

L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi

Judging the Adequacy of the “modello organizzativo” as a Critical Point Within the Italian Corporate Liability System

MARCO COLACURCI

*Dottorando di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali"
presso la Seconda Università degli Studi di Napoli*

RESPONSABILITÀ ENTI DA REATO, MODELLI ORGANIZZATIVI

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY, COMPLIANCE PROGRAMS

ABSTRACT

L'intervento si focalizza sulla mancanza di criteri certi ai fini del giudizio d'idoneità del modello di organizzazione, gestione e controllo. Quest'ultimo, architrave del sistema di responsabilità da reato degli enti, nella sua declinazione concreta non si rivela efficace, per cui la verifica del fatto di reato è valutata ex se come indice dell'inidoneità del modello stesso, con il rischio di riprodurre quel meccanismo di “profezie auto-avveranti” già conosciuto in tema di illeciti colposi. L'analisi della giurisprudenza conferma questo dato, rivelando un numero esiguo di pronunce che escludono la responsabilità dell'ente in virtù della corretta adozione e attuazione di un modello idoneo, e la recente vicenda Impregilo sembra assumere in tal senso carattere paradigmatico. Le ragioni di tale fenomeno sono rinvenute nell'indeterminatezza legislativa dei criteri di costruzione del modello, e la ricerca di possibili correttivi individua soluzioni già praticate dal legislatore, che nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro ha stabilito una presunzione di adeguatezza dei modelli che si attengono a riconosciute linee-guida, soluzioni che mirano ad una certificazione preventiva dei modelli e soluzioni divise tra valorizzazioni della hard o della soft law.

The paper highlights the lack of reliable criteria to judge the adequacy of the “organizational and management control model” (modello di organizzazione, gestione e controllo), which could be considered the cornerstone of the Italian corporate liability system. Indeed, the analysis of the case-law reveals that the courts adopted a self-fulfilling prophecy approach, according to which the crime committed is considered as proof of the inadequacy of the model. The absence of statements excluding corporate liability due to the adoption of an adequate model confirms this data, and the recent decision by the Italian Supreme Court (Impregilo s.p.a. case) is a clear example of this trend. The indeterminacy of the law is considered to be the most significant reason of this phenomenon, and possible solutions can be found both in the examples provided by specific areas of the legal system and in proposals put forward by scholars. These proposals aim to either preventively certificate the model or enhance the hard and the soft law.

SOMMARIO

1. Il modello come concretizzazione dell'impianto punitivo premiale del d.lgs. 231/2001. – 2. I requisiti del modello. – 2.1. La responsabilità dell'ente per il fatto dei vertici. – 2.2. La responsabilità dell'ente per il fatto dei subordinati. – 2.3. Sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001. – 3. Responsabilità degli enti e colpa. – 3.1. Il contenuto del modello. – 3.2. Illecito dell'ente e illecito colposo. L'accertamento del giudice. – 4. Il caso Impregilo. – 4.1. Primo grado. Il proscioglimento dell'ente per corretta adozione del modello. – 4.2. La sentenza della Corte di Cassazione. L'annullamento con rinvio. – 4.3. Note a margine della vicenda Impregilo. – 5. Possibili soluzioni al problema dell'adeguatezza. – 5.1. Indicazioni *de lege lata*: Linee Guida e presunzioni di conformità. – 5.2 La certificazione del modello – 5.3. Implementazione di *hard* e *soft law*.

1.

Il modello come concretizzazione dell'impianto punitivo-premiale del d.lgs. 231/2001.

La responsabilizzazione diretta dell'ente realizzata con il d.lgs. 231/2001 ha visto attribuire ai modelli di organizzazione, gestione e controllo¹ (d'ora in avanti "modelli") un ruolo centrale tanto sul versante del criterio imputativo² della responsabilità all'ente quanto su quello dell'attenuazione sanzionatoria. In un sistema che per la prima volta, seppur in una veste nominalisticamente amministrativa³, ha reso l'ente passibile di sanzione in virtù della realizzazione di un fatto di reato, la scelta del legislatore si è orientata verso il controllo dell'organizzazione interna.

In una disciplina stimolata da input sovranazionali⁴, la valorizzazione della componente auto-organizzativa si pone come elemento di forte originalità, in particolare laddove consente di separare le sorti processuali dell'ente e del soggetto che per esso ha agito anche qualora si tratti del vertice aziendale, tradizionalmente considerato, all'opposto, quale "incarnazione" della volontà d'impresa, e pertanto dalla stessa indistinguibile⁵. La logica alla base di tale sistema è eminentemente premiale: a fronte dell'imposizione di oneri/obblighi organizzativi all'ente, sono previste attenuazioni e, soprattutto, esclusioni della responsabilità dello stesso.

Il meccanismo imputativo dell'illecito all'ente presuppone la realizzazione di un reato da parte di una persona fisica che agisca nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente e, a seconda che il reato sia realizzato dal vertice aziendale o da un sottoposto, sono disciplinate le condizioni al ricorrere delle quali la responsabilità dell'ente è esclusa. Tali condizioni, pur non perfettamente coincidenti tra loro, richiedono entrambe la preventiva adozione e corretta attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. In questo senso, si profila una responsabilità dell'ente in certa misura autonoma da quella del singolo, tale dato trovando parziale conferma nell'art. 8 ("Autonomia della responsabilità dell'ente"), che enuclea i casi in cui l'ente è responsabile nonostante non sia rinvenibile/perseguibile la persona fisica che per

¹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in corso di pubblicazione.

² In tema di criteri d'imputazione, D. PULITANÒ, *Responsabilità "da reato" degli enti: criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; A. ALESSANDRI, *Il criterio d'imputazione all'ente nei reati colposi*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 251 ss.; ID., *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente; inquadramento concettuale e funzionalità*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 223 ss.; S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 91 ss.

³ La questione del *nomen iuris* è risolta dalla dottrina maggioritaria nel senso di ritenere la responsabilità degli enti di natura penale; in questo senso, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano 2008, 305 ss., ove è altresì contenuta una ricognizione delle diverse posizioni sul tema.

⁴ Com'è noto, la legge delega n. 300 del 2000 dava "ratifica ed esecuzione ai seguenti Atti internazionali elaborati in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatta a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 27 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatto a Parigi il 17 dicembre 1997".

⁵ L'originalità va riferita anche alla stessa legge delega, che non prevedeva una tale possibilità, tanto che i primi commenti al d.lgs. 231 avevano rilevato un rischio di incostituzionalità per eccesso di delega. In tal senso, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 ss.

esso ha agito⁶. Tale norma illustra la concezione del legislatore circa l'organizzazione interna della moderna impresa, non più intesa secondo uno schema verticistico di stampo fordista, ma strutturata in senso orizzontale, in cui singole unità operative "parcellizzate" determinano una frammentazione del processo decisionale, rendendo difficoltosa l'individuazione del soggetto che agisce⁷.

L'idea di sanzionare l'ente in quanto tale, mediante il ricorso ad un *carrot-and-stick approach*⁸, contrapposto al tradizionale *command-and-control* penalistico, trova la sua fonte d'ispirazione, come esplicitamente riconosciuto nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 231⁹, nell'istituto statunitense dei *compliance programs*¹⁰. Introdotti nel 1991 con l'approvazione delle *Federal Sentencing Guidelines* anche per gli enti (in precedenza erano state approvate quelle per la responsabilità individuale), essi prevedono un sistema di commisurazione e attenuazione della sanzione parametrato alla *culpability* dell'ente, a sua volta calcolata, sulla scorta di determinati criteri individuati dalle *Guidelines*, tanto in base alle precauzioni prese dall'impresa prima della verifica dell'illecito quanto in ragione del comportamento tenuto successivamente allo stesso¹¹. L'impresa che delinque, in questo modo, è considerata alla stregua di un unico soggetto agente, capace di esprimere una propria colpevolezza/responsabilità, aggiuntiva rispetto a quella del singolo. Al netto delle diversità degli ordinamenti giuridici (obbligatorietà dell'azione penale *in primis*) e di contesti economici, è, come detto, la possibilità di "mirare" direttamente all'ente, olisticamente inteso, a costituire la *ratio* di un simile *transplanting*, nell'ottica del rispetto del principio costituzionale di colpevolezza.

In effetti, uno degli ostacoli "storici" all'introduzione di una responsabilità penale degli enti in Italia, oltre a quello di un insuperabile "ontologismo antropologico" che caratterizzerebbe il diritto penale¹², risiedeva nella difficoltà di immaginare un sistema che, trasferendo automaticamente la responsabilità del singolo all'ente – tramite il ricorso a modelli civilistici quali il cd. *respondeat superior* o a teorie "umanizzanti" quali l'immedesimazione organica¹³ – non implicasse il verificarsi di ipotesi di responsabilità oggettiva, altrimenti in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale. Era necessario, pertanto, trovare una soluzione compatibile con il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.¹⁴, tanto nella sua versione "minima" di divieto di responsabilità per fatto altrui, quanto in una "allargata", che esclude qualunque forma di responsabilità oggettiva e giudica della possibilità di muovere un rimprovero personale, ancorché normativo, al soggetto agente, ai fini di una sua tendenziale rieducazione¹⁵.

Il modello rappresenta dunque la concretizzazione delle regole interne adottate per contenere i rischi-reato generalmente connessi all'attività produttiva, e costituisce il fulcro di un sistema politico-criminale fondato innanzitutto sulla prevenzione piuttosto che sulla (sola)

⁶ O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, da 1333 a 1335.

⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 222 ss. Per una compiuta descrizione della moderna organizzazione interna dell'impresa, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

⁸ J.C. JR. COFFEE, "Carrot and stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 3 n. 3, Nov. - Dec. 1990, 126 ss.

⁹ *Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001*, 8: "Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al *versari in re illicita*), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti".

¹⁰ Per un'ampia e approfondita ricostruzione dell'istituto dei *compliance programs* da parte della dottrina interna, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, in particolare da 64 a 144, e bibliografia *ivi* citata; nonché A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4/2014, 125 ss. Per una panoramica a livello europeo, A. FIORELLA (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – Vol. I Liability "ex crimine" of legal entities in member states*, Napoli, 2012; descrive le difficoltà di "importare" tale istituto all'interno del nostro ordinamento F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *AGE* 2/2009, 219 ss.; sull'evoluzione degli stessi nel diritto globalizzato, S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 2015, 473 ss.

¹¹ C. DE MAGLIE, *op. ult. cit.*, 64 ss.

¹² Sulle "resistenze" italiane all'introduzione di una responsabilità penale degli enti, ben prima del 2001, A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.

¹³ Per una ricostruzione dell'evoluzione storica dei criteri d'imputazione del reato all'ente, V. MONGILLO, *Necessità e caso nell'allocatione della responsabilità da reato tra individui ed enti collettivi. Considerazioni alla luce dell'"incontro" tra società ferroviaria e giudice penale nell'Europa del XIX secolo*, in A. Castaldo - V. De Francesco - M. Del Tufo - S. Manacorda - L. Monaco (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, 1151 ss.

¹⁴ Si veda A. ALESSANDRI, *Art. 27 co. 1 Cost.*, in G. Branca - A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991.

¹⁵ Sul rapporto tra il d.lgs. 231/2001 e l'art. 27 Cost., per tutti, G. DE VERO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., da 31 a 68.

repressione¹⁶, realizzato attraverso una cd. *enforced self-regulation*¹⁷. Tale modello di diritto penale “dinamico”¹⁸ richiede, per trovare applicazione, che entrambi gli elementi del rapporto dialogico Stato-ente siano praticabili: ai costi certi sostenuti dall’impresa per l’adozione e attuazione dei modelli devono poter corrispondere riconoscimenti giurisprudenziali, nelle forme di sentenze di proscioglimento.

2.

I requisiti del modello.

2.1.

La responsabilità dell’ente per il fatto dei vertici.

L’art. 5 del d.lgs. 231 definisce i vertici aziendali come coloro i quali “rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso”; allorché uno di tali soggetti realizzi uno dei reati-pre-supposto contenuti nella cd. parte speciale del decreto, a vantaggio o nell’interesse dell’ente, quest’ultimo, ai sensi dell’art. 6, non è ritenuto responsabile qualora provi: di aver adottato ed attuato preventivamente alla commissione del reato un modello idoneo, di aver predisposto un Organismo di Vigilanza preposto al controllo sul rispetto del modello, che tale organismo non via venuto meno al suo compito di vigilanza, e che coloro che hanno commesso il reato lo abbiano fatto eludendo fraudolentemente il modello.

La struttura della responsabilità dell’ente per fatto dei vertici assume pertanto il volto di una responsabilità autenticamente dolosa, fondata su di un meccanismo ascrittivo di immedesimazione organica¹⁹ temperato dalla previsione di una generica esimente²⁰, a sua volta caratterizzata dall’inversione dell’onere probatorio, che ricade sull’ente. La condotta del vertice aziendale è così assimilata a quella dell’intera impresa, in un modo distonico rispetto all’idea della non corretta auto-organizzazione dell’ente come fondamento della sua responsabilità, emergente invece dalla lettura complessiva del d.lgs. 231 e dalla relazione di accompagnamento²¹. Le ricostruzioni dottrinali sul punto sono pertanto divise²²: una parte della dottrina, valorizzando la componente di difformità, ha elaborato una ricostruzione “pluralistica”, ovvero non unitaria, dei criteri imputativi della responsabilità all’ente, ridimensionando il ruolo che potrebbe svolgere la teoria della colpa/colpevolezza di organizzazione nell’interpretazione del sistema²³; altra dottrina, invece, propende per una concezione unitaria del criterio d’imputazione del reato all’ente, esaltando il ruolo dell’esimente prevista dall’art. 6, che in ogni caso darebbe la possibilità all’ente di differenziare la propria posizione – dunque la propria responsabilità e colpevolezza – da quella della persona fisica, compatibilmente con il principio costituzionale di colpevolezza.

Il momento di maggior criticità nella disciplina in commento è però rappresentato dall’inversione dell’onere probatorio, che pone problemi non solo dal punto di vista della compatibilità con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, segnalato già a prima lettura dalla dottrina maggioritaria²⁴, ma anche da quello della possibilità effettiva data

¹⁶ In tal senso, G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, Torino, 2009.

¹⁷ J. BRAITHWAITE, *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*, in 81 *Mich. L. Rev.*, (1982), 1466 ss.

¹⁸ Sull’idea della *compliance* penalistica, di recente, L. ARROYO ZAPATERO – A. NIETO MARTIN (a cura di), *El derecho penal economico en la era compliance*, Valencia, 2013, nonché, con specifico riferimento ai modelli di *compliance*, A. NIETO MARTIN – J. LASCURAIN SANCHEZ – I. BLANCO CORDERO (a cura di), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015.

¹⁹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.

²⁰ Si fa riferimento qui ad una generica nozione di causa esimente, sebbene il dibattito dottrinale a riguardo non sia sopito e abbia rilevanza circa la costruzione della natura della responsabilità dell’ente; per una panoramica delle diverse posizioni, G. DE VERO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 179 ss.

²¹ *Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001*: “Ai fini della responsabilità dell’ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall’art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione”.

²² C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

²³ Per l’elaborazione della teoria della colpa/colpevolezza di organizzazione, C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss., nonché, di recente, C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161 ss.; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, cit., 125 ss.

²⁴ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, da 145 a 216.

all'ente di fornire tale prova.

Quest'ultima ha ad oggetto, prima di tutto, l'adozione e corretta attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sulla base dei criteri descritti dal comma 2 dell'art. 6: essi devono individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (*risk mapping*), prevedere specifici protocolli che procedimentalizzino i processi decisionali e produttivi dell'ente, identificare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati, prevedere obblighi di comunicazione e informazione costante verso l'Organismo di Vigilanza, introdurre un efficace sistema sanzionatorio. Si tratta, evidentemente, di compiti "minimi", in grado di descrivere soltanto lo "scheletro" del modello, indicando metodo e obiettivi da seguire nella redazione dello stesso piuttosto che illustrarne il contenuto. In tal senso, il successivo comma 3 è significativo, giacché stabilisce che i modelli possano essere redatti sulla base dei codici di comportamento elaborati dalle associazioni rappresentative di categoria, attribuendosi al Ministero della Giustizia, di concerto con i ministeri competenti, il potere di formulare osservazioni sull'idoneità di tali modelli, entro trenta giorni dalla obbligatoria comunicazione²⁵. Tale norma riconosce esplicitamente la necessità di una compartecipazione nella redazione del modello da parte delle stesse realtà settoriali nelle quali questo dovrà operare, analogamente a quanto accade in altri settori dell'ordinamento, ugualmente connotati per un'elevata complessità tecnologica, come ad esempio quello della responsabilità colposa nel trattamento medico²⁶.

Se la composizione dell'Organismo di Vigilanza non attiene direttamente alla formazione del modello e al suo contenuto, pur rivestendo un ruolo decisivo nella valutazione del comportamento preventivo dell'ente²⁷, l'ulteriore oggetto di prova ai fini dell'applicazione dell'esimente è la fraudolenza della condotta elusiva del modello tenuta da vertici²⁸. La lettura di questo criterio è stata sin da subito problematica, giacché ha ad oggetto un comportamento altrui; a ciò si aggiunge il contrasto interpretativo circa la nozione di fraudolenza, se nel caso in questione vada intesa, analogamente a quanto accade per la truffa, come messa in atto di artifici e raggiri ai fini della realizzazione dell'illecito, o se invece possa risolversi nel dolo intenzionale specificamente diretto all'aggiramento del modello. Tale seconda interpretazione è stata suggerita da una parte della dottrina²⁹, sulla scorta della constatazione che la prima ipotesi, combinata al necessario ricorso del criterio d'imputazione oggettivo (reato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente), troverebbe uno spazio applicativo esiguo, coincidente con le sole condotte abnormi dei vertici, necessariamente dolose: una situazione tale da qualificare la prova dell'elusione fraudolenta quale *probatio diabolica*.

2.2.

La responsabilità dell'ente per il fatto dei subordinati.

L'art. 7 co. 1 stabilisce che l'ente è responsabile per il reato realizzato da soggetti che si trovano in una posizione subordinata se questo è stato reso possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione e vigilanza. In tale disposizione l'idea di colpevolezza d'impresa è concepita in modo tale che l'ente è responsabile per non aver impedito il compimento del fatto di reato attraverso un controllo opportuno.

Il comma successivo, coerentemente con questo dato, prevede che l'ente non è responsabile quando ha adottato un modello volto a prevenire il reato della specie di quello verificatosi – stavolta con un regime probatorio ordinario, a carico dell'accusa.

Circa il contenuto del modello, le indicazioni legislative sono ancor più scarse rispetto all'ipotesi contenuta nell'art. 6, stabilendosi soltanto che il modello deve prevedere misure idonee a consentire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare eventuali situazioni di rischio. È sancito inoltre che l'efficace attuazione del modello si ha

²⁵ Per l'analisi della norma si rinvia al par. 5.1.

²⁶ C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261 ss.

²⁷ Per tutti, F. MUCCIARELLI, *Funzioni e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in A.M. Stile - V. Mongillo - G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001, op. cit.*, 173 ss.; più in generale, sui controlli societari, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, Milano, 2009.

²⁸ Per tutti, A.F. TRIPOLI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Roma, 2014.

²⁹ C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010, 476 ss.; Id., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 2014, 474 ss.

quando vi è un monitoraggio costante sullo stesso e si richiede infine la predisposizione di un apparato sanzionatorio. A tal riguardo sembra dunque che la struttura del modello *ex* art. 7 sia differente rispetto a quella dei modelli volti a evitare gli illeciti dei soggetti posti in posizione apicale, in particolare in punto di istituzione e predisposizione dell'Organismo di Vigilanza, che non sembrerebbe necessario per fronteggiare gli illeciti dei subordinati. Tuttavia, autorevole dottrina ha rilevato come nella prassi l'attività svolta dall'Odv sia sempre più utilizzata anche per la prevenzione di questo secondo tipo di reati, manifestando in questo modo una volontà delle imprese di adeguarsi *in toto* alle finalità preventive della riforma³⁰.

Ai sensi dell'art. 7, pertanto, la positiva adozione del modello sembra operare come un elemento del fatto, seppur formulato negativamente: solo la sua assenza consente di far insorgere la responsabilità dell'ente. Quest'ultima appare allora come una responsabilità derivante da agevolazione colposa, per la quale il fatto del singolo è conseguenza della disorganizzazione interna e della mancata prevenzione di situazioni rischiose, in tal modo prestandosi a una lettura maggiormente in linea con l'impostazione complessiva del d.lgs. 231. Per questo, una parte della dottrina propone l'abbandono della differenziazione della responsabilità tra vertici e sottoposti e una unificazione dei criteri sul modello dell'illecito dei sottoposti³¹.

2.3.

Sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001.

L'analisi degli artt. 6 e 7 dimostra come il legislatore abbia rinunciato a definire le caratteristiche del modello. Se tale scelta sia consapevole, giacché rivolta a una piena valorizzazione dell'auto-normazione, o sia invece conseguenza della novità dell'istituto – e dunque di una certa imperizia nella gestione dello stesso – il dato riscontrabile è un'indeterminatezza tale da lasciar immaginare, sin da una prima lettura del testo normativo, una sua difficoltosa applicazione.

Il progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto – tanto per materia quanto per criterio d'imputazione soggettiva – ha ulteriormente acuito tale deficit di determinatezza. La scelta iniziale del legislatore delegato era ricaduta su di un nucleo minimo di reati, individuati sulla scorta dell'art. 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 (indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato, corruzione e concussione...), che lasciava spazio a profonde lacune – anche rispetto alla stessa legge delega – specialmente in materia di tutela antinfortunistica sui luoghi di lavoro o di tutela ambientale³².

Il successivo ampliamento del catalogo, tuttavia, ha visto inserite tipologie di reati avulse, per oggetto, dalla criminalità d'impresa (quale ad es. la mutilazione di organi genitali femminili), o contrastanti con l'idea stessa della *compliance* penalistica alla base dell'impianto 231. Si faccia l'esempio dell'art. 24^{ter}, "Delitti di criminalità organizzata", che ricomprende al suo interno fattispecie quali l'associazione per delinquere, un reato ontologicamente inconciliabile con la predisposizione di un modello organizzativo finalizzato al rispetto della legalità. L'idea dell'auto-organizzazione, infatti, presuppone una condotta lecita di base – ancorché rischiosa – qual è quella d'impresa, incontrando il proprio limite qualora debba contrastare attività unicamente animate da scopi criminali. In tali casi, come ampia dottrina ha rilevato, sembra opportuno rinunciare all'idea dell'auto-organizzazione e propendere per differenti criteri imputativi, che facciano leva sulla cd. cultura d'impresa³³.

In questo senso, l'allargamento del catalogo dei reati presupposto sembra replicare nel microsistema degli enti tratti distintivi del diritto penale contemporaneo "individuale", caratterizzato per un sempre maggiore ricorso "promozionale" alla pena, ispirato a logiche "rassicuratrici" piuttosto che a criteri di razionalità ed efficacia³⁴.

³⁰ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2013, 376 ss.

³¹ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249 ss.

³² G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1126 ss.

³³ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 355.

³⁴ In questo senso, con riferimento al diritto penale "delle persone", S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

3. Responsabilità degli enti e colpa.

3.1. *Il contenuto del modello.*

Recente e autorevole dottrina ha compiuto un vero e proprio “viaggio” all’interno del modello, al fine di delineare una “paradigmatica”³⁵ in grado di illustrare il contenuto e la natura delle regole in esso previste.

Il modello, innanzitutto, si compone di una Parte Generale, che illustra la struttura interna dell’ente, e una Parte Speciale, che individua le procedure volte alla riduzione del rischio reato; a queste si aggiunge l’Organismo di Vigilanza, soggetto preposto alla verifica dell’adozione e attuazione del modello.

La Parte Generale non riveste una funzione decisiva nell’individuazione, in concreto, della condotta che l’ente deve tenere; rappresenta, piuttosto, una sorta di “mappa” descrittiva della composizione interna dell’ente. Essa, infatti, illustra la struttura societaria – segnatamente l’eventuale esistenza di gruppi d’imprese – e aziendale, descrivendo l’organizzazione interna tanto da un punto di vista di deleghe di funzioni e distribuzione del potere decisionale quanto da quello della rete di controlli interni. Tra questi ultimi, in particolare, assume rilievo preponderante l’*Internal Auditing*, che rappresenta una emanazione diretta del c.d.a., a differenza della generalità dei controlli “di prima linea”, espressione invece di uno degli organi esecutivi. Della Parte Generale del modello fa parte altresì il cd. codice etico, tavola di valori cui l’ente dichiara di ispirarsi nello svolgimento della propria attività ed antesignano dei moderni *compliance programs*, rimandando ad una stagione, statunitense in particolare, in cui l’auto-organizzazione non era imposta ma si determinava su base volontaristica³⁶. Infine, la Parte Generale contiene la disciplina della formazione dei lavoratori dell’impresa, del rilevamento degli illeciti – aspetto di primaria importanza, come dimostrano le recenti iniziative per la tutela dei “whistleblowers”³⁷ – e un sistema sanzionatorio interno.

È invece la Parte Speciale a occuparsi delle regole finalizzate alla prevenzione dell’illecito. Queste sono il risultato di un procedimento complesso, che prevede un monitoraggio dell’attività dell’ente volto a individuare le aree a rischio reato, e a valutare retrospettivamente le cautele fino a quel momento messe in campo ai fini di un’eventuale implementazione delle stesse mediante protocolli che illustrino, attraverso la compartimentazione di ogni fase e un adeguato controllo su ciascuna di esse, il comportamento doveroso dell’ente.

I protocolli rappresentano, dunque, il fulcro/frutto dell’auto-organizzazione. Essi hanno un contenuto vario, distinguibile in tre tipi di regole: procedurali, che attengono alle modalità decisorie e che sono deputate innanzitutto a evitare la concentrazione della decisione nelle mani di un’unica persona/organismo – così perseguendo l’opposto obiettivo della segregazione delle funzioni; sostanziali, che concernono, invece, non già il procedimento di formazione della decisione, ma il contenuto della stessa, che deve essere idoneo a contenere il rischio reato; di controllo, infine, che sono volte a individuare i soggetti preposti al controllo e al rispetto delle singole cautele, affinché l’impianto preventivo designato sia effettivo ed efficace³⁸.

Un’ulteriore distinzione può essere tracciata non già in relazione al momento in cui la cautela interviene – formazione della decisione o contenuto della decisione – ma a seconda del reato da prevenire, se sia questo un “reato/decisione” o un “reato in attività”³⁹. Nel primo caso, il reato è di natura prevalentemente dolosa ed è realizzato dal vertice (o da uno dei vertici) dell’ente, assumendo rilievo pregnante l’auto-organizzazione della persona giuridica, che deve poter incidere in qualsiasi fase prodromica alla decisione vera e propria mediante cautele procedurali che fungano da adeguate “controspinte” al formarsi della singola volontà cri-

³⁵ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit.

³⁶ C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1049 ss.; A. MELCHIONDA, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità “da reato” degli enti. Il ruolo dei c.d. “codici etici”*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, 215 ss.; da ultimo M. CAPUTO, *La mano visibile: codici etici e cultura d’impresa nell’imputazione della responsabilità agli enti*, in questa Rivista, n. 1/2013, 101 ss.

³⁷ Sull’istituto e, in generale, per una ricostruzione del fenomeno della criminalità d’impresa, G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in C. Beria di Argentine (a cura di), *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 173 ss.

³⁸ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., 842 ss.

³⁹ *Ibidem*.

minosa. Tali cautele sono di carattere necessariamente auto-normato, giacché devono aderire in modo specifico alla singola realtà aziendale. Nel caso in cui, invece, il reato rientri nel normale rischio d'impresa, che afferisce alla sfera della colpa, la cautela interviene in una fase di maggiore prossimità al fattore di rischio, comune a più realtà produttive, tale da consentire una sua etero-determinazione, come accade, ad esempio, nel settore della tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro⁴⁰.

3.2. *Illecito dell'ente e illecito colposo. L'accertamento del giudice.*

La descrizione del contenuto del modello non è risolutiva nel chiarire quale funzione esso svolga, né tantomeno, di conseguenza, quale sia la tipologia di illecito ascrivibile all'ente: la questione, già posta da autorevole dottrina⁴¹, non è ancora stata compiutamente risolta. qualora l'illecito dell'ente sia inquadrato all'interno di un "normale" *crimen colposum*, del quale replicherebbe i tratti caratterizzanti, il modello svolgerebbe una funzione cautelare; in alternativa, l'illecito dell'ente potrebbe essere ricondotto alla tipologia dell'illecito di rischio: in tal caso l'auto-organizzazione dell'ente assumerebbe finalità meramente preventive, più cautelative che cautelari⁴², e il modello opererebbe come concretizzazione di un obbligo di condotta finalizzato alla prevenzione di un rischio-reato modellato sul tipo dell'illecito di pericolo astratto.

Solo la prima delle due soluzioni consente di individuare una responsabilità "personale" dell'ente, giacché permette di costruire l'illecito dell'ente sul modello del reato di evento, imponendo l'accertamento del nesso causale. È questa l'opinione condivisa dalla dottrina maggioritaria⁴³, che fonda tale convinzione sia sul dato testuale dell'art. 6 del d.lgs. 231 (laddove fa riferimento ai "reati della specie di quello verificatosi"), sia sulla generale impostazione del decreto, ispirata al rispetto della colpevolezza dell'ente. In particolare, si ritiene trattarsi di una responsabilità per colpa specifica, intesa come un tipo di responsabilità tipica di settori "omogenei", in cui il comportamento doveroso è modulato sulla base di determinati standard atti a prevenire rischi qualificati. In ogni caso, sebbene l'inquadramento dell'illecito dell'ente nella tipologia colposa sia compiuto ai fini dell'individuazione di una responsabilità propria dell'ente, va rimarcato come si tratti di una colpa tutta normativa, "che deve lasciarsi alle spalle le suggestioni della colpa riferita alle persone fisiche"⁴⁴, per procedere alla corretta descrizione del fatto addebitabile all'ente. In punto di accertamento del nesso causale, dovrà essere individuata una relazione tanto tra la condotta della persona giuridica e l'evento-reato della persona fisica quanto nel rapporto tra la regola di condotta violata e il rischio tipico di reato di cui la condotta della persona fisica costituisce la concretizzazione. Si tratta di un doppio nesso causale, conseguenza di un doppio rischio: oltre a quello classico, dato dal "livello" consentito contemplato dalla regola cautelare, vi è un cd. "rischio organizzativo", che guarda direttamente all'organizzazione interna e al suo rapporto con la condotta della persona fisica che ha realizzato il reato. Il livello consentito di questo tipo di rischio va individuato nel livello "necessario a preservare le condizioni di una regolamentazione responsiva, in quanto tale rispettosa della eterogeneità delle motivazioni degli agenti sociali"⁴⁵: il giudice dovrà accertare che sia stata l'eccessiva autonomia lasciata dall'impianto organizzativo interno a consentire al singolo di agire illecitamente. Tali valutazioni saranno compiute nelle forme "classiche" del giudizio prognostico "a base parziale"⁴⁶ che – com'è noto – tiene conto delle conoscenze tecnologiche a disposizione dell'attore al momento della produzione dell'illecito. Una volta accertata la sussistenza del doppio nesso causale, il giudice dovrà altresì verificare che l'adozione di un modello idoneo avrebbe, nel caso concreto, evitato il prodursi dell'illecito (verifica del comportamento alternativo lecito).

Le modalità di accertamento descritte, che respingono derivate oggettivistiche nell'attribuzione di responsabilità all'ente e procedono invece in un senso rispettoso del principio di

⁴⁰ *Infra*, 13.

⁴¹ C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, cit., 1516 ss.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, 842 ss.; G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, cit., 1286.

⁴⁴ A. ALESSANDRI, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, cit., 241.

⁴⁵ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, cit., 1286.

⁴⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 223 ss.

colpevolezza, seppur animate da intenti garantistici, recano con sé le difficoltà applicative ben note in materia di reati colposi⁴⁷, che rischiano di far scivolare il giudizio in concreto nuovamente sul terreno della responsabilità oggettiva. Analogamente a quanto accade per l'illecito colposo generalmente inteso, il cui principale problema – come rileva autorevole dottrina⁴⁸ – attiene alla sfera della tipicità, e innanzitutto all'individuazione della regola cautelare, nel caso dei modelli, in cui la fase di elaborazione della regola è demandata al soggetto "privato"⁴⁹, le medesime incertezze si manifestano nell'ambito del giudizio di adeguatezza. Il rischio è quello, già conosciuto, di un metodo di giudizio fondato su cd. "profezie auto-avveranti", per le quali la verifica del reato è per se stessa indice della violazione/inadeguatezza della regola cautelare/del modello. E la prassi giudiziaria, in tal senso, non è confortante: a circa quindici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231 non ci sono pronunce assolute dell'impresa per corretta adozione e attuazione di un modello idoneo. Per tale motivo una recente vicenda giudiziaria – in cui, da ultimo, la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza d'appello che, conformemente al giudizio di primo grado, proscioglieva la società imputata in virtù dell'adozione di un modello ritenuto idoneo a prevenire il reato contestato⁵⁰ – evidenzia le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza sul punto: la ricostruzione delle *rationes* alla base dei giudizi contrastanti è esemplificativa delle difficoltà operative dell'istituto del modello idoneo quale esimente della responsabilità da reato dell'ente.

4. Il caso Impregilo.

4.1. *Primo grado. Il proscioglimento dell'ente per corretta adozione del modello.*

L'analisi del caso Impregilo è utile per riflettere sulle difficoltà che la magistratura affronta nel valutare l'adeguatezza del modello e la sua elusione fraudolenta da parte dei vertici (nel caso di specie si trattava di un reato contestato al Presidente e all'a.d. della società). L'individuazione di un parametro di riferimento alla stregua del quale giudicare il modello, e i dubbi sul significato da attribuirsi all'elusione fraudolenta, hanno determinato un'oscillazione nella valutazione della condotta della società nel passaggio dal giudizio di merito a quello di legittimità.

Il primo dato da segnalare concerne la divaricazione del giudizio nei confronti della persona fisica e di quella giuridica, giacché solo per quest'ultima si è proceduto secondo il rito abbreviato. Tale dato, pur non coinvolgendo direttamente il problema dell'adeguatezza, va in ogni caso rilevato: se l'illecito ascritto all'ente dipende dal reato della persona fisica, l'inversione del rapporto logico nell'accertamento dei due illeciti suona quanto meno "sospetta"; non a caso, la sentenza del G.i.p. di Milano dedica ampia parte a ricostruire le condotte presunte illecite delle persone fisiche, pur rimarcando la sola finalità di "ricostruire il quadro nei fatti in cui deve essere inserito l'illecito contestato a Impregilo".

Il reato contestato all'ente è l'aggiotaggio (art. 2637 c.c.), previsto dall'art. 25ter del d.lgs. 231, che sanziona chi diffonde informazioni *price sensitive* false al fine di alterare la valutazione degli strumenti finanziari sul mercato. La ricostruzione del giudice riguarda, *in primis*,

⁴⁷ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

⁴⁸ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; ID., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1291 ss.

⁴⁹ Sul fenomeno della privatizzazione delle fonti, V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bologna, 2014.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. *Impregilo S.p.a.*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1425 ss., con nota di A. BERNASCONI, "Razionalità" e "irrazionalità" della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi. Per ulteriori commenti ai giudizi di merito e a quello di legittimità: C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, cit.; ID., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo di prufundis?*, cit.; S. BARTOLOMUCCI, *L'adeguatezza del modello nel disposto del d.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d'appello "Impregilo"*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 167 ss.; F. D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 51 ss.; L. SANTANGELO, *La Corte d'Appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2012; ID., *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014.

l'esistenza di un modello, quindi la sussistenza, al suo interno, di cautele volte a prevenire specificamente il delitto di aggioaggiamento, infine il giudizio circa la condotta dei vertici, se abbia questa integrato o meno gli estremi dell'elusione fraudolenta.

Partendo dal primo punto, il G.i.p. sottolinea come la società si sia adeguata alla disciplina 231 con "tempestività" e "correttezza formale": la Impregilo S.p.a. si è dotata di un modello organizzativo immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 231, modello prontamente aggiornato conformemente alle Linee Guida elaborate da Confindustria del 2002 (queste ultime successivamente trasmesse al Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 6 co. 3 e definitivamente approvate nel 2004). Peraltro, sin dal 2000 la Impregilo S.p.a. si era dotata di un sistema di controllo interno strutturato sulla base dei principi contenuti nel codice di autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a.

Per quanto riguarda l'idoneità delle cautele adottate a prevenire il delitto in questione, il giudice rileva che, conformemente a quanto illustrato dalle Linee Guida di Confindustria, la gestione delle informazioni *price sensitive* era affidata al Presidente e all'a.d., mentre il *Compliance Officer* era preposto all'*Internal Auditing*, a sua volta non sottoposto alla Direzione Amministrazione, Finanza e Controllo, ma alle dipendenze del Presidente. La Parte Speciale del modello, nel contemplare il rischio di aggioaggiamento, enucleava l'intero procedimento di formazione delle notizie, richiedendo la partecipazione di più soggetti, predisponendo un sistema di controllo/monitoraggio, imponendo un'attività di formazione periodica nonché un controllo congiunto da parte di Collegio sindacale e *Compliance Officer* sul rispetto della normativa, infine prevedendo procedure autorizzative per la diffusione all'esterno delle informazioni sensibili, che erano affidate al Presidente e all'a.d., i quali a loro volta provvedevano ad inoltrarle alla Consob.

Alla luce di questi dati il G.i.p. ritiene che il modello fosse idoneo a prevenire il reato di aggioaggiamento, rilevando, innanzitutto, che "non vi erano praticamente precedenti in materia", e sottolineando tanto l'adozione "pionieristica" del modello da parte di Impregilo quanto la conformità dello stesso alle Linee Guida accreditate da Confindustria. In secondo luogo, mostra consapevolezza circa la necessità di individuare una colpevolezza propria dell'ente: "per non cadere in una sorta di responsabilità oggettiva degli enti, occorre verificare l'efficacia del modello con una valutazione *ex ante* e non *ex post*, rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori"; soprattutto, rifiuta la "tentazione" delle cd. *self-fulfilling prophecies*: "non avrebbe senso ritenere inefficace un modello organizzativo per il solo fatto che siano stati commessi degli illeciti da parte dei vertici". Dato che il modello era conforme alla Linee Guida di Confindustria, e ritenendo che le informazioni sensibili non possono che essere date a soggetti dotati della responsabilità strategica della società, il G.i.p. di Milano ha giudicato il modello idoneo a prevenire il reato di aggioaggiamento.

Circa, infine, la natura fraudolenta della condotta elusiva tenuta dei vertici, il giudice offre una motivazione stringata, limitandosi a rilevare come il comportamento del Presidente, che aveva richiesto all'a.d. "di trovare qualche utile in più" da inserire a bilancio (richiesta prontamente esaudita) contravenisse alle prescrizioni contenute nel modello, ciò connotando la condotta come elusiva. In tal modo si contentava di una nozione "stringata" di frodolenza, coincidente con il dolo specifico di realizzare l'illecito.⁵¹

4.2.

La sentenza della Corte di Cassazione. L'annullamento con rinvio.

Se la Corte d'Appello di Milano ha confermato la sentenza di primo grado, la pronuncia della Corte di Cassazione approda a conclusioni opposte a quelle dei giudici di merito, accogliendo il ricorso presentato dal Procuratore Generale e rinviando la decisione nuovamente alla suddetta Corte d'Appello.

Il ricorso, in particolare, ha individuato nella sentenza d'appello il vizio logico di considerare idoneo un modello che, sebbene volto alla prevenzione della diffusione di informazioni *price sensitive* false, consentiva la modifica delle stesse "in solitario" al Presidente e all'a.d. della società, senza alcun controllo sul loro operato. Tale assenza di controlli, a parere del Procuratore, avrebbe consentito a Presidente e a.d. di non dover ricorrere ad alcuna condotta ingannatoria nei confronti dell'ente, dato che questa non risultava necessaria. Pertanto, si doveva

⁵¹ *Supra*, 5.

concludere per la mancata sussistenza dell'elusione fraudolenta del modello e, ancor prima, di un modello idoneo.

La Corte di Cassazione condivide tali argomenti e accoglie il ricorso; nel farlo offre significative precisazioni circa il contenuto del giudizio di adeguatezza. Innanzitutto, essa rimarca come la tipologia di responsabilità dell'ente esuli dagli schemi descritti dall'art. 40 co. 2 c.p. (responsabilità per non aver impedito un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire) o dall'art. 57 c.p. (cd. *culpa in ordinando* o *in componendo*), connotandosi come responsabilità propria dell'ente. Di conseguenza, il giudice è chiamato a valutare l'adeguatezza del modello organizzativo, da intendersi quale apparato normativo "frutto" della condotta umana tenuta in ambito aziendale, mediante un giudizio "interamente normativo", che non assume le forme di una responsabilità oggettiva, poiché è il prodotto di un'attività libera e volontaria.

All'interno di tale giudizio, a parere della Corte, il ruolo dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative di categoria va ridimensionato, giacché non vi è stata, da parte del legislatore, alcuna "delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici", e il modello può (non deve) essere elaborato sulla base dei suddetti codici, ma va in ogni caso "calato" all'interno della singola realtà aziendale in cui è destinato ad operare⁵². Il giudice di merito si è invece accontentato che il modello disciplinasse le modalità di formazione della notizia conformemente alle Linee Guida di Confindustria, senza verificare se in concreto fosse stato predisposto un controllo efficace al momento della diffusione della notizia, nonostante l'aggiotaggio si configuri come un "delitto di comunicazione". La mancanza di tale verifica costituisce una lacuna che il nuovo giudizio d'appello dovrà colmare.

Per quanto riguarda l'elusione fraudolenta, la Corte ritiene che tale requisito costituisca "un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le misure di sicurezza". In tal modo il giudice delle leggi respinge la lettura "debole" compiuta dai giudici di merito, non potendo il concetto di frode "non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola". La semplice violazione "frontale" della norma costituirebbe un abuso (cioè un uso distorto del potere) e non un inganno (ovvero una condotta fraudolenta). Il rinvio, pertanto, ha ad oggetto anche questo ulteriore requisito, che andrà fatto secondo le indicazioni – lettura "forte" e non "debole" della frode – offerte dalla Corte.

4.3.

Note a margine della vicenda Impregilo.

L'intera vicenda suggerisce una duplice linea interpretativa, seguita altresì nei commenti a caldo della dottrina. Il punto di discordanza sembra concernere il metodo dell'interpretazione, se debba essere di taglio formalistico-letterale, oppure di natura estensiva, in quest'ultimo caso "vivificando", in termini di risultanze applicative, una disciplina altrimenti sterile.

Dal primo punto di vista, la pronuncia della Corte di Cassazione andrebbe condivisa nella misura in cui evidenzia l'assenza di un controllo nel merito del modello da parte della Corte d'Appello, come si evince tra l'altro anche nelle parole della stessa, che riconosce una "estrema difficoltà se non l'impossibilità di verificare come in concreto funzionasse il Modello predetto all'interno della società"⁵³. La suddetta impossibilità sarebbe indice di una mancanza di accertamento del giudice di merito tale da tradursi, in sede di rinvio, in un giudizio di segno negativo circa l'idoneità del modello a prevenire il reato di aggiotaggio, anche a fronte delle protratte violazioni dello stesso nel tempo⁵⁴. Analogo discorso andrebbe fatto circa il requisito dell'elusione fraudolenta, che, interpretato in senso "forte", non risulterebbe integrato nel caso in questione, giacché tutte le condotte non risultano "dissimulate, coperte o minimizzate da particolari artifici o raggiri, né avendo assunto gli autori del reato un *modus operandi* decettivo rispetto ad esso"⁵⁵.

⁵² Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero della Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma dell'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"

⁵³ In S. BARTOLOMUCCI, *L'adeguatezza del modello nel disposto del d.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale*, cit., 169.

⁵⁴ *Ivi*, 170.

⁵⁵ *Ivi*, 172.

Dal secondo punto di vista, invece, come autorevole dottrina⁵⁶ segnala, la scelta del giudice di legittimità condannerebbe l'istituto del modello a una sostanziale inapplicazione, legittimando l'individuazione della responsabilità dell'ente sulla base di un *versari* in contrasto con le esigenze di personalità della responsabilità penale. Le precedenti sentenze dei giudici di merito, all'opposto, avrebbero, correttamente, rilevato la natura sostanzialmente colposa dell'illecito dell'ente anche per il fatto degli apicali, declinato la colpevolezza dell'ente in termini di esigibilità contestualizzata al momento in cui era avvenuto il fatto di reato, e infine reinterpretato il criterio dell'elusione fraudolenta in una dimensione "debole" o "soft" – coincidente col semplice dolo "di elusione" del modello: elementi tali da far parlare di una "restaurazione del principio di colpevolezza" nel campo degli enti.

Il contrasto tra le interpretazioni s'innesta dunque sulla praticabilità o meno di un'interpretazione "teleologicamente orientata" al rispetto della colpevolezza, o comunque finalizzata a rendere maggiormente praticabile l'esimente⁵⁷. Senza propendere per l'una o per l'altra soluzione, in questa sede preme segnalarsi il senso d'insoddisfazione per i criteri attualmente vigenti, che da un lato invogliano a dubbie interpretazioni estensive, e dall'altro sembrano suggerire, in una prospettiva *de lege ferenda*, di intervenire a livello legislativo, per evitare che simile *impasse* pregiudichi l'operatività dell'intero impianto dettato dal d.lgs. 231.

5. Possibili soluzioni al problema dell'adeguatezza.

5.1. Indicazioni de lege lata: Linee Guida e presunzioni di conformità.

L'imposizione di obiettivi di prevenzione per il tramite dell'autocontrollo perde di significato laddove il beneficio non possa essere conseguito, con il travolgimento della logica del "bastone" e della "carota". L'esigenza di trovare una soluzione appare tanto più pressante ora che è possibile costatare un'ineffettiva penetrazione della cultura della *compliance* all'interno delle realtà aziendali italiane, fase ultima di un processo difficoltoso, caratterizzato per una iniziale indifferenza da parte degli enti, cui era seguito un primo e solo apparente adeguamento alla legge, realizzato mediante l'adozione di modelli "sulla carta"⁵⁸.

Se una parte della dottrina propone di "attendere" la formazione di precedenti giurisprudenziali che, come accade per altri settori, guidino il giudice nella sua attività anche in tema di modelli⁵⁹, in prospettiva di riforma alcune indicazioni possono ricavarsi già *de lege lata*.

Il co. 3 dell'art. 6, come detto, attribuisce ai codici di comportamento redatti dalle "associazioni rappresentative di categoria" un potere conformativo, accompagnato dal ruolo inedito di "validatore" attribuito al Ministero della Giustizia, che può, entro trenta giorni dalla ricezione, e di concerto con i ministeri competenti, formulare osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati. Tale sistema riconosce il ruolo del sapere proveniente "dal basso", ovvero dallo stesso settore in cui il modello andrà a operare e dagli stessi soggetti cui questo dovrà applicarsi, coerentemente con l'idea dell'auto-normazione. Tuttavia, lo stesso sito del Ministero della Giustizia ricorda che "l'idoneità del modello di organizzazione e gestione è però oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice in relazione ai fatti specificamente contestati", e sebbene ad oggi siano numerose le associazioni che abbiano provveduto a redigere simili codici e ottenuto l'approvazione del Ministero della Giustizia, non vi è ancora, come la vicenda Impregilo dimostra, un adeguato riscontro giurisprudenziale. Tale dato, oltre a discendere dalla mancata attribuzione a livello normativo di un valore applicativo alle linee guida, sembra derivare, altresì, dalla natura stessa di tali documenti; la lettura della Parte Speciale delle recenti Linee Guida elaborate da Confindustria⁶⁰, ad esempio, lascia insoddisfatti:

⁵⁶ C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, cit., *passim*; ID., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivamente de profundis?*, cit., *passim*.

⁵⁷ Ipotesi pure presa in considerazione da chi comunque critica la sentenza d'appello: S. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.*, da 172 a 174.

⁵⁸ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 69 ss.

⁵⁹ G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 173.

⁶⁰ Cfr. le *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, ai sensi del d.lgs. 231/2001 (aggiornate al marzo 2014)*.

pur ritrovandosi in essa un'efficace descrizione dei reati presupposto, della loro evoluzione normativa e delle *rationes* politico-criminali, non sono individuati in modo compiuto sistemi volti a minimizzare il rischio reato, sostituiti da semplici esempi, piuttosto generici, che non paiono in grado di rappresentare un parametro affidabile per il giudizio. Una soluzione che sappia valorizzare la norma in commento dovrebbe quindi verificare se vi sia la possibilità – e, nel caso, quale sia il modo – di rendere tali strumenti più “stringenti”, così da attribuire loro una valenza “spendibile” in sede processuale.

L'altra norma di riferimento è il comma 5 dell'art. 30 d.lgs. 80/2008 (*T.U. in materia di sicurezza sul lavoro*), che prevede una presunzione di idoneità del modello adottato dalla singola azienda nel caso in cui sia conforme alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al *British Standard OHSAS 18001:2006*⁶¹. Si tratta di una presunzione di conformità che, nel silenzio della legge, deve ritenersi relativa, nel rispetto del potere discrezionale del giudice⁶²; essa, pur operando per un periodo di tempo contenuto (sostanzialmente vago: “in sede di prima applicazione”), esplicitamente soddisfa l'esigenza di certezza delle imprese nella redazione del modello mediante l'individuazione di due diversi standard, uno nazionale ed uno internazionale, che fungano da linee guida. Sebbene non sia questa la sede per valutare la riuscita di tale scelta, in particolare rispetto all'effettiva compatibilità di tali strumenti lavoristici con i più ampi obiettivi del modello 231, si segnala come tale tentativo sia coerente con la direzione tracciata dal co. 3 art. 6, ovvero con l'idea di un riconoscimento dell'esperienza settoriale. In particolare, preme porsi l'accento su come la descritta etero-normazione del modello sia praticabile in virtù della natura degli illeciti da prevenire, prevalentemente colposi, i quali, come visto⁶³, connotandosi come rischi cd. “in attività” tipici dell'intero settore, consentono una predeterminazione delle cautele.

5.2. *La certificazione del modello.*

Per rispondere alla richiesta di certezza/prevedibilità applicativa in sede giudiziale da parte delle imprese si è proposto di introdurre una certificazione preventiva dell'idoneità del modello⁶⁴. Secondo quanto previsto dallo Schema di disegno di legge di modifica del d.lgs. 231 elaborato per conto dell'AREL da una commissione di esperti e fatto proprio dall'allora governo in carica⁶⁵, che prevedeva una serie di modifiche al d.lgs. 231 imperniate intorno alla restituzione dell'onere della prova alla pubblica accusa, ad una maggiore specificazione legislativa dei requisiti del modello e appunto alla creazione di un sistema di certificazione preventiva, si doveva attribuire un potere di certificazione a soggetti pubblici e/o privati individuati con regolamento del Ministero della Giustizia, a sua volta munito del potere di vigilare sul loro operato. Una volta che l'impresa avesse ottenuto la certificazione, il controllo operabile dal giudice avrebbe riguardato soltanto la conformità del modello in concreto adottato a quello oggetto di certificazione, nonché l'attualità della suddetta certificazione, che poteva venir meno qualora fossero sopraggiunte variazioni nelle dinamiche organizzative dell'ente o sviluppi nell'elaborazione di tecniche/tecnologie di contrasto ai reati.

Tale sistema è stato oggetto di critiche a più voci in dottrina⁶⁶, per vari ordini di ragioni. Dal punto di vista della opportunità dell'istituto, la certificazione del modello rischierebbe di dar vita a una sorta di mercato delle certificazioni, con una monetizzazione della prevenzione

⁶¹ Per un approfondimento del tema cfr.: F. GIUNTA, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in D. Fondaroli – C. Zoli (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2014, 1 ss.; O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1325 ss.; R. GUERRINI, *Le modifiche al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in F. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 131 ss.

⁶² O. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 1338.

⁶³ *Supra*, 7.

⁶⁴ A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, cit., 359 ss.

⁶⁵ Cfr. lo *Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*.

⁶⁶ G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1141; G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, 4036 ss.; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, 1248 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 847 ss.

condotta mediante una moderna “vendita delle indulgenze” per le imprese. In questo modo, non solo la creazione della regola di condotta, ma anche il suo controllo sarebbe privatizzato. È altresì contestata la praticabilità di una simile scelta, giacché il carattere necessariamente dinamico del modello precluderebbe la strada a un’effettiva certificazione, a meno che non si voglia ipotizzare un monitoraggio del modello costante e continuo, con conseguente implementazione dell’apparato burocratico di un sistema la cui complessità, come visto, è già stata stigmatizzata. Infine, si dubita che il potere di accertamento giudiziale possa, nella pratica, “contentarsi” della sola verifica di corrispondenza tra modello certificato e modello attuato, senza spingersi verso il controllo dell’idoneità in concreto delle cautele ritenute adeguate e certificate: a ragionare in tal senso, tuttavia, verrebbe meno l’esigenza di certezza posta a fondamento della presunzione.

5.3. *Implementazione di hard e soft law.*

Il problema della tipizzazione della fonte e del contenuto del modello e quello della valutazione dell’adeguatezza in sede giudiziale sono due facce del medesimo problema; se la soluzione della certificazione è destinata a operare “a valle” del momento in cui è stato adottato il modello, ovvero durante la fase del giudizio, altra parte della dottrina ha percorso la strada dell’implementazione delle fonti del modello, dunque intervenendo “a monte” della sua adozione.

A tal riguardo, nel panorama dei contributi in materia si rileva, innanzitutto, una presa di consapevolezza circa l’eterogeneità dei contenuti del modello secondo il tipo di reato da prevenire. In questo senso, l’indeterminatezza legislativa si pone come necessaria conseguenza della disciplina unitaria prescelta dal legislatore, che descrive un modello genericamente inteso e non ritagliato in funzione del reato da prevenire. Pertanto, si propone una differenziazione per i vari tipi di illecito, tramite il ricorso all’*hard law* in funzione del rispetto di legalità e determinatezza⁶⁷.

A ciò dovrebbe accompagnarsi, data la natura inevitabilmente “particolare” del modello, non descrivibile in ciascun suo elemento da una legge per definizione generale ed astratta, la valorizzazione delle *best practices* – sulla scorta di quanto tentato di fare dal co. 3 dell’art. 6, pur in una dimensione embrionale – ai fini della redazione di “modelli pilota”⁶⁸. Questi dovrebbero essere realizzati sulla base di un metodo induttivo, che muova da un’attività di *discovery* delle buone pratiche messe in campo dalle varie aziende che operano in un settore omogeneo, combinata alla più generale raccolta e confronto delle informazioni provenienti dalle aziende e da coloro che redigono i modelli, così da individuare punti di forza e criticità delle *practices* stesse. Tale processo di circolazione delle informazioni dovrebbe essere costante e proseguire anche successivamente alla elaborazione dei modelli pilota, in modo da garantire un aggiornamento costante. L’adozione di un modello conforme al modello pilota descritto potrebbe trovare un riconoscimento giudiziale mediante la previsione di una presunzione relativa di adeguatezza, che imporrebbe al giudice un onere di motivazione specifica tutte le volte in cui ritenesse inidoneo un modello adottato conformemente al modello pilota.

⁶⁷ G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1137 ss.; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, cit., 128 ss. Da ultimo, autorevole dottrina ha proposto l’introduzione di illeciti direttamente modellati sulla condotta dell’ente, con conseguente eliminazione del “filtro” del reato presupposto; in questo senso C.E. PALIERO, *La personalità dell’illecito tra “individuale” e “collettivo”*, relazione al Convegno “Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche”, Pisa, 8/9 maggio 2015.

⁶⁸ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., 842 ss.