



Health & Safety
Environment
Food
Compliance
Criminal Law

«Quibus permissum est corpus habere»

compliance, la modernità del diritto
nel nostro DNA da oltre 2000 anni

Newsletter - Compliance e diritto penale

Responsabilità degli enti ex D. Lgs. n. 231/01: gli interessanti spunti interpretativi forniti dal caso Impregilo

Con la sentenza n. 23401 dell'11 novembre 2021 (le cui motivazioni sono state depositate il mese scorso) la Cassazione ha finalmente definito una vicenda, giunta al quinto grado di giudizio, che vedeva l'ente Impregilo imputato per una contestazione di aggio (ex art. 25 ter del D. Lgs. n. 231/2001), commesso, ad avviso dell'Accusa, nel suo interesse o vantaggio dal Presidente e dall'Amministratore Delegato.

Nell'escludere la configurabilità dell'illecito, la S.C. ha avuto l'occasione di fissare alcuni importanti principi in materia di 231.

Il primo punto che merita di essere evidenziato attiene alla **metodologia** che il Giudice deve seguire nel momento in cui è chiamato a valutare la sussistenza di un illecito e l'idoneità del Modello adottato; al riguardo la S.C. ha sottolineato come l'organo giudicante debba idealmente porsi nel momento in cui il reato è stato commesso e *verificarne la prevedibilità ed evitabilità qualora fosse stato adottato il modello virtuoso, secondo il meccanismo ... della cd. prognosi postuma*, normalmente adottato nei processi contro le persone fisiche.

Tale controllo, da svolgersi in astratto e in concreto, deve essere, tuttavia, limitato alla verifica della idoneità del Modello a prevenire **reati della medesima specie di quello verificatosi**, il che è a dire che, lungi dal dover testare il Modello *nella sua globalità*, il Giudice dovrà **limitarsi** a quelle sole regole cautelari che risultino violate e che comportino il rischio di reiterazione di reati della medesima specie.

E' solo questo l'angolo visuale dal quale, quindi, il Giudice deve porsi.

Un secondo aspetto affrontato dalla Corte attiene al **ruolo rivestito dalle Linee guida di categoria nella valutazione della adeguatezza del Modello**; sul punto, pur valorizzandone il ruolo, nella pronuncia si legge che esse non possono rappresentare *la regola organizzativa esclusiva ed esaustiva*, richiamandosi gli enti alla necessità di elaborare dei Modelli **quanto più possibili singolari o tailor-made perché, solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge.**

Al contempo, però, la S.C. sottolinea che, in presenza di un Modello conforme alle Linee guida, il Giudice che intendesse, comunque, ravvisare una “*colpa di organizzazione*” sarà tenuto a specificatamente motivare le ragioni del suo giudizio, individuando la specifica disciplina di settore ritenuta violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dell’ambito produttivo interessato, dalle quali le Linee guida (e, quindi, a cascata, il Modello) si sarebbero discostati, rendendo così possibile la commissione del reato.

L’ultimo profilo che si intende affrontare in questa sede attiene alle funzioni ed ai poteri dell’Organismo di Vigilanza che, nel caso specifico, era monocratico (il responsabile dell’internal audit) e posto alle “dirette dipendenze” del Presidente del Cda.

Pur suscitando questo “assetto” delle forti perplessità nei Giudici della Corte in ordine alla effettiva sussistenza di sufficienti garanzie di autonomia dell’Organismo dal Presidente e dagli stessi amministratori della Società, tale specifica tematica non è stata in concreto scandagliata (in quanto irrilevante), essendo la Cassazione pervenuta alla conclusione che l’illecito non sarebbe stato, comunque, causato dalla (eventuale) mancanza di autonomia dell’Organismo di Vigilanza.

La vicenda offre, però, alla Corte il destro per occuparsi del connesso tema dei poteri dell’Organismo (dilatati dalla più recente giurisprudenza di merito) avuto specifico riguardo agli atti dell’organo rappresentativo dell’ente medesimo.

Sul punto, la Cassazione ha affermato che la scelta di fondo fatta dal legislatore di mantenere distinta la responsabilità dell’ente da quella dei suoi vertici, ricollegandosi la prima a quelle sole condotte causalmente riconducibili alla cd. “*colpa di organizzazione*”, costituirebbe, al contempo, anche il metro della ingerenza consentita all’Organismo sugli atti compiuti dagli apicali e, quindi, il contenuto necessario che il Modello deve presentare per poter essere giudicato idoneo.

In tale ottica, la Corte ha escluso che possa valutarsi adeguato un Modello che indichi come obbligatorio un preventivo controllo da parte dell'Organismo di qualsivoglia atto del Presidente o dell'Amministratore Delegato di una Società perché questa ipotesi:

- i) da un lato, sarebbe difficilmente conciliabile con i poteri di gestione e di indirizzo dell'ente che la legge attribuisce agli organi di vertice;
- ii) dall'altro, finirebbe con il trasformare l'Organismo in una sorta di supervisore dell'attività degli organi direttivi della Società, facendolo così esorbitare da quello che è il compito attribuitogli dal D. Lgs. 231, id est quello di individuare e segnalare le criticità del Modello e della sua attuazione; nella logica della 231, infatti, e non a caso, l'Organismo di vigilanza non deve avere alcuna responsabilità di gestione perché, in caso contrario, ne risulterebbe inevitabilmente minata la autonomia.

Trasponendo questi principi al caso sottoposto alla sua attenzione, ovvero quello di una comunicazione fatta dai vertici al pubblico, la Corte ha correttamente evidenziato la difficoltà di ipotizzare i contenuti e gli effetti di un eventuale controllo preventivo dell'Organismo e ciò in quanto, da un canto, esso non avrebbe potuto trasmodare in un sindacato sul merito della comunicazione medesima, né, dall'altro, l'Odv avrebbe potuto impedirne la divulgazione, posto che, diversamente opinando, con il suo agire esso avrebbe *de facto* esautorato Presidente e AD dai poteri loro conferiti dalla legge.

E neppure sarebbe immaginabile (come pure paventato dalla precedente pronuncia della Cassazione in tale vicenda) di conferire all'Organismo il potere di formulare una sorta di *dissenting* opinion sul testo della comunicazione, in quanto, ancora una volta, essa non avrebbe certamente potuto investire il merito (non potendo le scelte operative della società essere appannaggio dell'Organismo, mentre la verifica dell'operato degli amministratori spetta all'assemblea e agli altri organi sociali, secondo le forme e nei limiti normativamente previsti).

Logico corollario di tutto quanto precede è stata l'affermazione di idoneità del Modello, ancorché non prevedesse alcuna forma di controllo preventivo del testo finale dei comunicati e delle informazioni divulgate dal Presidente e dall'Amministratore Delegato della Società, ineliminabile essendo un margine di autonomia di questi organi nell'esercizio delle loro attività.