

Composizione e sull'attività dell'Organismo di vigilanza e sulla nozione di elusione fraudolenta nella motivazione in Cass., II, 9 dicembre 2016 (c.c. 27 settembre 2016) n. 52316 (procedimento per truffa finalizzata al conseguimento di erogazioni pubbliche).

L'adozione di un modello organizzativo non è sufficiente ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria l'istituzione di una "funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di modelli, attribuita ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo".

Tuttavia, iniziativa e, principalmente, controllo, possono essere ritenuti effettivi e non meramente "cartolari", soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato: non a caso, l'art. 6, comma 2, lett. d), prevede una serie di obblighi di informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, al fine evidente di consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto); inoltre, l'art. 6, comma 2, lett. e), prevede un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (ovviamente per rendere "credibile" il potere di controllo).

Inoltre, il d.lgs. 231 parte dal presupposto che un efficace modello organizzativo e gestionale può essere violato (e dunque il reato che si vuole scongiurare può essere commesso) solo se le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente (art. 5) abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso.

Occorre, dunque, chiarire che cosa sia una condotta fraudolenta, essendo evidente che essa non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello (sentenza Impregilo). Ritiene il collegio che il concetto di frode, pur se non necessariamente coincidente con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640-bis c.p., deve quanto meno consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, ovvero in una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della stessa. Non può, pertanto, ritenersi idoneo ad esimere la società da responsabilità amministrativa da reato, il modello organizzativo che prevede la istituzione di un organismo di vigilanza sul funzionamento e sulla osservanza delle prescrizioni adottate non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato.

Ebbene la Corte di appello, nel caso di specie, ha ritenuto che "il modello in esame è rimasto un interessante

testo in teoria, per l'inadeguatezza dell'Organismo di Vigilanza composto in maniera tale da essere privo di qualsivoglia indipendenza dagli amministratori della società".

Il Presidente (con voto prevalente) era anche consigliere d'amministrazione della capogruppo ("esecutore materiale del reato"), la quale condivideva con la controllata le persone fisiche amministratori di diritto e di fatto.

Altre "presenze stonate": a comporre il collegio erano stati chiamati il commercialista di fiducia della proprietà, e un ragioniere, soggetto apicale della medesima società.

A tali rilievi, "di per sé assorbenti", la Corte di appello aggiunge i seguenti, condivisi dalla Cassazione: il controllo delle aree di rischio a fini di prevenzione dei reati nei rapporti con la pubblica amministrazione prevede iniziative e comportamenti dei quali in rapporto ai finanziamenti Simest non vi è traccia. L'unica riunione dell'OdV nel corso della quale si parla di (questo argomento)... è quella del ... [diversi anni dopo l'inizio d'operatività del sistema ...] che annota soltanto l'esistenza di un accordo-tipo tra la ... e la holding e la produzione di un documento denominato finanziamento Simest.

Eppure il commissario B. ha compreso d'acchito che il sistema creato per beneficiare della legge Ossola non era - se si preferisce: poteva non essere - regolare e ha inviato i dirigenti ... e ... a chiedere chiarimenti a Simest e una volta ottenuti li ha rinunciato a ritirare le somme già erogate a ...

L'OdV nemmeno si è posto il problema, anche se ... (il Presidente), oltre che professionista particolarmente esperto di operazioni finanziarie e societarie, era anche consigliere d'amministrazione di I. s.p.a..