

CAPITOLO III

LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE TRA PRECAUZIONE E PREVENZIONE

1.1 LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE DELL'ENTE

La perpetrazione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente rappresenta solo uno, il primo, dei canali di collegamento oggettivo tra illecito ed ente collettivo, poiché il decreto, nel costruire un modello di responsabilità strutturalmente assimilabile al modello colposo, fissa ulteriori requisiti destinati ad operare sul piano della rimproverabilità dell'ente per il fatto commesso⁶⁰.

In effetti, la normativa è incentrata essenzialmente sull'evenienza che da un punto di vista soggettivo il reato debba costituire “*espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione*”⁶¹: strutturata in tali forme, la colpevolezza dell'ente si atteggia diversamente a seconda del tipo di autore materiale del reato presupposto.

Recuperando la distinzione più indietro esposta, nel caso in cui sia un vertice a commettere il reato si applica l'art. 6 d.lgs. 231/2001 che, considerando i dirigenti una specie di *longa manus* dell'ente, addebita a quest'ultimo la colpa d'organizzazione, ferma restando la possibilità per la *societas* di dimostrare la sua estraneità al reato.

Nello specifico, questa prova liberatoria si incentra sulla prevenzione del rischio penale d'impresa e, come si vedrà più precisamente, si articola nell'adozione *ante delictum* di un modello organizzativo e gestionale idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, nell'istituzione di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo con compiti di vigilanza sulla efficace attuazione di quel modello, nella mancata

⁶⁰ Pellissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, Milano 2007, p. 865 ss.

⁶¹ Relazione d.lgs. 231/2001, 19.

culpa in vigilando da parte di detto organismo e infine, nell'elusione fraudolenta del protocollo preventivo⁶².

L'insieme di questi fatti, la cui prova, lo si ripete, grava pesantemente sull'ente incolpato, impedisce che gli venga ascritta la responsabilità amministrativa da reato.

⁶²Art. 6 d.lgs. 231/2001 - Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente

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;
- 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).

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 alle seguenti esigenze:

- 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.

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.

Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)

È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.

Passando invece all'ipotesi in cui sia un sottoposto l'autore del reato, deve registrarsi che la colpa di organizzazione dell'ente assume una diversa fisionomia. Benché anche in questa circostanza il sistema di prevenzione del pericolo di commissione del reato d'impresa risulti imperniato sull'adozione di modelli organizzativi, il criterio attributivo della responsabilità dell'ente operante in virtù dell'art. 7⁶³ si sostanzia nella «inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», fatto che spetta al pubblico ministero dimostrare.

A differenza dell'illecito derivante dal delitto dei vertici aziendali, il cui accertamento si fonda, come visto, sul ribaltamento dell'onere probatorio, la commissione del reato da parte di dipendenti postula per l'accusa la prova della colpevolezza accanto a quella dell'interesse o vantaggio della *societas*⁶⁴.

La scelta legislativa di fondare la responsabilità da reato dell'ente su una vera e propria “colpevolezza d'impresa”⁶⁵, imponeva di superare i presupposti a base del rimprovero all'autore per il fatto compiuto e di strutturare un modello di ascrizione all'ente, che consentisse di esprimere un autonomo rimprovero all'organizzazione sociale.

⁶³ Art. 7 d.lgs.231/2001 - Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente

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

In ogni caso, e' 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.

Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché 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.

L'efficace attuazione del modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

⁶⁴ De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 111

⁶⁵ Tiedemann, *Die Bebussung von Unterehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, 1998, p. 1172 ss. L'autore riferendosi all'illecito punitivo amministrativo, definisce la rimproverabilità dell'ente come una sorta di “pre-colpevolezza”, accostabile alla situazione in cui versa una persona fisica che si mette volontariamente in una situazione di incapacità naturale di intendere e di volere. Nella Relazione illustrativa del d.lgs. 231/2001 i compilatori utilizzano una formula analoga a quella indicata, alludendo al concetto di “colpa di organizzazione” per esplicitare il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità dell'ente.

Ecco allora che si comprende la decisione di costruire *una colpevolezza dell'ente che può identificarsi tout court con la colpevolezza della persona fisica, traducendosi in un vero e proprio deficit di organizzazione o di attività in confronto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica*⁶⁶.

Nel d.lgs. 231/2001 l'illecito (amministrativo) viene dunque presentato come fatto dell'ente, al quale viene mosso un autonomo rimprovero, completamente sganciato da quello discendente dall'atteggiamento individuale del dolo o della colpa del soggetto agente-persona fisica, come già detto, nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 della Costituzione.

Questa impostazione trova conferma nella stessa Relazione di accompagnamento ad decreto in esame, dove viene richiamato l'indirizzo giurisprudenziale della Corte Europea dei diritti dell'uomo, affermando che *“le garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte etichette giuridiche che il legislatore vi apponga”*⁶⁷.

Il concetto di colpa di organizzazione è un concetto inedito di colpevolezza essendo riferito ad un ente collettivo, che non esprime una volontà in senso naturalistico ma che al contrario, si fonda su un deficit dell'organizzazione stessa: la *voluntas societatis*, impossibile da accertare sul piano psicologico, viene così oggettivizzata e tradotta in termini normativi di corretta politica sociale⁶⁸.

Più precisamente, il fatto di reato non può essere ascritto all'ente seguendo gli usuali criteri di imputazione della persona fisica, e l'elemento soggettivo va desunto seguendo appositi criteri normativi. La colpevolezza della persona giuridica infatti, investe esclusivamente l'adempimento di un dovere organizzativo di carattere funzionale, la cui mancanza ne giustifica la rimproverabilità.

Si tratta essenzialmente di una colpa o colpevolezza *“sganciata dal fatto”* e non una colpevolezza *“per il fatto”*⁶⁹ e quindi secondo uno schema difforme da quello del diritto

⁶⁶ Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione* in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2002, p. 16.

⁶⁷ Relazione d.lgs. 231/2001, par. 3.3

⁶⁸ Pisani, *Struttura dell'illecito e criteri d'imputazione*, op.cit., p. 124

⁶⁹ Sgubbi, *La colpa di organizzazione*, Relazione svolta al Convegno di Rimini *“Etica d'impresa e responsabilità amministrativa degli enti”*, 23 – 24 ottobre 2009

penale delle “persone fisiche”; una forma di colpevolezza, quella della persona giuridica, che attiene essenzialmente alle carenze riscontrate in tema di prevedibilità ed evitabilità del reato dal punto di vista organizzativo dell’ente.

Come si analizzerà doverosamente, il rimprovero dell’ente scatta nel momento in cui si accerta la mancanza o comunque l’inefficace attuazione, prima della commissione del fatto, di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatesi.

Con queste premesse, appare chiaro che la responsabilità delle persone giuridiche si basa principalmente sui programmi di organizzazione e controllo, ossia su meccanismi che hanno proprio la funzione precipua di prevenire, all’interno della struttura aziendale, i rischi connessi a determinate tipologie di reato e sono perciò finalizzati ad assicurare che l’ente agisca nel rispetto della legge.

E’ possibile pertanto affermare che i *compliance programs* “*adempiono ad una indispensabile funzione preventiva, che permette alla società di combattere in sé stessa, al suo interno, la criminalità*⁷⁰”.

Il legislatore ha certamente tenuto conto delle dinamiche organizzative aziendali, considerando l’impresa come una sorta di istituzione umana e intenzionale, una sorta di “*mano visibile del management*⁷¹ che porta avanti le strategie deliberatamente messe in atto dai vertici aziendali.

Secondo un’autorevole dottrina due sono le ragioni che hanno condotto alla scelta del criterio d’imputazione fondato sulla colpa di organizzazione: “*la prima si risolve nell’obiettivo di disegnare una colpevolezza di caratura socio-normativa, diretta a soppiantare il concetto classico di colpevolezza, ricco di implicazioni etico-personalistiche, e perciò non applicabile ad una persona giuridica; la seconda ragione, sinergicamente collegata alla prima, va individuata nello scopo di fissare un concetto di colpevolezza dell’ente, che prescindendo da qualsiasi collegamento con il coefficiente psicologico che accompagna la persona fisica autrice del reato*”⁷².

⁷⁰ Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in Cass. Pen. 2003, p.1111

⁷¹ Chandler, *La mano visibile. La rivoluzione manageriale nell’economia americana*, Milano, 1992 p. 755 ss.

⁷² Paliero, Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it, 2006, 3, p.167 ss.

La colpa di cui si parla, imperniata sulla mancanza di una efficiente struttura di legalità aziendale, può condurre alla responsabilità dell'ente anche a prescindere dall'accertamento della colpevolezza della persona fisica⁷³ e questo aspetto è stato considerato importante al fine di disvelare la presenza di un criterio di imputazione spiccatamente oggettivo.

Si è a tale proposito sostenuto che *“questa figura di colpa rimane fatalmente e fortemente oggettiva tanto che alla sua esclusione, con l’attuazione dei modelli organizzativi, concorrono elementi differenti, persone diverse, attività protratte nel tempo. Certo, anche al garante di una posizione di controllo si chiede di organizzare bene ed efficacemente il sistema della sicurezza: ma è sempre un adempimento personale a venire in gioco, del quale è possibile misurare esigibilità e compiutezza, in rapporto alle conoscenze individuali ed al personale affidamento. Qui se non si vuole arrivare al drastico giudizio di fictio culpae, certo si ha a che fare con una colpa intessuta esclusivamente da elementi oggettivi, riconducibili all’operato di una moltitudine di soggetti, che non si vede come possano lasciare spazio ai tradizionali elementi psicologici della colpa”*⁷⁴.

Si è inoltre sostenuto che *“si tratta di un modello integrato di responsabilità, per mettere in risalto come, accanto al nucleo delle norme che prevedono l’applicazione delle sanzioni amministrative, emerga dall’art. 6 un criterio di imputazione mutuato dal paradigma civilistico della responsabilità oggettiva”*⁷⁵.

Premesso allora - nuovamente - che la colpa di organizzazione si basa sulla categoria concettuale della colpa in senso normativo, e cioè come carenza o mancanza di diligenza che si può esigere dalla persona giuridica secondo lo standard dell'impresa-modello⁷⁶, in materia antinfortunistica il giudice potrà ravvisarla qualora accerti che l'azienda non abbia messo in atto le misure di prevenzione di cui al d.lgs. 81/2008, ponendosi così in una potenziale situazione di rischio commissione reati, nel caso specifico sicuramente il reato contemplato dall'art. 25 septies d.lgs. 231/2001.

⁷³ Si veda a tale proposito l'art. 8 d.lgs. 231/2001

⁷⁴ Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 47

⁷⁵ Bernasconi, *op.cit.*, p.113

⁷⁶ Agliastro, *cit.*, p.196

Da queste premesse è possibile notare come emerge il legame fra la colpa di organizzazione e la cultura della prevenzione, posto che solo un atteggiamento volto a prevenire efficacemente la commissione degli illeciti, può scongiurare una eventuale responsabilità dell'ente.

A tale proposito, si anticipa che profonde mutazioni sono intervenute nel concetto di prevenzione, in particolar modo a seguito del recepimento della direttiva comunitaria n.391 del 1989⁷⁷, che ne offre una definizione spiccatamente caratterizzata in termini di

⁷⁷ Direttiva 89/391/CEE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro . Si veda in particolar modo l'art. 6:

Obblighi generali dei datori di lavoro

1. Nel quadro delle proprie responsabilità il datore di lavoro prende le misure necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, d'informazione e di formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari.

Il datore di lavoro deve provvedere costantemente all'aggiornamento di queste misure, per tener conto dei mutamenti di circostanze e mirare al miglioramento delle situazioni esistenti.

2. Il datore di lavoro mette in atto le misure previste al paragrafo 1, primo comma, basandosi sui seguenti principi generali di prevenzione:

a) evitare i rischi;

b) valutare i rischi che non possono essere evitati;

c) combattere i rischi alla fonte;

d) adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particolare per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute.

e) tener conto del grado di evoluzione della tecnica;

f) sostituire ciò che è pericoloso con ciò che non è pericoloso o che è meno pericoloso;

g) programmare la prevenzione, mirando ad un complesso coerente che integri nella medesima la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro;

h) dare la priorità alle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale;

i) impartire adeguate istruzioni ai lavoratori.

3. Fatte salve le altre disposizioni della presente direttiva, il datore di lavoro, tenendo conto della natura delle attività dell'impresa e/o dello stabilimento, deve:

intervento complessivo sull'architettura dell'organizzazione d'impresa: tale connotazione, che mira a neutralizzare i rischi per la sicurezza dei lavoratori, implica che a ad attivarsi sia il vertice dell'azienda, che detiene l'insieme dei poteri decisionali e di spesa necessari a garantire il dominio sulle scelte riguardanti le modalità di organizzazione dell'attività lavorativa.

In questa prospettiva, l'estensione della disciplina riguardante la responsabilità degli enti ai reati concernenti la violazione delle normative antinfortunistiche appare il necessario completamento della statuita intrasferibilità degli obblighi di valutazione del rischio propri del datore di lavoro⁷⁸.

a) valutare i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici e nella sistemazione dei luoghi di lavoro.

A seguito di questa valutazione, e se necessario, le attività di prevenzione, i metodi di lavoro e di produzione adottati dal datore di lavoro devono:

- garantire un miglior livello di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori;

- essere integrate nel complesso delle attività dell'impresa e/o dello stabilimento e a tutti i livelli gerarchici;

b) quando affida dei compiti ad un lavoratore, tener conto delle capacità dello stesso in materia di sicurezza e salute;

c) far sì che la programmazione e l'introduzione di nuove tecnologie formino oggetto di consultazioni con i lavoratori e/o i loro rappresentanti, per quanto riguarda le conseguenze sulla sicurezza e la salute dei lavoratori, connesse con la scelta delle attrezzature, la riorganizzazione delle condizioni di lavoro e l'impatto dei fattori dell'ambiente di lavoro;

d) prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni possano accedere alle zone che presentano un rischio grave e specifico.

4. Fatte salve le altre disposizioni della presente direttiva, quando in uno stesso luogo di lavoro sono presenti i lavoratori di più imprese, i datori di lavoro devono cooperare all'attuazione delle disposizioni relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute, e, tenuto conto della natura delle attività, coordinare i metodi di protezione e di prevenzione dei rischi professionali, informarsi reciprocamente circa questi rischi e informarne i propri lavoratori e/o i loro rappresentanti.

5. Le misure relative alla sicurezza, all'igiene e alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori.

⁷⁸ Art. 17 lett.a d.lgs. 81/2008 – Obblighi del datore di lavoro non delegabili

a) La valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28;

b) La designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

In entrambi i casi viene infatti codificato un criterio di imputazione della responsabilità che attinge le entità apicali dei processi decisionali a rischio, i soggetti che in via esclusiva plasmano le direttrici fondamentali della gestione aziendale, e che, dunque, controllano gli elementari fattori di rischio per la sicurezza dei lavoratori⁷⁹.

E' così agevole comprendere il rilievo politico-criminale che assume la corresponsabilizzazione dell'ente sulla base dei criteri imputativi disciplinati dagli artt. 6 del d.lgs. 231/2001 e 30 del d.lgs. 231/2001: il deficit organizzativo innesca infatti un rischio specifico che non può essere efficacemente minimizzato da nessuno degli addetti della struttura aziendale singolarmente considerati. Può essere invece validamente fronteggiato dall'impresa, in forza della sua "*meta – competenza superiore alla somma delle competenze degli individui*", attraverso la predisposizione di interventi finalizzati a dettare criteri "*organizzazione dell'organizzazione*", rispondenti all'esigenza di controllare i rischi originati dal frazionamento dei processi decisionali e dalla dispersione, verticale ed orizzontale, dei centri di decisione e controllo⁸⁰.

La mancata o insufficiente considerazione di questa esigenza, nel quadro delle strategie elaborate per ottimizzare il conseguimento del risultato d'impresa, scolpisce, quindi la *ratio* sottesa alla scelta legislativa di superare il riferimento a rapporti di immedesimazione organica quale criterio di ascrizione della responsabilità dell'ente, per ancorarlo, invece, alla mancata predisposizione di idonei modelli di organizzazione e controllo⁸¹.

Si può quindi asserire che ai vertici aziendali non si chiede più di limitarsi a rispettare le prescrizioni legali imposte al libero esercizio della propria autonomia economica: l'ordinamento si attende, comminando sanzioni anche all'ente, che il datore di lavoro si faccia parte attiva nell'individuare i casi nei quali l'esercizio di propri diritti di libertà contrasta con le esigenze di integrità e sicurezza di beni giuridici altrui, predisponendo, in tal caso, tutti i mezzi necessari affinché ciò non si verifichi, anche integrando, se necessario, le astratte determinazioni legislative alla luce della concretezza delle esigenze

⁷⁹ Marra, *Regolazione del rischio, dolo eventuale e sicurezza del lavoro. Note a margine del caso Thyssen*, in www.olympus.uniurb.it – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro, p.10 ss.

⁸⁰ Paliero, Piergallini, *cit.*, p.167 ss.

⁸¹ Marra, *cit.*, p.13.

cautelari proprie della specifica dinamica delle fonti di rischio che sono nella sua esclusiva sfera di controllo⁸².

Parallelamente, con riferimento ad una organizzazione aziendale reticente ad adeguarsi a standard di legalità, la predisposizione di un sistema di responsabilità degli enti assume ulteriore efficacia dissuasiva se si pone mente alla logica di prevenzione e precauzione sottostante.

Infatti l'obiettivo primario del legislatore non è quello di punire l'ente ma di prevenire il rischio di commissione dei reati e al fine di perseguire tale finalità, induce l'ente a regolamentare la propria struttura adottando modelli di organizzazione e gestione, minacciando di azionare un apparato sanzionatorio piuttosto aggressivo qualora l'invito rimanga inascoltato e si delinei perciò una colpa di organizzazione dell'ente.

1.2 LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE E LA GIURISPRUDENZA

Negli ultimi la giurisprudenza ha svolto un ruolo fondamentale nel fornire elementi utili a ricostruire la categoria della colpa di organizzazione dell'ente.

Per tale motivo, si vuole proporre innanzitutto un caso, alquanto noto in materia, perché rappresenta la prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 25 *septies*, analizzato dal Tribunale di Molfetta⁸³, vale a dire il caso Truck Center – dal nome di una delle società coinvolte.

La vicenda trae origine da un tragico infortunio sul lavoro accorso presso un'autorimessa, in cui persero la vita cinque persone, mentre un'altra riportò lesioni personali gravi.

Un operaio, calatosi senza indossare un'apposita imbracatura e privo di autorespiratore all'interno di un tank container che aveva l'incarico di pulire, morì a causa delle esalazioni di acido solfidrico liberate dallo zolfo fuso che era stato precedentemente trasportato dal predetto container.

⁸² Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla sicurezza del lavoro*, Torino, 2009, p. 81 ss.

⁸³ Tribunale di Trani, Sez. dist. Molfetta, 11 gennaio 2010 – Est. Gadaleta – Truck Center S.a.s, in *Corriere del merito*, n.4, 2010, p. 408 ss.

Di conseguenza, il datore di lavoro, altri due operai e un autotrasportatore, morirono nel tentativo di prestare soccorso al primo operaio.

Un altro lavoratore, essendosi limitato ad affacciarsi al boccaporto del container, riportò invece delle gravi lesioni personali, dovute ad uno stato tossico da inalazione di acido solfidrico, con conseguente lieve sindrome depressivo – ansiosa e disturbo post traumatico da stress.

In seguito a tali avvenimenti il giudice ha condannato per omicidio colposo e lesioni personali colpose quattro persone fisiche, che all'epoca rivestivano funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione delle tre diverse società a vario titolo coinvolte nell'infortunio.

In più è stata pronunciata anche la condanna delle tre società per illecito amministrativo dipendente dai reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro dai predetti soggetti apicali.

Nello specifico, sono state applicate ingenti sanzioni pecuniarie alle tre società, mentre non sono state invece irrogate le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2 del d. lgs. 231/2001, in quanto il tribunale ha ritenuto insussistenti le condizioni richieste dall'art. 13 d. lgs. 231/2001 per l'irrogazione di quelle misure.

Nel caso in esame, emerge infatti dalla sentenza che *“non risulta materialmente che le società abbiano tratto dai reati un profitto di rilevante entità e va esclusa poi la ricorrenza della reiterazione degli illeciti, per quanto consta agli atti, dato che essa presuppone che l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commetta un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva”*.

Il giudice, chiarisce preliminarmente il rapporto tra l'art. 5 d.lgs. 231/2001 che come visto, richiede che il reato sia commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, e art. 25 septies: aderendo a quanto più volte affermato dalla Cassazione, si conferma che se l'evento delittuoso è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, spesso è agevole sostenere che la mancata adozione di tali misure abbia garantito un vantaggio alla società o all'ente, ad esempio nella forma di un risparmio di costi.

Sempre secondo il giudice, si dovrà accertare di volta in volta se la condotta che ha determinato l'evento morte o lesioni personali sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente, oppure se la condotta medesima

abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri.

La vicenda ha dato modo al tribunale di pronunciarsi anche sul rapporto fra la colpa di organizzazione dell'ente e l'adozione del modello di organizzazione e gestione, focalizzandosi sull'importanza di tale strumento per promuovere la cultura della prevenzione in ogni singola realtà aziendale.

Accertato il presupposto per la responsabilità delle società – la commissione dei reati in esame a loro interesse o vantaggio – e preso atto della mancata adozione di modelli organizzativi prima della commissione dei reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, la sentenza ha negato l'operatività della causa di esclusione di punibilità dell'ente prevista dall'art. 6 d.lgs. 231/2001 e ha inoltre precisato, in relazione a una delle società, che la morte del reo intervenuta prima della condanna, estingue il reato presupposto⁸⁴, ma non fa venir meno la responsabilità dell'ente⁸⁵.

In realtà una delle società chiamate a rispondere dell'illecito ex art. 25 *septies* aveva adottato un modello organizzativo dopo la commissione dei fatti e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ma il tribunale ha escluso l'applicabilità della riduzione di pena ex art. 12 d.lgs. 231/2001, affermando che non è sufficiente la tempestiva adozione di un modello organizzativo, perché è altresì necessario che il giudice valuti l'idoneità del modello organizzativo a prevenire reati della fattispecie di quello verificatosi.

Si tratta di una valutazione che mira ad escludere che l'adozione del modello “*costituisca una operazione di mera facciata e che il giudice deve compiere accertando se l'analisi dei rischi sia stata integrale, se le procedure tracciate spieghino la loro utilità sul piano preventivo, se il sistema sia caratterizzato dai meccanismi correttivi, affidati ad un organismo di controllo munito anche di poteri disciplinari efficaci*”.

⁸⁴ Art. 150 c.p. - Morte del reo prima della condanna

La morte del reo, avvenuta prima della condanna, estingue il reato.

⁸⁵ Ciò è perfettamente in linea con l'art. 8 d.lgs. 231/2001, che nello stabilire il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, stabilisce che questa sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

All'esito di tale valutazione il tribunale ha escluso l'idoneità del modello organizzativo di specie, in quanto in relazione all'illecito dipendente dai reati di cui all'art. 25 *septies*, quel modello *“non considera che allorquando non siano coinvolti dipendenti della società, sia necessario attuare in ogni modo cautele e regole per evitare che dipendenti di terzi possano subire lesioni o perdere la vita per infrazioni commesse dai loro datori di lavoro nel movimentare, nel gestire o nel trattare mezzi di trasporto contenenti sostanze pericolose, anche se rimaste in via residuale, gestite dalla stessa società di trasporto”*.

Infine, un'altra delle società imputate, dopo la commissione dei fatti, aveva adottato non già un modello organizzativo, bensì il documento di valutazione dei rischi di cui agli artt. 26 e 28 d. lgs. 81/2008, ma il tribunale, disattendendo le richieste della difesa, ha di nuovo escluso l'applicabilità della riduzione della sanzione pecuniaria.

E' stato pertanto affermato che il sistema introdotto dal d.lgs. 231/2001 *“impone alle imprese di adottare un modello organizzativo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica. Non a caso, mentre i documenti presentati dalla difesa sono stati redatti a mente degli artt. 26 e 28 d.lgs. 81/2008, il modello di organizzazione e gestione del d.lgs. 231/2001 è contemplato dall'art. 30 d.lgs. 81/2008, segnando così una distinzione non solo nominale, ma anche funzionale”*⁸⁶.

Un'altra vicenda degna di attenzione è quella trattata dal Tribunale di Pinerolo⁸⁷, il cui procedimento è nato a seguito di un infortunio sul lavoro subito da un operaio.

Questi, al fine di rimuovere da un laminatoio delle pietre che ne inceppavano il funzionamento e impedivano l'afflusso delle polpe di barbabietola da schiacciare, dopo aver tolto lo sportello di protezione dei cilindri senza spegnere la macchina, avvicinò le mani agli organi in movimento e i cilindri, pizzicando il guanto della mano sinistra, trascinarono l'arto in mezzo ai rulli sino all'avambraccio.

Il lavoratore, che non poteva arrestare la macchina non essendovi pulsanti di emergenza a portata di mani, riuscì comunque ad estrarre l'arto e una volta soccorso, gli fu

⁸⁶ Un modello di organizzazione e gestione si differenzia da un mero documento di valutazione dei rischi in quanto richiede ulteriori elementi cruciali per garantirne l'efficacia: la necessaria vigilanza sull'adempimento degli obblighi, delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza; le periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle misure adottate; la necessità di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate; l'individuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

⁸⁷ Tribunale di Pinerolo, 23.09.2010, Gip Reynaud, in www.olympus.unirb.it

diagnosticato inizialmente *“un grave sguantamento volare e dorsale arto superiore sinistro e lesioni ossee con perdita di falangi”*.

Successivamente all'operaio venne anche accertata la presenza di *“un grave deficit di forza e funzione prensile, nonché un disturbo post – traumatico da stress”*.

Nel corso del giudizio è stato appurato che l'infortunio sopra descritto si è verificato a seguito dell'adibizione del lavoratore in questione – peraltro assunto con un contratto di apprendistato e quindi senza aver maturato una sufficiente esperienza lavorativa – ad un macchinario sprovvisto delle necessarie cautele antinfortunistiche. Pertanto, il legale rappresentante della ditta presso cui era assunto il giovane, è stato considerato come “datore di lavoro” e condannato per aver commesso il reato di lesioni personali gravi ai sensi dell'art. 590 comma 3 c.p. alla reclusione di tre mesi, con sospensione condizionale della pena, e al risarcimento dei danni subiti dalla vittima dell'infortunio.

Per quanto riguarda invece la posizione della società, quanto accaduto è stato definito dal giudice come *“un classico reato colposo commesso da un datore di lavoro che è apparso indifferente o comunque non sufficientemente attento alla tutela delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti”*.

Di conseguenza, il tribunale di Pinerolo ha ritenuto perfezionatasi la fattispecie di cui all'art. 5 lett. a d.lgs. 231/2001, vale a dire un reato commesso da soggetti in posizione apicale e, ha rilevato inoltre, che non ricorrevano le condizioni di esonero della responsabilità dell'ente previste dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, anche perché un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati come quello oggetto del processo non fu adottato, neppure dopo l'infortunio.

Alla luce di quanto detto sopra, è stata dichiarata la responsabilità della società per l'illecito ascrittore: è stata esclusa l'applicazione delle sanzioni interdittive, non ricorrendo i requisiti di cui all'art. 13 d.lgs. 231/2001, mentre, tenuto conto delle ridotte dimensioni dell'ente e del pronto adeguamento alla normativa antinfortunistica, è stata comminata una sanzione pecuniaria di trentamila euro, ritenuta maggiormente *“idonea ed efficace rispetto agli scopi della pena”*.

Ugualmente rilevanti per comprendere l'ottica di prevenzione su cui si basa il d.lgs. 231/2001 e per il contributo accordato nel delineare il concetto di colpa di organizzazione,

benché non specificamente riguardanti il reato di cui all'art. 25 *septies*, sono alcune pronunce della Corte di Cassazione.

La prima sentenza che si propone, emanata dalla Corte di Cassazione⁸⁸, riprende fedelmente l'idea di colpa di organizzazione postulata dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001. Viene affermato infatti dalla Corte che *“nella rimproverabilità dell'ente è implicita una nuova forma, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale”*.

Anche nella pronuncia in questione si propone pertanto un'idea di colpevolezza incentrata sulla *“omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose”* e si manifesta attraverso la mancata adozione dei modelli organizzativi e gestionali menzionati dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001.

La responsabilità dell'ente si fonda dunque secondo la Corte, sulla inosservanza del dovere strumentale di adozione del modello, dovere mirato appunto a prevenire la commissione di reati: inadempito tale dovere si configura la colpa di organizzazione, adempito tale dovere, la colpevolezza medesima dovrebbe venire meno qualora si dimostri, oltre all'adozione formale di un idoneo modello di organizzazione, la sua efficacia attuazione.

Un altro aspetto controverso affrontato dalla sentenza ora in esame è il problema della obbligatorietà o meno del modello: dal tenore della motivazione infatti, si ricava che

⁸⁸ Cass., sez. VI, Ud. 9 luglio 2009 (dep. 17 luglio 2009) data udienza, n. 36083, Mussoni, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1938 ss.

Nella fattispecie in esame, l'impugnata sentenza della Corte d'appello, riguarda un ristretto numero di imputati, giudicati con rito ordinario, mentre la maggior parte degli imputati – funzionari pubblici e imprenditori – coinvolti nelle indagini preliminari e nel rinvio a giudizio dinanzi al tribunale ha definito la propria posizione con l'applicazione di pena su richiesta, ex art. 444 c.p.p. o con rito abbreviato.

La vicenda ha avuto origine a seguito di un esposto inviato alla Procura della Repubblica di Milano da un funzionario Anas: furono avviate indagini preliminari, con utilizzazione di indagini bancarie e intercettazioni telefoniche e video – ambientali su una situazione di diffusa illiceità, riferibile a vari dirigenti del comparto Anas di Milano. Le indagini furono indirizzate sull'attività di corruzione attiva e passiva ruotante attorno ai dirigenti Anas, finalizzata all'illecita aggiudicazione di gare d'appalto o all'illecita assegnazione di lavori stradali con la procedura della *“somma urgenza”*, artatamente creata, ovvero all'ottenimento della rapida liquidazione dei pagamenti per i lavori svolti. Secondo quanto emerge dalle sentenze dei giudici di merito, l'attività di corruzione era volta a mantenere le scelte dell'Anas nell'ambito di un ristretto numero di imprenditori: il sistema di controllo così realizzato, consentiva alle imprese – per tali motivazioni ritenute responsabili ai sensi del d. lgs. 231/2001 – di poter lavorare nelle zone più vicine alla loro sede e di potersi, tramite *“pilotaggio”* delle gare tra ditte affidabili e il sistema dei subappalti – alternare nell'aggiudicazione e nell'esecuzione dei lavori, al fine di non far apparire aggiudicatarie sempre le stesse.

l'adozione ed efficace attuazione del modello corrisponde ad un *preciso dovere dell'ente il cui mancato adempimento ne legittima il giudizio di rimproverabilità*.

Anche una successiva pronuncia di legittimità⁸⁹ è da considerarsi peculiarmente rilevante per la materia che si sta analizzando, ed è interessante esaminarne le conclusioni per notare come si è giunti ad un esito opposto rispetto a quello appena riportato, soprattutto con riferimento alla rilevanza del modello in tema di responsabilità dell'ente.

La Corte riprende innanzitutto il principio della immedesimazione organica, aderendo alla tesi della responsabilità dell'ente per fatto proprio, e lungi dal preconizzare una responsabilità di tipo oggettivo, prevede *“la necessità che sussista la c.d. colpa di organizzazione dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato ; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo”*.

Si può notare che se, da un lato, la carente o insufficiente organizzazione rappresenta ancora una volta il nucleo dell'attribuzione del fatto all'ente, dall'altro la tesi dell'immedesimazione organica sembra essere portata a conseguenze estreme perché la responsabilità della persona fisica, inserita nella compagine organizzativa della *societas*, che abbia agito nell'interesse o vantaggio di questa, *“si estende per rimbalzo dall'individuo all'ente collettivo”*.

Tale *“rimbalzo”* da autore del reato ed ente presuppone che vengano *“individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro”*.

La prova della responsabilità dell'ente viene così ad incentrarsi sulla commissione del fatto di reato da parte della persona fisica nonché sull'accertamento del rapporto teleologico tra la condotta della persona fisica e l'interesse del'ente.

⁸⁹ Cass., sez.VI, Ud. 18 febbraio 2010 (Dep. 16 luglio 2019) data udienza , n. 277335, Scarafia, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 1876 ss.

Il fatto storico preso in esame dalla sentenza riguardava il responsabile dell'ufficio legale di una Asl che era altresì componente della commissione di gara per l'appalto di pulizia e sanificazione di detta azienda. Egli doveva rispondere del reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, consistiti nel sottrarre parte della documentazione presentata da altre imprese, favorendo così nell'aggiudicazione dell'appalto l'ente che tramite i soggetti apicali gli aveva versato la somma di denaro. La Suprema Corte ha confermato inoltre le sentenze dei precedenti giudicanti nel merito, ritenendo la responsabilità amministrativa dell'ente che si era aggiudicato l'appalto conseguente alla responsabilità dei vertici della stessa che si erano resi responsabili del reato di corruzione attiva.

Si arriva quindi alla conclusione che grava *“comunque sull’accusa l’onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all’art. 5 d.lgs. 231/2001 e la carente regolamentazione interna dell’ente”*, negando così l’inversione dell’onere della prova a carico dell’ente e assegnando a quest’ultimo *“ampia facoltà di prova liberatoria”* che abbraccia anche, ma non esclusivamente l’idoneità ed efficace attuazione del modello.

La pronuncia, è interessante sotto questo profilo poiché sembra non escludere che la prova liberatoria possa essere fornita dall’ente *a prescindere* dalla adozione di un modello organizzativo idoneo ed efficace, cioè adducendo qualunque elemento probatorio idoneo a dimostrare la mancanza di deficit organizzativo.

1.3 I CRITERI SOGGETTIVI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELL’ENTE: ANALISI DEGLI ARTT. 6 E 7 D.LGS. 231/2001 E PREMESSA SULLA NATURA DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE

Come si è avuto modo di specificare, gli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 contemplano un requisito comune di esclusione della responsabilità dell’ente: l’adozione e l’efficace attuazione, prima della commissione del fatto, di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello in concreto verificatosi.

Pertanto, la mancata adozione di adeguati modelli organizzativi diviene un ulteriore criterio di imputazione del fatto all’ente: l’elaborazione dei modelli ispirati alle esigenze di legalità è infatti il punto nevralgico dell’intera disciplina della responsabilità dell’ente, come viene sancito dalla stessa Relazione illustrativa del d.lgs. 231/2001, secondo cui *“all’ente viene in pratica richiesta l’adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio reato, e cioè volti a impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati”*.

E’ allora evidente la capacità general – preventiva propria del modello di organizzazione, inteso come complesso sistema di regole deputate a prevenire o, quantomeno, a ridurre il rischio reato, posto che la corretta organizzazione interna non assicura la totale mancata realizzazione di reati, ma almeno garantisce che il sistema di impresa non sia complessivamente ispirato a propositi criminosi.

Si noti che già nel Progetto di riforma del Codice penale elaborato dalla Commissione Grosso era prevista l'introduzione nel nostro ordinamento dei c.d. *compliance programs* in valse nell'esperienza statunitense⁹⁰, in linea con la logica di tipo retributivo – premiale definita *carrot stick model*⁹¹.

Concludendo sul punto, si può affermare che “*l'ente collettivo non viene soltanto ad essere attinto dalle tradizionali componenti della funzione di prevenzione generale e speciale proprio di ogni sanzione punitiva, ma diventa in un certo senso coprotagonista di un più complesso e raffinato programma inteso a predisporre freni, controindicazioni obiettive all'espandersi del rischio criminale*”⁹².

Tornando all'analisi della normativa, nell'impianto del d.lgs. 231/2001, gli artt. 6 e 7 sono dedicati alla disciplina dei criteri soggettivi di imputazione di responsabilità all'ente, in rapporto alla qualità del soggetto attivo di reato.

Quando l'illecito è stato commesso da soggetti che rivestono la qualifica di dipendenti, l'art. 7 delinea una responsabilità dell'ente che fa capo ad un *difetto di vigilanza e di controllo*, cioè alla violazione di standard di diligenza, formalizzati in altrettanti modelli di prevenzione e di controllo funzionali alla minimizzazione di uno specifico rischio – reato.

In tal caso, la colpevolezza dell'ente assume sembianze ben definite: quelle di una responsabilità da *agevolazione colposa*, per non aver impedito un reato commesso da soggetti “controllati”⁹³.

Il meccanismo di ascrizione si presenta alquanto più complicato quando il reato è commesso da soggetti collocati ai vertici della struttura aziendali: come anticipato, e come confermato dalle tendenze giurisprudenziali attuali, in questa evenienza opera la teoria della identificazione dell'ente con la persona fisica, la quale a causa della collocazione

⁹⁰ Sul punto De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., p. 546

⁹¹ Sul punto, Vignoli, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 907 ss. L'Autore, riferendosi alla metafora del bastone e della carota, fa notare come la persona giuridica viene sottoposta ad un trattamento sanzionatorio di rigore nel caso di illecito, ma altresì premiata se dimostra, dotandosi di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire il reato, di impegnarsi nell'emarginare i fenomeni della criminalità di impresa.

⁹² De Vero, op. cit., p. 170.

⁹³ Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in Studi in onore di Mario Romano, op. cit. p. 2051.

apicale, costituisce il soggetto che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda⁹⁴.

Nell'impianto normativo del 2001 emerge l'interrogativo se questa forma di responsabilità fosse in ogni caso rimproverabile all'ente o se vi fossero ipotesi in cui il vertice aziendale potesse legittimamente dissociare la propria responsabilità da chi lo ha rappresentato all'esterno.

Tale dilemma è scaturito dalla esigenza di tenere conto delle attuali dinamiche aziendali, sempre più pervase da una compartimentazione orizzontale delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo cui non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente⁹⁵.

In effetti, se si pensa al modello tradizionale di ente collettivo, imperniato essenzialmente sulla figura dell'amministratore unico, sembra improbabile dissociare la volontà dell'autore dell'illecito dagli scopi dell'organizzazione, ma così non è nella situazione societaria attuale, in cui il management non si sviluppa più secondo un modello rigidamente verticistico, ma si distende su un'ampia base orizzontale⁹⁶.

In tale contesto, il consiglio di amministrazione tende sempre di più a delegare i propri poteri, conservando però il potere – dovere di vigilare sull'andamento della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli⁹⁷.

⁹⁴ Piergallini, *op. cit.*, p. 2051.

⁹⁵ Si approfondiscano tali aspetti in Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 589-590.

⁹⁶ Mintzberg, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, p. 165 ss.

⁹⁷ Art. 2392 c.c. - Responsabilità verso la società

Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

Può dunque accadere che il compimento di un illecito da parte di uno dei vari soggetti posti in posizione apicale non rifletta la politica d'impresa espressa dal consiglio di amministrazione.

Per queste ragioni il legislatore ha introdotto un paradigma di colpevolezza dell'ente, costruito negativamente, ovvero *alla stregua di una scusante con inversione dell'onere della prova a carico dell'ente*⁹⁸.

Ferma restando la regola dell'identificazione, si ripete, l'ente può dunque evitare di incorrere nella responsabilità se prova di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati della fattispecie di quello realizzatosi, di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento a un organismo interno dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, che nonostante tali cautele, le persone hanno comunque commesso il reato eludendo fraudolentemente il *compliance program*.

L'attuazione di un modello organizzativo e la vigilanza espletata da un organismo autonomo rappresentano quindi condizioni necessarie ma non sufficienti a garantire l'effetto di esonero della responsabilità *ex crimine* per l'ente: ulteriore presupposto per l'esonero di responsabilità è rappresentato dalla circostanza che i soggetti abbiano commesso il fatto eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione.

Vi è da dire che, in seguito alla emanazione della normativa, sono sorti ben presto accesi contrasti in dottrina sul significato da attribuire all'espressione "*elusione fraudolenta*" e a tale proposito, sono state prospettate diverse soluzioni.

Secondo un primo orientamento, l'ente dovrebbe fornire la prova che l'autore del reato abbia intenzionalmente violato i limiti preventivi di commissione del reato edificati dal modello⁹⁹: il carattere fraudolento della condotta del soggetto apicale in violazione dei

⁹⁸ De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte "generale" e la parte "speciale" del d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 107. L'autore rimarca che l'esistenza di una compartimentazione orizzontale delle responsabilità si atteggia come *condicio sine qua non* per invocare l'operatività dell'art. 6, in deroga alla teoria della identificazione: al cospetto di un ente di piccole dimensioni, governato da un amministratore unico, è impensabile costruire un modello di organizzazione volto a contenere il rischio – reato che si appunta su tale figura apicale in quanto l'amministratore unico non può costruire e incardinare un modello per controllare se stesso. In simili realtà, caratterizzate dalla semplicità della struttura organizzativa, il modello potrà essere adottato nei confronti dei dipendenti e l'amministratore unico potrà esercitare personalmente le funzioni di controllo di pertinenza dell'organismo di vigilanza.

⁹⁹ Pellissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, a

protocolli preventivi avrebbe l'effetto di interrompere il collegamento tra il reato e l'ente, a patto però che si raggiunga la prova di un vero e proprio disegno criminoso in capo al soggetto agente.

Una diversa lettura del requisito alla luce delle altre condizioni esoneranti di responsabilità di cui all'art. 6 si fonda invece sul disconoscimento della rilevanza autonoma dell'elusione fraudolenta del modello: questa andrebbe dunque intesa come un'eventualità implicitamente dimostrata con la prova dell'efficace attuazione del modello, il quale non può addirittura fungere da garante contro le elusioni fraudolente¹⁰⁰.

Sempre secondo tale impostazione, non si può intendere l'elemento dell'elusione fraudolenta nel senso che esso comporti che il giudizio di idoneità del modello sia rapportato allo specifico reato commesso, trasformando la prova liberatoria prevista dall'art. 6 in una *probatio diabolica*.

Pertanto il richiamo esplicito da parte della norma ai reati della stessa specie di quello commesso significa che nell'accertamento dell'idoneità ed efficacia del modello, si debba guardare al singolo fatto avvenuto solo per stabilire se lo scarto del fatto rispetto al modello fosse prevedibile secondo un parametro di normalità¹⁰¹.

Al contrario, secondo una diversa interpretazione, il requisito dell'elusione fraudolenta costituirebbe un elemento aggiuntivo e distinto rispetto a quello dell'idoneità ed efficacia del modello organizzativo e che quindi, ai fini dell'ascrizione della responsabilità da reato all'ente, è necessario che l'elusione del modello da parte dei soggetti apicali non sia stata fraudolenta.

Tale concezione si fonda sull'assunto che la condotta ingannatoria del soggetto apicale *contra ius societatis* implica l'esistenza di un assetto organizzativo, gestionale e di controllo tanto efficace da aver fallito il suo obiettivo di prevenzione del reato solo a causa dell'imprevedibile manifestarsi della condotta criminosa al di là delle maglie dei controlli. In effetti, l'elusione fraudolenta si collega inscindibilmente all'altra condizione esonerante dell'omessa o insufficiente vigilanza dell'organismo di controllo di cui al primo comma

cura di C.F.Grosso, Milano 2007, p. 871. Secondo l'Autore, l'elusione fraudolenta richiede una condotta intenzionalmente rivolta ad evitare le misure preventive predisposte dal modello organizzativo, e in particolare, a frustrare le funzioni di controllo.

¹⁰⁰ Giunta, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 10.

¹⁰¹ Pisani, *Controlli societari e responsabilità da reato*, in *Banca, Borsa, tit. di cred.*, 2008, p. 115 ss.

lett. d art. 6¹⁰², pertanto, tali requisiti, seppure autonomi, lasciano presagire quel deficit di controlli interni che inerisce ad una scorretta politica societaria¹⁰³.

Seguendo lo schema appena esposto, si arriva alla conclusione che l'omessa o insufficiente vigilanza determina *“un nesso di agevolazione tra fatto e deficit del sistema dei controlli, che può rappresentare un indice decisivo della prova che il reato è in linea con una politica d'impresa dell'ente ispirata alla tolleranza colpevole: esso è infatti agevolato da un'organizzazione che risulta nel suo complesso fraudolenta, di mera parata*¹⁰⁴.

Detto altrimenti, richiedendo che il reato non sia frutto di un'elusione fraudolenta, ai fini dell'imputazione di responsabilità all'ente, si vuole che il modello di organizzazione e il sistema dei controlli corrispondano ad una effettiva ed autentica volontà dell'ente collettivo.

Per converso, si è rilevato che *“l'ente potrebbe essere astrattamente ben organizzato; nondimeno l'autore potrebbe aver commesso in concreto il reato, con il consenso esplicito di suoi organismi essenziali, in ogni caso nell'interesse dell'ente ed a seguito di una sua specifica politica di azione. Ecco perché il d. lgs. 231/2001 richiede, quale presupposto della fattispecie a struttura complessa, che, ai fini della esclusione della responsabilità, debba accertarsi che i modelli preventivi siano stati fraudolentemente elusi dalle persone che abbiano commesso il fatto*¹⁰⁵.

¹⁰² De Vero, *La responsabilità penale*, op. cit., p. 185. Scrive a tale proposito l'autore *“I due requisiti possono a ben vedere confluire in uno solo: congiuntamente intesi, essi intendono sottolineare in modo assolutamente incontrovertibile che la realizzazione criminosa debba essere stata frutto esclusivo contingente, abnorme di una risoluzione dell'apice qualificata, da un lato, da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale, e dall'altro, attuata con una tale astuzia da essersi sottratta alla vigilanza, pure non insufficiente, dell'organo preposto”*.

¹⁰³ Il collegamento tra i predetti requisiti si vince altresì da quanto enunciato nella Relazione di accompagnamento al decreto, in cui si legge *“si noti peraltro che secondo questa disciplina, affinché venga meno la responsabilità dell'ente, non è sufficiente che ci si trovi di fronte ad un apice infedele; si richiede – di più – che non sia ravvisabile colpa alcuna da parte dell'ente stesso, il quale – attraverso il suo organismo – deve aver vigilato anche sull'osservanza dei programmi intesi a conformare le decisioni del medesimo secondo gli standard di legalità preventiva”*.

¹⁰⁴ Pisani, *Controlli societari*, cit., p. 116. Afferma a tale proposito l'Autore *“Il fatto di reato del soggetto posto al vertice che risulti agevolato da un deficit di effettività del sistema dei controlli endogeni, può essere in piena sintonia con la volontà colpevole dell'ente”*.

¹⁰⁵ Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2002, p. 5106

Alla base dell'elusione fraudolenta, vi sarebbe allora una situazione di *conflitto di interessi* tra l'ente e il vertice: l'ente potrà avvalersi della esenzione di responsabilità solo laddove dimostri di non approvare e di non agevolare in alcun modo la perpetrazione di reati, attraverso la predisposizione di un modello organizzativo appropriato alla struttura societaria¹⁰⁶.

Sulla scia di tale impostazione, si è osservato che il comportamento del soggetto apicale deve risultare anomalo, imprevedibile, inatteso e in definitiva, disapprovato dalla struttura societaria, al punto da scardinarne il rapporto di immedesimazione organica, di modo che il vertice non avrebbe agito né manifestato esternamente la volontà propria dell'ente¹⁰⁷.

Il requisito dell'elusione fraudolenta opera dunque ad un duplice livello: il piano dell'elusione, che esprime uno standard oggettivo di efficacia della rete "impeditiva" del modello, tale per cui il reato presupposto sia stato reso possibile solo per effetto dell'aggiramento di un protocollo impeditivo oggettivamente efficace; il piano soggettivo della frode che esprime, *ex adverso*, la autenticità della decisione dell'ente di organizzarsi per prevenire reati della stessa specie di quello commesso, interrompendo il nesso di appartenenza tra l'organizzazione pluripersonale e la condotta delittuosa¹⁰⁸.

L'ultimo aspetto su cui si vuole far riflettere è il problema sollevato in dottrina circa la compatibilità del requisito dell'elusione fraudolenta in relazione ai reati colpiti di cui all'art. 25 *septies*.

Vi è da dire che sono state prospettate molteplici soluzioni per risolvere tali problemi di coordinamento: si è interpretato il requisito dell'elusione fraudolenta privandolo di

¹⁰⁶ Tale aspetto si coglie nella stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs 231/2001, dove si chiarisce infatti che "*l'ente dovrà dimostrare che il comportamento integrante il reato sia stato posto in essere dal vertice eludendo fraudolentemente i suddetti modelli di organizzazione e gestione. La lettera c) si presta, dunque, a fotografare le ipotesi di c.d. "amministratore infedele", che agisce cioè contro l'interesse dell'ente al suo corretto funzionamento*". Nella Relazione si precisa inoltre "*che la circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona giuridica si giovi dei profitti economici che abbia comunque tratto dall'operato del c.d. amministratore infedele. Per tale ragione, l'articolo prevede che, anche in queste ipotesi, venga disposta la confisca del profitto del reato*".

¹⁰⁷ De Vero, *op. cit.*, p. 185. Sottolinea l'Autore "*l'adozione dei protocolli di legalità e la stessa istituzione dell'organismo di vigilanza sono solo presupposti (ineludibili) perché possa acquistare rilievo l'imprevedibile incontenibile iniziativa criminosa del manager, il quale si estranea da una condotta di vita dell'ente altrimenti osservante e si assume una responsabilità penale esclusivamente propria, non impegnativa di quella della società*".

¹⁰⁸ Pisani, *op. cit.*, pag. 170.

connotati soggettivistici e quindi evitando di collegarlo ad artifici o raggiri dell'autore del reato presupposto, come si è addirittura giunti a sostenere un'*interpretatio abrogans* dell'art. 6 cit. in relazione ai reati colposi, proprio in ragione del richiamo all'elusione fraudolenta¹⁰⁹.

Ad ogni modo, tralasciando la tesi della incompatibilità, ciò che si deve tenere a mente è l'efficacia esonerante del modello di organizzazione e gestione, a prescindere dal requisito dell'elusione fraudolenta, che va riferita al protocollo organizzativo che compone la trama del modello e non anche alla specifica regola cautelare dalla cui infrazione deriva l'evento lesivo.

Ponendo attenzione a quanto espressamente previsto dall'art. 7 d.lgs. 231/2001, si può dire che la norma contempla la responsabilità dell'ente qualora venga commesso un reato da parte dei dipendenti, e ciò sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, un fatto la cui dimostrazione incombe sull'accusa.

Anche in tale ipotesi, il legislatore "offre" una possibilità di redenzione all'ente, il quale non sarà imputabile se prima della commissione del fatto, si è dotato di un modello idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

Analizzando la norma, si potrebbe affermare che l'art. 7, fondando la responsabilità dell'ente sull'agevolazione colposa che ha portato alla violazione degli obblighi di direzione o vigilanza, fa sì che la persona giuridica risponda in quanto la sua struttura non ha fatto il possibile per neutralizzare il rischio di realizzazione dei reati.

Per concludere sul punto, nell'evenienza di illeciti ascrivibili a soggetti sottoposti all'altrui direzione, l'ente è considerato responsabile del reato solo qualora si realizzi una disfunzione, una deviazione nella catena organizzativa aziendale, eventualità questa, che può essere esclusa se prima del fatto è stato adottato ed attuato un modello organizzativo efficace.

Come ultima riflessione, si può comunque notare che il sistema normativo di cui al d.lgs. 231/2001 appare prevalentemente incentrato sulla commissione degli illeciti da parte dei vertici societari, anche perché la stessa Relazione di accompagnamento al decreto chiarisce "*la commissione di reati da parte dei dipendenti è statisticamente più rara e*

¹⁰⁹ Sul punto, Pisani, *op. cit.*, p. 171.

*comunque suscettibile di determinare un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo*¹¹⁰.

1.4 IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE: OCCASIONE PER PROMUOVERE LA PREVENZIONE DEI REATI E MODALITA' DI REDENZIONE PER L'ENTE

Come affrontato nei precedenti paragrafi, gli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, prevedono una fattispecie di esonero della responsabilità dell'ente, ovvero che la persona giuridica abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, i modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Prima di accentrarci nell'analisi del contenuto di tali protocolli preventivi e nelle problematiche connesse, è bene soffermarci sulle due funzioni fondamentali dagli stessi assolte.

In primo luogo, si è detto che tali modelli possono fungere da esimenti della responsabilità dell'ente: l'adozione di un efficace sistema di prevenzione, la cui effettività trova un limite solo nell'elusione fraudolenta non agevolata da un difetto di controllo, rende infatti non rimproverabile all'ente la realizzazione dell'illecito¹¹¹.

Va poi considerato che il modello di prevenzione del rischio reato svolge anche una funzione di natura riparatoria in quanto, la sua adozione o il suo adeguamento *post*

¹¹⁰ In effetti, le soluzioni adottate da alcune grandi società, quali Fiat o Philip Morris, risultano impennate sulla costruzione ed adozione di un unico modello organizzativo, tarato esclusivamente sul rischio tipico di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

¹¹¹ Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, cit.*, p. 2053. L'Autore propone un'altra riflessione sul tema in questione, ovvero il rilievo da assegnare al *comportamento alternativo lecito*. Vi è cioè da chiedersi se l'esimente possa ricorrere anche nel caso in cui l'ente non si sia dotato di un modello *ante delictum*, ma sia comunque in grado di provare che la sua adozione ed efficace attuazione non avrebbero impedito la consumazione del reato, vuoi per l'imprevedibilità del rischio,, vuoi per l'impossibilità di prevenire l'elusione fraudolenta dello stesso. La risposta negativa al quesito limiterebbe l'applicazione dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 ai soli casi in esso previsti, impedendo ogni allargamento di tipo analogico. Per contro, la diversa opzione interpretativa punterebbe a valorizzare il principio di colpevolezza.

delictum determina¹¹² una ragguardevole riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive.

Alla luce di tali premesse, si può affermare che la duplice funzione, esimente e riparatoria, del modello svolge un ruolo *sistematico* autenticamente fondativo del sistema di responsabilità degli enti¹¹³.

¹¹² Per il perfezionamento della funzione riparatoria del modello devono ricorrere inoltre le condizioni previste dagli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001.

Art. 12 - Casi di riduzione della sanzione pecuniaria

La sanzione pecuniaria e' ridotta della metà e non può comunque essere superiore a lire duecento milioni se:

- a) 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;
- b) il danno patrimoniale cagionato e' di particolare tenuità;

La sanzione e' ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si e' comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) e' stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione e' ridotta dalla metà ai due terzi.

In ogni caso, la sanzione pecuniaria non può essere inferiore a lire venti milioni.

Art. 17 – Riparazione delle conseguenze del reato

Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si e' 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.

¹¹³ Piergallini, *cit.*, p. 2053

Altro fattore da prendere in esame è l'evidenza che la filosofia preventiva, generale e speciale del sistema di responsabilità delineato dal d.lgs. 231/2001, non interessa solamente l'aspetto sanzionatorio ma interessa lo stesso processo, che sembra acquisire innovativi compiti di orientamento dell'attività degli operatori economici.

Tale caratteristica emerge dalla lettura congiunta degli artt. 17, 49 e 65 d.lgs. 231/2001¹¹⁴, norme da cui viene fuori chiaramente la fisionomia promozionale del processo degli enti.

Gli istituti ivi disciplinati infatti, offrono alla persona giuridica incolpata di un illecito amministrativo, la possibilità di evitare l'applicazione di una misura cautelare interdittiva ovvero una condanna alla sanzione interdittiva se durante il procedimento – al limite entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado – essa assume condotte risarcitorie, riparatorie o riorganizzative.

¹¹⁴ Art. 49 d.lgs. 231/2001 – Sospensione delle misure cautelari

Le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'articolo 17. In tal caso, il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione della misura e indica il termine per la realizzazione delle condotte riparatorie di cui al medesimo articolo 17.

La cauzione consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro che non può comunque essere inferiore alla metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede. In luogo del deposito, e' ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale.

Nel caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività nel termine fissato, la misura cautelare viene ripristinata e la somma depositata o per la quale e' stata data garanzia e' devoluta alla Cassa delle ammende.

Se si realizzano le condizioni di cui all'articolo 17 il giudice revoca la misura cautelare e ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca; la fideiussione prestata si estingue.

Art. 65 – Termine per provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato

Prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice può disporre la sospensione del processo se l'ente chiede di provvedere alle attività di cui all'articolo 17 e dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima. In tal caso, il giudice, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 49.

Si tratta perciò di elementi che fanno presagire l'intento del legislatore di dipingere il processo agli enti come luogo ideale per realizzare una sorta di *catarsi etica* dell'impresa.

1.5 L'ADOZIONE ED EFFICACE ATTUAZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE

L'esonero da responsabilità per l'ente postula tre requisiti essenziali inerenti il modello di organizzazione e gestione, vale a dire la formale adozione, l'efficace attuazione e l'idoneità a prevenire gli illeciti penali, i quali svolgono la funzione di dissociare l'ente dalla condotta penalmente rilevante dei vertici aziendali, escludendo la colpa di organizzazione¹¹⁵.

E' agevole dunque affermare che i caratteri fondamentali del modello sono l'idoneità e l'efficacia, ai fini della effettività nella prevenzione dei reati, la quale, si ricordi, è lo scopo che impregna il sistema normativo ex d.lgs. 231/2001.

Per quanto riguarda innanzitutto l'adozione formale del modello, è bene chiarire che il legislatore non si preoccupa di chiarire le concrete modalità né l'organo competente a deliberarne la predisposizione.

In dottrina sono state pertanto avanzate differenti soluzioni, senza arrivare tuttavia ad una risoluzione pacifica di tale punto controverso.

Secondo alcuni Autori¹¹⁶, l'adozione spetterebbe all'organismo di vigilanza, data la sua funzione di vigilanza e di controllo posta dall'art. 6 d.lgs. 231/2001; per altri¹¹⁷ al contrario non sussistono ostacoli ad attribuire tale competenza all'assemblea dei soci.

¹¹⁵ Analoga previsione era contenuta nel progetto della Commissione Grosso: nell'art. 22 comma 2, si prevede che *"i modelli organizzativi di cui al comma 1 devono essere elaborati sulla base della verifica e valutazione delle situazioni che comportano rischi di violazione della legge penale, e devono prevedere misure materiali e organizzative e protocolli di comportamento atti a garantire lo svolgimento dell'attività del rispetto della legge, ed a scoprire ed eliminare tempestivamente eventuali situazioni irregolari o di rischio"*.

¹¹⁶ Si approfondisce il punto in Palazzo, Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2312

¹¹⁷ Rordorf, *Prime e sparse riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in *La responsabilità degli enti cit.*, p. 16. Scrive a tale proposito l'Autore *"E' lecito chiedersi in qual modo e da chi l'adozione del modello debba essere deliberata; ed, in particolare, se la relativa deliberazione sia di competenza dell'organo amministrativo, o se postuli invece un coinvolgimento dell'assemblea"*.

Riprendendo un ulteriore orientamento, “*vista la profonda incidenza dei modelli sull’organizzazione interna della società e l’inevitabile coinvolgimento dei soci in caso di sanzioni inflitte all’ente, pare logico che i codici di comportamento siano adottati con delibera assembleare e che vengano poi iscritti nello statuto societario*¹¹⁸”.

Vi è da dire, comunque, che l’orientamento prevalente sembra attribuire l’incombente di adottare un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati direttamente al consiglio di amministrazione, basando tale scelta sul fatto che gli amministratori rivestono una posizione tale che gli consente di valutare compiutamente il grado di rischio di reati.

La stessa giurisprudenza di merito ha confermato questa impostazione, affermando che sia corretto demandare l’adozione del modello ex art. 6 d.lgs. 231/2001 al consiglio di amministrazione, ovvero all’organo amministrativo.

Adozione del modello a parte, l’art. 6 citato ne richiede espressamente *l’efficace attuazione*.

Il concetto in questione, attiene al concreto funzionamento del modello, funzionamento che deve essere prima di tutto coerente e conforme a quanto programmato dal consiglio di amministrazione per scongiurare il rischio di commissione dei reati in seno all’organizzazione aziendale.

L’efficacia del modello presuppone inoltre la sua attualità, nel senso che l’attività di prevenzione degli illeciti non deve limitarsi alla mera predisposizione iniziale del protocollo, ma presuppone anche un controllo di attendibilità costante nel tempo, come si evince dallo stesso art. 6 lett. b. che sottolinea la necessità di aggiornamento del *compliance program*.

Da tali affermazioni, si deduce che il modello organizzativo può ritenersi efficace solo laddove sia ininterrottamente praticabile e funzionale¹¹⁹: il modello dovrà dunque essere concreto e dinamico, tale cioè da modellarsi sulla base dei cambiamenti che

¹¹⁸ Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo, Addebiti “amministrativi” da reato (dal d.lgs. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, p. 66. Tale interpretazione sembrerebbe maggiormente rispettosa del principio personalistico della responsabilità. Parimenti, Rordorf, in *Prime e sparse riflessioni* cit, p.16, in cui si propone come soluzione una previsione legislativa che preveda l’inserimento del modello nello statuto societario.

¹¹⁹ Lunghini, *L’idoneità e l’efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001, Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2006, p. 257. Sottolinea l’Autore che “*il requisito dell’efficace attuazione richiama dunque un’attività di prevenzione dinamica, non limitata ad una statica e temporaneamente definita fase di studio del problema*”.

interessano l'ente, promuovendone un aggiornamento parallelo all'evolversi e al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti¹²⁰.

Un ulteriore aspetto connaturato al concetto di efficacia è la *concretezza* del modello, che non deve ridursi ad una sterile serie di *vademecum cartacei*.

In effetti, l'efficace attuazione¹²¹ riduce il rischio che il modello sia inteso come “*un adempimento sacramentale, raccomandabile quale salvacondotto rispetto all'assunzione di responsabilità penali, senza autentica incidenza su quel complesso di motivazioni, radicate nella cultura o politica d'impresa, da cui dipendono in definitiva le propensioni criminali degli enti collettivi*”¹²².

Alla luce delle premesse svolte, si comprende che l'insufficiente attuazione del modello preventivo è sintomo decisivo di una disorganizzazione interna che innalza il rischio di reato, e conseguentemente radica la colpevolezza dell'ente¹²³.

Se l'efficace attuazione concerne il concreto funzionamento del modello, vi è un'altra caratteristica che risulta indispensabile per un modello organizzativo, cioè l'idoneità a prevenire illeciti penali del tipo di quello concreto verificatosi.

Un aspetto, quello della idoneità a prevenire i reati che possono interessare l'ente, che attiene prettamente al contenuto del modello e che si fonda su un giudizio di tipo probabilistico: quando in sede processuale si procederà all'analisi dell'idoneità del modello, sarà infatti sufficiente un grado di probabilità tale da far ritenere il modello adeguato a prevenire la verifica dei reati.

Tale giudizio chiaramente non potrà essere incentrato sull'*id quod plerumque accidit* o comunque su una valutazione formulata in astratto, cioè alla stregua di massime di

¹²⁰ Si noti come i parametri di efficacia del modello sono normativizzati nel quarto comma dell'art. 7 d.lgs. 231/2001 che, seppur dettato in ordine ai reati commessi dai dipendenti, contiene un'enunciazione estensibile anche all'art. 6. In particolare l'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

¹²¹ Nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 viene sancito “*requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante ed irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità*”.

¹²² De Vero, *op. cit.*, p. 171.

¹²³ Paliero-Piergallini, *La colpa di organizzazione*, *cit.*, p.181.

esperienza e di leggi scientifiche: tenendo sempre a mente la finalità preventiva del modello, e il nesso tra protocollo cautelare organizzativo che si intende violato e tipologia di reato commesso emergente dall'art. 6, si può ben dire che il giudice non potrà limitarsi a stabilire la generica idoneità del modello, ma dovrà "isolare" la specifica lacuna del sistema preventivo e verificare che il reato – presupposto rappresenti la concretizzazione del rischio preso in considerazione dallo specifico protocollo cautelare¹²⁴.

Per quanto concerne lo specifico giudizio di idoneità del modello, assodato che si tratta di un giudizio di tipo probabilistico, occorre sottolineare che va effettuato in chiave dinamica, perché l'idoneità del modello a prevenire i reati della stessa specie di quello verificatosi è naturalmente condizionata dalle circostanze fattuali e dal momento storico in cui viene accertata.

Si sta parlando di un giudizio praticabile in una prospettiva *ex ante* e come tale assimilabile alla prognosi postuma¹²⁵: ai fini dell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo, il giudice dovrà stabilire se il protocollo possedeva a priori caratteristiche tali da scongiurare la verifica del reato, depurando il giudizio dal complesso di circostanze fattuali realizzatesi *ex post* e da ciò che attiene alle caratteristiche individuali dell'autore effettivo del reato, non rapportabili all'organizzazione dell'ente collettivo.

La giurisprudenza di merito a tale proposito, si è dimostrata propensa a dichiarare l'inidoneità dei modelli aventi regole eccessivamente vaghe e generiche, non calibrati sulle specifiche peculiarità dell'ente.

Una riflessione merita la circostanza che l'ente possa attuare *ex post* un modello organizzativo idoneo a prevenire illeciti del tipo di quello in concreto perpetratosi, possibilità che l'art. 17 d.lgs. 231/2001 conferisce alla persona giuridica al fine di sottrarsi all'applicazione delle sanzioni interdittive.

In tale prospettiva, il modello adottato in seguito al verificarsi del reato, richiede una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello *ex ante*, perché occorrerà un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito.

¹²⁴ Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p.411. L'Autore sottolinea la necessità di un legame specifico tra la violazione organizzativa e il concreto fatto criminoso commesso dal singolo.

¹²⁵ Pisani, *op. cit.*, p. 143.

Pertanto, quando il rischio – reato giunge a concretizzarsi, i modelli organizzativi predisposti dall'ente dovranno risultare maggiormente incisivi in termini di efficacia dissuasiva, focalizzandosi su una valutazione concreta circa le carenze dell'apparato organizzativo e operativo della realtà aziendale.

Da tali premesse si ricava allora la conclusione che il giudizio di idoneità del modello adottato *ex post factum* esige una duplice valutazione prognostica, ossia che il fatto di reato non si sarebbe realizzato laddove fosse stato impiegato il modello così predisposto e che tale modello riduca in modo significativo la probabilità di reiterazione dell'illecito.

Dopo aver visto le modalità con cui viene svolto il giudizio di idoneità sul modello di organizzazione e gestione, appare opportuno segnalare la prima pronuncia in cui una società è stata prosciolta ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, ad oltre otto anni dall'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità delle persone giuridiche¹²⁶.

Per la prima volta infatti, pur essendo stata riconosciuta la sussistenza del reato presupposto addebitato alle persone fisiche – soggetti apicali – la persona giuridica è stata assolta per aver adottato ed efficacemente attuato *ante factum* un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della medesima specie.

Il giudice si sofferma in particolare sulla valutazione dei rapporti fra modello e condotta dei vertici della società: il provvedimento identifica la prova dell'elusione fraudolenta – come si è visto, richiesta dall'art. 6 citato – nel fatto del mancato rispetto del protocollo organizzativo da parte dei soggetti posti in posizione apicale¹²⁷.

¹²⁶ Tribunale di Milano, 17 novembre 2009, Giud. Manzi, I., in *Corriere del merito*, n. 3, 2010, pagg. 296 ss.

La sentenza è giunta all'esito di un procedimento celebrato con rito abbreviato, instaurato a seguito di una complessa indagine condotta dalla Procura di Monza nei confronti di una società e delle società dalla stessa controllate. In particolare, il P.M. ha chiesto il rinvio a giudizio del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, contestandogli la commissione del reato di aggio informatico ai sensi dell'art. 2637 c.c. Oltre che delle persone fisiche, il P.M. ha chiesto il rinvio a giudizio anche della società "madre", a vantaggio della quale sarebbero stati commessi i reati, integrando quindi la fattispecie di cui all'art. 25 *ter* d.lgs. 231/2001. Alla fine del procedimento, l'ente è stato giudicato non punibile ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 "*poiché si ritiene che i comportamenti illeciti oggetto di imputazione non siano frutto di un errato modello organizzativo, ma siano da addebitare al comportamento dei vertici della società, che risultano in contrasto con le regole interne del modello organizzativo regolarmente adottato*".

¹²⁷ I vertici hanno agito emettendo i comunicati stampa che hanno integrato il reato di aggio informatico senza rispettare le procedure delineate dal modello. Emerge a tale proposito dalla motivazione "*La elusione del modello è evidente nella scelta di non seguire il corretto iter di formazione delle valutazioni, "by – passando" l'attività e gli studi degli uffici*".

Nel caso di specie, il modello è stato ritenuto idoneo a prevenire i reati societari del tipo di quello realizzato, perché prevedeva delle specifiche procedure interne che affidavano agli uffici preposti alle valutazioni finanziarie e allo studio delle operazioni di mercato l'elaborazione dei comunicati stampa da sottoporre all'approvazione dei vertici societari.

Di conseguenza, l'elusione del modello è stata fraudolenta perché gli amministratori hanno ignorato tali procedure, selezionando e falsificando unilateralmente i dati forniti al mercato.

Si noti come, nella pronuncia in esame, il concetto di "fraudolenza" viene ricondotto a quello di "volontarietà" e "intenzionalità", pertanto, affinché non venga applicata alcuna sanzione all'ente, nel ragionamento del giudice è sufficiente ritenere provata la circostanza che i vertici societari fossero effettivamente a conoscenza delle procedure aziendali, pretermettendo qualsiasi verifica in ordine al sistema di controlli e di trasmissione delle informazioni e al funzionamento dell'Organismo di Vigilanza¹²⁸.

L'aspetto che si vuole evidenziare è che avendo optato per tale linea interpretativa, la sentenza sembra focalizzarsi prevalentemente sulla colpa della persona fisica più che sulla colpa di organizzazione dell'ente, allontanandosi così dalla vera "anima" del d.lgs. 231/2001, improntata come si è visto, a inculcare nelle realtà aziendali una cultura di programmazione e coordinamento delle singole procedure che interessano le varie attività¹²⁹.

¹²⁸ Tale impostazione è perfettamente in linea con le linee guida di Confindustria, pubblicate nel 2002, seguite dalla società per l'elaborazione del modello di organizzazione e gestione. Viene infatti asserito nel documento in questione *"Riguardo al sistema di controllo preventivo da costruire in relazione al rischio di commissione delle fattispecie di reato contemplate dal d.lgs. 231/2001, la soglia concettuale di accettabilità è rappresentata da un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non intenzionalmente. Questa soluzione è in linea con la logica della "elusione fraudolenta" del modello organizzativo quale esimente espressa dal citato decreto legislativo ai fini della esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente (art. 6 comma 1, lett. c). Pertanto il sistema di controllo preventivo deve essere in grado di:*

- *Escludere che un qualunque soggetto operante all'interno dell'ente possa giustificare la propria condotta adducendo l'ignoranza delle direttive aziendali;*
- *Evitare che, nella normalità dei casi, il reato possa essere causato dall'errore umano (dovuto anche a negligenza o imperizia) nella valutazione delle direttive aziendali".*

¹²⁹ Diversa risulta l'impostazione delle Linee Guida dell'A.B.I (Associazione Bancaria Italiana), secondo cui, una volta ritenuto che il modello fosse idoneo ed efficacemente attuato, per escludere la responsabilità della società è necessario che gli amministratori abbiano tenuto una condotta connotata da veri e propri "artifici o raggiri". Viene infatti chiarito *"l'elusione fraudolenta non si esaurisce in un aggiramento volontario delle regole aziendali; essa presuppone la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente ed artatamente volta alla elusione del precetto.*

1.6 GLI ASPETTI CONTENUTISTICI DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E DI CONTROLLO

L'art. 6 d.lgs. 231/2001, in relazione al reato dei vertici aziendali, si impegna a determinare, sia pur in via generica, alcune caratteristiche fondamentali dei modelli organizzativi: ponendo tali minime prescrizioni, si scongiura in tal modo il rischio di un deficit assoluto di determinatezza circa il contenuto dei modelli, tenendo conto di un eventuale giudizio di idoneità da svolgersi in sede processuale qualora si verifichi la commissione di un reato presupposto.

Detto questo, è chiaro che sarà comunque l'ente ad essere gravato del compito di concretizzare le specifiche cautele organizzative sulla base della specifica realtà aziendale, assumendosi dunque il rischio inerente l'inidoneità del modello alla prevenzione degli illeciti.

Primo passo per la costruzione del modello è l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati: tale attività si concretizza in un'analisi puntuale del contesto aziendale, volta ad evidenziare in quale area o settore si possono concretamente verificare le fattispecie di reato previste dal d.lgs. 231/2001 e a identificare i soggetti da sottoporre all'attività di monitoraggio¹³⁰.

L'analisi del contesto operativo interno ed esterno può essere condotta secondo approcci diversi – per aree operative, per attività, per funzioni, per processi – e deve essere oggetto di una revisione periodica, mirata a confermare la validità della stessa nel tempo, ovvero

Il sistema di controllo preventivo adottato deve essere, quindi, finalizzato ad: I) escludere che un soggetto operante all'interno della banca o per suo conto possa giustificare la propria condotta adducendo l'ignoranza delle regole aziendali; II) evitare che il reato possa essere commesso senza che, a tal fine, sia volontariamente e fraudolentemente elusa, violata o aggirata una regola aziendale. In generale – anticipando quanto sarà esplicitato nelle "modalità di gestione del rischio" in relazione alle singole fattispecie di reato – si ritiene quindi necessario che ciascuna banca predisponga (ovvero renda funzionali anche alle finalità del decreto) procedure interne dirette a regolamentare lo svolgimento delle attività a rischio, prevedendo adeguati e differenziati snodi di controllo (abbinamenti di firme, supervisione, separazione di compiti, sistemi di sicurezza per l'accesso ai dati e alle informazioni aziendali. Il risultato deve essere quello di una attività ispirata, in ogni sua fase, a principi di trasparenza, verificabilità e coerenza".

¹³⁰ Con riferimento ai reati commessi in violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, va osservato che non è possibile escludere a priori alcun ambito di attività, dal momento che tali fattispecie di reato possono di fatto interessare tutti gli ambiti aziendali e che i soggetti da sottoporre all'attività di monitoraggio sono tutti i lavoratori destinatari della normativa.

condotta ogni qual volta l'ente subisca vicende modificative¹³¹ o in presenza di particolari circostanze, come possono essere mutamenti della legislazione di riferimento.

E' da rimarcare che ai fini dell'applicabilità dell'esimente della responsabilità dell'ente, è opportuno che vengano documentate tutte le diverse fasi seguite per la predisposizione del modello e quelle successive della sua revisione sistematica e delle eventuali modifiche.

Come si è esaminato trattando il concetto di colpa di organizzazione, la persona giuridica "porta sulle spalle" il gravoso dovere di auto – organizzazione, nel senso che deve fare il possibile per prevenire il rischio – reato: valido supporto per il dovere organizzativo diventa allora il modello di organizzazione e gestione, strutturalmente composto da due parti, una *parte generale* e una *parte speciale*.

La parte generale è rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello, attraverso la definizione di istituti, funzioni, nozioni, principi di generale applicazione.

La parte speciale è invece indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio – reato. Di norma, il contenuto delle cautele dirette a ridurre il rischio reato, viene ulteriormente formalizzato in singoli protocolli operativi, richiamati nella parte speciale del modello¹³².

Volendo "fotografare" la parte generale di un modello organizzativo, si può affermare che può essere considerata alla stregua di un documento di riconoscimento dell'ente, dato che si occupa innanzitutto di descrivere la configurazione giuridica societaria e i relativi organi di amministrazione e di controllo¹³³.

Il modello deve inoltre informare sulla struttura organizzativa aziendale, indicando gli organismi interni che svolgono funzioni di coordinamento operativo e di controllo: importante appare sicuramente la descrizione dei sistemi di controllo interno, finalizzati alla prevenzione dei rischi – di mercato, ambientali, strategici, finanziari etc. – e al superamento delle criticità laddove si manifestassero¹³⁴.

¹³¹ Si intendono vicende modificative della compagine organizzativa quali acquisizioni, fusioni, scissioni etc.

¹³² Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, cit.*, p. 2059.

¹³³ Qualora l'ente faccia parte di un gruppo di società, è necessario riportare fedelmente le forme di collegamento societario, elemento di fondamentale importanza per verificare, già in questa fase, l'idoneità dell'assetto societario a fronteggiare il rischio reato.

¹³⁴ Piergallini, *cit.*, p. 2060. Specifica l'Autore "nella rete capillare di controlli, spicca il sottosistema dei controlli di linea, riferibili ai responsabili e al personale che operano in linea esecutiva, nell'ambito di

Si tenga presente che la descrizione dei sistemi di controllo interno, oltre a rilevare sul piano dell'assetto organizzativo, è essenziale anche in sede di mappatura delle aree a rischio – reato dato che, come si approfondirà, consente di individuare la sfera del c.d. “rischio residuale”.

Altro aspetto su cui il modello deve inevitabilmente soffermarsi è il sistema delle procure e delle deleghe: è importante individuare puntualmente i soggetti chiamati ad assumere responsabilità di direzione e di gestione nei diversi compartimenti dell'ente, soprattutto al fine di ottimizzare i flussi informativi endoaziendali.

Nell'ipotesi in cui la funzione delegata comporti l'assolvimento di posizioni di garanzia penalmente rilevanti – come avviene in materia di tutela della sicurezza e della salute sul lavoro¹³⁵ - andranno inoltre indicati i sistemi di monitoraggio e di controlli preposti alla vigilanza sulla correttezza dell'esercizio dei poteri conferiti attraverso la delega¹³⁶.

funzioni di “line” o di “staff”, congiuntamente impegnati nella conduzione dei business aziendali. Una significativa classificazione dei controlli di linea è data dai controlli di primo livello e di secondo livello: i primi sono immediatamente effettuati dal personale e dai responsabili sulla propria specifica attività, in virtù delle competenze tecnico – professionali e dell'esperienza possedute, nonché dell'immediatezza del presidio fisico sull'attività in fase di svolgimento (autocontrollo e controlli orizzontali concomitanti), i secondi sono quelli esercitati da altro organo, quale il superiore gerarchico in fase di ratifica o di verifica, ovvero da altri organi di controllo specialistici (controlli di qualità, controlli statistici, controlli tecnici, controllo di gestione, controlli amministrativi, controlli informatici). Una particolare importanza rivestono, altresì, i controlli diretti e i controlli indiretti (a distanza): i primi sono riferiti a verifiche dirette, da parte di un altro soggetto (diretto superiore, Internal auditing, Collegio sindacale, Società di revisione, Organismo di Vigilanza), rispetto all'esecuzione materiale di un compito; i secondi sono forme di controllo esercitate “a distanza”, da un altro soggetto rispetto all'esecutore dell'attività oggetto dell'indagine, mediante l'impiego di supporti di analisi (reporting, indicatori, tabelle, grafici, sintomi, dati ed informazioni rilevanti): vertice aziendale, management (diretto superiore), Controller, Internal auditing, Risk manager, Compliance manager, Collegio sindacale, Organismo di vigilanza”.

Particolare importanza riveste l'Internal auditing, che costituisce diretta emanazione del vertice aziendale, riportando di regola i suoi rilievi al Consiglio di amministrazione, e che opera a vantaggio dell'azienda con un impegno continuativo e sistematico, avvalendosi di risorse professionalmente qualificate per soddisfare i bisogni derivanti dall'operatività aziendale.

¹³⁵ Nello specifico, le deleghe in materia di salute e sicurezza sul lavoro, devono rispettare i requisiti di cui all'art. 16 d.lgs. 81/08 – DELEGA DI FUNZIONI

1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:

- a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;
- b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate.
- e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.

2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.

La parte generale del modello organizzativo si compone poi del c.d. *codice etico*, il quale consiste in un documento ufficiale, adottato e approvato dal vertice aziendale, contenente l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei suoi "portatori di interesse"¹³⁷, ai quali devono adeguarsi tutti coloro che collaborano con la compagine organizzativa e più in generale, tutti i soggetti che agiscono per conto della stessa¹³⁸.

Con particolare riferimento ai reati commessi in violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, il Codice Etico deve contenere i principi alla base delle decisioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, riconducibili al principio generale di prevenzione che deve caratterizzare ogni decisione adottata in seno all'azienda.

A fronte dell'insieme delle prescrizioni contenute nel documento, il Codice Etico contiene in genere una sezione dedicata al sistema di sanzioni adottabili in caso di violazione delle norme in esso contenute e una parte relativa alle forme e alle modalità di divulgazione del

3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.

3-bis. Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate.

¹³⁶ La delega deve indicare la funzione delegante e la fonte del suo potere, il soggetto delegato e la specifica descrizione delle funzioni attribuite e della posizione organizzativa rivestita, le risorse economiche assegnate al delegato. Tenuto conto del livello di complessità aziendale, può anche accadere che i delegati – generalmente i direttori delle funzioni, delle sezioni o delle unità – possano a loro volta sub – delegare alcuni frammenti di funzioni.

¹³⁷ Si tratta dei c.d. *stakeholders*, quali dipendenti, fornitori, clienti, azionisti, Pubblica Amministrazione etc.

¹³⁸ Si possono così identificare alcuni elementi che devono costituire i contenuti minimi del Codice Etico in relazione ai reati previsti dal d. lgs. 231/2001: *legalità* – implica da un lato il rispetto della normativa vigente in tutti i Paesi in cui l'ente opera, da parte dei dipendenti e di tutti i soggetti che intrattengono relazioni con esso, dall'altro l'impegno dell'ente stesso a sensibilizzare, informare e formare adeguatamente tutti i soggetti interessati; *trasparenza, correttezza e tracciabilità delle azioni – operazioni* – tutte le azioni e le operazioni poste in essere dall'ente devono essere legittime, correttamente autorizzate, registrate e documentate, al fine di garantire la verificabilità e la tracciabilità del processo di decisione, autorizzazione e svolgimento delle stesse; *rapporti con gli interlocutori* – il codice etico deve contenere i principi base di comportamento nei confronti degli interlocutori interni ed esterni dell'ente, vietando espressamente tutti quei comportamenti che potrebbero configurare illeciti.

Codice stesso, diversamente articolate a seconda dei soggetti destinatari e compatibili con la legislazione e con la contrattualistica in vigore.

Si consideri che la previsione di un adeguato sistema disciplinare per la violazione delle norme del Codice Etico e in generale di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello è oggetto di specifica menzione normativa all'interno del d.lgs. 231/2001 e costituisce condizione imprescindibile ai fini dell'efficace attuazione del protocollo organizzativo.

Per ogni area di attività o processo aziendali, devono essere predisposti specifici *protocolli di controllo* diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'azienda in relazione ai reati da prevenire. Questi, sono uno strumento fondamentale per monitorare continuamente la gestione operativa dell'azienda e per fornire tempestiva segnalazione dell'esistenza o dell'insorgere di situazioni di potenziale criticità, anche attraverso l'utilizzo di opportuni indicatori relativi alle diverse tipologie di rischio rilevato. La gestione operativa in relazione al controllo dei rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro, deve naturalmente integrarsi nel sistema dei protocolli e nella gestione complessiva aziendale: a tale proposito, l'identificazione dei pericoli e la valutazione dei rischi costituiscono il punto di partenza per la definizione delle procedure e delle modalità per la regolazione della gestione operativa in sicurezza delle attività aziendali¹³⁹.

La gestione operativa del sistema deve essere oggetto di una periodica attività di controllo e di monitoraggio, mirata a verificare la funzionalità e l'efficienza del sistema e il permanere della sua validità nel tempo.

Nello specifico, l'impostazione di un piano di monitoraggio dovrà svilupparsi attraverso la pianificazione e programmazione temporale delle attività, l'attribuzione di compiti e responsabilità esecutive e la descrizione delle metodologie da seguire, le modalità di segnalazione delle eventuali situazioni difformi¹⁴⁰.

¹³⁹ Esempi di protocolli di controllo possono essere: programmi di controllo sui processi di mappatura delle aree di rischio e dei segnali premonitori di potenziali irregolarità; programmi di revisione operativa interna o esterna sulla base delle segnalazioni di criticità riscontrate, sulle aree/processi a rischio, di compliance al modello organizzativo. Nell'ambito del controllo dei rischi per la salute e sicurezza sul lavoro, particolare attenzione rivestono le attività di: assunzione e qualificazione del personale, organizzazione del lavoro, acquisizione dei beni e servizi da parte dell'azienda e comunicazione delle opportune informazioni a fornitori e appaltatori, manutenzione normale e straordinaria, qualificazione e selezione di fornitori e appaltatori, gestione delle emergenze, gestione delle difformità rispetto agli obiettivi stabiliti e alle regole del sistema di controllo.

¹⁴⁰ Nell'ambito della gestione della salute e della sicurezza sul lavoro è opportuno prevedere una fase di

Nel loro complesso, le procedure sopra descritte costituiscono un primo livello di monitoraggio sul funzionamento del modello: queste vengono svolte generalmente da risorse interne all'azienda, sia in termini di autocontrollo da parte del singolo lavoratore nello svolgimento del proprio lavoro sia in termini di verifica della applicazione delle misure di natura organizzativa e procedurale previste da parte dei soggetti identificati in sede di attribuzione delle responsabilità.

Allo svolgimento di tale verifica, come si vedrà più in dettaglio, va poi ad aggiungersi un secondo livello di monitoraggio sulla funzionalità del sistema adottato, facente capo ad un apposito Organismo di Vigilanza.

La finalità preventiva del modello organizzativo trova inoltre piena espressione nell'esigenza di assicurare la formazione di tutte le componenti aziendali che devono concorrere all'efficace attuazione dello stesso.

La persona giuridica deve quindi sviluppare un adeguato programma di formazione, diversificato – per frequenza e contenuti – in funzione dei destinatari¹⁴¹ e dei differenti livelli di responsabilità e di rischio propri delle attività di ciascuno.

In sede di formazione sarà appropriato illustrare le ragioni di opportunità e quelle giuridiche che hanno condotto all'adozione del modello e soprattutto, chiarirne tutte le parti che lo compongono, quali Codice Etico, struttura, protocolli di controllo, sistema disciplinare e funzionamento dell'Organismo di Vigilanza.

In relazione alla salute e alla sicurezza, l'attività interessa tutti i lavoratori, che devono ricevere una formazione sufficiente e adeguata con riferimento in particolare, ai pericoli connessi con il proprio posto di lavoro e le proprie mansioni¹⁴².

Al fine di assicurare l'effettività del modello, l'ente deve creare apposite forme di controllo sulla frequenza e sulla qualità dei contenuti del programma di formazione, nonché valutazioni sulla loro efficacia, e provvedere a registrare e produrre un'adeguata evidenza documentale dello svolgimento del programma stesso.

verifica periodica circa l'idoneità e l'efficacia delle misure di prevenzione e protezione adottate, le cui modalità e responsabilità devono essere definite contestualmente a quelle della gestione operativa.

¹⁴¹ Soggetti apicali, soggetti sottoposti, membri dell'Organismo di Vigilanza.

¹⁴² La formazione sulla sicurezza deve essere effettuata in occasione dell'assunzione, del trasferimento o del cambiamento di mansioni del lavoratore, ovvero ogniqualvolta vengano introdotte in azienda nuove attrezzature e/o tecnologie, e/o sostanze e preparati pericolosi.

Ricordando ancora una volta che lo scopo principale del modello è quello di prevenire la commissione di reati nell'ambito della concreta realtà aziendale, essenziale diventa la comunicazione e il coinvolgimento di coloro che devono mettere in pratica le cautele organizzative in esso previste: all'interno dell'azienda l'informazione e la comunicazione in relazione all'adozione del modello, alle sue finalità e al suo funzionamento, devono mirare a favorire il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati, promuovendone la consapevolezza e l'impegno al rispetto dello stesso¹⁴³.

Un ulteriore elemento determinante per rafforzare l'effettività e l'efficacia dissuasiva del protocollo organizzativo è la previsione di un sistema disciplinare, che dovrà segnalare i soggetti destinatari delle sanzioni disciplinari, le relative sanzioni e i criteri di commisurazione e le condotte rilevanti, distinguendo in particolare fra quelle che si risolvono in mere violazioni formali e quelle che possono comportare conseguenze pregiudizievoli per l'ente.

Parallela è la creazione del procedimento di irrogazione delle sanzioni, nel quale si dovrà indicare il titolare dell'azione disciplinare, le garanzie a tutela dell'accusato e il soggetto competente ad applicare la sanzione; per quanto riguarda invece il contenuto delle sanzioni, di regola per i dipendenti e i dirigenti si seguirà quanto previsto nei rispettivi contratti collettivi di lavoro¹⁴⁴.

¹⁴³ Nell'ambito dei temi relativi alla salute e sicurezza, il coinvolgimento dei dipendenti rileva in particolare con riferimento alla consultazione in merito all'individuazione dei rischi e alla definizione delle misure preventive.

¹⁴⁴ Più delicato è il discorso relativo alle sanzioni da riferire alle violazioni commesse dagli amministratori. Nella maggior parte dei modelli di prevenzione è previsto l'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c – Azione sociale di responsabilità:

L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

Sotto questo profilo, si può dire che l'attività di analisi del contesto aziendale deve giungere ad una *mappatura documentata delle aree aziendali a potenziale rischio di commissione dei reati*, passaggio naturalmente propedeutico alla successiva fase di identificazione delle possibili modalità attuative degli stessi.

Altrettanto importante è la comunicazione esterna da parte dell'ente dell'avvenuta adozione del modello ai sensi del d.lgs. 231/2001, rivolta in particolare a tutti quegli interlocutori coinvolti nelle aree di attività e nei processi identificati come sensibili ai fini della commissione dei reati, rendendoli in tal modo complici nell'impegno al rispetto del *compliance program*¹⁴⁵.

Per concludere le discettazioni in merito alla parte generale dei modelli di organizzazione e gestione, e prima di affrontare il discorso più specificamente preventivo relativo alla parte speciale, è bene soffermarsi su un altro requisito fondamentale per il funzionamento dei protocolli organizzativi, ovvero la creazione dell'Organismo di Vigilanza¹⁴⁶.

Si anticipa che la normativa non contiene riferimenti in merito alla composizione di tale organo, che potrà dunque essere caratterizzato da una articolazione sia mono che plurisoggettiva: pur in assenza di tali indicazioni esplicite, l'individuazione dell'Organismo in questione in seno all'azienda non può prescindere dalle finalità di base del d.lgs. 231/2001 e deve quindi essere tale da assicurare anzitutto l'effettività del controllo in relazione alla dimensione e alla complessità organizzativa dell'ente.

Sostiene a tale proposito Piergallini., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2065: "Si può ragionevolmente ritenere che l'autonomia funzionale delle prescrizioni del modello legittimi un'autonoma scelta sanzionatoria, fondata su una gamma diversificata di sanzioni (ammonizione verbale e scritta, sanzione pecuniaria, sospensione temporanea dalla carica, destituzione), proporzionale alla gravità delle infrazioni.

¹⁴⁵ Utile potrebbe risultare l'introduzione di specifiche clausole all'interno dei contratti in cui i vari stakeholders dell'ente si impegnano a rispettare il modello. Ai fini dell'evidenza documentale inoltre, è necessario che l'ente preveda meccanismi atti a garantire un'informativa di ritorno sull'avvenuta conoscenza e accettazione da parte dei soggetti esterni.

¹⁴⁶ L'ente può beneficiare del meccanismo esimente della responsabilità qualora l'organo dirigente, oltre ad aver adottato efficacemente il modello, abbia "affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo" ai sensi dell'art. 6 comma 1 lett. b.

Si deve specificare che in realtà l'unica disposizione specifica a proposito riguarda la possibilità che negli enti di piccole dimensioni il ruolo e i compiti propri dell'Organismo di Vigilanza vengano assolti dall'organo dirigente¹⁴⁷.

Le principali attività che l'Organismo è chiamato ad assolvere vanno dalla vigilanza sull'osservanza e sull'effettività del modello, raccogliendo tutte le informazioni necessarie in merito ad eventuali condotte illecite e proponendo le relative sanzioni, fino alla cura nel necessario aggiornamento, attraverso l'avanzamento di proposte di adeguamento alle funzioni aziendali responsabili.

I compiti appena menzionati presuppongono naturalmente competenza e continuità di azione¹⁴⁸, anche perché il loro puntuale e corretto espletamento, a completamento della gestione e del controllo operativo, costituisce il *monitoraggio di secondo livello del*

¹⁴⁷ Quanto specificato è previsto dall'art. 6 comma 4 d.lgs. 231/2001, norma che riflette la posizione espressa dalla giurisprudenza, la quale ha ribadito l'esigenza di definire la composizione dell'Organismo di Vigilanza anche in relazione alle dimensioni aziendali. Pertanto, mentre negli enti di piccole dimensioni – che non si avvalgono della facoltà appena citata – una composizione monocratica dell'Organismo può ritenersi conforme ai requisiti del d.lgs. 231/2001, in quelli di medie e grandi dimensioni appare preferibile una composizione di tipo collegiale.

¹⁴⁸ In relazione alla possibile identificazione dell'Organismo di vigilanza con organi e strutture dell'ente quali Consiglio di Amministrazione, Collegio sindacale, strutture aziendali di controllo preesistenti, va osservato che la Relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 si riferisce all'ODV quale "*struttura che deve essere costituita al suo interno*", potendo così escludere il riferimento al Consiglio di Amministrazione. Vi è da dire che con riferimento alla possibilità che le funzioni dell'ODV possano essere espletate dal collegio sindacale che la legge di stabilità 2012 (legge 183/2011), emanata al fine di introdurre misure dirette a diminuire il carico degli oneri e degli adempimenti amministrativi che gravano su imprese e cittadini, all'art. 14, comma 12 introduce la facoltà per il collegio sindacale di svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza, eliminando dal novero delle controversie interpretative la questione della compatibilità tra sindaco e membro dell'Organismo di Vigilanza. Viene quindi inserito nell'art. 6, d.lgs. 231/2001 il comma 4-bis: "nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)". Esaminando il testo legislativo in maniera analitica ciò che emerge con immediatezza è la facoltà di affidare al collegio sindacale le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. Residua pertanto la discrezionalità degli organi amministrativi di mantenere inalterata la dualità del sistema di controllo, affiancando al collegio sindacale un organismo di vigilanza monocratico o collegiale, mantenendo di conseguenza genesi e struttura inalterate; possono tuttavia comporre l'organigramma dell'Organismo di Vigilanza anche soggetti estranei al collegio sindacale.

Ad ogni modo, i requisiti che l'ODV deve possedere per poter assolvere alle proprie funzioni sono: autonomia e indipendenza – si richiede cioè l'autonomia dell'iniziativa di controllo da qualsiasi forma di interferenza o di condizionamento da parte di qualunque soggetto dell'ente, in particolare dell'organo dirigente e che l'ODV non svolga compiti operativi in seno all'azienda, che potrebbero minarne l'obiettività in sede di verifica del modello; professionalità – si intende il complesso delle conoscenze e degli strumenti che l'ODV deve possedere, in cui rientrano anche competenze giuridiche e in particolare penalistiche; continuità di azione – nelle aziende di medie e grandi dimensioni ciò comporta la previsione dell'ODV in termini di struttura dedicata esclusivamente all'attività di vigilanza del modello.

sistema, dato che l'Organismo si occuperà tra l'altro di vigilare sulle decisioni adottate dall'organo dirigente, sull'assegnazione delle risorse e sull'applicazione delle procedure di controllo.

Da ultimo, si consideri che l'art. 6 d.lgs. 231/2001 prevedendo “*obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello*”, ha lo scopo di facilitare lo svolgimento dei compiti di vigilanza propri dell'Organismo di vigilanza, nonché di verifica a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi di un reato.

In quest'ottica, diventa allora assolutamente essenziale che l'Organismo fruisca di un efficiente *sistema di reporting*, che garantisca un'informazione costante in merito alle risultanze periodiche delle attività di controllo e alle anomalie ed atipicità riscontrate e, di conseguenza, il modello dovrà prevedere il dovere per ciascun dipendente di fornire tutti i dati in merito alla commissione di reati o comunque a comportamenti non in linea con le regole di condotta adottate dall'ente.

Allo stesso tempo è fondamentale il riconoscimento, a tutto il personale facente parte della compagine organizzativa e ai suoi collaboratori, della piena libertà di rivolgersi direttamente all'Organismo per segnalare violazioni del modello o altre eventuali irregolarità, in forma anonima e senza ritorsioni.

1.7 LA PARTE SPECIALE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE: *MIRACOLOSO ANTIDOTO ALLA COMMISSIONE DEI REATI - PRESUPPOSTO?*

Ai fini della redazione ed implementazione di un modello di prevenzione, essenziale è che l'attività di analisi del contesto aziendale giunga ad una *mappatura documentata delle aree aziendali a potenziale rischio di commissione dei reati*, passaggio naturalmente propedeutico alla successiva fase di identificazione delle possibili modalità attuative degli stessi.

Si sta parlando di una fase cognitivo – rappresentativa, definita *risk assessment*, funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità¹⁴⁹, che è

¹⁴⁹ Piergallini, *cit.*, p. 2079. Chiarisce l'Autore “*Così come, nel diritto penale individuale, tanto il dolo quanto*

scandita da differenti momenti, tutti essenziali per far innescare il meccanismo di prevenzione della commissione dei reati – presupposto.

Il primo passo riguarda l'individuazione delle aree potenzialmente a rischio – reato, sulla scorta di quanto previsto dalla parte speciale del d.lgs. 231/2001 : in particolare si distingue fra le *aree a rischio – reato in senso proprio*, selezionate dall'elenco di cui agli artt. 24 e ss., e le *aree c.d. strumentali*, che gestiscono gli strumenti finanziari destinati a supportare la commissione degli illeciti nelle aree da primo menzionate.

In definitiva, la fase di risk assessment deve tener conto non soltanto del catalogo formale dei reati – presupposto, ma anche degli illeciti penali strumentali alla consumazione di quelli previsti nel decreto, nonché dei reati che possono protendersi come reati – scopo, in modo da avere una panoramica completa dell'orbita di illiceità in cui gravita l'ente.

I successivi passaggi, strettamente collegati fra di loro, si fondano sulla valutazione del grado di efficacia dei sistemi operativi e di controllo già instaurati nell'ambito della persona giuridica - affinché risulti agevole comprendere i punti di criticità rispetto alla prevenzione del rischio – reato – e sullo studio del background dell'ente, indagando in merito alla sua eventuale propensione all'illegalità.

In seguito, si procederà a descrivere le possibili modalità di commissione dei reati, così da stabilire le cautele preventive: la valutazione del rischio di perpetrazione degli illeciti muove dalla distinzione fra *rischio inerente* – che si verifica quando l'ente è caratterizzato da una totale assenza di controlli – e *rischio residuale* calcolato in base all'esistenza dei controlli rilevati in fase di assessment¹⁵⁰.

Consequente alla fase di risk assessment è quella di *risk management*, atta a definire il protocollo di gestione del rischio – reato, basato essenzialmente sulla procedimentalizzazione del sistema decisionale, che nelle realtà aziendali attuali è ormai basato sulla frammentazione delle competenze e dei centri decisionali¹⁵¹.

la colpa presuppongono che l'agente si rappresenti, o debba comunque rappresentarsi, il pericolo innescato, tramite le conoscenze nomologiche (disponibili) con il contesto situazionale (l'Anlass) idoneo a mettere sull'avviso circa la pericolosità della condotta, allo stesso modo l'ente collettivo è chiamato ad effettuare una ricognizione a tappeto dei fattori di rischio e degli elementi di criticità del suo agire".

¹⁵⁰ Se dall'attività di mappatura emerge che nonostante i sistemi di controllo in essere, persiste un deficit di prevenzione, occorrerà implementare nell'ambito della successiva fase di risk management, il livello delle cautele, instaurando nuovi protocolli o rafforzando quelli esistenti, e dei controlli.

¹⁵¹ La predisposizione del protocollo di gestione si articola in diverse fasi: fase dell'iniziativa, che ricomprende l'individuazione della funzione proponente, una articolazione documentata della proposta,

I protocolli di risk management hanno lo scopo principale di calare il *principio di precauzione* nelle realtà aziendali, avendo come contenuto tutte le cautele atte a scongiurare o quantomeno a ridurre ragionevolmente il rischio reato.

Concretamente, si tratterà di “edificare” un sistema operativo che coinvolge tutti i soggetti ruotanti intorno all’ente, fornendogli regole comportamentali altamente tassative e orientate sullo specifico rischio – reato da contenere¹⁵².

Per quanto concerne il contenuto effettivo delle cautele, si ripete ontologicamente rivolte alla minimizzazione del rischio – reato e quindi alla concretizzazione del principio di precauzione, è possibile distinguere fra *cautele procedurali* e *cautele sostanziali*¹⁵³.

Le cautele procedurali si occupano di scandire i processi decisionali adottati in seno all’ente secondo *il principio di segregazione delle funzioni*, volto ad evitare la concentrazione dei poteri e l’insorgenza di conflitti di interessi, che fungono da ostacolo alla trasparenza e alla verificabilità dei meccanismi di adozione delle decisioni – prodromici rispetto alla commissione dei reati – presupposto.

Tali regole diventano poi uno strumento essenziale per garantire il funzionamento e l’effettività delle cautele sostanziali, che concernono invece le specifiche decisioni atte a contrastare il pericolo di commissione dei reati.

A tale proposito è bene considerare che le cautele sostanziali saranno forgiate in base alla tipologia dei reati che si vuole contrastare: si dovrà in primo luogo “combattere” i *reati – decisione*, che rientrano per lo più nell’ambito della criminalità dolosa, per cui l’ente è

l’approvazione del superiore gerarchico; fase del consiglio, focalizzata sul parere sulla compatibilità legale, amministrativa e contabile della proposta da richiedere alle competenti aree; fase dell’esecuzione della decisione suddivisa in esecuzione della decisione, controllo sull’effettività dell’esecuzione e archiviazione formalizzata del procedimento.

¹⁵² La struttura dei protocolli ricomprende la effettiva regolamentazione del processo, vale a dire la predeterminazione delle scansioni deputate alla concretizzazione della pretesa cautelare e nella individuazione dei soggetti che hanno il presidio della funzione; la garanzia della completezza dei flussi informativi, centrali per l’effettività della prevenzione; i meccanismi per l’emersione delle violazioni così da mettere in condizione di intervenire l’organismo di vigilanza e i vertici dell’ente; il monitoraggio e il controllo di linea; la documentazione formale delle attività; l’indicazione di un responsabile del processo a rischio – reato. Caratteristiche imprescindibili dei protocolli di gestione del rischio – reato sono la specificità e dinamicità: la specificità evoca l’aderenza sostanziale rispetto al rischio da contenere, mentre per dinamicità si intende la necessaria prontezza di adeguamento del protocollo, in presenza di segnali di insufficienza operativa o di modifiche strutturali e strategico – operative dell’ente.

¹⁵³ Sul punto, si veda Piergallini, *cit.*, p. 2084.

chiamato a individuare “*cautele autonormate*”, analizzando le possibili strade per “governare” il rischio – reato e perciò dotandosi di un processo di “auto – organizzazione”. Quanto detto si traduce automaticamente nell’allestimento di una prevenzione organizzata sistematicamente: “*la combinazione sistemica delle cautele procedurali e sostanziali, tende a costruire un percorso decisionale virtuoso, in cui, una volta definita l’intensità del rischio – reato, si ritagliano a tutto campo, presidi funzionalmente deputati a governare tale rischio, in modo tale che la decisione per l’illegalità potrebbe trovare spazio solo tramite comportamenti elusivi non contenibili da un agente modello collettivo*”¹⁵⁴.

L’altra categoria di reati fronteggiata mediante le cautele sostanziali riguarda i *reati in attività*, vale a dire gli illeciti latenti, rientranti nel rischio d’impresa e che si identificano in via principale con i reati colposi, segnatamente quelli in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Nelle fattispecie in questione, la maggior parte delle cautele è *eteronormata*, nel senso che si tratta di regole poste essenzialmente dall’esterno e che l’ente è dovuto comunque a rispettare per rimanere nell’alveo della legalità¹⁵⁵: esse riguardano le misure necessarie a eliminare o ridurre i rischi presenti nell’ambiente di lavoro e sono pertanto contenute nei testi legislativi di riferimento – per questo, qualora non vengano osservate, si aprirà per i fautori della violazione la strada della responsabilità a titolo di colpa specifica.

Chiaramente, tutto questo sistema viene completato da idonee forme di controllo, attraverso *meccanismi di supervisione di primo grado*, interni cioè al processo decisionale, e di *secondo grado*, operati cioè da un organismo estraneo a tale processo.

¹⁵⁴ Piergallini, *cit.*, p. 2088.

¹⁵⁵ Si ricordi che l’idea della prevenzione mediante organizzazione, dapprima fatta propria dal d.lgs. 626/1994, è ora alla base del d.lgs. 81/08, basti pensare al ruolo del Documento di valutazione dei rischi che costituisce il principale elemento di supporto al modello di organizzazione e gestione.

1.8 I MODELLI ORGANIZZATIVI PER LA PREVENZIONE DEI REATI IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA DEI LUOGHI DI LAVORO

Il d.lgs. 81/08 – testo unico sulla sicurezza e salute sui luoghi di lavoro – contiene una specifica norma riguardante il tema dei modelli di organizzazione e gestione diretti a prevenire il rischio di commissione dei reati previsti dall’art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001, vale a dire l’art. 30¹⁵⁶: *“in buona sostanza, si imprime un arricchimento specificativo del modello e delle previsioni da redigervi e da rendere operative con riguardo all’area di*

¹⁵⁶ Art. 30 d.lgs. 81/08 – Modelli di organizzazione e gestione

1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231(N), deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

d) alle attività di sorveglianza sanitaria;

e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;

h) alle periodiche verifiche dell’applicazione e dell’efficacia delle procedure adottate.

2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell’avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1.

3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell’organizzazione e dal tipo di attività svolta, un’articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l’eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all’igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell’organizzazione e nell’attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI/INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all’articolo 6.

5-bis. La commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

6. L’adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell’articolo 11.

*rischio speciale evocata dai delitti presupposto nell'orbita dell'art. 25 septies, pur salvo l'accertamento della idoneità ed effettività in concreto*¹⁵⁷.

Pensando alla materia della salute e sicurezza sul lavoro e considerando anche l'importanza dei beni che si vogliono tutelare, ossia la vita e l'incolumità dei lavoratori, si vuole sottolineare che sebbene esistano notevoli obblighi in materia di organizzazione che l'azienda deve assolvere – si pensi in primo luogo alla redazione del documento di valutazione dei rischi – l'adozione e attuazione del modello di organizzazione e gestione si pone come il naturale completamento del sistema prevenzionistico in questione.

Il più evidente punto di raccordo fra le due normative si coglie al terzo comma del citato art. 30 d.lgs. 81/08, il quale menzionando la necessità della gestione e del controllo del rischio, si pone sulla stessa linea di quanto previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001: la funzione di vigilanza sulla corretta ed efficace attuazione del sistema di sicurezza diviene in tal modo l'obbligo primario rimesso al garante della sicurezza in azienda, pertanto l'idoneità del modello di organizzazione dipenderà dalla corretta dislocazione da parte del datore di lavoro del potere di gestione e di spesa, ai fini del controllo e della gestione del rischio.

Da tali premesse, si può agevolmente dedurre che il trasferimento di funzioni e la procedimentalizzazione di tutte le fasi che caratterizzano la realtà aziendale, diventano le armi più efficaci per la costruzione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati commessi con violazione nelle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Il datore di lavoro, vero *dominus* in materia di tutela delle condizioni di lavoro, delegando le funzioni in materia di sicurezza, dà vita a “nuclei di garanzia funzionali”¹⁵⁸, che, posti in prossimità rispetto alle fonti di rischio, diventano essenziali per attuare una cultura della prevenzione a tutto tondo nella compagine organizzativa¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Falcinelli, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa. L'araba fenice della precauzione esigibile*, in *Archivio penale*, n. 1, 2011, p. 14.

¹⁵⁸ Pisani, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁹ In tale prospettiva, risulta centrale il ruolo della delega di funzioni, come parte integrante del modello organizzativo, al punto che, l'art. 16 comma 3 d.lgs. 81/08, in tema di colpa di organizzazione, nel dettare una disciplina di collegamento tra responsabilità dell'ente per omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime e responsabilità penale del datore di lavoro per l'infortunio ascrivibile a sua *culpa in vigilando*, stabilisce che l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite, si attua anche attraverso i sistemi di verifica e di controllo di cui

Appare doveroso chiarire che non si può comunque parlare di perfetta coincidenza tra i due sistemi preventivi di cui al d.lgs. 81/08 e d.lgs. 231/2001, perché quanto postulato nel modello di organizzazione e gestione va ad incidere ad un livello ancora più profondo, non richiedendo solo l'adozione di misure di protezione e prevenzione, ma andando a "intramettersi" nella stessa organizzazione dell'ente, il quale dovrà arrivare a cambiare la propria impostazione se vuole effettivamente prevenire il rischio di commissione dei reati e quindi godere dell'esimente di responsabilità ex art. 6.

Si comprende allora come *"l'ordinamento attesta per questo verso l'esistenza di una stringente relazione di vicinanza tra l'ente ed i beni giuridici suscettibili di trovare pregiudizio per mezzo delle sue inefficienze, e dirimpetto gli ritaglia una posizione di "garanzia amministrativa" resa peculiare dalla duplicità dei relativi doveri-poteri elevati a compendiarne il contenuto: in "primo grado", di generale controllo rispetto all'operato, nel suo interesse o a suo vantaggio, di soggetti qualificati, in "secondo grado", di protezione rispetto ai valori offesi attraverso la commissione di predefiniti reati"*¹⁶⁰.

Un ultimo rilievo si impone con riguardo all'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in materia di sicurezza sul lavoro.

L'art. 30 comma 4 citato, introduce una esplicita presunzione di idoneità dei modelli di organizzazione aziendale redatti in conformità alle linee guida UNI – INAIL¹⁶¹ o al *British Standard OHSAS*¹⁶², ma sempre in accordo con la logica di prevenzione, si ritiene che il

all'art. 30 comma 4 del testo unico citato.

¹⁶⁰ Falcinelli, *cit.*, p. 15.

¹⁶¹ La *"Linea guida per un sistema di gestione della sicurezza sul lavoro"* è stata predisposta nel settembre 2001 da UNI – INAIL: si tratta di un documento sviluppato da Confederazioni sindacali e di settore, in collaborazione con Ente di Unificazione e INAIL che si propone di offrire elementi pratici per la realizzazione di un percorso di implementazione di un Sistema di Gestione, con particolare riferimento alle piccole e medie imprese.

¹⁶² La norma OHSAS 18001:2007 è stata pubblicata dal British Standard Institut (BSI) nel 2007 ed è internazionalmente adottata come principale schema di realizzazione e verifica per i Sistemi di Gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro (SGSSL) ed è stata sviluppata a seguito della collaborazione fra Enti di formazione, Enti di accreditamento ed Istituti di certificazione internazionali, assumendo così il rango di un vero e proprio standard. Questa norma intende costituire un modello volto a promuovere la prevenzione nella sicurezza, il controllo dei rischi e il miglioramento continuo attraverso l'efficace applicazione di uno schema operativo ed organizzativo che include come prerequisito il rispetto e la gestione degli obblighi previsti dalla legislazione applicabile in materia. Lo schema proposto è sintetizzabile attraverso l'articolazione delle attività da compiere per realizzare una buona gestione della sicurezza nelle seguenti fasi: *implementazione di una politica di salute e sicurezza sul lavoro* (documento sottoscritto dai vertici aziendali che costituisce il quadro dei principi e degli impegni assunti dall'organizzazione in tale ambito); *pianificazione* (processo rivolto alla definizione degli obiettivi di miglioramento necessari per conseguire i

giudice mantenga comunque la facoltà di disapplicare le linee guida e considerare il modello ad esse conforme inidoneo *ex ante* a prevenire reati della specie di quello verificatesi.

1.9 UN RAFFRONTO COMPARATISTICO DELLA COLPA DI ORGANIZZAZIONE E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

La categoria della colpa di organizzazione ha trovato significativi riconoscimenti in diverse legislazioni nazionali, e anche sul versante del diritto dell'Unione Europea emerge attualmente la tendenza ad ammettere un'autonoma colpevolezza di organizzazione dell'impresa.

Si noti che nella legislazione inglese è stata addirittura introdotta la figura dell'omicidio colposo da parte della persona giuridica mediante il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, entrato in vigore nel 2008, in cui si profila una nuova forma di colpevolezza – *organizational fault* – che rappresenta l'innovazione più progressista nell'intero panorama penalistico europeo¹⁶³.

Nello specifico, è previsto che l'organizzazione è responsabile del reato se il modo in cui le sue attività sono gestite o organizzate cagioni la morte di una persona oppure se si verifica una grave violazione di un rilevante dovere di diligenza che incombe sull'organizzazione nei confronti della vittima.

Continuando la disamina rispetto ad altri ordinamenti, il codice penale australiano, entrato in vigore nel 2001, prevede un modello di *corporate criminal liability* e criteri di imputazione soggettiva dell'ente differenziati a seconda che si tratti di responsabilità per reati dolosi oppure colposi.

risultati di controllo dei rischi e di riduzione degli incidenti in accordo alla politica di igiene e sicurezza sul lavoro); *attuazione e funzionamento* (insieme delle azioni specifiche volte ad attuare i processi pianificati e a realizzare i programmi di miglioramento); *controllo* (insieme delle attività rivolte a monitorare e misurare i processi e le prestazioni, documentando i risultati e intervenendo negli ambiti di debolezza); *riesame della Direzione* (processo mirato a rivedere il funzionamento del sistema nel suo complesso e definire iniziative volte al miglioramento continuo delle prestazioni in materia di sicurezza).

¹⁶³ Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, p. 436 ss.

Nella prima ipotesi, si dovrà dimostrare che la *corporation* abbia espressamente, tacitamente o implicitamente autorizzato o permesso la perpetrazione del reato, attraverso decisioni del consiglio di amministrazione o di un alto dirigente della persona giuridica, analogamente a come viene prospettato nella esaminata teoria della immedesimazione organica.

La vera e propria novità è che si ammette, in alternativa, la prova dell'esistenza nell'ambito della persona giuridica di una *cultura corporativa* che ha diretto, incoraggiato, tollerato o indotto all'inosservanza della disposizione violata oppure che il *body corporate* ha omesso di creare e mantenere una *cultura corporativa* che esigesse l'osservanza della disposizione violata.

Per *cultura corporativa* si intende “*un’attitudine, una politica, una consuetudine, una linea di condotta o prassi esistenti all’interno della persona giuridica nel suo complesso o in quella sua parte di essa in cui hanno avuto luogo le attività rilevanti*”¹⁶⁴.

L'organizzazione tuttavia risponderà dell'omicidio solo qualora le modalità con cui vengono gestite le attività da parte del *senior management*¹⁶⁵ siano un elemento essenziale nella violazione del dovere di diligenza.

Da quanto detto emerge evidente che il modello messo a punto dal legislatore inglese, si avvicina a un autentico paradigma di responsabilità originaria, o per fatto proprio, dell'ente.

Inoltre, ove si tratti di reato colposo e non sia possibile configurare alcuna *negligence* in relazione ad un dipendente o a un dirigente, la normativa prevede che l'elemento soggettivo esista direttamente in capo alla persona giuridica, qualora sia colposa la sua condotta, considerata nel suo insieme, e cioè sommando le condotte di un certo numero di impiegati, agenti o dirigenti¹⁶⁶.

Si tratta, dunque, di una *collective o aggregate negligence*, la quale può essere dimostrata dal fatto che l'azione illecita fosse sostanzialmente attribuibile a una gestione inadeguata dell'ente, oppure a un controllo o a una supervisione inadeguati della condotta del

¹⁶⁴ Codice penale australiano, *sect. 12.3 (6)*

¹⁶⁵ Del *senior management* fanno parte quelle persone che svolgono ruoli significativi nell'assumere decisioni in ordine al modo in cui è gestito o organizzato il complesso delle attività dell'organizzazione o una parte sostanziale di esse, oppure nella concreta gestione o organizzazione di tali attività o una parte sostanziale di esse.

¹⁶⁶ Codice penale australiano, *sect. 12.4 (2) (b)*

personale, nonché all'omessa predisposizione di adeguati sistemi di trasmissione delle informazioni rilevanti all'interno dell'organizzazione.

Un altro interessante contributo giunge dal codice penale svizzero, nel quale vengono configurate due diverse ipotesi di responsabilità dell'impresa.

La prima è una forma di responsabilità esclusiva e sussidiaria che si può configurare per la commissione di qualsiasi crimine o delitto, previsti dal codice o dalle numerose leggi federali, ed è subordinata alla condizione che per *carente organizzazione interna*, questo non possa essere ascritto ad alcuna persona fisica determinata¹⁶⁷.

Si definisce invece *responsabilità primaria o diretta ed autonoma*, prevista solo per alcuni reati, quella subordinata alla condizione che all'impresa si possa muovere il rimprovero di non aver adottato le misure organizzative idonee ad impedire il reato commesso¹⁶⁸.

Abbandonando il versante internazionale, si torni ora al nostro ordinamento per scorgerne le prospettive future: è stato da più parti proposto di introdurre un più moderno e

¹⁶⁷ Tale fattispecie di responsabilità viene definita "*paradigma debole*" ed è prevista all'art. 102 comma 1 del codice penale svizzero:

Punibilità

¹ Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.

² Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} o 322^{septies} capoverso 1 oppure di un reato secondo l'articolo 4a capoverso 1 lettera a della legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.

³ Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa.

⁴ Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo:

- a. le persone giuridiche di diritto privato;
- b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali;
- c. le società;
- d. le ditte individuali

¹⁶⁸ Si tratta del "*paradigma forte*" di responsabilità, previsto dall'art. 102 comma 2 del codice penale svizzero.

funzionale modello di imputazione della responsabilità all'ente, più consono alle esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e quindi più funzionale ad un'ottica di prevenzione e precauzione.

Si fa riferimento all'autorevole tesi dottrinale secondo cui sarebbe opportuno introdurre nell'ordinamento italiano l'innovativa nozione di *reato di organizzazione*, ossia di un illecito commesso direttamente dall'ente¹⁶⁹.

Considerata la sostanziale coincidenza e continuità tra le norme prevenzionali stabilite dalla legge e i modelli di gestione in materia di sicurezza sul lavoro, si è ipotizzato che in tale settore sia configurabile un illecito riferibile direttamente alla persona giuridica quale datore di lavoro, senza necessità di "passare attraverso" la dimensione imputativa individuale¹⁷⁰. In pratica, l'estensione della responsabilità ex art. 25 – *septies* consentirebbe di identificare nella mancata attuazione di norme cautelari da parte dell'ente il coefficiente soggettivo autonomo di una responsabilità di tipo *olistico*, che può prescindere dall'identificazione dei soggetti individuali autori del reato¹⁷¹.

Tale impostazione dogmatica è speculare all'esperienza britannica su esposta del c.d. omicidio d'impresa, fondato anch'esso su nesso di imputazione radicato sul rapporto tra reato e carenza organizzativa¹⁷², prescindendo dalla mediazione dell'atteggiamento psicologico dell'autore materiale del reato.

Estendere la responsabilità dell'ente agli illeciti colposi arrivando ad elaborare criteri d'imputazione di pertinenza esclusiva della persona giuridica, titolare in proprio di doveri cautelari diretti alla prevenzione di eventi pregiudizievoli, e quindi abbandonare del tutto il rassicurante brocardo *societas delinquere non potest* per approdare del tutto al di gran lunga più dirompente *societas puniri potest*, rappresenta nel panorama normativo e giurisprudenziale attuale una vera e propria sfida politico – criminale.

¹⁶⁹ De Vero, *op. cit.*, p. 281.

¹⁷⁰ Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?* In *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, p. 1965

¹⁷¹ De Vero, *op. cit.*, p. 281.

¹⁷² Si sta parlando del "*management failure*", vale a dire la grave violazione precauzionali addebitabile direttamente alla stessa organizzazione.