

## QUESTIONI APERTE

---

### Persona giuridica

#### La decisione

**Persona giuridica – Società – In genere – Responsabilità dell’ente per reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio – Modello di organizzazione, gestione e controllo – Parte speciale reperibile in vari documenti in dotazione all’ente – Sufficienza – Condizioni** (c.c., art. 2621; d.lgs 8 giugno 2001 n. 231, artt. 5, 6, 8)

*In tema di responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, deve considerarsi esistente, valido ed efficace un modello di organizzazione, gestione e controllo (MOGC) la cui “parte speciale”, pur non formalmente denominata come tale e pur non contenuta in unico documento, sia reperibile nei vari “protocolli operativi” adottati dall’ente stesso, atteso che il giudice del merito deve accertare se, in concreto, sia stata effettuata un’adeguata mappatura dei rischi e se il soggetto collettivo abbia di fatto predisposto modalità operative tali da escludere o almeno attenuare il pericolo di commissione di reati nel suo interesse o a suo vantaggio.*

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. II, 22 aprile 2024 (ud. 25 gennaio 2024), n. 1074.

#### La responsabilità amministrativa dell’ente e il m.o.g. “informale”

Nella parte oggetto di commento, la sentenza esamina il M.O.G. della SpA a cui vantaggio e nel cui interesse, in ipotesi, i reati furono commessi e, premesso che il legislatore non ha indicato quale debba essere il contenuto di tale documento programmatico, rileva che, mentre esiste una parte generale del modello, qualificata come tale, non si rinviene negli atti della società una parte speciale. Tuttavia, poiché sono reperibili vari protocolli che descrivono e impongono un rigido *modus procedendi*, il giudice ritiene che essi, nel loro insieme, possano costituire la parte speciale di un M.O.G. “informale”. Sulla base di tale presupposto, il Tribunale dichiara insussistente l’illecito amministrativo a carico dell’ente. Nel commento, pur aderendo in linea di principio a tale assunto, si osserva che la unitarietà documentale è funzionale alla piena conoscibilità del M.O.G. Si rileva poi che le condotte *contra legem*, in quanto assiduamente reiterate, avrebbero dovuto mettere per tempo in allarme l’... e che quindi appare quantomeno dubbia l’efficacia ingannatoria di una condotta scorretta che avrebbe potuto essere percepita ben prima che una segnalazione *whistleblowing* l’avesse evidenziata.

*Administrative offence of company and informal management and control model*

*The criminal Court of Milan, examining - among other things - the management and control model of a joint-stock company, notices only the general part of it, but not the special part. However, since among the documents of the company there were guidelines containing strict *modus procedendi*, the judges held that the special part actually existed; therefore the Court denied the existence of the administrative offence. Commenting on the decision, the author agrees, in principle, with this*

*assumption, but notes that the unitary nature of the documents is useful and necessary for the complete knowledge of the model contents. Moreover, since the illegal conduct was repeated, the commentator believes that the supervisory board should have promptly become aware of the illegal behavior. So the effective misleading nature of the actions carried out seems doubtful, as it is probably not necessary to wait for the report by whistleblowing.*

**SOMMARIO:** 1 - La sentenza *in parte qua*. 2 - Riflessione introduttiva a un sottosistema ibrido e a una responsabilità anomala. 3 - Un apprezzabile sforzo definitorio della fraudolenza della condotta e una visione contenutistica del M.O.G.

1. *La sentenza in parte qua*. La sentenza in epigrafe indicata, nel condannare alle pene ritenute di giustizia gli imputati, ha viceversa dichiarato «esclusa la responsabilità dell'ente [...] perché l'illecito amministrativo non sussiste». Il capo di imputazione, per quel che riguarda le persone fisiche, fa riferimento al reato di false comunicazioni sociali e (forse) altro (la versione disponibile è ampiamente omissata); per quel che riguarda l'ente, risulta essere contestato l'illecito *ex artt. 5 e 25-ter* (non 25, come pure indicato in sentenza) del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231.

Ciò che ci si propone di analizzare in questa sede sono le considerazioni che l'estensore formula, da p. 124 a p. 141, in relazione alla ipotizzata responsabilità dell'ente (una S.p.A. operante in Italia, ma appartenente a un gruppo la cui "casa madre" ha sede all'estero, a quanto è dato comprendere).

La pronuncia, pur non contenendo considerazioni del tutto originali e riflessioni effettivamente innovative, si segnala tuttavia per lo sforzo degli estensori di sintetizzare le caratteristiche che un modello di organizzazione e gestione (M.O.G.) ideale dovrebbe avere, atteso che - secondo quanto correttamente si assume - esso dovrebbe indicare, innanzitutto, un responsabile del processo a rischio-reato, il cui compito principale deve essere quello di assicurare che il sistema operativo sia adeguato ed efficace rispetto al fine che intende perseguire; prevedendo, in secondo luogo, la regolamentazione del processo, ovvero l'individuazione dei soggetti che esercitano il presidio di una specifica funzione (segregazione delle funzioni); connotando quindi di specificità e dinamicità i protocolli operativi, con la precisazione che il primo requisito evoca la sua aderenza sostanziale rispetto al rischio da contenere, mentre il secondo presupposto attiene alla capacità del modello di adeguarsi ai mutamenti organizzativi che avvengono nella compagine sociale. Essenziale (e strumentale) poi appare la garanzia di completezza dei flussi informativi, i quali rivestono un ruolo assolutamente centrale sul versante dell'effettività della cautela. Fatta tale premessa, l'estensore, con riferimento al caso concreto, si interroga

circa l'effettiva esistenza (e applicabilità) di una parte speciale priva di unità documentale, ma dispersa in più protocolli operativi. Vi è infine lo sforzo di definire in cosa debba identificarsi la condotta ingannatoria e decettiva di chi, aggirando il M.O.G. (e dunque non determinando la responsabilità dell'ente), riesca a commettere uno o più tra i cc.dd. reati-presupposto. E sono certamente queste le righe di maggiore interesse del provvedimento che si annota. Orbene, a parte alcune improprietà nell'uso del lessico tecnico (es. perizia in luogo di consulenza tecnica, cfr. pp. 131 e 134) e la tentazione a ricorrere ad espressioni adatte più a un genere letterario di contenuto narrativo, che a una sentenza («è giunto ora il momento di ...», cfr. p. 129), sono certamente degne di nota, come si è appena anticipato, le considerazioni che si possono leggere in tema di necessità di apprezzamento contenutistico (e non meramente formale) in ordine alla valutazione dell'adeguatezza del M.O.G., nonché la motivata precisazione in base alla quale la commissione di un reato-presupposto non implica di per sé (quasi automaticamente) una valutazione di inadeguatezza e/o di inefficacia del modello.

2. *Riflessione introduttiva a un sottosistema ibrido e a una responsabilità anomala.* Parlare di “introduzione” alla tematica della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 potrebbe apparire – ai nostri giorni – alquanto fuori tempo, essendo trascorsi ben 23 anni dal suo ingresso nell'ordinamento italiano;<sup>1</sup> tuttavia, da un lato, si deve rilevare che, ancora oggi, si leggono interpretazioni singolari che quasi si spingono a presupporre una ipostasi antropomorfa dell'ente che, dunque, potrebbe delinquere in quanto capace (esso ente, dunque non solo chi per esso opera) di dolo e/o colpa<sup>2</sup>, (la stessa sentenza, d'altronde, af-

<sup>1</sup> Il primo approccio a tale problematica si può forse rinvenire in BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1010 ss.

<sup>2</sup> Da ultimo, BOCCHINO, *Il regime di responsabilità penale delle società e degli enti*, in *Rass. Arma CC.*, anno LXVI fasc. 2, aprile/giugno 2018, 9 ss. Tra gli altri, MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, seconda ediz., Padova, 2018, 65 ss. e, in particolare, p. 72.; in tono problematico: PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici* in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di Di Francesco, Torino, 2004. Vedasi anche DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, il quale anche pone la questione in termini problematici nel senso che, a seconda dell'ampiezza che si dà al termine “responsabilità penale”, quella ex d.lgs 231/2001 potrebbe rientrare o non rientrare in tale categoria (cfr. specificamente p. 6). La nostra posizione, viceversa, è certamente riassumibile in ciò che scrive FOGLIA MANZILLO nell'introduzione di *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012: «il sistema penale italiano è incentrato sulla persona umana, la pena criminale è modellata su di essa, la rilevanza costituzionale della rieducazione del reo, quale funzione principale della pena, è sintomatica della centralità che l'individuo assume per la norma penale, la cui sanzione è

ferma a p. 125 che ormai *societas delinquere potest*), dall'altro, sta di fatto che, nella prassi giudiziaria, tale responsabilità raramente viene ipotizzata e, dunque, relativamente ancora pochi (se si ha riguardo all'intero panorama nazionale) sono gli addebiti formulati ai sensi del ricordato testo normativo.

È invero inutile, a parere di chi scrive, consumarsi nello sforzo definitorio volto a incasellare la responsabilità degli enti ex d.lgs 231/2001 in una delle categorie preesistenti. Ai nostri fini basta chiarire ciò che tale responsabilità certamente non è. Ed è di tutta evidenza - sempre a nostro parere - che sicuramente non si tratta di responsabilità penale. Invero, nonostante le resistenze di certa dottrina, la giurisprudenza, dopo un primo momento di incertezza, è approdata alla convinzione che, tuttora, *societas delinquere non potest*. Non può esservi ovviamente responsabilità penale senza colpevolezza e, dunque, ipotizzare in capo a un ente (in quanto tale) la sussistenza dell'elemento psicologico previsto dall'art. 42 c.p. richiede un notevole tasso di scollegamento dalla realtà e di evidente lontananza dal buon senso.

A titolo di controprova si può rilevare che i principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e della funzione tendenzialmente rieducatrice della pena sono inapplicabili a un ente: è infatti evidente che dolo e colpa - esplicazione del principio di personalità della responsabilità penale - sono riferibili solo a un essere dotato di intelletto, sentimenti e sensazioni e, per il diritto, a un essere umano e che solo a un essere umano si può chiedere di prendere coscienza del disvalore dell'azione *contra jus* colpevolmente posta in essere, collocandosi, in tal modo, in un *iter* di risocializzazione.<sup>3</sup>

---

direzionata esclusivamente nei suoi confronti». Questo sembra d'altronde l'orientamento largamente prevalente. Con riferimento al settore sportivo, è utile ricordare ATTANASIO, *Il d.lgs 231/2001 e le società di calcio, analisi e prospettive future*, in *Riv. econom. sport*, vol. X, fasc. 2, 2014, 83. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, dopo l'approdo di Cass. Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, l'idea che possa trattarsi di "vera" responsabilità penale risulta tramontata definitivamente, anche se, benché non fosse affatto necessario, il Sommo collegio ha ritenuto di ascrivere tale responsabilità a un non meglio definito *tertium genus*. Sospettiamo si tratti, in realtà, solo di una speciosa questione nominalistica, atteso che, se è indiscutibile che alla responsabilità degli enti sono per *voluntas legis*, applicabili non poche garanzie della procedura penale (e alcuni istituti del diritto penale sostanziale), non di meno, se il diritto penale è caratterizzato dalla applicabilità di una sanzione criminale, la responsabilità ex d.lgs. 231/2001 si pone certamente al di fuori di esso. D'altronde non poche (e certo non di scarso rilievo) sono le "divergenze" tra il sistema penale in senso stretto e la innovativa normativa sulla responsabilità degli enti e, tra questi, certamente, a titolo di mero esempio, il regime della prescrizione, in relazione al quale vedasi da ultimo DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente: alla ricerca di una lettura ragionevole tra inquadramenti sistematici, dato positivo e limiti costituzionali*, in *Arch. pen. web*, 2020, fasc. 2.

<sup>3</sup> Punti fermi della più accreditata dottrina penalistica: per tutti vedasi MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale, XI edizione*, Padova, 2020, il quale, tra l'altro, osserva (p. 125) che la responsabilità penale deve necessariamente fondarsi «su requisiti fisico-psichici e il sistema sanzionatorio [è fondato] su sanzioni incidenti in larghissima parte sulla libertà personale, incompatibili con soggetti non persone fisiche».

Non si vede, in sintesi, come si possa ipotizzare di costruire una vera e propria responsabilità penale in capo a soggetti impersonali, privi tanto di corporeità, quanto di *nous*, soggetti che, oltretutto, formano la loro volontà solo attraverso i processi psicologici dei loro componenti e/o rappresentanti.

Inutilmente si è obiettato che il principio della personalità della responsabilità penale non sta necessariamente a significare che detta responsabilità debba essere individuale e che, dunque, con l'agente umano possa "concorrere" l'ente. Invero, da un lato, il d.lgs. non richiede affatto una concorrente "volontà" dell'ente nel proposito criminoso, ma semplicemente ricollega al reato commesso da uno dei "soggetti qualificati" una sanzione (anche) nei confronti dell'ente e, dall'altro, è fin troppo agevole osservare che una forma di concorso tra il soggetto fisico e l'ente cui appartiene è concettualmente inconcepibile, atteso che il concorso nel reato (artt. 110 ss. c.p.), riferibile per altro ai soli reati dolosi, presuppone la convergenza e l'incontro di due o più volontà (quelle, appunto, dei concorrenti). Ebbene - giova ripeterlo - la "volontà" dell'ente è mera *fictione juris*, in quanto essa è formata ed espressa da quelli tra i suoi componenti che, di diritto o di fatto, abbiano tale potere.

A ciò si aggiunga l'argomento letterale (che certo vale meno degli altri, ma che agli altri si somma in quanto sintomatico) che il legislatore ha tenuto a qualificare esplicitamente come "amministrativa" la responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001<sup>4</sup>.

La stessa *ratio*, d'altronde, ha portato il giudice di legittimità ad escludere che all'ente possa applicarsi l'istituto della sospensione condizionale della pena.<sup>5</sup>

E dunque, se proprio dobbiamo dare una veste preconfezionata alla responsabilità degli enti, derivante da (alcuni) reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio, non rimane che qualificarla come una conseguenza del reato, così come conseguenze sono quelle previste dagli artt. 463, 801, 1973 del codice civile (nell'ordine: indegnità a succedere, revocazione della donazione per ingratitudine, annullabilità della trascrizione basata su falsa documentazione) o come, più genericamente, lo sono il diritto al risarcimento e le altre conseguenze civili di cui al libro VII, titolo primo del codice penale. Il nesso

---

Ostacoli personalistici superabili solo con una revisione dei postulati del diritto penale classico».

<sup>4</sup> Cfr. «le misure amministrative di sicurezza» (libro primo, titolo ottavo, artt. 199 ss. c.p.), le quali invece, pacificamente, hanno natura penale.

<sup>5</sup> Cass. Sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 42503 «L'istituto della sospensione condizionale della pena non è applicabile alle sanzioni inflitte agli enti a seguito dell'accertamento della loro responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, la cui natura amministrativa non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale».

tra il reato e quelle che sono indicate come sue “conseguenze” - va chiarito - non è causale, ma meramente giuridico, in quanto interamente “creato” dal legislatore e non collegato a una legge della fisica (rapporto causa-effetto). Si è deciso, in sintesi, di punire l’ente per la mera intenzione del soggetto che delinque o per il fatto che lo stesso, delinquendo, ha arrecato un vantaggio all’ente.

Orbene, per evitare tali conseguenze, un ente - come ormai è noto - deve dotarsi di un M.O.G. adeguato, deve osservarlo e deve nominare un organismo di vigilanza (O.d.V.) che svolga realmente il suo compito, deve cioè porre in essere una condizione tale per la quale, essendo inesigibile una (sua) diversa condotta, la violazione della norma penale si possa verificare solo a seguito del callido “aggiramento” dei presidi normativi interni e delle disposizioni operative che il modello pur impone.

Dunque, dirimente appare chiarire: 1) come debba essere confezionato il M.O.G. (*i.e.* cosa debba “contenere”), 2) come debba operare l’O.d.V., 3) in cosa consista la fraudolenza della condotta di chi, eludendo i presidi previsti dal modello, “riesca” comunque a consumare (o a tentare di commettere) un reato nell’interesse o a vantaggio dell’ente.

Ebbene, le risposte, in ordine crescente di difficoltà, devono essere fornite (singolare combinazione!) nella sequenza 2-3-1.

Converrà subito occuparsi di ciò che il Tribunale scrive a proposito dell’O.d.V., trattandosi della parte meno originale (e dunque meno qualificante della sentenza).

Diligentemente, infatti, il Collegio giudicante dedica la dovuta attenzione all’organismo di vigilanza, alla sua composizione, ai suoi poteri e ai rapporti che deve intrattenere con gli altri organi dell’ente cui afferisce. Si legge infatti in sentenza che detto Organismo, oltre ad avere funzione informativa (attiva e passiva) e di controllo, ha anche un ruolo propositivo all’interno dell’ente. È da notare che, con riferimento alla specifica attività dell’Organismo, non viene usato il termine “suggerimento”, ma si parla di vera e propria attività “propulsiva” (p. 130), il che, se la parola è frutto di una scelta consapevole, sta a significare che l’O.d.V., pur non dovendo essere coinvolto nell’attività di gestione dell’ente, non deve - nell’ottica dell’estensore della sentenza - limitarsi a una mera attività di “segnalazione” dei potenziali rischi da reato, ma deve (dovrebbe) attivarsi per individuare e proporre (appunto!) soluzioni e meccanismi di neutralizzazione dei predetti rischi, atteso che esso, come è noto, è comunque chiamato a «esprimere una valutazione in termini di adeguatezza, continuità e intensità» in ordine al modello e alle modalità della sua at-

tuazione. Naturalmente tale attività “propulsiva” dell’O.d.V.<sup>6</sup> ben potrebbe determinare il vertice dell’ente ad operare incisivi mutamenti nella struttura verticale e/o orizzontale della *societas*, ovvero a modificarne le metodiche di produzione o i contenuti della comunicazione. Ma ciò non starebbe affatto a significare un coinvolgimento dell’O.d.V. nella gestione dell’ente stesso. Invero la proposta proveniente dall’organismo di vigilanza, innanzitutto, sarebbe relativa solo alla specifica finalità di prevenire/scongiurare/attenuare il rischio-reato; in secondo luogo, costituirebbe semplicemente l’*input* per un eventuale ri-organizzazione aziendale e, dunque – sul piano logico, non meno che su quello cronologico e causale – sarebbe altro da essa.

Quanto alla sua composizione e alla sua struttura, la sentenza, del tutto prevedibilmente, fa riferimento ai requisiti di professionalità e moralità che devono avere i suoi membri, alla continuità che deve connotare la sua azione e alla disponibilità di un *budget* dedicato che ne garantisca la indipendenza operativa. Avrebbe dovuto tuttavia anche far riferimento a una ben risalente acquisizione giurisprudenziale (la prima “sentenza Impregilo”), per la quale «non è idoneo ad esimere la società da responsabilità amministrativa da reato, il modello organizzativo che prevede la istituzione di un O.d.V. [...] non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato».<sup>7</sup> Invero l’indipendenza del suddetto organismo non può consistere solo nella materiale disponibilità di un *budget* di spesa, ma deve essere, per così dire, originaria, e dunque, benché nominato dai vertici dell’ente, esso dovrà essere, per quanto possibile, composto da soggetti che con l’ente stesso non abbiano vincoli, né particolari legami di intraneità o quantomeno di dipendenza. Ed è proprio sulla base di tale premessa, autorevolmente affermata dal giudice di legittimità, che riteniamo niente affatto condivisibile “l’eccezione” di cui al comma 4-*bis* dell’art. 6 (introdotto dall’art. 14, co. 12 della L. 12 novembre 2011 n. 183, c.d. legge di stabilità) per il quale «Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’organismo di vigilanza di cui al comma 1 lett. b». La *ratio* di tale deroga francamente ci sfugge (sempre che non sia stata formulata... *intuitu societatis*), atteso che, quanto più articolata è l’organizzazione aziendale, tanto più dovrebbero essere distinte e indipendenti le funzioni di controllo. Invero vi è

<sup>6</sup> Secondo la dottrina dominante (per tutti: DE MURO-IRRERA, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016), l’O.d.V. non è un organo della società, ma ne incarna una mera funzione.

<sup>7</sup> Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, successivamente, del tutto conforme, Cass. Sez. II, 9 dicembre 2016, n. 52316.

scarsa compatibilità tra le funzioni dell'O.d.V. e quelle, ad es., del Collegio sindacale, rendendosi anzi possibile una sovrapposizione di funzioni e una confusione di ruoli a tutto scapito della indipendenza di chi deve vigilare sul rischio-reato. In ogni caso, se poi l'O.d.V. afferisce a soggetti aziendali particolarmente complessi e articolati, è nostra opinione che esso debba avere necessariamente composizione collegiale, in modo da poter accogliere diverse – e integrabili – professionalità (manageriale, penalistica, contabile).

3. *Un apprezzabile sforzo definitorio della fraudolenza della condotta e una visione contenutistica del M.O.G.* Tanto premesso, il *focus* del commento deve ora spostarsi su esistenza, natura, contenuto e funzione del M.O.G., ma, innanzitutto, occorre verificare in che modo il Giudice milanese ha inteso identificare quei caratteri di fraudolenza della condotta del soggetto fisico che “giustificano” la mancata operatività del modello e “salvano” l'ente dalla responsabilità prevista dal d.lgs. 231. Sembra superfluo precisare che, innanzitutto, viene in rilievo l'aspetto materiale-documentale del modello. Non solo esso deve essere esistente *in actis*, ma, come meglio si chiarirà in seguito in relazione a un modello “atomistico”, deve essere disponibile e conosciuto da tutti i soggetti interni all'ente e da coloro che con l'ente stesso hanno rapporti stabili o periodici (fornitori, appaltatori, ecc.).

Sul punto il Tribunale milanese avrebbe dovuto, innanzitutto, ancora una volta, richiamare la ultradecennale giurisprudenza di legittimità (la appena ricordata in nota Cass., Sez. V, n. 4677/2014, il cui assunto è poi richiamato nella – citata – Cass. Sez. VI, 16 giugno 2022 n. 23401), la quale ebbe a chiarire che la elusione fraudolenta del M.O.G. che esonera l'ente dalla responsabilità per l'illecito amministrativo dipendente dal reato commesso da soggetti in posizione apicale, richiede necessariamente una condotta ingannevole e subdola, di aggiramento e non di semplice “frontale” violazione delle prescrizioni adottate<sup>8</sup>. Si tratta di affermazioni di principio e di indicazioni di massima, come si pretende dal Giudice di legittimità, spettando poi a quello di merito

---

<sup>8</sup> Nel caso allora in esame innanzi alla Suprema corte la condotta del presidente e dell' A.D. era consistita semplicemente nel sostituire i dati elaborati dai competenti organi interni e nel diffondere un comunicato contenente notizie false ed idonee a provocare una alterazione del valore delle azioni della stessa società (si trattava di aggrottaggio). La Corte di cassazione annullò con rinvio sostenendo che tale condotta non poteva costituire una elusione fraudolenta del modello. In merito vedasi, in dottrina, PALIER, SALAFIA, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Società*, 2014, Fasc. 4, p. 469, BERNASCONI, *“Razionalità” e “irrazionalità” della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 12, 1429 ss.

la concreta individuazione dei dati sintomatici dai quali dedurre la natura fraudolenta della condotta elusiva. Ebbene bisogna dare atto al Tribunale lombardo di essersi sforzato di dare contenuto al concetto di elusione, sostenendo che esso implica «una condotta munita di connotazione decettiva, consistente nel sottrarsi con malizia a un obbligo ovvero nell'aggiramento di un vincolo», per poi proseguire per soffermarsi sul concetto di fraudolenza, intesa come condotta «ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola» (pp. 139-140). Lo sforzo di fuoriuscire dai limiti della tautologia è certamente apprezzabile; resta tuttavia il problema di tracciare il discrimine tra la condotta meramente disapplicativa del M.O.G. e la condotta di callida elusione e/o di sotterranea violazione dello stesso, atteso che solo la seconda rende l'ente immune da responsabilità, che dunque resterà unicamente in capo al soggetto fisico autore del reato. Ma ciò presuppone un esame caso-per-caso, essendo in pratica impossibile teorizzare (e categorizzare) tutti i comportamenti ingannevoli, elusivi, raggiranti che possano essere messi in atto. È infatti ovvio che, a seconda della struttura dell'ente e del suo campo di attività, diverse e variegate possono essere le condotte di sagace violazione del modello.

Tale essendo la situazione di fatto, il rischio, ovviamente, consiste nell'aprire la strada ad una valutazione soggettivistica del giudicante. L'attento studio della casistica, pertanto, non disgiunto da una penetrante analisi dei meccanismi di formazione della volontà dell'ente e dei canali di comunicazione interni, sono, nel loro insieme, elementi che possono (parzialmente) scongiurare l'eventualità di decisioni arbitrariamente dissimili.

Cosa certa è (e bene fa l'estensore della sentenza a metterlo in evidenza) che non vi deve essere spazio per l'equazione in base alla quale, se il reato è stato consumato, allora è certo, evidente e consequenziale che il M.O.G. era inadeguato (e/o che l'O.d.V. non ha efficacemente vigilato).<sup>9</sup> Rilevano, invece, le modalità con le quali il reato (anche eventualmente a livello di tentativo) è stato posto in essere. In altre parole, come, nel reato colposo, dal verificarsi dell'evento non può desumersi "in automatico" la colpa dell'agente, così, in tema di responsabilità della *societas* ai sensi del d.lgs. 231, dalla consumazione del reato non può desumersi – per ciò solo – la responsabilità dell'ente.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Così si legge nella ricordata (dagli estensori) sentenza Cass., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455.

<sup>10</sup> È noto che, per definire la mancanza o l'insufficienza dei presidi volti a scongiurare la commissione di reato a vantaggio o nell'interesse dell'ente si parla di "colpa di organizzazione". Per quanto si è sopra scritto circa l'impossibilità di attribuire volontà e intelletto a un ente impersonale, l'espressione va intesa in senso atecnico. La colpa di organizzazione non sarà, ovviamente, mai dell'ente, ma di colui che aveva (o di coloro che avevano) il compito di provvedere a tale organizzazione, il che riconduce inevitabilmente al concetto classico di colpa per imprudenza, imperizia, ma, principalmente, per negligenza,

In sintesi: la commissione di un così detto reato-presupposto da parte di un soggetto “qualificato” non comporta – sempre, necessariamente e “automaticamente” – la valutazione di inadeguatezza del M.O.G., né un’accusa di inerzia nei confronti dell’O.d.V., quindi, un giudizio di affermazione della responsabilità amministrativa dell’ente. Si legge infatti a p. 140: «il verificarsi del reato non implica *ex se* l’inidoneità o l’inefficace attuazione del M.O.G.» e precedentemente a p. 138: «la commissione del reato, in altri termini, non equivale a dimostrare che il modello non sia idoneo. Il rischio-reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l’ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva». Il concetto è tratto dalla recente giurisprudenza di legittimità,<sup>11</sup> per la quale, in presenza di un modello conforme ai codici di comportamento ex art. 6, co. 3 d.lgs. 231/2001, il giudice è tenuto dettagliatamente a motivare le ragioni per le quali possa, ciò nonostante, ravvisarsi “colpa di organizzazione” dell’ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione dell’illecito.

Ciò chiarito in termini generali, non può farsi a meno di rilevare che un particolare risulta parzialmente dissonante rispetto all’epilogo assolutorio della sentenza. Il carattere di sistematicità delle condotte violative del M.O.G. (enunciato a p. 135, dove tra l’altro si parla di: «uno stile di *management* accentrato ed autoritario») lascia sussistere il dubbio che, appunto, in ragione

---

non avendo i vertici adeguatamente strutturato l’ente, potendo quindi tradursi, nella pratica, anche in *culpa in eligendo*, per non avere individuato i soggetti adatti allo scopo e/o in *culpa in vigilando* a carico di questi ultimi.

<sup>11</sup> Cass., Sez. VI, 16 giugno 2022, n. 23401. Si tratta della c.d. seconda sentenza Impregilo, sulla quale in dottrina: CENTONZE, *Il crimine dell’attore decisivo, i limiti della compliance e la prova “certa” della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza “Impregilo”*, in *Cass. pen.* 2022, fasc. 11, sez. 6, 4372 ss., DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l’annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 12, 2757 ss., MERLO, *Il d.lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l’ultimo capitolo della saga “Impregilo”*, in *Foro it.*, 2022, fasc. 11, parte 2, 669 ss., BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”*, in *Sist. pen.*, Rivista *on line*, anno 2022 14/10/2022, AMATO, *Regole probatorie per l’addebito, l’impresa risponde per fatto proprio*, in *Guida dir.*, 2022, fasc. 30, 72 ss., PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”*, in *Sist. pen.*, Rivista *on line*, 2022, 27/6/2022.

della loro reiterazione, esse non avrebbero dovuto rimanere incognite per un tempo, di fatto, non breve. Trattasi, evidentemente, di un apprezzamento di stretto merito, in relazione al quale un maggiore dettaglio motivazionale sarebbe stato opportuno. In particolare, poi avrebbe potuto essere chiarito se il ricordato accentramento operativo e se il censurato tratto autoritario connotante la condotta dei vertici dell'ente fossero un mero dato di fatto (un malcostume radicatosi nel tempo), ovvero fossero conseguenza di una esplicita previsione delle procedure aziendali, atteso che – come meglio si vedrà nella parte finale del presente scritto – la natura (e il contenuto) dei predetti “protocolli” non è chiarita e, meno che mai, descritta. Invero: una cosa sono le procedure operative, altro è la parte speciale del modello previsto dal d.lgs 231/2001.

Dalla istruttoria dibattimentale svolta, per altro, e in particolare dalle testimonianze raccolte, il Giudicante (per quel che è dato comprendere dalla sola lettura della sentenza) ha tratto il convincimento che l'elusione del modello ebbe effettivamente carattere fraudolento, atteso che, da parte degli organi di vertice, vi fu, in danno dei sottoposti, una continuativa opera di pressione per aumentare il fatturato “forzando il sistema”; furono posti in essere trucchi contabili, fu violato il principio (e la prassi) della segregazione di ruoli e funzioni (cfr. p. 138). In tali condotte il Collegio ha ravvisato quel connotato di fraudolenza che deve contraddistinguere la violazione/elusione del M.O.G., evitando che il tutto si risolva nella mera disapplicazione dello stesso, nel qual caso – come si è visto – l'ente non potrebbe andare esente da responsabilità in ragione della macroscopica evidenza della violazione che dovrebbe essere percepita *ictu oculi* da qualsiasi soggetto interno all'ente stesso.

Si pone (si porrebbe) quindi un problema di riconoscibilità della condotta elusiva. Ma va da sé che una condotta *contra jus* che sia facilmente riconoscibile come tale (anche in ragione della sua reiterazione) non può, al contempo, essere qualificata come fraudolenta, cioè, in ultima analisi, tale da trarre in inganno.

È per altro da notare che, come emerge dalla lettura della sentenza, dopo numerose violazioni delle norme di condotta che pure l'azienda si era autoimposta (il sistematico aggiramento del sistema di cui si è prima detto), la situazione di grave “irregolarità” fu alla fine segnalata attraverso il meccanismo del *whistleblowing* (pp. 140-141), segno che, sia pur tardivamente, il sistema reagì, mostrando comunque la sua vitalità. Tale circostanza, a parere di chi scrive, deve aver influito non poco sul convincimento del Giudice di primo grado, contribuendo a determinare la pronuncia liberatoria in favore dell'ente.

Altro momento qualificante della sentenza che si annota consiste, come si è anticipato, nel fatto che il Collegio, in presenza di un M.O.G. “anomalo”, si è posto la domanda se esso dovesse comunque considerarsi rispondente ai presupposti di legge.

È infatti evidente, innanzitutto, che tale documento non può risolversi in un elenco velleitario di buone intenzioni e di ovvi propositi moraleggianti, in accordo con i vuoti e tautologici meccanismi di quella che un filosofo inglese recentemente scomparso<sup>12</sup> ha indicato come la dilagante «cultura dell’*auditing* che comota la burocrazia postfordista». Ebbene è nella risposta a tale quesito che la sentenza in commento presenta un indubbio profilo di interesse e, al contempo, tuttavia, suscita non irrilevanti perplessità. Essa, innanzitutto, si sofferma sul fatto che il legislatore delegato non ha fornito indicazioni su quale debba essere il contenuto del M.O.G., di talché esso deve essere desunto dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, oltre che dall’esperienza aziendale, nonché (ma non obbligatoriamente) dalle linee guida delle associazioni di categoria. Certamente non sarebbe stato opportuno che detto contenuto fosse stato legislativamente configurato, attesa, da un lato, la inevitabile rigidità di una prescrizione normativa, dall’altro, la concreta (e opposta) necessità che tale documento sia modellato sulle concrete esigenze del singolo ente, sulla sua struttura organizzativa, sugli obiettivi che si propone di raggiungere.<sup>13</sup>

Sembra dunque, a una prima lettura, di comprendere (ma è una lettura ingannevole) che, se l’ente si è dotato di regole di condotta che di fatto scongiurano o limitano significativamente la possibilità che siano commessi reati nel suo interesse o a suo vantaggio, lo si possa considerare dotato di un M.O.G. “di fatto”, la cui efficacia sarebbe da equiparare a quella di un M.O.G. “canonico”.

---

<sup>12</sup> FISHER, *Realismo capitalista*, trad. it. Mattioli, Roma, 2018, 105., per il quale, oltretutto, «la burocrazia decentralizzata dello stalinismo di mercato è infinitamente più kafkiana di quella promanante da un’unica autorità centrale» (127).

<sup>13</sup> Cfr. Cass. Sez. III, 22 giugno 2023, n. 27148, per la quale il modello di organizzazione e di gestione, per avere efficacia esimente, deve essere adottato in riferimento alla specifica struttura ed al tipo di attività dell’impresa, prevedendo in modo chiaro e preciso i compiti, le responsabilità individuali e gli strumenti in concreto volti a prevenire la commissione di reati e deve essere efficacemente attuato, mediante l’istituzione dell’organismo di vigilanza, dotato di concreti poteri di controllo, uniti a un programma di previsione di sistemi di revisione periodica, che garantisca la tenuta nel tempo di quel modello.

Non è questo - crediamo di poter dire - il concetto espresso in sentenza. Invero il Collegio si fa carico, innanzitutto, di indicare quale sia (e quale dovrebbe essere) - in astratto - la struttura di un M.O.G., distinguendo una parte generale e una parte speciale, per poi verificare se il modello sottoposto alla sua attenzione potesse ritenersi rispondente al suddetto "schema ideale". Ritenuta sostanzialmente esistente e valida la parte generale (riferimento al quadro normativo, individuazione dei destinatari, indicazione dei principi di etica aziendale, prescrizione delle norme di comportamento, previsione di sanzioni disciplinari), l'estensore rileva che, all'epoca dei fatti, non esisteva una vera e propria parte speciale, come tale configurata; erano tuttavia reperibili nella documentazione aziendale alcuni protocolli aggiuntivi «che contengono specifiche procedure di prevenzione del rischio-reato e che confluiranno [successivamente ndr] nella parte speciale del modello del 2016, ritenuto dallo stesso consulente della Procura assolutamente idoneo» (cfr. p. 133). Appunto, in base a una valutazione sostanzialistica - e non meramente formalistica - il Collegio giudicante ha ritenuto, in ultima analisi, esistente, completo e vigente (all'epoca dei fatti) un M.O.G., atteso che, comunque, risultava eseguita "di fatto" tanto la ricognizione dei reati presupposti, quanto il *risk assessment*, articolatosi attraverso: a) la individuazione delle aree esposte a rischio reato, b) la elencazione della cc.dd. "attività sensibili" e delle corrispondenti funzioni aziendali coinvolte, c) l'apprezzamento dell'incidenza del sistema operativo in vigore e della contestuale assunzione delle necessarie azioni cautelari, volte a ridurre il rischio.

In linea di principio si può certamente concordare con tale opinione, non senza formulare, tuttavia, almeno due rilievi.

Invero, va innanzitutto considerato che un M.O.G. la cui parte speciale sia costruita, per così dire, *per relationem*, presenta (o, almeno, può presentare) problemi di conoscibilità da parte degli interessati. Avere atomizzato in vari protocolli aggiuntivi (rispetto alla parte generale) la parte speciale delle regole prudenziali di condotta che gli appartenenti all'ente e coloro che con l'ente vengono in significativo contatto devono seguire non ne facilita certamente la diffusione e quindi la conoscenza. L'unità documentale del modello è indubbiamente un valore perché ne agevola la consultabilità e quindi la conoscibilità. Le regole prudenziali, infatti, non devono essere semplicemente "reperibili", devono essere "disponibili", cioè fruibili *ad nutum*. L'attività di formazione e la possibilità di informazione devono avere una base documentale certa (non necessariamente cartacea, ma - inutile precisarlo - anche eventualmente su supporto informatico) cui l'interessato possa, senza difficoltà e in tempo

ragionevole, fare riferimento.

E dunque, sotto tale primo aspetto, una maggiore precisione motivazionale non avrebbe guastato. Affermare l'esistenza "di fatto" di un'adeguata parte speciale, per quanto frammentariamente esposta, è affermazione incompleta al fine di giustificare la piena operatività del M.O.G.; sarebbe stato necessario da parte del Collegio, un momento di più approfondita ricognizione e quindi di riflessione sulla potenziale conoscibilità e sulla effettiva conoscenza di queste *leges extravagantes*.<sup>14</sup>

Va poi considerato (e si tratta della seconda osservazione) il fatto che tale concezione "centrifuga" del M.O.G., vale a dire il rinvio, per quel che riguarda la parte speciale, ai diversi protocolli operativi che (evidentemente) afferiscono ai vari settori e alle varie funzioni aziendali, comporta il rischio - sopra semplicemente accennato - di commistione tra parte speciale del modello e procedure esecutive. Invero può risultare niente affatto agevole, non solo comprendere dove corra il confine tra i due *corpora* comportamentali, ma anche (e soprattutto) può risultare difficile evitare il rischio di reciproco inquinamento, con l'evidente conseguenza che la "filosofia" della procedura possa distorcere (fino a neutralizzarla) la funzione (e quindi l'effetto) cautelare della parte speciale del modello.

Come è ovvio, viceversa, i due canoni di condotta sono (e devono essere) distinti concettualmente e separati documentalmente.

Invero: la parte speciale del M.O.G. consiste in un "sistema di controllo" applicabile a un'area specifica di operatività dell'ente. Attraverso la segregazione delle funzioni e delle attività, attraverso la regolamentazione dei poteri autorizzativi e di firma, attraverso un sistema di controlli incrociati, essa si propone di scongiurare/attenuare il rischio che in quell'area e attraverso quella funzione possa essere consumato un reato-presupposto. In tal maniera si mira a ottenere la tracciabilità (e dunque la scomponibilità concettuale nei vari passaggi) dell'*iter* deliberativo ed esecutivo di ogni condotta aziendale rilevante e potenzialmente criminogena.

Ben altra cosa sono le procedure. Esse consistono in un codice esecutivo che regola i processi attraverso i quali si realizza il "funzionamento" dell'azienda. La procedura deve certamente tener conto della (*scil.* non deve contraddire la) parte speciale del modello, ma, già solo per questo se ne distingue. Essa ha come finalità l'efficienza, da perseguire, tanto attraverso il contenimento dei

---

<sup>14</sup> Sintagma, come è noto, tipico del diritto canonico, ma a noi piace rifarci al più grande compendio legislativo del medioevo, il *Constitutionum regni Siciliae libri* di Federico II, ad opera di Pier delle Vigne, Iacopo da Capua e altri.

costi, quanto attraverso lo stimolo della produttività, favorendo la collaborazione tra i vari attori aziendali, garantendo, anche in tal modo, la continuità produttiva. È allora evidente che tra parte speciale del modello e procedure operative esiste una ipotizzabile situazione di tensione, atteso che i due *corpora* normativi hanno finalità distinte e anche potenzialmente confliggenti.

Ebbene se tra questi due contesti prescrittivi esiste una intima compenetrazione, se, conseguentemente, non è agevole comprendere se una norma di condotta sia riferibile all'uno all'altro "sistema", è ben possibile che le esigenze di produttività (con conseguenti favorevoli ricadute economiche sui vertici dell'azienda) possano pregiudicare la puntuale e completa applicazione della norma cautelare. Ed è quanto potrebbe essere accaduto nel caso di specie, atteso che, come sopra anticipato, proprio in "forzature del sistema" e in indebite pressioni sul personale dipendente consistette la condotta che rese possibile la consumazione del reato-presupposto. Ma è da chiedersi se un sistema che si presta ad essere "forzato" non presenti procedure troppo elastiche che possano compromettere le indistinte prescrizioni della parte speciale di un M.O.G. "atomizzato".

Sul punto gli estensori sembrano non essersi interrogati e dunque, a ben vedere, anche su questo specifico passaggio la sentenza in questione appare in debito di adeguata motivazione.

**MAURIZIO FUMO**