Università degli Studi di Parma

Dipartimento di Giurisprudenza, Studi politici e internazionali,

Corso di Laurea in Giurisprudenza

# Modelli organizzativi e prevenzione dei reati finanziari nell'ambito delle società e degli enti, ai sensi del D. Lgs. 231/01

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Putinati Stefano

Laureando:
Barbuti Isacco

**Anno Accademico 2018-2019**

## INDICE

**CAPITOLO I - INTRODUZIONE AL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 ..... 4**

1 - Premessa ..... 5

2 - Inquadramento giuridico della responsabilità degli enti ..... 6

3 - I principi di legalità, territorialità e successione di leggi ..... 7

4 - L'ambito di applicazione del D. lgs 231/2001 ..... 8

5 - I criteri di imputazione oggettiva ..... 11

5.1 - La definizione dell'interesse o vantaggio ..... 13

6 - I criteri di imputazione soggettiva ..... 15

6.1 - I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti apicali ..... 16

6.2 - I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti sottoposti all'altrui direzione ..... 18

7 - L'autonomia della responsabilità dell' ente ..... 19

8 - L' apparato sanzionatorio ..... 22

8.1 - Sanzione pecuniaria ..... 22

8.2 - Sanzioni interdittive ..... 23

8.3 - Pubblicazione della sentenza e confisca ..... 24

**CAPITOLO II - I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE ..... 26**

1 - I modelli in generale ..... 27

2 - I requisiti generali dei modelli secondo la legge ..... 29

3 - La compilazione dei modelli ..... 30

3.1 - Il c.d. *risk assessment* ..... 31

3.2 - I protocolli di prevenzione ..... 32

3.3 - Codice etico ..... 35

3.4 - Il sistema disciplinare ..... 36

4 - L' organismo di vigilanza ..... 39

4.1 - I compiti dell' O.d.V. ..... 40

4.2 - I requisiti dell' O.d.V. ..... 41

4.3 - I flussi informativi ..... 43

4.4 - Le questioni sulle responsabilità dell' organismo di vigilanza ..... 45

5 - L' attuazione del modello ..... 47

6 - I canali di segnalazione ex art. 6, comma 2-bis, c.d. *whistleblowing* ..... 48

**CAPITOLO III - I REATI PRESUPPOSTO c.d. FINANZIARI ..... 51**

1 - Premessa ..... 52

2 - Il riciclaggio di proventi illeciti ..... 53

2.1 - Tecniche di *money laundering* ..... 55

2.2 - La disciplina prevista dall'articolo 648-bis c.p. ..... 57

2.3 - Bene giuridico tutelato ..... 58

2.4 - Le condotte incriminate ..... 59

2.5 - Il dolo ..... 59

2.6 - Le utilità riciclabili ..... 60

2.7 - L'accertamento del reato 'a monte' ..... 61

2.8 - La prevenzione del reato in ambito 231 ..... 62

3 - Il delitto di autoriciclaggio ..... 65

3.1 - Bene giuridico tutelato ..... 66

3.2 - Le condotte punibili ..... 67

3.3 - La clausola modale ..... 69

3.4 - La non punibilità per mera utilizzazione o godimento personale ..... 70

3.5 - La prevenzione del reato in ambito 231 ..... 71

4 - L'*insider trading* ..... 73

4.1 - Il concetto di informazione privilegiata ..... 74

4.2 - La definizione di strumento finanziario ..... 77

4.3 - Le tecniche di abuso di informazioni privilegiate (*trading, tipping, tuyautage*) ..... 78

4.4 - L' Illecito amministrativo di abuso informazioni privilegiate e problematiche relative al '*ne bis in idem'* ..... 80

4.5 - La prevenzione del reato in ambito 231 ..... 82

5 - Manipolazione del mercato ..... 83

5.1 - Le condotte tipiche ..... 84

5.2 - Gli "altri artifici" ..... 86

5.3 - La concreta idoneità ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari ..... 87

5.4 - Le prassi di mercato ammesse ..... 88

5.5 - La prevenzione del reato in ambito 231 ..... 89

**BIBLIOGRAFIA ..... 91**

**GIURISPRUDENZA ..... 96**

# *Capitolo I*

## *INTRODUZIONE AL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Inquadramento giuridico della responsabilità degli enti – 3. I principi di legalità, territorialità e successione di leggi – 4. L'ambito di applicazione del D. lgs 231/2001 – 5. I criteri di imputazione oggettiva – 5.1. La definizione dell'interesse o vantaggio – 6. I criteri di imputazione soggettiva – 6.1. I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti apicali – 6.2 I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti sottoposti all'altrui direzione – 7. L'autonomia della responsabilità dell'ente – 8. L'apparato sanzionatorio – 8.1. Sanzione pecuniaria – 8.2 Sanzioni interdittive – 8.3 Pubblicazione della sentenza e confisca

## 1. Premessa

La materia del diritto penale si è storicamente sviluppata in senso fortemente antropocentrico, prevedendo la punibilità delle sole persone fisiche per le fattispecie penalmente rilevanti. La previsione di un ingresso nel panorama penale di una persona giuridica è stato osteggiato da tutti gli studiosi del diritto e per lungo tempo è stata considerata un'ipotesi surreale per il diritto vigente. L' impossibilità di prevedere un sistema di responsabilità penale a carico di persone non fisiche ha rappresentato per un lungo tempo un principio indefettibile nella tradizione dell'Europa continentale, al punto da aver portato alla definizione del noto brocardo *societas delinquere non potest.*

Le radici di tale concezione sembrano (*rectius* sembravano) essere radicate nel dettato della carta costituzionale, che all' art. 27 consacra i principi della personalità della responsabilità penale e della finalità rieducativa della pena; aspetti questi senz' altro incompatibili con una forma di responsabilità penale per le persone giuridiche.

L'impianto dogmatico così presentato è stato superato con l'approvazione del noto Decreto legislativo 8 Giugno 2001, n. 231 intitolato "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell´articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", con il quale è stata introdotta una forma di responsabilità "*sui generis"* a capo delle persone non fisiche per fatti penalmente rilevanti.

Con questa novità, il legislatore ha inserito un sistema sanzionatorio, autonomo e diretto, applicabile "agli enti dotati di personalità giuridica alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica[1]", nel caso di commissione di un numero inizialmente molto limitato, ma in costante aumento, di reati compiuti nel "loro interesse o a loro vantaggio[2]" da soggetti, in posizione apicale o sottoposti all' altrui direzione, qualificamente inseriti nell' organizzazione aziendale dell' ente interessato.

Lo sviluppo progressivo che ha portato all' adozione di un tale provvedimento è lungo e complicato; per quel che qui interessa, si può riassumere evidenziando che i fattori principali che hanno portato all' approvazione del D. lgs 231/2001 sono, innanzitutto, gli obblighi pattizi sovranazionali a cui il nostro Paese ha aderito, in particolare la Convenzione di Bruxelles datata 26/07/1995 (con i relativi protocolli siglati nel 1996), il secondo Protocollo sulla Protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee del 27/06/1997 e, a livello internazionale, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali[3] (17 Dicembre 1997). In secondo luogo, un altro fattore di influenza del

[1] Art. 1, comma 2, Decreto legislativo 231/2001

[2] Art. 5, comma 1, Decreto legislativo 231/2001

[3] Questi obblighi pattizi sovranazionali, peraltro, non contenevano una specifica indicazione sulle forme di accertamento della responsabilità delle persone giuridiche, la convenzione OCSE, in particolare, si limitava a prevedere l'introduzione di misure

legislatore italiano è rappresentato dall' esperienza di *Common law,* specie del Regno Unito, dove il principio "*no soul to be damned, no body to be kicked"* riferito alle persone giuridiche, è stato superato dapprima con il *Criminal law Act* del 1827, e successivamente dall' *Interpretation Act* del 1889, che hanno aperto la strada all' affermazione di numerose *vicarious liabilities*[4] e al progressivo superamento della visione antropocentrica del sistema penale.

In terzo luogo, infine, anche la dottrina nazionale sviluppatasi nel corso degli anni (Bricola, Pecorella[5]) e gli studi criminologici sulle nuove fattispecie criminose hanno avuto un ruolo nella elaborazione del "sistema 231".

## 2. Inquadramento giuridico della responsabilità degli enti

Sin dagli albori della sua entrata in vigore, il D.lgs 231/2001 ha dato più volte occasione a dottrina e giurisprudenza per interrogarsi sulla natura giuridica della responsabilità c.d. "da reato" delle persone giuridiche: da un lato vi era la posizione di chi sosteneva che tale responsabilità fosse autenticamente amministrativa, sfruttando a favore delle proprie argomentazioni il fatto del *nomen juris*; la fisionomia dell'apparato sanzionatorio (*infra* par. 8); l'inconciliabilità dei principi di colpevolezza, finalità rieducativa della pena e personalità della responsabilità penale con il sistema sanzionatorio applicabile ad un soggetto inanimato e caratterizzato da una fisiologica mutevolezza della compagine sociale interna; il regime prescrizionale *ad hoc* (termine quinquennale che viene sospeso a partire dalla richiesta di applicazione di una misura cautelare o dalla contestazione dell' illecito amministrativo per tutta la durata del procedimento) che non segue le regole della prescrizione penale; infine la mancanza di applicabilità della sospensione condizionale della sanzione (aspetto quest ultimo, riconosciuto anche dalla Cassazione[6]). D' altra parte vi era tradizionalmente chi ricollegava la natura giuridica ex D. lgs 231/2001 all' ambito penale adducendo l' identità fattuale tra l' illecito penale commesso dalla persona fisica e l' illecito amministrativo dipendente da reato; il fatto che il Pubblico ministero e il giudice competenti per il reato c.d. presupposto siano competenti anche per l' illecito amministrativo da esso dipendente; l' applicabilità del regime di punibilità del tentativo (art. 26 D. lgs 231/2001); i principi di successione delle leggi nel tempo e la previsione della retroattività della legge più favorevole (art.3) la rilevanza extraterritoriale attribuita all' illecito dell' ente (art. 4); l' applicabilità, in quanto compatibile, delle norme processuali penali (art. 34).

---

necessarie, conformemente ai principi giuridici di ciascun stato firmatario, a stabilire la responsabilità delle "persone morali" per il solo caso specifico della corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

[4] Cfr. PELLOSO DAVIDE, "*La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*" in rivista 231-interventi

[5] SBISA' FRANCESCO *"La responsabilità amministrativa degli enti"* Ipsoa 2017, p.4

[6] Cass. Pen. Sez IV 25 Giugno 2013, n. 42503

La scarsa plausibilità della prima tesi, e i dubbi di legittimità costituzionale legati all'inquadramento prospettato dalla seconda (in particolare con riferimento all' art. 27 Cost.), hanno portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare un *tertium genus* di responsabilità che possa coniugare "i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell' efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia[7]". In altre parole il legislatore sembra aver voluto introdurre un regime di responsabilità *sui generis*, caratterizzato dall' applicabilità di sanzioni tipicamente amministrative (infra par. 8), ma all' esito di procedure di accertamento tipicamente penali. La giurisprudenza maggioritaria ha avallato quest' ultima interpretazione soprattutto grazie all' orientamento espresso dalle Sezioni Unite[8].

## 3. I principi di legalità, territorialità e successione di leggi

Gli artt. 2,3 e 4 del D. lgs 231/2001 recepiscono i principi di legalità, successione delle leggi e territorialità, tipici del sistema penale, sostanzialmente identici a quelli sanciti dal Codice Penale.

Per quello che qui ci interessa, possiamo affermare che il principio di legalità ex. Art 2 D. lgs 231/2001 è imposto nella sua accezione di tassatività e pertanto, ne discende che l' ente non può essere punito se l' ipotesi di illecito amministrativo contestato e le relative sanzioni non sono previste con determinatezza e precisione nel catalogo dei reati-presupposto. Catalogo che negli ultimi anni è stato ampliato rispetto agli originali delitti di "Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico" e "Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione" di cui agli artt. 24 e 25.

Sul punto è stato riscontrato dalla dottrina[9] che l' introduzione nel catalogo dei reati-presupposto dei c.d. reati associativi (art. 24-ter D. lgs 231/2001), ad opera della Legge 15 Luglio 2009, n. 94, suscita forti dubbi di legittimità costituzionale proprio sul fronte della tassatività. La norma in questione prevede la punibilità per i delitti di criminalità organizzata di cui agli artt. 416, comma 6°, 416-bis, 416-ter, 630 del Codice penale e all'art. 74 del D.P.R. 9 Ottobre 1990, n. 309. Secondo alcuni commenti, l' estensione della responsabilità degli enti anche a tali fattispecie costituirebbe un ampliamento incontrollato delle fattispecie per i quali l' ente potrebbe essere chiamato a rispondere, in quanto ben potrebbe verificarsi che all' interno della compagine sociale possa essere commesso un delitto non ricompreso nel novero dei reati-presupposto, ma che potrebbe ora assumere rilevanza indiretta se commesso nell' ambito di una associazione a delinquere quale

[7] Relazione ministeriale al D. lgs 231/2001

[8] Cass. Pen. SS.UU. 24 Aprile 2014, n. 38343 – ThyssenKrupp, in questa sentenza la Suprema Corte ha affermato l' autonomia del *corpus* normativo introdotto dal Decreto 231 rispetto ai paradigmi di responsabilità penale e amministrativa

[9] Cfr. PANSARELLA MICHELE *"Associazione per delinquere: spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della "mappatura" delle aree a rischio"* in Rivista 231 n. 3-2010

reato-fine. Da ciò deriverebbe un ulteriore aggravio per gli enti che volessero tutelarsi da responsabilità amministrativa soprattutto in sede di implementazione del proprio modello di organizzazione e gestione (infra, capitolo II) dovendosi, in tale sede, tenere conto, almeno in teoria, anche di reati non tipizzati dalla legge, ma che potrebbero dar luogo a sanzioni attraverso i reati associativi.

Quanto al principio della territorialità (art. 4) occorre evidenziare che la norma prevede soltanto l'ipotesi di reato commesso all' estero da un ente con sede principale nel territorio nazionale, disponendo che in tali casi sussisterà la giurisdizione italiana qualora il reato commesso all' estero rientri nei casi e nelle condizioni previsti dagli artt. 7,8,9,10 del codice penale e nei confronti dell'ente non debba procedere lo Stato estero in cui è stato commesso il fatto[10]. Nulla dispone, invece, riguardo all' ipotesi di reato commesso in Italia da ente avente sede principale all' estero. Sulla questione si è pronunciata fin da subito la giurisprudenza di merito, ribadendo che in tale ipotesi, ad assumere rilevanza è il luogo ove è stato commesso il reato-presupposto, non quello ove è stato commesso l'illecito amministrativo né tantomeno quello in cui ha sede l' ente. Di conseguenza anche una persona giuridica con sede all' estero potrà essere punita secondo le norme del Decreto 231 se il fatto-presupposto è stato commesso, in tutto o in parte, in Italia[11].

## 4. L'ambito di applicazione del D. lgs 231/2001

L' ambito di applicazione del Decreto legislativo 231/2001 è disciplinato dall' art. 1, il quale utilizza il concetto generico di "ente" per individuare una ampia ed eterogenea categoria di soggetti, dotati di un certo grado di autonomia e collettività rispetto alle persone fisiche che ne fanno parte, cui possa essere contestata la responsabilità amministrativa da reato. La scelta legislativa di non utilizzare il termine "persona giuridica" per delimitare la sfera di operatività del decreto è prova della volontà del legislatore di non limitare la punibilità ai soggetti dotati di personalità giuridica[12] secondo le norme del nostro ordinamento. Questa scelta ha tuttavia dato luogo a diversi dubbi interpretativi che analizzeremo in questo paragrafo.

Il secondo comma dell' art. 1 prevede da un lato l' inclusione degli enti dotati di personalità giuridica e, dall'altro, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica. Quanto ai primi, rientrano in tale categoria tutte le istituzioni di diritto privato che acquisiscono personalità giuridica ai sensi del D.P.R. 10 Febbraio 2001 (associazioni, fondazioni, comitati e le

[10] La corte di Cassazione, con sentenza n. 11442 del 12/02/2016 ha confermato la tesi secondo cui l'art. 4 del D. lgs 231/2001 opera un espresso e diretto riferimento ai reati commessi all' estero secondo il modello delle norme che regolano la giurisdizione per le persone fisiche

[11] Vedasi G.I.P Trib. Milano, Ord. 27/04/2004 e Trib. Milano, sez. IV, 4/02/2013, n. 13976

[12] La *ratio* di tale scelta semantica, si legge nella relazione ministeriale di accompagnamento, è da individuarsi nell' esigenza di prevenire la commissione di reati anche da parte di quei soggetti che, potendo sfuggire facilmente ai controlli statali, sono più a rischio di attività illecite e per i quali risulta ingiustificato riconoscere una sorta di immunità da questo sistema.

altre istituzioni iscritte nel registro delle persone giuridiche tenuto presso la prefettura), oltre che alle società di capitali. Quanto alle seconde, rientrano nella categoria le società di persone e le associazioni non riconosciute. Al riguardo l' art. 27 del Decreto prevede espressamente che anche per queste istituzioni, dell' obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde solo l'ente col proprio patrimonio o col fondo comune (diversamente da quanto avviene in ambito civile, dove l' art. 38 c.c. prevede la responsabilità personale e solidale dei soggetti coinvolti nell' amministrazione e che agiscono in nome e per conto dell' ente). Per questa categoria la legge delega faceva riferimento, all' art. 11, a "enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale". Il governo delegato ha recepito in maniera più restrittiva questa disposizione, riconducendo tra gli enti a cui applicare il decreto "solo" quei soggetti, le società di persone e le associazioni non riconosciute appunto, che, seppur prive di personalità giuridica risultano comunque dotati di una seppur minima complessità organizzativa capace di differenziarli dai soggetti persone fisiche che agiscono al loro interno[13]. Con questa impostazione restano perciò esclusi le imprese familiari, i condomini, i fondi patrimoniali tra i coniugi, i *trust*.

Infine, il comma 3 prevede espressamente delle ipotesi di esclusione dal campo di applicazione della norma a favore dello Stato, degli Enti pubblici territoriali, degli enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Quanto allo stato e agli enti territoriali, la scelta legislativa si giustificava sulla base della tipologia di reati per i quali il Decreto 231 era stato originariamente previsto. Essendo tali reati, nel disegno originale, limitati esclusivamente ad alcune fattispecie contro la Pubblica amministrazione, risultava privo di senso ammettere la possibilità per un ente pubblico territoriale di essere contemporaneamente autore dell' illecito e bene giuridico protetto dalla fattispecie. Con l' arricchimento progressivo del catalogo dei reati-presupposto, questa argomentazione ha man mano perso valore, al punto che secondo alcuni autori, (Di Giovine) questa esclusione potrebbe creare delle disparità di trattamento incostituzionali. Tuttavia occorre tenere conto, al riguardo, del fatto che l'esclusione dall'alveo dei soggetti a cui applicare il Decreto si giustifica anche in virtù dell' esigenza di evitare che i cittadini debbano essere chiamati a sopportare costi e disservizi derivanti dalle sanzioni applicate a queste tipologie di enti.[14] Per quanto concerne gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, la loro esclusione mira ad evitare che un eventuale procedimento nei confronti dell' ente possa causare interferenze con il regolare svolgimento di funzioni costituzionalmente rilevanti. La dottrina individua in tali enti i sindacati e i partiti, espressamente previsti rispettivamente dagli artt. 39 e 49 della Costituzione.

[13] SBISA', op. cit. p. 22
[14] SBISA', op. cit. p. 24

Infine, con riguardo alla categoria degli enti pubblici non economici, la ragione di tale esclusione è la stessa che ha portato all' esonero da responsabilità 231 per lo stato o enti territoriali. Ovvero, anche in questo caso, si percepisce l' esigenza di evitare che le conseguenze delle sanzioni in capo a questo tipo di enti gravino sui cittadini fruitori di servizi. Rientrano in tale categoria tutte le strutture centrali e periferiche dello Stato esercenti pubblici poteri, quali tribunali, Ministeri, Prefetture, Agenzie, enti di ricerca, culturali o previdenziali. Sono inoltre da considerarsi enti pubblici non economici gli ordini professionali, le scuole, le camere di commercio, nonchè gli istituti che svolgono funzioni di autoregolamentazione quali CONI, ACI, Croce Rossa Italiana, Inail, Istat, CONSOB e Isvap.

Dubbi interpretativi, data la genericità della formula adottata dal legislatore per delineare l' ambito di applicazione e le relative esenzioni, sorgono innanzitutto con riguardo alle Associazioni temporanee di imprese, per le quali la dottrina fa leva sull'autonomia gestionale delle singole imprese partecipanti all' appalto per sostenere l' esclusione dalla responsabilità 231. Viceversa la Cassazione a Sezioni Unite sostiene la riconducibilità delle ATI alla categoria delle associazioni prive di personalità giuridica e pertanto, alla categoria degli enti cui si applica il Decreto 231[15]. Altri importanti dubbi interpretativi si individuano relativamente alle società a partecipazione mista, in particolare alle Aziende sanitarie locali e ospedaliere (ASL e ASO) le quali, pur esercitando un pubblico servizio (secondo alcuni di rilievo costituzionale), sono dotate di autonomia imprenditoriale e finalizzate al rispetto dei criteri di economicità, tipici degli enti economici. Su questo dubbio la dottrina è divisa, mentre la giurisprudenza prevalente ha ritenuto applicare estensivamente il concetto di responsabilità 231 anche alle strutture ospedaliere organizzate in forma di S.p.A.[16], sottolineando l' importanza del criterio per cui la natura pubblicistica dell' ente è condizione necessaria ma non sufficiente per l' esonero dalla disciplina in esame, dovendo altresì concorrere la condizione che l' ente medesimo non svolga attività economica. Ultimi dubbi interpretativi sorgono in riferimento alle Società unipersonali, alle società tra professionisti, agli enti ecclesiastici dotati di personalità giuridica, alle cooperative.

Per le prime, la giurisprudenza di merito sostiene l' applicabilità[17], mentre la dottrina è divisa; per le seconde non vi è ancora chiarezza sul punto[18]; per quanto concerne gli enti ecclesiastici dotati

[15] Cass. Pen. SS.UU. 27 Marzo 2008, n. 26654 - Impregilo

[16] Cass. Pen. Sez II, 9 Luglio 2010, n. 28699. Questa pronuncia aveva ad oggetto un ospedale specializzato a capitale misto operante in forma di S.p.A. partecipata per il 51% da capitale pubblico e per il 49% da capitale privato. La Suprema Corte ha evidenziato come la scelta di questo modulo societario abbia rivelato la finalità lucrativa, e pertanto l' economicità, dell' ente in questione, a prescindere dalla destinazione degli utili e dal rilievo costituzionale dell' attività svolta (tutela della salute pubblici). In questo contesto bisogna rammentare che l' attività sanitaria è tutelata dall' art. 15 del Decreto 231 che prevede, per gli enti che svolgono servizi pubblici o di pubblica necessità, la nomina di un Commissario giudiziale in luogo dell' applicazione di una sanzione che interdica la prosecuzione dell' attività.

[17] Trib. Milano 12 Marzo 2008, Trib. Milano 28 Aprile2008

[18] Una pronuncia isolata ha applicato il Decreto 231 (Cass. Pen. Sez II 24 Novembre 2011, n. 4703) ma solo con riferimento ai profili della fase cautelare, omettendo di indagare circa l' estensione soggettiva del Decreto

di personalità giuridica e le cooperative la dottrina maggioritaria li include nell' ambito di applicazione del Decreto.

## 5. I criteri di imputazione oggettiva

Delineato, a grandi linee, l' ambito di applicazione del Decreto 231, possiamo ora analizzare più nel dettaglio la struttura dell' illecito amministrativo previsto dalla normativa in esame, in particolare, procediamo all' individuazione dei criteri di imputazione dell' ente per un reato inserito nel catalogo dei reati-presupposto. La relazione Ministeriale opera una precisa distinzione tra criteri di imputazione di tipo oggettivo e di tipo soggettivo[19]. I primi sono ricavati dall' art. 5 del D. lgs 231/2001 e richiedono che il soggetto agente rivesta una determinata posizione all' interno dell' ente (posizione apicale o subordinata) e che abbia agito nell' interesse o a vantaggio di quest ultimo, i secondi, invece, richiedono la sussistenza della colpevolezza dell' ente, ovvero della sua "rimproverabilità" derivante dalla mancata adozione di un modello di organizzazione e gestione o dalla sua idoneità preventiva, così come previsto dagli artt. 6 e 7. Partiamo dai criteri di imputazione oggettiva.

L' art. 5 prevede che l' ente dovrà rispondere dei reati commessi da soggetti apicali (art. 5 comma 1, lett. a), ovvero persone che svolgono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione generale dell' ente o di una sua unità organizzativa autonoma, nonché attività di gestione e controllo di fatto[20], oppure da soggetti subordinati (art. 5, comma 1 lett.b), ovvero sottoposti ala direzione di taluno dei soggetti apicali. La corretta qualificazione della posizione ricoperta dal soggetto autore del reato-presupposto all' interno dell' ente è fondamentale in quanto su di essa si basa un diverso regime di attribuzione della responsabilità all' ente e una diversa distribuzione dell' onere della prova. (infra, par. 6)

Quella dei "soggetti apicali" è la categoria che individua i vertici della compagine aziendale dell'ente, ovvero quelle persone fisiche, dotate di ampi poteri decisionali le quali, si presume, esprimano la volontà e la politica dell' ente. Anche in questo caso il legislatore ha optato per l' utilizzo di una formula elastica, per individuare i soggetti da cui far discendere la responsabilità dell' ente, evitando di procedere ad una elencazione tassativa delle funzioni ritenute "apicali". In altre parole, viene accolto il criterio oggettivo-funzionale per individuare i soggetti apicali, al posto del criterio formale basato sulla qualificazione convenzionale della posizione ricoperta. In tal modo, è possibile dare rilevanza anche alle figure dell'amministratore di fatto e alle funzioni in concreto svolte da chiunque abbia, nell' ambito delle proprie mansioni, il potere di dominio sull' ente o su una sua attività operativa autonoma. Rientrano nella categoria di soggetti apicali, innanzitutto, i legali rappresentanti, in virtù della loro legittimazione ad emettere o ricevere

[19] Relazione ministeriale al D. lgs 231/2001, pagg. 6 e ss.

[20] ROSSI ALESSANDRA, "*La responsabilità degli enti (D.lgs 231/2001): i soggetti responsabili"* in Rivista 231

dichiarazioni negoziali in nome e per conto dell' ente in cui operano[21]. Ancora, svolgono funzioni di amministrazione, e pertanto sono soggetti apicali, gli amministratori, anche di fatto, i c.d. "soci tiranni", i membri del consiglio di gestione (nel sistema societario dualistico), gli amministratori non esecutivi e privi di delega[22]. Infine, svolgono funzioni di direzione, e pertanto sono soggetti apicali, i direttori generali e i direttori di stabilimento o di filiale[23]. Come anticipato, la posizione apicale assume rilevanza in ambito 231 anche se essa viene ricoperta di fatto. Affinché possa rilevarsi una posizione ricoperta di fatto, è necessario che la relativa funzione venga svolta significativamente e continuamente[24] e solo laddove l' esercizio di fatto inerisca cumulativamente le funzioni di gestione e controllo[25]. L' opinione prevalente, infine, esclude che possano essere considerati apicali i soggetti che svolgono esclusivamente funzioni di controllo o vigilanza, quali i membri del collegio sindacale[26]. Infine, un ultimo dubbio riguarda la possibilità di considerare l' amministratore della società capogruppo, quale apicale di fatto delle società controllate. Sul punto la giurisprudenza sostiene che una tale eventualità è possibile solo se l' amministratore della *holding* si ingerisca non episodicamente nella direzione operativa della controllata, determinandone strategie e scelte operative[27].

Quella dei soggetti subordinati è la categoria di persone fisiche sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti apicali precedentemente esposti. Tale categoria è stata inserita nell' art. 5 allo scopo di evitare che la parcellizzazione del lavoro, tramite un complesso sistema di deleghe di funzioni, tipica delle strutture più complesse, possa consentire all' ente di eludere la responsabilità prevista dal Decreto 231. Anche in questo caso il legislatore ha preferito optare per una formulazione generica, piuttosto che prevedere tassativamente le singole cariche rilevanti. Rientrano in tale categoria, innanzitutto e pacificamente, i lavoratori dipendenti (ad eccezione degli amministratori dipendenti), i quali sono fisiologicamente vincolati ad un rapporto di subordinazione con il datore di lavoro e soggiacciono ai suoi poteri direttivi, organizzativi e

[21] La dottrina (tra cui Di Giovine e Rossi) sostiene che la riconducibilità di questa sottocategoria nell' ambito dei soggetti apicali è possibile solo riferendosi ai soggetti dotati di rappresentanza c.d. organica, escludendo i cosiddetti procuratori, i quali, dotati di rappresentanza volontaria in virtù di una procura generale o speciale, soggiacciono a vincoli di rendicontazione tali da ricondurre tale sottocategoria nell' ambito dei soggetti sottoposti

[22] Secondo la dottrina (Rodorf e Rossi) anche gli amministratori legati all' ente da un rapporto di lavoro dipendente sono da considerarsi apicali

[23] Naturalmente, la riconducibilità di tutti questi soggetti nella categoria degli apicali vale a livello generale e in astratto; nel caso concreto vi sono delle fattispecie, come i reati societari di cui all' art. 25-ter, per i quali non è configurabile la punibilità dei direttori di stabilimento.

[24] Cfr. Trib. Milano 20 Dicembre 2004

[25] Cfr. Trib. riesame Milano 26 Giugno 2008

[26] La dottrina è divisa circa la possibilità di qualificazione come soggetti apicali anche i membri del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico, i quali coniugano funzioni di controllo con funzioni di indirizzo e gestione. Sul punto si potrebbe riconoscere l' applicabilità dell' art. 5 comma 1 lett. a) anche a tali soggetti in virtù della disposizione contenuta nell' art. 223-septies disp. Att. del cod. civ. secondo cui "*se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista*"

[27] Trib. Milano 14 Dicembre 2004

disciplinari. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza, hanno interpretato estensivamente la nozione prevista dalla lettera b) dell' art. 5, escludendo che possano riferirsi a tale categoria soltanto le persone fisiche, i dipendenti per l' appunto, che siano inquadrate in uno stabile rapporto di lavoro subordinato e inserite nell' organigramma aziendale. Infatti, si ricollegano alla categoria *de quo* anche i lavoratori parasubordinati, ovvero quei soggetti che collaborano continuamente e coordinatamente con l' ente senza vincolo di subordinazione, in virtù di un loro stabile e protratto inserimento negli assetti organizzativi aziendali. Anche in questo contesto, infatti, si evidenza come l' ingerenza del datore di lavoro "apicale" vincoli tali soggetti all' altrui direzione o vigilanza. Infine vanno ricondotti nella categoria dei "sottoposti" anche i lavoratori autonomi esterni all' organigramma aziendale dell' ente, che collaborano con l'ente stesso in virtù di un rapporto che, comunque qualificato, li sottopone alla vigilanza e alla direzione dei soggetti apicali. Tale tipologia di soggetti comprende collaboratori esterni, agenti, concessionari alla vendita e i *franchisees*. E' essenziale, in questi casi, valutare caso per caso se il collaboratore esterno subordinato subisca un' ingerenza da parte del soggetto apicale tale da renderlo soggetto alla direzione o vigilanza di quest ultimo, non potendosi procedere in via automatica a qualificare come "soggetti sottoposti" tutti i soggetti esterni che forniscono la propria opera all' ente.

## 5.1 La definizione dell'interesse o vantaggio

Altro criterio di imputazione oggettiva previsto dall' art. 5 del Decreto 231, utilizzato dal legislatore per attribuire all' ente la responsabilità amministrativa per un fatto di reato, è quello dell' interesse o vantaggio. Come illustrato nella relazione ministeriale, l' ente è chiamato a rispondere di un reato-presupposto se questo è commesso da uno dei soggetti indicati nelle lettere a) o b) dell' art. 5 e questi hanno agito "nell' interesse o a vantaggio dell' ente". Storicamente la dottrina si è interrogata a lungo riguardo la portata di tale locuzione, portando all' elaborazione di diverse teorie di significati. Tesi, ad oggi, assolutamente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è quella c.d. "dualistica", secondo cui il requisito dell'interesse va diversificato rispetto a quello del vantaggio, in quanto i due criteri si pongono tra loro in un rapporto di alternatività. In altre parole la formula utilizzata dal legislatore non costituisce un' inutile endiadi, bensì esprime due concetti giuridici differenti.

Il criterio dell' interesse ha una natura fisiologicamente "soggettiva"[28], attiene alla sfera volitiva del soggetto persona fisica agente. Rappresenta, in sostanza, il fine prefigurato dall' autore del reato, che mira ad ottenere un beneficio per l' ente in cui opera. La sussistenza o meno di tale

[28] SANTORIELLO CIRO "*I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo"* in Rivista 231

requisito andrà valutata con un ragionamento *ex ante*, ovvero al momento della commissione del fatto, trattandosi, in altre parole, di una proiezione prognostica effettuata dalla persona fisica al momento di compiere il reato. Di contro, il criterio del vantaggio è apprezzabile oggettivamente e si identifica con gli effetti positivi concretamente percepiti dall' ente in conseguenza del reato commesso dal soggetto persona fisica. Trattasi di una conseguenza del fatto, la cui sussistenza o meno andrà sempre verificata *ex post*, rappresentando, in altre parole, il risultato derivante dalla condotta criminosa. La giurisprudenza maggioritaria ha avallato questa ricostruzione, sostenendo che *"l' espressione normativa non contiene un' endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse 'a monte' per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell' illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato* ex ante, *sicché l' interesse e il vantaggio sono in concorso reale*[29]". Pertanto, considerata l' alternatività dei criteri, per fondare la responsabilità dell' ente sarà sufficiente, in aggiunta agli altri requisiti previsti dagli artt. 6 e 7, accertare la ricorrenza di uno soltanto. Questa ricostruzione viene messa parzialmente in crisi se si considerano le fattispecie colpose previste quali reati-presupposto, ovvero i reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute dei lavoratori, per i quali è incompatibile la previsione di un interesse 'a monte' in capo al soggetto agente, non potendo la fattispecie colposa essere supportata da alcun tipo di volontà. La giurisprudenza ha risolto il dubbio attraverso una rilettura dell' art. 5, giungendo all' interpretazione secondo cui i criteri dell' interesse e del vantaggio non vanno considerati relativamente al reato complessivamente inteso, ma solo all' elemento della condotta materialmente posta in essere in violazione delle regole di tutela. In altre parole, i due criteri ricorreranno ogni qualvolta sia la violazione stessa della norma cautelare ad essere caratterizzata dal fine di conseguire un beneficio per l' ente; ad esempio attraverso un contenimento dei costi legati alla messa in sicurezza di un impianto. In altre parole, è ben possibile che una condotta attiva od omissiva posta in essere in violazione delle regole cautelari possa essere perpetrata nell' interesse dell' ente o a suo vantaggio, ciò basta perché si possa attribuire all' ente la responsabilità per il reato derivante dalla condotta stessa[30].

E' stato tuttavia precisato, in una recente sentenza della Suprema Corte[31], che nell'ambito delle fattispecie colpose, la punibilità dell'ente non sussiste nel caso in cui la procedura aziendale nel cui ambito è stata commessa la violazione ha carattere di estemporaneità e non risponde a prassi consolidate, conosciute o conoscibili dai soggetti apicali.

[29] Cass. Pen. Sez II, 30 Gennaio 2006, n. 3615; nello stesso senso anche Cass. Pen. Sez. VI 22 Maggio 2013, n. 24559; Cass. Pen. Sez V 4 Marzo 2014, n. 10265 e Cass. Pen. SS.UU. 24 Aprile 2014, n. 38343

[30] Cfr. la già citata sentenza Cass. Pen. SS.UU. 24 Aprile 2014, n. 38343

[31] Cass. Pen. Sez. IV, 9 Dicembre 2019, n. 49775

Infine, il secondo comma dell' art. 5 prevede che la responsabilità dell' ente è esclusa qualora i soggetti apicali o sottoposti abbiano agito nell' interesse esclusivo proprio o di terzi. Questa deroga fa riferimento solo all' interesse e non al vantaggio, con la conseguenza che il secondo comma dell' art. 5 non troverà applicazione ogni qualvolta l'ente abbia comunque ottenuto un beneficio, apprezzabile oggettivamente, dalla commissione del reato, a prescindere da quale fosse l' interesse originario dell' autore persona fisica. La giurisprudenza[32] tuttavia, ha riconosciuto la validità dell' esimente anche in presenza di un vantaggio per l' ente, purché tale vantaggio sia del tutto fortuito, ovvero non attribuibile in alcun modo alla volontà dell' ente e pertanto, non punibile.

## 6. I criteri di imputazione soggettiva

Come accennato, gli artt. 6 e 7 del D. lgs 231/2001 definiscono i criteri sulla base dei quali è possibile delineare soggettivamente il concetto di riprovevolezza[33] e rimproverabilità del comportamento dell' ente, derivante dal fatto di non aver provveduto ad organizzare la propria attività in modo tale da prevenire comportamenti illeciti da parte dei soggetti di cui all' art. 5. In altre parole, gli articoli in questione forniscono il paradigma attraverso cui ricostruire la 'colpa' dell' ente, principio questo essenziale al fine di evitare di cadere nella facile tentazione di un'imputazione automatica e, per altro verso, di superare eventuali profili di incostituzionalità derivanti dalla violazione del principio di colpevolezza ricavato dall' art. 27 della Costituzione e posto alla base di una responsabilità assimilabile, nella sostanza, a quella penale. In generale, si può affermare che la responsabilità dell'ente sorge ogni qualvolta venga commesso un reato-presupposto da un soggetto apicale o da un sottoposto e sia riscontrabile la mancanza di un sistema di gestione e controllo idoneo ad evitare fatti criminosi.

Come anticipato, l'imputazione soggettiva della responsabilità ex D.lgs 231/2001 segue due distinti regimi che dipendono dalla posizione ricoperta dal soggetto persona fisica autore del reato (apicale o sottoposto). Distinzione che rispecchia la tradizionale dicotomia tra illeciti penali che sono espressione di una sorta di volontà, o politica di impresa, dell'ente nel cui interesse o vantaggio sono commessi, e illeciti che invece costituiscono il risultato di carenze organizzative interne nell'ambito dei controlli e della sicurezza. I primi sono fisiologicamente commessi a seguito di decisioni degli organi di vertice e pertanto, i loro autori andranno inquadrati nella categoria degli apicali, i secondi invece attengono principalmente alla categoria dei sottoposti.

[32] Cass. Pen. Sez. VI 2 Ottobre 2006, n. 32626 e Cass. Pen. Sez. I 29 Ottobre 2015, n.43689
[33] SBISA', op. cit., pag. 38

## 6.1. I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti apicali

La disciplina relativa ai criteri di imputazione soggettiva dell'illecito all'ente per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale è espressa dall'art. 6 del Decreto. Possiamo fin da subito anticipare che in questo caso vale il principio dell' immedesimazione organica e che l'impostazione della responsabilità prevede una sorta di inversione dell'onere della prova[34], per il quale sarà l'ente a dover dimostrare la sussistenza di una delle cause liberatorie previste dalle letterre da a) a d) dello stesso articolo. In questo contesto, insomma, il ruolo ricoperto dai soggetti in posizione apicale giustifica la presunzione *iuris tantum* che essi esprimano la volontà dell'ente, in quanto è solo tramite il loro contributo che la politica aziendale si manifesta e per questo motivo il requisito soggettivo è stato ritenuto dal legislatore delegato soddisfatto ogni qualvolta il reato-presupposto venga commesso da una persona fisica che abbia poteri di rappresentanza, amministrazione, direzione nonché gestione e controllo di fatto dell' ente. Per evitare dubbi di legittimità costituzionale legati all'individuazione di una forma di imputabilità oggettiva, il legislatore ha previsto, sempre all'art. 6, le già citate prove liberatorie di cui alle lettere a)–d). Tali prove sono finalizzate alla dimostrazione dell'efficienza e della idoneità del sistema di prevenzione e controllo, delineato dai c.d. modelli di gestione e organizzazione (di cui infra, capitolo II). La sussistenza di ciascuna di queste circostanze, garantisce l' esenzione da responsabilità dell'ente.

In concreto, l'ente può difendersi dall'imputazione di un illecito se fornisce la prova che: a) l´organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l´osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell´ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell´organismo di cui alla lettera b).

Quanto ai modelli di cui alla lett. a), essi costituiscono un sistema strutturato di protocolli e regole di comportamento, di natura precauzionale e preventiva, presidiati da appositi meccanismi di controllo predisposti dall'organo dirigente dell'ente. La loro idoneità dovrà essere accertata caso per caso, in una prospettiva ex ante, dal giudice penale. In questa sede, è bene sottolineare che tale giudizio avrà ad oggetto una valutazione di tipo probabilistico, basato su criteri di logica e comune esperienza, e dovrà tenere particolarmente in conto della specificità del modello rispetto alle peculiarità dell' ente e la sua concreta ed efficace attuazione. Tradizionalmente la valutazione

[34] In realtà, come chiarito da Cass. Pen. Sez. VI, 16 Luglio 2010, n. 27735, la norma non prevede una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto grava comunque sull'accusa dimostrare la sussistenza del reato e l'insufficienza della regolamentazione interna, mentre è rimessa all'ente la possibilità di fornire le prove liberatorie.

sull'idoneità del modello si traduce in due fasi[35]: la prima, nella quale il giudice espunge dalla sua analisi tutti gli elementi e le circostanze esistenti ma conoscibili solo *ex post* dall'ente; la seconda, fondata sul parametro *id quod plerumque accidit,* tramite la quale il giudice valuta se il modello, all' atto della sua adozione, possedeva tutti i requisiti necessari, data la peculiare attività svolta dall'ente e la sua organizzazione interna, a scongiurare il pericolo di commissione di reati della specie di quello verificatosi.

Quanto al requisito di cui alla lett. b) è necessario che l'ente fornisca la prova di aver affidato il compito di vigilare sull'osservanza e sull'aggiornamento del modello sub lett. a) ad un organismo, detto Organismo di Vigilanza (OdV) interno all'ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, e in grado di effettuare monitoraggi costanti ed effettivi soprattutto sulle aree aziendali più "critiche", ovvero quelle nel cui ambito è più probabile la commissione dei reati. L'O.d.V, in altre parole, verifica il rispetto delle regole e delle precauzioni stabilite dai modelli. Quanto alla questione dell'aggiornamento, poiché il compito di adottare il modello è riservato per espressa previsione di legge all'organo dirigenziale, si ritiene che anche ogni sua modifica o aggiornamento futuri siano prerogative dei vertici aziendali, piuttosto che dell' Organismo di Vigilanza[36]. La lettera b) dell' articolo 6 va pertanto letta nel senso che a quest ultimo è riconosciuto soltanto un potere-dovere di proposta di aggiornamenti, sulla base delle analisi e valutazioni effettuate nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo.

Quanto al requisito sub lett. c), esso esprime, forse più degli altri, l'esigenza di dimostrare l'assenza di *deficit* organizzativi aziendali interni all'ente. Tramite la formula utilizzata dal legislatore delegato, infatti, si vuol porre l'accento sul fatto che il modello deve avere un'efficacia preventiva tale che soltanto aggirandolo fraudolentemente è possibile commettere reati. In altre parole, per escludere il rapporto di immedesimazione organica, e quindi la responsabilità dell'ente, il modello deve rappresentare un ostacolo pressoché insormontabile per gli autori del reato. In particolare, come è stato chiarito dalla giurisprudenza, "*La natura fraudolenta della condotta del soggetto apicale costituisce, per così dire, un indice rivelatore della validità del modello [...] essa non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni del modello, […] ma deve consistere in una condotta ingannevole falsificatrice, obliqua, subdola, cioè in un vero e proprio disegno criminoso volto ad aggirare i controlli disposti per impedire la commissione del reato-presupposto*[37]**"**

Infine, per quanto riguarda il requisito della sufficiente vigilanza da parte dell' organismo a ciò deputato di cui alla lett. d), esso esprime l'esigenza che, laddove venga accertata la commissione

[35] SBISÀ, op. cit. p. 40
[36] LECIS UGO "*L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*" in Rivista 231
[37] Cass Pen. Sez V, 30 Gennaio 2014, n. 4677

di un reato attraverso un'elusione fraudolenta del modello, non sia comunque ravvisabile un profilo di colpevolezza dell'ente relativo alla vigilanza e sicurezza interna.

## 6.2. I criteri di imputazione soggettiva per i soggetti sottoposti all'altrui direzione

A differenza di quanto avviene per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale, i criteri di imputazione soggettiva previsti dall'art. 7 del Decreto risultano più incentrati su un paradigma tipicamente colposo. La norma in questione infatti, prevede che la responsabilità dell'ente per un fatto commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione sussiste ogni qualvolta sia riscontrabile una fattispecie di agevolazione colposa, costituita dall' inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, ovvero da deficit organizzativi che hanno cagionato lacune nei sistemi di controllo interni. Si tratta in sostanza, di una particolare forma di *culpa in vigilando*[38], caratterizzate per il fatto di avere natura impersonale, non essendo riferibile direttamente ad una persona fisica, bensì all'ente complessivamente e collettivamente inteso. L' inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza è esclusa nel caso in cui l'ente abbia preventivamente adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Anche in questo caso quindi, il legislatore delegato ha escluso la responsabilità per quell'ente che si sia efficacemente adoperato nel senso della prevenzione della commissione di reati. Affinché il modello possa esplicare la sua efficacia esimente, è necessario che anche in questo caso il giudice proceda ad una valutazione circa l'idoneità dello stesso alla prevenzione. Tale giudizio dovrà essere svolto tenendo conto dei criteri indicati dall'art. 7, commi 3 e 4, ovverosia accertando che: 1) il modello contenga, in relazione alla natura e alla dimensione dell´organizzazione nonchè al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell´attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio; 2) siano state compiute una verifiche periodiche e apportate eventuali modifiche allo stesso ogni qualvolta siano state scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando siano intervenuti mutamenti nell´organizzazione o nell´attività; 3) il modello preveda un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure in esso indicate.

Diversamente dal caso di cui all' art. 6, tuttavia, nel caso di reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente da persone fisiche sottoposte ad altrui direzione, l'onere di dimostrare l'adozione ed efficace attuazione nonché l'idoneità del modello non graverà sull'ente. Infatti, come anticipato, il sistema di imputazione qui in esame segue il paradigma colposo, e l'avvenuta o meno adozione di un modello rappresenta un requisito del fatto tipico colposo, come tale oggetto

[38] PALIERO CARLO ENRICO, "*La colpa di organizzazione – I° parte"* in Rivista 231

di prova da parte dell'accusa, alla quale spetterà l'onere di provare l'inidoneità o la mancata adozione o efficace attuazione del modello, nonché, più in generale, il mancato adempimento degli obblighi di vigilanza[39].

## 7. L'autonomia della responsabilità dell' ente

L' articolo 8 del D. lgs. 231/2001 fonda l'innovativo principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente dalla responsabilità della persona fisica, autrice materiale del fatto antigiuridico. Dispone infatti, il primo comma, che: "La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia". La *ratio* di tale scelta legislativa risiede nel fatto che "il problema della mancata individuazione della persona fisica autrice del reato, lì dove l'illecito si collochi in un'attività d'impresa complessa, è un fenomeno diffuso ed insito nella difficoltà di attribuire responsabilità personali nell'ambito di organizzazioni articolate[40]" e pertanto, si è voluto evitare che una complessa struttura della compagine aziendale, tale da rendere oggettivamente impossibile ricollegare il reato ad una persona fisica, possa fungere da pretesto a favore dell'ente per sfuggire a eventuali responsabilità per fatti penalmente rilevanti. Ciò che risulta assai possibile soprattutto in relazione a quei reati frutto di contributi causali di diversi soggetti che cooperano a diverso titolo fra loro.

Peraltro, la responsabilità dell' ente è da inquadrarsi come "aggiuntiva e non sostitutiva[41]" rispetto a quella della persona fisica autrice del reato, il quale, evidentemente, si pone in rapporto di prodromicità rispetto all'illecito amministrativo ex D.lgs 231/2001. Di conseguenza, data l'unicità del fatto illecito, l'autonomia disciplinata dall'art. 8 è da intendersi come di tipo processuale, per cui l'accertamento della colpevolezza dell'ente ha origine dal reato, ma si sviluppa come titolo autonomo[42].

La possibilità di punire l'ente per un reato-presupposto il cui autore non è stato individuato, induce ad affermare che l'accertamento della responsabilità dell'ente presuppone l'esistenza della tipicità del fatto, caratterizzata in termine di obiettiva antigiuridicità, non essendo anche necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Secondo un'importante sentenza della Cassazione, l'applicabilità dell'art. 8, comma 1, lett. a), trova un limite implicito legato ai criteri di imputazione applicabili al caso concreto. Infatti, come si è detto, è prima di tutto indispensabile, pur non individuando l'autore del reato, poter accertare che lo stesso rientri in una delle categorie indicate dall'art. 5 del D. lgs 231/2001, ovvero, che lo

[39] SBISA', op. cit. p. 43

[40] DI GERONIMO PAOLO "*L'autonomia della responsabilità dell'ente ed i problemi conseguenti all'omessa individuazione della persona fisica autrice del reato"* in Rivista 231 n. 4-2016

[41] Cass. Pen. Sez. VI 22 Aprile 2004, n. 18941

[42] Cass. Pen. Sez. II 16 Giugno 2015 n. 29512

stesso sia una persona fisica inserita nella compagine organizzativa aziendale, e che il reato non è stato commesso nell' esclusivo interesse proprio o di terzi. In secondo luogo, dato il diverso regime di imputazione soggettiva previsto dagli artt. 6 e 7 per i soggetti apicali e i sottoposti, "deve comunque essere individuabile a quale categoria appartenga l'autore del reato non identificato, se cioè si tratti di un soggetto c.d. apicale ovvero di un dipendente, con conseguente applicazione dei diversi criteri di imputazione e del relativo regime probatorio; allo stesso modo dovrà essere possibile escludere che il soggetto agente abbia agito nel suo esclusivo interesse, dovendo quindi risultare che il reato sia stato posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente. E' evidente come, nelle ipotesi di responsabilità Decreto Legislativo n. 231 del 2001, ex articolo 8, si pone il problema della individuazione della categoria di appartenenza dell'autore 'ignoto' del reato, con tutto ciò che ne consegue, ma si tratta di un problema che deve essere risolto sul piano probatorio. Solo quando il giudice è in grado di risalire, anche a livello indiziario, ad una delle due tipologie cui si riferiscono gli articoli 6 e 7 Decreto Legislativo cit., potrà pervenire ad una decisione di affermazione della responsabilità dell'ente, anche in mancanza dell'identificazione della persona fisica responsabile del reato, ricorrendo, ovviamente, gli altri presupposti."[43] La Cassazione, pertanto, pur ribadendo il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente e della tendenziale irrilevanza della mancata individuazione dell'autore del reato, pone una rilevante limitazione all'assolutezza del principio.

Quanto alla lettera b) dell'art. 8, essa prende in esame le ipotesi in cui il reato-presupposto si estingua per una causa diversa dall'amnistia, ribadendo anche in questo caso, il principio di autonomia dell'ente. Il caso in esame non riguarda le ipotesi di *abrogatio criminis* o di eliminazione del reato dal catalogo dei reati-presupposto, per le quali dovrebbe operare il principio di cui all'art. 3, comma 1, che esclude alla radice la responsabilità dell'ente. Le ipotesi invece previste dalla norma qui in esame riguardano quei casi in cui il reato permanga nella sua oggettività, venendo meno solo i requisiti necessari per la comminazione della sanzione penale, ovvero quelle ipotesi che incidano sulla sfera della punibilità del fatto. Tra le cause di estinzione del reato che lasciano persistere la responsabilità dell'ente troviamo la morte del reo, l'oblazione e la sospensione condizionale della pena. Per queste tre ipotesi la scelta legislativa appare coerente con i principi di diritto penale anche con riferimento al disposto dell'art. 182c.p. che sancisce l'applicabilità delle cause di estinzione solo a coloro nei quali l' estinzione del reato si riferisce.

Più controverse sono le ipotesi di remissione della querela e della prescrizione. Per quanto riguarda la prima, come è stato sottolineato dalla dottrina[44], appare irragionevole lasciare aperta

[43] Cass. Pen. Sez. VI, 7 luglio 2016 n 28299
[44] Cfr SBISA', op. cit., p. 47

la strada dell'accertamento della responsabilità dell'ente quando l'azione nei confronti della persona fisica è rimasta inattiva. Dovrebbe in tal caso applicarsi l'art.37 del Decreto che prevede l'improcedibilità nei confronti dell'ente "quando l'azione penale non può essere iniziata o non può essere proseguita per la mancanza di una condizione di procedibilità".

Più rilevante è la seconda ipotesi, ovvero quella riguardante la prescrizione. Infatti, l'art. 22 prevede un regime prescrizionale, di chiara matrice civilistica, per cui le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data della consumazione del reato-presupposto. Tali termini restano sospesi per tutta la durata del processo. Tale disciplina introduce un regime di maggior rigore per l'ente, tale per cui risulta altamente probabile assistere a casi in cui la sanzione amministrativa dell'ente sopravviva al reato-presupposto. Tale discrasia era (ed è tuttora, salvo le precisazioni che seguono) attenuata dagli artt. 60 e 67 del Decreto, in base ai quali, il giudice, qualora la prescrizione del reato presupposto intervenga prima della contestazione dell'illecito amministrativo, debba dichiarare la decadenza dalla contestazione e conseguentemente emettere sentenza di non luogo a procedere. Sulla base di queste considerazioni, quindi, l'effetto della prescrizione del reato-presupposto sulla sanzione amministrativa può essere nullo in base al principio di autonomia ex art. 8 (se intervenuta prima della contestazione dell'illecito amministrativo) oppure estintivo della responsabilità dell'ente (se intervenuta prima). A questo riguardo merita di essere segnalato che dal 1° Gennaio 2020 è entrata in vigore la Legge 9 Gennaio 2019, n. 3, che ha introdotto un'importante, e controversa, riforma della prescrizione dei reati delle persone fisiche. A partire da tale data, il corso della prescrizione è bloccato a partire dalla sentenza (di condanna o di assoluzione) di primo grado o dal decreto penale di condanna e rimane sospeso fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o di irrevocabilità del decreto penale di condanna. Di conseguenza dovrebbero ridursi, se non scomparire del tutto, i casi in cui l'illecito amministrativo sopravvive alla prescrizione del reato-presupposto, almeno per quanto riguarda quelli commessi dopo l'entrata in vigore della riforma.

Accanto alle ipotesi di estinzione del reato c.d. generali, l' art. 8 ricomprende nel suo ambito anche la cause di estinzioni specificamente previste per alcuni tipi di reati-presupposto. E' il caso ad esempio, della restituzione degli utili o della ricostituzione delle riserve (art. 2627, ultimo comma c.c.), della ricostituzione del capitale sociale o delle riserva (art. 2628, ultimo comma c.c.), il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio (artt. 2629, ultimo comma, c.c. e 2633, ultimo comma, c.c.), con riferimento ai reati c.d. societari previsti dall'art. 25-ter del Decreto.

Infine, come anticipato, l' amnistia rappresenta l'unica eccezione prevista dall'art. 8 al principio dell'autonomia dell'ente, a cui si aggiungono le ipotesi ex. Art. 37 e 60 già richiamate. Ciò in quanto "le valutazioni politiche sottese al relativo provvedimento (sono, ndr) suscettibili, in linea

di massima, di valere anche nei confronti degli enti"[45]. Tuttavia, nei successivi commi 2 e 3 dello stesso art. 8 il legislatore ha confermato l'autonomia della responsabilità dell'ente riconoscendo, da un lato, che l'amnistia si applica a favore dell'ente anche qualora l'imputato persona fisica vi abbia rinunciato, e dall' altro, che l'ente possa rinunciare autonomamente all'amnistia.

## 8. L' apparato sanzionatorio

Gli artt. 9 e ss. Del Decreto forniscono la disciplina generale da applicarsi al regime sanzionatorio nei confronti dell'ente. Come anticipato, le sanzioni previste a carico dell' ente sono "tipicamente amministrative" e sono elencate nell'articolo 9. Esse consistono in sanzioni amministrative pecuniarie (comma 1, lett. a), sanzioni interdittive (comma 1, lett. b), confisca (comma 1, lett. c) pubblicazione della sentenza (comma 1, lett. d).

### 8.1. Sanzione pecuniaria

Per quanto riguarda la sanzione pecuniaria, essa si applica sempre per ogni illecito amministrativo (art. 10, comma 1). Il suo importo è commisurato per quote, che vanno da un minimo di cento ad un massimo di mille, il cui valore oscilla tra euro 258,93 ed euro 1549,37 ciascuna (art. 10, commi 2 e 3). Il successivo comma 4 si occupa di escludere l'applicabilità del pagamento in misura ridotta pari a un terzo del massimo o al doppio del minimo *favor rei* previsto dalla Legge 24 Novembre 1981, n. 689. Dato l'ampio margine edittale delle sanzioni (che, sulla base di queste considerazioni, può variare da euro 25.893 ad euro 1.549.370), è indubbio che al giudice è rimessa ampia facoltà discrezionale nel determinare l'esatto importo della sanzione. La *ratio* di tale scelta, come si evince anche dal successivo art. 11, comma 2, è quella di tenere efficacemente conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente al fine di assicurare, da un lato, l'efficacia punitiva della sanzione, dall'altro, assicurare la sopravvivenza dell'ente alla sanzione. Nel determinare l'importo della pena, il giudice deve tenere conto anche della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell´ente nonché dell´attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti (art. 11, comma 1). Della sanzione così commisurata, in deroga alle disposizioni civilistiche, risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune (art. 27). E' stato al riguardo precisato che, se l'ente è una società, questa avrà diritto di regresso nei confronti dei soggetti in posizione apicale che hanno commesso il fatto per l'importo della sanzione pecuniaria pagata[46]. E' invece escluso che possano agire, con azione di responsabilità ex. Art. 2043 c.c., i creditori sociali, i soci e i terzi nei confronti della società[47].

[45] Relazione ministeriale al Decreto Legislativo 231/2001 par. 4
[46] Trib. Milano 13 Febbraio 2008, n. 1774
[47] Cass. Pen. Sez. VI, 22 Gennaio 2011, n. 2251

Il successivo art. 12 prevede i casi di riduzione della sanzione pecuniaria, disponendo, al primo comma, che essa è ridotta della metà e non può comunque essere superiore ad euro 103291.38 se: "l´autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l´ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo" oppure se "il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità". In queste due ipotesi, inoltre, il valore della singola quota è sempre di euro 103,29 (art. 11, comma 3). Il secondo comma dello stesso articolo, invece, prevede una riduzione da un terzo fino alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, "l´ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso" oppure "è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi." Nel caso sussistano entrambe le condizioni, la riduzione è maggiore, dalla metà ai due terzi. In nessun caso, tuttavia, le riduzioni applicate ex art. 12 possono portare all' irrogazione di una sanzione inferiore ad euro 10329,14 (art. 12, comma 4).

## 8.2. Sanzioni interdittive

Per quanto riguarda, invece, le sanzioni interdittive, esse sono elencate dall' art. 9, comma 2, e sono: a) interdizione dall'esercizio dell'attività; b) sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio; d) esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi. La disciplina relativa al regime di applicazione è racchiusa negli artt. 13 e ss. del Decreto. In particolare, e innanzitutto, esse possono essere applicate solo nei casi espressamente previsti, purché ricorra almeno una delle due condizioni di cui alle lettere a) o b), ovvero qualora: "l´ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all´altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative" oppure "in caso di reiterazione degli illeciti". Quanto alla prima condizione, è stato precisato che la nozione di 'profitto di rilevante entità', ai fini delle sanzioni interdittive, non va intesa nel solo senso economico-aziendalistico, tenendo conto del mero margine o utile di guadagno, bensì andrà valutata tenendo conto di "tutti gli elementi che connotano in termini economici l'operazione negoziale"[48].

La durata delle sanzioni interdittive è non inferiore a tre mesi e non superiore a quattro anni (art. 13, comma 2), salvo il caso di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 25, commi 2 e 3 (ovvero per i delitti di cui agli articoli 319, 319-*ter*, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale,

[48] Cass. Pen. Sez. II, 9 Febbraio 2016, n. 11209

nonché per i delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell´articolo 319-*bis* quando dal fatto l´ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-*ter*, comma 2, 319-*quater* e 321 del codice penale) per i quali le sanzioni interdittive hanno durata maggiore (non inferiore a quattro anni e non superiore a sette se il reato è commesso dagli apicali, non inferiore a due anni e non superiore a quattro se è commesso da soggetti sottoposti) e salvi i casi di cui all'art. 16 che consentono, in casi particolarmente gravi, l'applicabilità delle sanzioni interdittive in via definitiva.

Nel determinare il tipo e la durata della sanzione interdittiva da applicare, il giudice deve fare riferimento agli stessi criteri previsti dall'art. 11 per le sanzioni pecuniarie, tenendo conto della specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente e della loro idoneità a prevenire illeciti del tipo commesso (art. 14, comma 1). Con specifico riferimento alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) il divieto può essere limitato a determinati tipi di contratti o a determinate Pubbliche Amministrazioni (art. 14, comma 2). E' inoltre prevista, dal comma 3 dello stesso articolo 14, la possibilità di applicare congiuntamente le sanzioni interdittive, se necessario.

A fini garantistici, è stato inserito il comma 4, che limita l'applicabilità della sanzione ex. Art. 9, comma 2, lett. a) ai soli casi in cui le altre sanzioni interdittive risultino inadeguate.

Allo stesso fine, il legislatore delegato si è occupato di specificare diversi casi in cui è inibita l'irrogazione di una sanzione interdittiva, quand'anche prevista dal reato per cui si procede. In particolare, non si fa ricorso a sanzioni interdittive nelle ipotesi indicate dall'art. 12, comma 1, né nelle ipotesi previste dall'art. 17, ovvero qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, concorrano le seguenti condizioni: "a) l´ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l´ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l´adozione e l´attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l´ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca".

Infine, in luogo della sanzione interdittiva, è prevista la nomina di un commissario giudiziale per la prosecuzione dell'attività qualora l´ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione posa provocare un grave pregiudizio alla collettività, oppure qualora l´interruzione dell´attività dell´ente posa provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull´occupazione (art. 15, comma 1).

## 8.3. Pubblicazione della sentenza e confisca

L' art. 18 prevede che la pubblicazione della sentenza può essere disposta solo quando all'ente è applicata una sanzione interdittiva. Essa è eseguita a spese dell'ente, mediante pubblicazione, per

estratto o per intero, sul sito del ministero della giustizia e affissione all'albo del Comune in cui l'ente ha sede e in quello in cui è stato commesso il fatto. La sanzione in questione ha natura accessoria ed ha un' efficacia prettamente denigratoria nei confronti dell'ente nei cui confronti è pronunciata.

La confisca, invece, è sempre disposta con la sentenza di condanna, risponde all'esigenza di eliminare l'utilità economica o il vantaggio conseguiti dell'ente per effetto dell'attività illecita[49] ed assolve ad una funzione di deterrenza, risponde ad esigenze di giustizia e prevenzione[50]. Ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato e può essere disposta in forma specifica o per equivalente, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede. Per i beni oggetto di confisca può essere applicata la misura del sequestro preventivo ex. Art. 53, per il quale si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 321, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, 322, 322-*bis* e 323 del codice di procedura penale[51].

[49] QUATRARO *"La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex dlgs 231/2001"* Pacini Giuridica, 2019, p. 183

[50] Cass. Pen. SS.UU. 24 Aprile 2014, n. 38343

[51] Cass. Pen. Sez. V, 14 Dicembre 2011, n. 3238 ha precisato che "In tema di responsabilità da reato degli enti, qualora debbano imputarsi al profitto del reato presupposto dei crediti, ancorché liquidi ed esigibili, gli stessi non possono costituire oggetto di un provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, trattandosi di utilità non ancora percepite dall'ente, ma soltanto attese"

# *Capitolo II*
# *I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE*

SOMMARIO: 1. I modelli in generale – 2. I requisiti dei modelli secondo la legge – 3. La compilazione dei modelli – 3.1 il c.d. *Risk Assessment* – 3.2 I protocolli di prevenzione – 3.3 Codice etico – 3.5 Il sistema disciplinare - 4. L'organismo di vigilanza – 4.1 I compiti dell'O.d.V. – 4.2 I requisiti dell'O.d.V. – 4.3 I flussi informativi – 4.4 Le questioni sulle responsabilità dell'Organismo di vigilanza – 5. L'attuazione dei modelli – 6. I canali di segnalazione

## 1. I modelli in generale

Gli articoli 6 e 7 del Decreto prevedono una causa esimente in favore dell' Ente imputato di taluno dei reati presupposto. Essa consiste nel fatto che il soggetto imputato ex. D.lgs 231/01 abbia preventivamente adottato ed efficacemente attuato dei modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire la commissione di reati della specie di quello attribuito al soggetto in posizione apicale (art. 6) o sottoposto all' altrui direzione (art. 7). Affinché tali modelli possano esprimere la loro efficacia esimente, è necessario che venga dimostrata la sussistenza di determinati fattori, espressamente previsti dalla norma, diversi a seconda che il fatto sia commesso da soggetti ex. Art. 6 oppure ex art. 7. Nel primo caso, in virtù del principio di immedesimazione organica (cfr. *Supra* cap. 1 par. 6), l'ente è esente da responsabilità se riesce a dimostrare, con onere della prova a suo carico, 1) di avere adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello organizzativo, 2) di avere affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull' osservanza di tale modello e di curarne l' aggiornamento ad un organismo interno dell' ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (Organismo di Vigilanza), 3) che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente tale modello e 4) che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e il rispetto del modello. Nel secondo caso invece, data la configurabilità, come sopra sottolineato, di una vera e propria *culpa in vigilando* da parte dell' Ente, tale da costituire un elemento essenziale del reato commesso, spetterà all' accusa dare prova del comportamento colposo dell' Ente, il quale, di conseguenza, potrà andare esente da responsabilità semplicemente dimostrando la preventiva adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo. In altri termini, l'adozione ed attuazione del modello, nel caso di cui all' art. 7, determina una "presunzione assoluta di assenza di colpa dei soggetti apicali (e pertanto di assenza di responsabilità dell' Ente) sicché la società non è tenuta a fornire prova di ulteriori condizioni per essere esentata da ogni responsabilità"[52].

La finalità di tali modelli è, innanzitutto, preventiva, in quanto l' organizzazione e le finalità perseguite dall'Ente, così come delineate da un modello idoneo ed efficacemente attuato, mal si prestano a generare comportamenti costituenti illeciti penalmente rilevanti. In secondo luogo, qualora, nonostante una corretta gestione ed organizzazione aziendale, il reato presupposto venga comunque commesso, la presenza di tale modello può escludere in radice la responsabilità dell' Ente, se adottato ed efficacemente attuato prima delle commissione del fatto. In terzo luogo, se il modello viene adottato *post-factum* ma prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, esso può concorrere per l' esclusione dell' applicazione delle sanzioni interdittive di cui all' art. 9, comma 2, (art. 17, lett. b), per una sensibile riduzione delle

[52] Cfr. SBISÀ, op. cit. p. 52

sanzioni pecuniarie di cui all' art. 9 co. 1 (art.12) e per l'inapplicabilità di misure cautelari[53] (art. 49). Anche la semplice dichiarazione, da parte dell' Ente incolpato, di voler procedere all' adozione di un modello idoneo, effettuata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, preclude l' applicabilità di dette misure.

L' adozione di un modello organizzativo di prevenzione dei reati presupposto non rappresenta un obbligo per l' Ente, ma è solamente una condizione per beneficiare di un possibile esonero da responsabilità amministrativa derivante dal reato. Tuttavia, è bene precisare che la mancanza di un idoneo modello può costituire una violazione dei doveri degli amministratori dell' Ente, in particolare dei doveri di adeguatezza dell' assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società di cui all' art. 2381, commi 3 e 5, c.c. e del generale dovere di diligenza nell' esercizio delle proprie funzioni di cui all'art. 2392 c.c.[54] Infatti, se da un lato, gli assetti adeguati (così come previsti dalla riforma generale delle società di capitali, ex D. lgs 17 Gennaio 2003, n. 6) rappresentano un generale obbligo a carico degli amministratori finalizzato ad arginare il rischio di commettere errori o irregolarità di qualsiasi tipo, dall' altro i modelli organizzativi ex. D. Lgs 231/01 rappresentano un più specifico contenuto in cui tale adeguatezza può concretizzarsi. Di conseguenza, una condotta negligente del Consiglio d' amministrazione, o dell' amministratore unico, o dell' amministratore delegato, da un lato potrà essere sicuramente oggetto di segnalazione da parte del Collegio sindacale, di denunzia ex. Art. 2408, nonché essere sottoposta al procedimento ex. Art. 2409 c.c. e dall' altro potrà essere sanzionata con la revoca per giusta causa ex art. 2383 e con l'azione di responsabilità prevista dagli artt. 2392, 2393, 2393-bis, 2394 c.c. se tale atto di "mala gestio" ha cagionato un danno al patrimonio sociale, ovvero ha reso lo stesso insufficiente a soddisfare i creditori[55]. Merita di essere segnalato, inoltre, che il dovere da parte degli amministratori, di provvedere all' adozione di modelli di monitoraggio e prevenzione dei principali rischi, può essere ricavato anche da fonti non primarie, tra cui il "Codice di Autodisciplina delle società quotate"[56], che all'art. 7 dispone *"Ogni emittente si dota di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i*

[53] In particolare, le misure cautelari applicabili coincidono, in virtù del richiamo dell' art. 45, comma 1, con le sanzioni interdittive elencate all' art. 9, comma 2. Da ciò deriva che non può essere applicata, in via provvisoria, una misura cautelare corrispondente ad una sanzione interdittiva la cui irrogazione non è prevista all' esito del giudizio di merito e in relazione al tipo di illecito contestato. (cfr. Cass. Pen. Sez. II 26 Febbraio 2007, n. 10500).

[54] Sul punto vedasi Trib. Civ. Milano sez. VIII 13/02/2008 n. 1774 che ha confermato la responsabilità civile dell' amministratore da inadeguatezza organizzativa per mancata adozione del modello organizzativo 231.

[55] Cfr. QUATRARO, op. cit. pp. 45 e ss, nonché SBISÀ, op. cit. p. 53

[56] Approvato dal *Comitato per la corporate governance* nel Marzo 2006, modificato nel Marzo 2010 e aggiornato nei mesi di Dicembre 2011, Luglio 2014, Luglio 2015 e Luglio 2018.

*modelli di riferimento e le* best practices *esistenti in ambito nazionale e internazionale";* nonché dal "Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A."[57] il quale impone alle società che intendano ottenere la qualifica di STAR per i propri strumenti finanziari ammessi alla quotazione, tra i vari requisiti, anche quello di *"aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'articolo 6 del decreto legislativo 231/2001";* (art. 2.2.3, comma 3, lettera l). Si segnala infine, il disegno di legge n. 726 del 2018 volto a renderlo obbligatorio per tutte le Società a responsabilità limitata, le Società per azioni, le Società in accomandita per azioni, le Società cooperative e le società consortili che superino determinati requisiti di fatturato, al momento rimesso all' approvazione da parte del Senato.

## 2. I requisiti generali dei modelli secondo la legge

Riguardo al contenuto dei modelli organizzativi di prevenzione dei reati il Decreto fornisce un'indicazione di alcuni requisiti generali. Gli artt. 6 e 7, infatti, si limitano a prevedere che tali modelli debbano:

1) Individuare, tramite apposita attività di analisi dei rischi (c.d. Risk assesment) le attività svolte dall'Ente nell' ambito delle quali risulti possibile la commissione dei c.d. reati-presupposto;
2) Contenere "specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni" dell'Ente in relazione ai reati da prevenire nonché "Modalità di gestione delle risorse finanziarie" idonee a impedire la commissione di tali reati
3) Prevedere l'istituzione di un Organismo di Vigilanza, dotato di "autonomi poteri di iniziativa e controllo", cui spetta il compito di "vigilare sul funzionamento e l'attuazione" del modello e di curarne l'aggiornamento
4) Prevedere "Obblighi di informazione" nei confronti di tale organo
5) Contenere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare le violazioni del modello.

I commi 2-bis, 2-ter e 2-quater dell'articolo 6, aggiunti dalla Legge n. 179/17, hanno introdotto la disciplina del c.d. *whistleblowing*, ovvero l'insieme di procedure predisposte dall'ente per consentire al personale interno di segnalare all' Organismo di Vigilanza, con le garanzie di tutela e riservatezza previste dalla norma, comportamenti censurabili in quanto contrari alle norme imperative di legge o alle disposizioni del Modello 231 o dei regolamenti aziendali interni compiuti da altri soggetti all'interno dell'organizzazione aziendale,[58] (Infra, par. 6).

Sempre l'art. 6, al comma 3, delega la specificazione del contenuto dei modelli ai "Codici di comportamento" redatti dalle associazioni rappresentative degli Enti e comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro 30 giorni,

[57] Deliberato dal Consiglio di Amministrazione di Borsa Italiana in data 18 Luglio 2019 e approvato dalla Consob con delibera n. 21018 del 31 Luglio 2019

[58] BASCELLI "*Possibile ruolo dei whistleblowing schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilita' con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*" in rivista 231

osservazioni. Lo stesso legislatore, quindi, ha riconosciuto fin da subito l'importanza del contributo delle associazioni di categoria al fine di ampliare le caratteristiche e il contenuto del modello, per meglio adempiere alla sua funzione preventiva. Nei quasi 20 anni di operatività del D. lgs. 231/2001 sono numerose le linee guida adottate, in attuazione del terzo comma dell'art. 6, nell'ambito delle più importanti associazioni di categoria, tra cui, a titolo semplificativo, Confindustria[59], ABI, ANIA[60], ANCE[61] (Associazione Nazionale Costruttori Edili), ANCPL[62] (Associazione Nazionale delle Cooperative di Produzione e di Lavoro), Assobiomedica[63] e Fise-Assoambiente[64]. Queste linee guida, nel corso della loro applicazione hanno contribuito a formare quello che possiamo definire lo "Standard" da seguire per la costruzione e la definizione dei modelli di organizzazione e gestione[65]. E' bene chiarire fin da ora, tuttavia, che tali linee guida non sono vincolanti per il giudice in sede di valutazione sull' idoneità del modello a prevenire reati. La sua efficacia esimente, pertanto, non opererà automaticamente per il semplice fatto di avere, l' Ente, rispettato i criteri stabiliti dalla propria associazione di categoria di appartenenza. In altre parole, come sottolineato dalla giurisprudenza[66], a favore di tali associazioni di categoria non opera alcuna "delega disciplinare", né alcun rinvio *per relationem* ai codici di condotta da esse redatti, i quali di conseguenza, potranno assurgere a livello di paradigma nella compilazione del modello di organizzazione e gestione, il quale, tuttavia, "deve poi essere calato nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione". Non esiste quindi un unico modello organizzativo, ottimale e perfetto, valido per ogni ente, né uno standard organizzativo assoluto, il cui mero recepimento da parte dell' organo amministrativo possa automaticamente sottrarre al giudice penale il potere-dovere di valutare l' idoneità del modello organizzativo nel caso specifico[67].

## 3. La compilazione dei modelli

La costruzione di un Modello organizzativo che possa essere considerato idoneo rappresenta un procedimento complesso, che richiede diverse attività, le quali dovranno essere svolte tenendo conto degli obiettivi indicati dagli artt. 6 e 7. Lo svolgimento di alcune delle attività in questione si fonda in maniera consistente su principi più generali di corporate governance e valutazione dei rischi dettati dall' *Internal Control Integrated Framework, cd. CoSO Report,* e dall' *Enterprise Risk*

[59] "*Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto legislativo 8 Giugno 2001, n.231"* approvate in data 7 Marzo 2002
[60] "*Linee guida per il settore assicurativo ex art. 6, comma 3, del d. lgs 8.6.2001, n. 231"*
[61] *"Codice di comportamento delle imprese di costruzione"*
[62] *"Linee guida ANCPL per la predisposizione dei modelli di organizzazione e gestione"*
[63] "*Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs 231/2001"*
[64] *"Modelli organizzativi e sistemi di gestione ambientale alla luce dell' estensione del D. lgs 231/2001 ai reati contro l' ambiente"*
[65] Cfr. SBISÀ, op. cit. pp. 54-55, e QUATRARO, op. cit. pp. 29-30
[66] Cass. Pen. Sez. V, n. 4677/2014
[67] Cfr. SANTORIELLO "*La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi"* in *Rivista 231* n. 2/2019

*Management,* rispettivamente del 1992, aggiornato nel 2013, e del 2004. Tali documenti sono stati redatti dal Committe of Sponsoring Organisation (CoSO) of Tradeway Commission che ha predisposto varie linee guida finalizzate a permettere una efficace ed efficiente gestione integrata dei rischi di impresa. La comprensione del rischio aziendale e le sue ripercussioni nei processi di business risultano dunque fondamentali per la predisposizione di misure adeguate di contenimento o di annullamento dei medesimi[68].

Quanto disposto dalla legge relativamente ai contenuti dei modelli di organizzazione e gestione è stato ampliato dalle suddette linee guida elaborate dalle associazioni di categoria, le quali hanno fornito ulteriori indicazioni pratiche sulla predisposizione di detti modelli, volte alla definizione di un complesso di requisiti di idoneità di detti modelli; Vediamo qui di seguito gli sviluppi delle c.d. "Best practices" nel corso di ormai 20 anni di applicazione del Decreto, ribadendo che, come anticipato, il rispetto di tali linee non è comunque di per se sufficiente ad escludere la responsabilità dell' Ente, dovendosi valutare caso per caso l' idoneità del modello a prevenire i reati.

## 3.1. Il c.d. *risk assessment*

Il c.d. "*Risk assessment"* è il procedimento preliminare nella costruzione di un idoneo modello di organizzazione e gestione. Consiste in una complessa e dettagliata mappatura di tutte le aree aziendali dell' Ente, necessaria all' elaborazione di un completo "*Check up* aziendale[69]". La mappatura dei rischi nei processi aziendali consente di individuare, con particolare dettaglio, i possibili comportamenti, nelle aree maggiormente a rischio, da cui possa discendere, nel caso in cui venga accertata la commissione di un reato-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, la responsabilità amministrativa prevista dal D.Lgs. 231/2001. Il processo, che risulta essere propedeutico alla costruzione del Modello, indirizza anche continue azioni di miglioramento e di rafforzamento delle misure preventive alla commissione dei reati di ambito "D.Lgs. 231/2001", in quanto il modello organizzativo necessita di una costante attività di follow-up[70] e aggiornamento (art. 6 comma 1, lett. b). Secondo le linee guida il modello deve prevedere in primo luogo l'inventariazione degli ambiti aziendali di attività, attraverso una periodica revisione completa della realtà aziendale al fine di identificare le aree che, per la natura e le caratteristiche delle attività svolte, risultino interessate dal rischio di commissione di reati presupposto. Nell'ambito di questo procedimento di revisione dei processi e delle funzioni a rischio, è opportuno identificare i soggetti sottoposti all'attività di monitoraggio, tra cui possono rientrare anche coloro che sono legati all'impresa da rapporti di parasubordinazione (ad esempio gli agenti) o da altri rapporti di

[68] Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (CNDCEC) "Documento 1 dicembre 2018" p. 3, in *Il sole 24 Ore*
[69] CNDCEC, op. cit. p. 3
[70] CNDCEC, op. cit. P. 4

collaborazione, come i partner commerciali, nonché i dipendenti ed i collaboratori di questi ultimi[71]. In secondo luogo questa attività deve comprendere un' analisi dei rischi potenziali, ovvero una valutazione, finalizzata ad una corretta progettazione delle misure di prevenzione, sulle possibili e concrete modalità di commissione di reati presupposto all' interno delle aree di rischio individuate e mappate, tenuto conto anche delle vicende passate dell' Ente, della sua localizzazione geografica, dei suoi rapporti con la Pubblica Amministrazione, del suo contesto operativo, del suo grado di trasparenza, nonché di eventuali illeciti commessi da altri Enti operanti nello stesso settore,[72] . In questa fase, dunque, occorre "immedesimarsi" nei panni del possibile reo e prevedere le sue possibili azioni[73] . Particolarmente precisa dovrà essere, infine, la descrizione, dei punti di controllo specifici istituiti nell' ambito di ogni attività a rischio, con particolare attenzione alla verifica della loro idoneità a fornire un sufficiente controllo preventivo su comportamenti che potrebbero portare alla commissione di reati- presupposto e a generare responsabilità in capo all' Ente[74]. L'attività di *risk assessment* si conclude con la predisposizione di una matrice di valutazione dei rischi nelle varie aree aziendali mappate, in cui vengono catalogati i processi sensibili, i comportamenti a rischio, le funzioni aziendali interessate e le misure di contrasto già esistenti e quelle da adottare[75]. All' interno della matrice il risultato complessivo di questa complessa analisi è rappresentato solitamente da un numero che indica il livello di rischio "inerente[76]" e che tiene conto della probabilità che il rischio si realizzi, della gravità ed entità dell' evento (c.d. impatto) e delle conseguenze in capo all' Ente, nonché dell' apprezzamento dell' efficacia delle eventuali procedure già in essere volte alla prevenzione e al contenimento del rischio. In base al risultato della valutazione, il rischio potrà essere considerato trascurabile, basso, medio-basso, medio, medio-alto, alto. In questo modo è possibile individuare le aree e i processi aziendali nei quali è necessario intervenire con priorità di azione al fine di arginare all' interno della teorica soglia di accettabilità i rischi individuati e mappati[77] (c.d. rischio "residuo").

## 3.2. I protocolli di prevenzione

Per quanto concerne il sistema di protocolli di prevenzione e le modalità di gestione di cui all' art. 6 comma 2, si può affermare preliminarmente che essi individuano i criteri di condotta e i risultati

[71] Cfr. Linee guida di Confindustria, p. 33
[72] Cfr. Linee guida di Confindustria, p. 34
[73] Cfr. SBISÀ. Op. cit. p. 93
[74] Cfr. CNDCEC "*Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231"* , p. 4
[75] CNDCEC "*Responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex d. lgs 231/2001. Ambito di intervento del commercialista",*
[76] CNDCEC op. ult. cit.
[77] In particolare, nella prassi si ricorre all' utilizzo di formule logico sistematiche necessarie per rendere il più oggettivo possibile il giudizio circa l' entità del rischio in determinati settori. Tali formule utilizzano parametri quali probabilità che l' evento si verifichi, gravità, possibili conseguenze per l' ente, eventuali episodi simili precedentemente riscontrati, periodicità dell' attività a rischio. Sul punto vedasi più diffusamente PRESENTATO ALBERTO, PRESENTATO ELISA "*Organismo di Vigilanza (ex d. lgs 231/2001)"* pp.223 ss e RAVASIO STEFANO "*Metodi per misurare l'efficace attuazione del modello organizzativo: valutazione del rischio in fase di adeguamento e pesatura del rischio residuo in fase di attuazione del modello*" in *Rivista 231* n. 2-2014

attesi nell'esecuzione di un determinato processo aziendale. Predispongono, in concreto, l'insieme di azioni operative da attivare per la marginalizzazione e gestione del rischio di commissione dei reati-presupposto[78]. Essi hanno rappresentato storicamente il nodo cruciale dei modelli di organizzazione e gestione, in quanto rappresentano la concreta risposta dell' ente al rischio emerso dalla fase di valutazione preliminare (*supra* par. precedente). La loro finalità è quella di ridurre al minimo le condizioni di criticità da cui possa scaturire la commissione di taluni reati-presupposto, intervenendo (congiuntamente o disgiuntamente) per ridurre l' impatto e le probabilità di realizzazione del rischio. La giurisprudenza si è sempre pronunciata sull' importanza che un protocollo specifico, dettagliato e adeguato al contesto operativo dell' Ente, assume ai fini dell'esclusione della responsabilità dell'ente stesso. In particolare, nel merito, la Magistratura ha messo in evidenza e ribadito come non siano adeguati quei protocolli di prevenzione i quali - proprio in relazione ai reati rientranti nella area di rischio delle società in esame - "si limitano ad enunciati privi di un qualsiasi contenuto concreto ed operativo[79]". Nell' ordinanza citata è stata dichiarata la inidoneità esimente di quel modello che, proprio in relazione ai "protocolli" abbia previsto, semplicisticamente, la "predisposizione di meccanismi di archiviazione delle scritture contabili atti ad una ricostruzione rapida e precisa della vita contabile societaria": al riguardo è stata sottolineata la "estrema genericità ed astrattezza della previsione che non indica quali siano concretamente le modalità, i meccanismi ed i tempi di archiviazione delle scritture e, dunque, gli effettivi poteri di controllo esercitabili dall'Organo di Vigilanza". Le linee guida di Confindustria indicano, quali principi fondamentali da seguire nella costruzione di un modello, che all' interno di ciascuna area sensibile ogni operazione, transazione, azione debba essere verificabile, documentabile, coerente e congrua; che nessuno possa gestire in autonomia un intero processo aziendale (Per tale motivo, la struttura delle procedure aziendali deve garantire la separazione tra le fasi di: decisione, autorizzazione, esecuzione, controllo, registrazione e archiviazione[80]); che i controlli debbano essere documentati[81]. In pratica tali protocolli devono prevedere, in particolare:

- un codice etico, rappresentativo dei principi di comportamento e dei valori aziendali primari cui l'Ente intende conformarsi; esso deve costituire profilo di riferimento per ogni realtà imprenditoriale la raccomandazione di un elevato standard di professionalità, nonché il divieto di comportamenti che si pongano in contrasto con le disposizioni legislative e con i valori

[78] LEDDA "*I protocolli nei modelli organizzativi"* in *Rivista 231* n. 4-2011
[79] Trib. Milano, ordinanza del GIP del 20 Settembre 2004 – 9 Novembre 2004
[80] Cfr. CNDCEC, "*Documento 1 Dicembre 2018"*. p. 10
[81] Cfr. Linee guida di Confindustria, pp. 44-45

deontologici. Esso fissa la "carta dei principi fondamentali dell' Ente", ha lo scopo di promuovere e incentivare la cultura dell' etica e della trasparenza all' interno dell' azienda[82];

- una regolamentazione dello svolgimento delle varie aree mappate, con la previsione di un sistema organizzativo sufficientemente aggiornato, formalizzato e chiaro, che attribuisca le responsabilità nei vari settori, definisca le linee di dipendenza gerarchica, indichi minuziosamente i compiti e le funzioni di ciascun soggetto all' interno delle aree sensibili e garantisca la tracciabilità delle attività svolte[83];
- la separazione tra le funzioni operative e quelle di controllo al fine di evitare situazioni di conflitto di interesse nell'assegnazione delle competenze[84];
- meccanismi di procedimentalizzazione delle decisioni, che rendano documentabili e verificabili tutte le fasi del processo decisionale, così da rendere inattuabili gestioni improprie di risorse finanziarie dell' Ente[85];
- Un adeguato sistema, integrato e documentato, comprensivo di tutte le deleghe di funzioni e procure aziendali, che attribuisca i poteri autorizzativi e di firma secondo criteri in coerenza con l'attribuzione di responsabilità gestionali, tenuto conto anche delle modalità di opposizione delle procure a terzi, e che garantisca che ogni delega e potere di firma venga formalizzato, indichi specificamente i soggetti delegati e i limiti della delega, preveda meccanismi di controllo sul delegato, preveda sanzioni in caso di violazione dei poteri delegati[86]. (E' inoltre opportuno illustrare, anche sinteticamente la *governance* dell' Ente[87]);
- Un sistema di controllo in grado di segnalare tempestivamente situazioni di criticità emerse, strutturato su tre livelli (un 1° livello interno, o di autocontrollo, effettuato dall' operatore/dirigente preposto al processo aziendale, un 2° livello, intermedio, effettuato da strutture aziendali indipendenti dal processo de quo, un 3° livello, effettuato da chi ricopre il ruolo di *Internal Audit*, in grado di fornire valutazioni indipendenti dalla struttura aziendale[88]).
- L' utilizzo di sistemi informativi affidabili e idonei a riferire tempestivamente anomalie riscontrate nell'attività di controllo e che consentano la registrazione di ogni fatto di gestione con adeguato grado di dettaglio[89].

[82] Cfr. COMPANY SERVICE EUROPE LTD "*La costruzione del modello di prevenzione dei reati in base al D. lgs. 231/2001 (guida operativa)"* p. 383
[83] Cfr. Linee guida di Confindustria, p. 37
[84] Cfr. Linee guida ABI, p. 10
[85] Cfr. Linee guida ABI, p. 17
[86] Cfr. Linee guida di Confindustria, p. 38
[87] Cfr. SBISÀ, op. cit. p. 58
[88] Cfr. Linee guida di Confindustria, p. 36
[89] Cfr. Linee guida ABI, p. 10

Al fine di predisporre protocolli idonei alla prevenzione di reati che possano risultare idonei al loro scopo, le *best practices* sono state orientate nel senso del rispetto dei principi metodologici di specificità, adeguatezza, attuabilità, efficienza, dinamicità, unità, coerenza, neutralità[90].

## 3.3. Codice etico

E' da considerarsi un dato di fatto, ormai pacifico e condiviso, il fatto che le imprese, in conseguenza della propria operatività, abbiano un impatto di notevole importanza sia sul contesto aziendale interno sia su quello esterno, che spesso trascende le scelte stesse dell'operatore e coinvolge un numero potenzialmente molto ampio ed eterogeneo di soggetti, ciascuno dei quali è portatore di specifici interessi meritevoli di tutela. Gli esempi al riguardo sono pressoché infiniti, se ne può citare qualcuno partendo dall' esigenza dei lavoratori di disporre di un ambiente di lavoro conforme ai più alti standard di sicurezza e igiene, e dalle conseguenze psico-fisiche che lo stesso può avere sui dipendenti; dalla integrità dell'ecosistema, che può subire variazioni dovute ad emissioni o rumore da parte dell' impresa; dall'affidamento dei consumatori nell'esistenza o qualità di un servizio, dalle conseguenze per gli abitanti di un determinato territorio di fatti attinenti lo svolgimento dell'attività aziendale, dall' esigenza degli investitori di godere di un corretto andamento del mercato e dell' economia in generale, dall' andamento economico di eventuali altre società facenti parte dello stesso gruppo, o della stessa Associazione temporanea di imprese e così via. In poche parole le scelte d'impresa condizionano in modo più o meno diretto la vita di una serie di soggetti (dipendenti, fornitori, collaboratori esterni, azionisti, mercato azionario, Pubblica amministrazione e così via) che, a diverso titolo, sono "portatori d'interesse" (o stakeholders[91]) rispetto all'attività dell'impresa medesima. Naturalmente le conseguenze dell' attività aziendale per tali soggetti variano a seconda di innumerevoli fattori, quali dimensioni dell' impresa, tipologia di attività svolta, area geografica, demografia dell' area di operatività e molti altri. Naturalmente, dal canto suo, l'impresa, al di là degli obblighi imposti dalla legge, potrà liberamente scegliere se, e in che misura interessarsi a tali conseguenze, decidendo inoltre quali sistemi e procedure predisporre al fine di gestirle al meglio. Questo insieme di accorgimenti, di carattere preminentemente etico-sociale, è quello che si può riassumere nel concetto di Responsabilità Sociale d'Impresa, o *Corporate Social Responsibility*[92]. Ed è proprio in questo ambito che va ricollocato il concetto di "codice etico" che le linee guida per l' adozione dei modelli 231 hanno previsto con tanto fervore.

[90] CNDCEC, *"Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231"*

[91] Termine utilizzato per la prima volta dal prof. Edwuard Freeman nella sua opera "*Strategic Management: a stakeholder approach*", Boston, Pitman 1984.

[92] Cfr. ROMOLOTTI TOMMASO *"MODELLO ORGANIZZATIVO E CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY: LA VIA ETICA ALLA 231"* in Rivista 231

Il codice etico, quindi, rappresenta un documento ufficiale dell' ente contenente l' insieme dei principi, dei valori, dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell' ente stesso nei confronti dei sopra richiamati *stakeholders.* Esso mira a raccomandare, promuovere o vietare determinati comportamenti all' interno dell' ente e va sanzionato con un apposito sistema disciplinare (vedi *infra*, Cap. II, par. 3.4), al fine di garantirne una concreta ed efficacie attuazione. Insieme al modello di organizzazione e gestione *strictu sensu* inteso, rappresenta un elemento essenziale del sistema di controllo preventivo rispetto alla commissione dei reati-presupposto. E' stato sottolineato dalla dottrina[93] che il codice etico, data la sua ampiezza di contenuti, esula dai parametri pratici della valutazione del rischio, dei sistemi di controllo, dei protocolli di prevenzione adottati con il modello di organizzazione di cui all' art. 6 del Decreto 231. Esso rappresenta una dichiarazione di principi volti alla prevenzione dei reati-presupposto, una sorta di "Costituzione" interna dell' ente, la quale delega alla "legge" interna, ovvero il modello 231, gli ulteriori interventi necessari per l' individuazione delle specifiche modalità di prevenzione. Data la peculiarità del Codice Etico, su cui la dottrina è unanimamente concorde, vi è chi sostiene che modello di organizzazione e codice etico rappresentino due realtà assolutamente distinte (Salvatore, Romolotti) e chi all' opposto, ritiene che il secondo rappresenti il "nocciolo duro" del primo (Sbisà, Arena-Cassano). La giurisprudenza della Cassazione[94] sembra appoggiare la prima tesi, riconoscendo la completa idoneità del codice etico a "concorrere alla realizzazione delle finalità di adeguatezza organizzativa proprie di tale disciplina [riferimento al D. lgs 231/2001]" ma allo stesso tempo rilevando che il modello previsto dall' art. 6 del Decreto 231, costituisce "un più vasto ed articolato sistema di cautele organizzative a contenuto cautelare finalizzato a minimizzare il rischio che i soggetti incardinati nella struttura dell'ente possano commettere le varie tipologie di reati cui è connessa la responsabilità dell'ente", in quanto fonda la propria efficacia esimente "su elementi (mappatura dei rischi di reato; procedure aziendali; istituzione dell'Organismo di vigilanza) non presenti nel mero codice etico[95]".

## 3.4. Il sistema disciplinare

Come già sottolineato, un aspetto essenziale nella costruzione del MOG è rappresentato, tra l'altro, dall'adozione di un "Sistema Disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello", tanto nei confronti dei soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2, lett. e), quanto verso i soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, comma 4, lett. b). Tale previsione è di grande rilevanza in quanto completa e rende effettive le regole di condotta contenute nei protocolli e nel codice etico, integrando quindi un fattore la cui presenza è, senza

[93] Cfr. in particolare, SALVATORE ANTONIO *"Il codice etico: rapporti con il modello organizzativo nell'ottica della responsabilita' sociale dell'impresa"* in Rivista 231 n. 4-2008

[94] Cass. Pen. Sez VI 8/08/2018, n. 38243

[95] Tale orientamento è stato per altro precedentemente proposto da GIP Trib. Milano 27 Aprile 2004

dubbio, essenziale in sede di valutazione circa l'efficace attuazione del modello. L'esigenza stabilita dal dettato normativo è stata confermata anche dalla Giurisprudenza, laddove, ad esempio, l'inidoneità del MOG è stata sancita a causa della mancata predisposizione di un Sistema Disciplinare atto a sanzionarne le possibili violazioni, soprattutto nei confronti degli "amministratori, direttori generali e compliance officer che -per negligenza ovvero imperizia- non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione dei reati[96]". Perché il sistema disciplinare possa dirsi efficace, è necessario che esso sia portato a conoscenza generalizzata di tutti i destinatari, nonché integrato con le varie disposizioni, di legge o di natura contrattuale, che regolano il rapporto di lavoro tra l'Ente e il soggetto interessato; in particolare, con riferimento ai lavoratori dipendenti, assume rilievo l'art. 7 della L. 300/1970 c.d. "Statuto dei lavoratori". Relativamente agli altri tipi di rapporto di lavoro, assumeranno rilievo le disposizioni del contratto collettivo nazionale di categoria dei dirigenti, in quanto applicabile, nonché le clausole inserite nel singolo contratto di lavoro, che prevedano sanzioni quali la risoluzione del contratto stesso o la riduzione della controprestazione pattuita. Esso è destinato ad attivarsi prima ed indipendentemente dell'instaurazione di un giudizio penale, in quanto solo un modello con un sistema disciplinare in grado di contrastare anche comportamenti che siano prodromici al reato (e non solo quelli integranti il reato stesso) può dirsi efficacemente attuato ai sensi degli art. 6 -7[97]. In altre parole il sistema disciplinare ha una chiara funzione preventiva, destinata ad attuarsi attraverso la comminazione di una pluralità di sanzioni, individuate nel dettaglio e graduate sulla base della gravità delle violazioni accertate. La giurisprudenza della Corte Costituzionale[98] si è pronunciata nel senso che l'esercizio del potere disciplinare deve sempre conformarsi, a prescindere dal tipo di rapporto lavorativo, ai principi di proporzione e contraddittorio. Con riguardo al primo principio, occorrerà quindi tenere conto delle specifiche modalità di azione, della gravità del dolo o della negligenza, di eventuali reiterazioni della violazione, della posizione del soggetto nell' Ente, delle circostanze del caso concreto, delle conseguenze a cui la violazione ha esposto l'Ente, dell'effetto prodottosi sul rapporto fiduciario tra Ente e soggetto, del comportamento tenuto da quest ultimo prima e dopo la violazione. Riguardo al secondo principio, esso si assicurerà prevedendo, innanzitutto, che la contestazione sia tempestiva, formale e specifica, e in secondo luogo assicurando al destinatario della sanzione la possibilità di disporre di tempi utili per addurre giustificazioni e osservazioni sulla

[96] Trib. Milano, ordinanza del GIP del 20 Settembre 2004 – 9 Novembre 2004, si veda anche Trib. Bari, ordinanza del GIP del 18 Aprile 2005

[97] Ad esempio nel sistema disciplinare potrebbero essere previste sanzioni contro comportamenti di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all' art. 3 del D. lgs 74/2000 anche nel caso in cui non vengano superate le c.d. soglie di punibilità; oppure sanzioni contro la mancata comunicazione, disposta dall' art. 114 TUF, di informazioni che, pur non rientrando nella nozione di informazione privilegiata, rappresentino un fatto sensibile suscettibile di influenzare il prezzo degli strumenti finanziari

[98] Corte Cost. 1 Giugno 1995, n.220

sua condotta e sul procedimento disciplinare[99]. La giurisprudenza di merito, inoltre, ha evidenziato l' importanza del principio di tipicità e specificità, sottolineando che *"La dettagliata definizione contenutistica delle tipologie comportamentali deve essere affiancata dalla previsione e dall' adozione di un correlato sistema sanzionatorio, specifico sia nel precetto che nella sanzione (….) il sistema sanzionatorio si compone di una parte relativa all' indicazione delle violazioni e di altra relativa a sanzioni disciplinari (…) il modello deve rappresentare l' esito della corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell' ente in rapporto alla sua organizzazione e alle sue attività. Una volta effettuata la c.d. mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole ad un' efficace e costante azione di controllo e presidiandole con altrettante e adeguate sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantire un' effettiva attuazione dell' intero sistema organizzativo così approntato[100]".* E' importante, inoltre, definire all'interno del modello organizzativo adottato da ciascun ente quali siano le funzioni aziendali deputate a valutare e disporre i provvedimenti/contestazioni disciplinari per violazioni del Codice Etico e/o del Modello 231, nonché il ruolo dell'Organismo di vigilanza (consulenziale, propositivo) nel momento dell'eventuale applicazione della sanzione[101]. Da ultimo occorre segnalare che, ai fini di garantire maggiore effettività al sistema disciplinare, le linee guida di Confindustria prevedono la possibilità di prevedere, accanto alle sanzioni disciplinari, meccanismi premiali riservati a quanti coopereranno al fine dell'efficace attuazione del modello, per esempio denunciando comportamenti individuali devianti. Spesso, infatti, quando si intende promuovere il rispetto delle regole, la prospettazione dei vantaggi derivanti dalla loro osservanza può risultare più efficace della minaccia di conseguenze negative per la loro violazione.

[99] Linee guida Confindustria, p. 51
[100] Trib. di Napoli 26/06/2007
[101] Linee guida Confindustria, p.51

## 4. L' organismo di vigilanza

Tra i requisiti di idoneità dei modelli di organizzazione e gestione previsti dall' art. 6 del decreto è previsto, inoltre, che il compito di vigilare sul funzionamento e sull' osservanza del modello stesso, nonché di curarne l' aggiornamento, sia attribuito ad un "organismo dell' Ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo" ( art. 6 co 1 lett b). Tale organismo prende il nome di Organismo di vigilanza e, affinché l' Ente possa andare esente da responsabilità, è necessario che da parte di tale organismo non vi sia stata "omessa o insufficiente vigilanza" e che il modello contempli, inoltre, una serie di "obblighi di informazione" nei confronti dell' Organismo di Vigilanza. (art. 6 co 1 lett. d ).

La previsione di un organismo specificamente delegato ai compiti di vigilanza ex decreto 231 è, peraltro, facoltativa, tanto che la legge 183/2011 ha aggiunto all' art. 6, i commi 4 e 4-bis. Ai sensi di tali commi, negli Enti di piccole dimensioni le funzioni dell'Organismo di vigilanza possono essere svolti direttamente dall' organo dirigente, mentre nelle società di capitali tale compito può essere attribuito direttamente al collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza (nel sistema dualistico) o al comitato per il controllo sulla gestione (nel sistema monistico). E' comunque necessario, ai fini dell' esonero dell' Ente da responsabilità dipendente da reato, che l' attribuzione di tali compiti ad organismi la cui costituzione persegue scopi diversi da quello qui in esame tenga conto delle effettive necessità e dimensioni aziendali e risponda efficacemente alle esigenze di prevenzione, arginando il rischio che un cumulo di attribuzioni in capo ad un unico organismo possa generare conflitti di interessi o carenze nel sistema dei controlli[102] . Anche la giurisprudenza ha confermato questa possibilità e rimarcato l' importanza dei requisiti dell' autonomia e dell' indipendenza, sottolineando che la facoltà per il collegio sindacale di svolgere anche le funzioni di ODV "non comprime affatto il requisito dell' autonomia dell' organo"[103]. Da segnalare, per contro, che le linee guida ABI, peraltro antecedenti alla citata L. 183/2011, escludono questa possibilità nell' ambito degli organismi di controlli negli istituti bancari[104].

La composizione dell' organismo di vigilanza, se costituito, è rimessa alla volontà dell' Ente, il quale può prevedere un organismo monocratico oppure collegiale, e i membri possono essere sia interni che esterni all' Ente, purché soddisfino i requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d' azione (di cui infra) elaborati dalla giurisprudenza e recepiti anche nella prassi dalle linee guida (*in primis* quelle di Confindustria). Quale che sia la scelta dell' ente, è comunque necessario che essa tenga conto delle finalità perseguite dal Decreto e che garantisca l' effettività dei controlli dell' Organismo di vigilanza.

[102] Cfr. SBISÀ, op. cit. p. 73
[103] Corte d' Assise d' Appello di Torino 22 Maggio 2013
[104] Linee guida ABI, p. 22

## 4.1. I compiti dell' O.d.V.

L' organismo di vigilanza ha il compito di controllare il funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del modello di organizzazione e gestione adottato dall' Ente. In particolare le funzioni dallo stesso esercitate consistono in:

- vigilanza sull' effettività del modello organizzativo, ossia sulla coerenza tra i comportamenti concreti tenuti all' interno dell' Ente e il modello adottato;
- ispezioni, esami e valutazioni circa l' adeguatezza del modello, ovverosia, la sua reale capacità e idoneità a prevenire i comportamenti vietati;
- vigilanza sul rispetto del modello da parte di tutti i destinatari;
- cura dell' aggiornamento del modello attraverso suggerimenti o proposte di adeguamento formulate nei confronti degli organi dirigenziali cui competono l' esame e l' eventuale attuazione delle proposte stesse in base alla portata degli interventi ritenuti necessari;
- attività di follow-up, ovvero verifica dell' attuazione e dell' effettiva funzionalità delle soluzioni proposte;[105]
- Promuovere e curare la divulgazione e la conoscenza del modello da parte di tutti i destinatari dello stesso, attraverso apposite attività di formazione e informazione aziendale in materia 231;
- Garanzia della funzionalità dei canali di segnalazione previsti dall' art. 6 co. 2-bis lett. a) e b) (infra par. 6);
- Esame e valutazione delle eventuali segnalazioni pervenute relative al modello;
- Segnalazione delle violazioni all' organo amministrativo e Proposizione di sanzioni disciplinari[106]

In attuazione dei suddetti compiti, si rileva che le attività espletate dall' Organismo di vigilanza all' interno dell' Ente si traducono, senza esaurirsi, in: verifiche periodiche sulle operazioni aziendali di maggior rilevo, in particolare su quelle di gestione finanziaria e di tesoreria, interventi di regolamentazione immediati in caso di ispezioni o accertamenti della Pubblica Autorità; verifiche periodiche sulla regolarità formale della documentazione aziendale, di eventuali fatture e rendicontazioni contabili; verifiche sulla gestione dei fondi della società; interventi, controlli e approfondimenti, anche di concerto con il collegio sindacale, il revisore legale dei conti, il consiglio di sorveglianza, il comitato per il controllo sulla gestione (se presenti), in sede di redazione delle comunicazioni sociali e della redazione del progetto di bilancio; verifiche sull' idoneità del sistema di gestione della sicurezza sul lavoro e del rispetto della normativa antinfortunistica.[107]

In conclusione, l' attività dell' ODV, come rilevato dalla giurisprudenza, consiste in una attenta osservazione volta a rilevare eventuali carenze o anomalie in ottica 231, che dovranno essere

[105] Linee guida Confindustria, p. 56
[106] Cfr. SBISÀ, op. cit. pp. 74-75
[107] Cfr. QUATRARO, op. cit. p. 60

segnalate all' organo amministrativo ed eventualmente oggetto di sanzione disciplinare. In tale attività di osservazione, l' organismo di vigilanza "deve usare ogni possibile e legittimo potere, avvalendosi dell' ampia autonomia riconosciutagli dalla legge e di tutte le comunicazioni riguardanti le attività aziendali che, a norma del modello organizzativo, vengono a esso trasmesse.[108]"

## 4.2. I requisiti dell' O.d.V.

L' art. 6 co. 1 lett. b) e d) dispongono che i membri dell' organismo di vigilanza godano di "autonomi poteri di iniziativa e controllo" e che garantiscano una vigilanza effettiva e presente (" non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell' organismo […]"). Al di fuori di queste due esigue disposizioni il legislatore tace su quali possano, ed anzi debbano, essere gli ulteriori requisiti dell' organismo di vigilanza. Pertanto, anche in quest ambito, per maggiore efficienza espositiva e al fine di una più approfondito esame della questione, risulta imprescindibile un' analisi del contributo della giurisprudenza e delle già più volte citate linee guida sviluppatesi nel corso degli anni. Possiamo quindi affermare che i membri dell' Organismo di Vigilanza siano tenuti a soddisfare i requisiti di:

- **Autonomia e indipendenza**: innanzitutto all' ODV non devono essere assegnati compiti operativi, al fine di escludere una coincidenza tra soggetto controllante e soggetto controllato. Ciò che potrebbe compromettere la serenità di giudizio al momento delle verifiche e dei controlli dell' ODV[109]. Quindi occorre eliminare ogni tipo di ingerenza e condizionamento sui suoi membri, di natura economica o personale, da parte di qualunque componente dell' Ente, in particolare degli organi di vertice. E' chiaro che, come rilevato dalle stesse linee guida confindustria, l' autonomia va valutata in relazione alla funzionalità dell' ODV e ai compiti ad esso attribuiti, non invece al rapporto di lavoro che lega tale organismo con l' Ente, per cui il pagamento del compenso per l' opera prestata, non genera "dipendenza"[110]. Inoltre è opportuno prevedere nel modello organizzativo cause effettive di ineleggibilità e decadenza dal ruolo, tali che garantiscano onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con i componenti degli altri organi sociali. In particolare, e a titolo di esempio, la giurisprudenza[111] ha affermato che non è condivisibile che l' Organismo di Vigilanza fosse alle dirette dipendenze del presidente del Consiglio di Amministratore in quanto tale impostazione della *governance* aziendale ne

[108] Corte d' Appello di Milano, sez. II, 8 Giugno 2012, n. 1824
[109] Trib. Roma, ordinanza del GIP del 4 Aprile 2003, (che aveva escluso che il requisito della indipendenza fosse soddisfatto anche qualora membro dell' ODV sia l' ingegnere responsabile della procedura del sistema ISO 9002 e della sicurezza nella stessa società) nonché Trib. Napoli 26 Giugno 2007 (che aveva adottato lo stesso principio con riferimento ai membri del C.d.A. di una società controllata)
[110] Linee guida Confindustria, p. 57
[111] Cass. Pen. Sez V 18/12/2013 n. 4677, Impregilo

comprometterebbe l' autonomia imposta dall' art. 6 co 1 lett. b) in considerazione del fatto che anche gli amministratori sono assoggettati alla vigilanza dell' ODV. Sempre la giurisprudenza di legittimità[112], in una nota sentenza relativa alla composizione dell' ODV, ha escluso che dello stesso possa fare parte anche un referente interno che svolgesse anche funzioni operative all' interno di un' area a rischio-reato, nello specifico, il responsabile della sicurezza della società. La tesi contraria sosteneva che l' inserimento di un componente operativo nell' ODV potesse garantire maggiori conoscenze pratiche funzionali ad una maggiore efficienza e invasività dei controlli. Le Sezioni Unite hanno fatto chiarezza sul punto, dichiarando che una composizione di questo tipo dell' ODV ne può compromettere l' autonomia di cui all' art. 6 co 1 lett. b ), sempre in virtù del principio, già richiamato, che non può esservi identità tra controllante e controllato. Le linee guida di Confindustria (p.58) hanno recepito questo orientamento, esplicitando il discorso anche in relazione al *"dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza".* Infine, anche la presenza di un fondato sospetto che a un membro dell' ODV possa essere attribuito un reato-presupposto, o inflitta una condanna che comporti l' interdizione dai pubblici uffici o dagli incarichi direttivi, rappresenta una causa di incompatibilità ( *rectius* ineleggibilità ) del membro dell' ODV, da valutarsi con riferimento al requisito di autonomia e indipendenza[113] ;

- **Professionalità**: I membri dell' Organismo di vigilanza devono possedere una duplice tipologia di competenza: una di tipo tecnico-ispettivo per l' analisi dei sistemi aziendali, l' altra di tipo giuridico-penalistico, con particolare riferimento alle disposizioni del Decreto 231/2001. Si legge infatti, nelle linee guida di Confindustria: "*Il modello deve esigere che i membri dell'OdV abbiano competenze in attività ispettiva, consulenziale, ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati* […]*Quanto all'attività ispettiva e di analisi del sistema di controllo, la giurisprudenza ha fatto riferimento - a titolo esemplificativo - al campionamento statistico; alle tecniche di analisi, valutazione e contenimento dei rischi, (procedure autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.); al* flow-charting *di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza; alla elaborazione e valutazione dei questionari; alle metodologie per l'individuazione di frodi.* […] *È inoltre auspicabile che almeno taluno dei membri dell'Organismo di vigilanza abbia competenze in tema di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico. Infatti, la disciplina in argomento ha natura sostanzialmente punitiva e lo scopo del modello è prevenire la realizzazione di reati. È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità di*

[112] Cass. Pen. SS.UU., 24/04/2014, n. 38343, Thyssenkrupp

[113] Cfr. le già citate Trib. Milano 20/09/2004 e Trib. Napoli 26/06/2007 che avevano escluso che la responsabilità penale dovesse essere accertata con sentenza passata in giudicato affinché potesse operare la causa di ineleggibilità.

*consumazione dei reati, che potrà essere assicurata mediante l'utilizzo delle risorse aziendali ovvero della consulenza esterna*[114]*."*

- **Continuità di azione**: L' art. 6 co. 1 lett. d) prevede che, perché l' Ente sia esentato dalla responsabilità amministrativa dipendente da reato, non vi sia stata omessa o insufficiente attività di controllo da parte dell' Organismo di Vigilanza. Come già rilevato, la giurisprudenza ha escluso la possibilità che uno o più membri dell' ODV possano svolgere ruoli operativi all' interno dell' Ente. Se questo è prodromico alla luce dei profili del requisito dell' autonomia di cui *supra*, è altrettanto vero che tale principio risponde ad un' altra, importante, esigenza: quella di garantire che i membri dell' Organismo di Vigilanza possano dedicarsi "a tempo pieno" e in via esclusiva e piena alla loro attività di controllo, al fine di una costante ed efficace attuazione del modello. A tal fine è necessario predisporre una struttura dedicata all' attività di vigilanza sul modello organizzativo e documentare l' attività svolta[115]. Perché tale struttura adeguata sia efficiente, è opportuno che essa, eventualmente con il coadiuvo di una segreteria tecnica di coordinamento, calendarizzi i relativi interventi, verbalizzi le proprie riunioni, disponga di un *budget* specifico e si coordini con gli altri organi dell' Ente nonché con gli Organismi di Vigilanza degli altri Enti del gruppo di appartenenza[116]. Ciò con lo specifico scopo di garantire la tracciabilità delle attività svolte tramite apposita documentazione ( verbali, relazioni, *report* aziendali ecc.. ). Sotto questi profili, si spiega perché è di fondamentale importanza che l' Organismo di Vigilanza predisponga, su base almeno semestrale, una relazione informativa sull' andamento dell' Ente in ottica 231, rivolta all' organo amministrativo nonché al collegio sindacale[117].

  La mancanza del rispetto dei suddetti requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione comporterà inevitabilmente una valutazione negativa da parte del giudice penale circa la corretta attuazione del modello organizzativo[118].

## 4.3. I flussi informativi

L' art. 6, co. 2, lett. d) del decreto, impone che il modello organizzativo preveda specifici "Obblighi di informazione" nei confronti dell' Organismo di vigilanza. Su questo aspetto, la Relazione di accompagnamento non fornisce ulteriori chiarimenti, pertanto si è costretti a procedere in via di interpretazione. L'obbligo di informazione all'OdV sembra concepito quale ulteriore strumento per agevolare l'attività di vigilanza sull'efficacia del Modello e di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato-presupposto[119]. Di conseguenza è da

[114] Linee guida Confindustria, p. 59
[115] Linee guida Confindustria, p. 60
[116] Cfr. SBISÀ, op. cit. p. 71
[117] Linee guida Confindustria, p. 61
[118] Trib. Milano, 20-9-2004
[119] Linee guida Confindustria, p. 69

ritenere che l'obbligo ex art. 6, co. 2, lett. d) sia rivolto alle funzioni aziendali le quali risultino a rischio reato e abbia ad oggetto le risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse posta in essere per dare attuazione ai modelli (report riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.) nonché le anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (un fatto non rilevante, se singolarmente considerato, potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di ripetitività o estensione dell'area di accadimento)[120]. Le linee guida di Confindustria forniscono un elenco esemplificativo del contenuto di tali informazioni, che possono perciò riguardare: 1) le decisioni relative alla richiesta, erogazione e utilizzo di finanziamenti pubblici; 2) le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la Magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa; 3) i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per i reati di cui al decreto 231; 4) le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergano responsabilità per le ipotesi di reato di cui al decreto 231; 5) le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni; 6) gli esiti dei controlli - preventivi e successivi - che sono stati effettuati nel periodo di riferimento, sugli affidamenti a operatori del mercato, a seguito di gare a livello nazionale ed europeo, ovvero a trattativa privata; 7) gli esiti del monitoraggio e del controllo già effettuato nel periodo di riferimento, sulle commesse acquisite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità. L' obbligo di comunicazione deve estendersi non solo nei confronti del *management* aziendale, ma anche nei confronti dei dipendenti che vengano a conoscenza di notizie relative alla violazione del modello tramite pratiche non conformi alle regole di comportamento ( in particolare del codice etico ) o alla possibile commissione di reati[121].
La Giurisprudenza ha sottolineato l'importanza anche dei flussi informativi, in particolare affermando che "Deve essere previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori e gli amministratori dell'Ente di riferire all' Organismo di Vigilanza notizie rilevanti e riguardanti la vita dell'ente, eventuali violazioni del modello organizzativo o la commissione di reati. Devono inoltre essere fornite concrete indicazioni sulle modalità con le quali i soggetti che vengono a conoscenza di condotte illecite possano riferire all' Organismo di Vigilanza. I canali di informazione a cui fa riferimento il modello organizzativo, data la grande rilevanza degli stessi, dovrebbero essere resi noti, anche attraverso la diffusione del modello, ai dipendenti della società[122]".

[120] Cfr SBISÀ, op. cit. p. 72
[121] Linee guida Confindustria, p. 70
[122] Trib. Milano 20/09/2004 in Rivista 231

## 4.4. Le questioni sulle responsabilità dell' organismo di vigilanza

Giova ribadire, innanzitutto, che l' art. 6, co.1 lettera d) presuppone che, affinché non sussista responsabilità dell' ente, non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell' Organismo di Vigilanza. Resta da chiedersi se una tale condotta negligente del suddetto organismo, oltre a costituire presupposto per la condanna dell' ente per uno dei reati-presupposto, possa anche delineare profili di responsabilità in capo ai membri dell' ODV.

La norma nella quale si potrebbe ravvisare un possibile fondamento di tale responsabilità, di tipo penale, è l' art. 40, co. 2 c.p., il quale sancisce il principio secondo cui "non impedire un evento, che si ha l' obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Perciò i membri dell' organismo di vigilanza potrebbero essere chiamati a rispondere a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall' ente, a seguito del mancato o insufficiente esercizio dei suoi poteri di vigilanza. L'operatività di tale clausola di equivalenza è subordinata a tre condizioni: a) la presenza di una condotta omissiva, b) il verificarsi dell'evento non impedito, c) la sussistenza di una sostanziale posizione di garanzia avente fonte legislativo o contrattuale che impone al soggetto di attivarsi per impedire l'evento. Tuttavia è stato sottolineato dalla dottrina[123] che l' obbligo gravante sull' ODV è quello di vigilare sul funzionamento e sull' osservanza del modello e di curarne l' aggiornamento, il ché non implica, di per sé stesso, anche l' obbligo di impedire una condotta illecita, il quale sussiste solo, come anticipato, nei confronti dei soggetti posti in una posizione di garante del bene giuridico tutelato dal reato. Alla luce del ruolo e dei compiti demandati all'organismo di vigilanza pare possa escludersi la sussistenza di una simile posizione di garanzia. E' inoltre di tutta evidenza che in relazione ai membri di tale organismo si riscontra una sostanziale assenza di concreti poteri impeditivi dell' evento, potendo gli stessi limitarsi a fornire segnalazioni e consulti. Di conseguenza, un' interpretazione del suddetto art. 40, co 2 c.p., che assegnasse all' ODV compiti di impedimento di condotte illecite mal si concilierebbe con i poteri ad esso in concreto affidati. Giova al riguardo segnalare una recente pronuncia della Corte di Cassazione: Cass. Pen. Sez. I, 20/01/2016, n. 18168. Il caso in esame aveva ad oggetto un infortunio sul lavoro di un operaio in un cantiere navale, a seguito del quale erano stati imputati del reato di cui all' art. 437 c.p. ("Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro") i componenti del consiglio di amministrazione della società per cui lavorava la persona offesa, per aver omesso di collocare apparecchi idonei al sollevamento di materiali a mezzo gru e appositi accessori quali baie o ceste idonee al carico dei materiali sulla nave, e i membri dell' ODV della società per aver omesso di segnalare al C.d.A. e ai direttori generali la necessità di porre rimedio a tali carenze. Il G.U.P del Tribunale di Gorizia dichiarava non luogo a procedere nei confronti di tutti gli imputati perché il fatto non sussiste. In particolare, il giudice rilevava che il

[123] Cfr. BAUDINO, SANTORIELLO "*La responsabilità dei componenti dell' organismo di vigilanza"* in *Rivista 231* n. 2-2009

reato in questione, nella sua forma omissiva, poteva essere posto in essere soltanto da soggetti gravati da uno specifico obbligo di predisporre le cautele omesse e che tale obbligo non gravava né sui membri dell' ODV, ne sugli amministratori, trattandosi evidentemente di libere scelte di politica aziendale e incombenze validamente delegate ai responsabili delle singole unità operative. La Suprema Corte, con la sentenza qui in esame, rigettava il ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia. In particolare il Giudice di legittimità rilevava che *"Desta perplessità la configurazione di una responsabilità in capo ai componenti dell' Organismo di Vigilanza basata sul non aver loro portato a conoscenza del Consiglio di Amministrazione le asserite manchevolezze che avrebbero afflitto i cantieri navali: le perplessità sono causate da una inevitabile contraddizione nella quale la ricostruzione della vicenda sembra avvilupparsi, poiché se – seguendo appunto l' ipotesi dell' accusa – i citati membri dell' ODV nulla avevano riferito ai membri del Consiglio di Amministrazione, è ben difficile ipotizzare una responsabilità in capo a questi ultimi per non avere adottato le cautele che le situazioni di pericolo avrebbero richiesto. [….] L' invocata responsabilità cui fa riferimento il ricorso non poteva dunque essere del Consiglio di Amministrazione, i cui compiti non si dilatano sino a decidere se, nell' ambito di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata una cesta; e parimenti nemmeno poteva gravare siffatto obbligo nei confronti dell' Organismo di Vigilanza*[124]*".* Esclusa la sussistenza di un generale obbligo di impedire l' evento nei confronti dell' ODV, resta comunque applicabile la disciplina di concorso di persone nel reato ex. Art. 110 c.p. qualora i suoi membri partecipino direttamente e volontariamente alla commissione di un reato[125]. Resta inoltre salva l' applicabilità delle norme che espressamente prevedono sanzioni penali nei confronti dei componenti dell' ODV in conseguenza di determinate condotte: è il caso, ad esempio, degli articolo 52 e 56 del D.lgs 231/2007 in materia di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, i quali sanzionano penalmente i membri dell' ODV che omettano di effettuare le comunicazioni imposte dalla legge[126].

Fuori dalle ipotesi di responsabilità penale, merita soffermarsi su quelle concernenti la responsabilità civile. Orbene, non essendo l' ODV qualificabile come organo dell'Ente, che assuma una funzione di garanzia e tutela di interessi collettivi o di terzi, analoga a quella attribuita ad altri organismi (quali, ad esempio, il Collegio Sindacale, il Revisore, il Consiglio di Sorveglianza nelle società dotate di sistema dualistico) che il legislatore ha investito di funzioni di controllo sul corretto svolgimento dell'attività gestoria, bensì come semplice "ufficio" dell' ente stesso, sussumibile alla funzione organizzativa di impresa definita come "controllo interno", i terzi, lesi dal reato presupposto commesso in loro danno, non potranno in alcun modo rivalersi nei

[124] Cass. Pen. Sez. I, 20/01/2016, n. 18168.
[125] Cfr. PICCO D. "*La responsabilità penale dell' organismo di vigilanza*" 2011, in *Rivista di Diritto bancario*
[126] Cfr. BAUDINO, SANTORIELLO, op. cit. pp. 66 ss

confronti dei componenti dell'Organismo di Vigilanza (neppure nel caso in cui siano state accertate omissioni o carenze a loro carico); ma potranno invocare soltanto la responsabilità (extracontrattuale) della società e dei suoi amministratori e sindaci, ai quali soltanto compete un obbligo di tutela di interessi di terzi e nei confronti dei quali soltanto sono esperibili le azioni di cui agli artt. 2394, 2395 e 2407 c.c.[127]

Esclusa quindi una responsabilità di natura *extra*contrattuale nei confronti dei terzi, rimane in capo ai componenti dell' ODV una responsabilità di natura contrattuale nei confronti dell' ente, configuarabile qualora ricorrano: un grave inadempimento ( la omessa o insufficiente vigilanza), la presenza di un danno nei confronti dell' ente ( la condanna per il reato presupposto ) il rapporto di causalità tra inadempimento e danno. Tuttavia è da escludere che la responsabilità contrattuale dell' ODV possa essere fatta valere automaticamente in presenza di condanna per un reato presupposto (secondo l' assioma che, se il reato si è verificato, ciò è di per sé prova dell' inadempimento da parte dell' ODV). Essa, cioè, non opererà in presenza di meri fatti oggettivi, ma potrà essere affermata solo ove sia fornita la prova rigorosa di una violazione degli obblighi di vigilanza contrattualmente previsti, e allorché sia provato che i danni siano la conseguenza immediata e diretta delle violazioni accertate[128].

## 5. L' attuazione del modello

Una volta adottato il modello organizzativo di gestione e di prevenzione in tutti i suoi elementi (analisi dei rischi, protocolli specifici di prevenzione, codice etico, sistema disciplinare, individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie, istituzione di un organismo di vigilanza ) esso deve essere poi efficacemente attuato all' interno dell' ente ( art. 6, co 1 lettera a, D. lgs 231/2001 ). Esso deve, quindi, essere portato a conoscenza effettiva di tutti i suoi destinatari (soggetti apicali, sottoposti all' altrui direzione, nonché collaboratori esterni) in modo che possano comprendere, rispettare e applicare i principi e le previsioni del modello. A tal fine è innanzitutto essenziale il ruolo ricoperto dall' organo dirigente (Consiglio di amministratore o amministratore unico, consiglio di gestione ecc…) e dal *top management* (amministratore delegato e alta dirigenza). Il primo dovrà adottare il modello, prevedere risorse finanziarie adeguate per il corretto funzionamento dello stesso, modificarlo ed aggiornarlo periodicamente sulla base delle segnalazioni dell' Organismo di vigilanza, nonché imporne il rispetto ai destinatari; Il secondo dovrà garantire l' integrazione del modello nei processi aziendali, prevedere attività di informazione relativa allo stesso, promuovendo la cultura in materia 231 all' interno dell' ente e disponendo corsi di formazione e sensibilizzazione al riguardo, promuoverne il miglioramento e la verifica continua. Infine è importante che la comunicazione al personale e la sua formazione siano

[127] Cfr. BAUDINO-SALTORIELLO, op. cit. pp. 76 ss
[128] Cfr. BAUDINO-SALTORIELLO, op. cit. p. 81

parametrati in base al ruolo dei rispettivi destinatari, prevedendo diverse modalità di formazione per i dipendenti operanti in determinate attività di rischio, per i componenti degli organi sociali, per i soggetti dotati di particolari poteri autorizzativi e di firma. In particolare, è essenziale che la comunicazione sia chiara, efficace, capillare, erogata da risorse di livello adeguato e ripetuta periodicamente. Dovrà infine essere predisposto un piano di formazione con calendarizzazione dei corsi di formazione, che dovranno essere periodici e specifici per ogni categoria di destinatari. Il tutto sotto la supervisione dell'Organismo di vigilanza, che potrà anche avvalersi del supporto delle funzioni aziendali competenti o di consulenti esterni[129].

Per concludere, merita di essere segnalato come questo complesso di accorgimenti venga di fatto solitamente strutturato in due parti principali: una generale, contenente sezioni dedicate alla *governance* aziendale, alle finalità e ai destinatari del modello, alle modalità di attuazione e di aggiornamento, all' organismo di vigilanza e ai flussi informativi verso di esso, al sistema disciplinare; nonché una parte speciale, riferita a ciascuna attività sensibile mappata, che contiene specifici protocolli di prevenzione e i relativi controlli[130].

## 6. I canali di segnalazione ex art. 6, comma 2-bis, c.d. *whistleblowing*

Come anticipato, l'art. 2 della Legge 30 novembre 2017, n. 179, recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" ha introdotto il comma 2-bis all'art. 6 del Decreto 231. La norma così modificata prevede che i Modelli di organizzazione e gestione, oltre ai requisiti e contenuti sopra esposti, prevedano: a) uno o più canali che consentano ai soggetti in posizione apicale o sottoposti all'altrui direzione di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare (*supra* par. 3.4), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino infondate.

Scopo di tali disposizioni è, da un lato, quello di incentivare la collaborazione tra lavoratori per favorire l'emersione di comportamenti illeciti, prevedendo appositi meccanismi di tutela nei confronti dei soggetti che vengono a conoscenza di fatti da censurare, dall'altro, quello di

[129] Cfr. Linee guida di Confindustria, pp.38-39
[130] Cfr. SBISÀ, op. cit. p. 57

agevolare l'Organismo di Vigilanza nell'esercizio dei suoi compiti di controllo e di proposizione di eventuali sanzioni disciplinari.

In sede di valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello 231 adottato, dovrà tenersi conto anche dell'efficacia delle modalità concretamente previste per la segnalazione, nonché dell'efficacia garantista dei meccanismi di riservatezza.

Merita di essere segnalato che i destinatari della presente riforma sono soltanto i soggetti indicati nell'art. 5, con conseguente esclusione dell'obbligo di prevedere misure di riservatezza nei confronti di eventuali *whistleblower* esterni.[131] Non convincente appare anche la limitazione degli elementi censurabili ai soli fatti conosciuti "in ragione delle funzioni svolte", la quale esclude dall'ambito di applicazione della norma segnalazioni derivanti da comportamenti illeciti appresi all'esterno dell'ambito lavorativo o in via meramente casuale e slegata dallo svolgimento delle mansioni.

Quanto alla tutela della riservatezza dell'identità del segnalante, è stato efficacemente sottolineato che tale profilo è diverso dall'anonimato[132] in quanto quest ultimo prevede l'inconoscibilità totale del segnalante, mentre il concetto di riservatezza presuppone l'identificazione dell'interessato, il quale, può godere di tutte le misure di tutela previste dalla norma in esame solo se si rende conoscibile ai destinatari della segnalazione.[133] Ciò non esclude comunque, che il modello 231 possa prevedere anche misure di segnalazione anonime, anche se tali previsioni potrebbero ostacolare la fase di verifica e accertamento dell'illecito segnalato, nonché dare luogo a presentazione di censure infondate o mere doglianze che esulano dall'obiettivo della "tutela dell'integrità dell'ente" previsto dalla norma.

A tutela dell'interesse per l'integrità delle amministrazioni pubbliche e private, nonché alla prevenzione e repressione di malversazioni, quale "giusta causa di rivelazione", è poi previsto l'art. 3 della L. 179/2017 che prevede una deroga agli obblighi di segreto previsti dagli artt. 322, 622 e 623 c.p. nonché dall'art. 2105 c.c. Di conseguenza, ai fini e nei limiti previsti dall'art. 6 del Decreto 231, potranno essere oggetto di segnalazione comportamenti o fatti la cui rivelazione integrerebbe violazioni delle norme penali richiamate o dell'obbligo di fedeltà del dipendente di cui all' art. 2105 c.c. La deroga non si applica, tuttavia, quando il soggetto obbligato al segreto *de quo* sia legato all'ente da un rapporto di consulenza o assistenza.

I successivi commi 2-ter e 2-quater dell'art. 6 del Decreto 231, sanciscono il divieto, con contestuale nullità, di misure ritorsive o discriminatorie nei confronti del segnalante, quali licenziamento ritorsivo o demansionamento ex. Art. 2103 c.c. o trasferimenti disposti nei

[131] BORSARI-FALAVIGNA "Whistleblowing, obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione" in rivista 231 n. 2-2018

[132] CONFINDUSTRIA "La disciplina in materia di whistleblowing – nota integrativa" Gennaio 2018, in www.confindustria.it

[133] Vedasi anche Determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015 – "Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti" in www.anticorruzione.it

confronti del segnalante. E' inoltre imposto al datore di lavoro, che adotti sanzioni disciplinari o misure organizzative nei confronti del segnalante, con effetti negativi per lo stesso, dare prova che tali misure sono fondate su ragioni che nulla hanno a che fare con la segnalazione effettuata.
Infine, le misure discriminatorie di cui alla presente norma, sono denunciabili all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, oltreché dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale dallo stesso indicata.

# *Capitolo III*
# *I REATI PRESUPPOSTO c.d. FINANZIARI*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il riciclaggio di proventi illeciti – 2.1 Tecniche di *laundering* – 2.2 La disciplina prevista dall'articolo 648-bis c.p. – 2.3 Bene giuridico tutelato – 2.4 Le condotte incriminate – 2.5 Il dolo – 2.6 Le utilità riciclabili – 2.7 L'accertamento del reato 'a monte' – 2.8 La prevenzione del reato in ambito 231 – 3. Il delitto di autoriciclaggio – 3.1 Bene giuridico tutelato – 3.2 Le condotte punibili – 3.3 La clausola modale – 3.4 La non punibilità per mera utilizzazione o godimento personale – 3.5 La prevenzione del reato in ambito 231 – 4. L'*insider trading* – 4.1 Il concetto di informazione privilegiata – 4.2 La definizione di strumento finanziario – 4.3. Le tecniche di abuso di informazioni privilegiate (*trading, tipping, tuyautage*) – 4.4 L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e problematiche relative al *'ne bis in idem'* – 4.5 La prevenzione del reato in ambito 231 – 5. Manipolazione del mercato – 5.1. Le condotte tipiche – 5.2 Gli "altri artifici" – 5.3 La concreta idoneità ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari – 5.4 Le prassi di mercato ammesse – 5.5 La prevenzione del reato in ambito 231

## 1. Premessa

I 20 articoli compresi tra il 24 e il 25-quinquiesdecies del Decreto 231 contengono il già citato elenco dei reati-presupposto, al cui interno sono ricomprese le fattispecie penali da cui può derivare la responsabilità amministrativa dell'ente. Questo catalogo è stato oggetto di riforme che ne hanno ampliato il contenuto, estendendolo ad un numero sempre maggiore di fattispecie rilevanti. Da ultimo, il Decreto legge 26 Ottobre 2019, n. 124 convertito con Legge 19 Dicembre 2019, n. 157, che ha introdotto all'art. 25-quinquiesdecies i reati tributari. Ad oggi sono perciò oltre centocinquanta le fattispecie penali richiamate dal Decreto 231 per i quali l'ente è chiamato a predisporre un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenirli, a differenza della versione originale, che prevedeva soltanto ipotesi di reato contro la Pubblica Amministrazione, quali "Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico" nonché "Concussione e corruzione" previsti dagli originali artt. 24 e 25.

Nella versione attuale del sistema normativo, pertanto, l'ente può essere chiamato a rispondere amministrativamente anche per "Delitti informatici e trattamento illecito di dati"; "Delitti di criminalità organizzata"; "Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento"; "Delitti contro l'industria e il commercio"; "Reati societari"; "Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico"; "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"; "Delitti contro la personalità individuale"; "Abusi di mercato"; "Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro"; "Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita nonché autoriciclaggio"; "Delitti in materia di violazione del diritto d'autore"; "Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria"; "Reati ambientali"; "Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare"; "Razzismo e xenofobia"; "Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati"; "Reati tributari".

Data la sempre maggiore sensibilità ai reati di natura economica, e viste le dimensioni crescenti che il fenomeno dei reati c.d. finanziari ha assunto nell'ordinamento moderno, italiano e non solo, vogliamo soffermare l'analisi sulle fattispecie di riciclaggio, autoriciclaggio, abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato.

## 2. Il riciclaggio di proventi illeciti

Lo sviluppo di un diritto penale dei proventi illeciti rappresenta una delle direttrici che più hanno informato la produzione normativa negli ultimi decenni. La crescente sensibilità al fenomeno del c.d."*money laundering*" e le gravi ripercussioni che tale fenomeno ha sull'economia nazionale ha spinto il legislatore ad adottare delle pronte contromisure, a volte in maniera caotica, per contrastare una serie di fattori di turbamento sociale meritevoli di elevata considerazione politico-criminale. Ciò anche in considerazione dell'evoluzione sovranazionale di regolamentazioni e convenzioni, che dapprima hanno sollecitato gli Stati interessati ad adottare misure volte a reprimere fenomeni criminali "emergenziali"[134] quali narcotraffico, terrorismo, sequestri di persona a scopo estorsivo e criminalità organizzata, rispetto ai quali emergevano, a partire dagli anni '80, grosse difficoltà a livello di prevenzione e repressione e sui quali si è pertanto sentita l'esigenza di puntare a bloccare il "cuore pulsante" di tali condotte, ovvero il conseguimento di ingenti profitti. Lo sviluppo del riciclaggio infatti, ha avuto come incipit proprio l'esigenza, soprattutto negli Stati Uniti[135], di impedire che i narcotrafficanti potessero liberamente disporre dei profitti illeciti derivanti dalla propria attività, in quanto "*As our study reveals, money laundering is the lifeblood of organized crime. The Commission believes that its recommendations, when implemented, will arm the financial community and law enforcement authorities with the weapons needed to strike at the very heart of the narcotics trade and other activities engaged in by organized criminal groups*"[136]. Proprio per questo motivo, le prime forme di riciclaggio penalmente punite erano fisiologicamente correlate ad una limitata categoria di reati "presupposto" e non assurgeva al rango di fattispecie autonoma.

I primi sviluppi della disciplina penal-repressiva del riciclaggio possono essere collocati nella Dichiarazione di Principi adottata nel 1988 dal Comitato di Basilea[137] con il quale venivano rimessi alle autorità di vigilanza nazionali i compiti di predisporre adeguate misure di controllo sul sistema bancario affinché questo non venisse sfruttato per consentire la circolazione di proventi illeciti. Tuttavia fu con la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, emanata a Vienna nello stesso anno, che la prevenzione del riciclaggio iniziò ad entrare nel sistema di repressione penale all'interno degli ordinamenti. L'art. 3, comma 1, lett. b) della convenzione disponeva infatti che gli Stati aderenti avrebbero dovuto attribuire carattere di reato "*i) alla conversione o al trasferimento dei beni, effettuati con la consapevolezza che provengono da uno dei reati stabiliti in conformità con il capoverso a)* [rif. a reati in materia di

[134] DELL' OSSO, "*Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale"*
[135] In particolare con l'adozione del il "Money Laundering Control Act" del 1986, con il quale il riciclaggio assurgeva a reato federale
[136] President's Commission of Organized Crime "*THE CASH CONNECTION: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering"* Ottobre 1984
[137] Cfr. DELL'OSSO, op. cit. p. 9

produzione e traffico di stupefacenti] *al fine di dissimulare o di contraffare l'origine illecita di detti beni"* nonché "*alla dissimulazione o all'alterazione della natura dell'origine, del luogo, della disposizione, del movimento o della proprietà reale dei beni oppure dei diritti relativi nella coscienza che essi provengano da uno o più reati determinati conformemente al capoverso a)"*.

Pur fornendo una prima definizione del concetto di riciclaggio, la convenzione limitava la sua punibilità solo in relazione ad una serie limitata di reati-presupposto di produzione, traffico e distribuzione di sostanze stupefacenti o psicotrope. Lo sviluppo iniziato dalla conferenza ONU si è successivamente avvalso anche del contributo di un importante gruppo di lavoro istituito durante il G7 a Parigi nel 1989, il "Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale" (GAFI) il cui compito era quello di monitorare, analizzare e predisporre strategie di contrasto al riciclaggio, fornendo varie raccomandazioni (le c.d. 40 raccomandazioni[138]) al riguardo. Successivamente, a partire dall'ultimo trentennio, lo stesso GAFI ha elaborato diversi metodi di valutazione dei livelli di *compliance* riscontrabili in ciascun paese, preordinati alla repressione del riciclaggio, predisponendo, a partire dal 2000, una "*black list"*[139] contenente l'elenco dei paesi meno cooperativi. L'obiettivo di questa black list è quello di far leva sull'effetto denigratorio derivante dall'esservi inclusi e sensibilizzare ogni stato alla predisposizione di tecniche di contrasto adeguate.

A livello europeo la lotta al fenomeno del c.d. money laundering affonda le sue radici nella Convenzione di Strasburgo del 1990[140]. La novità di tale documento risiede nel fatto di non limitare espressamente la punibilità del riciclaggio di proventi illeciti ad un ristretto catalogo di reati-presupposto, ma rende astrattamente applicabile la relativa disciplina a tutti i casi di "money laundering"[141], a prescindere da quale sia la fattispecie penalmente rilevante da cui derivano i proventi. La convenzione di Strasburgo è stata poi modificata con un nuovo trattato firmato a Varsavia nel 2005, sostituendo il vecchio testo con una versione più sensibile alle Raccomandazioni del GAFI aggiornate alla versione del 2003[142].

Infine, a livello comunitario, l'evoluzione della disciplina del riciclaggio si snoda su cinque importanti direttive adottate dal Consiglio e dal Parlamento Europeo, la prima del 10 Giugno 1991, l'ultima del 30 Maggio 2018. Tali direttive prevedono a carico degli enti creditizi e finanziari degli Stati membri alcuni obblighi di controllo e intercettazione delle attività di riciclaggio. In particolare, tali obblighi si sostanziano nella predisposizione di procedure di verifica e identificazione della clientela, obblighi di registrazione delle operazioni richieste dal cliente,

[138] Innovate nel 2012 e aggiornate al 2016
[139] DELL'OSSO, op. cit. p.14
[140] "*Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*" depositata per la firma l'8 Novembre 1990
[141] Cfr. art. 6 del documento
[142] Cfr. DELL'OSSO, op. cit. p. 17

obblighi di informazione nei confronti dell'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), in caso di operazioni o transazioni sospette. L'esigenza di reprimere le tecniche di finanziamento al terrorismo, soprattutto alla luce degli episodi terroristici che hanno interessato l'Europa a partire dal 2015, hanno portato il Parlamento Europeo e il Consiglio ad adottare la già accennata V direttiva antiriciclaggio (Direttiva n. 2018/843). Secondo la nuova direttiva, dovranno essere predisposti dai Paesi dell'UE dei registri centralizzati dei titolari dei conti correnti bancari e conti di pagamento, ai quali le UIF dovranno poter accedere in maniera immediata e non "filtrata"[143]. In particolare, vengono rafforzati il meccanismo di cooperazione tra le diverse UIF, nonché le loro modalità di accesso ai dati relativi ai titolari di conti bancari, di pagamento, di cassette di sicurezza, che può avvenire anche in assenza di segnalazioni di operazioni sospette[144]. Sempre con l'ultima direttiva, gli obblighi di informazione sopra citati, sono stati estesi anche ai prestatori di servizi di utilizzo e scambio di moneta elettronica, nonché ai prestatori di servizi di portafoglio digitale[145]. In Italia il recepimento della V Direttiva antiriciclaggio è avvenuto con il Decreto Legislativo 4 Ottobre 2019, n. 125 che a sua volta ha modificato il precedente Decreto legislativo 21 Novembre 2007, n. 231.

## 2.1. Tecniche di *money laundering*

Terminata l'escursione storica della disciplina sul riciclaggio, occorre ora una breve analisi di natura politico-criminale sulle tecniche in concreto utilizzate per la "ripulitura" dei proventi di reato (c.d. denaro sporco) e il loro reinserimento nei circuiti finanziari. Al riguardo, bisogna innanzitutto distinguere due macro-aree di operatività: da un lato abbiamo l'insieme di tecniche finalizzate all'inserimento di proventi illeciti in circuiti legali (tramite utilizzo di sistemi finanziari, movimentazione fisica di denaro o circolazione di beni), dall'altro abbiamo l'utilizzo di sistemi economici non regolamentati e che, pertanto non interagiscono con il mondo dell'economia legale[146] (i c.d. sistemi Hawala). L'attenzione è da porsi naturalmente sui primi data la loro idoneità a "contagiare" un sistema economico "sano", con la premessa che, come è agevole intuire, oggi il riciclatore dispone di un assai complesso sistema di strumenti e opportunità per perpetrare la sua condotta criminosa e pertanto la sintetizzazione di tali tecniche in uno schema ben definito risulta poco agevole. Tradizionalmente, la dottrina[147] individua tre stadi attraverso i

[143] Art. 1, comma 18, Direttiva n. 2018/843, che modifica l'art. 32 della precedente IV direttiva antiriciclaggio introducendovi il paragrafo 9
[144] Cfr. SCHIAFFINO "Antiriciclaggio, obblighi e aspettative della V Direttiva - L'Europa rafforza le misure contro riciclaggio e terrorismo" in Ilsole24Ore 27 Novembre 2019
[145] Cfr. RAZZANTE "La quinta direttiva antiriciclaggio, anticipazioni e prospettive" in Rivista 231 n. 2-2018
[146] DELL'OSSO, op. cit. p. 33
[147] STILE "Profili problematici della responsabilità dell'ente da riciclaggio" in Rivista 231, n. 3-2009

quali si dipana l'intera complessa procedura di money-laundering (c.d. modello trifasico): *placement, layering e integration.*

La prima fase consiste nel collocamento (placement) dei proventi illeciti presso strutture tipiche dell'economia legale (quali banche, intermediari finanziari, società di gestione del risparmio), al fine di fornire loro una sistemazione temporanea. Il placement rappresenta il primo incontro dei proventi illeciti di reato con i sistemi economici regolamentati e pertanto, è in questa fase che risulta più facile individuare l'origine delittuosa degli stessi. Di conseguenza è frequente l'utilizzo delle pratiche di *smurfing*[148] e *structuring*, ovvero, nella suddivisione del capitale da riciclare in numerosi depositi, ciascuno di modesto valore, così da non superare le soglie oltre le quali, secondo le norme nazionali, sono posti limiti all'utilizzo di denaro contante o obblighi di informazione alle UIF o altre autorità di vigilanza. Questa pratica risulta oggi maggiormente agevole grazie a sistemi di *e-banking* che consentono di manovrare facilmente diversi conti correnti aperti contemporaneamente presso istituti differenti , anche se risulta poco pratica per il riciclaggio di ingenti somme di denaro. Oltre ad essa, un altro canale attraverso cui agevolare l'inserimento di proventi illeciti nei canali dell'economia legale è costituita dal c.d. *spallonaggio*[149] *(o cash smuggling),* ovvero dal trasferimento fisico del contante in un paese estero in cui i controlli antiriciclaggio appaiono più blandi, in cui depositare i proventi in un conto corrente estero e da lì movimentarlo verso ogni destinazione desiderata. Ancora, in molti casi, il primo contatto del provente illecito con i circuiti regolamentati avviene attraverso i canali delle scommesse o del gioco d'azzardo, all'interno dei quali il denaro contante viene sostituito con strumenti dotati di valore economico (le *fiches,* o i tagliandi delle scommesse che abilitano al ritiro della vincita). In questo modo, effettuando scommesse opposte per uno stesso evento, il riciclatore riottiene la somma inizialmente utilizzata, con il vantaggio che essa risulta perfettamente lecita in quanto ottenuta tramite vincita regolare[150].

La seconda fase è comunemente definita "stratificazione" (*layering*) e consiste nel confondere i proventi illeciti con altri di origine lecita attraverso una complessa serie di operazioni di trasferimento dei fondi volti a ostacolarne o addirittura impedirne la tracciabilità. In altre parole, in questa fase viene fornita una copertura di "lecito-vestizione."[151] Le tecniche di *Layering* si sono evolute nel corso degli anni, grazie all'evoluzione tecnologica, che consente di espletare con agevolezza operazioni sempre più raffinate e complesse. Tra esse, quelle di più comune esperienza, si svolgono nei mercati finanziari regolamentati, attraverso acquisto e vendita di azioni, obbligazioni, strumenti finanziari, contrattazioni su titoli derivati, investimenti in fondi

[148] GIUSTI "Use of cash for money -laundering purposes: a modern-day perspective" in Ilsole24Ore 7 Novembre 2018
[149] Cfr. D'ALFONSO "Illegalità, economia della" in Enciclopedia Treccani, IX Appendice, 2015
[150] Cfr. DELL'OSSO, op. cit. p. 37
[151] TRAVERSI "Nuovi profili di responsabilità amministrativa delle società per riciclaggio" in Rivista 231 n. 4-2006

speculativi e tante altre. In questa fase l'obiettivo non è tanto quello di generare un profitto tramite l'investimento di proventi illeciti sul mercato finanziario, quanto quello di chiudere "in pari" l'operazione, attraverso l'investimento di tali proventi in strumenti "opposti" le cui oscillazioni sono destinate a compensarsi tra loro[152]. In altre parole in questa fase non si genera nuova ricchezza, ma si sostituisce quella illecita con proventi leciti derivati dal mercato. Oltre che sul mercato finanziario, il *layering* può avvenire anche attraverso l'utilizzo di società fittizie, costituite con l'unico scopo di assumere la veste di controparti in operazioni commerciali inesistenti; con il compito di ridistribuire sotto forma di utili d'impresa i fondi che alle stesse pervengono a seguito di tali operazioni.

Terminata anche la fase della stratificazione, la commistione dei proventi illeciti con l'economia legale si completa attraverso il loro reinserimento nei circuiti regolamentati, attraverso il loro impiego in operazioni economiche ordinarie. In questa fase (detta "*integration*") i fondi utilizzati hanno acquisito una parvenza di legittimità e sono quindi pronti per essere utilizzati per accumulo di ricchezza oppure per investimenti di natura imprenditoriale.

## 2.2. La disciplina prevista dall'articolo 648-bis c.p.

In Italia il riciclaggio di proventi illeciti è disciplinato dall'art. 648-bis del Codice Penale, la cui versione attuale è stata elaborata dalla Legge n. 328/1993, di ratificazione della Convenzione di Strasburgo. La norma punisce chiunque "*Fuori dei casi di concorso nel reato […] sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa*". Si può subito notare che il legislatore ha recepito le raccomandazioni del GAI e la Convenzione di Strasburgo introducendo un importante novità nel nostro ordinamento: il superamento della concezione del riciclaggio come fatto eminentemente connesso al narcotraffico o a poche altre fattispecie criminose, estendendo la rilevanza ai proventi illeciti di qualsiasi delitto non colposo. In questo modo, anche il legislatore nazionale ha fatto propria la visione del reato come fattispecie autonoma. Oltre a ciò, l'art. 648-bis introduce anche un'attenuante specifica per il caso in cui i proventi derivino da delitti puniti con la reclusione inferiore nel massimo a quattro anni, nonché un'aggravante per il caso in cui il fatto è commesso nell'esercizio di una professione.

[152] DELL'OSSO, op. cit. p.39

## 2.3. Bene giuridico tutelato

Data la complessità della struttura della fattispecie qui in esame, soprattutto in ragione delle diverse fasi e modalità con cui è possibile realizzare la 'ripulitura' dei proventi illeciti, nonché del fatto che le stesse tecniche di *money laundering* interferiscono su una moltitudine di sistemi dell'ordinamento (sistemi bancari, mercati finanziari, gioco d'azzardo regolamentato, vedi supra), è possibile affermare che il reato per come è descritto dall'art. 648-bis è potenzialmente idoneo a ledere una moltitudine di interessi giuridicamente tutelati; da un lato può essere ricondotto nell'alveo dei reati contro il patrimonio (come lascerebbe intendere la sua collocazione nel codice), dall'altro, il ricorso ad operazioni di negoziazione su mercati finanziari porta ad individuare l'ordine economico quale bene giuridico tutelato. Tuttavia, come è stato rilevato dalla dottrina,[153] sia che si sposi l'una, sia che si sposi l'altra tesi, il risultato è quello di ricadere in *empasse* difficili da risolvere. Nel primo caso si fa riferimento ad una concezione del reato come mera perpetuazione di un reato già in essere, con ciò regredendo ad una visione dello stesso più antica, che lo considera una fattispecie non autonoma, bensì fisiologicamente collegata al reato-presupposto; il ché stona con la visione attuale del riciclaggio per come formulata dal legislatore. Nel secondo caso si omette di considerare che vi sono fenomeni di riciclaggio che nella prassi ben poco hanno a vedere con sistemi macro-economici. E' il caso ad esempio del carrozziere che sostituisca targa e numero di telaio e rivernici un'autovettura al fine di celarne la provenienza dal delitto di furto.[154] In questi casi, se la condotta assume rilevanza penale solo alla luce di una sua offensività nei confronti dell'ordine economico, ne deriverebbe la conseguente inoffensività di diverse condotte.

Alla luce di tali premesse, possiamo affermare che l'unico denominatore comune a tutte le possibili tecniche di *money laundering*, a prescindere dai canali utilizzati per il reinserimento e della loro idoneità a falsare l'andamento e la stabilità di sistemi macroeconomici, è rappresentato dall'intento del riciclatore di ostacolare l'accertamento, da parte della autorità giudiziaria, della provenienza illecita del denaro o del bene in questione. Di conseguenza, il riciclaggio va individuato come reato potenzialmente plurioffensivo[155], ma la cui plurioffensività dipende dall'attività di riciclaggio concretamente svolta e dalle dimensioni della stessa, nonché dal reato presupposto. Il bene giuridico 'onnipresente' nel caso di specie è l'amministrazione della giustizia.

[153] DELL'OSSO, op. cit. p.75 e ss.

[154] Fattispecie, peraltro, ritenuta integrante il delitto di riciclaggio e non di ricettazione, anche da Cass. Pen. Sez. II, 26 febbraio 2019, n. 8473

[155] Come riconosciuto anche da Cass. SS.UU. 27 Febbraio 2014, n. 25191

## 2.4. Le condotte incriminate

L'art. 648-bis prevede tre condotte penalmente rilevanti che consistono nella "sostituzione", nel "trasferimento" o nel compimento di "altre operazioni" poste in essere da soggetti esterni alla commissione del reato da cui i proventi derivano.

L' utilizzo del termine "altre operazioni" ha peraltro scemato grandemente il valore selettivo delle prime due condotte, giacché, anche volendo dare un'interpretazione restrittiva delle condotte di sostituzione e trasferimento,[156] tutte le condotte non in esse ricomprese finiscono con assumere rilevanza in quanto "altre operazioni". Risulta chiaro che l'intento del legislatore delegato, con questa predisposizione, abbia optato per una maggiore tutela nei confronti dell'esigenza di reprimere tecniche e condotte che, come illustrato sopra, hanno raggiunto oggi giorno una complessità e un'insidiosità tali da non poter essere agevolmente sintetizzate e tipizzate in maniera specifica. Si può comunque aggiungere che il verbo "compiere" dovrebbe escludere dall'alveo delle condotte penalmente rilevanti gli atteggiamenti omissivi rappresentati dall'inerzia del riciclatore[157].

Particolarmente rilevante, poi, è il riferimento all'idoneità della condotta posta in essere ad ostacolare l'accertamento dell'origine delittuosa dei proventi. Non è sufficiente, infatti, l'espletamento di operazioni volte a 'ripulire' il c.d. denaro sporco, è altresì necessario che le tecniche adottate abbiano un'efficacia dissimulatoria. Al riguardo la giurisprudenza è ferma nel sostenere che *"ostacolare non significa impedire in modo insormontabile, ma soltanto rendere difficile l'accertamento della provenienza della* res*, attraverso un qualsiasi espediente."*[158]

Si può concludere evidenziando che il riciclaggio è reato di pericolo concreto a condotta formalmente vincolata, ma sostanzialmente libera.

## 2.5. Il dolo

Come sottolineato dalla giurisprudenza cassazionista, ed anche ad una prima lettura della norma, *"L'elemento soggettivo è caratterizzato dal dolo generico, che ricomprende la volontà di compiere le attività volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di beni o altre utilità, nella consapevolezza di tale origine, e non richiede alcun riferimento a scopi di profitto o di lucro."*[159] Escluso quindi il dolo specifico costituito dalla previsione di un futuro ed eventuale

[156] Come peraltro fece la Suprema Corte in Cass. Pen. Sez. V, 5 Febbraio 2007, n. 19288 in cui fu evidenziato che la sostituzione deve avere per forza una struttura bifasica, in quanto "*contempla un flusso finanziario di andata ed uno corrispondente di ritorno, di modo che il reato deve intendersi consumato solo con il perfezionamento della sostituzione, e cioè con il ritorno dei capitali illeciti riciclati a chi li aveva movimentati"*

[157] DELL'OSSO, op. cit. p. 107

[158] Cass. Pen. Sez. II, 12 Gennaio 2006, n. 2818, principio confermato anche da Cass. Pen. Sez. II, 9 Marzo 2015, n. 26208 e da Cass. Pen. Sez. II, 17 Novembre 2019, n. 52549

[159] Cass. Pen. Sez. II, 7 Gennaio 2011, n. 546

profitto, resta da chiedersi se il dolo eventuale sia compatibile con tale fattispecie. Il dibattito dottrinale sul punto è stato risolto dalla Corte di cassazione, la quale ha rilevato che "*il dolo eventuale, nel riciclaggio, si configura come rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza del denaro da delitto, desumibile dalle circostanze di fatto dell'azione. Il dolo eventuale, infatti, ricorre quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile, sebbene non certa, l'esistenza dei presupposti della condotta, ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare ad essa, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire comunque*"[160]. Pur evidenziando come la concreta ricostruzione del dolo eventuale nel caso concreto sia difficile soprattutto in relazione ai procedimenti di *money laundering* in cui il sistema dei controlli è particolarmente blando, se non addirittura inesistente, bisogna prendere atto che la tradizionale teoria dell'accettazione del rischio (da ricostruire secondo le c.d. formule di Frank) trova spazio anche per il delitto di riciclaggio.

## 2.6. Le utilità riciclabili

Prima della riforma avvenuta con Legge 23 Marzo 1990, n.69, il testo dell'articolo 648-bis faceva riferimento a "denaro" o altri "valori" per determinare gli oggetti materiali la cui "sostituzione", finalizzata al perseguimento di un profitto per sé o per altri, era punita con la reclusione da anni quattro ad anni dieci. La progressiva evoluzione tecnologico-finanziaria e la dematerializzazione della ricchezza hanno di fatto reso inefficace l'utilizzo di termini tipici di una concezione 'materiale' della stessa, con la conseguente estensione della punibilità al "*riciclaggio di denaro, beni o altre utilità".* Come accennato più sopra in riferimento alle condotte sanzionate, anche in questo caso si nota come i primi due termini risultino di fatto privi di valore selettivo, restando in questo caso assorbiti dal generico e indeterminato concetto di utilità. Come è agevole intuire, la repressione di "*operazioni*" su "*utilità*" rischia di sfociare nell'ambito dell'incostituzionalità a causa di una forse troppo scarna determinatezza. Per questo motivo, la dottrina ha comunque tentato di fornire un'interpretazione restrittiva degli oggetti del corpo indicati dalla norma.

In particolare, è stato sottolineato come i proventi illeciti, qualunque forma abbiano, devono comunque presentare "un qualche segno di derivazione illecita"[161]. In altre parole il delitto di riciclaggio, si è detto, è imperniato sull'interruzione od ostacolo alla tracciabilità dei proventi illeciti, ponendosi quindi come lesivo del bene giuridico 'amministrazione della giustizia'; pertanto le utilità derivanti da delitto non colposo devono essere passibili di essere 'ripulite', ovvero, al momento della consumazione, devono poter essere astrattamente identificabili come illeciti. Una

[160] Cass. Pen. sez. II, 31 Luglio 2018, n. 36893, principio ricavabile anche da Cass. pen. sez. II, 7 Dicembre 2016, n. 52241 e, prima ancora, in Cass. Pen. Sez. 2, 09 Marzo 2015 n. 26208

[161] DELL'OSSO, op. cit. p. 113

forma di ricchezza che appaia già lecita, non può essere oggetto delle tecniche di *laundering* sopra citate, di conseguenza non risulta fisiologicamente possibile farne oggetto di riciclaggio. Pertanto, con questa ricostruzione, dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 648-bis c.p. ad esempio, i corrispettivi versati da una stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore quando questi si è aggiudicato l'appalto in seguito ad una gara turbata o le cui sovvenzioni sono state indebitamente ricevute (in questo caso, il reinvestimento dei proventi così ottenuti non dovrebbe integrare la fattispecie di riciclaggio ex 648-bis c.p. in quanto tali ricavi 'nascono' già leciti, bensì dovrebbero integrare il reato di "Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita" ex art. 648-ter c.p.)[162]. Anche la giurisprudenza di legittimità sembra accogliere questo orientamento, in quanto evidenza che "*se con il riciclaggio si puniscono le condotte che mirano a 'ripulire' i proventi illeciti, recidendo il loro collegamento all'attività criminosa delittuosa da cui sono derivati, onde impedire l'accertamento di tale provenienza, con la previsione sanzionatoria dell'art. 648 ter c.p., si vuole reprimere, invece, residualmente, il reimpiego in attività economiche e finanziarie dei proventi illeciti, in precedenza 'ripuliti'.*"[163]

## 2.7. L'accertamento del reato 'a monte'

Il delitto di riciclaggio ha come elemento imprescindibile la precedente commissione di un altro delitto non colposo (qualificabile come delitto-presupposto), il quale connota di illiceità i proventi oggetto di azioni di 'ripulitura'. Pur mantenendo, quindi, i canoni della fattispecie autonoma non si può trascurare come, nel caso concreto, risulta difficile, se non impossibile, accertare la responsabilità del riciclante senza prima individuare con sufficiente determinatezza il delitto non colposo pregresso, ovvero l'origine dei proventi riciclati. A ben vedere, infatti, il disvalore del riciclaggio non deriva dalla natura del delitto-presupposto, bensì dai proventi da questo derivati. Il ché comporta che la fattispecie tipica risulta integrata a prescindere dall'accertamento di uno specifico delitto, purché si accerti che da esso sono derivate utilità poi reimpiegate. La giurisprudenza ha sottolineato questo aspetto in diverse sedi, affermando che "*Questa Corte (Sez. 2, n. 7795 del 19/11/2013, dep. 2014, Rv. 259008 - 01) ha già osservato, con riguardo all'individuazione del reato-presupposto del delitto di riciclaggio (con rilievi senz'altro validi anche con riguardo al medesimo tema, in riferimento al delitto di autoriciclaggio) che, in ordine al grado di specificità con il quale deve essere individuato il delitto presupposto, è senz'altro dominante l'orientamento (formatosi in relazione al delitto di ricettazione, che peraltro presenta in parte qua struttura analoga al riciclaggio ed all'autoriciclaggio) per il quale il delitto presupposto non deve*

[162] Cfr. DELL'OSSO, op. cit. p.115
[163] Cass. Pen. sez. II, 4 Febbraio 2014, n. 5546

*essere necessariamente accertato in ogni suo estremo fattuale, poiché la provenienza delittuosa del bene posseduto può ben desumersi dalla natura e dalle caratteristiche del bene stesso."*[164]

Sicuramente questo orientamento non deve essere interpretato nel senso di escludere *in toto* qualsiasi forma di accertamento del delitto-presupposto, in quanto deve comunque essere dimostrato, in sede processuale, della provenienza delittuosa dei proventi, nonché del dolo con cui ha agito l'autore del fatto pregresso.[165] Inoltre, lo stesso legislatore, per certi versi, sembra voler presuppore l'accertamento del delitto-presupposto quando, al terzo comma dell'art. 648-bis, prevede, come anticipato, una circostanza attenuante la cui applicazione è intrinsecamente collegata alla pena del delitto stesso. A parte queste considerazioni, la 'indifferenza' del reato di riciclaggio rispetto alle sorti del suo pregresso è confermata dal richiamo all'ultimo comma dell'art. 648, in base al quale, il riciclatore può essere punito anche nel caso in cui il precedente reo risulti non imputabile oppure non punibile, oppure qualora manchi una condizione di procedibilità. La Corte di Cassazione, inoltre ha confermato, seguendo il tenore letterale della norma, che l'art. 170 c.p. si applica anche nel caso di Riciclaggio, con la conseguenza che il riciclatore sarà punibile anche in caso di estinzione del delitto presupposto.[166]

## 2.8. La prevenzione del reato in ambito 231

Il delitto di riciclaggio, così come quello di ricettazione, impiego di denaro e autoriciclaggio, sono stati inseriti nel catalogo dei reati-presupposto per la responsabilità amministrativa dell'ente, all' art. 25-octies del D.lgs 231/2001, a seguito del Decreto di attuazione della Direttiva 2005/60/CE, ovvero il D. lgs 21 Novembre 2007, n. 231. A causa del continuo progredire della criminalità economica e del rischio di una contaminazione dei mercati finanziari e della libera concorrenza, il Legislatore delegato ha sentito la necessità di fortificare l'azione di prevenzione e contrasto, estendendo la sfera dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere penalmente per uno dei reati *de quibus* anche alle persone giuridiche, con ciò aumentando l'importanza dei c.d. modelli organizzativi di gestione (di cui al cap. 2) i quali, mediante adeguati protocolli di controllo e prevenzione, sono preordinati alla salvaguardia dell'ente anche per i reati di cui agli artt. 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter1 c.p.

Il D.Lgs. n. 231/2007 e il D.Lgs. 231/2001 rappresentano, a ben vedere, impianti normativi che mirano a tutelare l'impresa dal coinvolgimento in attività illegali di natura finanziaria e a scongiurare conseguenze distorsive per la concorrenza e per l'intero sistema economico[167].

[164] Cassazione penale sez. II, 14 Ottobre 2019, n.42052
[165] Cfr. DELL'OSSO, op. cit. p. 96
[166] Cassazione penale sez. II, 14 Dicembre 2018, n.56379
[167] PICCINNI, DI FRANCO *"Genesi normativa e peculiarità del Money laundering: il delitto di Riciclaggio quale reato presupposto per La configurazione dell'art. 25 octies, D.lgs. 231/2001."* In Rivista 231 n. 1-2015

La più che decennale esperienza di applicazione dell'art. 25-octies del D.lgs 231/2001 ha portato allo sviluppo di prassi preventive applicate in sede di attuazione dei 'MOG' volte a escludere l'ente da responsabilità derivante da azioni di reinserimento nel circuito economico legale di denaro, beni o altre utilità, al fine di scongiurare ogni forma di ostacolo all'amministrazione della giustizia e di inquinamento dei mercati regolamentati e del sistema economico in generale, nonché al fine di rendere identificabile e individuabile il soggetto, apicale o sottoposto, che pone in essere operazioni 'sospette' o la provenienza illecita delle ricchezze utilizzate per il compimento delle stesse.

Con queste premesse, e tenuto conto delle modalità di attuazione dei modelli illustrate nel capitolo 2, possiamo ora cercare di trarre alcune conclusioni in merito alle tecniche di cui una società dispone, al fine di prevenire responsabilità a suo carico per il riciclaggio.

Innanzitutto la fase delle analisi del rischio, preliminare all'individuazione delle aree in cui è più probabile la commissione del reato, dovrebbe individuare le figure aziendali interne dotate di poteri di gestione dei fondi nonché i soggetti incaricati di trattenere rapporti con i terzi. Tali aree sono (o possono essere) rappresentate dall'organo amministrativo, dal reparto commerciale, l' area finanza e il settore della direzione acquisti in quanto sceglie e intrattiene rapporti con fornitori e collaboratori della società, i quali potrebbero astrattamente essere portatori di utilità illecitamente ottenute. I soggetti coinvolti in tale ambito possono essere vari, sicuramente profili di coinvolgimento si riscontrano in capo al Consiglio di Amministrazione, all' Amministratore delegato, all'Amministratore unico, al responsabile commerciale, al responsabile anti-riciclaggio eventualmente nominato ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. b) del D. lgs. 231/2007, al consulente finanziario, al collegio sindacale e al revisore legale dei conti.

Individuate le funzioni maggiormente coinvolte, occorre predisporre idonei protocolli di prevenzione, che possano arginare il rischio di commissione del delitto in esame al di sotto della soglia di tollerabilità; a questo fine la società può innanzitutto ispirarsi ai c.d. indicatori di anomalia emanati dall'UIF ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b) del D. lgs 231/2007[168]. Si tratta della previsione di potenziali comportamenti che potrebbero essere rivelatori di condotte illecite sottostanti, ad esempio: 1) INDICATORI DI ANOMALIA CONNESSI AL CLIENTE: a) Il cliente si rifiuta o si mostra riluttante a fornire le informazioni richieste, ovvero fornisce informazioni false o contraffatte ovvero varia ripetutamente e senza apparente giustificazione le informazioni fornite; oppure b) Il cliente, senza fornire alcuna plausibile giustificazione, adotta un comportamento del tutto inusuale rispetto a quello comunemente tenuto dalla clientela; oppure c) Il cliente effettua operazioni in contanti di significativo ammontare ovvero con modalità inusuali quando è noto per

[168] Si cita, ad esempio, BANCA D'ITALIA *"Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari"* approvato con Delibera n. 616 del 24.8.2010

essere stato sottoposto a procedimento penale, a misure di prevenzione o a provvedimenti di sequestro, ovvero quando è notoriamente contiguo (ad esempio familiare) a soggetti sottoposti a misure della specie ovvero effettua tali operazioni con controparti note per le medesime circostanze; oppure ancora d) Il cliente risiede ovvero opera con controparti situate in Paesi o territori a rischio ed effettua operazioni di significativo ammontare con modalità inusuali, in assenza di plausibili ragioni; 2) INDICATORI DI ANOMALIA CONNESSI ALLE OPERAZIONI FINANZIARIE O AI RAPPORTI: a) Richiesta di effettuare operazioni prive di convenienza finanziaria a prescindere da qualsiasi valutazione connessa ai rischi dell'investimento, alle commissioni applicate ovvero ad altri costi delle transazioni; b) Operazioni di acquisto o di vendita d'importo significativo effettuate a prezzi palesemente sproporzionati rispetto ai correnti valori di mercato o al loro prevedibile valore di stima (ad es. beni immobili e mobili registrati; opere d'arte, gioielli, oro e altri beni di lusso; società; contratti; brevetti; partecipazioni; licenze o autorizzazioni all'esercizio di attività); c) Improvvisa estinzione anticipata di un rapporto contrattuale, specie se effettuata dopo poco tempo dalla stipula, accompagnata dalla richiesta di liquidazione di significativo ammontare in contanti o a favore di un terzo o all'estero; d) Ripetute richieste di operazioni da parte di una azienda sistematicamente in perdita, o comunque in difficoltà finanziaria, e che continua a mantenere la medesima gestione aziendale nonostante numerosi cambiamenti negli assetti proprietari; e) Apertura di rapporti utilizzati unicamente per porre in essere operazioni in un breve lasso temporale e successiva chiusura dei rapporti stessi; f) Operazioni che risultano inusuali rispetto alla prassi corrente di mercato ovvero sono effettuate con modalità e strumenti significativamente diversi da quelli utilizzati dagli altri operatori attivi nello stesso comparto, soprattutto se caratterizzate da elevata complessità ovvero dal trasferimento di somme di importo significativo, qualora non siano giustificate da specifiche esigenze; g) Rapporti commerciali intestati a persone fisiche o a imprese con modesta operatività sui quali affluiscono ripetuti o significativi versamenti di contante ovvero accrediti da parte di soggetti diversi, seguiti da disposizioni di pagamento per ammontari complessivi pressoché equivalenti, soprattutto se indirizzati all'estero; 3) INDICATORI DI ANOMALIA CONNESSI AI MEZZI E ALLE MODALITA' DI PAGAMENTO: a) Utilizzo ripetuto e ingiustificato di denaro contante, specie se per importi rilevanti o qualora implichi il ricorso a banconote di elevato taglio; b) Prelevamento di denaro contante per importi particolarmente significativi, salvo che il cliente rappresenti particolari e specifiche esigenze; c) Operazioni di cambio, specie se per importi significativi, con banconote di taglio diverso o con altra valuta, soprattutto se sono richieste banconote di taglio elevato o se effettuate senza transito per il conto corrente; d) Frequenti operazioni per importi di poco inferiori ai limiti di legge, soprattutto se effettuate in contanti o presso diverse dipendenze; e) Acquisto di più titoli al portatore (ad es. libretti di deposito a risparmio, certificati di deposito)

di importo unitario di poco inferiore ai limiti di legge e complessivamente consistente; f) Frequenti operazioni di versamento di assegni di importo unitario di poco inferiore ai limiti di legge, soprattutto se con una pluralità di girate da parte di terzi soggetti; g) Prelevamento di ingenti somme mediante richiesta di numerosi assegni circolari di importo unitario di poco inferiore ai limiti di legge; h) Richiesta frequente di assegni privi della clausola di non trasferibilità, specie qualora tali assegni risultino successivamente negoziati all'estero; 4) INDICATORI DI ANOMALIA RELATIVI ALLE OPERAZIONI IN STRUMENTI FINANZIARI E AI CONTRATTI ASSICURATIVI: a) Operazioni in strumenti finanziari incoerenti con il profilo economico, finanziario o patrimoniale del cliente ovvero, nel caso di persone giuridiche, del gruppo di appartenenza, oppure effettuate con modalità inusuali o illogiche, soprattutto se di ammontare complessivamente rilevante, non adeguatamente giustificate da specifiche esigenze.

Nel rispettare tali indicazioni dell'UIF, la società predispone all'interno del proprio modello 231, idonee procedure volte a rilevare, diagnosticare e segnalare tali comportamenti.

Oltre a ciò, la prevenzione del reato di riciclaggio deve andare oltre al recepimento delle norme antiriciclaggio, perciò, in ossequio ai principi e alle finalità dei MOG, l'ente in questione: predispone rigidi criteri di scelta di *partner* commerciali, valutandone anche i requisiti di onorabilità e affidabilità (anche in considerazione del fatto che la controparte commerciale abbia adottato o meno un modello 231 a sua volta); procede ad una separazione dei poteri autorizzativi e di firma, nonché ad una parcellizzazione delle procedure coinvolte nelle aree di rischio, in modo che non vi sia un unico soggetto a gestire un' intera operazione finanziaria; istituisce un Sistema di Controllo Interno su tre livelli[169], ciascuno dotato di un differente grado di specificità; obbliga tutti gli operatori a cui è rivolto il modello ad utilizzare sistemi di archiviazione e tracciabilità delle operazioni effettuate; predispone forme di conclusione di contratti, nonché modalità di pagamento con i propri *partner* commerciali, che possano garantire trasparenza, correttezza e liceità; infine, garantisce la divulgazione del modello a tutti i suoi destinatari e organizza corsi di formazione e sensibilizzazione, tramite l'ODV, rivolti ai soggetti coinvolti nelle aree di rischio.

## 3. Il delitto di autoriciclaggio

La clausola di riserva indicata all'inizio dell'art. 648-bis c.p., escludendo dalla punibilità per riciclaggio il fatto commesso dall'autore o dal concorrente nel delitto non colposo presupposto, ha contribuito alla nascita di quello che è stato individuato dalla dottrina come "beneficio dell'autoriciclaggio."[170] La sanzionabilità penale della 'ripulitura' di proventi illeciti solo per i casi in cui essa fosse avvenuta per mano di un soggetto estraneo al reato a monte aveva di fatto escluso

[169] Come indicato dalle Linee guida di Confindustria, sub nota 88

[170] QUATTROCOLO - ROSSI, "Autoriciclaggio, la sistematica punitiva" 2016

dall'ambito del penalmente rilevante, e quindi dalla tutela dei beni giuridici 'amministrazione della giustizia' e 'ordine economico', la condotta di chi, dopo aver compiuto un reato, ne reimpiegava i proventi illeciti attraverso azioni di *laundering.* In realtà prima dell'entrata in vigore dell'art. 648-ter1 a norma della Legge 186/2014, fatti di autoriciclaggio potevano essere penalmente sanzionati in virtù dell'art. 12-*quinquies* del Decreto legge 306/1992, convertito con Legge 356/1992, il quale puniva *"chiunque"* attribuisse fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni altre utilità, *"al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale".* L'utilizzo del termine 'chiunque' rendeva tale norma astrattamente applicabile anche a chi commetteva un reato per poi reimmettere sul mercato i relativi proventi.[171] Anche il D. lgs 231/2007, all' art. 2, comma 1 (poi confluito nel comma 4 a seguito di riforma avvenuta con D. lgs. 90/2017), sembra riconoscere rilevanza anche a fatti di autoriciclaggio, anche se solo limitatamente ai fini di cui al decreto stesso[172], dal momento che manca un espresso richiamo alla clausola di riserva di cui all'art. 648-bis. L'evoluzione della concezione del fenomeno del riciclaggio, verso una visione che lo caratterizza come fatto autonomo, pressoché indifferente al reato a monte, dotato di un proprio disvalore sociale ed economico, ha fatto sì che il legislatore avvertisse l'esigenza di istituire un'apposita fattispecie che punisse anche l'autoriciclaggio, in quanto anch' esso riconosciuto come autonomo e svincolato dal reato da cui i proventi derivano.

Così, a partire dal 2004 si susseguirono diverse proposte di legge al riguardo classificabili in due gruppi:[173] da un lato vi era chi sosteneva la semplice eliminazione della clausola di riserva espressa dall'art. 648-bis[174], dall'altro vi era chi sosteneva l'introduzione di una fattispecie autonoma di autoriciclaggio.[175] Alla fine prevalse questa seconda tendenza e l'autoriciclaggio divenne fattispecie autonoma di reato prevista e punita dall'art. 648-ter.1 con l'approvazione della Legge 15 Dicembre 2014, n. 186.

## 3.1. Bene giuridico tutelato

Per quanto concerne il bene giuridico tutelato dall'art. 648-ter.1 del codice penale, possiamo affermare, in prima approssimazione, che valgono le stesse considerazioni in tema di

[171] QUATTROCOLO, ROSSI, op. cit. p. 21

[172] Art. 2, comma 4, D. lgs. 231/2007 "*Ai fini di cui al comma 1, s'intende per riciclaggio: […] d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere a), b) e c) l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolarne l'esecuzione."*

[173] QUATTROCOLO, ROSSI, op. cit. p. 25

[174] Come ad esempio il Disegno di Legge 16 Maggio 2008, n. 583, Luigi Li Gotti, in www.senato.it

[175] Cfr. Relazione della Commissione 'Greco' per lo studio sull'autoriciclaggio, 23 Aprile 2013, in www.giustizia.it, che proponeva l'introduzione dell'art. 517-sexies al codice penale.

plurioffensività[176] svolte per il delitto di riciclaggio. La lesività sociale della fattispecie è pertanto da ascriversi ai beni giuridici individuati nell'amministrazione della giustizia e nell'ordine economico. In questa sede merita di essere aggiunto che il legislatore ha riconosciuto rilevanza alle condotte di sostituzione, trasferimento e impiego solo nel momento in cui esse afferiscano ad *"attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative"*, il ché lascia presumere che l'ago della bilancia sia più spostato verso una sensibilità all'ordine economico, piuttosto che all'amministrazione della giustizia. Tesi peraltro che parrebbe condivisa anche dalla Suprema Corte, la quale sostiene che *"la punibilità - per quanto in forma meno grave - dell'autoriciclaggio dipende proprio dall'avere questo oggettivamente attentato all'ordine economico mediante l'attività di 'laundering' e non già dall'aver finalizzato sin da principio il precedente delitto allo scopo di realizzare quest'ultima. Il senso della norma si coglie, insomma non già sul piano della "rimproverabilità" soggettiva, ma su quello del passaggio dall'ottenimento per vie illegali di un'utilità economicamente rilevante ad un reinvestimento della medesima in ambiti, a loro volta, fruttuosi sotto il profilo economico e dannosi per gli interessi di quanti ne subiscano obiettivamente le conseguenze."*[177] Non mancano però pareri contrari in dottrina[178] che sostengono la tesi della plurioffensività del delitto e, a parere di chi scrive, tenuto conto delle osservazioni su esposte in merito ai rischi derivanti da una concezione mono-offensivistica del riciclaggio, nonché del tenore letterale della norma, che sembra porre l'accento sulla concreta idoneità delle azioni di laundering a ostacolare l'accertamento dell'origine delittuosa dei proventi, sembra preferibile quest'ultima tesi.

## 3.2. Le condotte punibili

Giova premettere che, come evidenziato dalla dottrina[179] e dalla giurisprudenza[180], il delitto di autoriciclaggio si configura quale reato di mera condotta ed a consumazione istantanea, anche se in alcuni casi quest ultimo *"può anche atteggiarsi a reato eventualmente permanente quando il suo autore lo progetti ed esegua con modalità frammentarie e progressive."*[181] L'art. 648-ter.1 sanzione le condotte di *money-laundering,* compiute da chiunque abbia commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, che si concretizzino in impiego, sostituzione o trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, del denaro, dei beni o di altre utilità provenienti da tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro

[176] QUATTROCOLO, ROSSI, op. cit. p. 36
[177] Cass. Pen. Sez. V, 5 Febbraio 2019, n. 5719, in www.penalecontemporaneo.it
[178] Tra cui QUATTROCOLO, ROSSI, DELL'OSSO, opere citate
[179] QUATTROCOLO, ROSSI, op. cit. p. 41
[180] Si cita ad esempio, Cass. Pen, Sez. II, 7 settembre 2017, n. 40890
[181] Sentenza citata sub nota 47

provenienza delittuosa. Si può subito cogliere che la condotta tipizzata dalla norma costituisce una sorta di ibrido rispetto alle condotte di cui agli artt. 648-bis e 648-ter, in quanto, da un lato, il legislatore ha ripreso il concetto di 'sostituzione' e 'trasferimento' utilizzati per il riciclaggio e dall'altro, ha mantenuto il termine 'impiega' utilizzato anche nel delitto di "Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita." Tuttavia la scelta normativa è stata quella di non mantenere il riferimento alle "altre operazioni" di cui all'art. 648-bis, con ciò delineando una fattispecie di autoriciclaggio più selettiva e a rilevanza più marcatamente economica; con la conseguenza che, secondo alcuni, potrebbero sorgere discrasie punitive tra i due delitti.[182]

Il riferimento alle nozioni di 'attività economiche' e 'finanziarie' ha prestato il fianco a diverse pronunce della Corte di Cassazione[183], la quale ha, in prima battuta, fatto riferimento alla nozione di attività economica contenuta negli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c., ritenendo soddisfatto il requisito dell'economicità ogni qualvolta l'azione posta in essere possa essere preordinata alla produzione di beni o alla fornitura di servizi. Mentre per quanto riguarda la nozione di attività finanziaria la stessa sentenza ha fatto espresso riferimento all'art. 106 del Testo Unico Bancario (D. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, T.U.B.) il quale, a sua volta, individua quali tipiche attività a carattere finanziario l'acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese, la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, operazioni di cambio valute, nonché la concessione di servizi di pagamento quali: incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di carte di debito o di credito.

Il caso di specie affrontato dalla citata sentenza aveva ad oggetto il deposito di proventi illeciti su carta prepagata e, non essendo tale condotta rientrante nello schema interpretativo delineato dalla Suprema Corte, fu esclusa la sussistenza del reato quanto meno nel suo elemento oggettivo. Da questa interpretazione si ricava un netto distacco dalla sistematica punitiva del delitto di riciclaggio, giacché per quest' ultimo, anche il semplice deposito su più conti correnti aperti integra il delitto,[184] nonché il prelievo di ingenti quantità di fondi di derivazione illecita da conto corrente bancario.[185] Risulta pertanto molto più ampio l'ambito di applicazione del reato di riciclaggio rispetto al delitto ex. Art. 648-ter. 1.

Successivamente alla pronuncia citata, tuttavia, la stessa Corte di Cassazione ha allargato la concezione di attività finanziaria rilevante in materia di autoriciclaggio, riconoscendo che essa è costituita da *"ogni attività rientrante nell'ambito della gestione del risparmio ed individuazione degli strumenti per la realizzazione di tale scopo"*[186].

[182] MAINIERI, TOVINI "I primi quattro anni dell'autoriciclaggio nell'interpretazione della Cassazione."
[183] In particolare Cass. Pen., Sez. II, 28 Luglio 2016 n. 33074
[184] Cass. Pen. Sez. II, 15 Marzo 2018, n. 11836
[185] Cass. Pen. Sez II, 17 Maggio 2019, n. 21687
[186] Cass. Pen. Sez. VI, 24 Gennaio 2019, n. 3608

Quanto all'attività speculativa, si rinviene una definizione valida, ancorché datata, della stessa nell'art. 76 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597, che al terzo comma fornisce una sintesi di attività sorrette da finalità speculative, dalle quali si ricava il principio secondo cui sono da definirsi tali tutte le operazioni in cui "la volontà dell'acquisto si accompagna a quella di realizzare senz'altro un utile."[187]

## 3.3. La clausola modale

Si è detto che la condotta delle due fattispecie 'riciclaggio' e 'autoriciclaggio,' pur avendo ad oggetto lo stesso fenomeno astrattamente inteso di money-laundering, differisce sotto più aspetti. Nel primo caso viene punito chi "sostituisce o trasferisce" i proventi illeciti ovvero "compie altre operazioni"; nel secondo caso invece è punito anche chi "impiega" tali proventi (similmente all'art. 648-ter c.p.) e allo stesso tempo è escluso il riferimento alle "altre operazioni", oltre al fatto che le operazioni di impiego, sostituzione e trasferimento debbono essere effettuate in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative (requisito mancante nell'ipotesi di riciclaggio).

Oltre a tali differenze, dal dato letterale della norma è agevole intuire un ulteriore differenza tra le due condotte, individuabile nell'ambito della clausola modale: mentre nel caso dell'autriciclaggio è previsto che il money-laundering sia attuato "in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa", nel caso del riciclaggio scompare il requisito della concretezza.

A ben vedere, con questa formulazione, il legislatore sembra abbia voluto assegnare una carica di rilevante offensività alle modalità esecutive del delitto, suggerendo che gli ostacoli all'individuazione della genesi delittuosa dei proventi debbano presentare un livello di gravità e insidiosità maggiore rispetto alle ipotesi ex. 648-bis e 648-ter.

Pertanto, posto che anche nelle ipotesi qui in esame vale l'interpretazione secondo cui la dissimulazione non deve tradursi in un insuperabile impedimento già esposta per il riciclaggio, la fattispecie qui in esame dovrebbe escludere rilevanza penale a condotte che invece risultano punibili ai sensi dell'art. 648-bis c.p.[188] Così ad esempio, il mero trasferimento di denaro da un conto all'altro dovrebbe essere rilevante ai fini del riciclaggio e non dell'autoriciclaggio, secondo quanto indicato nei precedenti paragrafi.

La Suprema Corte ha interpretato il requisito ulteriore della concretezza evidenziando che *"Ai fini dell'integrazione dell'illecito è, pertanto, necessario che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulatoria, sia cioè idonea a provare che l'autore del delitto presupposto abbia*

[187] Comm. Trib. Reg. Treviso, 12 Novembre 1984, in QUATTROCOLO-ROSSI, op. cit.
[188] QATTROCOLO-ROSSI, op. cit. p. 60

*effettivamente voluto attuare un impiego finalizzato ad occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto sicché rilevano penalmente tutte le condotte di sostituzione che avvengano attraverso la reimmissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita, finalizzate a conseguire un concreto effetto dissimulatorio che sostanzia il quid pluris che differenzia la condotta di godimento personale, insuscettibile di sanzione, dall'occultamento del profitto illecito, penalmente rilevante."*[189]

## 3.4. La non punibilità per mera utilizzazione o godimento personale

Il comma 4 dell'art. 648-ter.1 prevede che *"Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale."* Una simile disposizione sembra posta in essere al fine di circoscrivera l'afflittività del reato, riducendo la portata delle nozioni di impiego, sostituzione e trasferimento. Con essa, in sostanza, il legislatore sembrerebbe aver voluto escludere dall'ambito penalmente rilevante il mero consumo dei proventi illeciti.[190] Tuttavia, proprio a partire dal dato letterale con cui è stata formulata la norma, sorgono perplessità riguardanti l'effettiva portata di tale disposizione e sulla sua natura giuridica. Infatti, proprio la dicitura "fuori dai casi di cui ai commi precedenti" sembrerebbe lasciare intendere che essa non si applica nelle ipotesi di cui al primo comma, per cui la limitazione risulterebbe in realtà priva di significato. In sostanza, il quarto comma vorrebbe fornire una definizione di casi penalmente irrilevanti, esclusi dalla portata del comma uno, tuttavia esplicitando che tale definizione non si applica al comma stesso[191]. Per poter dispiegare i propri effetti di esclusione così come immaginati dal legislatore, la previsione sarebbe dovuta essere applicabile *nei casi* di cui al primo comma, non *al di fuori*.[192] Ed in effetti, il testo della relazione della Commissione Greco (sub nota 42) relativo alle ipotesi di riforma in tema di autoriciclaggio sembrava orientata in tal senso.[193]

Secondo l'interpretazione della dottrina maggioritaria, rispettosa del testo letterale della norma, il quarto comma non funge da delimitazione ulteriore delle condotte penalmente rilevanti, bensì andrebbe a definire casi 'al di fuori' dell'ipotesi di autoriciclaggio previste dall'art. 648-ter.1[194], di fatto quindi, confermando, in una sorta di tautologia, il contenuto del primo comma. Non mancano infine autori che hanno definito il quarto comma come frutto di un errore tecnico legislativo.

[189] Cass. Pen. Sez. II, 7 Giugno 2018, n. 30401
[190] DELL'OSSO, op. cit. p. 205
[191] DELL'OSSO, op. cit. p.205
[192] DELL'OSSO, op. cit. p.206
[193] "La disposizione di cui al comma precedente non si applica se il fatto consiste nel mero godimento dei beni […]" cit. art. 517-quinquies, comma 4, c.p. del testo della riforma proposta dalla Commissione
[194] QUATTROCOLO-ROSSI, op. cit. p. 79

## 3.5. La prevenzione del reato in ambito 231

La punibilità dell'ente a titolo di autoriciclaggio è stata introdotta dall'art. 3, comma 5, lett. a) della Legge 186/2014. A seguito di tale scelta normativa sono tuttavia emerse alcune non facili questioni legate alla portata dell'art. 648-ter. 1 nell'ambito della responsabilità 'd'impresa'. In particolare, nonostante le tecniche dell'azione delittuosa siano equiparabili a quelle illustrate per il riciclaggio, nella fattispecie *de quo* è presente la singolare circostanza che l'autore persona fisica deve necessariamente compiere due illeciti penalmente rilevanti, distinti cronologicamente, per poterne definire la responsabilità ex. Art. 648-ter.1: il delitto non colposo presupposto e il successivo autoriciclaggio. Inoltre, il delitto a monte potrebbe potenzialmente essere di qualsiasi natura, essendo necessario solo che sia 'non colposo.' Ciò potrebbe rappresentare un'ipotesi di fattispecie aperta, non sufficientemente tipizzata ai sensi del principio di legalità previsto dall'art. 25 Cost. nonché dallo stesso art. 2 del D. lgs 231/2001. In altre parole, l'ente, potrebbe essere chiamato ad effettuare 'straordinarie' e fisiologicamente impossibili operazioni di mappatura e prevenzione volte a predisporre misure idonee ad impedire la commissione nel proprio interesse di qualsiasi delitto non colposo previsto dall'ordinamento, a prescindere dalla sua inclusione nei reati-presupposto ex decreto 231, in linea con gli stessi problemi previsti per i delitti di criminalità organizzata. La commissione di un precedente delitto non colposo, e l'identità fisica tra il suo autore e l'autore del reato 'autoriciclaggio' sono elementi costituenti la sfera della tipicità oggettiva della fattispecie di cui all'art. 648-ter. 1, pertanto, una efficace tecnica di *compliance* preventiva dovrebbe tenere conto, in fase di adozione del Modello 231, sia delle condotte tipiche di money-laundering (placement, layering e integration) ma anche, e più a monte, dei delitti da cui i proventi illeciti reimpiegati potrebbero derivare. A favore di questa tesi sembrava conformarsi la Corte di Cassazione, pronunciatasi nel 2013 su un caso avente ad oggetto il ricorso avverso un'ordinanza del GIP di Taranto applicativa del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di una somma pari a euro otto milioni ai sensi degli artt. 19 e 53 del D.lgs 231/2001, ritenuti sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in relazione ai reati ambientali e di associazione a delinquere (art. 416 c.p.). In quella sede, gli Ermellini si sono pronunciati ha favore della società indagata ex. D.lgs 231/2001, evidenziando che, ammettere l'applicazione delle sanzioni per quote previste dall'art. 24-ter in relazione al delitto di cui all'art. 416 c.p. anche nel caso in cui il reato-scopo dell'associazione non fosse ricompreso nel novero dei reati presupposto (D. lgs. 231/01) significherebbe trasformare lo stesso art. 416 c.p. *"in una disposizione 'aperta', dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi, peraltro, verrebbero in tal modo costretti ad adottare su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di oggettivi criteri di riferimento, i*

*modelli di organizzazione e di gestione previsti dall'art. 6 del citato D.Lgs., scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione."* [195] Condividono la stessa tesi proposta anche Confindustria,[196] ABI[197], Piergallini, Amati, Chiosi, Bartoli.[198]

Preferibile, a parere di chi scrive, la tesi di segno contrario. E' stato sottolineato che, nella prospettiva del rapporto tra delitto non colposo a monte e condotte di autoriciclaggio, questo si atteggia in maniera del tutto analoga alle fattispecie di ricettazione e riciclaggio,[199] per i quali non sono contemplate differenziazioni legate all'inclusione o meno del delitto a monte nel catalogo dei reati-presupposto. Si nota, infatti, che nonostante una asimmetria normativa legata alla formulazione testuale delle condotte punite, i reati di 'riciclaggio' e di 'autoriciclaggio' differiscono concettualmente per l'identità fisica dell'autore del delitto a monte. Ancora, è stato criticato il parallelismo tra il delitto-scopo delle associazioni delittuose e il delitto 'a monte' dell'autoriciclaggio. Nel primo caso, si è in presenza di una situazione in cui il baricentro della condotta criminosa è improntato sul delitto-scopo, per cui risulta difficile per l'ente elaborare una concreta linea di controllo e di tutela volta a prevenire il delitto associativo in sé; viceversa nel secondo caso la priorità della condotta criminosa è incentrata proprio sul profilo della 'ripulitura' dei proventi e sul loro reimpiego,[200] il ché rende il caso di cui all'art. 648-ter.1 più 'vicino' al riciclaggio piuttosto che al delitto di associazione a delinquere. Ancora, l' art. 25-octies ha come obiettivo quello di punire l'ente per non essere stato in grado di tutelarsi correttamente da un coinvolgimento nelle procedure di occultamento di proventi illeciti, ovvero, per aver lasciato che il proprio patrimonio venisse utilizzato per ostacolare l'origine di tali proventi e averne tratto un beneficio; di conseguenza è proprio in quest'ottica che deve essere costruito il modello 231, senza dover necessariamente tenere conto del delitto a monte.[201] Infine, anche a sostegno di questa seconda tesi si possono segnalare pronunce della giurisprudenza: in *primis* un'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano[202] che ha riconosciuto la responsabilità dell'ente per autoriciclaggio anche nel caso di delitto a monte non compreso negli artt. 24 ss del D.lgs 231/2001; in *secundis* una sentenza della Suprema Corte[203] che ha confermato lo stesso principio pur essendo il giudizio in questione incentrato sul sequestro preventivo in capo agli imputati persone fisiche.

---

[195] Cassazione Penale, Sez. 6, 24 gennaio 2014, n. 3635
[196] Circolare n. 19867 del 12 Giugno 2015
[197] Circolare n. 6 del 1 Dicembre 2015
[198] Cfr QUATTROCOLO-ROSSI, op. cit. p. 163 e ss.
[199] D'ARCANGELO, *"La responsabilità dell'ente per autoriciclaggio nella prima riflessione della giurisprudenza"* in Rivista 231 n. 3-2019
[200] Cfr. GULLO "Autoriciclaggio" in www.penalecontemporaneo.it, 21 Dicembre 2015
[201] SANTORIELLO "*La circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*" in Circolare 231, 7 Luglio 2015
[202] Trib. riesame Milano, ord. 29 Maggio 2018 in Leggi d'Italia
[203] Cass. Pen. Sez. II, 4 maggio 2018, n. 25979, in Leggi d'Italia

Quanto alla formulazione dei protocolli del modello 231, in buona parte si può riprendere il discorso legato alle procedure preventive in tema di riciclaggio, qui può essere aggiunto che, data l'identità fisica dell'autore del delitto 'a monte' e del delitto ex. 648-ter.1, e tenuto conto della selettività della condotta di autoriciclaggio rispetto al delitto di cui all'art. 648-bis, si può affermare che l'attenzione per l'ente dovrà essere particolarmente accentrata sulla gestione finanziaria del patrimonio, predisponendo vari livelli autorizzativi e di firma relative ad ogni investimento, obbligando il personale impiegato nelle operazioni economico-finanziarie a seguire compiti specifici e parcellizzati, prestando anche attenzione ai meccanismi di controllo delle condotte dei propri dipendenti in generale, oltre che ai corsi di formazione e sensibilizzazione rivolti agli stessi.

## *4.* L'*insider trading*

Il reato di abuso di informazioni privilegiate è stato introdotto nel nostro ordinamento con la Legge 17 Maggio 1991, n. 157 contenente "Norme releative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa", in attuazione della direttiva 89/592/CEE del Consiglio, la quale sancisce la portata dei divieti agli artt. 2-3-4.

La versione originale del c.d. *insider trading* è stata oggetto di una prima riformulazione da parte del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D. lgs. 24 Febbraio 1998, n. 58) e di una seconda modifica tramite l'art. 9 della Legge 18 Aprile 2005, n. 62 in attuazione della Direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio.[204]

La versione attuale della fattispecie in esame, contenuta nell'art. 184 del TUF e modificata, da ultimo, dal D. lgs 10 Agosto 2018, n. 107 prevede, al comma 1, che "*E' punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio (o di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'articolo 11 del regolamento (UE) n. 596/2014;); c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).*"

[204] SGUBBI "*Diritto penale del mercato finanziario*" CEDAM 2013p. 31

L'attuale struttura normativa è il frutto del crescente interesse da parte del pubblico dei risparmiatori verso il mercato finanziario, accompagnato da un maggiore affiatamento con il rischio legato all'investimento, caratterizzato da una 'accettazione' sociale delle attività pericolose per la stabilità del patrimonio.[205] L'esigenza sentita dal legislatore non è quella di eliminare il rischio insito in operazioni finanziarie, bensì quello di assicurare il corretto andamento del mercato, evitando che in esso sorgano rischi 'anomali' legati dall'operatività nello stesso di soggetti dotati di informazioni *price-sensitive.*[206]

Ed è proprio in relazione a tali soggetti che è destinata la normativa in tema di *Market abuse,* ponendo a loro carico sanzioni diverse a seconda della 'vicinanza' del soggetto con lo strumento finanziario o l'emittente a cui l'informazione si riferisce. Si distinguono così i c.d. *insiders* primari, in possesso 'diretto' dell'informazione in virtù della loro posizione operativa e puniti in virtù della fattispecie delittuosa di cui all'art. 184 TUF, dai c.d. *insiders* secondari, in possesso 'mediato' dell'informazione e sanzionati in virtù dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis TUF.

Disvalore sociale riconosciuto dalla norma non è, si badi, il possesso dell'informazione, nemmeno, a ben vedere, l'illegalità dello stesso, bensì lo sfruttamento abusivo del privilegio informativo mediante operazioni borsistiche.

## 4.1. Il concetto di informazione privilegiata

Premessa fondamentale per il prosieguo della trattazione del reato in esame è l'analisi del concetto di informazione privilegiata cui il primo comma della norma inerisce, in quanto, come è agevole intuire, l'accertamento di tale connotazione dell'informazione costituisce presupposto per l'applicabilità del sistema punitivo.

Quale punto di partenza per inquadrare correttamente la tematica in questione, a seguito dell'abrogazione dell'art. 181 TUF, si individua l'art. 180, comma 1, lett. b-ter) che rinvia alla definizione contenuta nell'art. 7, paragrafi da 1 a 4, del Regolamento UE n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 Aprile 2014 (c.d. MAR).

La norma citata definisce come 'privilegiata' *"a) un'informazione avente un carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti o uno o più strumenti finanziari, e che, se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati; b) in relazione agli strumenti derivati su merci, un'informazione avente un carattere preciso, che non è stata comunicata al pubblico, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più di tali strumenti derivati o concernente direttamente il contratto a pronti su merci collegato, e che, se comunicata*

[205] MANNO, *"Profili penali dell'insider-trading"* p. 22
[206] SGUBBI, op. cit. p. 33

*al pubblico, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti derivati o sui contratti a pronti su merci collegati e qualora si tratti di un'informazione che si possa ragionevolmente attendere sia comunicata o che debba essere obbligatoriamente comunicata conformemente alle disposizioni legislative o regolamentari dell'Unione o nazionali, alle regole di mercato, ai contratti, alle prassi o alle consuetudini, convenzionali sui pertinenti mercati degli strumenti derivati su merci o a pronti; c) in relazione alle quote di emissioni o ai prodotti oggetto d'asta correlati, un'informazione avente un carattere preciso, che non è stata comunicata al pubblico, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più di tali strumenti e che, se comunicata al pubblico, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati; d) nel caso di persone incaricate dell'esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari, s'intende anche l'informazione trasmessa da un cliente e connessa agli ordini pendenti in strumenti finanziari del cliente, avente un carattere preciso e concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti o uno o più strumenti finanziari e che, se comunicata al pubblico, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari, sul prezzo dei contratti a pronti su merci collegati o sul prezzo di strumenti finanziari derivati collegati."*

Rispetto alla previgente definizione contenuta nell'art. 181 TUF, è evidente che il contenuto delle due disposizioni è pressoché identico[207], fatta eccezione per la nuova inclusione delle informazioni relative a quote di emissioni o ai prodotti oggetto d'asta correlati e l'ipotesi della trasmissione dell'informazione dal cliente alla persona incaricata dell'esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari.

Si nota che elemento essenziale dell'informazione, oltre che a dover rientrare in una delle ipotesi oggettive su indicate, deve avere anche carattere di precisione.

Infatti, il secondo paragrafo dell'art. 7 Regolamento UE 596/2014, definisce come 'precisa' un'informazione che faccia riferimento a circostanze o eventi esistenti o i quali è ragionevolmente presumibile che si verificheranno, purché sia sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni da dette circostanze o eventi riguardo al possibile andamento futuro del prezzo di mercato di strumenti finanziari, strumenti finanziari derivati, contratti a pronti su merci collegati o di prodotti oggetto d'asta sulla base delle quote di emissioni. E' interessante notare che sempre il paragrafo 2 in esame consente di attribuire la qualifica di informazione privilegiata anche alle informazioni concernenti le "tappe intermedie" di un "processo prolungato" che determina o è inteso a concretizzare una data circostanza o un dato evento, sempreché tali informazioni soddisfino i requisiti di specificità e precisione. Per individuare quali possano essere tali "tappe intermedie" occore tenere in considerazione il considerando 17 del Regolamento che fornisce

[207] Notato anche da Cass. Pen Sez. V, 30 Settembre 2019, n. 3999

alcuni esempi al riguardo, ovvero, informazioni aventi ad oggetto lo stato delle negoziazioni, le condizioni contrattuali provvisoriamente convenute, la possibilità di collocare strumenti finanziari, le condizioni alle quali tali strumenti sono venduti, le condizioni provvisorie per la collocazione di strumenti finanziari, o la possibilità che uno strumento finanziario sia incluso in un indice principale o la cancellazione di uno strumento finanziario da un tale indice. L'elenco, puramente esemplificativo e non esaustivo, indica quindi tutta una serie di informazioni concernenti fasi prodromiche alla realizzazione dell'evento o dell'insieme di circostanze che avranno un presumibile effetto sui prezzi di mercato.

Si pensi ad esempio, per citare la giurisprudenza di legittimità più recente[208] ad un socio anziano di una società che svolge attività di consulenza finanziaria, il quale, nel corso del suo incarico di "*due diligence*" sia venuto a conoscenza di informazioni circa il probabile buon esito del futuro lancio di un'Offerta Pubblica di Acquisto (la quale avrebbe aumentato il valore delle azioni della società bersaglio) e che, in virtù di tali informazioni, abbia provveduto ad acquistare un grosso numero di azioni della società bersaglio per poi rivenderle durante l'O.P.A. a prezzi maggiori ricavandone una plusvalenza.

In questo caso, la Suprema Corte ha ritenuto soddisfatto il requisito di cui all'art. 7, paragrafo 2 ultima parte, del Regolamento UE 596/2014.

Oltre al requisito della precisione, l'informazione, per essere considerata privilegiata deve anche essere riservata, ovvero non ancora comunicata al pubblico, oltreché idonea ad influenzare significativamente il prezzo di strumenti finanziari, strumenti finanziari derivati, contratti su pronto merci o prodotti oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni, cui l'informazione inerisce. Quest'ultimo aspetto è chiarito dal successivo paragrafo 4 dell'art. 7, il quale dispone che, per informazione idonea ad influenzare i prezzi *"s'intende un'informazione che un investitore ragionevole probabilmente utilizzerebbe come uno degli elementi su cui basare le proprie decisioni di investimento."*

Per completare il discorso, si rileva che la normativa in esame si occupa di definire quando un'informazione è 'privilegiata' senza però soffermarsi sulla definizione, in effetti scontata solo all'apparenza, di 'informazione'. E' stato sottolineato che tale termine sottende una relazione intersoggettiva della conoscenza, per cui è 'informazione' solo ciò che attiene ad un terzo soggetto, poiché è nella logica dell'informazione finanziaria che ciascuno conosca i propri propositi personali e sulla base di essi elabori strategie di mercato, senza che ciò costituisca un comportamento scorretto per il mercato[209]. L' intenzione di porre in essere un'operazione finanziaria (ad es. un' OPA) da parte di un soggetto, può essere oggetto di informazione

[208] Cfr. Sentenza cit. sub nota 74

[209] MANNO, op. cit. p. 36 ss.

(privilegiata) solo riguardo ad un soggetto terzo, il quale potrebbe abusarne per scopi speculativi personali. In altre parole, nessuno può essere "*insider*" di se stesso.

Per concludere, si rileva che tra i requisiti dell'informazione privilegiata non è stato inserito quello della veridicità, sostituita da un più generico e difficilmente riscontrabile riferimento alle probabilità che un evento accada. Di conseguenza, anche un'informazione precisa, riservata, idonea ad influenzare il prezzo di mercato se resa pubblica, se abusata nelle forme previste dall'art. 184 TUF, può dar luogo a responsabilità penale dell' *insider trader* anche qualora la stessa dovesse successivamente rivelarsi infondata.[210]

## 4.2. La definizione di strumento finanziario

Definita, almeno a grandi linee, l'entità dell'informazione privilegiata, occorre definire l'ambito oggettivo cui l'informazione stessa può essere riferita; in altre parole, occorre individuare le definizioni di strumenti finanziari, strumenti finanziari derivati, contratti su pronto merci e di prodotti oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni. Anche in questo caso la normativa primaria di riferimento è l'art. 180 TUF come modificato in sede di attuazione del Regolamento UE 596/2014 il quale, all'art. 2 definisce il proprio ambito di applicazione.

In particolare, il primo comma dell'art. 180 TUF definisce come strumenti finanziari: gli strumenti di cui all'art. 1, comma 2, del TUF (tra cui valori mobiliari, strumenti di mercato monetario, quote di un organismo di investimento collettivo, contratti di opzione, '*swap*', contratti finanziari a termine), ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato oppure in un sistema multilaterale di negoziazione (MTF), italiano o di un Paese intracomunitario, ovvero gli strumenti finanziari negoziati in un sistema organizzato di negoziazione (OTF) italiano o di un paese intracomunitario, oltreché tutti gli strumenti finanziari non contemplati dai casi precedenti ma il cui prezzo dipende dal prezzo o valore di uno strumento ivi menzionato, inclusi i *credit default swap* e i contratti differenziali. I primi sono contratti in cui un soggetto acquirente (*protection buyer*) si obbliga nei confronti di un venditore (*protection seller*) al versamento di un premio rateale ricevendo in cambio il pagamento di una copertura da parte del venditore in caso si verifichi una situazione di 'default' del titolo garantito dal CDS, con la particolarità che possono essere stipulati anche senza che l'acquirente possieda lo strumento finanziario oggetto di garanzia. I secondi sono contratti con i quali due parti si obbligano per il pagamento della differenza di valore di un determinato strumento finanziario tra il momento dell'acquisto dello stesso e il momento della scadenza del contratto.

[210] SGUBBI, op. cit. p.11

Gli strumenti finanziari derivati, invece, sono strumenti il cui valore è determinato da un'attività o da un evento sottostante *(underlying asset)* le cui variazioni incrementano o riducono il valore del derivato. Gli strumenti finanziari derivati più diffusi sono: a) i contratti a termine '*future*' e '*forward*', con cui le parti concordano di scambiarsi un determinato bene ad una data futura e ad un prezzo prefissato al momento della stipula del contratto; b) le opzioni (*option*), che attribuiscono al loro titolare il diritto di acquistare (*call option*) o di vendere (*put option*) un determinato '*underlying asset*' di natura finanziaria (come azioni e obbligazioni); c) il c.d. 's*wap*', ovvero il contratto con cui le parti stabiliscono di scambiarsi tra di loro, a date prestabilite e secondo uno schema negoziale specificamente e dettagliatamente concordato, determinati flussi di cassa (*flows*)[211].

Quanto al contratto a pronti su merci[212], l'art. 3, par. 15 del Regolamento, richiamato dall'art. 180 TUF, lo definisce come "*un contratto per la fornitura di una merce negoziata su un mercato a pronti che viene prontamente consegnata al regolamento dell'operazione e un contratto per la fornitura di un bene che non sia uno strumento finanziario, compreso un contratto a termine con consegna fisica del sottostante*."

Infine, quanto alle quote di emissioni e ai prodotti d'asta correlati, esse possono essere sinteticamente descritte come i permessi che ogni Pubblica Autorità conferisce a soggetti che operano in determinati settori, caratterizzati da forte predisposizione per le emissioni in atmosfera di sostanze inquinanti. Tali permessi individuano un tetto massimo di emissioni consentite in un determinato arco temporale e il soggetto titolare è tenuto a rispettarlo, potendo procedere alla vendita in mercati appositamente dedicati, le quote non sfruttate di emissione. In tal modo viene premiato il soggetto che, nel tempo indicato, ha prodotto meno emissione di quante gliene sono state concesse[213].

## 4.3. Le tecniche di abuso di informazioni privilegiate (*trading, tipping, tuyautage*)

Passando ad un esame più specifico della fattispecie penale descritta dall'art. 184 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, occorre fare luce sulle condotte espressamente vietate dal sistema penale, ovvero, individuare nello specifico quando il collegamento tra il possesso di un'informazione privilegiata e il compimento di transazioni su mercati finanziari presenta i connotati tipici dell'abuso. La norma incriminatrice, individua tre

[211] DAVINI, ROMOLOTTI "*Operatività in strumenti finanziari derivati e profili di rischio ex d.lgs. 231/2001: casi e problemi*" in Rivista 231 n. 3-2007

[212] Art. 7, paragrafo 1, lett. b) Regolamento UE 596/2014

[213] Cfr. MOCCI, FACCHINI "*La nuova disciplina delle quote di emissioni tra MiFID II e MAR"* in www.dirittobancario.it 13 Luglio 2015

distinte condotte sussumibili nel reato *de quo*, in particolare, le lettere a), b), c) sanzionano rispettivamente le condotte di *trading, tipping* e *tuyautage.*[214]

La prima condotta incriminata consiste nell'acquisto, vendita o compimento di altre operazioni direttamente o indirettamente, per conto proprio o di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni privilegiate. In questo caso, la formula utilizzata dal legislatore sottolinea l'incidenza causale, da un punto di vista motivazionale, della conoscenza dell'informazione privilegiata sul compimento della transazione finanziaria, la quale risulti inquadrabile in un'attività di approfittamento economico della notizia.[215] In altre parole, la conoscenza privilegiata deve costituire la ragione di base della scelta operativa dell'*insider.* Di conseguenza risultano irrilevanti tutte le operazioni che siano state poste in essere a prescindere dalla conoscenza dell'informazione privilegiata. In questo caso il reato si ritiene consumato nel momento e nel luogo in cui la negoziazione è conclusa. Tuttavia, a seguito della dematerializzazione dei titoli di credito ad opera del D.lgs 213/1998, l'individuazione delle coordinate spazio-temporali del reato può presentare problemi applicativi, mancando un supporto fisico dello strumento oggetto di negoziazione e, pertanto, mancando un passaggio materiale da un soggetto ad un altro. Al riguardo la Suprema Corte[216] ha chiarito che il reato, ovvero il trasferimento della proprietà dei titoli di credito, si perfeziona nel momento e nel luogo in cui risulta effettuata la registrazione sul conto dell'acquirente.

La seconda condotta incriminata consiste nella comunicazione dell'informazione privilegiata *"al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'articolo 11 del regolamento (UE) n. 596/2014."* Ai fini dell'integrazione della condotta comunicativa in questione, si richiede che il soggetto in possesso dell'informazione privilegiata "consapevolmente renda edotto il terzo"[217] il ché è da escludersi nel caso di trasmissione fortuita o di ignoranza sulla natura privilegiata dell'informazione. La norma di cui alla lettera b) dell'art. 184 TUF individua, tuttavia, un'area di liceità nell'ambito della quale la comunicazione è da ritenersi penalmente irrilevante. Il riferimento è al normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o del sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'art. 11 del Regolamento UE 596/2014. In questo contesto si realizza un'anticipazione della tutela penale rispetto alle condotte di trading di cui alla lettera a) in quanto sul soggetto destinatario della comunicazione risulta già gravante il divieto di utilizzo della stessa nelle forme del trading, nella misura in qui questi sia idoneo ad assumere la qualità di *insider*.[218] Inoltre, la

[214] MANNO, op. cit. p. 93
[215] Cfr SGUBBI, op. cit. p. 43
[216] Cass. Pen. Sez. V, 23 Febbraio 2009, n. 7769
[217] SGUBBI, op. cit. p. 47
[218] MANNO, op. cit. p. 98

semplice comunicazione dell'informazione, fuori dal contesto di legalità individuato dalla norma, assume rilevanza anche qualora il soggetto terzo non sia a sua volta destinatario del divieto ex art. 184 TUF.

Quanto al *tuyautage*, la lettera c) dell'art. 184 punisce la raccomandazione o l'induzione, da parte dell'informato privilegiato, a compiere taluna delle operazione di trading indicate nella lettera a). A differenza del testo previgente, che puniva il semplice consiglio dato ad un terzo sulla base dell'informazione, la formulazione attuale indica una condotta dotata di maggiore capacità persuasiva in ordine alla decisione del terzo di compiere l'operazione suggerita.[219]

Infine, per quanto concerne le condotte di *trading* e *tuyautage,* si sottolinea come il dato letterale della norma fa riferimento esclusivamente a condotte di natura attiva, escludendo rilevanza, da un lato, alla mera astensione dal compiere operazioni finanziarie e, dall'altro, alla raccomandazione o all'induzione a non compiere alcuna informazione.[220]

## 4.4. L' Illecito amministrativo di abuso informazioni privilegiate e problematiche relative al '*ne bis in idem*'

L'art. 187-quinquies TUF, introdotto dalla Legge n. 62/2005, prevede un'autonoma forma di imputazione degli illeciti di Abuso di Informazioni privilegiate e di Manipolazione del mercato a carico degli Enti nel cui interesse o vantaggio tali illeciti sono commessi. Il primo comma prevede un'importante sanzione, da ventimila euro fino ad un massimo pari a quindicimilioni di euro o, se superiore, al quindici per cento del fatturato dell'ente, in caso di violazioni dei divieti di cui agli artt. 14 e 15 del Regolamento UE 596/2014. A differente della precedente versione dell'art. 187-quinquies, che attribuiva all'ente una responsabilità per i soli illeciti amministrativi previsti dal Capo III del Titolo I-bis, che si traduceva in un obbligo di pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata,[221] le disposizioni del Regolamento richiamate fanno riferimento generico ai Divieti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, a prescindere dalla natura amministrativa o penale della sanzione irrogata. L'art. 187-quinquies si applica solo nel caso in cui le violazioni in esame siano commesse "*a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché' da persone che esercitano,*

[219] SGUBBI, op. cit. p. 49

[220] SGUBBI, op. cit. p. 46

[221] Art. 187-quinquies TUF, versione antecedente al D.lgs 107/2018 "L'ente è responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti di cui al presente capo commessi nel suo interesse o a suo vantaggio." Tale forma di responsabilità presentava tipiche analogie con l'istituto dell'obbligazione civile per il pagamento delle pene di cui agli art. 196 e 197 c.p. con la conseguenza che l'ente sembrava destinatario solo mediato della norma in esame. Cfr. sul punto SGUBBI, op. cit. p. 205 ss

*anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)".*

Parallelamente, la stessa Legge n. 62/2005 ha introdotto nella parte speciale del D.lgs 231/2001 l'art. 25-sexies intitolato "Abusi di mercato," con la conseguenza che l'ente imputato per l'illecito amministrativo dipendente dai reati ex artt. 184 e 185 TUF, potrà essere oggetto a sanzioni pecuniarie per un importo compreso tra quattrocento e mille quote. Non sfugge la sostanziale sovrapponibilità dei regimi di responsabilità dell'ente per i reati in esame. A ben vedere, sembra che il legislatore abbia inteso creare un c.d. 'doppio binario[222]' sanzionatorio, destinato a sfociare in due distinti procedimenti, l'uno, prettamente amministrativo, di competenza della CONSOB, volto ad irrogare la sanzione ex. Art. 187-quinquies TUF, l'altro, di competenza del giudice penale, destinato ad applicare la sanzione per quote ex art. 25-sexies del D.lgs 231/2001. Sulla questione non mancano critiche dottrinali[223] che evidenziano come una simile duplicità di interventi punitivi possa configurarsi in una violazione del principio di proporzionalità tra sanzione e violazione, e dell'assodato principio del *ne bis in idem.* Sul problema è intervenuto il Legislatore con il citato D.lgs 107/2018 che, riformulando l'art. 187-terdecies del TUF*,* ha introdotto un sostanziale obbligo di coordinamento tra l'Autorità Giudiziaria e la CONSOB, in sede di irrogazione delle sanzioni di loro competenza. In particolare, entrambe dovranno tenere conto delle eventuali sanzioni già inflitte al medesimo soggetto per il medesimo fatto.

Tuttavia la riforma in esame si limita a regolare soltanto il possibile cumulo di sanzioni pecuniarie, peraltro senza determinare in che modo le due autorità debbano 'tenere conto' delle sanzioni già applicate, senza pronunciarsi riguardo al coordinamento relativo alle sanzioni interdittive applicate ai reati di cui agli artt. 184 e 185, ex art. 186, e quelle applicabili agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-bis e 187-ter, ex. Art. 187-quater. Per tanto il problema del ne bis in idem rimane sostanzialmente aperto[224].

Per completare il discorso, riguardo al problema della potenziale violazione del *ne bis in idem* da parte del c.d. 'doppio binario punitivo' così delineato dal legislatore è intervenuta anche la Corte di Cassazione, la quale, recependo l'evoluzione giurisprudenziale sul punto delle corti europee (sentenza della Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens; Sentenza della Grande Sezione del 26 febbraio 2013 Aklagarem c. Akeberg Fransson - C-617/10; Sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia; Sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia 20 Marzo 2018 Garlsson Real Estate SA) ha evidenziato che un cumulo di sanzioni sostanzialmente penali rispetta il principio del ne bis in idem se: i diversi procedimenti

[222] Cfr. SBISA', op. cit. p. 457

[223] Da ultimo MUCCIARELLI "*Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*" 10 Ottobre 2018, in www.penalecontemporaneo.it

[224] MUCCIARELLI, op. ult. Cit. p. 21

perseguono scopi complementari in relazione ad elementi diversi del medesimo fatto; il trattamento sanzionatorio applicato risulti complessivamente proporzionato; i procedimenti sono tra loro connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico; la duplicità dei processi è prevedibile.[225]

## 4.5. La prevenzione del reato in ambito 231

In tema di prevenzione del reato di abuso di informazioni privilegiate ai sensi del D.lgs 231/2001, le procedure da seguire per la redazione dei relativi modelli di organizzazione e gestione dovranno essere adattate alla singola realtà aziendale della persona giuridica, tenuto conto in primo luogo di tutte le norme avente natura preventiva. Innanzitutto l'art. 16 del Regolamento UE 596/2014 pone a capo dei gestori del mercato e delle imprese di investimento che gestiscono una sede di negoziazione, l'obbligo di istituire "*dispositivi, sistemi e procedure efficaci al fine di prevenire e individuare abusi di informazioni privilegiate, manipolazioni del mercato e tentativi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni del mercato*". Tali procedure dovranno essere conformi al dettato degli artt. 31 e 54 della Direttiva 2014/65/UE. In particolare tali procedure dovranno essere pertinenti al sistema di negoziazione in cui l'ente opera, idonee a consentire regolarmente il controllo sul rispetto della normativa vigente, efficaci dal punto di vista del controllo degli ordini trasmessi, delle cancellazioni, delle operazioni effettuate dai propri operatori al fine di individuare condizioni di negoziazioni anormali o potenziali violazioni del Regolamento. L'art. 31 della suddetta Direttiva introduce poi specifici obblighi di comunicazione, alle autorità di vigilanza nonché a quella giudiziaria, di situazioni sospette. L'art. 54 prevede analoghi obblighi a capo degli operatori in mercati regolamentati.

Di particolare rilievo è, inoltre, la previsione dell'art. 18 del Regolamento UE 596/2014, di un elenco, redatto dagli emittenti o dalle persone che agiscono per loro nome e per loro conto, contenente i dati identificativi "*di tutti coloro che hanno accesso a informazioni privilegiate e con le quali esiste un rapporto di collaborazione professionale, si tratti di un contratto di lavoro dipendente o altro, e che, nello svolgimento di determinati compiti, hanno accesso alle informazioni privilegiate, quali a esempio consulenti, contabili o agenzie di rating del credito.*" Si tratta dei c.d. 'registri *insider*'[226] il cui obiettivo è quello di garantire la costante tracciabilità dei flussi informativi relativi ad informazioni '*price sensitive.*' Tale registro deve essere costantemente aggiornato e tenuto per un periodo di almeno cinque anni dall'elaborazione o dall'aggiornamento.

[225] Cass. Pen. Sez V, 21 Settembre 2018, n. 49869, la sentenza citata, peraltro, aveva ad oggetto la questione del ne bis in idem in relazione al cumulo di sanzioni tra gli artt. 184 e 187-bis del TUF

[226] VINCENZI *"Gli abusi di mercato: dalle norme alla prassi applicativa"* TANGRAM, 2012, II edizione

Ai fini della prevenzione del reato di Abuso di informazioni privilegiate i modelli 231 tengono conto degli orientamenti e delle norme tecniche di attuazione emanate dall' Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) ai sensi dell'art. 18, par. 9, del Regolamento UE 596/2014.[227]

Una prassi interessante adottata da alcune imprese nel settore finanziario è quella di prevedere, nei propri modelli, la possibilità di attivare le c.d. *'Restricted List'* ovvero procedure volte ad inibire l'operatività, in conto proprio o in conto terzi, su uno o più titoli ammessi alla negoziazione per evitare possibili violazioni delle norme in tema *Market Abuse*[228].

Un'altra prassi utilizzata è quella dei c.d. *'Chinese Walls'*, ovvero la predisposizione di meccanismi atti a garantire l'assoluta indipendenza e legalità delle aree 'a rischio' in modo da evitare circolazioni improprie dell'informazione privilegiata.[229]

Oltre a ciò, gli enti in questione dovranno predisporre un adeguato sistema di procedimentalizzazione di tutte le operazioni su strumenti finanziari, individuando un responsabile dell'operazione e diffondere il modello e sensibilizzare i propri operatori riguardo la normativa vigente. All'interno della società, poi, andranno individuate apposite strutture (i c.d. Investors Relations) incaricate di intrattenere rapporti con la comunità finanziaria ed altre (Ufficio stampa) per gestire le relazioni con i media.[230] Allo stesso modo, i contratti stipulati con i consulenti o i collaboratori dovranno contenere un'apposita clausola di riservatezza e confidenzialità, con accettazione di risoluzione del rapporto in caso di violazione[231].

## 5. Manipolazione del mercato

La seconda ipotesi di abuso di mercato individuata dal Regolamento UE 596/2014, che ha abolito la Direttiva 2003/6/CE è quella di manipolazione del mercato, prevista e punita dall'art. 185 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Il reato in esame si colloca in una posizione, per così dire, speculare rispetto alla condotta di aggiotaggio prevista dall'art. 2637 c.c. dalla quale si differenzia quanto all'oggetto materiale della condotta, rappresentato da strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata una domanda di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato di un paese UE (o di un sistema multilaterale di negoziazione o di un sistema organizzato di gestione), mentre la disposizione civilistica resta

[227] Ad esempio l' Orientamento ESMA/2016/1480 in www.consob.it relativo a strumenti derivati su merci oppure l'Orientamento ESMA/2016/1477 in www.consob.it relativo agli indici di mercato
[228] VINCENZI, op. cit. p.61
[229] VINCENZI, op. cit. p. 63
[230] MALVASI *"Il market abuse: illeciti e procedure finalizzate alla loro prevenzione nel modello organizzativo ex d.lgs. 231-01"* in Rivista 231
[231] IELO *"Market abuse e compliance programs ex d. Lgs. 231/01: spunti di riflessione"* in Rivista 231

applicabile agli strumenti finanziari non quotati o la cui negoziazione in un mercato regolamentato UE o nei sistemi previsti dal Regolamento comunitario, non è stata richiesta.[232]

La *ratio* di tale intervento legislativo si sostanzia nell'esigenza di tutelare il corretto funzionamento del mercato, sotto il profilo della corretta formazione dei prezzi degli strumenti finanziari, al fine di evitare che la fiducia dei risparmiatori che investono sul mercato venga meno a causa di comportamenti idonei a falsare il regolare meccanismo di fissazione dei prezzi.[233]

A differenza dell'abuso di informazione privilegiata la quale, pur applicando la relativa sanzione a "chiunque", individua i destinatari della norma in base alla condizione del possessore dell'informazione privilegiata, con ciò rendendo la fattispecie di fatto inquadrabile nello schema del reato proprio, il reato di manipolazione del mercato non richiede alcuna particolare qualifica o attività in capo al soggetto attivo, con la conseguenza che tale norma è da qualificarsi come reato comune.

## 5.1. Le condotte tipiche

Al di là della minuziosa definizione del fenomeno di manipolazione del mercato da parte del legislatore comunitario, attraverso l'art. 12 del più volte citato Regolamento UE 596/2014, a cui si rinvia, il reato di manipolazione del mercato previsto dall'ordinamento italiano costituisce norma a più fattispecie[234] e prevede due 'macro-categorie' di condotte che è bene analizzare separatamente.

La prima delle condotte incriminate, cosiddetta 'aggiotaggio informativo' o 'manipolazione informativa' consiste nella diffusione di notizie false. Quanto alla diffusione, essa deve consistere in una comunicazione, scritta o orale, con qualsiasi mezzo trasmessa, diretta ad un numero indeterminato di persone.[235]

Si nota che il termine 'diffusione' ha un significato più selettivo rispetto alla semplice 'comunicazione', di conseguenza qualora la divulgazione di notizie false sia indirizzata ad un destinatario unico o ad una cerchia ristretta e determinata di persone il reato non dovrebbe risultare integrato, salvo che la comunicazione sia un mezzo per favorire la successiva diffusione della notizia. Irrilevante, secondo la giurisprudenza di legittimità,[236] la condotta puramente omissiva, anche in riferimento agli "altri artifici" previsti dalla norma. Tuttavia, la valenza omissiva potrebbe rilevare dal momento in cui essa intrinsecamente connota la veridicità

[232] L'inversione della tendenza unificatrice delle fattispecie è avvenuta con l'art. 9, comma 2, lett. a) della Legge 62/2005, che ha inserito un'autonoma fattispecie di aggiotaggio nel T.U.F.
[233] SGUBBI, op. cit. p. 74
[234] Così Tribunale Milano, 23 Novembre 2006, in De jure
[235] SGUBBI, op. cit. p. 75
[236] Cass. Pen. Sez V, 20 Luglio 2011, n. 28932

dell'informazione, in altre parole, la diffusione di una notizia caratterizzata da falsità in virtù dell'omissione di dati significativi, potrebbe rilevare ai sensi dell'art. 185 TUF.[237]

Quanto al secondo elemento tipico della condotta, ovvero il concetto di 'notizia', si sostiene che tale nozione rechi in sé connotati di oggettività tali da escludere rilevanza alle voci, agli apprezzamenti, alle opinioni, ai "*rumors*" in quanto oggetto della diffusione devono essere avvenimenti, fatti o situazioni oggettive.[238] Inoltre, la norma non prevede particolari restrizioni in merito alla tipologia, né che la notizia diffusa si fondi su dati riservati. Di conseguenza, è stata attribuita rilevanza penale anche alle diffusioni di notizie che, fondate su fatti notori, si presentino al pubblico in qualità di semplici conferme. A titolo di esempio è stata attribuita rilevanza ai comunicati stampa conseguenti al deposito di un bilancio.[239] In altre parole, non è necessario che il contenuto della notizia diffusa si connoti in termini di novità.[240]

Infine, il terzo elemento caratterizzante la manipolazione informativa è costituito dall'attributo della falsità. Il significato da attribuire a tale nozione è tale da ricomprendere non solo le notizie intrinsecamente false, ma anche quelle esagerate (ossia le notizie che si caratterizzano per un'alterazione quantitativa degli elementi essenziali del fatto oggetto di diffusione) e quelle tendenziose (ovvero quelle che, sebbene fondate su presupposti reali, si caratterizzano per una capacità suggestiva e fortemente ingannatoria).[241]

La seconda tipologia di manipolazione del mercato, detta 'aggiottaggio operativo' o 'manipolazione operativa' consiste nel compimento di operazioni simulate, ovvero, di operazioni caratterizzate sia da simulazione assoluta, sia da simulazione relativa, ad esempio la compravendita di strumenti finanziari con mutamento solo apparente del proprietario.[242] E' stato rilevato che, spesso, esiste una commistione *"tra diffusione di informazioni false o fuorvianti e compimento di operazioni effettive o simulate, in quanto la manipolazione informativa avviene nel contesto di operazioni effettive, proprio al fine di occultarne l'eventuale illiceità. Qualsiasi manovra o transazione manipolativa del mercato viene normalmente accompagnata da una componente 'disinformativa' del mercato stesso (quanto all'identità degli attori della transazione, o alla quantità dei titoli effettivamente scambiati, o agli accordi stipulati tra operatori, o alle reali motivazioni sottostanti)"*[243]

[237] Di questo avviso Trib. Milano 18 Dicembre 2008, caso Parmalat, in www.penalecontemporaneo.it
[238] SGUBBI, op. cit. p. 77
[239] Cfr. Trib. Milano 18 Dicembre 2008 In particolare si è rilevato che *"non può certo escludersi a priori che la conferma di una notizia già nota, specie quando il mercato nutra delle perplessità sulla sua genuinità, possa integrare il reato di aggiotaggio informativo, dovendosi avere riguardo alle circostanze del caso concreto"*
[240] Cfr. Cass. Pen. Ultima cit.
[241] SGUBBI, op. cit. p. 79
[242] SGUBBI, op. cit. p. 80
[243] Trib. Milano 15 Dicembre 2011

## 5.2. Gli "altri artifici"

L' art. 185 TUF prevede una clausola di chiusura delle condotte punibili consistenti nel compimento di "altri artifici" idonei a falsare la formazione del prezzo degli strumenti finanziari. La formulazione scelta dal legislatore è ancora una volta particolarmente generica e lascia all'interprete il difficile compito di delinearne la portata in termini di omogeneità tra le tipologie di condotte e di tipicità. Preliminarmente, si può indicare che, elemento comune a tutte e le fattispecie prospettate dalla norma, incluso quindi il riferimento agli altri artifici, è la capacità fraudolenta e la connotazione ingannatoria delle condotte perpetrate.[244]

Così, ad esempio, è stata ritenuta integrata la figura dell'aggiotaggio mediante altri artifici, individuando questi ultimi nell'operazione *'Marking the close'*[245] nell' ipotesi raffigurata da un consistente acquisto di titoli realizzato alla chiusura del mercato (ovvero sul '*last*') in modo da avere come effetto l'apparenza di un mercato rialzista e un notevole incremento dell'indice di riferimento e del valore dei relativi strumenti derivati, seguito, all'apertura successiva della seduta borsistica, dalla vendita dei medesimi e dei titoli prima acquistati, così da ottenere considerevoli plusvalenze.[246]

Allo stesso modo, la condotta di chi prima procede ad un numero elevato di acquisti di strumenti finanziari derivati fino a saturazione dell'offerta, per poi cancellare repentinamente tali ordini in prossimità della chiusura della pre-asta, in modo da abbassare fortemente il prezzo di tali strumenti nella successiva fase d'asta, rappresenta una condotta "*truffaldin*[a] e *artificios*[a]" poiché consente agli autori di acquistare titoli in fase d'asta ad un prezzo ben al di sotto di quello in cui si sarebbe stabilizzato lo strumento in questione senza interventi esterni.[247]

Questo stesso principio è stato applicato anche con riferimento alle obbligazioni *'reverse convertible'* ovvero, titoli strutturati in modo che, al verificarsi di determinati eventi (nel caso di specie, l'abbassamento del prezzo di alcuni titoli al disotto di un tetto minimo) in luogo del rimborso del capitale in denaro, alla chiusura del contratto è riconosciuta all'emittente la facoltà di consegnare beni di investimento (nel caso di specie, azioni di una banca). Nel caso in esame, in particolare è stata realizzata una serie di proposte di vendita a prezzi decrescenti con l'intento di abbassare il prezzo al di sotto del tetto minimo.[248]

Ancora, sono stati ritenuti integrati gli estremi degli *"altri raggiri concretamente idonei a determinare una sensibile alterazione del prezzo"* attraverso la condotta elusiva degli obblighi di comunicazione dei patti parasociali e dell'O.P.A. di cui rispettivamente agli artt. 122 e 106 del TUF,

[244] Cfr. SGUBBI, op. cit. p. 81
[245] SGUBBI, op. cit. p. 84
[246] Cfr. Trib. Milano 11 Novembre 2002, confermato da App. Milano 17 Marzo 2004 e Cass. 7 Dicembre 2004, in SGUBBI, op. cit. p.84
[247] Trib. Milano sez. III, 01 Febbraio 2019, n. 14767 in Dejure
[248] Trib. Milano 24 Giugno 2006, n. 3406 e Cass. Pen. Sez V 2 Ottobre 2008, n. 2063

in quanto *"una condotta elusiva del rispetto di queste norme, in quanto destinate a presidiare la regolarità di funzionamento del mercato, appare del tutto assimilabile alle altre condotte artificiose ipotizzate dalla disposizione incriminatrice."*[249] Sul punto va osservato, però, che in quest'ultima prospettiva la norma penale rischia di tradursi in un mero strumento sanzionatorio di precetti previsti da norme diverse dall'art. 185 TUF.

## 5.3. La concreta idoneità ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari

Elemento di affinità con il reato di abuso di informazioni privilegiate è il presupposto oggettivo delle condotte incriminate dall'art. 185 TUF in quanto, anche in questa fattispecie, è prevista una componente 'price sensitivity' in capo alla diffusione di notizie false o al compimento di operazioni simulate o di altri artifici. In altre parole, la sussistenza del reato presuppone che le condotte attribuite all'imputato siano concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari.

Un giudizio finalizzato all'accertamento di tale requisito, tenuto conto della natura di reato di pericolo concreto e di mera condotta, deve essere guidato dal criterio della prognosi postuma,[250] volto a verificare se gli effetti decettivi delle condotte dell'agente, prevedibili in concreto ed *'ex ante'* quali conseguenze delle stesse, siano risultati potenzialmente idonei a falsare la naturale formazione dei prezzi di mercato. In particolare, la Suprema Corte, per valutare l'idoneità in questione delle notizie false diffuse, si sofferma sulla figura dell'investitore ragionevole, considerato *"persona di comune avvedutezza, tuttavia suscettibile di essere tratto in inganno* […] *Egli è colui che si giova di informazioni che presumibilmente un privato utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento."*[251]

Peraltro, la concreta idoneità all'alterazione del prezzo può sussistere solo in relazione alle condotte tipizzate poste in essere in un contesto di mercato in cui gli strumenti finanziari sono suscettibili di subire variazioni di prezzo. Così ad esempio, è stata escluso tale requisito nel caso di una diffusione di notizie false o fuorvianti avvenuta nella fase di *'Initial public offering'* (IPO), in quanto in tale fase non si perviene ad una fissazione del prezzo.[252]

[249] Tib. Milano 28 Maggio 2011, caso scalata Antonveneta, in www.penalecontemporaneo.it
[250] Cfr. da ultimo, Cass. pen sez. V, 19/10/2018, n.53437
[251] Cass. Pen. Sez. V 28932/2011, cit.
[252] Cass. Pen. Sez. V, sent. 13 settembre 2016 (dep. 25 gennaio 2017), n. 3836 con nota di G. Mentasti, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

## 5.4. Le prassi di mercato ammesse

Il comma 1-bis dell'art. 185 TUF, aggiunto dal D.lgs 107/2018, prevede una causa di esclusione della punibilità a vantaggio di chi ha commesso il fatto per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse, di cui all'art. 13 del Regolamento UE. La norma richiamata, consente alle autorità di vigilanza di ciascun stato membro, nel nostro caso la CONSOB, di istituire prassi di mercato nell'ambito delle quali è consentito "*l'avvio di un'operazione, l'inoltro di un ordine di compravendita o qualsiasi altra condotta che: i) invii, o è probabile che invii, segnali falsi o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario, di un contratto a pronti su merci collegato o di un prodotto oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni; oppure ii) consenta, o è probabile che consenta, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari, di un contratto a pronti su merci collegato o di un prodotto oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni a un livello anormale o artificiale.*"[253]

L'istituzione di tali prassi di mercato deve avvenire seguendo i criteri di trasparenza, garanzia, valutazione dei rischi per il mercato, sussistenza di impatti sulla liquidità ed efficienza del mercato di cui al paragrafo 2 dello stesso art. 13. Prima di poter procedere, tuttavia, è necessario notificarne l'intenzione all' Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) la quale fornisce un parere di risposta entro i successivi due mesi, circa la conformità della prassi alle condizioni indicate dal Regolamento. Il parere non è vincolante, ma in caso di inottemperanza, l'autorità istituente deve pubblicare sul proprio sito web, entro ventiquattro ore dall'istituzione della prassi di mercato ammessa, un avviso che ne illustri integralmente i motivi, comprese le ragioni per cui la prassi di mercato ammessa non minaccia la fiducia del mercato. Ad oggi la CONSOB ha provveduto all' elaborazione di tre prassi di mercato, la n. 1 relativa ad attività di sostegno della liquidità di mercato, la n. 2 relativa all'acquisto di azioni proprie per la costruzione di un c.d. 'magazzino titoli', la n. 3 relativa al riacquisto di prestiti obbligazionari predeterminate[254]. La relativa istanza è stata presenta all'ESMA il 4 Novembre 2016, il quale, ha espresso diverse criticità al riguardo. Conseguentemente le prassi n. 2 e n. 3 sono state soppresse[255] mentre la prima, dopo alcune modifiche, ha ricevuto parere positivo dall'ESMA in data 31 Gennaio 2020.[256]

[253] Art. 12, paragrafo 1, lett. a) del Regolamento UE 596/2014

[254] CONSOB "*Regolamento abusi di mercato – adeguamento delle prassi di mercato ammesse dalla consob*" – Documento per la consultazione 21 Settembre 2018 in www.consob.it

[255] CONSOB - Delibera n. 20876 del 3 Aprile 2019 in (GU Serie Generale n.90 del 16-04-2019)

[256] E.S.M.A. – *"Issues opinion on accepted market practice on liquidity contracts by consob"* in www.esma.europa.eu

## 5.5. La prevenzione del reato in ambito 231

I modelli organizzativi di gestione ex. D.lgs 231/2001 devono tenere conto della insidiosa genericità della formula legislativa utilizzata per i reati di abuso di mercato, dovendo prevedere un'enorme mole di possibili azioni fraudolentemente poste in essere nell'interesse o vantaggio dell'ente. A tal fine possono essere utili, in chiave di analisi del fenomeno *'market abuse'* gli esempi di manipolazione di mercato indicati da CONSOB in due importanti delibere[257] nelle quali l'autorità di vigilanza nazionale ha voluto fornire alcuni criteri per individuare operazioni sospette da cui potrebbero scaturire delle illiceità finanziarie. Tali esempi, per la verità, prendono in considerazione la fattispecie amministrativa di manipolazione del mercato, di cui all'art. 187-ter TUF, tuttavia, proprio perché il modello 231 deve rappresentare un *quid pluris* rispetto alla fattispecie penale, dovendo estendere i suoi meccanismi di controllo e prevenzione anche a comportamenti meramente prodromici alla commissione del reato, proprio al fine di ridurre al minimo il rischio in capo all'ente, tali indicazioni della CONSOB possono essere recepite dalle società interessate e rielaborate in modo da adeguarle alla realtà aziendale del caso concreto.

Si citano al riguardo alcuni esempi di manipolazione del mercato:

*"a)* Wash trades *(Operazioni fittizie). Questo comportamento consiste nell'effettuare operazioni di acquisto o di vendita di uno strumento finanziario senza che si determini alcuna variazione negli interessi o nei diritti o nei rischi di mercato del beneficiario delle operazioni o dei beneficiari che agiscono di concerto o in modo collusivo. (Le operazioni di riporto o di prestito titoli o le altre operazioni che prevedono il trasferimento di strumenti finanziari in garanzia non costituiscono di per sé manipolazione del mercato.)*

*b)* Painting the tape *(Artefare il quadro delle operazioni). Questo comportamento consiste nell'effettuare un'operazione o una serie di operazioni che vengono mostrate al pubblico, anche su strutture telematiche o elettroniche, per fornire l'apparenza di una attività o di un movimento dei prezzi di uno strumento finanziario.*

*c)* Improper matched orders *(Ordini abbinati in modo improprio). Operazioni che derivano da ordini di acquisto e di vendita immessi da soggetti che agiscono di concerto contemporaneamente ovvero quasi allo stesso momento, aventi gli stessi prezzi e gli stessi quantitativi; salvo che questi ordini siano legittimi ed effettuati in conformità alle regole del mercato (ad esempio,* cross orders*).*

*d)* Placing orders with no intention of executing them *(Inserimenti di ordini nel mercato senza l'intenzione di eseguirli). Questo comportamento implica l'inserimento di ordini, specie nei mercati telematici, a prezzi più alti (bassi) di quelli delle proposte presenti dal lato degli acquisti (vendite). L'intenzione sottostante agli ordini non è quella di eseguirli ma di fornire indicazioni fuorvianti dell'esistenza di una domanda (offerta) sullo strumento finanziario a tali prezzi più elevati (bassi).*

[257] Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005 e Comunicazione n. DME/10039224 del 30-4-2010

*(Una variante di questo comportamento consiste nell'inserimento di un ordine per quantitativi minimi in modo da muovere il prezzo delle migliori proposte in acquisto o in vendita sullo strumento finanziario con l'intenzione di non eseguirlo, ma rimanendo eventualmente disponibili all'esecuzione qualora non si riesca a ritirarlo in tempo.)* […]

[e] Marking the close *(Segnare il prezzo in chiusura). Questo comportamento consiste nell'acquistare o nel vendere intenzionalmente strumenti finanziari o contratti derivati verso la fine delle negoziazioni in modo da alterare il prezzo finale dello strumento finanziario o del contratto derivato. Questo comportamento può essere posto in essere in qualsiasi giorno di negoziazione, ma è spesso associato ai giorni in cui scadono contratti derivati o ai giorni in cui vengono calcolate, annualmente o trimestralmente, le commissioni su portafogli gestiti o su fondi comuni o ai giorni in cui vengono valutati o indicizzati contratti o obbligazioni".*

Pertanto si pone in primo piano l'esigenza, soprattutto per gli emittenti di strumenti finanziari, di predisporre procedure volte ad impedire la diffusione di notizie false, anche tramite comunicati stampa, oltreché il compimento di operazioni rientranti in quelle definite sospette da CONSOB o comunque non in linea con i principi indicati dal codice etico della società. A tal fine potrebbe essere utile canalizzare i flussi informativi 'in uscita' attraverso un Ufficio Stampa appositamente creato, nonché prevedere più meccanismi di controllo a vari livelli deputati a controllare la regolarità e la correttezza delle operazioni effettuate o che si intende porre in essere.

## BIBLIOGRAFIA


ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA "*Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. n. 231/2001)*" approvate il 2 Maggio 2001

ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA "*Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*" Circolare n. 6 del 1 Dicembre 2015

BANCA D'ITALIA "*Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari finanziari*" approvato con Delibera n. 616 del 24 Agosto 2010, in www.bancaditalia.it

BASCELLI MATTEO *"Possibile ruolo dei whistleblowing schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilita' con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali"* in Rivista 231 n. 1-2008

BASILE ENRICO *"Abusi di mercato bagatellari per molti, ma non per gli enti. Contravvenzioni di market abuse e responsabilità ex d.lgs. 231/2001"* in Rivista 231 n. 1-2011

BAUDINO ALESSANDRO, SANTORIELLO CIRO "*Le responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza"* in Rivista 231 n. 2-2009

BORSARI RICCARDO, FALAVIGNA FRANCESCO *"Whistleblowing, obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione"* in Rivista 231 n. 2-2018

BRACCIONI FABRIZIO "Modelli 231 e reati tributari: quali misure preventive?" in Il sole 24 ore 29 Ottobre 2019

BRICCHETTI RENATO "*Frammenti di autoriciclaggio*" in Rivista 231

CAMPEIS CARLOTTA "Modelli ex 231 e sistema integrato di compliance" in Il sole 24 ore 15 Luglio 2019

CARMONA ANGELO, "*la responsabilità'amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi"* in rivista 231 n. 1-2006

CASTRONUOVO ALESSANDRO "Antiriciclaggio 5G, quali novità?" in *Il sole 24 ore* 4/11/2019

COLONNA FABRIZIO, BONESCHI TIZIANA "*La direttiva 2014/57/ue e la responsabilità delle persone giuridiche per i reati di market abuse*" in Rivista 231 n. 1-2015

COLONNA FABRIZIO, ROMOLOTTI TOMMASO, "*Il recepimento della direttiva marketabuse e l'adeguamento dei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati*" in Rivista 231 n. 2-2006

COMPANY SERVICE EUROPE LTD "*la costruzione del modello di prevenzione dei reati in base al d.lgs 231/2001"*

COMMITTE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF TRADEWAY COMMISSION "*Internal Control – integrated framework"* Maggio 2013

CONFINDUSTRIA "*Il reato di autoriciclaggio e la responsabilità ex Decreto 231*" Circolare n. 19867 del 12 Giugno 2015

CONFINDUSTRIA "*La discilina in materia di whistleblowing: nota illustrativa"* Gennaio 2018

CONFINDUSTRIA *"Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231"* Approvate il 7 Maggio 2002, aggiornate nel Marzo 2014

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DOCUMENTO 1 DICEMBRE 2018, *"principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231"*

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI *"La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex d.lgs. 231/2001. Gli ambiti di intervento del commercialista"* in commercialisti.it - Settembre 2012

CONSOB, Delibera n. 20876 del 3 Aprile 2019 "*Cessazione delle prassi di mercato inerenti: a) all'acquisto di azioni proprie per la costituzione di un c.d. 'magazzino' titoli, b) al riacquisto di prestiti obbligazionari a condizioni predeterminate*" in www.consob.it (GU Serie Generale n. 90 del 16 Aprile 2019)

CONSOB, COMUNICAZIONE n. DME/10039224 del 30 Aprile 2010 "*Disciplina in materia di abusi di mercato. Manipolazione del mercato: immissione e cancellazione di ordini*" in www.consob.it

CONSOB, COMUNICAZIONE n. DME/5078692 del 29 novembre 2005 *"Esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette indicati dal Committee of European Securities Regulators (CESR) nel documento"* in www.consob.it

CONSOB "*Regolamento abusi di mercato – adeguamento delle prassi di mercato ammesse dalla consob*" Documento 21 Settembre 2018, in www.consob.it

CONSORTE FRANCESCA, GUERINI TOMMASO *"Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative"* in Rivista 231 n. 2-2013

D'ALFONSO GIANLUIGI "*Illegalità, economia della*" in Enciclopedia Treccani, IX Appendice, 2015

D'ARCANGELO FABRIZIO "*Fondazioni ed associazioni nel disegno sistematico del decreto legislativo 231/2001"* in Rivista 231

D'ARCANGELO FABRIZIO *"I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza"* in Rivista 231 n. 2-2011

D'ARCANGELO FABRIZIO "*Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente"* in Rivista 231 n. 1-2015

D'ARCANGELO FABRIZIO *"La introduzione di uno standard legale per la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi"* IN Rivista 231 n. 4-2018

D'ARCANGELO FABRIZIO "*La responsabilità dell'ente per autoriciclaggio nella prima riflessione della giurisprudenza*" in Rivista 231 n. 3-2019

D'ARCANGELO FABRIZIO "*La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto"* in rivista 231 n. 4-2017

DAVINI SIMONE, ROMOLOTTI TOMMASO "*Operatività in strumenti finanziari derivati e profili di rischio ex d. lgs. 231/2001: casi e problemi*" in Rivista 231, n. 3-2017

DE SIMONE GIANLUCA *"L'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: il ruolo dei modelli organizzativi 231"* IN Rivista 231 n. 2-2019

DELL'OSSO ALAIN MARIA *"Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale"* Giappichelli editore 2017

DI GERONIMO PAOLO "*L'autonomia della responsabilità dell'ente ed i problemi conseguenti all'omessa individuazione della persona fisica autrice del reato"* in Rivista 231 n. 4-2016

DOVERE SALVATORE *"Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs"* in Rivista 231

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY "*Issues opinion on accepted market practice on liquidity contracts by consob*" 31 Gennaio 2020, in www.esma.europa.eu

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY "*Orientamenti relativi al regolamento sugli abusi di mercato (MAR) - Informazioni relative ai mercati degli strumenti derivati su merci o a pronti finalizzate alla definizione di informazioni privilegiate sui derivati su merci*" Documento ESMA/2016/1480, in www.consob.it

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY "*Orientamenti relativi al regolamento sugli abusi di mercato (MAR) - Persone che ricevono i sondaggi di mercato*" Documento ESMA/2016/1477 in www.consob.it

GENNARO VITTARIO "*Metodologie di valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia dei protocolli di controllo e del rischio-reato residuo"* in Rivista 231 n. 4-2011

GHINI PATRIZIA , FRUSCIONE LUIGI "*la direttiva del parlamento europeo e del consiglio del 23 ottobre 2019 sul whistleblowing: inquietudini e sospetti alla base della segnalazione?*" in circolare 231 Ottobre 2010

GIUSTI GIUSEPPE "*Use of cash for money-laundering purposes: a modern-day perspective*" in Il Sole 24 Ore, 7 Novembre 2018

GUERRINI TOMMASO "*La responsabilità degli enti nel prisma delle sezioni unite: La sentenza Thyssenkrupp"* in Rivista 231 n. 1-2012

GULLO ANTONIO "*Autoriciclaggio*" in www.penalecontemporaneo.it, 21 Dicembre 2015

IELO PAOLO *"market abuse e compliance programs ex d. Lgs. 231/01: spunti di riflessione"* in Rivista 231

LECIS UGO "*L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo"* in Rivista 231

LEDDA FABIO "*Caso Thyssenkrupp. Cassazione settembre 2014. Composizione dell'ODV e idoneità dei modelli organizzativi. Spunti di riflessione"* in Rivista 231 n. 1-2015

LEDDA FABIO "*I protocolli dei modelli organizzativi"* in Rivista 231 n. 4-2011

LOTTINI RICCARDO "*Reati associativi responsabilità degli enti"* in Rivista 231, n. 1-2015

MAINIERI NICOLA, TOVINI GIULIA MARIA "*I primi quattro anni dell'autoriciclaggio nell'interpretazione della Cassazione*" in www.giurisprudenzapenale.com

MALVASI MARCELLO "*Il market Abuse: illeciti e procedure finalizzate alla loro prevenzione nel modello organizzativo ex d. lgs. 231-01*" in Rivista 231

MANCINI CHIARA *"Linee guida abi per la predisposizione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231 /2301 - aggiornamento - abusi di mercato"* in Rivista 231

MANNO MARCO ANDREA, "*Profili penali dell' insider trading*" Giuffrè 2012

MOCCI FRANCESCO, FACCHINI JESSICA "*La nuova disciplina delle quote di emissioni tra MiFID II e MAR*" in www.dirittobancario.it 13 Luglio 2015

MORRESI CHIARA "Il market abuse tra D.lgs. 107/2018 e D.lgs. 231 01. Una riforma completata?" in Portale 231 18 Ottobre 2018

MUCCIARELLI FRANCESCO "Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina" in www.penalecontemporaneo.it, 10 Ottobre 2018

PALIERO CARLO ENRICO, "*La colpa di organizzazione – I° parte"* in Rivista 231

PANSARELLA MICHELE, "*Associazione per delinquere: spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della 'mappatura' delle aree di rischio"* in Rivista 231, n. 3-2010

PANSARELLA MICHELE, PETRILLO FAUSTINO "*L'impattodel nuovo reato di autoriciclaggio sul modello organizzativo 231"* in Rivista 231 n. 1-2015

PATAMIA DARIO *"Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione"* in Rivista 231

PATERNITI FILIPPO, "*La colpevolezza di Impresa. Note sull'imputazione soggettiva dell'illecito dell'ente"* in Rivista 231, n. 2-2013

PELLOSO DAVIDE "*la responsabilita' penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilita' vicaria*" in Rivista 231 - interventi

PICCININI MARIO LEONE, DI FRANCO GIUSEPPE "*Genesi normativa e peculiarità del Money laundering: il delitto di riciclaggio quale reato presuppostoper la configurazione dell'art. 25-octies, D.lgs 231/2001. Da reato dei white collars, a diffuso illecito di criminalità economica"* in Rivista 231, n. 1-2015

PICCO DAVIDE "*La responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza"* 1 Luglio 2011, in dirittobancario.it

PRESENTATO ALBERTO, PRESENTATO ELISA, "*organismo di vigilanza ex d.lgs 231/2001"* VII edizione (cap.8)

QUATRARO BARTOLOMEO "*La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex dlgs 231/2001"* Pacini Giuridica, 2019

RAVASIO STEFANO *"Metodi per misurare l'efficace attuazione del modello organizzativo: valutazione del rischio in fase di adeguamento e pesatura del rischio residuo in fase di attuazione del modello"* in Rivista 231 n. 2-2014

RAZZANTE RANIERI "*La quinta direttiva antiriciclaggio, anticipazioni e prospettive*" in Rivista 231 n. 2-2018

RELAZIONE MINISTERIALE AL D.LGS 231/2001

ROMOLOTTI TOMMASO "*Modello organizzativo e corporate social responsability: la via etica alla 231"* in Rivista 231

ROSSI ALESSANDRA, "*La responsabilità degli enti (D.lgs 231/2001): i soggetti responsabili"* in Rivista 231

ROSSI ALESSANDRA, QUATTROCOLO SERENA "*Autoriciclaggio"* Editoriale Scientifica Napoli 2016

ROSSI PAOLO "*Il recepimento in Italia della V Direttiva antiriciclaggio*" in Treccani, 25/11/2019

SALVATORE ANTONIO *"Il 'codice etico': rapporti con il modello organizzativo nell'ottica della responsabilita' sociale dell'impresa"* in Rivista 231 n. 4-2008

SANDRELLI GIAN GIACOMO "*I reati di Market Abuse"* in Rivista 231 n. 1-2006

SANTORIELLO CIRO "*Giurisprudenza annotata*" in Circolare 231 Novembre 2019

SANTORIELLO CIRO "*Giurisprudenza annotata*" in Circolare 231 Gennaio 2020

SANTORIELLO CIRO "*I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo"* in Rivista 231

SANTORIELLO CIRO "*La circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*" in Rivista 231, 7 Luglio 2015

SANTORIELLO CIRO *"La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi"* in Rivista 231 n. 2-2019

SANTORIELLO CIRO *"Riforma tributaria: una prima riflessione sulla responsabilita' degli enti"* in Rivista 231

SBISA' FRANCESCO *"La responsabilità amministrativa degli enti"* Ipsoa 2017

SCHIAFFINO GIANFILIPPO *"Antiriciclaggio, obblighi e aspettative della V Direttiva - L'Europa rafforza le misure contro riciclaggio e terrorismo"* in Il sole 24 ore 27 Novembre 2019

SGUBBI FILIPPO, *"Diritto penale del mercato finanziario"* CEDAM 2013

STILE GIOVANNI "*Profili problematici della responsabilità dell'ente da riciclaggio*" in Rivista 231, n. 3-2019

TRAVERSI ALESSANDRO "*Nuovi profili di responsabilità amministrativa delle società per riciclaggio*" in Rivista 231 n. 4-2006

VENTIMIGLIA FABRIZIO "*Introdotti i reati tributari nel D.lgs. 231/01: le conseguenze per le Società tra rischio di bis-in-idem e nuove esigenze preventive*" in Il sole 24 ore 18 Dicembre 2019

VINCENZI STEFANO "*Gli abusi di mercato, dalle norme alla prassi operativa*" Tangram 2012, II edizione

ZANALDA GIUSEPPE *"Riflessioni sulla nuova figura di responsabilità prevista dall'articolo 187-quinquies tuf"* in Rivista 231

ZANICHELLI CAMILLA "*D.lgs. 231/2001: dal cndcec i principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza*" in Rivista 231 n. 2-2019

## GIURISPRUDENZA:

Corte Costituzionale 18 Luglio 2014, n. 218, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. IV, 9 Dicembre 2019, (ud. 27 Novembre 2019) n. 49775, in *DeJure*

Cass. Pen. Sez. II, 17 Novembre 2019, n. 52549, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 14 Ottobre 2019, n. 42052, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 30 Settembre 2019, n. 39999, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 17 Maggio 2019, n. 21687, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 5 Febbraio 2019, n. 5719, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 24 Gennaio 2019, n. 3608, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 14 Dicembre 2018, n. 56379, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 19 Ottobre 2018, n. 53437, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 21 Settembre 2018, n. 49869, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 8 Agosto 2018, n. 38243, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 31 Luglio 2018, n. 36893, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 5 Luglio 2018, n. 30401, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 7 Giugno 2018, n. 25979, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. IV, 23 Maggio 2018, n. 38363, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 15 Marzo 2018, n. 11836, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 7 Settembre 2017, n. 40890, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 25 Gennaio 2017 (ud. 13 Settembre 2016) n. 3836, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 7 Dicembre 2016, n. 52241, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. IV, 27 Settembre 2016, n. 52316, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 28 Luglio 2016, n. 33074, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 7 luglio 2016 n 28299, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 12 Febbraio 2016, n. 11442, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. I 29 Ottobre 2015, n. 43689, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 16 Giugno 2015, n. 29512, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez II, 9 Marzo 2015, n. 26208, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. SS.UU. 18 Settembre 2014 (ud. 24 Aprile 2014) n. 38343 – *Thyssenkrupp*, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 4 Marzo 2014, n. 10625, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. SS.UU. 27 Febbraio 2014, n. 25191, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 4 Febbraio 2014, n. 5546, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 30 Gennaio 2014, n. 4677, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 24 Gennaio 2014, n. 3635, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. IV, 16 Ottobre 2013 (ud. 25 Giugno 2013), n. 42503, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 22 Maggio 2013, n. 24559, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 14 Dicembre 2011, n. 3238, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 20 Luglio 2011, n. 28932, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 22 Gennaio 2011, n. 2251, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 7 Gennaio 2011, n. 546, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 16 Luglio 2010, n. 27735, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 9 Luglio 2010, n. 28699, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 20 Gennaio 2010, n. 8588, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. 9 Luglio 2009, n. 36083, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 23 Febbraio 2009, n. 7769, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 2 Ottobre 2008, n. 2063, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. SS.UU. 27 Marzo 2008, n. 26654 - *Impregilo*, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II 26 Febbraio 2007, n. 10500, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. V, 5 Febbraio 2007 n. 19288, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 2 Ottobre 2006, n. 32626, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez VI, 4 Luglio 2006, n. 28715, in Leggi d'Italia

Cass. Pen Sez. II 30 Gennaio 2006, n. 3615, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. II, 12 Gennaio 2006, n. 2818, in Leggi d'Italia

Cass. Pen. Sez. VI, 22 Aprile 2004, n. 18941, in Leggi d'Italia

Trib. Milano, Sez. III, 1 Febbraio 2019, n. 14767, in Dejure

Trib. Riesame Milano, Ordinanza 28 Ottobre 2018, in Rivista 231

Trib. Milano, Sez. IV, 4 Febbraio 2013, n. 13976, in Leggi d'Italia

Tribunale di Milano, I sez. penale, sent. 31 ottobre 2011 (dep. 15 dicembre 2011), caso *scalata BNL,* in www.penalecontemporaneo.it

Trib. Milano, sez. II pen., sent. 28 maggio 2011, caso *Antonveneta* in www.penalecontemporaneo.it

Trib. Milano, Ordinanza GIP 23 Aprile 2009, in Rivista 231

Trib. Milano Sez. VIII, 13 Febbraio 2008, n. 1774, in Olympus

Trib. Milano Sez. I Pen. 18 Dicembre 2008, caso Parmalat, in www.penalecontemporaneo.it

Trib. Milano, Ord. GIP 7 Maggio 2008 (ud. 28 Aprile 2008) in www.aodv231.it

Trib. Milano, Ord. GIP 12 Marzo 2008 in www.aodv231.it

Trib. Milano, Sez. III, 24 Giugno 2006, n. 3406 in *Dejure*

Trib. Milano Sez. I Penale, 23 Novembre 2006, n. 11400, in Leggi d'Italia

Trib. Riesame di Milano, Sez. XI, ord. 14 Dicembre 2004, in Rivista 231

Trib. Milano 20 Settembre 2004, in Rivista 231

Trib. Milano, Ord. GIP 27 Aprile 2004, in www.aodv231.it