgere ad una “autonomia” in termini assoluti, quale requisito dell'OdV;
- all'autonomia è stato affiancato un ulteriore requisito: la c.d. “*indipendenza*”;
- i requisiti di “autonomia” ed “indipendenza” sono poi stati ulteriormente condotti in una spirale estensiva ed, in parte, distorsiva della previsione normativa, venendo ad essere intesi non più quale requisito dell'Organismo di Vigilanza, nella sua eventuale collegialità, ma quali requisiti che ciascun singolo componente dovrebbe possedere.

La distorsione normativa, che ha purtroppo trascinato nel tempo alcune pronunce giurisprudenziali di merito, appare più evidente se si considera che la sua naturale conseguenza porterebbe ad escludere che vi possano essere componenti dell'OdV “interni”, in quanto tali ovviamente non “indipendenti” perchè collocati in una posizione subordinata quantomeno sempre rispetto ai vertici aziendali.

Tale risultato a nostro avviso non appare giustificato e verrebbe a collidere con la stessa *ratio legis* della norma espressa chiaramente nella Relazione Ministeriale al D.Lgs. 231/01, ove si legge “*per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la società si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a precostituire una patente di legittimità all'operato della società attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente), dotata di poteri autonomi e specificamente preposta a questi compiti*”.

Riteniamo, dunque, che nella composizione dell'OdV si debba tornare a concentrarsi sul dato della norma di cui all'art. 6 co. 1 lett. b) D.Lgs. 231/01 che impone soltanto che l'OdV, quale organismo dell'ente, quindi nella sua collegialità ove presente, sia “*dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*”, salvo poi verificare in sede di giudizio se l'OdV abbia in concreto dimostrato di esercitare tali poteri scevro da condizionamenti che potrebbero essere determinati da rapporti di lavoro subordinato, ma anche da diversi rapporti parentali od economici e che abbiano compromesso in concreto l'autonomia della propria attività di vigilanza.

In tal senso appare essersi mosso anche il Comando Generale della Guardia di Finanza nella Circolare n.83607/2012 sulla scorta di alcune pronunce di merito, laddove, a pag. 23 del Volume III, scrive “*Quanto alla composizione, nei primi interventi sullo specifico aspetto si rileva come la giurisprudenza (cfr. GIP presso il Tribunale di Roma, ordinanze in data 17.03.2004 e in data*

04.04.2003) *abbia auspicato che l'ODV sia composto da soggetti privi di compiti di amministrazione attiva (che pregiudicherebbero la richiesta autonomia) da individuare, eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni...".*

Venendo al caso di specie, riteniamo che la Corte abbia mancato l'occasione di approfondire adeguatamente la tematica, censurando l'OdV monocratico "interno" sulla sola base della sua subordinazione al presidente in seno alla struttura gerarchica aziendale e presupponendo da ciò l'assenza dell'autonomia richiesta dalla norma.

Fermo restando che riteniamo di condividere l'opportunità che, in caso di OdV monocratico, lo stesso sia individuato in un soggetto esterno, quale presidio di autonomia, non riteniamo che questa debba essere imposta come scelta obbligata, come invece la Corte ha inteso affermare.

Protocolli di prevenzione e ruolo dell'OdV

Da "operatori del settore" quali siamo, ci permettiamo di evidenziare un'ulteriore ben più grave presa di posizione della Suprema Corte, che sembrerebbe porre irragionevolmente in discussione alcuni concetti fondamentali e sistematici chiave nella strutturazione del sistema organizzativo dato dal Modello di Organizzazione e Gestione e dall'esistenza e operatività dell'OdV.

Tale posizione ha ad oggetto una possibile carenza dei protocolli di prevenzione adottati nello specifico caso che se chiarita, secondo la Suprema Corte, condurrebbe ad un giudizio di inidoneità del Modello.

Si legge nella sentenza che l'aggiotaggio ("chiunque diffonde notizie false...") è un "*delitto di comunicazione*" e che "*è dunque, appunto, sul versante della comunicazione che il modello (e dunque il controllo) avrebbe dovuto mostrare la sua efficacia*".

Proseguendo, la Corte di Cassazione evidenzia la necessità che il Modello, nei protocolli volti a prevenire tale "*delitto di comunicazione*", preveda un momento di controllo prima della diramazione del comunicato così da imporre che presidente ed amministratore delegato, qualora intendano commettere il reato di specie, debbano eludere fraudolentemente il Modello mediante condotte ingannevoli ulteriori rispetto alla mera modifica della bozza predisposta dagli uffici competenti (che realizzerebbe solo un "abuso" e non la "frode" richiesta dalla norma).

Ciò che qui interessa non è l'indicazione della necessità di un tale controllo, ma il soggetto che secondo la Corte dovrebbe essere deputato ad effettuarlo.

Infatti, il ricorrente Procuratore Generale aveva ritenuto sussistere un limite del Modello in esame per assenza di un "controllo incrociato" che "*sarebbe stato possibile se fosse stato previsto che detti*

comunicati fossero da elaborare in accordo o in contraddittorio con i responsabili degli uffici che li avevano originariamente confezionati”.

Dunque il Procuratore Generale aveva individuato i soggetti che, a proprio parere, avrebbero potuto essere chiamati dal Modello a svolgere il momento di controllo in soggetti della struttura aziendale responsabili degli uffici.

Diversamente la Corte di Cassazione ha individuato espressamente nell’OdV il soggetto che avrebbe dovuto essere incaricato del controllo in seno ai protocolli di prevenzione dalla commissione del reato presupposto: *“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’organi di controllo o se, viceversa, come sembra emergere dalla sentenza di merito, questo fosse un ulteriore “passaggio” cui presidente ed amministratore delegato non erano tenuti... Così stando le cose... è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione...”*.

Riteniamo, salvo aver male inteso i principi espressi, che la Corte di Cassazione abbia nella sostanza indicato la necessità che i protocolli del Modello, allo scopo di prevenire il reato di agiotaggio, prevedano una fase di controllo di cui soggetto attivo sia l’OdV.

Se così è, a nostro avviso appare completamente snaturata la funzione che la norma assegna all’OdV, per le seguenti ragioni.

Una delle poche certezze che la norma offre in tema di OdV riguarda proprio le funzioni dello stesso cui deve essere affidato *“il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli”*.

L’OdV, dunque, ha per sua natura la funzione di svolgere ispezioni e verifiche, volte a vigilare sull’ottemperanza dei protocolli del Modello da parte dei soggetti destinatari dei protocolli stessi.

Tali protocolli, o procedure che dir si voglia, devono disciplinare lo svolgimento di una determinata attività o processo prevedendo obblighi di comportamento e controlli tali da prevenire la commissione del reato se non mediante un’elusione fraudolenta degli stessi da parte del reo.

Riteniamo che i protocolli o procedure del Modello non possano che rivolgersi, anche laddove prevedono obblighi di controllo, a soggetti diversi dall’OdV, il quale sarà poi chiamato a vigilare che tali soggetti osservino quanto loro imposto.

Ciò si desume anche dal fatto che l’art. 6 co. 1 D.Lgs. 231/01 alla lett. a) afferma la necessità di adozione ed attuazione di *“modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati”* e solo alla successiva lett. b) impone la costituzione dell’OdV per vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli stessi.

Dunque i Modelli devono, concettualmente e logicamente, prevedere procedure di per sè idonee a prevenire i reati, indipendentemente dal momento successivo di costituzione dell'OdV e quindi dirette necessariamente a soggetti diversi dallo stesso.

Se così non fosse, quindi se, come sembra affermare la sentenza in esame, il Modello per essere idoneo dovesse prevedere nei suoi protocolli obblighi di controllo da parte dell'OdV diversi da quelli che la norma richiede e finalizzati all'obiettivo di prevenire i reati presupposto, l'OdV finirebbe con l'essere un organo operativo, avente esso stesso l'obbligo di osservare i protocolli.

L'ulteriore conseguenza sarebbe che l'OdV si troverebbe giocoforza a dover per assurdo vigilare su sé stesso, con assoluta compromissione dell'autonomia nell'esercizio dei suoi poteri.

Ma, in tutta sincerità, non si comprende cos'altro potrebbe aver voluto intendere la Suprema Corte, visto che se avesse solo inteso affermare che i protocolli devono prevedere l'obbligo di informare l'OdV e trasmettere allo stesso la comunicazione, senza porre e proceduralizzare un obbligo per l'OdV di effettuare il controllo e le conseguenze dell'esito di tale controllo, non si vede come una tale previsione possa assolvere ai fini indicati di imporre un comportamento fraudolento all'autore del reato per poter eludere il controllo.

Appare a noi più condivisibile l'indicazione del Procuratore Generale che lamenta la mancanza di un momento finale di controllo da effettuarsi da parte dei responsabili degli uffici preposti alla stesura dei comunicati, rispetto alla soluzione adottata dalla Corte.

Resta, tuttavia, un'ultima considerazione da effettuare: dalla lettura della sentenza di primo grado emergerebbe che il protocollo di specie prevedeva invero l'intervento di due distinti soggetti nella fase finale del comunicato e, peraltro, di due soggetti apicali (presidente ed amministratore delegato). Non si comprende perché non sia stato considerato idoneo un siffatto presidio di controllo, mentre secondo il Procuratore Generale lo sarebbe qualora ad intervenire fossero dei sottoposti, quali i responsabili di funzione.

“Efficacia impeditiva” o “idoneità preventiva” del Modello?

La sentenza, infine, in un paio di occasioni contiene alcune “sviste” terminologiche, pur superate nella sostanza, che ricordano antichi dibattiti da tempo superati.

Si legge giustamente in motivazione che *“la responsabilità dell'ente... non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato. Né si potrebbe ... affermare che, poiché (in ipotesi) il reato di aggio è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo era inadeguato”*.

Dopo tale incipit chiarificatore, tuttavia nel seguito leggiamo affermazioni quali “*il modello avrebbe dovuto mostrare la sua efficacia*” e più oltre “*è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto ad impedire la consumazione di un tipico reato...*”.

Evidenziamo innanzitutto l’utilizzo del termine “*efficacia*” anziché “*idoneità*”. Si tratta evidentemente, date le premesse, di una “*svista*”, in quanto se il vaglio giudiziale del Modello si tramutasse da “*vaglio di idoneità*” in “*vaglio di efficacia*” si perverrebbe a concludere che ogni qual volta il reato è stato in concreto commesso, il Modello dimostrerebbe perciò stesso di essere inefficace, con ciò ponendo nel nulla ogni valore esimente dalla responsabilità 231 e l’intero impianto dell’art. 6 D.Lgs. 231/01.

Il Modello, inoltre, deve essere, secondo norma, idoneo a “*prevenire*” il reato, non ad “*impedirlo*”. Ancora una volta si corre il rischio di confondere il requisito di “*idoneità preventiva*” con il diverso concetto di “*efficacia impeditiva*” non richiesto dalla norma e non esigibile, salvo incorrere in quanto già sopra indicato.

In conclusione

Non resta che augurarci che la Suprema Corte torni ben presto ad occuparsi dell’argomento con riflessioni e conclusioni che offrano chiarezza soprattutto sui ruoli dei soggetti normativamente previsti, in particolare dell’OdV, una chiarezza che imprenditori e professionisti attendono da molti anni e rispetto alla quale la sentenza in commento ha per noi il triste sentore di un ritorno al passato.

Studio Legale Associato Tosello & Partners

Avv. Alberto Tenca

Avv. Anna Di Lorenzo