

COMMISSIONE D. LGS. 231/2001

ART. 6 COMMA 1 LETT. A) D. LGS. 231/2001

«SE IL REATO È STATO COMMESSO DALLE PERSONE INDICATE NELL'ARTICOLO 5, COMMA 1, LETTERA A), L'ENTE NON RISPONDE SE 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»

INDICE

| | |
|---|----|
| 1. La giurisprudenza..... | 5 |
| 2. La dottrina..... | 13 |
| 3. Riflessioni sul concetto di « <i>Modello idoneo</i> »..... | 17 |
| 4. Proposte..... | 18 |

1. La giurisprudenza

Individuate nelle banche dati **99 sentenze**, sia di legittimità sia di merito, in tema di responsabilità degli enti contenenti le parole chiave «*modell**» e «*idone**», vagliate tutte e di queste selezionate **19 pronunce** in cui il giudice riserva qualche riflessione al concetto di idoneità del Modello organizzativo introdotto dall'art. 6 comma 1 lett. a) d. lgs. 231/2001, si registra quanto segue.

La valutazione sulla idoneità del Modello

La giurisprudenza avverte l'importanza della valutazione sulla idoneità del Modello organizzativo che il giudice è chiamato a operare nonché la complessità della stessa, che ad esempio ha indotto ad autorizzare il giudice per le indagini preliminari a «*nominare un perito per valutare l'idoneità a prevenire i reati di un modello organizzativo aziendale adottato dalla società indagata*» (Trib. Roma, 22 novembre 2002).

La giurisprudenza indica, in positivo, **come la valutazione sul Modello deve essere eseguita**: l'accertamento deve essere «*penetrante*», deve «*superare*» il dato formale e deve essere effettuato «*in concreto*» sulla base delle «*linee direttrici generali dell'ordinamento*», dei «*principi della logica*» e dei «*portati della consolidata esperienza*». Segnatamente si legge:

- «*il giudizio sulla responsabilità di una persona giuridica [...] non può prescindere da una verifica in concreto dell'efficacia del modello di organizzazione e gestione adottato dall'impresa sotto inchiesta*» (Uff. indagini preliminari Milano, 8 giugno 2010);
- «*il giudice non potrà avere come parametri di valutazione suoi personali convincimenti o sue soggettive opinioni, ma dovrà far riferimento [...] alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e in primis a quelle costituzionali [...]), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza*» (Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677; nei medesimi termini, più recentemente, Cass. pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316);
- «*[...] formulando le necessarie valutazioni sulla idoneità degli stessi*» (Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299);
- «*il Tribunale [...] era chiamato ad un penetrante accertamento che superasse il dato formale della verifica "obiettiva" del modello [...]*» (Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209).

In negativo sono censurati gli arresti in cui il giudice non ha applicato il metodo elaborato dalla giurisprudenza maggioritaria, ossia le «*motivazione[i] sulla idoneità [...] affett[e] da[...] "extratestualità", per l'integrale rinvio [...] al contenuto di consulenze di parte, non meglio precisato, né criticamente analizzato*» (Cass. pen., Sez. II, 1° ottobre 2009, n. 40749) e «*l[e] decision[i] del Tribunale per non aver verificato la "tenuta" del modello organizzativo predisposto in funzione riparatoria*» (Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209).

Il concetto di idoneità del Modello organizzativo

A fronte della importanza, pacifica, della valutazione sulla idoneità del Modello si registra in giurisprudenza l'assenza di una indicazione precisa di quali siano gli elementi in grado di garantire al Modello organizzativo lo statuto di "documento idoneo".

In particolare:

- da un lato la giurisprudenza si limita a operare un rinvio secco all'art. 6 d. lgs. 231/2001, affermando che il Modello, per essere idoneo, deve «rispondere alle esigenze previste dal 2° comma dell'art. 6» (Trib. Roma, 4 aprile 2003), avendo «il legislatore [...] individuato le caratteristiche [del Modello organizzativo] ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 6» (Trib. Palermo, Sez. riesame, 1° luglio 2005);
- dall'altro, inciampando nella tautologia, la giurisprudenza sostiene che il Modello è idoneo se «preved[e] strumenti idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società» e se «individua[...] gli elementi sintomatici della commissione di illeciti» (Trib. Milano, 28 ottobre 2004; negli stessi termini, Uff. indagini preliminari Verona, 14 marzo 2007)¹.

La ragione dell'attitudine in giurisprudenza a non volere formulare una espressione definitoria di "Modello organizzativo idoneo" può forse rintracciarsi in Uff. indagini preliminari Milano, 8 marzo 2012, ove si dichiara che «[...] è [...] la libertà di organizzazione dell'attività economica ad impedire che il grado di dettaglio delle previsioni legislative si spinga sino al punto di enucleare distinte tipologie di modelli in funzione delle innumerevoli possibilità organizzative e dell'ormai ragguardevole numero dei reati iscritti nell'ideale catalogo di parte speciale del d. lgs. n. 231 del 2001. Chi esercita un'attività economica in forma organizzata è esigibile che sappia come evitare che l'organizzazione sia usata quale strumento di perpetrazioni di reati. Non solo: chi esercita un'attività economica in forma organizzata, come stabilisce, ed anzi per il fatto in sé di stabilire, in perfetta autonomia, la complessità, il modo d'essere ed il funzionamento dell'organizzazione, con individuazione dei centri decisionali e degli apparati di controllo secondo il flusso delle decisioni e, di ritorno, delle informazioni sui controlli, così è gravato dell'onere di plasmare il modello organizzativo e gestionale adottato sulla concretezza della struttura, riempiendo di contenuti, e perciò contribuendo a disciplinare, il tessuto delle norme antireato».

¹ Diverso il lessico, medesimo il significato in Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, ove si legge che «il legislatore [...] ha inteso imporre [...] l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli», e in Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818, ove si legge «dell'obbligo imposto a tali organismi di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale in base a un "modello" che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli» e del «deficit organizzativo che attiene alla mancata adozione di un modello precauzionale astrattamente idoneo a prevenire [...] le carenze strutturali e di sistema che accadimenti di quella fatta alimentano e favoriscono».

La importanza della concretezza del Modello

L'unica caratteristica che secondo la giurisprudenza sembra potere assicurare al Modello organizzativo un crisma di idoneità è quella della **concretezza**, ossia l'essere lo stesso confezionato sulla base delle esigenze specifiche riscontrate nella singola realtà aziendale.

In breve il ragionamento in giurisprudenza è il seguente: atteso che «*gli obblighi di approntamento del Modello [...] non furono disegnati statici e burocratici ma in maniera dinamica in quanto accompagnati all'ulteriore obbligo, accessorio ma non meno importante, dell'aggiornamento continuo del Modello*»², «*il modello*», per essere «*concretamente idoneo a prevenire la commissione di reati nell'ambito dell'ente per il quale è stato elaborato*», «*dovrà [...] essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce*»³.

La giurisprudenza giudica infatti inidonei i Modelli affetti dai vizi di seguito elencati:

- «*valenza solo formale [...] semplice compilazione cartacea*» (Trib. Firenze, 15 maggio 2012);
- «*adempimento solo burocratico e non seriamente operativo [...] carattere solo burocratico*» (Corte assise appello Torino, 27 maggio 2013);
- «*adempimento solo burocratico e non seriamente operativo*» (Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343);
- «*assenza di una chiara indicazione di contromisure idonee [...] gli elementi fattuali indicati quali sintomatici della volontà della Società di rompere rispetto al passato e alla precedente gestione risultano solo "apparenti"*» (Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209);
- «*previsione di misure preventive solo "sulla carta" [...] assenza di alcun tipo di garanzia [...] aver adottato una politica aziendale di mero formalismo cartolare ("paper compliance policy")*» (Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442);
- «*il modello [...] è rimasto un interessante testo di teoria*» (Cass. pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316).

I «codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti»

Quanto al ruolo dei «*codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti*» di cui all'art. 6 comma 3 d. lgs. 231/2001 si segnala un **graduale irrigidimento della giurisprudenza**.

Rendendo brevemente conto della evoluzione interpretativa, si osserva che nel 2010 (8 gennaio) Uff. indagini preliminari Milano dichiarava che «*la decisione dell'organo dirigente della società sotto inchiesta di uniformarsi tempestivamente ai codici di disciplina e alle linee guida indicate da Borsa*

² Corte assise appello Torino, 27 maggio 2013.

³ Trib. Milano, 20 settembre 2004.

Italiana e Confindustria è un dato fondamentale per affermare l'idoneità del modello di organizzazione e gestione».

Pochi anni più tardi Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 statuiva il seguente principio: i «*codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative [...] possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare [...] tuttavia [...] il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri Ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati [...]*».

Le sentenze

A corredo della ricognizione giurisprudenziale, svolta con le inevitabili approssimazioni, di seguito si riportano i passaggi specifici delle 18 pronunce selezionate dai quali emerge il significato – sia storico sia attuale – dalla giurisprudenza attribuito al concetto di “idoneità” del Modello organizzativo.

Degli arresti sono state evidenziate con dei colori alcune parole chiave da interpretare secondo la seguente legenda:

- **verde**: indica l'importanza assegnata dalla giurisprudenza alla concretezza del Modello;
- **rosso**: indica i vizi che hanno indotto la giurisprudenza a giudicare inidoneo il Modello organizzativo;
- **azzurro**: indica come i giudici devono eseguire la valutazione del Modello;
- **arancione**: indica come i giudici *non* devono eseguire la valutazione del Modello organizzativo.

Per un esame più diffuso delle sentenze si rinvia all'appendice alla presente nota, in cui sono raccolti in forma integrale i passi delle pronunce citate.

1. **Trib. Roma, 22 novembre 2002 (in *Foro it.*, 2004, II, 318)**: «*Nel corso di un procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, è consentito al giudice delle indagini preliminari nominare un perito per valutare l'idoneità a prevenire i reati di un modello organizzativo aziendale adottato dalla società indagata»;*
2. **Trib. Roma, 4 aprile 2003 (in *Foro it.*, 2004, II, 317)**: «*I modelli devono assolutamente rispondere alle esigenze previste dal 2° comma dell'art. 6 [...]»;*
3. **Trib. Milano, 20 settembre 2004 (in *Guida dir.*, 2004, 47, 69)**: «*Il modello [...] potrà determinare [...] effetti favorevoli nei confronti dell'ente solo ove lo stesso sia concretamente idoneo a prevenire la commissione di reati nell'ambito dell'ente per il quale è stato elaborato; il modello dovrà dunque essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce»;*

4. Trib. Milano, 28 ottobre 2004 (in *Foro it.*, 2005, II, 269): «Non può essere considerato idoneo a prevenire i reati e ad escludere la responsabilità amministrativa dell'ente un modello aziendale di organizzazione e gestione, adottato ai sensi degli art. 6 e 7 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che non preveda strumenti idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti»;
5. Trib. Palermo, Sez. riesame, 1° luglio 2005 (in *Redazione Giuffrè*, 2006): «Rilevato innanzitutto che non risulta che la società abbia adottato i modelli organizzativi di cui sopra (dei quali peraltro il legislatore ha individuato le caratteristiche ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 6)»;
6. Uff. indagini preliminari Verona, 14 marzo 2007 (in *Riv. pen.*, 2008, 9, 926): «[...] la società è tenuta [...] ad eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti»;
7. Cass. pen., Sez. II, 1° ottobre 2009, n. 40749 (in *C.E.D. Cass. pen.*, 2009): «[...] la motivazione sulla inidoneità dei nuovi modelli organizzativi delle due società interessate risulta affetta dal vizio di "extratestualità", per l'integrale rinvio dei guidaci territoriali al contenuto di consulenze di parte, non meglio precisato, né criticamente analizzato»;
8. Uff. indagini preliminari Milano, 8 gennaio 2010 (in *Foro ambrosiano*, 2010, 3, 350): «Il giudizio sulla responsabilità di una persona giuridica ai sensi del d. lgs. 231/2001 non può prescindere da una verifica in concreto dell'efficacia del modello di organizzazione e gestione adottato dall'impresa sotto inchiesta poiché diversamente si sconfinerebbe in un'ipotesi di responsabilità oggettiva sorgente per il solo fatto della commissione di un reato presupposto da parte dei vertici di una società rendendo inattuabile la causa di esenzione di responsabilità prevista dall'articolo 6 del predetto decreto. [...] La decisione dell'organo dirigente della società sotto inchiesta di uniformarsi tempestivamente ai codici di disciplina e alle linee guida indicate da Borsa Italiana e Confindustria è un dato fondamentale per affermare l'idoneità del modello di organizzazione e gestione [...]»;
9. Uff. indagini preliminari Milano, 8 marzo 2012 (in *Giur. merito*, 2012, 9, 1899): «[...] è proprio la libertà di organizzazione dell'attività economica ad impedire che il grado di dettaglio delle previsioni legislative si spinga sino al punto di enucleare distinte tipologie di modelli in funzione delle innumerevoli possibilità organizzative e dell'ormai ragguardevole numero dei reati iscritti nell'ideale catalogo di parte speciale del d. lgs. n. 231 del 2001. Chi esercita un'attività economica in forma organizzata è esigibile che sappia come evitare che l'organizzazione sia usata quale strumento di perpetrazioni di reati. Non solo: chi esercita un'attività economica in forma organizzata, come stabilisce, ed anzi per il fatto in sé di stabilire, in perfetta

autonomia, la complessità, il modo d'essere ed il funzionamento dell'organizzazione, con individuazione dei centri decisionali e degli apparati di controllo secondo il flusso delle decisioni e, di ritorno, delle informazioni sui controlli, così è gravato dell'onere di **plasmare il modello organizzativo e gestionale adottato sulla concretezza della struttura, riempiendo di contenuti, e perciò contribuendo a disciplinare, il tessuto delle norme antireato**»;

10. Trib. Firenze, 15 maggio 2012 (in *Giur. merito*, 2013, 7-8, 1601): «Per il resto il G.I.P. si riportava al motivato parere del P.M. che evidenziava la **valenza solo formale** del modello organizzativo [...]. Ne consegue che gli adempimenti di cui all'art. 17 sarebbero stati ridotti alla **semplice compilazione cartacea** di un modello organizzativo [...]
11. Corte assise appello Torino, 27 maggio 2013 (in *Redazione Giuffrè*, 2016): «[...] gli obblighi di approntamento del Modello e di istituzione dell'Organo **non furono disegnati statici e burocratici ma in maniera dinamica** in quanto accompagnati all'ulteriore **obbligo**, accessorio ma non meno importante, dell'**aggiornamento continuo del Modello**. [...] Benché [...] la Difesa abbia dimostrato che il CdA avesse già in data 30.10.07 iniziato l'analisi di un Modello finalizzato alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, il complesso delle risultanze istruttorie indica che **si trattava di un adempimento solo burocratico e non seriamente operativo**. [...] Un'ulteriore **riprova del carattere solo burocratico del Modello** si ricaverà [...] anche dall'analisi del suo contenuto, ancora insufficiente al momento della celebrazione del processo [...]
12. Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 (in *Riv. dott. comm.*, 2015, 1, 169): «Il giudice penale non è chiamato [...] a valutare una condotta umana, ma il "frutto" di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e **si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adequatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere** [...]. Né si dica che, nel far ciò, il giudice finisce per sostituire un suo modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle più accreditate organizzazioni di categoria. Il comma 3 del ricordato art. 6 stabilisce che i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta dei **codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative**, ma, naturalmente, non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio per relationem a tali codici, che, appunto, **possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione**. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto

con gli altri Ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati. Naturalmente, il giudice non potrà avere come parametri di valutazione suoi personali convincimenti o sue soggettive opinioni, ma dovrà far riferimento – come è ovvio – alle linee direttrici generali dell’ordinamento (e in primis a quelle costituzionali: cfr. art. 41, comma 3), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza»;

13. Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343 (in C.E.D. Cass. pen., 2015, 2, 426): «[...] sebbene l’ente avesse iniziato l’analisi del modello finalizzato alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, il complesso delle risultanze istruttorie indica che si trattava di un **adempimento solo burocratico e non seriamente operativo**. Infatti nella relazione al bilancio del (OMISSIS) si afferma che, pur aderendosi ai progetti antincendio straordinari, nulla è stato investito su questo fronte nello stabilimento di (OMISSIS) perché destinato alla chiusura. [...] Occorre allora ricostruire in guisa diversa quella che solitamente viene denominata colpa d’organizzazione, considerandone il connotato squisitamente normativo. Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l’obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea la misure atte a contrastarli»;
14. Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818 (in Guida dir., 2015, 44, 80): «[...] la responsabilità dell’ente si fonda [...] su una colpa connotata in senso normativo in ragione dell’obbligo imposto a tali organismi di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale in base a un “modello” che individua i rischi e delinea la misure atte a contrastarli. E la colpa dell’ente consiste nel non aver ottemperato a tale obbligo [...] riferibile a un deficit organizzativo che attiene alla mancata adozione di un modello precauzionale astrattamente idoneo a prevenire non solo e non tanto la singola rottura dello schema legale realizzata dal soggetto imputato del reato presupposto, ma le carenze strutturali e di sistema che accadimenti di quella fatta alimentano e favoriscono»;
15. Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299 (in *IlSocietario.it*, 2016, 19 settembre): «È evidente che deve essere oggetto di verifica [...] la sussistenza dei criteri di imputazione soggettiva previsti dagli artt. 6 o 7 D. Lgs. cit., anche con riferimento all’eventuale adozione dei modelli organizzativi, formulando le **necessarie valutazioni** sulla idoneità degli stessi»;

16. Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209 (in C.E.D. Cass. pen., 2011, 9, 3173): «[...] questa Corte [...] aveva censurato la decisione del Tribunale per non aver verificato la “tenuta” del modello organizzativo predisposto in funzione riparatoria [...], il tutto in assenza di una chiara indicazione di contromisure idonee a “depotenziare” la serie intricata di cointeressenze tra la vecchia e l’apparente nuova gestione e a prevenirne l’eventuale continuazione degli stili gestionali in contestazione. Ebbene, sul punto, le sollecitazioni di questa Corte non hanno trovato una esauriente risposta da parte del Giudice del rinvio, in quanto gli elementi fattuali indicati quali sintomatici della volontà della Società di rompere rispetto al passato e alla precedente gestione risultano solo “apparenti” [...]. Il Tribunale, infatti, era chiamato ad un penetrante accertamento che superasse il dato formale della verifica “obiettiva” del modello, in ragione di una reale terzietà della nuova governance»;
17. Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442 (in C.E.D. Cass. pen., 2016): «[...] modello, evidenziandone le carenze, consistite nella previsione di misure preventive solo “sulla carta” e nell’assenza di alcun tipo di garanzia in grado di impedire o quanto meno rendere più difficile la partecipazione dei rappresentanti della SNAMPROGETTI S.p.A. alla complessiva corruzione attuata per aggiudicarsi i vari “treni” (quali, il comitato di controllo, l’internal audit, ecc...) [...] La Corte di appello [...] ha utilizzato quale argomento rafforzativo della sussistenza della responsabilità dell’ente quello di aver adottato una politica aziendale di mero formalismo cartolare (“paper compliance policy”) [...]»;
18. Cass. pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316 (in C.E.D. Cass. pen., 2017): «[...] nel valutare l’adeguatezza del modello organizzativo, il giudice non potrà adottare, come parametri di valutazione, suoi personali convincimenti o sue soggettive opinioni, ma dovrà far riferimento – come è ovvio – alle linee direttrici generali dell’ordinamento (e in primis a quelle costituzionali: cfr. art. 41 Cost., comma 3), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza [...] la Corte di appello [...] ha posto a fondamento della contestata statuizione il rilievo che il modello in esame è rimasto un interessante testo di teoria».

2. La dottrina

In dottrina si legge quanto segue.

Sulla valutazione della idoneità del Modello

Il requisito della idoneità ex art. 6 comma 1 lett. a) d. lgs. 231/2001 è orientato a «*parametrare la fase di adozione*» del Modello organizzativo.

Quanto alla **valutazione sulla idoneità**, «*se per un verso deve riguardare l'identificazione dei contenuti essenziali del Modello, per l'altro verso deve concernere il funzionamento del Modello stesso; un primo giudizio caratterizzato in termini di astrattezza e una seconda valutazione connotata in termini di concretezza». In entrambi i casi «*la valutazione effettuata dal giudice è di tipo prognostico*» essendo destinata al riconoscimento dei contenuti del Modello e all'accertamento della sua efficacia⁴.*

Sempre in tema di idoneità del Modello organizzativo, l'apprezzamento del giudice deve essere graduato a seconda che la persona giuridica incolpata lo abbia adottato prima o dopo la commissione dell'illecito.

Nel primo caso «*la valutazione giudiziale si compie secondo i canoni della "prognosi postuma"*»⁵, ossia «*occorre che il giudice verifichi, secondo una valutazione probabilistica, se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento antecedente la commissione del delitto, questo sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze eccezionali e imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione*»⁶.

Nel secondo caso più severo è il metro di valutazione. Ad esempio, ai fini dell'applicazione della misura cautelare, per escludere il pericolo di recidiva «*può rilevare anche l'istituzione ex post, da parte della società, di un modello di organizzazione e di gestione: peraltro, per poter ritenere tale modello idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi, occorre una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello ex ante, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo ed operativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito*»⁷. Analogamente si ricorda che Trib. Milano, 20 settembre 2004 ha ritenuto che «*il modello, adottato dopo la commissione del reato al fine di escludere l'applicazione delle misure cautelari, deve essere elaborato tenendo conto della struttura organizzativa dell'ente e della storia – anche giudiziaria – della società (nella specie, il giudice ha ritenuto insufficienti i modelli organizzativi adottati post factum da società controllanti, imputate di aver commesso illeciti nell'ambito della propria attività di direzione delle*

⁴ G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, 13.

⁵ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2008, 118.

⁶ G. GARUTI, *op. cit.*, 13.

⁷ G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, Soc. Fin. S.p.A., in *C.E.D. Cass. pen.*, 2003, 2803 ss., con nota adesiva di P. DI GERONIMO, *ivi*, 2004, 254 ss.

controllate, in quanto privi fra l'altro di meccanismi diretti a rendere difficile da parte dei vertici delle controllanti il coordinamento delle attività corruttive secondo analoghe modalità e negli stessi ambiti dove si erano verificati i reati all'origine del procedimento)»⁸.

Sul contenuto del Modello

La dottrina, che pure teorizza il «*contenuto legale necessario*»⁹ del Modello organizzativo e il metodo di progettazione del medesimo¹⁰, conclude che «**non esiste "il" modello**».

Si argomenta che «*settori produttivi differenti e soglie dimensionali dell'impresa sono i fattori che danno conto dell'impossibilità di pensare ed elaborare un paradigma universalmente valido*» e che «*la complessità del modello è direttamente proporzionale alle esigenze, alla struttura, alla collocazione geografico-ambientale e alle risorse della singola impresa; variano, inoltre i singoli reati che, per ipotesi, sono collegabili alle attività dell'ente considerate a rischio*»¹¹.

La dottrina più sensibile agli aspetti aziendalistici e societari è anzi ostile a una "iper-regolamentazione" del Modello. Infatti il frazionamento «*dell'agire in sotto-processi e sequenze routinarie, scandite da una cadenza binaria e meccanicistica (input/output, dovuto/vietato, corretto/errato, ...), sottoposti ad uno stringente controllo, costituisce un tentativo largamente applicato di garantire il non verificarsi dell'imprevisto e l'espunzione dell'anomalia dal ciclo causa-effetto. Con un risultato paradossale: il "funzionario" impiegato e responsabile nei confronti del superiore gerarchico della correttezza e conformità (solo) dello step di propria competenza, può restare irresponsabile degli effetti finali dei propri comportamenti*». Quindi «*un alto tasso di regolamentazione ed un'articolata catena delle linee di comando possono indurre a perniciosi effetti, quali il sovraffollamento organico, interferenze e de-responsabilizzazioni, lo stallo decisionale, il discarico delle responsabilità, la burocratizzazione ed il rallentamento dell'operatività dell'impresa, in guisa che invece di prevenire ed impedire, in ultima analisi, l'azione criminale del singolo può risultarne agevolata*»¹².

In virtù di queste ragioni si è ad esempio affermato, con riguardo alla peculiare attività aziendale bancaria, che la sua regolamentazione – contenuta in ordini di servizio, disposizioni interne, normative aziendali, codici di

⁸ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 119.

⁹ P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 69.

¹⁰ Diffusamente A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 119 ss.

¹¹ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 121.

¹² S. BARTOLOMUCCI, *Il d.lgs. 231/2001 e la realtà delle Aziende Farmaceutiche: prospettive applicative, problematiche e peculiarità di settore*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 2, 28 ss.

autodisciplina, codici deontologici e codici disciplinari – «**già di per sé [può] costituire» un Modello organizzativo** o «quanto meno la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo». Dunque l'adozione dei *compliance programs* da parte delle banche «richiederà una attività tanto meno complessa quanto più adeguato e razionale risulta essere il sistema di controlli e di procedimentalizzazione già presente all'interno della struttura»¹³.

Il ruolo delle c.d. linee guida

La posizione della dottrina quanto ai codici di comportamento – altrimenti detti “linee guida” – redatti in funzione di autoregolamentazione dai soggetti rappresentativi delle società (ad esempio Confindustria, A.B.I., Confcommercio, Assobiomedica, A.N.I.A.) e valorizzati dall'art. 6 comma 3 d. lgs. 231/2001 è aderente a quella della giurisprudenza più recente.

- Quanto alla **funzione delle “linee guida” delle associazioni di categoria rispetto alla progettazione del Modello** si afferma che esse svolgono «una funzione di supporto per gli enti che decidano di dotarsi di un modello organizzativo» ma «sono sprovviste, viceversa, di alcuna valenza surrogatoria nei riguardi di un *compliance program* inesistente o inidoneo»¹⁴ giacché le disposizioni in esse contenute «disciplinano in modo “elastico” le modalità di contenimento del rischio-reato»¹⁵.

Si argomenta che altrimenti non potrebbe essere «poiché il modello organizzativo e di gestione va ritagliato [...] sulla specificità di ciascuna struttura aziendale che dovrà adottare quello più “calzante”»¹⁶.

- Quanto alla **funzione delle “linee guida” rispetto alla valutazione del giudice sulla idoneità del Modello organizzativo** si conferma «che le associazioni di categoria abbiano o meno adottato un codice di comportamento destinato ai propri associati, poco cambia sul fronte della discrezionalità di valutazione del giudice che, in ogni caso, sarà libero di verificare idoneità ed efficacia del singolo modello organizzativo, potendo egli rinvenire, nel

¹³ ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, Roma, 2004, in www.abi.it, 19.

¹⁴ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 159 sulla scorta di S. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Ipsoa, Milano, 2004, 229.

¹⁵ *Rel. d. legisl. resp. amm. enti*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 22.

¹⁶ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 159 in adesione a O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2010, 90; a R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione degli enti*, in *C.E.D. Cass. pen.*, Suppl. f. 6, 2003, 89; a P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2003, p. 55, il quale rimarca «l'incongruenza di fondo nel voler fare riferimento a codici prodotti all'esterno dell'azienda, da parte di associazioni, che naturalmente possono solo proporre degli standard generali che non potranno immediatamente adattarsi alle singole fattispecie aziendali, alle peculiarità organizzative, alle specificità gestionali».

codice di comportamento della categoria cui l'ente appartiene, un "termine di confronto" e nulla più»¹⁷.

¹⁷ A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 159-160 che ricorda *Rel. d. legisl. resp. amm. enti*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 22. Nello stesso senso S. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, 234; T. E. EPIDENDIO, in A. BASSI - T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006, 220; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 93; A. IANNINI - G. M. ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Salerno, Roma, 2005, 62; R. RORDORF, *op. cit.*, 89.

3. Riflessioni sul concetto di «Modello idoneo»

Il congegno esimente inaugurato dalla norma e la prassi applicativa hanno prodotto un sistema in cui la presunzione di colpevole difetto organizzativo è assoluta e formalmente rimediata, quanto alla prevenzione dei reati, solo con l'adozione del Modello organizzativo, che si è spontaneamente compendiato in forma manualistica (con aspirazione enciclopedica) e, come tale, si è candidato come autonomo e iniziale oggetto di valutazione della virtù aziendale.

L'irragionevole – incostituzionale? – esonero del pubblico ministero dalla contestazione di effettività del difetto organizzativo *ante* Modello ha innescato burocratiche valutazioni sulla idoneità dello stesso alla prevenzione dei reati, che per l'effetto è solo nominalmente presieduta dalla concreta ponderazione del binomio rischio/trattamento ed è invece spesso ideologicamente orientata.

I Modelli organizzativi per la prevenzione dei reati – si badi che nell'art. 6 d. lgs. 231/2001 il legislatore usa esclusivamente e ripetutamente il plurale – ben potrebbero essere piuttosto intesi quali specifici prototipi gestionali – che il pubblico ministero deve indagare in termini di reale colpa organizzativa – e rispetto ai quali la espressione cartacea ne agevola la prova ma non ne rappresenta la essenza.

Insomma e come paradosso, una impresa priva di alcun supporto documentale del Modello ma governata da prassi integerrime, dimostrabili e proporzionate meriterebbe la esimente?

Si pensa di sì, e nella sentenza "Impregilo S.p.A." vi è un punto – ingiustamente trascurato – di particolare interesse: dei tre episodi di aggioaggio uno era stato commesso poco tempo prima (un mese) dell'adozione del Modello organizzativo e il giudice dell'udienza preliminare ha ritenuto – con formula tecnicamente dubbia – che anche a questo potesse applicarsi la esimente, in ragione della organizzazione comunque vocata alla prevenzione dei reati da parte dell'azienda.

Si reputa la valorizzazione della organizzazione *ante* Modello meritevole di notevole attenzione e si riporta la brevissima motivazione: «*Il modello [...] è stato adottato prima della commissione degli illeciti contestati agli imputati, tranne che per il comunicato del 30.12.02, commesso circa un mese prima dell'adozione del modello. In merito a questo fatto [...] si osserva che a quella data era già stata avviata la procedura di adozione del modello e che in ogni caso la società aveva già autonomamente adottato un proprio codice di autodisciplina sulla base dei principi dettati da Borsa Italiana S.p.A. Oltre a ciò si deve considerare che il CO nominato il 29.1.03 in base al modello organizzativo era lo stesso soggetto già in precedenza nominato come responsabile dell'internal auditing. Queste considerazioni evidenziano la volontà della società [...] di adeguarsi alla nuova normativa*».

4. Proposte

Alla luce delle considerazioni fino a qui svolte, si propone la seguente modifica dell'art. 6 d. lgs. 231/2001.

| Art. 6 d. lgs. 231/2001 | |
|---|---|
| Testo attuale | Testo modificato |
| <p><i>Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente</i></p> <p>1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;</p> <p>d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).</p> <p>2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere</p> | <p><i>Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente</i></p> <p>1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'interesse non sussiste se l'ente prova che:</p> <p>a) l'organo dirigente ha implementato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire l'effettivo rischio della commissione di reati della specie di quello verificatosi;</p> <p>b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;</p> <p>c) non vi è stata omessa o insufficiente analisi del rischio di commissione del reato della specie di quello verificatosi da parte dell'organo dirigente;</p> <p>d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).</p> <p>2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere</p> |

| | |
|---|--|
| <p>alle seguenti esigenze:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. <p>3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.</p> <p>4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera <i>b)</i>, del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.</p> <p>4-<i>bis</i> Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione</p> | <p>alle seguenti esigenze:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli adatti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in proporzione al rischio dei reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. <p>3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.</p> <p>4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella <i>b)</i>, del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.</p> <p>4-<i>bis</i> Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione</p> |
|---|--|

| | |
|---|--|
| <p>possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera <i>b</i>).</p> <p>5. È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.</p> | <p>possono svolgere le funzioni dell'organo di vigilanza di cui al comma 1, lettera <i>b</i>).</p> <p>5. È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.</p> |
|---|--|