

Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Potenza

Il Procuratore Generale

Relazione illustrativa e integrativa della proposta di Protocollo organizzativo e di coordinamento in tema di indagini ex d.l.vo 231/2001, successivamente approvata in data 6.10.2022 dagli Uffici Requirenti del Distretto.

Premessa

Con questo studio, che include ed integra quanto oggetto di pregressa relazione dello scrivente in data 30.8.2022¹, sono approfondite le problematiche più complesse oggetto delle scelte assunte nel protocollo, nella logica degli artt. 27 e 28 della Risoluzione del CSM in tema di organizzazione dell'Ufficio del P.M., con riguardo all'applicazione del d.l.vo n. 231/2001.

L'esigenza degli approfondimenti svolti si ricollega ad una doppia prospettiva dell'azione inquirente.

La prima prospettiva è connessa alle molteplici peculiarità della normativa in esame, potenzialmente foriere di dubbi interpretativi, anche alla luce di recente innovativo arresto della S.C., approfonditamente analizzato nel paragrafo che segue.

Dubbi che possono ricollegarsi a concetti precipui della normativa, che spazia da istituti originali come la "colpa organizzativa" dell'ente, fino alla rivisitazione di istituti tipici ma ristrutturati nella nuova prospettiva applicativa.

In tal senso rilevano infatti:

- la relativa autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato (art. 4 d.l.vo 231/01);
- la peculiare disciplina della prescrizione (artt. 22 e 59);
- le singolari cause di esclusione della responsabilità dell'ente, tali da prospettare agli inquirenti una non agevole analisi delle modalità di prevenzione del rischio della stessa, adottate dall'ente (artt. 6 e 7);
- la particolarità del sistema sanzionatorio (art. 10 e 13);

¹ Le linee generali della relazione in data 30.8.2022, approvate nel corso della riunione con gli Uffici Requirenti del Distretto in data 8.9.2022, sono ora riversate nel protocollo in approvato in data 6.10.2022. Rispetto al precedente del 31.8.2022, il presente documento è stato sfronato dai richiami generali alla cornice normativa, in quanto ormai inseriti nel protocollo, e tuttavia provvisto di alcune ulteriori indicazioni normative di dettaglio oltre che, e soprattutto, delle articolate motivazioni delle scelte interpretative e operative assunte nel protocollo, di cui costituisce parte integrante.

-la previsione della confisca del profitto (conseguito dall'ente per effetto del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio) anche nel caso in cui la responsabilità amministrativa sia esclusa (art. 6 co. 5)

-la peculiarità definitoria concernente l'esercizio dell'azione di responsabilità ex d.l.vo 231/2001, denominato " contestazione dell'illecito"(art. 59 d.l.vo cit.).

La seconda prospettiva si ricollega alla considerazione che la responsabilità ex d.l.vo cit. trova applicazione, ai sensi degli artt. 24 e 25 d.l.vo n. 231/2001², anche con riguardo a reati concernenti sovvenzioni pubbliche in danno dell'Unione Europea, costituenti risorse del PNRR, oggetto prioritario dell'azione investigativa nel distretto, di competenza, sempre, della Polizia Giudiziaria territoriale e, nei soli limiti in cui non rientrino nella competenza prioritaria della Procura Europea, di competenza degli Uffici Requirenti del Distretto. Va tuttavia considerato che gli Uffici Requirenti ordinari restano esclusivamente competenti per l'applicazione di misure prevenzione in relazione ad alcuni di essi (v. infra, nota in questa pagina, n. 2C) nonché la circostanza che, anche con riferimento alle fattispecie penali, le linee guida operative della Procura Europea del 21.4.2021 evidenziano l'intenzione di esercitare la competenza di EPPO solo nei casi in cui il proprio intervento sia in grado di apportarvi un valore aggiunto.

Esigenze di armonizzazione delle prassi interpretative e operative interagiscono pertanto con quella di dare ulteriore impulso alle indagini ex d.l.vo n. 231/2001, anche in funzione della "sfida PNRR".

A tale scopo, questo scritto, integrati nel protocollo i contenuti della pregressa relazione in data 30.8.2022, limita l'analisi ai punti più problematici della disciplina, fornendo articolata motivazione delle

² A) L'art.24 indica, come reati presupposto della responsabilità ex d.l.vo 231/2001, fattispecie funzionali all'acquisizione di sovvenzioni pubbliche, quali i reati di cui agli artt. 316-bis, 316-ter, 356, 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter c.p. se commessi in danno dello Stato o di altro ente pubblico o dell'Unione europea.

B) L'art. 25 d.l.vo cit prevede inoltre sanzione pecuniaria dell'importo di 500 quote , in relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316 e 323 del codice penale quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea.

C) Inoltre, ai sensi dell'art. 4 i bis del d.l.vo n.159/2001, si applicano misure di prevenzione ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice.

conclusioni protocollari sulle seguenti tematiche:

- §1. Il recente arresto della S.C. in tema di rapporto di causalità fra le carenze di ODV e MOGC e la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente;
- §2. L' accertamento concernente l' idoneità dell' ODV e del MOGC;
- §3. L' elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione;
- §4. Modalità e strumenti d' indagine;
- §5. L' esercizio dell' azione (rectius: La contestazione dell' illecito ex art. 59 dl.l.vo 231/01).

§1. Il recente arresto della S.C. in tema di rapporto di causalità fra le carenze di ODV e MOGC e la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Con riguardo al caso di ODV esistente ma non correttamente formato ovvero di MOGC privo dei requisiti di effettività, il protocollo (art. 21 e nota 12) reca una scelta dissonante dal recente -innovativo- arresto della Corte di Cassazione, sezione VI penale, 11 novembre 2021-15giugno 2022, n. 23401, Pres. Fidelbo, Rel. Rosati, Pm difforme- Molino.

Il caso esaminato dalla S.C. si riferisce al reato di aggio commesso dall'amministratore di un ente, il cui Modello Organizzativo non conferiva all'ODV adeguati connotati di autonomia poiché lo identificava in un "compliance officer" posto alle dirette dipendenze del Presidente del Consiglio di Amministrazione, circostanza che ne escludeva l'autonomia e quindi avrebbe dovuto comportare l'affermazione della responsabilità dell'ente, ai sensi degli artt. 6 e 7, per il reato, in quanto commesso nell'interesse o a vantaggio dello stesso. La Suprema Corte ha concluso invece nel senso che non è sufficiente l'inidoneità dell'organismo di vigilanza al fine di affermare tale forma di responsabilità, in caso di reato commesso dagli "apicali". Ha infatti ritenuto che sia comunque necessario l'accertamento, con giudizio ex post, in ordine alla circostanza che la sua viziata istituzione abbia concorso alla commissione del reato³. Viene pertanto richiesta quella che la Corte ora espressamente definisce come verifica di un rapporto di

³ Testuale: "... il collegio ritiene che la lacuna o il punto di debolezza di un modello possano condurre a ravvisare una responsabilità dell'ente soltanto se abbiano avuto un'efficienza causale nella commissione del reato presupposto da parte del soggetto apicale, nel senso che la condotta di questi sia stata resa possibile, anche in via concorrente, proprio dall'assenza o dall'insufficienza delle prescrizioni contenute nel modello....Le comunicazioni integranti i delitti di aggio commessi da presidente e amministratore delegato, infatti, sarebbero state il frutto di un'iniziativa estemporanea di costoro, tra loro concordata in tempi ristrettissimi, rispetto alla quale rimane del tutto indifferente il grado di autonomia più o meno ampio riconosciuto all'organismo di vigilanza, come pure la sua posizione monocratica".

causalità, fra la inadeguata condotta (organizzativa) e la consumazione del reato.

Tale verifica, in realtà, si addice al giudizio penale ed a quello di responsabilità civile conseguente. Di contro, diversamente da quanto ritenuto dalla S.C., la normativa in analisi non impone all'ODV- ed alle modalità procedurali previste dal MOGC- l'idoneità a evitare la commissione del reato, ma a "**prevenire**" la stessa, il che sposta il rapporto fra l'attività di vigilanza e la commissione del reato dalla categoria del nesso di causalità a quello dell'astratto orientamento teleologico della prima, in funzione preventiva rispetto alla seconda. In buona sostanza il legislatore ha configurato una forma di responsabilità sganciata causalmente dalla consumazione del reato, configurando invece una sanzione amministrativa della condotta organizzativa negligente, che diviene rilevante non in quanto produttiva, in via anche concorrente, del reato, ma sol perché l'illecito penale ne impone la verifica, se il reato fu finalizzato all'interesse o al vantaggio dell'ente. Si tratta di una condotta dunque connessa ad una "colpa organizzativa", da verificarsi in occasione dell'accertamento del reato che favorisce l'ente. Lo si desume dalla espressa lettera della legge e dalla ratio della norma, oltre che dal suo inquadramento sistematico, ben chiarito, in termini univoci, anche dalla relazione preliminare, che di colpa organizzativa espressamente parla, (pag. 11) evidenziando che detta responsabilità è talmente autonoma dai parametri penalistici e civilistici, da essere affermata, dalla norma stessa, anche nel caso in cui l'autore dell'illecito sia non imputabile o addirittura ignoto.

Va poi considerato, conclusivamente, che in nessun caso può l'ODV, pur efficacemente costituito ed operante, **evitare** o concorrere ad evitare la commissione del reato, dal momento che è totalmente sprovvisto di poteri di amministrazione, diretta o indiretta, i soli che potrebbero concretamente inibire la condotta illecita ovvero impedirne gli effetti, né della connessa, necessaria, autonomia finanziaria (che deve invece essere riconosciuta ai fini della sola attività di mero controllo).

In ultimo, ma non a margine, va dunque notato che la verifica di un rapporto di causalità fra l'inidoneità dell' ODV e la commissione del reato sembra evocare, a carico dell'organo, i parametri tipici dell'art. 40 cpv. c.p. in tema di responsabilità omissiva; laddove la Cassazione, in precedente arresto (concernente fattispecie di cui all'art. 437 c.p.) ha negato l'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. in ambiti 231, stabilendo che l'omesso impedimento del reato presupposto non comporta concorso dei componenti dell'ODV nel reato, in quanto non è ravvisabile nel

sistema un obbligo di impedimento della commissione del reato, rapportabile a detta norma (Cass. pen. Sez. I 20 gennaio 2016, n. 18168)

⁴.

Nella fattispecie, la S.C. ha rigettato il ricorso avverso il proscioglimento per il reato di cui all'art. 437 c.p., pronunciato dal GUP nei confronti dell'organismo di vigilanza, per l'omesso controllo in ordine al rispetto della normativa antinfortunistica. Il GUP aveva espressamente motivato il proscioglimento nel senso *che "il reato omissivo può essere posto in essere soltanto da soggetti gravati da uno specifico obbligo di predisporre le cautele omesse, che non grava né sui membri dell'Organismo di Vigilanza né sui membri del Consiglio di Amministrazione, trattandosi di scelte di politica aziendale e di incombenze validamente delegate ai responsabili delle singole unità produttive."*

A sostegno di tale decisione basta ora ulteriormente ribadire che:

a) La norma imputa a ODV e MOGC la predisposizione di cautele idonee a prevenire e non ad evitare reati della specie di quello verificatosi (art. 6);

b) l'ODV non è provvisto di poteri di amministrazione sostitutiva, i soli che possano consentire l'impedimento di una determinata condotta da parte di elementi, apicali o subordinati, dell'ente.

E' vero invece che anche la sola istituzione di un ODV indipendente e dotato di efficaci poteri di autonoma iniziativa, concretamente esercitati, è dotato della potenzialità, se non impeditiva, quantomeno altamente dissuasiva, e quindi dell'idoneità a prevenire la consumazione dei reati presupposto ; ne consegue che la qualificazione della sua viziata costituzione e/o operatività quale presupposto sufficiente per l'innescio della responsabilità amministrativa risponde pienamente, oltre che alla lettera, anche alla ratio della norma, funzionale a propiziare la legalità dell'azione degli enti.

Ulteriore riflessione si impone in ordine al punto in cui la decisione della sezione VI pen. Cass. afferma *" E' questa, come si è detto, l'unica lettura normativa possibile, per evitare tensioni con il principio*

⁴ La fattispecie si ricollegava a lesioni gravissime subita da un operaio in un cantiere navale, per effetto della precipitazione di materiale agganciato ad una gru. Ai sensi dell'art. 437 c.p. si contestava ai componenti dell'Organismo di Vigilanza della società incaricata dei lavori di avere omesso di segnalare al consiglio di amministrazione e ai direttori generali varie carenze in tema di prevenzione dagli infortuni e di non aver approfondito le modalità di gestione delle attrezzature di lavoro.

costituzionale del divieto di responsabilità per fatto altrui(art. 27 co.1 Cost.) peraltro applicabile anche al sistema sanzionatorio amministrativo (art. 1, l. n. 689 del 1981) e, a maggior ragione, alla disciplina della responsabilità da reato degli enti.”

Va ex adverso evidenziato che a maggior ragione la responsabilità dell'ente si ricollega a fatto proprio se si afferma, conformemente alla lettera ed alla ratio della norma, che trattasi di “colpa organizzativa” dell'ente, quindi diversa da quella ascritta al responsabile del reato.

Inoltre, la possibilità o l'incapacità concreta del MOGC e dell'ODV di evitare il reato possono ricollegarsi ad elementi imprevedibili da parte dell'ente, dell'ODV e del MOGC, e dunque a circostanze che non chiamano in gioco il principio di colpevolezza.

Di contro, escludendo la rilevanza della verifica del rapporto di causalità, viene affermato il principio di colpevolezza poiché sempre e soltanto ad elementi di negligenza dell'ente si ricollega l'inidoneità del MOGC, emanato dall'ente, a garantire l'indipendenza e l'effettività dell'azione dell'ODV.

Si aggiunga che l'art. 6 co. 2 lett. f) contempla espressamente l'obbligo di introdurre nel MOGC un sistema disciplinare idoneo a sanzionare la violazione delle misure indicate nel modello.

Conclusivo dal punto di vista logico appare il rilievo che l'elusione fraudolenta del MOGC in tanto può definirsi tale, in quanto le entità che sono oggetto della elusione (ODV e MOGC) non rechino in sé il germe della stessa, venendone preconstituita la debole resistenza all'elusione, laddove l'ODV non sia indipendente.

Ciò premesso, la prudenza di chi indaga suggerirà, ovviamente, di tener conto dell'arresto della S.C. e dunque di non escludere dallo spettro delle indagini la verifica, ove possibile, del rapporto di causalità fra il vizio inerente all'ODV e/o al MOGC e la commissione del reato, sia perché è comunque rilevante al fine di determinare il livello di gravità dei fatti, sia allo scopo di sottoporre al giudizio la più ampia piattaforma probatoria, senza ovviamente condizionare a tale accertamento la decisione di contestare l'addebito al momento dell'esercizio dell'azione e senza omettere di valutare di richiedere, in presenza dei presupposti normativi e di merito, all'esito del giudizio, l'affermazione della responsabilità ex 231, anche nel caso di verifica negativa circa il rapporto di causalità.

§2. L' accertamento concernente l' idoneità dell' ODV e del MOGC

Come evidenziato nel protocollo, tale accertamento è inteso a verificare che l' ODV sia provvisto di autonomi e concreti poteri e capacità di iniziativa e controllo e di efficacia operativa, rispetto a plurimi profili, dettagliatamente indicati dall' art. 6 e dalla conforme interpretazione giurisprudenziale. E' ora il caso di evidenziare dunque che l' accertamento deve riguardare:

a) La professionalità dei componenti che, nel complesso, dispongano delle cognizioni multidisciplinari adeguate, sia sotto il profilo penalistico che organizzativo e finanziario.

b) L' onorabilità degli stessi e la vigenza di cause di ineleggibilità e decadenza come ad es. una condanna, anche non definitiva, per uno dei reati presupposto previsti dal d.l.vo 231/2001 o di una pena che comporta l' interdizione, anche temporanea, dagli uffici direttivi delle persone giuridiche.

c) La libera iniziativa dell' ODV, che possa esercitare cioè poteri di ispezione e vigilanza *motu proprio*, senza ricorso ad autorizzazione alcuna e fruendo di disponibilità finanziaria idonea.

d) L' intercorso periodico espletamento di un' attività interna all' Ente, finalizzata alla comunicazione al personale del Modello ed alla formazione in ordine alle sue modalità di attuazione, entrambe obbligatorie, destinate al personale, ai direttivi, agli amministratori e del c.d.a. (se esistente) stesso circa i contenuti, le responsabilità e l' attività di collaborazione che ne garantiscono l' effettività; attività estesa anche ai referenti esterni (ad es., fornitori e clienti) per le attività che si riflettano sugli stessi (ad es. quelle concernenti il codice etico e l' obbligo di segnalazione delle violazioni).

- Circa l' effettività del MOGC, si tratta di accertare se lo stesso sia idoneo a prevenire i reati inclusi nel tassativo elenco normativo. Allo scopo esso deve rispondere all' esigenza (art. 6 co. 2 e 2 bis) di:

a) Individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati presupposto della responsabilità dell' Ente; ciò implica una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva dello stereotipo normativo, tenendo in considerazione la specificità dell' Ente per cui viene elaborato, il settore nel quale l' impresa opera e la sua storia (inclusi precedenti giudiziari connessi all' attività pregressa).

b) Prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire e misure adeguate allo scopo di assicurare lo svolgimento delle attività nel rispetto della legge e ad accertare ed eliminare rapidamente situazioni di rischio;

in particolare il programma di formazione deve essere differenziato a seconda dei soggetti interessati, svolto secondo cadenze prestabilite, previsto come obbligatorio e sottoposto a controllo di frequenza e qualità del contenuto.

c) Individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati.

d) Prevedere i requisiti complessivi della composizione dell'ODV con riferimento alla materia penale, all'attività ispettiva e consulenziale, ed individuali, riferiti all'autonomia operativa ed indipendenza rispetto all'ente.

e) Prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli.

f) Introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare la violazione delle misure indicate nel modello.

g) Individuare uno o più canali (almeno uno alternativo con modalità informatiche) funzionali alla presentazione riservata di segnalazioni circostanziate di condotte illecite rilevanti ai sensi del decreto, fondate su elementi di fatto precisi e concordanti ovvero di violazioni del Modello di cui abbiano acquisito conoscenza in virtù delle funzioni svolte.

h) Prevedere il divieto di atti di ritorsione o discriminatori diretti o indiretti nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione.

i) Istituire sanzioni disciplinari nei confronti sia dei soggetti che violino le misure di tutela del segnalante, sia di chi effettui con dolo o colpa grave, segnalazioni infondate.

l) Prevedere controlli periodici, senza preavviso, con riguardo alle attività aziendali prospettate nella valutazione del rischio d'azienda.

m) Prevedere e disciplinare l'obbligo per dipendenti ed apicali di riferire all'ODV notizie rilevanti con riguardo alle attività ed agli eventi concernenti l'Ente, alla violazione del Modello ed alla consumazione dei reati, con specifiche indicazioni delle modalità di comunicazione.

n) Verificare il coordinamento e l'integrazione del Modello con ogni altro sistema di gestione e controllo aziendale (ad es. con riguardo all'antiriciclaggio ed agli audit interni).

Concludendo, (cfr. Cass. pen. , sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442) il requisito del Modello efficace è incompatibile con meri adempimenti formali e burocratici.

§3. L'elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione

Tema d'indagine conclusivo, con riguardo alla responsabilità ex d.l.vo 231/01, è costituito dalla verifica delle modalità con le quali è stato posto in essere il reato funzionale all'interesse o al vantaggio dell'ente, al fine di accertare se lo stesso sia stato attuato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione.

L'intercorsa elusione fraudolenta del MOGC, quale causa di esclusione della responsabilità amministrativa da reato, opera- ad avviso di chi scrive- quale causa di esclusione della responsabilità necessaria, sussidiaria e relativa.

Causa di esclusione necessaria in quanto l'idoneità di ODV e MOGV non consente di escludere la responsabilità dell'ente senza tale ulteriore elemento; sussidiaria, in quanto può operare soltanto subordinatamente all'accertamento dell'esistenza ed effettività di ODV e MOGC.

L'inesistenza o la carenza dei requisiti dell'uno e dell'altro implicano infatti, di per sé , l'inesistenza di tale forma di responsabilità.

La loro corretta ed efficace operatività, invece, esclude la responsabilità ex d.l.vo 231/2001 solo qualora il reato rilevante sia stato commesso eludendo fraudolentemente il MOGC.

La causa di esclusione della responsabilità, oltre che sussidiaria nei termini descritti, può inoltre definirsi "relativa" in quanto l'efficienza ingannatrice delle modalità funzionali alla elusione del controllo va rapportata non ad un modello astratto di soggetto passivo dell'inganno, ma alla qualità del MOGC ed alla qualità professionale dei componenti dell'ODV nel suo complesso. Qualità dell'uno e dell'altro che sicuramente sono, in concreto, adeguate, altrimenti l'assenza dei requisiti di adeguatezza dell'uno e dell'altro avrebbero escluso il passaggio all'analisi del secondo requisito in discussione. L'elusione fraudolenta, per escludere la responsabilità dell'ente, deve dunque consistere in artifici e raggiri particolarmente complessi ed efficaci, tali da eludere meccanismi (il MOGC) e soggetti (i componenti dell'ODV non singolarmente considerati, ma in quanto operanti in un organismo provvisto di particolari requisiti di professionalità) dotati di particolari poteri e mirata capacità di specifica vigilanza. In sostanza, la responsabilità

dell'ente sussisterà non solo allorchè la condotta fraudolenta possa definirsi grossolana ma anche quando sia dotata di una capacità ingannatoria anche apprezzabile, ma resistibile da parte di organismo qualificato quale l'ODV.

In termini sostanzialmente analoghi si è pronunciata Cass. VI pen, 11 novembre 2021-15 giugno 2022 n. 23401, già citata(e per altro verso non precisamente condivisa) per cui "...il concetto di elusione implica necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva, consistendo nel sottrarsi con malizia ad un obbligo ovvero nell'aggiramento di un vincolo, nello specifico rappresentato dalla prescrizioni del modello; concetto rafforzato, poi dal predicato "fraudolenta" che, lungi dall'essere una mera ridondanza , vuole evidenziare l'insufficienza, a tal fine, della semplice violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria".

Aggiungo che, poiché nel modello organizzativo dovrà essere ovviamente previsto il potere prescrittivo dell'ODV, l'elusione fraudolenta non potrà essere integrata dalla semplice inadempienza alle richieste e prescrizioni di dettaglio dell'ODV, oltre a quelle regolamentari del modello organizzativo, se non accompagnata da modalità ingannatorie (ad es. volte a simulare l'indisponibilità o l'irrelevanza dei dati richiesti).

§4. Modalità e strumenti d'indagine

Va ricordato preliminarmente che, ai sensi dell'art. 34 d.l.vo cit. per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme del capo III del d.l.vo cit. nonche', in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

Si tratta di previsione di estrema importanza in quanto non solo fornisce al PM tutti gli strumenti investigativi strumentali all'azione penale, evidentemente consentendo di estenderli alla verifica anche della sola responsabilità ex dlvo 231, ma riconosce alla difesa le relative garanzie, ad es. in materia di informazione di garanzia, proroga dei termini d'indagine, inutilizzabilità degli atti svolti dopo la scadenza dei termini , etc. A tal proposito, condivisibilmente la S.C. Sez II, con sentenza 26238 depositata il 7 luglio 2022, in difformità della impugnata decisione del Riesame (e da precedente arresto della stessa S.C.) ha affermato che anche l'ente (e non solo l'indagato) deve essere, a pena di nullità dell'atto, avvisato in occasione dello svolgimento di un accertamento tecnico non ripetibile ex art. 360 cpp.

Ciò premesso se, in linea generale, gli atti d'indagine rilevanti al fine de quo coincidono con quelli funzionali all'accertamento della fondatezza della n.d.r., agli stessi si aggiungono temi investigativi essenzialmente riguardanti l'illecito amministrativo ascrivibile all'Ente.

Si tratta, oltre che degli accertamenti eventualmente necessari a conferire concretezza probatoria al "fumus" della commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente (con onere della prova vertente sull'accusa) anche degli accertamenti inerenti all'esistenza, idoneità e operatività dell'ODV e del MOGC nonché dell'elusione fraudolenta degli stessi. Accertamenti sull'attività fraudolenta di elusione che, benchè considerati dalla norma come ulteriori rispetto a quello circa esistenza ed effettività dell'ODV e del MOGC, in realtà di tali requisiti costituiscono la conclusiva cartina al tornasole.

Si tratta di accertamenti che non si possono trascurare benchè in merito l'onere della prova sia dalla norma espressamente posto a carico della difesa, nel caso di reato commesso da soggetto "apicale".⁵ Ma è evidente che la prova difensiva si presta, massimamente in questo caso, attesa la delicatezza e complessità del tema, a valutazioni approfondite e ad eventuale controprova.

Ebbene, ricerca e raccolta della controprova (rectius, della prova d'accusa) non possono rinviarsi alla fase dibattimentale, sia per la

⁵ Peraltro, si veda **Cassazione Penale, Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp**. secondo cui va escluso che il sistema configuri un'inversione dell'onere della prova, dal momento che spetta al Pubblico Ministero fornire la prova della esistenza del reato presupposto, della sua commissione da parte della categoria di soggetti previsti dalla legge e della sua funzionalità all'interesse o a vantaggio dell'ente, laddove nel concreto caso esaminato " la dimostrazione dell'inesistenza di un valido modello organizzativo e di un congruo organismo di valutazione non deriva da deficit dell'esercizio dell'onere probatorio che la legge affida all'ente, quanto piuttosto dall'attività istruttoria condotta dal pubblico ministero"; (peraltro, per completezza formale va rilevato che, sia il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, sia la direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza, limitano espressamente il proprio obiettivo di tutela alla sole persone fisiche, indagate o imputate).

Con riguardo al reato commesso invece dal dipendente anche la lettera della legge ripristina l'ordinario onere della prova : cfr. art. 6 co.1 per gli apicali e art. 6 co.2 per quanto riguarda i dipendenti).

Tornando al reato commesso dal soggetto apicale, si consideri inoltre che, fra le formule di esclusione dell'illecito amministrativo che il giudice adotta ai sensi dell'art. 66 d.l.vo 231, è inclusa *tout court* quella che esclude l'illecito in quanto la prova dello stesso manca, è insufficiente, o contraddittoria laddove ,in tal caso, il regime di inversione della prova avrebbe dovuto articolare il testo della norma nel senso che il dubbio probatorio debba comportare affermazione della responsabilità. La rilevata incoerenza normativa indurrà, anche sotto questo profilo, il Pm accorto a caricarsi, in ogni caso, nel corso delle indagini, dell'onere della prova, in entrambi i casi, tanto più ai fini delle richieste di misure cautelari nonché del sequestro.

probabile complessità che le caratterizzano, sia al fine di evitare pericoli di inquinamento, considerato che sia la prova di difesa che quella d'accusa sono in larga parte rimesse a fonti, anche documentali, eminentemente intranee all'ente stesso. E' pertanto opportuno che l'accertamento sia anticipato, anche allo scopo di cristallizzare le risultanze documentali e testimoniali rilevanti, per verificare fatti integrativi delle esimenti rispetto alla consumazione del reato o, al contrario l'inesistenza o inadeguatezza degli stessi sotto il profilo funzionale ad impedirne la commissione.

§5. L'esercizio dell'azione (rectius: Contestazione dell'illecito ex art. 59 d.l.vo 231/01).

Quanto esposto in merito ad obbiettivi e strumenti d'indagine sembra evidenziare le seguenti esigenze.

- Estensione della lista testi alle fonti di prova concernenti la responsabilità ex d.l.vo n. 231, fra cui l'eventuale redattore di consulenza tecnica;

- Inclusione, nelle richieste ex 491 co. 2 cpp, degli atti non ripetibili rilevanti ai fini della responsabilità ex 231 e, nelle richieste di prova ex 493 cpp, delle produzioni documentali analogamente rilevanti.

- redazione, nell'ambito dell'atto di esercizio dell'azione penale, oltre che dei capi d'imputazione, della dettagliata contestazione inerente agli addebiti ex d.l.vo 231. Questi ultimi, compendiandosi della descrizione del fatto anche attraverso mero rinvio ai capi d'imputazione rilevanti, non possono tuttavia ridursi, de residuo, alla citazione delle norme rilevanti del d.l.vo cit. (come talvolta accade alla luce dell'esperienza nazionale) ma devono compendiarsi della descrizione dei precipui elementi che integrano l'illecito amministrativo, quali :

- l'individuazione dell'interesse o del vantaggio dell'ente;

l'individuazione del nesso - astratto e soggettivo per l'elemento dell'interesse, concreto e oggettivo per l'elemento del vantaggio- fra la condotta integrativa del reato e il "favor" nei confronti dell'ente (in tal senso, Corte di Cassazione (sezione VI penale, 11 novembre 2021-15 giugno 2022, n. 23401, Pres. Fidelbo, Rel. Rosati, Pm difforme- Molino). Va precisato, diversamente da quanto ritenuto in detta sentenza che, anche sotto questo ulteriore profilo, non vada sempre verificata l'esistenza di un rapporto di causalità fra la condotta costitutiva del reato e l'interesse o il vantaggio dell'ente.

Il rapporto è invece di natura teleologica allorchè il reato è commesso nell'interesse" dell'ente⁶.

Con riguardo al "vantaggio" va poi considerato che lo stesso può anche mancare in concreto: ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. a, infatti, la sanzione pecuniaria è ridotta della metà, nel caso in cui l'ente non ha ricavato alcun vantaggio oppure un vantaggio minimo.

- L'ascrivibilità dell'azione ad un soggetto appartenente alle categorie ex d.l.vo 231, specificando se apicale o diretto subordinato;
- L'insussistenza dell'ODV e/o del MOGC, ovvero gli specifici profili sintomatici dell'inadeguatezza operativa dell'uno o dell'altro;
- in caso di assenza o inidoneità dell'ODV e del MOGC, e di commissione del reato da dipendenti dell'ente direttamente sottoposti al controllo degli "apicali", gli specifici profili di inadeguatezza della vigilanza da parte di questi ultimi.
- L'inidoneità ingannatoria delle modalità di elusione del MOGC.
- Le specificità dei controlli omessi o inadeguatamente effettuati, tenendo conto della tipologia di attività d'impresa svolta dall'ente.

§6. Coordinamento operativo e attività di formazione

-Va valutata la possibilità di affermare, nel protocollo, che il procedimento ex d.l.vo 231/2001 ed il procedimento penale cui si ricollega sono suscettibili - secondo le autonome previsioni dei progetti organizzativi- di eventuale valutazione di priorità, agli effetti delle Risoluzioni del CSM in data 9.7.2014, 11.5.2016, 16.11.2017 come modificata con Risoluzione in data 16.12.2020.

-Parimenti, si rileva l'esigenza che il P.M. procedente verifichi che il provvedimento che applica misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna, ai sensi dell'art. 84 d.l.vo cit., siano comunicati, a cura della cancelleria del giudice che li ha emessi, alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente. Ove necessario, rivolge istanza a tale scopo.

Si tratta di adempimento di estrema importanza poiché accende i fari sul futuro comportamento dell'ente da parte di ulteriori qualificati soggetti, come ad es. il Ministero di riferimento, dotati peraltro di ampi poteri discrezionali che- allertati dalla misura interdittiva e/o dalla sentenza di condanna- possono sicuramente individuare, nella gestione dell'ente, ulteriori criticità, non rilevanti ai fini penali, ma presupposto di interventi

⁶ In tal senso, peraltro, motiva la citata sentenza *Cassazione Penale, Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp*

squisitamente amministrativi, disgiunti dalle previsioni ex d.l.vo n. 231/2001.

- Parimenti sembra funzionale, alla piena operatività del protocollo, l'indicazione, da parte degli Uffici aderenti, di un proprio referente quale punto di contatto con riguardo a problematiche interpretative e/o operative concernenti l'applicazione della normativa di riferimento; nonché la programmazione, d'intesa, di incontri e corsi formativi a favore del personale interessato alle attività utili per le finalità del Protocollo, ovvero far partecipare il proprio personale ad analoga attività formativa indetta d'iniziativa dalle stesse Parti, con riguardo ai reati presupposto di seguito indicati, in quanto rientranti nelle specifiche competenze d'istituto della Guardia di Finanza.

Art. 24. Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture

1. **Art. 24-ter.** *Delitti di criminalità organizzata*
2. **Art. 25.** *Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio*
3. **Art. 25-bis.** *Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento*
4. **Art. 25-bis.1.** *Delitti contro l'industria e il commercio*
5. **Art. 25-ter.** *Reati societari*
6. **Art. 25-sexies.** *Abusi di mercato*
7. **Art. 25-octies.** *Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio*
8. **Art. 25-octies.1.** *Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti*
9. **Art. 25-novies.** *Delitti in materia di violazione del diritto d'autore*
10. **Art. 25-quaterdecies.** *Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati*
11. **Art. 25-quinquiesdecies.** *Reati tributari*
12. **Art. 25-sexiesdecies.** *Contrabbando*

Potenza, 30.9.2022

Armando D'Alterio