

INTRODUZIONE

Alla base del presente studio, vi è l'analisi della struttura e del concetto di idoneità del modello organizzativo e gestionale adottato dall'ente, ai sensi del d.lgs.231/2001.

In particolar modo, la seguente disamina si concentrerà sul requisito dell'idoneità preventiva del modello, così come configurato ai sensi dell'art.6 del decreto, la cui verifica dell'eventuale sussistenza, unitamente a quella dell'efficace attuazione del modello stesso, potrebbe costituire il fattore di esonero della responsabilità dell'ente per il reato commesso dai suoi organi di vertice.

A tal proposito, verranno messi in risalto i principali problemi derivanti dall'accertamento giudiziale dell'adeguatezza del modello organizzativo e gestionale delle società, andando a ripercorre le poche pronunce giurisprudenziali sul tema; cercando sia di evidenziare i principali aspetti che maggiormente inficiano la prassi giudiziale e sia di prospettare qualche tentativo di soluzione.

Il primo capitolo, si incentrerà sui requisiti strutturali del modello ex art.6 d.lgs 231/2001, spiegando, *in primis*, cosa si intenda con l'utilizzo dei termini: *modello organizzativo e gestionale*, *idoneità* ed *efficace attuazione*; per poi soffermarsi sulla loro valenza e portata.

In particolare, si effettuerà una disamina sul concetto e sulla natura del requisito "psicologico" imputabile all'ente ai sensi del decreto, ossia la cd. *colpa di organizzazione*, andando, inoltre, a esplicitare i contenuti, in assenza dei quali, tale requisito risulterebbe integrato.

Per concludere, alla luce di quel che verrà esposto, si evidenzieranno più a fondo, i caratteri che un modello, per essere definito idoneo dovrebbe possedere quali: *efficacia*, *specificità* e *attualità*.

Il secondo capitolo, andrà al cuore del problema relativo al giudizio di idoneità, ripercorrendo le tappe giurisprudenziali in materia, secondo un ordine logico.

Dopo qualche indispensabile premessa riguardo la natura della responsabilità, l'adozione ante e post factum e l'onere probatorio del modello in capo all'ente, (necessarie ai fini del corretto inquadramento del giudizio), si andrà nello specifico delle pronunce sul tema.

Sul punto, verranno dapprima analizzate tutte le pronunce di condanna dell'ente relative all'inidoneità dei modelli adottati sotto l'aspetto dei presidi interni, quali i protocolli e flussi informativi (caso Siemens A.G, I.V.R.I S.p.A), per tentare di ricostruire un filo conduttore.

Successivamente ci si soffermerà al caso Impregilo S.p.A, dove da un primo cambio di rotta da parte dei Giudici di merito (l'ente veniva assolto per idoneità del modello), si è passati a un ribaltamento in Cassazione.

La pronuncia, emessa dalla Suprema Corte, risulta molto importante sul tema, in quanto vengono per la prima volta esplicitati i criteri che dovrebbero orientare i giudici nell'accertamento del modello idoneo, i quali saranno oggetto di una disamina approfondita, che non mancherà di segnalare tutti gli aspetti critici.

Come si vedrà, dal bilancio che se ne può trarre dalle pronunce sin ora disposte in merito alla tematica trattata, emerge un quadro poco confortante per l'ente. Infatti sembrerebbe che in giurisprudenza prevalga un orientamento ostile al riconoscimento dell'esimente di cui all'art.6 d.lgs.231/2001, configurandosi il pericolo di pronunce basate su profezie che si auto-avverano, sintetizzabili nell'equazione: *“se il reato si è verificato, allora il modello organizzativo e gestionale adottato dall'ente è per ciò stesso inidoneo.”*

Di tutt'altra direzione, sembrerebbero orientarsi le recenti pronunce emesse dai Giudici di merito, in materia di illeciti colposi di cui all'art.25 *septies* d.lgs 231/2001, addebitabili all'ente. Infatti, verranno riportate alcune sentenze assolutorie, nelle quali i Tribunali hanno valutato con esito favorevole il modello predisposto dall'ente, forse (e sul punto se ne discuterà) anche in virtù della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, di cui al d.lgs.81/2008, che andandosi a integrare con la disciplina del decreto 231, detta all'art.30 requisiti più specifici per l'adozione e l'efficace attuazione di un modello idoneo a prevenire i reati di Omicidio e Lesioni Colpose avvenuti sui luoghi di lavoro.

Il terzo capitolo, analizzerà, un requisito sin ora posto sullo sfondo dalla giurisprudenza ed esplicitato per la prima volta nel caso Impregilo S.p.A, ossia quello relativo al cd. *elusione fraudolenta* del modello, ai sensi dell'art.6 lett.c) d.lgs.231/2001, la cui integrazione è indispensabile ai fini della concessione dell'esimente.

Sul punto, la Cassazione nella sopramenzionata vicenda, è arrivata a configurare requisito, sostenendo che: *“non può non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola(....).Si tratta insomma, di una condotta di “aggiramento” di una norma imperativa, non di una semplice e “frontale” violazione della stessa.”*. Alla luce di tale considerazione, che vede nell’elemento dell’elusione fraudolenta, una particolare modalità di condotta, bisognerà interrogarsi se lo sforzo definitorio compiuto dai Giudici, non rischi di imporre all’ente un onere probatorio troppo gravoso, tenendo conto di particolari situazioni in cui può esplicarsi la condotta elusiva.

Pertanto, sono state riportate due teorie, definibili come “soggettive”, che ai fini di rendere concretamente ravvisabile il requisito, spostano il connotato della fraudolenza dal versante oggettivo della modalità di condotta, a quello soggettivo delle intenzioni del soggetto agente.

Tenendo conto dei profili critici emersi dallo studio, nel quarto capitolo, ci si interroga se le problematiche relative all’accertamento giudiziale dell’idoneità del modello, non risiedano a monte, ossia nella configurazione erronea della cd. *colpa di organizzazione*.

In particolare, al centro della questione, sarà posto l’interrogativo in merito alla necessità, sempre e comunque, della presenza di un modello organizzativo ai fini della concessione dell’esimente, anche laddove l’evento reato sia stato il frutto di circostanze imprevedibili e/o inevitabili, che pertanto sfuggirebbero da ogni possibile sfera di controllo dell’ente. Tale questione verrà esaminata, anche rapportandola con concrete modalità di condotta con cui si esplicano determinati tipi di reati quali la corruzione e i delitti di abuso di mercato.

Si concluderà, ipotizzando varie tipologie di colpa di organizzazione in relazione a determinati scenari: *il Modello non c’è; il Modello c’è ma non ha previsto quel rischio; il Modello c’è ha previsto quel rischio, ma la cautela è stata inosservata ; il Modello c’è, ha previsto quel rischio, la cautela è rispettata, ma il reato si è ugualmente verificato*.

Nel quinto e ultimo capitolo, verranno riportati i vari tentavi di soluzione, riguardanti il problema sul giudizio di idoneità preventiva del modello, riportati sia dal legislatore sia dalla dottrina, oppure ricavabili allo stato dell’arte.

Dapprima, verrà menzionato il progetto elaborato dall'associazione Arel, di cui l'allora Ministro della Giustizia Angelino Alfano se ne era fatto portavoce in Parlamento, il quale mirava a ridurre la discrezionalità del giudice in sede di accertamento del modello organizzativo, prospettando un'attestazione preventiva di idoneità, rilasciata da un certificatore a ciò deputato, una volta verificata la sussistenza di determinati requisiti.

In secondo luogo, sarà citato il disegno di legge proposto dall'allora onorevole Della Vedova, il quale perseguendo i medesimi obiettivi del Progetto Arel, elaborava soluzioni differenti, incentrate per lo più, sulla valorizzazione delle linee guida elaborate dalle varie associazioni di categoria, la cui conformità del modello alle medesime avrebbe costituito una presunzione relativa di idoneità, vincibile solo attraverso la fornitura di una prova contraria da parte della Pubblica Accusa.

Ci si interroga inoltre, se le problematiche sin ora descritte, possano essere arginate attraverso l'intensificazione della legislazione di dettaglio e ridimensionando l'onere probatorio a carico dell'ente, oppure valorizzando gli elementi già presenti allo stato dell'arte, quali il ruolo del perito, che potrebbe fungere d'ausilio per il Giudice nel conferire una valutazione sull'adeguatezza del modello adottato dall'ente, in chiave più scientifica.

Infine, sarà menzionata una teoria statunitense, la *Constructive Corporate Fault*, che sebbene calata in un ordinamento giuridico diverso dal nostro, e se ne potrebbero cogliere determinati spunti risolutivi anche per il nostro sistema.

CAPITOLO PRIMO

IL CONCETTO DI IDONEITÀ: TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA NELLA COSTRUZIONE DEL MODELLO

Sommario: 1. Il Modello come esimente ex artt. 6 e 7 d.lgs 231/2001. -2. Il concetto di colpa di organizzazione. -3(segue) I tre formanti del dovere di organizzazione. -4. (segue) La natura della colpa di organizzazione. -5. Caratteri del Modello.

1. Il Modello come esimente ex artt. 6 e 7 d.lgs 231/2001.

Il meccanismo imputativo dell'illecito all'ente delineato ai sensi del d.lgs 231/2001, una volta presupposto quali requisiti obiettivi di fattispecie la commissione di un reato da parte di una persona fisica che agisca nell'interesse o/e a vantaggio dell'ente stesso, detta, agli artt. 6 e 7, le condizioni al ricorrere delle quali la sua responsabilità è esclusa¹. Tali condizioni variano a seconda del ruolo che l'autore del reato ricopre all'interno dell'organico aziendale; se esso riveste la qualifica di "apicale" ex art.5 d.lgs 231/2001 lett a), ai fini dell'esimente sarà necessaria la preventiva *adozione* e corretta *attuazione* di un modello organizzativo *idoneo* a prevenire i reati della specie di quelli verificatosi², se invece ricopre la veste di "sottoposto" ai sensi dell'art.5 lett

¹ Art. 6 c.1 d.lgs.231/2001 : "Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art.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 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 gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Art. 7 c.1-2 d.lgs.231/2001:

"1.Nel caso previsto dall'art.5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

2.In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi."

² Da ora in poi solo "Modello".

b), sarà sufficiente che il reato posto in essere non sia stato reso possibile dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza assunti dalla persona preposta al controllo del soggetto stesso. In quest'ultimo caso, l'adozione e l'efficace attuazione preventiva del Modello, potrebbero eventualmente costituire una presunzione assoluta di adeguatezza del sistema di direzione e vigilanza dell'ente, al cui ricorrere la responsabilità della società verrebbe per ciò stessa esclusa³. Il Modello, pertanto, si configurerebbe (sempre nell'ipotesi di cui all'art. 7) quale ulteriore *chance* concessa all'ente per non incorrere a sanzioni.

Delineato il quadro giuridico di riferimento, occorre specificare cosa si intenda per Modello, per poi delinearne valenza e contenuto. A tal proposito, il Modello rappresenta un insieme di regole cautelari adottate ai fini del contenimento dei rischi legati alla commissione di reati nell'ambito dell'attività di impresa; esso costituisce il paradigma stesso della colpevolezza dell'ente, in presenza del quale la sua responsabilità è esclusa, purché sia predisposto *ante factum* e rispondente ai requisiti fissati dall'art. 6 ed eventualmente dall'art. 7 d.lgs. 231/2001. In altri termini dalla sua presenza o assenza dipende l'integrazione del requisito subiettivo di fattispecie, che si sostanzia nella c.d. *colpa di organizzazione*. Con tale innovativa previsione, si vuole che l'ente si adoperi nell'interiorizzare le proprie inefficienze organizzative, predisponendo un sistema di cautele volto a minimizzare il rischio-reato⁴.

L'imputazione "soggettiva" della responsabilità all'ente, pertanto richiede, che si accerti la violazione di una o più regole di corretta organizzazione e gestione

³ Sul punto, Trib. Napoli. ord., G.i.p., 26 giugno 2007: "In realtà occorre specificare che nel caso dell'art. 7 d.lgs.231/2001, all'ente si imputa la relativa responsabilità solo se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti in posizione apicale, l'adozione e l'efficace attuazione del Modello in via preventiva, prevista al c.2, serve solo come presunzione iuris et de iure, che esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e controllo(...)La tempestiva adozione ed efficace attuazione del Modello di un idoneo modello comportamentale è elemento di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente solo nelle ipotesi di reato commesso da dipendente; non è idonea ad escluderne la responsabilità nell'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, perché in tal caso l'ente deve dimostrare anche che sia stata realizzata da parte dell'autore dell'illecito una condotta fraudolenta elusiva delle prescrizioni."

⁴ v. per tutti, F.D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp.,amm.,soc.*, 2016, 52, secondo cui : " Il momento centrale e fondante dell'intero sistema è costituito dalla previsione di un sistema di compliance degli enti imperniato sulla adozione ante delictum di Modelli organizzativi idonei e adeguati a prevenire la commissione dei delitti presupposto della responsabilità da reato e che, in via preventiva, possano escludere l'insorgenza dell'illecito amministrativo."

predisposte dall'ente attraverso il Modello ai fini della prevenzione di determinati rischi di commissione di reato.

Il fulcro della valutazione giudiziale poggia, quindi, nell'accertamento del requisito di idoneità ed efficacia del Modello. Tale prerogative orientano la fase di predisposizione dello stesso e nel loro ambito ricomprendono due momenti distinti, ma entrambi necessari ai fini dell'integrazione dei requisiti medesimi: quelli dell'adozione e dell'attuazione ex artt. 6 e 7 d.lgs 231/2001.

Con riferimento al profilo dell'adozione, il giudice valuterà l'idoneità del modello in rapporto ai contenuti minimi fissati dalla legge e precisamente all'art. 6 c.2 d.lgs 231/2001. In estrema sintesi il modello dovrà contenere: *la mappatura dell'analisi dei rischi, prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni in relazione ai reati da prevenire; individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie; prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e osservanza dei modelli; introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*

Questo primo approccio è caratterizzato da una valutazione di idoneità in termini di astrattezza, attraverso la verifica del rispetto dei contenuti legislativi, e si concretizza in un giudizio di tipo prognostico sul funzionamento del modello, che viene formulato, prevalentemente, in base alla documentazione fornita dall'ente.

Il secondo profilo presuppone invece una verifica in termini di efficacia, e in questa seconda fase il giudice non può limitarsi alla lettura del documento che integra il modello, ma deve basarsi su elementi di fatto concreti. Questo comporta una vera e propria indagine invasiva all'interno della società, acquisendo elementi di prova funzionali ad accertare che l'ente abbia effettivamente reso operanti i protocolli di gestione del rischio⁵. Si tratta di una valutazione condotta non più in termini astratti ma concreti.⁶

⁵ v. per tutti, G.FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Resp., amm., soc.*, 2016, 6, il quale riporta la distinzione tra le due fasi.

⁶ Trib. Trani (sez. dist. Molfetta), 26 ottobre 2009 - 11 Gennaio 2010. Secondo tale sentenza, la valutazione giudiziale del modello, demandata al giudice dagli artt. 6 c.1 e 12 c.2 d.lgs 231/2001, non deve limitarsi alla presa d'atto dell'esistenza del modello e della sua rispondenza ai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria, ma deve investire da un lato, l'idoneità del modello a prevenire i reati, dall'altro lato, la sua efficace attuazione in fase di implementazione. La

Tuttavia, occorre chiarire che il controllo sull'efficacia del modello è sempre limitato alla verifica circa l'idoneità "*a prevenire reati della specie di quello verificatosi*". Ciò significa che il giudizio di idoneità del *compliance program* non è mai totalizzante, ma rivolto espressamente ad escludere la reiterazione degli illeciti già posti in essere: deve riguardare, quindi, quei reati che sono contestati all'ente nel procedimento. Il modello non viene esaminato dal giudice nella sua interezza, ma solo in rapporto alle regole cautelari violate, che possono determinare il rischio di reiterazione del reato della stessa specie⁷. Ad esempio, nel caso venisse integrato il delitto di aggraviato nell'interesse dell'ente, il giudice, nel verificare l'idoneità del modello adottato, dovrà necessariamente limitare la sua verifica alle violazioni delle regole cautelari riferite a tale reato, mentre non potrà trarre argomenti negativi sul modello in presenza di rilevate inosservanze di cautele come quelle antinfortunistiche, certamente non in grado di favorire fenomeni di aggraviato.

In conclusione, è dato rilevare che l'inidoneità e l'inefficacia, del Modello concorrono, alternativamente o congiuntamente a configurare una concezione normativa di colpa⁸, la *c.d. colpa di organizzazione*. In altri termini, nell'accertamento di idoneità del modello il giudice ritiene sussistente la "colpa" quando l'ente non si è dato un'organizzazione adeguata violando le regole cautelari predisposte dall'art.6 d.lgs 231/2001.

2. Il concetto di colpa di organizzazione.

La colpa di organizzazione nasce e si sviluppa per tipizzare, attraverso un procedimento di astrazione, i criteri d'imputazione della responsabilità nelle

prima fase si snoda attraverso i passaggi successivi diretti ad accertare se l'analisi dei rischi sia stata integrale, se le procedure tracciate, spieghino la loro utilità - avuto riguardo alla tipologia di rischi individuati - e se l'organismo di controllo sia dotato di poteri disciplinare efficaci.

⁷ Sul punto G.FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Resp.amm.soc.*, 2016, 7, specifica che: "l'ambito di accertamento del modello organizzativo dipenderà anche dalla definizione che verrà data alla nozione di "reato della stessa specie", potendosi ritenere tale quello ricompreso nella medesima disposizione oppure in disposizioni diverse, che però presentino una sostanziale omogeneità, ad esempio con riferimento al bene tutelato".

⁸ Sulla configurazione della colpa di organizzazione quale "colpa normativa" v. in dottrina per tutti G.FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc.*, 2016, 7, in giurisprudenza Cass. Pen., sez.,V, 18 dicembre 2013, Caso Impregilo S.p.A.