

SPUNTI PENALISTICI PER L'INDAGINE E L'ACCERTAMENTO AVANTI L'ORGANISMO DI VIGILANZA

Avv. Marco Calleri, Studio Legale Mucciarelli, Milano

1. Lo spunto per le riflessioni che seguono è offerto dalla prassi applicativa della previsione dell'art. 6, n.1 lett. *b*), d.lgs 231/2001¹ che prevede, come noto, l'istituzione di un Organismo di Vigilanza sul Modello Organizzativo, dotato di "autonomi poteri d'iniziativa".

Il catalogo dei comportamenti¹ dei destinatari della normativa 231 - in fase *forensic* - guiderà le considerazioni penalistiche generali, con un procedimento tendenzialmente opposto a quello a volte utilizzato dalla ricerca in materia.

Non che non occorra inquadrare teoricamente la natura dell' OdV ma - complice l'intenzione di non incagliarsi in contrattempi astratti - dovremo limitarci ad accogliere la raccomandazione della Relazione d'accompagnamento² al d.lgs. 231/2001 e concludere che l'organismo è una modalità organizzativa dell'ente attuata dall'imprenditore *ex art.* 2381, comma 3, c.c.

E' vero che la circostanza che, a fronte di un *potere* (d'iniziativa), la norma preveda - in capo all'ente e, dunque, all'Organismo di Vigilanza - un *dovere* di attivarsi in maniera efficiente³ ci condurrebbe all'analisi della presunta posizione di controllo occupata dall'OdV e della responsabilità penale in capo ai suoi membri per omesso impedimento del fatto reato *ex art.* 40, comma 2, c.p.

Ma si tratta di tema che, anche alla luce delle novità in materia di obblighi dell'OdV in materia di antiriciclaggio⁴, vola sopra le nostre più modeste intenzioni.

Abbiamo l'opportunità di toccare, qui, un profilo penalistico minore connesso al "giorno per giorno": Il punto di partenza di queste brevi note sarà l'incrocio (pericoloso) tra diritto penale e OdV in funzione inquirente così come reclamata da

¹ Pur con i limiti strumentali tipici della ricerca criminologica italiana: mancanza di ricerche/interviste sul territorio relative al funzionamento degli OdV; mancanza di una banca dati relativa al tipo di questioni da essi trattate e dall'esito disciplinare per i soggetti coinvolti ed al loro standing (ad es. quali sanzioni applicate ad organi apicali/componenti del cda sino ad ora); mancanza di informazioni circa il tipo di consulenti coinvolti nell'indagine, il *budget* da essi consumato, il tipo di prodotto da essi fornito (*incident analysis, gap analysis, refreshment* del modello; riscrittura; raccomandazioni al Cda).

² "L'organismo deve essere individuato all'interno della struttura societaria...onde evitare facili manovre volte a precostituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti e, soprattutto, per fondare una vera e propria colpa dell'ente".

³ "l'ente non risponde se prova che...non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo": art. 6, comma 1, lett. *a*), d.lgs. 231/2001.

⁴ Sul punto SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv.soc.*, 2007, p.185.

un Modello Organizzativo sempre più necessario⁵. Questo intervento è, quindi, un tentativo di inquadrare la dialettica tra i protagonisti dell'investigazione all'interno di un microcosmo di dati sensibili - quando non imbarazzanti - e con effetti, per gli individui, talora deteriori rispetto a quelli che conseguirebbero ad un procedimento penale giudiziario.

La prassi - e non altro - guiderà queste riflessioni necessariamente ritagliate lungo il contorno irregolare delle posizioni contrapposte al cospetto di un regime di responsabilità amministrativa in capo all'ente, talmente cospicuo da suggerire ad alcuni di attribuire all'organismo un ruolo aziendale consulenziale.

A poco sembra importare che il legislatore abbia, al contrario, visto nell'OdV - almeno nella Relazione di accompagnamento al decreto - un'entità, ad un tempo, "dell'ente" ma parimenti dissimile da un'organo sociale così come da un comitato interne e irriducibile alle gerarchie interne.

Anche l'OdV sembra finito nella mischia ed è chiamato a giustificare le proprie condotte, come si vedrà in seguito.

2. Un buon punto di partenza sembra la ricognizione delle notizie dirette all'OdV ed un tentativo di classificazione delle stesse *così come esse si presentano*. Quale che sia, dal punto di vista aziendalistico, la natura dell'attività dell'OdV⁶, dal punto di vista penalistico sono utilmente individuabili le diverse fasi di *indagine* e di *reportistica*.

Ci occupiamo qui della prima fase che può essere descritta nei seguenti aspetti:

- i) Ricezione e classificazione delle notizie:

Notizie Generiche

- articoli di giornale, atti giudiziari e *rumors*
- richiesta di parere informale/orale;
- corrispondenza scritta generica sul modello del cd. *ruling* interpretativo;
- notizia di operazione rifiutata;

Notizie di Violazione del Modello

- corrispondenza scritta specifica (ad es.: la registrazione della *trading room* di un intermediario finanziario) relativa a violazioni di leggi penale che integrano violazioni di procedure 231;
- corrispondenza scritta specifica relativa a violazioni di procedure aziendali che potrebbero sottendere a violazioni di legge penale, violazioni che probabilmente accadere o sono già accadute;
- ii) Istruzione della notizia:
 - recepimento del fatto *tel quel*;
 - questionario generico;
 - ispezione, audizione e contestazione o confronto tra parti;
- iii) Valutazione della notizia:
 - valore probatorio dei documenti e delle dichiarazioni;
 - valore del comportamento davanti all'Odv, premi e immunità
 - utilizzo in sede di raccomandazione o di *incident analysis*

⁵ Sulla necessità che l'ente si autorganizzi nel senso previsto dai principi del d.lgs. 231/2001 cfr PALIERO - PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione* in questa Rivista 3/2006, p. 172.

⁶ Di sostanziale *auditing*, nella sua prefazione di *assurance* secondo GENNARO, *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'organismo di vigilanza* in questa Rivista, p.177, 2008.

- iv) Archiviazione della notizia:
 - aggiornamento del cd. *track record* degli eventi avversi;
 - l'accesso al fascicolo per il giudizio di recidiva o su richiesta di parte

3. Ricezione e classificazione della notizia

Il ruolo dell'OdV, una volta raggiunto dalla notizia, suggerisce di identificare, in primo luogo, una fase investigativa iniziale nella quale la notizia di possibile od avvenuta violazione del modello viene proposta all'organismo in maniera indiretta quando non reticente.

3.1. La ricezione della notizia generica può verificarsi, ad esempio, quando l'OdV è richiesto di un parere o di una sorta di posizione generale preventiva.

La notizia generica - altre volte portata da un'articolo di giornale o da una confidenza - appare problematica in quanto, da un lato, genera un dibattito preventivo ed informale in contrasto con il ruolo di verificatore indipendente e formale in materia di funzionamento del modello *ex d.lgs. 231/2001* che l'organismo svolge necessariamente *ex post*; dall'altro lato, la notizia generica entra a buon diritto tra il materiale che forma la memoria storica della costruzione del Modello 231 e deve, quindi, essere processata secondo il principio basilare del *comply or explain*⁷.

Si tratta, infatti, di corrispondenza eventualmente sequestrabile fin dal primo accesso della magistratura penale in sede di verifica del Modello 231 che deve concludersi con una posizione dell'organismo.

La richiesta di parere integra, perlopiù, il tentativo dei vertici aziendali di inserire nel processo decisionale di una specifica iniziativa il consenso dell'OdV, in chiara funzione di rinforzo della decisione da assumere.

Le conseguenze penalistiche di una simile inclusione sono evidentemente rilevanti a partire dalla questione se tali notizie rivestano la qualifica di campanelli d'allarme rispetto ad un obbligo in capo all'OdV di impedire il reato presupposto della responsabilità dell'ente: un problema delicato che - come detto - non è possibile affrontare, in questa sede, noto come la questione della responsabilità dell'OdV *ex art. 40 cpv c.p.* per omesso impedimento del singolo fatto reato in relazione ad una presunta posizione di garanzia e di controllo occupata dall'OdV stesso.

Peculiare risulta anche la posizione dell'OdV in relazione ad atti come il decreto di perquisizione e sequestro notificati all'ente e che contengono una descrizione spesso generica dalla quale, tuttavia, è possibile ricavare il sospetto di fatti di reato rilevanti ai fini 231.

Si presentano, nella prassi, le seguenti situazioni:

- i) l'ente riceve l'atto come soggetto indagato;
- ii) l'ente non è indagato ma è richiesto di fornire informazioni e tenuto, quindi, al segreto tanto sulla richiesta che sulla risposta che fornisce;

In entrambi i casi, l'atto giudiziario è normalmente inviato all'organismo. La seconda situazione, tuttavia, spicca penalisticamente per delicatezza in quanto, da un

⁷ Si dice spesso e con ammirazione che questo principio di trasparenza è il portato della cultura angloamericana ma, a titolo di *divertissement*, è interessante notare che molti colleghi britannici - dove i *whistleblowing schemes* sono presenti da secoli - raccomandano agli allievi il ben diverso *never explain, never complain*.

lato, ente e OdV prendono cognizione di dati personali⁸ attraverso un atto di cui non possono direttamente avvalersi se non per rispondere alle richieste della magistratura; dall'altro, quando il provvedimento è accompagnata da una narrativa del fatto-reato, ente ed organismo sono sostanzialmente avvisati e "messi in mora" rispetto alla situazione di violazione o di pericolo in cui versa il Modello 231.

3.2. Le diverse notizie specifiche sono essenzialmente accomunate dal problema di contenere dati personali sensibili.

In estrema sintesi è possibile osservare come l'organismo può essere reso edotto di una violazione:

- i) ancora in atto⁹;
- ii) cessata ma ripetibile;
- iii) cessata ed irripetibile (ad esempio, è stato ceduto il ramo d'impresa nel quale si era verificata la violazione).

3.3. Spunti per una protocollo di ricezione

Un protocollo d'ingresso delle notizie sin qui descritte deve affrontare, in primo luogo, il tema dell'impraticabilità di una inclusione dell'OdV nella catena decisoria, inclusione che rischia di travolgere, in un colpo solo, l'indipendenza dell'OdV e la pertinenza dei suoi futuri interventi sul Modello Organizzativo.

Spicca, infatti, il ruolo sostanzialmente (e penalisticamente) di con-decisore societario che l'OdV assumerebbe, in contrasto con la natura di osservatore disinteressato e qualificato delle dinamiche e delle violazioni in costanza di Modello 231.

Si tratta, inoltre, di un'operazione poco utile dal punto di vista difensivo in quanto l'impropria approvazione carpita all'OdV non libera evidentemente da responsabilità gli altri decisori che anzi, secondo una giurisprudenza, potrebbero essere esposti al rimprovero di avere pregiudicato l'OdV e, conseguentemente, il Modello e di avere in tal modo cagionato un danno, in ultima analisi, ai soci.

Il protocollo d'ingresso dovrebbe contenere una causa di inammissibilità di qualunque ruolo attivo (commissivo mediante azione) dell'OdV, mai progettatore, istigatore o rafforzatore della decisione d'impresa in corso di assunzione: dal punto di vista penalistico ciò sarebbe giustificato dalla necessità dell'OdV di distinguersi dall'autore o partecipante al reato programmato, *come* qualunque altro concorrente nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p.

E', con l'estrema semplificazione richiesta dalla natura del presente intervento, possibile escludere un'immunità dell'OdV rispetto alle categorie tradizionali della partecipazione di più soggetti al reato.

Si tratta di una partecipazione di soggetti, spesso consulenti, che forniscono una prestazione d'opera intellettuale, che deve essere valutata al cospetto delle categorie ordinarie in materia: il contributo causale materiale o morale apportato alla realizzazione del reato e la consapevolezza della tipicità della propria condotta in relazione alla fattispecie descritta dalla norma.

⁸ Come tali da proteggere, secondo la previsione dell'art.1 d.lgs. 196/2003.

⁹ Si pensi ad un'operazione sospetta ex art. 41 d.lgs. 231/2007 non ancora eseguita.