

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA**

Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Penale
nell'ambito della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
“La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni”
XXVIII Ciclo

*I modelli di organizzazione e gestione
tra finalità preventiva e efficacia esimente
della responsabilità amministrativa degli enti
ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*

Candidato: dott.ssa Francesca Antonazzo

Relatore: Prof. Avv. Giulio Garuti

Coordinatore del Dottorato: Prof. Aljs Vignudelli

Direttore della Scuola di Dottorato: Prof. Aljs Vignudelli

A mio figlio Pietro.

Sommario

PREMESSA	5
-----------------------	---

CAPITOLO I

I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE NEL "SISTEMA 231"

1. I criteri “oggettivi” di attribuzione di responsabilità.....	9
2. Il criterio “soggettivo” di attribuzione di responsabilità. La “colpa di organizzazione”.....	16
3.1 I modelli di organizzazione come strumenti di gestione del rischio. Il contenuto dei modelli.	22
3.2 La struttura dei modelli.	28
3.3 L’organismo di vigilanza.	34
3.4 La concezione monistica e la concezione dualistica dei modelli organizzativi.	36
5. La natura dei modelli di organizzazione: elemento costitutivo o elemento negativo del fatto?	45
6. L’adozione dei modelli di organizzazione e gestione: un onere o un obbligo per l’ente?.....	49

CAPITOLO II

I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

1. “Il sistema 231” e il “sistema sicurezza”.	51
2. Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 e modello organizzativo ex art. 30 T.U. Sicurezza sul Lavoro.	57
2.1 Modelli organizzativi e sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.	62
2.2 L’essenza protocollare- preventiva del modello organizzativo ex art. 30.....	63
2.3 La metodologia applicabile alla predisposizione dei modelli ex art. 30 T.U. Rinvio.....	66
2.4 Il sistema disciplinare e il sistema di controllo.	68
2.5 Il ruolo dei modelli di organizzazione rispetto al documento di valutazione dei rischi e agli altri adempimenti per la sicurezza.....	71

3. La valutazione di idoneità del MOG ex art. 30. La conformità alle Linee Guida UNI-INAIL e BS OHSAS 18001:2007.....	73
4. Modello organizzativo e obbligo di vigilanza del datore di lavoro.	76
5. L'asseverazione dei modelli e le "buone prassi".....	79

CAPITOLO III

LA VALUTAZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE

1. I modelli organizzativi nella prassi.	82
2. La valutazione del modello.	86
3. L'elusione fraudolenta e il controllo da parte dell'ente.....	92
4. I modelli organizzativi e la colpevolezza dell'ente.	96
5. Il caso Impregilo S.p.a.	98
6. Conclusioni.	103
BIBLIOGRAFIA	108

PREMESSA

Sono ormai trascorsi quindici anni da quando, sotto la spinta delle Convenzioni internazionali e delle fonti comunitarie¹, anche il nostro Paese ha finalmente deciso di aprire l'ordinamento a forme di responsabilità di stampo "para-penalistico" anche in capo alle persone giuridiche, o meglio, agli "enti"².

Non è questa la sede, né lo scopo del presente lavoro di ricerca, ripercorrere le tappe che hanno condotto all'emanazione del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o l'intenso dibattito³ sorto attorno alla definizione di

¹ Il riferimento è in primo luogo alla Convenzione Ocse di Parigi del dicembre 1977, relativa al contrasto della corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Nel 2003 risulta ancora di grande attualità ed è considerata dal rapporto Ocse di quell'anno uno degli strumenti privilegiati nelle strategie internazionali anticorruzione. Quanto alle fonti comunitarie, basti ricordare che, già nel 1988, una raccomandazione del Consiglio d'Europa invitava gli Stati membri a promuovere l'adozione di misure volte a rendere responsabili le imprese per i reati commessi nell'esercizio delle loro attività. Successivamente, nel 1991, la Corte di Giustizia aveva avuto occasione di affermare, a proposito dell'art. 17, n. 1, del regolamento n. 3820/85 (relativo all'armonizzazione di talune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada) che questi si limitava a stabilire che gli Stati membri puniscono con sanzioni le violazioni delle norme stabilite da detto regolamento ma non poteva far sorgere, al pari dell'art. 5 del Trattato CEE, l'obbligo per gli Stati membri di introdurre nel proprio diritto nazionale il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche. Le violazioni dell'art. 15 del regolamento, che pone specifici obblighi di impegno a carico dell'impresa, distinti da quelli imposti ai conducenti, possono essere punite mediante l'applicazione di disposizioni conformi ai principi fondamentali del diritto penale nazionale, purché le sanzioni che ne conseguono abbiano un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo. Peraltro, poiché gli Stati membri conservano un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, purché esse siano adeguate, non è imposto né è vietato ad essi di istituire un sistema di responsabilità oggettiva a carico dell'impresa in caso d'inosservanza degli obblighi da parte dei suoi preposti. Una panoramica dei diversi ordinamenti degli stati Europei lascia intravedere proprio come tra di essi siano state adottate soluzioni diverse, laddove ad esempio Germania, e Grecia hanno adottato un sistema di responsabilità "amministrativo", mentre Francia, Paesi Bassi, Irlanda, Danimarca Portogallo e Belgio certamente più penale in senso stretto.

² «L'inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica ha suggerito l'uso del termine "ente" piuttosto che "persona giuridica» Relazione Ministeriale al D.Lgs. 231/2001, 2 . fatta questa precisazione, nel corso del presente lavoro, per comodità espositiva, si farà spesso riferimento a persona giuridica in luogo di ente.

³ In argomento si vd., tra gli altri, AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 151 ss.; DE VERO G.,

responsabilità amministrativa piuttosto che penale ⁴.

E' indubitabile, infatti, che il fenomeno della criminalità d'impresa sia considerevolmente diffuso e che i cd. crimini dei "colletti bianchi" ⁵ non siano penalmente meno rilevanti dei «comportamenti criminali esclusivamente violenti e appropriativi» ⁶, essendo, anzi, «ormai pacifico che le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa» ⁷.

Quello che, invece, occorre chiedersi è se la risposta normativa al fenomeno si stia rivelando, almeno in qualche misura, efficace e idonea allo scopo ⁸. Scopo che, come si legge nella Relazione Ministeriale, è dichiaratamente preventivo, più ancora che sanzionatorio: «una risposta sanzionatoria nei confronti

Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato, ivi, 2001, 1154 ss.; Id., *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in De Francesco G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 89 ss.; GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006; MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 879 ss.; PALIERO C.E., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, n. spec., 15; STORTONI L., TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 7 ss.

⁴ La Relazione Ministeriale § 1.1 sembra voler sgombrare decisamente ogni questione laddove si afferma che "il legislatore delegante ha preferito, comprensibilmente, ispirarsi a maggior cautela, ed ha optato per un tipo di responsabilità amministrativa. In proposito, appare tuttavia necessario fare da subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia"

⁵ *White collar crime* è il concetto usato dal criminologo americano Edwin H. Sutherland per spiegare la criminalità economica con particolare attenzione agli autori di reato e alla loro posizione nella struttura sociale e produttiva di appartenenza. Si veda SUTHERLAND E. H., *White collar criminality*, in "American sociological review", 1940, V, pp. 1-12.

⁶ Con la conseguenza, secondo Sutherland, che erano considerati criminali soltanto coloro che erano reclusi in carcere e che appartenevano in prevalenza alle classi sociali più disagiate, SUTHERLAND E.H., *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti*, Milano, 1986).

⁷ Relazione Ministeriale, § 1

⁸ Interessante, per quanto non più troppo attuale, è un'indagine condotta con riferimento al primo periodo di applicazione del Decreto 2001-2007 su un campione casuale di 225 società quotate alla borsa valori di Milano. Delle 146 che hanno risposto al questionario somministrato solo il 58% del campione aveva già implementato il modello, mentre il 22% aveva comunque avviato un processo di definizione. Il restante 20% di società quotate intervistate invece, a sette anni dall'entrata in vigore del Decreto 231/2001 non aveva ancora provveduto in tal senso. Si veda PREVITALI P., *Modelli organizzativi e compliance aziendale. L'applicazione del d.lgs. 231/2001 nelle imprese italiane*. Cfr. anche l'indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001 condotta da Assionime nel 2008, che arriva invece a conclusioni più confortanti: www.assionime.it

di quest'ultimo [*l'ente*] già oggi esiste nei fatti, se si pensa che il costo del processo e delle pene applicate al suo esito viene di massima sostenuto dall'impresa, piuttosto che dal singolo».

Il Legislatore affida all'impresa, proprio in quanto è il terreno fertile per la commissione di determinate tipologie di reati, nonché in qualche modo l'istigatore, l'esecutore e addirittura il beneficiario della condotta criminosa materialmente posta in essere dalla persona fisica, un ruolo attivo; attraverso il suo fattivo coinvolgimento l'impresa stessa è chiamata a evitare, *ab origine*, il sorgere di quelle condizioni potenzialmente pericolose, o, quantomeno, di porvi efficacemente rimedio qualora queste abbiano dato luogo al verificarsi di un reato-presupposto.

Lo strumento attraverso il quale il Decreto persegue il suo scopo è il “modello di organizzazione e gestione” di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto, l'impalcatura del progetto preventivo su cui è inarcato il sistema italiano di “corresponsabilizzazione” dell'ente, capace, almeno potenzialmente, di sprigionare tutta la carica del premiale del sistema ⁹.

La filosofia alla quale appare ispirato l'impianto normativo del Decreto è quella del “*carrot and stick*” ¹⁰, attuata attraverso la minaccia di sanzioni gravose per la persona giuridica - se solo si considera che vanno a colpire il profitto dell'ente o comunque a minare la sua capacità economica- a cui fa da contraltare una serie di istituti premiali, in grado di limitare fortemente, se non addirittura evitare, le conseguenze sanzionatorie per l'ente.

Se, indubbiamente, le intenzioni espresse nella Relazione ministeriale e nel Decreto sono le migliori, a quindici anni dalla sua entrata in vigore serpeggiano ancora una certa diffidenza nell'adozione dei modelli organizzativi (MOG) da parte delle imprese (in particolar modo le piccole e medie imprese) e un generale

⁹ MANES V., TRIPODI A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in Centonze F., Mantovani M. (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 137.

¹⁰ Il bastone e la carota; cfr. DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 106 e ss.; nell'introduzione al cap. VIII delle *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, il corpus di regole elaborate negli Stati Uniti in modo da fornire ai giudici i criteri di commisurazione della pena per le persone giuridiche, si legge testualmente «*this chapter is designed so that the sanctions imposed upon organizations and their agents, taken together, will provide just punishment, adequate deterrence, and incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct*».

pessimismo di buona parte della dottrina in ordine alla reale efficacia del “sistema 231”: la ragione di ciò viene ricondotta alla sostanziale incertezza che aleggia sulle caratteristiche che un modello deve possedere affinché possa considerarsi (*rectius* essere considerato dal giudice) idoneo ed efficace per mandare esente da responsabilità l’ente. Cosicché all’interprete paiono frustrate tanto la finalità preventiva, quanto la effettiva portata premiale del sistema.

Sulla scia di questo generale “malcontento” si sono succedute negli anni diverse proposte di modifiche del Decreto, mai approdate a nulla di concreto. Da ultimo, nel febbraio 2016 è stata istituita dal Ministero della Giustizia e dal Ministero dell’Economia e delle Finanze una Commissione di studio per la modifica del decreto legislativo. «L’obiettivo è quello di effettuare una ricognizione, a quindici anni dall’entrata in vigore del predetto decreto legislativo, per contrastare e prevenire la criminalità economica, considerata importante elemento di distorsione dei mercati e di freno della crescita. La Commissione, pertanto, ha il compito di formulare proposte di modifica normativa e, più in generale, di rilanciare le politiche di prevenzione»¹¹.

¹¹ www.giustizia.it

CAPITOLO I

I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE NEL “SISTEMA 231”.

Sommario: 1. I criteri “oggettivi” di attribuzione di responsabilità 2. Il criterio “soggettivo” di attribuzione di responsabilità. La “colpa di organizzazione” 3.1 I modelli di organizzazione come strumenti di gestione del rischio. Il contenuto dei modelli 3.2 La struttura dei modelli 3.3 L’Organismo di Vigilanza 3.4 La concezione monistica e la concezione dualistica dei modelli organizzativi 4. Funzione e valenza dei modelli di organizzazione e gestione all’interno del procedimento a carico degli enti. I modelli “*ante factum*” e i modelli “*post factum*” 5. La natura dei modelli di organizzazione: elemento costitutivo o elemento negativo del fatto? 6. L’adozione dei modelli di organizzazione e gestione: un obbligo o un onere per l’ente?

1. I criteri “oggettivi” di attribuzione di responsabilità.

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231¹² delinea agli artt. 5, 6 e 7 un meccanismo di attribuzione della responsabilità amministrativa a carico degli enti articolato su dei criteri di imputazione “oggettivi” e “soggettivi”.

Innanzitutto la responsabilità dell’ente, benché sia qualificata come una responsabilità “autonoma” ai sensi dell’art. 8¹³, è chiaramente legata alla

¹² Per brevità e comodità espositiva, d’ora in poi “Decreto”.

¹³ L’art. 8 prevede infatti che «La responsabilità dell’ente sussiste anche quando:

a) l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;

b) il reato si estingue per una causa diversa dall’amnistia»

In altre parole l’illecito dell’ente non presuppone l’accertamento della responsabilità di una persona fisica determinata. Come è stato giustamente osservato «la non necessità della individuazione dell’autore del reato, con i conseguenti effetti sul piano dell’accertamento della

commissione di un fatto di reato da parte di una persona fisica, definito, per l'appunto, reato-presupposto. E' necessario, in primo luogo, che il delitto in questione, quindi, appartenga al novero dei reati elencati agli artt. 24 e ss. del d. lgs. 231/2001¹⁴.

Quanto agli autori di uno di questi reati, il Decreto individua due categorie di soggetti-persone fisiche, alle quali sono collegate effetti e meccanismi di imputazione diversi:

- Persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso.

Sono i cd. "apicali"¹⁵, coloro nei quali il Legislatore coglie i tratti di quell'immedesimazione organica che, sul piano civile, permette di imputare alla società gli effetti degli atti compiuti dalla persona fisica e, nella filosofia del Decreto, deve anche attribuirne le conseguenze, siano esse penali o (come in questo caso) amministrative. Il Legislatore ha inteso fornire una definizione elastica, tipizzando le varie figure in chiave oggettivistico-funzionale e «dando rilievo allo svolgimento del ruolo più che all'aspetto formale della carica rivestita»¹⁶.

Questa scelta risponde perfettamente alla finalità della disciplina volta a dar rilievo agli assetti organizzativi dell'ente e permette di ricomprendervi anche

colpevolezza, rappresenta pertanto, indubbiamente, l'aspetto più innovatore e complesso della responsabilità da reato dell'ente sia sotto il profilo del diritto sostanziale che di quello processuale» COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 93.

¹⁴ La "lista" dei reati-presupposto è stata, in questi quindici anni, oggetto di ampliamento e vede contemplati dai reati più immediatamente riconducibili all'ambito societario e imprenditoriale (quali ad esempio concussione, reati societari, ricettazione e riciclaggio di denaro) a quelli che da questo punto di vista hanno destato una qualche perplessità (pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, delitti con finalità di terrorismo ed eversione), fino a quelli che, in ragione della loro natura essenzialmente colposa, (omicidio e lesioni colpose commesse con violazione delle norme sulla tutela e sicurezza sul lavoro) hanno creato un intenso dibattito in ordine alla loro compatibilità con l'impianto del decreto.

¹⁵ La locuzione, come ricorda DE SIMONE, è usata diverse volte nella Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ed è oramai entrata nell'uso linguistico degli addetti ai lavori. Essa corrisponde a quella "High-level personnel", contenuta nelle *Federal Sentencing Guidelines*. DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁶ GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, 41.

gli “amministratori di fatto”: grazie ad una definizione che risulta imperniata non sull’aspetto formale della titolarità della qualifica, ma su quello sostanziale dell’esercizio delle funzioni, essi rientrano *de plano* nella categoria dei soggetti apicali già ai sensi della prima parte della lettera a), senza che sia necessario il richiamo all’ulteriore criterio dell’esercizio di fatto della gestione e del controllo dell’ente.

In questa categoria rientrano anche coloro che svolgono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione di una “unità organizzativa” dell’ente, purché dotata di autonomia finanziaria e funzionale. È il caso, ma non solo, dei direttori di stabilimento¹⁷, i quali, nelle imprese medio-grandi, godono assai spesso di una spiccata autonomia gestionale e sono sottratti al controllo delle sedi centrali.

- Persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti cd. “apicali”.

Si tratta in sostanza dei sottoposti, i subordinati, i quali, pur non avendo alcun margine di autonomia e iniziativa, e quindi estranei alla gestione e agli indirizzi della politica aziendale, agiscono, pur tuttavia, nell’ambito dei compiti ad essi devoluti dall’ente stesso: nella misura di tale “collegamento” con l’ente i fatti da loro commessi potranno, quindi, essere imputati a quest’ultimo. Ciò che, allora, assume rilievo è soltanto il fatto che l’ente risulti impegnato dal compimento, da parte del sottoposto, di un’attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica¹⁸.

Non è necessario che tra l’ente e l’autore del fatto intercorra un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato, ma è sufficiente la sottoposizione alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti in posizione apicale indicati nella lettera a) dell’art. 5, come può verificarsi per numerose categorie di collaboratori esterni, che si trovino in qualche modo a perdere parte della loro autonomia a favore dell’ente¹⁹. L’interpretazione estensiva appare opportuna, onde evitare di

¹⁷ E’ in materia di sicurezza sul lavoro, già con il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, che si è imposto il rilievo di queste figure dotate di poteri gestionali pur nell’ambito di una singola unità produttiva.

¹⁸ Relazione Ministeriale, §3.2

¹⁹ FRIGNANI A., GROSSO P., ROSSI G., *I modelli di organizzazione previsti dal D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, 2002, 153.

offrire agli enti una scappatoia fin troppo facile per aggirare il dettato normativo, ed è stata avallata anche dalla giurisprudenza di merito²⁰.

Terza e indispensabile condizione “oggettiva” perché il reato della persona fisica, apicale o sottoposta, possa essere attribuito all’ente è che sia commesso nel suo interesse o vantaggio. E’ facilmente intuibile la logica di questo requisito, che dovrebbe consentire di tradurre in termini normativi l’idea dell’immedesimazione organica²¹: «la prova dell’esistenza di un collegamento rilevante tra individuo e persona giuridica consente [...] di identificare l’organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell’impresa e quindi anche come fonte di rischio di reato»²².

Ampio è il dibattito dottrinale sorto attorno alle categorie dell’interesse e vantaggio: in particolare ci si è chiesti se i due requisiti debbano ricorrere in alternativa o congiuntamente per integrare il requisito oggettivo richiesto dalla norma. A dispetto infatti, del tenore letterale della disposizione, che utilizza la congiunzione disgiuntiva “o”, si è sostenuto che i due termini sarebbero stati usati come sinonimi, ovvero rappresenterebbero una «endiadi che addita un criterio unitario»²³, riducibile a un interesse dell’ente inteso in senso oggettivo.

Secondo questa impostazione²⁴ i due criteri in parola hanno natura unitaria e il vantaggio, relegato nella sequenza lessicale al secondo posto, sarebbe un semplice pleonasma privo di alcun valore ulteriore rispetto all’interesse: tutt’al più allo stesso potrebbe essere riconosciuta una valenza meramente processuale di

²⁰ Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, ordinanza del 27 aprile 2004 su www.olympus.uniurb.it: alla società indagata era stata applicata in via cautelare la misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Nel caso di specie, si era ipotizzata una responsabilità della società per atti di corruzione nei confronti di alcuni funzionari dell’Enel, posti in essere per ottenere l’aggiudicazione di due gare d’appalto per la fornitura di turbine a gas, da cui è derivato un profitto di rilevante entità. Orbene, nel valutare la sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell’ente ai sensi dell’art. 45 d.lgs. 231, il G.i.p. ha ritenuto che rientrassero nella categoria soggettiva individuata dall’art. 5, lett. b), tutte e tre le persone indagate, una delle quali era, per l’appunto, un ex dipendente, consulente esterno della società.

²¹ DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 32.

²² DE MAGLIE C., *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 332.

²³ Così PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 425.

²⁴ SELVAGGI N., *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 28 e ss.; ID., *L’interesse dell’ente quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato colposo*, in Compagna F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012; GUERNELLI M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, in *St. Iur.*, 2002, 290 e ss.; DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 156.

tipo probatorio, dal momento che è strumentale a dimostrare la sussistenza dell'interesse. In altre parole, dal riscontro di un vantaggio *ex post* si potrebbe desumere la sussistenza di un interesse *ex ante*. In questa prospettiva l'unico parametro veramente rilevante diventerebbe l'interesse, mentre il vantaggio sarebbe relegato al ruolo di mera variabile casuale, dal cui accertamento non è dato automaticamente inferire una responsabilità da reato della *societas*, ma ottenere solo una conferma della stessa²⁵.

L'irrilevanza del criterio del vantaggio quale requisito a sé stante per l'attribuzione di responsabilità in capo all'ente si dovrebbe desumere dallo stesso tenore letterale dell'art. 5, laddove esclude la responsabilità dell'ente anche quando il reato abbia prodotto per esso un vantaggio in termini oggettivi, ma sia stato soggettivamente commesso nell'interesse esclusivo del suo autore. La lettura di entrambi i commi sarebbe da intendere nel senso che, nel caso in cui la persona fisica abbia agito nell'esclusivo interesse suo o di terzi, la rottura della immedesimazione organica che ne deriva impedisce di ricondurre in capo alla società una qualche forma di responsabilità pur in presenza anche il vantaggio che dovesse aver "fortuitamente" conseguito.

La conferma di questa lettura sarebbe fornita dall'art. 12, comma 1, lett. a) che prevede la riduzione della sanzione pecuniaria se l'autore ha commesso il fatto nell'interesse prevalente proprio e o di terzi e l'ente da parte sua non ne abbia ricavato alcun vantaggio o ne abbia ricavato uno minimo: indirettamente si chiarirebbe che per poter imputare un fatto all'ente è sufficiente un interesse anche minimo, ma non rileva il vantaggio.

Altra parte della dottrina²⁶ ritiene invece che i due requisiti siano tra loro diversi e alternativi, portando a sostegno della loro tesi un'interpretazione storica della norma, quale può essere ricavata dalla Relazione Ministeriale, nel passaggio in cui sarebbe esplicitata in maniera piuttosto inequivoca l'*intentio legis* di distinguere i due requisiti come concetti ben distinti e separati²⁷. Ragionare

²⁵ DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 33 e ss.

²⁶ Tra gli altri MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione: tre studi sulla tutela della sicurezza*, Torino, 2009, 204; BASSI A., EPIDENDIO T. E., *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 161 e ss.

²⁷ «Il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e si accontenta di una verifica *ex ante*», mentre il vantaggio «può

diversamente produrrebbe l'effetto di una indebita *interpretatio abrogans* di uno dei presupposti previsti dal decreto per l'affermazione della responsabilità dell'ente²⁸. Non del tutto convincente appare poi la ricostruzione dell'art. 5 proposta. Il secondo comma infatti chiarisce un aspetto del tutto particolare, cioè il caso in cui si verifica la rottura dell'immedesimazione organica perché il fatto è compiuto nel mero interesse soggettivamente ascrivibile alla persona fisica, e solo per questo si rende necessario derogare, eccezionalmente, alla regola generale del primo comma, anche se l'ente ne abbia ricavato un vantaggio, al solo fine di evitare la violazione del divieto di responsabilità per fatto altrui.

Il dibattito è stato alimentato, tra l'altro, dal sorgere di un altro profilo di criticità relativo alla presunta incompatibilità tra i requisiti in parola e i reati, di natura colposa, richiamati dall'art. 25^{septies}, per cui la giurisprudenza ha in più occasioni avuto modo di esprimersi sul tema, sposando per lo più la tesi "dualistica" proprio tramite una lettura degli artt. 5 e 12 diametralmente opposta a quella dei sostenitori della tesi "monistica"²⁹.

Anche le sentenze più recenti hanno infatti ribadito che «i termini interesse e vantaggio esprimono concetti giuridicamente diversi e possono essere alternativi: ciò emerge dall'uso della congiunzione "o" da parte del legislatore nella formulazione della norma in questione e, da un punto di vista sistematico, dalla norma di cui all'art. 12, che al comma 1, lett. a), prevede una riduzione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'autore ha commesso il reato nel [prevalente] interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo, il che implica astrattamente che il reato può essere commesso nell'interesse dell'ente, ma non procurargli in concreto alcun vantaggio. Ne consegue che (sul punto cfr. Sez. 2, sent. n. 3615 del 20/12/2005, dep. 2006, Rv. 232957) il concetto di "interesse" attiene ad una valutazione antecedente alla commissione del reato presupposto, mentre il concetto di "vantaggio" implica l'effettivo conseguimento dello stesso a seguito della consumazione del reato (e

essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse» e «richiede sempre una verifica *ex post*».

²⁸ Cfr. ASTROLOGO A., *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, 192; GENTILE G., *L'illecito colposo dell'ente collettivo*, Torino, 2009, 219 e ss.

²⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2015, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. e D'Azzo, in *CED Cass.*, 232957; Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, Banca Italease Spa, *ivi*, n. 258577; Cass. Pen., Sez. VI, 22 maggio 2013, House Building Spa, *ibidem*, n.255442.

dunque una valutazione ex post)»³⁰.

Non può d'altra parte sottacersi il rischio, evidenziato dai sostenitori dell'orientamento opposto, che il criterio del vantaggio, privo *ex se* di una adeguata capacità selettiva, allarghi troppo l'ambito di operatività del Decreto, lasciando all'interprete la possibilità di ritenere ascrivibili all'ente, indistintamente, tutti quei comportamenti penalmente rilevanti che gli abbiano procurato un vantaggio, anche fortuito³¹: è invece proprio questa critica che offre lo spunto per dare rilievo al concetto di colpa di organizzazione quale criterio soggettivo necessario per poter imputare un fatto criminoso commesso dalla persona fisica all'ente stesso. Se infatti si dovesse accertare che la commissione di un reato da parte dell'apicale o del subordinato abbia sì prodotto un vantaggio ma non sia dovuto ad una lacuna organizzativa ascrivibile all'ente, allora questi dovrebbe andare esente da responsabilità.

Al di là delle tesi sopra richiamate, in ordine ai due requisiti dell'interesse e vantaggio l'altro problema interpretativo che è sorto riguarda il loro significato.

Quanto all'interesse, si registrano sostanzialmente due posizioni che lo vedono, da un lato, da intendersi in senso soggettivo, come qualcosa che attiene alla sfera psichica del soggetto agente, come una finalità che anima il suo agire: in questo caso il reato dovrebbe essere imputato all'ente ogniqualvolta si riscontri che questa finalità coincida anche con un interesse dell'ente³². E' evidente il limite di questa teoria nel caso dei reati nei quali non si possa ravvisare una proiezione finalista della condotta tenuta, come per la colpa incosciente.

Inteso invece in senso oggettivo, dovrebbe essere letto alla luce di indici di valutazione, oggettivi appunto, quali l'idoneità e la non equivocità della condotta tenuta, che denoterebbero la sua idoneità a produrre un beneficio per l'ente. La condotta oggetto di rimprovero deve perciò risultare posta in essere dal suo autore

³⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, Stradasfalti srl, in *CED Cass.* n. 26806; negli stessi termini, Cass. Pen., Sez. IV, 19 maggio 2016, n. 31210, Eureco srl, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 36, 2139.

³¹ SELVAGGI N., cit., 28 sottolinea come attribuire una autonoma e propria funzione anche al vantaggio voglia dire dare «riconoscimento ad un fattore di notevole estensione della responsabilità; il quale nella prospettiva dell'applicazione pratica potrebbe operare una vasta serie di situazioni: da quelle più lineari -come l'arricchimento di un ente a seguito del reato non realizzato nell'ambito dell'organizzazione- sino al coinvolgimento del gruppo o comunque della società capogruppo sul presupposto di un vantaggio rilevato a beneficio di una società controllata»

³² SANTORIELLO C., *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 1, 165.

(persona fisica) nell'ambito del perseguimento di compiti "istituzionalmente" affidatigli dall'ente³³.

Per quanto attiene invece al vantaggio allo stesso viene attribuita un portata ben più ampia del solo vantaggio *strictu sensu* patrimoniale, ma in ogni caso viene agganciata ad un significato "economico" che nell'ipotesi delle fattispecie colpose di cui all'illecito del *25septies* è stato ricondotto dalla giurisprudenza ad risparmio di spesa conseguente, ad esempio, alla posposizione delle esigenze della sicurezza rispetto a quelle della produzione.

La necessità di rendere in qualche modo compatibili il concetto di vantaggio con i reati colposi di evento, quali il 589 e il 590 c.p., ha tuttavia costretto ad una interpretazione ortopedica, ma in un certo senso obbligata per evitare di svuotare di contenuto l'art. 5³⁴: per valutare la sussistenza del vantaggio, che certamente non sarebbe configurabile nell'evento lesione o morte del lavoratore, occorrerà avere necessariamente riguardo al momento dell'azione od omissione³⁵.

2. Il criterio "soggettivo" di attribuzione di responsabilità. La "colpa di organizzazione".

Ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente, tuttavia, si richiede che il reato non sia soltanto ad esso ricollegabile sul piano oggettivo, in virtù dei criteri sopra evidenziati, ma lo stesso dovrà costituire anche «espressione della

³³ RIVERDITI M., "Interesse o vantaggio" dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 402 e ss.

³⁴ PELAZZA M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato degli enti*, in *Corriere mer.*, 2010, 6, 658.

³⁵ Questa soluzione, pur essendo foriera di critiche e perplessità, non rappresenta, a ben vedere, un *unicum* nel panorama legislativo, prima che ancora interpretativo e giurisprudenziale. Non mancano, infatti, situazioni particolari nelle quali il Legislatore prenda come riferimento la condotta del soggetto attivo, piuttosto che l'evento: è il caso dell'individuazione del *tempus commissi delicti* in relazione al fenomeno di successioni di leggi penali nel tempo, che ha come parametro il momento della condotta e non della verifica dell'evento. O la regola sancita dall'art. 8 c.p.p., che nel caso in cui dal fatto derivi la morte del soggetto passivo, il *locus commissi delicti*, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio andrà individuato comunque in relazione all'azione o omissione.

politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa in organizzazione »³⁶.

L'enucleazione di un diverso modello di imputazione della responsabilità, che tenga conto delle dinamiche interne all'ente, si è imposto nei diversi ordinamenti giuridici in stretto collegamento con le istanze di politica criminale che sottendono all'esigenza della responsabilizzazione diretta delle persone giuridiche, sulla scorta della constatazione dell'inadeguatezza di una qualunque punizione dell'ente che prescindendo dalla considerazione che questo, in quanto realtà complessa ed organica, abbia interagito con la commissione del reato da parte della persona fisica.

Proprio al fine di valorizzare questo aspetto, si è andato definendo il concetto di "colpa di organizzazione"³⁷, «allo scopo di mettere a punto sul piano dogmatico lo strumentario concettuale adeguato a sostenere la diretta responsabilizzazione degli enti collettivi»³⁸.

«Dire organizzazione è dire divisione del lavoro (...) valorizzazione di competenze differenziate»³⁹; ecco, dunque, che la colpa di organizzazione nasce e si sviluppa principalmente per tipizzare, mediante un procedimento di astrazione, criteri di imputazione della responsabilità nell'ambito delle organizzazioni complesse. In questo contesto, infatti, proprio la presenza di un insieme organizzato, di divisione del lavoro, di processi decisionali complessi rendono di difficile applicazione i principi del diritto penale classico⁴⁰.

L'ideazione della categoria della colpa di organizzazione appare quindi rispondere all'obiettivo di disegnare una colpevolezza di caratura socio-normativa, diretta a soppiantare il concetto classico di colpevolezza difficilmente riferibile alla persona giuridica, e di fissare un concetto di colpevolezza che prescindendo da qualsiasi collegamento con il coefficiente psicologico che accompagna la persona

³⁶ Relazione Ministeriale, § 3.3

³⁷ Sul concetto di colpa in organizzazione si rinvia a PALIERO C. E, PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Riv. amm. soc.*, 2006, 3, 167; per un'analisi della colpa di organizzazione nella dogmatica della responsabilità da reato dell'ente cfr. VILLANI E., *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016. L'Autrice, attraverso un'approfondita analisi comparata dei sistemi tedesco, austriaco e svizzero, ripercorre i tentativi di costruire un criterio d'imputazione capace di legittimare una forma di responsabilità penale e quindi assicurare il rispetto delle garanzie penalistiche sostanziali.

³⁸ Così VILLANI E., cit., 5.

³⁹ PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 137.

⁴⁰ PALIERO C.E., PIERGALLINI C., cit., 169.

fisica autrice del reato ⁴¹.

Vi è peraltro ⁴² chi trova più corretto parlare di “colpevolezza di organizzazione” in luogo di colpa di organizzazione, proprio al fine di superare la limitazione che deriverebbe dal riferimento al solo elemento psicologico della colpa e poter così ricomprendere anche tutte le scelte (consapevoli e volontarie) che attengono alla politica d'impresa, più affine al dolo, oltre che l'osservanza del controllo, affine invece alla colpa.

L'enucleazione di un criterio di imputazione ⁴³ individuato nella colpa di organizzazione ha peraltro permesso di aggirare l'ostacolo rappresentato dall'art. 27 Cost.⁴⁴

Ciò che si rimprovera all'ente, infatti, è di “non aver 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” ⁴⁵.

La compatibilità di tale criterio di imputazione con l'art. 27 Cost. è evidentemente correlato ad una concezione normativa della colpevolezza ⁴⁶, che rimandando al concetto di “rimproverabilità” ⁴⁷ permette di superare l'ostacolo a lungo rappresentato dall'impossibilità di rinvenire un coefficiente psicologico nella

⁴¹ Id., cit., 170.

⁴² ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, Milano, 2002, 54; sul punto cfr. anche VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti. Un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695.

⁴³ Il necessario collegamento tra natura della responsabilità e struttura dei criteri d'imputazione era già stato acutamente posto in evidenza da Bricola laddove affermava che «è emersa la necessità che per imputare all'ente sanzioni penali *stricto sensu* il legislatore non si accontenti di requisiti che sottolineano la connessione del reo con l'attività dell'ente, o la vantaggiosità di esso per l'impresa. Occorrono elementi che identifichino più direttamente l'illecito con impresa e con la volontà sociale » BRICOLA F., *Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti*, in *Giur. comm.*, I, 659.

⁴⁴ Sul problema della compatibilità del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. con la responsabilità delle persone giuridiche, per tutti DE VERO G., *La responsabilità penale*, cit., 36 e ss.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *www.rivista231.it*

⁴⁶ Relazione Ministeriale § 1.1

⁴⁷ Secondo la Suprema Corte nel concetto di rimproverabilità rientrerebbe “una nuova forma di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzato costituente un ente ai sensi del d.lgs., art. 1, 2 comma, adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire determinati reati.”; Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 4,1000.

persona giuridica.

Come è stato evidenziato ⁴⁸, la mancata organizzazione prende le mosse da una deliberata scelta con cui l'ente decide di correre un rischio, vale a dire che i soggetti a vario titolo coinvolti nell'attività dell'ente medesimo commettano reati: questa scelta denota un atteggiamento dell'ente del tutto disinteressato o tollerante nei confronti dell'ampio ventaglio di conseguenze che possono aver luogo ed è sufficiente a incardinare una valida correlazione di rischio con la regola organizzativa e, per usare le parole della Relazione Ministeriale, ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di *standards* doverosi.

D'altra parte, la Cassazione ha osservato come con l'introduzione di questo ulteriore requisito di natura soggettiva, la colpa di organizzazione, non è stato quindi riprodotto il principio dell'automatica derivazione della responsabilità dell'ente dal fatto illecito del suo amministratore (a differenza, ad es., che in Francia, ove vige la responsabilità riflessa, "*par ricochet*"), in deroga al principio di identificazione, pur connaturale alla rappresentanza organica, valido, in tesi generale, per ogni rapporto, negoziale e processuale ⁴⁹.

Il criterio di immedesimazione organica, a cui pur fa riferimento la Relazione, e che certamente coglie un aspetto saliente e irrinunciabile ⁵⁰ del fenomeno organizzativo, trova quindi contemperamento nella necessità che esista anche una lacuna organizzativa rimproverabile all'ente ⁵¹.

⁴⁸ PALIERO C.E., PIERGALLINI C., cit., 179 e ss.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. e D'Azzo, cit.

⁵⁰ FIORELLA A., SELVAGGI N., Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3/4, 110.

⁵¹ La mera identificazione della volontà dell'ente con quella della persona fisica si rivelerebbe infatti in ogni caso come un impoverimento sostanziale dell'imputazione penale. In questi termini FALZEA A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario. Atti della conferenza di Messina 30 aprile- 5 maggio 1979*, Milano, 1981, 157. Sui limiti della teoria organicistica si sono espressi anche PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro*, Milano 1994, 51; Id., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, De Francesco G. (a cura di), Torino, 2004, 18. In tempi decisamente più risalenti anche tra la dottrina che già credeva fermamente nella ammissibilità della responsabilità delle persone giuridiche trapelava l'idea e la consapevolezza che il meccanismo di immedesimazione organica pura non consentisse di assolvere ad una imputazione piena dell'illecito; cfr. a questo proposito CICALA S., *Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche dal punto di vista punitivo interno*, in *Rass. pen.*, 1929, 628; LONGHI S., *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, 417.

E' immediatamente comprensibile che il problema del modello ascrittivo di responsabilità adottato sia di fondamentale importanza, non solo nella prospettiva di un dibattito "astratto" intorno alla compatibilità con un sistema che, al di là delle "etichette", è, nei fatti, certamente di stampo penale o almeno parapenale, ma abbia importanti e pratiche ricadute sui modelli di organizzazione e gestione, quali strumenti destinati a incidere proprio sul riconoscimento o meno di una responsabilità dell'ente per fatto proprio. Nel senso che occorre verificare la "tenuta" di un meccanismo che fondi la rimproverabilità dell'ente ad un mero *deficit* organizzativo al cospetto dei principi penalistici⁵².

Il rischio è, che nel tentativo di evitare una forma di imputazione meramente oggettiva, attraverso il concetto di colpa di organizzazione, così inteso, si finisca inevitabilmente per scivolare nell'ambito di una "pre-colpevolezza": l'ente, non potendo cioè avere capacità di colpevolezza con riferimento diretto al fatto di reato realizzato, verrebbe punito sulla base di una colpevolezza (di organizzazione appunto) che l'ente manifesti in un momento precedente alla commissione dell'illecito, e si concreti in un mero "pre-comportamento"⁵³. In altre parole il pericolo è quello di ricadere in un inaccettabile "diritto penale d'autore"⁵⁴.

Si è infatti osservato che in questo modo risulterebbero accentuati i caratteri oggettivi di una colpevolezza che verrebbe svuotata dei suoi contenuti personalistici, finendo per assolvere alla funzione di mero criterio formale di legittimazione⁵⁵. La colpevolezza così intesa, come un pre-comportamento, non riuscirebbe ad esprimere pienamente l'appartenenza del fatto all'ente.

La carenza organizzativa deve invece uscire da una dimensione «fatalmente e fortemente oggettiva»⁵⁶ per poter sostenere ragionevolmente la formulazione di un rimprovero che risponda ai canoni della dogmatica penale:

⁵² «In questo senso massima attenzione deve essere riservata alla circostanza che la mancata adozione di un modello preventivo, o comunque il mancato intervento sull'organizzazione e sull'azione organizzata in funzione di prevenzione, possono essere anzi tutto valutati come inosservanza di un dovere di cautela posto dall'ordinamento, che sia causalmente collegabile al reato e, quindi, in termini puramente e semplicemente oggettivi» FIORELLA A., SELVAGGI N., *cit.*, 113.

⁵³ VILLANI E., *cit.*, 227.

⁵⁴ FIORELLA A., sub *Responsabilità penale*, in *Enc Dir.*, vol. XXXIX, 1329 e ss.

⁵⁵ MILITELLO V., *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 110 e ss.

⁵⁶ ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche*, *cit.*, 47 e ss.

evitabilità, prevedibilità, dominabilità possono essere, a ben vedere, categorie riferibili anche rispetto all'evento-reato verificatosi nell'ambito dell'ente e permettono di supportare un giudizio di colpevolezza per il singolo e concreto fatto e non per il "modo di essere" dello stesso. Il significato della colpevolezza in organizzazione non può, dunque, ridursi al generico criterio della politica d'impresa: è necessario che il *deficit* organizzativo abbia attivato un rischio preso in considerazione dall'ordinamento, secondo un nesso di derivazione di tipo causale tra il fatto commesso tra la carenza organizzativa, che deve tradursi in una specifica lacuna. Il riferimento allo «specifico *deficit* organizzativo [...] evoca con maggior puntualità il concetto [...] di colpa, con ricadute positive sul tasso di determinatezza e sulla possibilità di accertamento del collegamento "soggettivo" così ipotizzato»⁵⁷.

Si è anche giustamente rilevato come, a fronte dello sforzo di ancorare il criterio di imputazione soggettivo ad una forma di colpevolezza costituzionalmente orientata, vi sia «la netta impressione che il complesso meccanismo elaborato nell'art. 6 abbia generato nella prassi una riedizione del criterio di identificazione (...). Le preoccupazioni di arricchire la disciplina di elementi (genericamente) riferibili alla nozione di colpevolezza si sono sostanzialmente infrante sia per la macchinosità dell'eventuale prova liberatoria, sia per la formidabile attrazione esercitata dalla condotta dell'amministratore rispetto alla responsabilità dell'ente»⁵⁸.

Affinché il meccanismo di imputazione funzioni correttamente è necessario chiarire la connessione tra le regole cautelari contenute negli artt. 6 e 7 e il reato presupposto e in questo senso giocano un ruolo chiave i modelli di organizzazione e gestione. Si rende allora necessario definirne con chiarezza la loro natura, la valenza all'interno del "sistema 231" e, ovviamente, lo spazio di lasciato all'interprete nella loro valutazione. Infatti, «ciò che "spaventa" le imprese è l'ampia discrezionalità riconosciuta in questo campo all'accertamento giurisdizionale, conseguente alla mancanza di una normativa che descriva nel

⁵⁷ DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 64.

⁵⁸ ALESSANDRI A., *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in Mongillo V., Stile A., Stile G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Napoli, 2013, 239.

dettaglio il contenuto dei modelli»⁵⁹.

3.11 modelli di organizzazione come strumenti di gestione del rischio. Il contenuto dei modelli.

Un'organizzazione costituisce un insieme ordinato e collegato di parti di un tutto, una sorta di armonia predisposta allo scopo⁶⁰: il Decreto richiede alla persona giuridica il dovere di “organizzare la sua organizzazione”⁶¹ in maniera tale da scongiurare quel rischio di incertezza e precarietà che deriva proprio dalla molteplicità di centri decisionali, di ripartizione delle competenze, in altre parole dal carattere multipersonale dell'ente, sì da prevenire la commissione di talune tipologie di reato⁶².

Il concetto stesso di organizzazione impone il richiamo ai principi elaborati dalle tecniche aziendali in tema di gestione del rischio, indirizzato, in questo caso, al particolare e specifico rischio di commissione di determinati reati individuati dal decreto⁶³.

Il sistema di gestione del rischio è conosciuto nell'ambito della letteratura dell'organizzazione aziendale⁶⁴ come ciclo di Deming⁶⁵, descritto con l'acronimo P.D.C.A. e prevede l'articolazione in diverse fasi:

- *plan*, vale a dire la fase di “pianificazione”, a sua volta composta dall'analisi e “valutazione del rischio” (*risk assessment*), dalla “gestione del rischio” stesso (*risk management*) e dalla cd. “dichiarazione di applicabilità” (*statement of applicability*);
- *do*, vale a dire “l'attuazione del piano” così elaborato;

⁵⁹ FIDELBO G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, ivi, 174.

⁶⁰ LUHMANN N., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 249.

⁶¹ Col concetto di “organizzazione dell'organizzazione” PIERGALLINI rinvia a LUHMAN, cit.

⁶² E' ancora una volta a Relazione ministeriale a evidenziare come proprio “la complessità del modello industriale post-moderno è anzi contraddistinta dall'incremento dei centri decisionali, da una loro accentuata frammentazione e dall'impiego di schemi fittizi a cui imputare le scelte e le conseguenti responsabilità”

⁶³ Artt. 24 e ss. d.lgs. 231/2001.

⁶⁴ BASTIA P., *Sistemi di pianificazione e controllo*, Bologna, 2008.

⁶⁵ Dal nome dello statistico e teorico della “qualità” William Edwards Deming..

- *check*, la fase di “controllo” dell'attuazione del piano;
- *act*, mantenimento, verifica e miglioramento del piano⁶⁶.

Posto che i modelli di organizzazione di cui al decreto 231/2001 costituiscono, evidentemente, l'espressione della più ampia elaborazione, propria dell'ambito aziendale, del tema del *risk management*, è altrettanto chiaro che possiedono talune peculiarità che derivano dalla specificità del rischio alla cui gestione sono preordinati.

Da un lato, infatti, l'individuazione dei beni da tutelare è determinata a monte, attraverso la previsione tassativa delle fattispecie di reato la cui commissione da parte della persona fisica può dar luogo alla responsabilità dell'ente.

D'altro canto, la gestione del rischio non prevede alcun “margine di elasticità”, nel senso che il fine non è la mera riduzione, o il trasferimento del rischio stesso, ma la sua totale eliminazione; ciò non toglie però che possano e debbano essere individuate le soglie minime di “allarme”, oltrepassate le quali debbono scattare le cd. “contromisure di prevenzione”.

Si è quindi detto che, nell'ottica di una organizzazione orientata alla gestione del rischio, l'ente è chiamato a dotarsi dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i cd. reati presupposto, secondo quanto sancito dagli artt. 6 e 7 del Decreto⁶⁷.

⁶⁶Nello specifico, l'analisi del rischio comprende l'individuazione del bene da tutelare, della possibile minaccia, cioè quel fatto, quell'azione, quella circostanza in presenza della quale può verificarsi l'evento pericoloso (la commissione del reato), del portatore della minaccia, delle vulnerabilità, vale a dire quei punti deboli del sistema che consentono alla minaccia di determinare l'evento pericoloso e le contromisure già in essere.

La valutazione del rischio invece implica la determinazione dell'entità del rischio alla luce della probabilità di danno, nel senso che maggiore è la probabilità del danno maggiore sarà l'entità del rischio, e dal valore dell'impatto, vale a dire delle conseguenze, anche in termini di gravità, che l'evento può causare.

Solo una volta ultimate queste due fasi di analisi e valutazione potrà individuarsi il piano di gestione del rischio così classificato attraverso la definizione delle cd contromisure di prevenzione (quando agiscono direttamente sulla fonte del rischio) o di protezione (tese invece ad agire sull'impatto del rischio) e delle soglie minime di rischio superate le quali la contromisura deve scattare. Il tutto deve essere documentato nella cd dichiarazione di applicabilità sì da consentirne la concreta implementazione fornendo le risorse necessarie e assicurando l'informazione necessaria a tutti i soggetti coinvolti. Da ultimo, è necessario procedere al controllo del corretto funzionamento del piano attraverso la periodica raccolta dei dati, sulla base dei quali misurare l'efficienza dello stesso e l'eventuale riesame alla luce dei risultati ottenuti.

⁶⁷A ben vedere, rileggendo a ritroso l'*iter* storico e normativo che ha portato all'adozione del decreto legislativo 231/2001, dalle Convenzioni Ue e relativi protocolli sino alla stessa legge

Il comma 1 dell'art. 6 e il comma 2 dell'art. 7, più precisamente, garantiscono l'esenzione da responsabilità per l'ente che abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione; in relazione al contenuto minimo di questi modelli, però, la legge si limita a stabilire al comma 2 che debbano rispondere alle specifiche esigenze ivi elencate:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i 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 a impedire la commissione di 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.

Parallelamente, l'art. 7, comma 3, sancisce, poi, che il modello preveda, 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.

In primo luogo appare facile intuire come nell'elencazione si possano riconoscere le “tappe” di quella “procedimentalizzazione” della gestione del rischio già individuate *supra*.

Un modello di organizzazione e gestione, infatti, richiede un vero e proprio esame iniziale, necessario e fondamentale per esaminare le caratteristiche dell'ente (dalle dimensioni, al numero di dipendenti, all'attività e ai settori nei quali svolge la sua attività, all'organigramma *etc...*) e trarne, conseguentemente, un'analisi di quei rischi nei quali, proprio in ragione delle caratteristiche di quel particolare ente così come individuate, l'ente medesimo può incorrere.

delega del 29 settembre 2000, n. 300 non si rinviene alcuna traccia e alcun riferimento ai modelli di organizzazione e gestione. Tuttavia, è lo stesso Legislatore che nella Relazione Ministeriale individua nei *compliance programs* statunitensi «dei modelli assai utili» cfr par. 8°1.2 *Commentary 3* delle *Federal Sentencing Guidelines* dove si legge «la persona giuridica deve aver costruito dei Modelli e delle procedure ragionevolmente in grado di ridurre la possibilità dei comportamenti criminosi, in modo che siano osservati da parte degli impiegati e degli altri agenti della società».

Si tratta della cd. attività di “mappatura del rischio”, una sorta di censimento delle aree di attività dell’ente nelle quali può concretizzarsi una determinata minaccia.

Tale attività deve muovere innanzitutto dalla considerazione dei reati che generano responsabilità per l’ente e valutare come in relazione ad essi si configuri l’attività di quest’ultimo. E’ chiaro che questa valutazione non può essere astratta ma debba presentare il carattere della specificità in relazione alle attività concretamente svolte. Il secondo *step* consiste poi nella individuazione delle possibili modalità con cui potrebbero attuarsi i reati all’interno della struttura dell’ente: questa fase richiede un’accurata analisi della storia dell’impresa, delle sue caratteristiche operative, insomma delle sue caratteristiche specifiche ⁶⁸.

E’ fondamentale, in questa fase, garantire un approccio necessariamente multidisciplinare, in quanto si tratta di attività che richiede la sinergica applicazione di diverse professionalità, dal giurista, a colui che si occupa di organizzazione aziendale *etc...*

A questa fase ⁶⁹ di *risk assessment* seguirà poi la vera e propria pianificazione (*risk management*) che consiste nell’adozione di misure di organizzazione, quali l’introduzione di specifiche procedure interne, modalità di gestione delle risorse finanziarie, creazione di un organismo di vigilanza, obblighi di informazione a questo organismo, la previsione di un sistema disciplinare ⁷⁰.

Attraverso i protocolli l’ente non fa altro che tradurre la rappresentazione

⁶⁸ Si veda Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice delle Indagini Preliminari, ordinanza del 20 settembre 2004 su www.olympus.uniurb.it: «l’individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati presuppone un’analisi approfondita della realtà aziendale con l’obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato. E’ altresì necessaria un’analisi delle possibili modalità attuative dei reati stessi. Quest’analisi deve sfociare in una rappresentazione esaustiva di come i reati possano essere attuati rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l’azienda. In quest’analisi dovrà necessariamente tenersi conto della storia dell’ente- cioè delle sue vicende, anche giudiziarie, passate- e delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore. L’analisi della storia dell’ente e della realtà aziendale è imprescindibile per poter individuare i reati che, con maggiore facilità, possono essere commessi nell’ambito dell’impresa e le loro modalità di commissione. Quest’analisi consente di individuare- sulla base dei dati storici- in quali momenti della vita e dell’operatività dell’ente possono più facilmente inserirsi fattori di rischio; quali siano dunque i momenti di vita dell’ente che devono più specificamente essere parcellizzati e proceduralizzati in modo da poter esser adeguatamente ed efficacemente controllati[...]. Solo un’analisi specifica e dettagliata può consentire un adeguato e dinamico sistema di controlli preventivi e può consentire di progettare specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire».

⁶⁹ Idealmente riconducibile alla lettera a) dell’art.6.

⁷⁰ Riconducibili, evidentemente, alle lettere b), c) d), e) del secondo comma dell’art. 6.

delle possibili e astratte modalità di realizzazione della condotta illecita individuate nella fase di analisi in specifiche procedure finalizzate a eliminare il rischio di commissione del reato. Quanto più sarà dettagliata e specifica la regolamentazione dell'*iter* di ogni processo, tanto più si ridurrà il rischio che la singola attività potenzialmente vulnerabile sia occasione di commissione dei reati. In questo modo il modello trova così il suo dettaglio, la sua personalizzazione rispetto alle sue specifiche caratteristiche.

I protocolli assumeranno la veste di vero e proprio “algoritmo”⁷¹ matematico nel caso in cui le procedure riguardino variabili esattamente quantificabili; in ogni caso, in relazione a tutte le situazioni di rischio dovranno essere previsti i soggetti che devono assumere le decisioni, i parametri a cui attenersi e le regole da seguire secondo una procedura specifica e ben individuata⁷².

Quanto alla individuazione delle modalità di gestione delle risorse, essa costituisce evidentemente uno snodo essenziale del MOG, specie con riferimento a quei reati che presuppongono o generano flussi di denaro illegali. Deve essere perciò garantita la tracciabilità dei flussi finanziari, vale a dire la ricostruzione in termini di certezza del punto di partenza e del punto di arrivo di ogni flusso, così come l'imputazione di pagamento, cioè la possibilità di individuare in modo inequivoco il titolo giustificativo di ogni flusso di denaro.

Secondo questa impostazione⁷³ il modello dovrebbe quindi prevedere chiare regole di documentazione dei flussi che ne definiscano la forma, il contenuto e i soggetti tenuti all'obbligo di documentazione così specificato.

L'obbligo di informazione all'Organismo di Vigilanza⁷⁴ risulta funzionalmente legato alla possibilità di attuare un controllo e un monitoraggio sulla concreta attuazione del piano, ma deve necessariamente essere accompagnato dalla previsione di autonomi poteri di iniziativa e controllo da parte

⁷¹ BASSI A., EPIDENDIO T. E., *Enti e responsabilità da reato*, cit., 225.

⁷² *Infra*, § 3.2

⁷³ *Id.*, 237.

⁷⁴ La circostanza che non siano stati utilizzati organismi di controllo già contemplati dal codice civile si spiega col fatto che, da un lato, quelli non sono stati considerati dotati di sufficienti poteri e autonomia e, dall'altro, con la necessità che si tratti di un organo deputato esclusivamente a questo compito e con non cumuli su di sé altre funzioni che possano minarne l'autonomia e l'effettiva capacità di controllo e iniziativa.

dello stesso OdV che ne assicurino l'effettività⁷⁵.

L'autonomia si manifesta da un punto di vista formale e sostanziale: ciò significa che non solo le decisioni devono essere assunte dallo stesso OdV e non imposte da altre, ma che non vi siano situazioni di fatto che diano luogo a condizionamenti dell'agire dell'organismo stesso, quali possono essere legami o interessi dei componenti dell'OdV con la direzione dell'ente, o attraverso il controllo della gestione delle sue risorse *etc...*⁷⁶

Sempre nell'ottica di una concreta attuazione del piano di organizzazione e gestione, che non rimanga cioè solo "sulla carta", risulta fondamentale la previsione di un sistema disciplinare: difatti questo presuppone una capillare ed effettiva diffusione all'interno dell'ente delle regole di prevenzione e di una sensibilizzazione per il rispetto delle regole imposte a cui fa seguito un sistema di sanzioni per condotte che, evidentemente, non sono di per sé reato, ma ne costituiscono i prodromi. La stessa giurisprudenza⁷⁷ ha, infatti, negato rilievo a modelli organizzativi che fossero privi di un adeguato sistema disciplinare: il sanzionare disciplinarmente l'inosservanza del modello risulta essenziale per dare concretezza all'attuazione dello stesso e dovrà trattarsi di provvedimenti che non solo puniscano in modo adeguato il sottoposto, ma che fungano da deterrente giungendo, se del caso, fino al licenziamento .

Lo stesso primo comma dell'art. 6, così come il secondo comma dell'art. 7, prevede letteralmente che queste procedure e i protocolli così implementati dopo la fase di "plan" siano anche concretamente adottati, (quindi trasfusi in un modello "statement of applicability"⁷⁸) e attuati fattivamente e verificati ("do" e "check"). In particolare è l'art. 7, comma 4, che esplicita come l'efficace attuazione del modello richieda una verifica periodica e l'eventuale modifica del

⁷⁵ *Infra* § 3.3

⁷⁶ In questo senso risulta preferibile «l'istituzione di un organismo *ad hoc*, a favore del quale sarà necessario prevedere apposite garanzie di stabilità, efficienza, attraverso l'inserimento nel modello di previsioni sulla composizione dell'organo di controllo, sulle cause di ineleggibilità e decadenza dei suoi membri, sulla nomina e cessazione dell'ufficio, sulla presidenza dell'organo di controllo, sulle ipotesi di sostituzione, sulla retribuzione, sui doveri e poteri dell'organismo di controllo, sulle modalità di riunioni dello stesso, sulle responsabilità attribuite». FRIGNANI A., GROSSO P., *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in Monesi C., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, 383.

⁷⁷ Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 settembre 2004

⁷⁸ E' opportuno, peraltro, che anche le singole attività compiute per l'adozione del modello risultino documentate per iscritto anche ai fini di una eventuale esigenza di natura probatoria.

modello qualora le “contromisure” individuate ed adottate risultino insufficienti o inadeguate, oppure qualora intervengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività.

Il controllo e la verifica sul modello sono appunto affidate all'Organismo di Vigilanza già ricordato, il quale è l'assoluta novità⁷⁹ dell'impianto normativo e a cui sono demandate, nello specifico, queste funzioni: previsione e attivazione di procedure di controllo sul funzionamento e sull'osservanza del modello; verifica periodica delle attività e delle operazioni individuate nelle aree di rischio; raccolta ed elaborazione dei flussi informativi; attività di *reporting* agli organi apicali. Appare certamente condivisibile l'opinione di quella dottrina che ne ha ravvisato «l'elemento più caratterizzante dell'implementazione di un M.O.G.»⁸⁰.

3.2 La struttura dei modelli.

Per quanto attiene alla fase di concreta progettazione del modello, benché non vi sia alcun dato normativo in proposito, si registra nella prassi la tendenza a suddividerlo, dal punto di vista strutturale, in due parti: una cd. Parte Generale, dove si suole individuare la fisionomia “istituzionale” di questo strumento⁸¹, e una Parte Speciale, su cui concentra invece il nucleo caratterizzante il modello con specifico riferimento alla particolare realtà a cui è destinato. Trova spazio in questa sezione, infatti, tutta l'attività sopra descritta, di mappatura e individuazione delle aree di rischio, implementazione dei protocolli e delle regole progettuali, la definizione di un sistema di controllo *etc...*

La Parte Generale ha il compito di presentare l'ente, atteggiandosi a una sorta di “carta d'identità”⁸² in grado di fotografare la configurazione giuridica dell'ente, il suo organigramma, ripercorrendo anche la sua storia e le sue vicende

⁷⁹ BASTIA P., *I modelli organizzativi*, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, 161.

⁸⁰ STOLFA F., *Le definizioni*, in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, 49 e ss.

⁸¹ In genere vengono riportate le coordinate normative di riferimento, gli scopi della disciplina, i principi, le nozioni *etc...*

⁸² PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, PARTE I, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 384.

modificative. Già solo questo aspetto assume una rilevanza fondamentale per la corretta implementazione di un MOG che si dimostri idoneo in relazione alle specifiche esigenze dell'ente: non si può infatti prescindere dalla sua fisionomia e caratteristiche dimensionali, dagli eventuali collegamenti societari con imprese controllate o controllanti, dall'oggetto della sua attività e dai settori di mercato in cui opera, dagli altri enti con cui per la sua attività entra in contatto *etc...* per poter definire le aree di rischio.

Ma non solo: la descrizione della struttura e compagine societaria permette già di valutare se questa possa dirsi idonea in relazione alla realtà operativa dell'ente, quindi alle attività esercitate, alla struttura e alle dimensioni dello stesso, cosicché ad esempio potrebbe apparire già di per sé inadeguata a fronteggiare un rischio-reato una *governance* societaria in forma troppo semplificata e senza un'adeguata divisione di competenze⁸³.

Nel riportare la struttura organizzativa dell'ente occorre anche che siano individuati gli organismi interni deputati alle funzioni di coordinamento operativo e di controllo: in particolare assume rilievo l'attività di *Internal Auditing*, che costituisce diretta emanazione del vertice aziendale e il fondamento di tutti i controlli interni. La revisione interna si attua mediante verifiche dirette, attuate tramite visite ispettive con accesso fisico presso le unità operative e verifiche a distanza, tramite analisi e metodologie che si servono dei flussi informativi rilevanti ai fine dell'accertamento. La descrizione dei vari sistemi di controllo in atto presso l'ente è fondamentale nella individuazione delle aree di rischio in quanto la misura dell'impatto preventivo che già questi strumenti esercitano serve per individuare, in "via residuale" la sfera di rischio che ancora permane "al netto" di queste verifiche.

Definita la parte che fotografa l'assetto societario e i sistemi dei controlli, occorre riportare la ripartizione dei poteri, vale a dire individuare i soggetti chiamati ad assumere responsabilità di gestione e di direzione all'interno dell'ente.

⁸³ Sempre PIERGALLINI C, cit., esemplifica il caso del ricorso ad una s.r.l. da parte di una società di grandi dimensioni: che questa forma societaria è volta a soddisfare le esigenze legate al mondo delle piccole e medie imprese e per questo motivo pur godendo del beneficio della responsabilità limitata è sottratta alla rigidità della disciplina delle società per azioni. La circostanza per cui l'organo amministrativo sia costituito da membri della società fonda una stretta connessione tra l'organo della società e la guida dell'azienda tale da escludere un contrappeso "istituzionale capace di fomentare strategie virtuose sul versante del rispetto della legalità e delle norme di condotta.

E' fondamentale, ai fini della necessità di dover individuare, un domani, le relative responsabilità di ciascuno, che sia formalizzato nel dettaglio tutto il sistema di attribuzione di poteri e doveri da parte dell'organo amministrativo, anche allo scopo di ottimizzare i flussi informativi nell'ambito dell'ente stesso. E' quindi opportuno che siano riportate minuziosamente le deleghe conferite, con l'espressa e chiara indicazione della funzione delegante e la fonte del suo potere, del soggetto delegato e della esplicita descrizione della funzione attribuitagli e, ovviamente, delle risorse economiche di cui può disporre per l'assolvimento del compito delegato. Un aspetto di non minore importanza sarà anche la previsione di un sistema di controllo e monitoraggio sulle funzioni delegate, qualora queste implicino l'assolvimento di posizioni di garanzia rilevanti ⁸⁴.

Sempre nell'ambito della Parte Generale è prassi inserire il cd. Codice Etico, il quale assume contorni più propriamente esortativi e di indirizzo: in esso vengono infatti espressi, in via certamente più generale e programmatica, i valori e le prescrizioni che permeano la cultura d'impresa e che dovrebbero indirizzare i comportamenti sia dei soggetti interni all'ente che gli eventuali *partners* che con lui operano. Il Codice Etico è uno strumento inteso ad «affermare concretamente un principio di autoregolamentazione, ai fini della prevenzione degli illeciti e dell'affermazione di una cultura della legalità, fino all'introduzione di un incisivo sistema di valori etici, strumentalmente utili alla tutela della reputazione dell'impresa e alla creazione di un generale consenso delle proprie strategie»⁸⁵. Pur essendo alla base di un modello organizzativo, resta in ogni caso un documento diverso e distinto sia dal punto di vista funzionale che operativo⁸⁶.

Il modello dovrà inoltre prevedere un'accurata attività di informazione e formazione che permetta la diffusione e la comprensione delle procedure e delle regole protocollari che saranno poi oggetto di Parte Speciale. Questa attività va posta in essere con continuità e non occasionalità, e la sua intensità va parametrata, in termini di modalità, tempi, contenuti, sia alla cerchia di destinatari

⁸⁴ Questo aspetto assume una rilevanza pratica fondamentale con riferimento al dovere di vigilanza del datore di lavoro *ex art. 16 T.U.*, che si intende assolto in presenza di idoneo e efficace modello organizzativo. *Infra* CAPITOLO II, § 4.

⁸⁵ BASTIA P., *I modelli organizzativi*, cit., 157.

⁸⁶ Cfr. ASSIOBIOMEDICA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, Milano, 2003, 28, in www.assobiomedica.it

a cui è rivolta, sia ai livelli di rischio a cui l'oggetto della formazione e informazione si riferisce. Ai fini di una valutazione di idoneità e efficacia del modello, la formazione dovrebbe essere prevista, già nella Parte Generale, quale obbligatoria e seguita da verifica del livello di apprendimento.

A incidere sulla positiva valutazione dell'idoneità ed efficacia modello è volta anche la «predisposizione di un efficace sistema di rilevamento delle violazioni che permetta la tempestiva emersione delle trasgressioni delle regole di comportamento, non soltanto nelle forme più gravi, ma anche quelle che si traducono in mere deviazioni da regole di *compliance* che, se non vengono immediatamente neutralizzate, potrebbero fomentare un clima di anomia, foriero, nel tempo, di conseguenze ben più rilevanti per la società»⁸⁷. Negli enti di più grandi dimensioni anche questo sistema dovrebbe essere formalizzato in uno specifico protocollo nella Parte Speciale, che assicuri l'emersione, anche attraverso denunce in forma anonima, di queste violazioni e che ne garantisca la trasmissione all'Organismo di Vigilanza.

Da ultimo, è nella Parte Generale che si dovrebbe ricomprendere la previsione del sistema disciplinare, «deputato a rafforzare l'efficacia dissuasiva e pedagogica del modello»⁸⁸. In particolare l'importanza del sistema disciplinare si manifesta, come già anticipato nel paragrafo precedente, sul piano della valutazione di efficacia del Modello⁸⁹.

Questo sistema sanzionatorio, per così dire interno, rappresenta un utile supporto che si affianca al sistema sanzionatorio pubblicistico esterno, applicato dal giudice penale. L'apparato sanzionatorio previsto dal modello rientra nella previsione legale, quale corollario di un principio di civiltà giuridica che si è evoluto attraverso lotte sindacali e pronunce giurisprudenziali e volto a disciplinare i rapporti di lavoro nell'impresa. Il potere disciplinare infatti è proprio del datore di lavoro che, in base all'art. 2106 c.c. può dar luogo a sanzioni disciplinari qualora venga accertata una condotta colpevole del lavoratore per non aver osservato con diligenza (art. 2104 c.c.) o fedeltà (art. 2105 c.c.) gli obblighi

⁸⁷ PIERGALLINI C., cit., 387-388

⁸⁸ Id., cit., 388

⁸⁹ Cfr. SALVATORE A., *Il sistema di sanzioni interne a garanzia dei modelli ex 231*, in *Il Sole 24Ore, Amb. sic.*, 2008, 15

contrattualmente assunti. L'attribuzione di questo potere trova la sua giustificazione nella funzione organizzatoria del contratto di lavoro e nella necessità di assicurare rimedi di pronta e agevole applicazione, in grado di garantire il regolare svolgimento dell'attività d'impresa. Ebbene, anche il sistema disciplinare trae origine dalle stesse fondamentali ordinamenti, infatti ciò che persegue il sistema disciplinare è l'esigenza, prevista proprio dall' art. 6 del Decreto, di far rispettare a tutti i lavoratori gli obblighi sanciti dal modello stesso.

La cosiddetta Parte Speciale prevede in primo luogo la mappatura delle attività di rischio e dovrà snodarsi attraverso⁹⁰ :

- l'individuazione delle aree potenzialmente a rischio reato, in cui distinguere le aree di rischio in senso proprio, selezionate sulla base dell'elenco di cui al decreto; le aree cd. strumentali, che gestiscono le risorse finanziarie destinate a supportare la commissione delle aree di cui di rischio in senso proprio;
- La rilevazione e la valutazione del grado di efficacia dei sistemi operativi e di controllo già esistenti in modo da evidenziare le eventuali criticità;
- L'indagine retrospettiva, mirata a ripercorrere la storia dell'ente onde trarne l'eventuale propensione all'illegalità;
- Descrizione delle possibili modalità di commissione dei reati, al fine di individuare le idonee cautele preventive.

Il cuore della Parte Speciale è rappresentata dai protocolli di gestione del rischio reato, l'esito delle attività precedentemente descritte e che, sulla base delle risultanze dell'analisi effettuata, deve riprodurre la proceduralizzazione del sistema decisionale, contraddistinta da una frammentazione delle competenze e suddivisione dei centri decisionali.

Il protocollo deve prevedere che la procedura sia scandita in precise fasi: l'iniziativa (individuazione della funzione proponente, articolazione documentata della proposta, approvazione del superiore gerarchico); il consiglio, vale a dire parere sulla compatibilità legale, amministrativa e contabile della proposta, da richiedere nelle aree competenti; l'approvazione, quindi la decisione che deve esprimere il direttore della funzione; l'esecuzione della decisione, controllo sulla

⁹⁰ Cfr. PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, PARTE II, cit., 843.

sua effettività, archiviazione formalizzata del procedimento.

La tracciabilità di ognuno di questi passaggi assicurerà trasparenza, individuabilità, verificabilità, anche, e soprattutto, a fini probatori.

Il tipo di cautele che l'ente mette in atto attraverso questo articolato sistema possono essere distinte in cautele procedurali, in cui la riduzione del rischio è perseguita e implementata proprio dal meccanismo procedurale disegnato dall'ente e che hanno una finalità eminentemente cautelativa, non correlata immediatamente con il rischio di reato; cautele sostanziali, che al contrario sono in diretta correlazione funzionale con il rischio da evitare; e, a chiusura del cerchio, il controllo sull'adeguatezza e l'effettività della cautela, operata sia attraverso meccanismi di supervisione interno allo stesso processo decisionale che a un organismo esterno al processo decisionale.

La progettazione del Modello deve attenersi a rigorosi principi, che la dottrina ⁹¹ individua generalmente in adeguatezza, predittività, efficacia, articolazione, rilevanza, responsabilizzazione, relatività e dinamicità.

L'adeguatezza, come si è visto, è da intendersi quale condizione di coerenza degli strumenti che si intende implementare alle effettive caratteristiche dell'ente e come rispondenza alla natura delle problematiche e del perimetro dei rischi che lo contraddistinguono.

La predittività si concretizza nella predisposizione di meccanismi anticipatori basati su modalità di segnalazione precoce e potenziale dei fenomeni.

L'efficacia va intesa come rispondenza alla soluzione delle problematiche di rischio nelle condizioni di specificità dell'impresa.

L'articolazione si estrinseca nella scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità aziendali con un livello di dettaglio e specificità rapportato alle caratteristiche dell'ente.

La rilevanza va invece intesa quale pregio dei flussi informativi che interessano tanto l'ente nel suo complesso quanto segmento aziendale di riferimento.

La responsabilizzazione formale costituisce il necessario presupposto per un impegno effettivo da parte del *management* attraverso la formale attribuzione

⁹¹ Tra gli altri si veda: ROSSI A., *Modelli di organizzazione, gestione e controllo. Regole generali e individuazioni normative specifiche*, in *Giur. it.*, 2008, 1838.

di responsabilità e poteri di controllo sui rischi di reato, con un necessario riferimento chiaro e esplicito a soggetti individualmente identificati.

Quanto alla relatività, questa è da considerarsi in funzione della diversa idoneità del modello alle finalità conoscitive, in generale previste dal legislatore, ma con la precisazione dei contenuti in ordine al perseguimento degli obiettivi di prevenzione.

La dinamicità, infine, presuppone che la costante verifica della validità del Modello alla luce sia delle modifiche normative in ordine alla previsione dei reati-presupposto sia delle modifiche organizzative che riguardano l'ente. Per riprendere le parole del Gip di Milano «il modello dovrà dunque essere concreto, efficace, dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce. La necessaria concretezza del modello, infatti, ne determinerà ovviamente necessità di aggiornamento parallele all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti»⁹².

3.3 L'organismo di vigilanza.

La previsione di questo organismo rappresenta un tratto di assoluta novità nei sistemi di *governance* delle società. Il legislatore tuttavia ha ritenuto di non intervenire in maniera troppo dettagliata sulla configurazione strutturale dell'organo, lasciando la possibilità di adeguarlo alle reali esigenze e alla struttura dell'impresa. In questi anni tuttavia si sono andate delineando le caratteristiche e i requisiti che si ritiene lo stesso debba possedere in funzione dei compiti assegnatigli dalla norma. In particolare sono stati evidenziati⁹³:

- l'indipendenza, che comporta una assoluta separatezza dagli organi di gestione;
- l'autonomia, da intendersi in senso concreto e sostanziale; ciò comporta effettivi poteri di ispezione e controllo, con la possibilità di accedere alle informazioni aziendali rilevanti, e risorse e strumentazioni adeguate;

⁹² Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 settembre 2004.

⁹³ Cfr. BASTIA P., cit., 161 e ss.

- professionalità, in quanto è necessario si tratta di soggetti qualificati con una professionalità di stampo aziendalistico. Quanto più sarà complessa la struttura aziendale, tanto più saranno necessarie più figure che investano però diversi settori di disciplina;
- la continuità, nel senso che l'OdV deve assicurare il suo funzionamento in maniera costante e continua nel tempo;
- l'imparzialità, infine, rappresenta una condizione di equità realizzata avvalendosi di soggetti che non si trovino in conflitto di interessi con l'ente, che siano indipendenti e professionali.

L'organismo in parola si distingue da altri tipi di organi di controllo previsti, come l'*internal audit*: si tratta certamente di un organo importante, pure caratterizzato da competenza e professionalità, ma, essendo parte della struttura aziendale, potrebbe non godere della necessaria autonomia e imparzialità.

Circa i requisiti necessari per il corretto funzionamento dell'OdV, già nel 2003 la giurisprudenza di merito ⁹⁴ sembrava avere le idee piuttosto chiare: «osserva il giudice che tale organismo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente infatti che al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente “quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controlli”».

⁹⁴ Cfr. Trib. Roma, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 aprile 2003, in www.assionime.it

3.4 La concezione monistica e la concezione dualistica dei modelli organizzativi.

La previsione dei modelli organizzativi in due diverse disposizioni del Decreto, gli artt. 6 e 7, vale a dire con riferimento all'ipotesi di reato commesso da soggetto apicale o subordinato, ha fatto propendere per un'interpretazione "dualistica" degli stessi: sembrano deporre in questo senso non solo le diverse conseguenze in termini di onere probatorio⁹⁵, ma anche la descrizione del contenuto dei modelli⁹⁶.

A fronte di questa apparente differenza, attenta dottrina⁹⁷ ha osservato come, innanzitutto, alla base della duplicazione delle disposizioni vi fosse una ragione «storica e contingente» dettata dalla necessità di abbinare alla responsabilità dell'ente dipendente dal reato commesso dagli organi apicali, l'unica inizialmente prevista, anche quella derivante dal fatto commesso dai sottoposti, onde evitare censure di legittimità costituzionale.

La soluzione adottata, tuttavia, non è stata particolarmente felice nemmeno dal punto di vista terminologico, laddove i modelli vengono definiti semplicemente di organizzazione e gestione in un caso e di organizzazione, gestione e controllo nell'altro. Ma pure questa differenza sembra superabile dalla constatazione che, nei fatti, sia lo stesso art. 6, a richiedere l'adozione di un sistema di vigilanza.

D'altro canto, la vaghezza di contenuti del modello dell'art. 7 presterebbe

⁹⁵ Come è noto infatti, mentre l'art. 6 pone a carico dell'ente l'onere di provare di avere adottato ed attuato un modello organizzativo idoneo, l'art. 7 pone questo onere a carico dell'accusa.

⁹⁶ L'art. 6 prevede che «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.» Mentre l'art. 7 si limita a stabilire che «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.»

⁹⁷ BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 198 e ss.

il fianco a censure di costituzionalità in relazione al requisito della determinatezza se non fosse da intendersi integrato dall'art. 6.

In altre parole, sembra cogliere nel segno chi non vede alcuna ragione normativa che imponga di distinguere i due modelli, posto che, peraltro, identico è il rischio di attribuzione della responsabilità all'ente e identica è la finalità preventiva sottesa all'adozione dei modelli. Ciò non toglie che nella pratica possano essere adottati due documenti distinti, ma tale scelta appare una artificiosa e inutile duplicazione di costi e risorse.

Ad avviso di altri ⁹⁸, tuttavia, sarebbe invece da contrastare la propensione a concepire in modo unitario il contenuto del modello organizzativo: la formulazione della norma lascerebbe intendere la volontà del Legislatore di delineare proprio due diverse strutture della normativa interna, dando rilievo non solo alle specifiche esigenze poste dalla prevenzione di tipologie particolari di reati ipotizzabili *ex ante* in relazione all'attività svolta dall'impresa, ma anche differenti modalità di vigilanza connesse alla posizione apicale o subalterna dei possibili autori di reato. A fronte di ciò sarebbe stato appositamente congegnato un sistema binario: per i soggetti apicali si richiede che il rischio penale sia fronteggiato in maniera decisamente più rigorosa (attraverso la predeterminazione di protocolli, gli obblighi informativi, la determinazione delle modalità di gestione delle risorse *etc...*) mentre assai meno definito sarebbe il modello richiesto per la prevenzione dei reati dei sottoposti, per il quale l'art. 7 prevede una mera descrizione degli obiettivi che le misure devono essere in grado di soddisfare. Secondo tale impostazione, esisterebbero pertanto due modelli ⁹⁹, che pure potrebbero confluire materialmente in un unico documento, così che il giudice dovrebbe pronunciarsi sull'addebito amministrativo assumendo come parametro la sola parte del modello rilevante in relazione al reato contestato.

⁹⁸ AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 327.

⁹⁹ Anzi, secondo lo stesso Autore, sarebbero addirittura tre volendovi ricomprendere anche la norma dell'art. 25^{ter} che istituendo un altro criterio di imputazione per i reati societari, ricomprende in un'unica classe apicali e subordinati: *Id.*, *cit.*, 328.

4. Funzione e valenza dei modelli di organizzazione e gestione all'interno del procedimento a carico degli enti. I modelli "ante factum" e i modelli "post factum".

Si è detto che il modello organizzativo è lo strumento col quale l'ente può organizzarsi in maniera efficace al fine di prevenire la commissione di reati da parte dei soggetti che "lo compongono" o che vi prestano la loro opera.

Gli artt. 6 e 7 gli attribuiscono un'efficacia esimente della responsabilità dell'ente per l'illecito dipendente dal reato della persona fisica, qualora siano stato adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del fatto. In questo senso il modello organizzativo risponde ad una logica eminentemente general-preventiva.

L'ampiezza della portata premiale del modello organizzativo non trova riscontro nemmeno nel suo omologo statunitense in cui l'adozione dei *compliance programs* comporta semplicemente la possibilità di ridurre le sanzioni.

La funzione che i modelli *ex* d.lgs. 231/2001 assolvono all'interno del procedimento a carico degli enti è, tuttavia, più ampia, in linea con la *ratio* dell'introduzione di questa forma di responsabilità e con la volontà di "recuperare" in qualche modo anche l'ente che, invece, presenti quel *deficit* organizzativo che ha permesso la commissione di un illecito al suo interno.

Il riferimento è ai modelli organizzativi che l'ente può adottare *post factum* ai sensi degli artt. 12 e 17 del Decreto e che rientrano tra quelle condotte riparatorie in grado di consentire una diminuzione della pena pecuniaria oppure di evitare l'applicazione della sanzione interdittiva.

L'art. 12 prevede infatti che la sanzione pecuniaria sia 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 è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Nel caso in cui concorrano entrambe le condizioni la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi.

Si tratta di una forma di ravvedimento che, benché tardivo, è orientato in un'ottica di più ampio respiro tesa a contenere o elidere fattori di rischio di future trasgressioni; assume così il valore di stimolo a una corretta gestione dell'attività imprenditoriale e a una maggiore responsabilizzazione dell'ente¹⁰⁰. La finalità perseguita è in questo caso più spiccatamente special-preventiva anche se, è stato notato, non mancano note di “tardiva resipiscenza”¹⁰¹.

Con specifico riferimento all'attenuante di cui all'art. 12 non si sono registrati molti arresti giurisprudenziali, a parte qualche pronuncia di merito: nel 2002, quindi nei primissimi tempi di applicazione della disciplina, il Tribunale di Pordenone¹⁰² aveva addirittura riconosciuto sussistente l'attenuante in questione per avere la società riparato il danno e allontanato l'imputato dall'amministrazione e dalla rappresentanza dell'ente, con ciò dimostrando, a parere del giudicante, di aver abbandonato definitivamente le condotte criminose. Se certamente nell'allontanamento della persona fisica si possa leggere una condizione importante per valutare il ravvedimento *post factum*, sembra eccessivo ritenerla una misura organizzativa sufficiente per evocare l'immagine di un ente seriamente impegnato a innescare un percorso di legalità. Ben più recentemente il Tribunale di Taranto¹⁰³ ha statuito che la mancanza di idonei accorgimenti strumentali a prevenire in futuro la commissione di reati della stessa specie di quelli precedentemente realizzati non consentisse di valutare positivamente il modello organizzativo adottato *ex novo* dalla società ai fini della riduzione della applicanda sanzione pecuniaria *ex art. 12, comma 2, d.lgs. n. 231/2001*.

Il modello *post factum* viene in rilievo come strumento riparatorio in grado di ridurre le conseguenze sanzionatorie dell'illecito commesso dall'ente anche nel caso contemplato dall'art. 17, a norma del quale «Ferma l'applicazione

¹⁰⁰ FOLLA N., *Le sanzioni pecuniarie*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 107; per GUERRINI R., *Responsabilità da reato degli enti. Cit.*, 166, dall'adozione di un modello si può desumere la positiva estrinsecazione della volontà dell'ente di uscire dall'illegalità.

¹⁰¹ SARTARELLI S., *sub Art. 12*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Presutti A., Bernasconi A., Fiorio C. (a cura di), Padova, 2008, 189.

¹⁰² Trib. Pordenone, 04 novembre 2002, Soc. Impresa Coletto, in *Foro It.*, 2004, 2, 318

¹⁰³ Trib. Taranto, 25 marzo 2014, In Soc., 2014, 8-9, 1008.

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 è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.»

Si può notare immediatamente come, rispetto all'ipotesi di cui all'art. 12, il ravvedimento deve qui attuarsi mediante un'opera di ristrutturazione più incisiva, in quanto si chiede espressamente l'eliminazione delle carenze organizzative, e che prevede che le condizioni di cui alle lettere a), b) e c) concorrano e non siano poste semplicemente in alternativa tra di loro.

In questa disposizione, forse in maniera ancora più significativa rispetto alla circostanza attenuante prevista all'art. 12, si può intravedere il tentativo di esercitare sull'ente una forma di rieducazione che alla *societas* è sempre parso sembra altrimenti impossibile adattare. Anzi, paradossalmente, proprio con la persona giuridica il diritto penale può dar sfogo a tutte le «pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può costituire una persona nuova, modificando il carattere e reimpostando una condotta di vita», come non sarebbe mai possibile fare nei confronti della persona fisica.¹⁰⁴ Tuttavia questa esigenza di rimodellamento non può trovare attuazione che su base volontaria, attraverso l'incentivo a mettere in atto misure volte alla rieducazione dell'ente per mezzo dei modelli organizzativi.

A ben vedere sembra esistere uno spazio nel quale l'adozione del modello *post factum* non rientri tra le scelte della *societas*, ma sia in qualche modo imposta: è il caso in cui l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo si inserisca nell'ambito delle attività a cui, per legge, è chiamato a dar luogo il commissario

¹⁰⁴DE MAGLIE C., cit., 291 e ss.

giudiziale nei particolari casi dell'art. 15 ¹⁰⁵.

Si è notato come la possibilità per il giudice di inserire, già in fase cautelare, il commissario giudiziale potrebbe far transitare, anche in questo momento che precede l'accertamento della responsabilità dell'ente, l'adozione forzata del modello ¹⁰⁶.

Occorre evidenziare come la possibilità per il giudice di inserire già in fase cautelare il commissario giudiziale, con il relativo potere di adottare il modello organizzativo ai sensi dell'art. 15, comma 3, si potrebbe tramutare nella imposizione forzata di una misura che comporta una forte ingerenza nelle scelte delle politiche d'impresa. Ciò avverrebbe in una fase del procedimento in cui non si è ancora giunti all'affermazione di una responsabilità nei confronti dell'ente e appare perciò come una conclusione ingiustificata e estremista ¹⁰⁷.

Sempre con riferimento alla fase cautelare, è bene ricordare che la condotta riparatoria può aver luogo anche nell'ambito del procedimento incidentale ai sensi dell'art. 49, secondo il quale 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,

¹⁰⁵ L'art. 15 al comma 3 dispone che «Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.»

¹⁰⁶ L'art 45 prevede infatti che «In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata.»

¹⁰⁷ Secondo la dottrina, in linea di massima sarebbe inibito al commissario giudiziale in fase cautelare dar luogo alla adozione del modello, proprio perché sarebbe incompatibile con la natura eminentemente indiziaria della fase *de qua*, troppo gravoso per l'ente dal punto di vista economico e dannoso ai fini probatori perché darebbe per scontate, o assodate, le carenze organizzative; cfr tra gli altri FIDELBO G., *Le misure cautelari*, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 509 e ss.; PRESUTTI A., sub *Art. 45*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 422; DI GERONIMO P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione dei modelli organizzativi post factum e il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. Pen.*, 2004, 266. In giurisprudenza cfr. G.i.p. Bari (ord.) 18 aprile 2005, in *Soc.*, 2006, 365 e ss., secondo cui: «deve escludersi che, ai sensi del terzo comma dell'art. 15 del d.lgs. 231/2001 il controllo giudiziale possa in questa fase curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire ulteriori reati della stessa specie di quello di cui si è occupata la presente indagine in quanto un tale onere a carico del commissario si giustifica quando è intervenuta una sentenza di accertamento della responsabilità dell'ente in forza della quale risulta chiarito quali siano state le carenze organizzative dell'ente, anche perché la condotta ripristinatoria del commissario potrebbe trasformarsi, paradossalmente, in un elemento dimostrativo della carenza organizzativa dell'ente, con possibili ripercussioni su elementi probatori»

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 all'articolo 17. Se poi si realizzano effettivamente 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, mentre la fideiussione prestata si estingue.

Come è stato osservato poc'anzi, l'attività di ristrutturazione a cui l'ente è spinto in fase cautelare implica necessariamente il riconoscimento delle lacune organizzative, tale da fornire al Pubblico Ministero elementi a conforto della sua tesi. L'entità dell'incentivo che deriva dalla collaborazione dell'ente, e la sua sostanziale ammissione di colpa, mal si concilia con i principi di presunzione di non colpevolezza e del *nemo tenetur se detegere*¹⁰⁸. D'altra parte è stato osservato anche come la misura venga utilizzata in funzione rieducativa invece che a presidio dell'effettività della pena, andando così a sovrapporre lo strumento cautelare con quello sanzionatorio¹⁰⁹. Al di là di queste osservazioni, è interessante notare come, paradossalmente, la possibilità di adottare modelli *post factum*, specie in questa fase così anticipata del procedimento, rischi di svilire la stessa finalità preventiva della norma: un ente a cui è data la possibilità di adottare un modello di rettifica della sua struttura con benefici di tale portata potrebbe infatti essere meno incentivato ad adottare modelli di organizzazione virtuosi *ante delictum*.

Un ulteriore aspetto che occorre approfondire è il rapporto intercorrente tra la condotta riparatoria *post delictum* di cui all'art. 12 e quella di cui all'art. 17. In entrambe è prevista sia la riparazione del danno che l'adozione di un modello organizzativo, con la differenza che nel caso dell'art. 17 si richiede anche che venga messo a disposizione il profitto conseguito con il reato. Inoltre in quest'ultimo caso, come già evidenziato *supra*, le condizioni per accedere al beneficio concorrono simultaneamente, mentre l'art. 12 prevede un'ulteriore riduzione di pena qualora concorrano le due condizioni previste.

¹⁰⁸ FRANZONI C., *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in Bernasconi A. (a cura di), *Il processo de societate*, Milano, 2006, 168.

¹⁰⁹ PERONI F., *Il sistema della cautele*, in Garuti G. (a cura di), *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2002, 260.

A fronte di queste poche differenze la questione che può invece avere una certa rilevanza pratica è l'eventuale cumulabilità dei benefici, su cui concorda parte della dottrina¹¹⁰. Effettivamente un argomento a favore di questa interpretazione si potrebbe rinvenire nel dato testuale della Relazione Ministeriale, la quale, benché nell'ambito della trattazione del tentativo, afferma che alle condotte riparatorie è stata riconosciuta una efficacia attenuante rispetto al carico sanzionatorio pecuniario, mentre escludono l'applicazione di sanzioni interdittive¹¹¹. Nell'uso della congiunzione «mentre» è stato così ravvisato il significato temporale di “nel momento che”, “intanto che”.

Altra dottrina¹¹² esclude invece l'applicabilità del cumulo di benefici stando all'*incipit* della norma dell'art. 17 «ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie». A questa presa di posizione si potrebbe comunque obiettare che far salva l'applicazione delle sanzioni pecuniarie non esclude, di per sé, che queste possano essere, sì, applicate, ma in misura ridotta in virtù dell'art. 12.

La soluzione ermeneutica più appropriata può essere invece rinvenuta alla luce del principio di specialità: proprio in considerazione della differenza *supra* evidenziata in ordine all'ulteriore requisito che l'art. 17 richiede, si può stabilire tra le due disposizioni una relazione di genere a specie, per cui dovrà prevalere la norma di carattere speciale dell'art. 17. In linea col principio del *ne bis in idem* non potranno quindi valutarsi le stesse circostanze per due volte, sicché l'ente che ponga in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 17 potrà vedersi esclusa l'applicazione della misura interdittiva, ma non anche la diminuzione per quella pecuniaria. Certamente, in sede di commisurazione concreta della pena irroganda, il giudice potrà, e dovrà, tener conto del contegno e del ravvedimento operato in senso favorevole all'ente.

Perché l'adozione del modello organizzativo *post delictum* possa esplicitare questi effetti premiali, siano essi la semplice attenuante o la non applicazione della sanzione interdittiva, deve necessariamente intervenire prima dell'apertura del dibattimento di primo grado. La previsione di questo termine risponde ad una

¹¹⁰ BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 369.

¹¹¹ Relazione Ministeriale §12.2

¹¹² LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, in Garuti G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 156.

precisa esigenza espressa nella relazione Ministeriale, e cioè che la condotta riparatoria, quale condotta di segno opposto rispetto a quella che ha originato il reato, avvenga in un lasso di tempo che, seppur immediatamente prossimo alla commissione del fatto, non risulti troppo diluito nel tempo da vanificare il valore di ravvedimento insito nella tempestiva e riconoscibile attività di operosa resipiscenza meritevole di sanzione positiva¹¹³.

Ciononostante il Legislatore non ha privato l'ente di ulteriori *chances* di ravvedimento. La consapevolezza circa la complessità della progettazione e implementazione di un modello organizzativo ha indotto infatti a prevedere, da un lato, un meccanismo di sospensione del processo che consenta all'ente di provvedere in tempo utile, prima dell'apertura del dibattimento ai sensi dell'art. 65, dall'altro, di approntare il modello organizzativo, si può dire *in extremis*, in fase esecutiva ai sensi dell'art. 78.

Nella prima ipotesi richiamata, l'art. 65 prevede che, comunque prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice possa disporre la sospensione del processo se l'ente chiede di provvedere alle attività di cui all'art. 17 dimostrando di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima. In tal caso, il giudice, se ritiene di accogliere la richiesta, determina però una somma di denaro a titolo di cauzione. I successivi sviluppi sono quelli previsti dall'art. 49, quindi il giudice assegnerà un termine che, se non rispettato, comporterà la devoluzione della somma alla Cassa delle ammende.

L'art. 78, invece, prevede per l'ente condannato, il quale non abbia potuto rispettare i termini per porre in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, la possibilità di richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria. La richiesta è presentata al giudice dell'esecuzione e deve contenere la documentazione attestante l'avvenuta esecuzione degli adempimenti richiesti dallo stesso art. 17. Entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio e se la richiesta non appare manifestamente infondata, il giudice può sospendere l'esecuzione della sanzione.

Se accoglierà la richiesta il giudice, con ordinanza, convertirà le sanzioni

¹¹³ Relazione Ministeriale § 5.2

interdittive, determinando l'importo della sanzione pecuniaria in una somma non inferiore a quella già applicata in sentenza e non superiore al doppio della stessa. Nel determinare l'importo della somma il giudice tiene conto della gravità dell'illecito ritenuto in sentenza e delle ragioni che hanno determinato il tardivo adempimento delle condizioni di cui all'art. 17.

Emerge chiaramente come questa finalità "redimitoria"¹¹⁴ sia perseguita dal Legislatore durante tutto lo sviluppo del procedimento persino fino alla fase esecutiva, a costo di scardinare anche il giudicato penale pur di conseguire quella utilità di carattere generale rappresentata dai modelli organizzativi.

Evidenziato come l'adozione del modello organizzativo possa aver luogo in momenti differenti, preme però chiarire come dal punto di vista strutturale non vi siano sostanziali differenze. Certamente hanno valenze processuali ed assolvono a funzioni diverse, circostanze queste che, come si vedrà *infra*, in qualche modo incidono sui criteri di valutazione in ordine alla loro idoneità ed efficacia. Ciò precisato, si può condividere la posizione espressa dalla giurisprudenza di merito per cui è evidente che non esiste una diversità strutturale tra modelli organizzativi a seconda che gli stessi vengano elaborati *ex ante* ovvero *ex post*; lo stesso modello organizzativo può in astratto ritenersi o meno adeguato indipendentemente dal momento in cui lo stesso venga adottato. La dottrina, però, sembra concorde nel ritenere che ci sia un giudizio differenziato in ordine alla idoneità del MOG a seconda che sia stato *ante* o *post delictum*¹¹⁵.

5. La natura dei modelli di organizzazione: elemento costitutivo o elemento negativo del fatto?

Nel prevedere che l'ente non risponde dell'illecito «se prova che», si rinviene in capo al modello organizzativo, pressoché pacificamente, la natura di elemento impeditivo¹¹⁶ dell'illecito.

¹¹⁴ VITTORINI P., *Le norme sull'esecuzione*, in Bernasconi A. (a cura di), *Il processo de societate*, cit., 406.

¹¹⁵ *Infra* CAPITOLO III

¹¹⁶ Sulla distinzione tra elementi costitutivi e elementi impeditivi vd CORDERO F., *Procedura*

L'adozione ed efficace implementazione del modello organizzativo idoneo impedisce l'attribuzione di responsabilità e quindi gli effetti giuridici a carico dell'ente.

Mentre gli elementi costitutivi dell'illecito “costituiscono un passaggio obbligato”¹¹⁷ per la parte che li invoca, con la conseguenza che grava su quella stessa parte processuale la prova della loro sussistenza, gli elementi impeditivi sono dei meri elementi accidentali, come tali anche il loro accertamento costituisce una eventualità che, però, laddove venga verificata (e quindi provata) impedisce la produzione di quell'effetto. I fatti impeditivi sono quindi inessenziali ai fini della produzione dell'effetto principale, che avverrà solo in base alla sussistenza degli elementi costitutivi, ma una volta verificati sono in grado di “paralizzare” gli effetti e le conseguenze giuridiche connesse all'accertamento di questi ultimi.

La soggettivizzazione sostanziale dell'interesse a far valere l'elemento impeditivo, capace di neutralizzare l'effetto pregiudizievole dell'attribuzione della responsabilità in capo all'ente, consente di individuare proprio in quest'ultimo il soggetto che, da un lato, subisce il rischio del mancato accertamento del fatto stesso e, dall'altro, ha l'onere di attivarsi materialmente per promuovere tale accertamento.

E' proprio questo uno dei tasti più dolenti della disciplina della responsabilità degli enti dipendente da reato, quello che ha suscitato maggiori perplessità e problemi sia interpretativi che di ordine processuale.

La sostanziale inversione dell'onere probatorio a carico dell'ente non solo appare eccessivamente penalizzante per lo stesso, ma si pone in palese deroga alle regole processuali ordinarie, a cui invece si ispira la disciplina del processo agli enti.

In particolare forti dubbi sorgono in ordine alla compatibilità della disciplina enucleata agli artt. 6 e 7 con il principio della presunzione di non colpevolezza¹¹⁸, sebbene non siano mancati negli ultimi anni tentativi di rileggere

penale, Milano, 2001.

¹¹⁷ BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 244.

¹¹⁸ AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., 323; BERNASCONI A., sub *Art. 6*, cit., 11 e ss.

la norma in una prospettiva più favorevole all'ente imputato. Da una parte infatti, si è sottolineato come proprio il meccanismo delineato all'art. 6 consenta di superare l'oggettività insita in quel criterio di immedesimazione organica che permea l'art. 5, permettendo all'ente di "prendere le distanze" dalla condotta dei suoi vertici provando di aver adottato tutte le cautele possibili affinché non venissero commessi illeciti. Dall'altra, si sostiene come l'onere probatorio si sia trasformato in un semplice onere di allegazione: con questo termine si vuole sostenere che l'onere non riguarda l'assicurazione del risultato finale, ma l'attività preliminare e funzionale a detta dimostrazione nel procedimento. Specie nei sistemi in cui l'accusa ha anche il dovere di svolgere investigazioni a favore dell'indagato, in forza di questo "principio" la difesa viene gravata dall'onere di fornire al pubblico ministero indicazioni adeguate per consentirgli lo sviluppo di acquisizioni probatorie e della prova stessa di un determinato elemento¹¹⁹.

In questo senso quindi l'ente non dovrebbe che limitarsi a fornire al giudice la necessaria documentazione: lo sforzo probatorio verrebbe in qualche modo ridimensionato, e consisterebbe solo nella prova della circostanza che il modello esiste ed è stato adottato, perché comunque nella prassi è il giudice ad accertarne l'efficienza e l'idoneità. Poiché, come si è visto in questi anni di prima applicazione della normativa, anche se per lo più in materia cautelare, il giudice stesso *motu proprio*, senza nemmeno attendere che l'ente si adoperi per provare l'efficacia del modello, assume il compito, attraverso la nomina di un perito, di accertare il concreto funzionamento del modello.

In pratica, il massiccio ricorso da parte dei giudici alla perizia d'ufficio avrebbe indirettamente prodotto l'effetto di un minore impegno probatorio dell'ente che tutt'al più si troverebbe a dover contrastare le conclusioni del perito con una consulenza di parte¹²⁰.

Per quanto riguarda le posizioni espresse dalla giurisprudenza, si può registrare un primo momento di adesione totale al dato letterale dell'art. 6 con sentenza n. 36083/2009¹²¹, seguito dalla sentenza n. 27735/2010 che ricolloca l'onere probatorio in capo all'accusa: ha sostenuto, infatti, la Corte che «grava

¹¹⁹ BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 347.

¹²⁰ FIDELBO G., *L'accertamento dell'idoneità del modello*, cit., 188-189

¹²¹ Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, M. L., in *CED Cass.*, n. 244256.

sull'Accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende "per rimbalzo" dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo. Militano, inoltre, a favore dell'ente, con effetti liberatori, le previsioni probatorie di segno contrario di cui al D.Lgs. n. 231, art. 6, e, specificamente, l'onere per l'ente di provare, per contrastare gli elementi di accusa a suo carico, "che 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" (art. 6, lett. a) e che, sulla base di tale presupposto, ricorrono le altre previsioni elencate nelle successive lettere del citato art. 6. Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'Accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente. Quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria»¹²². Sulla stessa scia si è allineata anche la giurisprudenza di merito, con la sentenza del Gup del Tribunale di Milano del 3 gennaio 2011. Infine, le S.U. nel caso "Thyssenkrupp"¹²³ hanno espressamente escluso la configurazione di un meccanismo di inversione dell'onere della prova, sposando le argomentazioni già svolte nella sentenza del 2010.

Al di là della prospettiva in chiave probatoria, qualificare l'adozione e attuazione del modello quale elemento impedito dell'illecito ha, però, altre ripercussioni di ordine processuale non meno importanti.

Ai sensi dell'art. 66 del Decreto, il giudice è tenuto ad assolvere l'ente dall'illecito contestato se questo non sussiste. Allo stesso modo procede «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo». Il regime di *favor* riguarda, però, solo il dubbio sulla sussistenza dei fatti costitutivi,

¹²² Cass. pen., Sez., VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, Scarafia, in *Cass. pen.*, 2011, 1876 e ss.

¹²³ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, Thyssenkrupp, n. 38343, in *www.penalecontemporaneo.it*

con la grave conseguenza che, se l'incertezza riguarda il fatto impeditivo, il giudice dovrà pronunciare sentenza di condanna ai sensi dell'art. 69¹²⁴.

6. L'adozione dei modelli di organizzazione e gestione: un onere o un obbligo per l'ente?

Un altro nodo interpretativo che ha interessato la dottrina è quello relativo alla obbligatorietà o meno dell'adozione dei modelli organizzativi.

La tesi finora prevalente¹²⁵ propende per la loro natura facoltativa, ricavata dal tenore letterale dell'art. 6 in cui risalta la rilevanza *ad probationem* del modello, finalizzato a non incorrere in responsabilità amministrativa¹²⁶, nonché dal contenuto della Relazione Ministeriale che testualmente definisce un «onere», per l'ente che voglia razionalizzare l'impiego delle risorse e la predisposizione dei controlli interni in chiave preventiva, quello di dotarsi di modelli organizzativi¹²⁷. Tale interpretazione troverebbe peraltro conferma nel fatto che la mancata adozione del modello sia di per sé significativa della responsabilità dell'ente, nemmeno dopo l'introduzione dell'art. 30 del d.lgs. 81/2008¹²⁸.

In questo senso si è chiaramente espressa una pronuncia di merito del tribunale di Milano del 26 giugno 2014¹²⁹ che assolveva alcune società dalla accusa di illecito amministrativo dipendente da omicidio colposo, sulla considerazione che, pur non essendovi i modelli formalmente intesi o non essendo questi aggiornati all'inclusione tra i reati presupposti dell'art. 25septies, le società

¹²⁴ FERRU A P., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *D&G*, 2001, 29, 80.

¹²⁵ Cfr BERNASCONI A., sub *Art. 6*, cit., 119 e ss.; DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito*, cit., 1148 e ss.; DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in Manna A. (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 511; LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1303; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti: Trib. Milano, VI sezione penale, 26 giugno 2014 in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁶ PIERGALLINI C., cit., 382.

¹²⁷ Relazione Ministeriale § 3.5

¹²⁸ Nel senso che l'art. 30 T.U. non abbia mutato la logica originaria del decreto si veda CARMONA A., *Verso l'obbligatorietà del lavoro e dei suoi contenuti?*, in AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012

¹²⁹ Trib. Milano, VI sezione penale, 26 giugno 2014, cit.

coinvolte risultavano dotate di procedure per la gestione della sicurezza idonee alla prevenzione dei reati.

Viceversa, altra dottrina è giunta a conclusioni opposte¹³⁰, ritenendo che i doveri organizzativi delineati negli artt. 6 e 7 «paiono oneri e sono obblighi»¹³¹, facendo discendere questa conclusione, in particolare, dalla riforma del diritto societario del 2003. Il novellato art. 2381 c.c., infatti, imporrebbe agli organi societari di «predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a valutare tale adeguatezza»¹³². Al collegio sindacale spetterebbe poi, *ex art.* 2403 c.c. l'obbligo di vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società.

A fronte di queste osservazioni, non è mancato chi però ha rimarcato la «l'autonomia ed autoreferenzialità dei singoli sistemi organizzativi, ciascuno disciplinato da specifiche regole, cautele, soggetto a organi di vigilanza e a propri sistemi sanzionatori», mettendo in discussione «la trasmigrabilità e fungibilità di regole codicistiche o di prassi aziendali rispetto ad una disciplina compiuta, avente rilievo di legge speciale e di stampo penalistico, qual è la 231»¹³³. In sostanza ciò che sarebbe tutt'al più obbligatorio è la verifica da parte dell'amministratore, in merito alla convenienza dell'adeguamento, restando comunque libera la determinazione in esito e in funzione di quanto emerso da tale riscontro.

¹³⁰ Tra gli altri, ritiene che si tratti un obbligo PULITANO' D., *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., 415.

¹³¹ L'espressione è di ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia.*, fascicolo monografico dal titolo *Società e modello 231:Ma che colpa abbiamo noi?*, 2009, 2, 193.

¹³² PIERGALLINI C., cit., 383.

¹³³ BARTOLOMUCCI S., *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 2, 17.

CAPITOLO II

I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DELLA SICUREZZA SUL LAVORO.

Sommario: **1.** Il sistema 231 e il sistema sicurezza **2.** Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 e modello organizzativo ex art. 30 T.U. della Sicurezza sul Lavoro **2.1** Modelli organizzativi e sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali **2.2** L'essenza protocollare-preventiva del modello organizzativo ex art. 30 T.U. **2.3** La metodologia applicabile alla predisposizione dei modelli ex art. 30 T.U. Rinvio **2.4** Il sistema disciplinare e il sistema di controllo **2.5** Il ruolo dei modelli di organizzazione rispetto al documento di valutazione dei rischi e agli altri adempimenti per la sicurezza **3.** La valutazione di idoneità del MOG ex art. 30. La conformità alle Linee Guida UNI-INAIL e BS OHSAS 18001:2007 **4.** Modello organizzativo e obbligo di vigilanza del datore di lavoro **5.** L'asseverazione dei modelli e le "buone prassi".

1. "Il sistema 231" e il "sistema sicurezza".

La Legge 3 agosto 2007, n. 123, ha inserito nel catalogo dei reati presupposto, con l'art. 25^{septies} del Decreto, anche il reato di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime ex artt. 589 e 590 c.p., commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

Parallelamente, il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81¹³⁴, all'art. 30 definisce le caratteristiche specifiche che deve possedere un modello organizzativo affinché possa essere considerato idoneo ad escludere la responsabilità dell'ente per questi

¹³⁴ Cd. Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro

reati. In particolare, la disposizione in parola richiede che il modello «sia tale da assicurare 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.»

Il modello deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione di queste attività e, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, deve prevedere 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. E' richiesto, infine, 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.

L'estensione della tutela penale anche nei confronti delle persone giuridiche al settore della sicurezza sul lavoro è stata solo l'ultima tappa di un

lungo percorso storico e normativo ¹³⁵ che ha preso le mosse da un imponente ricorso alla sanzione penale in materia lavoristica a partire dal primo dopoguerra, per passare attraverso la proliferante normativa degli anni Cinquanta, caratterizzata però da una scarsa vocazione preventiva e cautelare, ma senza che, in questo specifico ambito, fosse mai messa troppo in discussione l'immunità della persona giuridica.

Progressivamente si è prestata sempre più attenzione al ruolo preponderante della persona giuridica non solo nella prospettiva dell'economia che crea posti di lavoro e produce ricchezza, ma anche dell'economia che antepone il capitale all'uomo, che accetta o non contrasta a sufficienza come contropartita il rischio di una compromissione della vita, dell'incolumità, della salute dei lavoratori.

Nella produzione legislativa degli anni Novanta, decisamente più orientata alla prevenzione, il legislatore italiano non si è però posto, in allora, il problema di coinvolgere direttamente l'ente, a dispetto dell'ormai intenso dibattito creatosi intorno alla necessità di superare il principio *societas delinquere non potest*, accontentandosi di mantenere le tradizionali e consuete forme di sanzione amministrativa vera e propria o capaci di colpire l'ente solo indirettamente.

Non si può, però, sottovalutare un passo importante come l'introduzione di una regola assolutamente decisiva e determinante per le successive linee di sviluppo del sistema del diritto penale del lavoro: l'ente, prima ancora che potenziale soggetto attivo di reati, o per lo meno luogo privilegiato per la loro commissione, è chiamato dal legislatore ad un attivo ruolo prevenzionale la cui riuscita è innanzitutto nell'interesse dell'ente stesso oltre che della collettività.

La disciplina in tema di sicurezza sul lavoro degli anni Novanta imponeva al datore di lavoro una serie di attività, compiti e adempimenti in tema di valutazione dei rischi per la salute e sicurezza e di programmazione della prevenzione ¹³⁶ che erano indelegabili e di impegno direttamente proporzionale alla complessità dell'impresa. Tanto più complessa è la struttura organizzata dell'impresa, tanto più

¹³⁵ Per un'attenta e accurata analisi dell'evoluzione della tutela del lavoro e della responsabilità d'impresa si veda CORSO S.M., *Lavoro e responsabilità d'impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2015.

¹³⁶ Art. 3 d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

trova ragion d'essere la moltiplicazione delle figure di garanzia a cui è affidata la tutela di beni fondamentali quali la vita e l'integrità della salute dei lavoratori.

E' in questo momento che si viene a delineare, per la prima volta con chiarezza, l'obbligatorietà di un documento di valutazione dei rischi (DVR) e di un'organizzazione aziendale calibrata sull'effettiva complessità dell'impresa, evidenziando la necessità che vengano previste specifiche misure tecniche, organizzative e procedurali a tutela della sicurezza sul lavoro.

In altre parole, nel 1994 si era già recepito, pur limitatamente all'ambito specifico della sicurezza sul lavoro¹³⁷, l'idea di *compliance programs*¹³⁸. Il limite di questa disciplina rimane certamente quella di "colpire" con la sanzione (strettamente penale) la sola persona fisica.

A questo punto, però, il Legislatore del 2000, invece di trarre ispirazione da quel prezioso "germe suscettibile di sviluppo"¹³⁹, nel fare un passo avanti, andando a disciplinare finalmente la responsabilità autonoma delle persone giuridiche, forse ne ha fatti due indietro: ha tenuto ferma la sanzione penale in senso stretto solo per la persona fisica e ha rinunciato all'obbligatorietà di quella che in qualche modo è una forma, più evoluta e completa, della valutazione dei rischi della 626/1994.

Questa scelta "minimalista" appare in parte giustificata dalla necessità di

¹³⁷ Significativo è il fatto che proprio l'ambito della sicurezza sul lavoro, in qualche modo "pioniere" di un'idea di organizzazione e gestione d'impresa improntata alla tutela di altri beni, sia stato escluso inizialmente dal sistema 231. In questo senso FERRUA P., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 29, 1483 osserva: «può sembrare un paradosso ma, forse, dove più si sarebbe giustificata una responsabilità penale delle imprese era proprio in rapporto ai reati colposi (ambientali e sul lavoro) ipotizzati dalla legge delega ed estromessi dal testo del decreto per le forte resistenze manifestatesi in Parlamento».

Allo stesso modo DE MAGLIE C., cit., 330 sottolinea la previsione, nella legge delega, di fattispecie «a tutela (...) della sicurezza del lavoro: una gamma di reati che sebbene non esaustiva delle potenziali manifestazioni criminose dell'impresa, era senz'altro più comprensibile da un punto di vista politico-criminale, perché dava un quadro meno frantumato delle potenzialità aggressive dell'organizzazione. La scelta volutamente selettiva del Governo – seppur giustificata dai contrasti emersi in sede parlamentare – riduce fortemente l'impatto pratico della nuova normativa e ne ridimensiona altresì la portata». Metafora eloquente quella usata da RORDORF R., *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi, per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 5 per cui «la montagna ha partorito un topolino: perché le ipotesi di reato in presenza delle quali può essere invocata la responsabilità degli enti, a norma del decreto in questione, sono state assai ridotte, rispetto a quelle contemplate nella citata legge delega».

¹³⁸ Nel senso che il d.lgs. 626/1994 contiene «in nuce» forme larvate di *compliance programs*» cfr. PASCULLI M. A., *Rilevanza della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 328.

¹³⁹ CORSO S.M., cit., 338.

dar tempo alle imprese di adeguarsi ad una novità certamente di portata “dirompente”¹⁴⁰, ma in concreto suona come una contraddizione in termini con la stessa *ratio* del Decreto: se è vero che questo è nato, come si è sottolineato nei capitoli che precedono, dalla constatazione dell’insufficienza della sanzione penale alla sola persona fisica nell’ambito di organizzazioni complesse di fronte alle istanze di tutela della collettività, l’esclusione di taluni beni, come la tutela della sicurezza dei lavoratori dal catalogo dei reati presupposto, non vuol dire altro che accettare consapevolmente il permanere di una situazione caratterizzata da un *deficit* di tutela a scapito dei lavoratori.

In realtà, non è venuta mai meno l’idea di recuperare quella che in prima battuta era stata “un’occasione mancata”¹⁴¹, ma il processo di riforma è passato prima da una riformulazione dell’apparato sanzionatorio della persona fisica: la svolta è, infatti, rappresentata dal disegno di legge 18 aprile 2007 con cui il Ministro del Lavoro ha presentato un disegno di delega al Governo «per l’emanazione di un testo unico per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro».¹⁴²

Tra le misure in tema di tutela della salute e della sicurezza del lavoro, oggetto di intervento della legge 3 agosto 2007, n. 123, rileva la previsione di una responsabilità diretta dell’ente collettivo per i reati che vedano un dipendente vittima di un grave infortunio sul lavoro. Con l’inserimento dell’art. 25^{septies} l’infortunio sul lavoro fa emergere quella mancanza di responsabilità “sociale” dell’impresa¹⁴³ tale da determinare in capo alla stessa una responsabilità

¹⁴⁰ In questi termini PALAZZO F.C., *Introduzione*, in AA.VV., *Societas puniri potest*, Padova, 2003, I.

¹⁴¹ PASCULLI M. A., *Questioni insolite ed eccessi di delega nel d.lvo. n. 231/01*, in *Riv. pen.*, 2002, 741.

¹⁴² Il ddl. “Damiano” n. 1507 del 2007 viene poi approvato dal Senato il 27 giugno 2007 con la rubrica «Misure in tema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia» ed è diventato legge il 3 agosto 2007.

¹⁴³ Un riferimento esplicito alla necessità che i comportamenti dei datori di lavoro si orientino anche secondo principi di responsabilità sociale lo si rinviene nell’art. 6 del T.u. Sicurezza sul lavoro. Di responsabilità sociale lo stesso T.U. dà una definizione all’art. 2: integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende e organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate. In dottrina cfr. REBAUDENGO P., *Prefazione*, in AA.VV., *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, in Montuschi L., Tullini P. (a cura di), Bologna, 2006, XII, secondo cui “la responsabilità sociale dell’impresa postula «un concreto impegno, misurabile, controllabile, certificabile verso i dipendenti, i consumatori finali, i fornitori, gli azionisti, la società civile, le istituzioni, le stesse generazioni future». Si vedano anche, *ex plurimis*: GENCO A., *Responsabilità sociale e cultura organizzative nelle imprese*, Padova,

amministrativa ai sensi del Decreto 231/2001.

Alla luce dell'allargamento del catalogo reati- presupposto alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p., i *compliance programs* aziendali devono essere rivisti con un effetto a cascata che va dalla valutazione del rischio da infortunio, alla previsione e predisposizione dei mezzi e delle procedure di contrasto, con un coinvolgimento che non può essere ristretto a colui che incarna la figura del datore di lavoro, ma deve riguardare anche il cd. *top management* (i soggetti apicali di cui all' art 6 del Decreto): sono le loro decisioni, infatti, che concorrono a delineare fattivamente la strategia di impresa e, in ultima analisi, il concreto rapportarsi dell'ente con il contesto economico- sociale in cui si trova ad operare (pensiamo quindi agli investimenti sulla sicurezza in primo luogo)¹⁴⁴.

Se è vero che si è introdotta come novità una responsabilità per l'ente, un soggetto diverso dalla persona fisica fino a quel momento conosciuta come unica destinataria delle sanzioni penali in materia antinfortunistica, non si può contestare che questi, nel recepire questo nuovo dovere organizzativo, si è trovato a partire da un "livello della cultura della sicurezza" a cui già l'aveva portato la persona fisica: la nuova forma di responsabilità prende le mosse da un sistema preesistente che già postulava la necessità di una mappatura dei rischi aziendali, la rilettura di tutta la filiera produttiva per garantire sicurezza, la previsione di controllo sui sottoposti, la circolazione di informazioni, un'adeguata formazione *etc...*

Nel rispetto del termine imposto dalla legge 123/2007, il legislatore delegato ha poi emanato il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, Testo Unico della salute e della sicurezza: il legame tra il sistema di gestione della sicurezza sul lavoro e il sistema 231 è suggellato una volta per tutte, segnando un punto di non ritorno.

L'art. 2, comma 1, lettera z) dd) introduce nel T.U. la definizione del modello di organizzazione e di gestione quale «modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza,

2003; BEDA A., *La responsabilità sociale d'impresa: strumenti e strategie per uno sviluppo sostenibile dell'economia*, Milano, 2004; MANACORDA C., *Responsabilità amministrativa e responsabilità sociale delle imprese: divergenze e convergenze*, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 4, 59; REMOLOTTI T. E., *Modello organizzativo e corporate social responsibility: la via etica alla 231*, *ivi*, 2009, 2, 123.

¹⁴⁴ CONSO S.M., cit., 428-429.

ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro».

L'art. 30 T.U. invece, come si è già evidenziato in apertura, definisce gli specifici requisiti che il MOG deve possedere nello specifico ambito della sicurezza sul lavoro per liberare da responsabilità l'ente all'interno del quale si verifichi un reato *ex art. 25septies*.

Il sistema di prevenzione delineato dall'intera normativa può essere così ricostruito: le imprese sono tenute in primo luogo a definire e attuare un sistema per la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro che assicuri il rispetto degli adempimenti minimi previsti dalla normativa di settore, vale a dire l'insieme delle regole prevenzionistiche che fanno parte del Sistema di Sicurezza e Salute sul luogo di lavoro. In seconda istanza, sono poi chiamate ad integrare questa base cogente con un Sistema di Gestione per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro (SGSSL), che invece è di matrice volontaria, preferibilmente riconosciuto a livello nazionale (Linee Guida UNI- INAIL) o internazionale (*British Standard OHSAS 18001:2007*). Un tale sistema di gestione della sicurezza, ove risponda ai requisiti dell'art. 30 T.U. potrà poi vantare efficace esimente della responsabilità dell'ente nel caso di violazione di una di quelle norme antinfortunistiche che il sistema sicurezza detta e che abbadiato luogo alla verifica di uno dei delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

2. Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 e modello organizzativo ex art. 30 T.U. Sicurezza sul Lavoro.

L'art. 30 d.lgs. 81/2008 si presenta nel suo complesso come norma di difficile interpretazione dimostrando, come si è visto dalla sua genesi, una doppia anima: giuslavoristica-aziendalistica, l'una; di più evidente caratura penalistica, l'altra¹⁴⁵.

¹⁴⁵ MARRA G., *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli*

Va subito osservato, però, che il modello di cui ci parla l'art. 30 T.U. non può essere elaborato ed adottato autonomamente e non esaurisce la globalità del modello generale dell'ente: esso va a caratterizzare, in maniera certamente precisa e specifica, la parte dello stesso mirata alla prevenzione dei reati presupposto di cui all'art. 25^{septies} del Decreto¹⁴⁶. Il modello previsto dal T.U. è infatti “aggiuntivo” e non sostitutivo¹⁴⁷ di quello *ex art.* 6 del Decreto. L'art. 30 non sembra quindi presentarsi semplicemente come speciale rispetto ai contenuti generali degli artt. 6 e 7, ma si pone piuttosto come una sorta di specificazione dei contenuti di quella parte di modello che fa particolare riferimento all'art. 25 *septies*, ereditandone in qualche modo, se non amplificandone, le problematiche inerenti al coefficiente soggettivo di imputazione della responsabilità: l'essenza del *deficit* organizzativo dell'ente nella prevenzione del rischio-reato in questione e, di conseguenza, il nesso che deve legare la lacuna organizzativa al reato commesso.

Rispetto alla generalità dei modelli il Legislatore ha in questo caso ritenuto indispensabile un “supplemento di tipizzazione”¹⁴⁸ che fornisca parametri di organizzazione meglio calibrati sul determinato rischio di infortuni sul lavoro. La questione è che la specificazione *de qua* consiste in realtà in tutta quella serie di particolari adempimenti di carattere organizzativo e gestionale attribuiti al datore di lavoro e/o alle altre figure coinvolte nella gestione della sicurezza dal T.U.

Il punto, evidentemente critico, è se a questa sovrapposizione consegue anche quella della rimproverabilità della persona fisica (datore di lavoro) per le negligenze di carattere organizzativo e gestionale¹⁴⁹ a quella all'ente per la

enti per gli infortuni, in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), *Le nuove regole*, cit., 579 e ss.

¹⁴⁶ ROSSI A., *Modelli di organizzazione*, cit., 1839.

¹⁴⁷ D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reato degli enti n gli infortuni sul lavoro*, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 2, 90.

¹⁴⁸ MONGILLO V., *Responsabilità penale individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro e malattie professionali: i criteri di imputazione e di accertamento*, in Stile A. M., Fiorella A., Mongillo V., *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 23.

¹⁴⁹ L'art. 2 lett. b) del T.U. definisce il datore di lavoro proprio come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa»

difettosa organizzazione, che condividono alla radice l'omissione della medesima cautela, col rischio di un'indebita duplicazione punitiva e sanzionatoria sostanzialmente per il medesimo fatto. Si rende allora necessario definire il rapporto tra il modello organizzativo che nasce dalla "combinazione" dell'art. 6 del Decreto con l'art. 30 T.U. , e il sistema di prevenzione tracciato dal T.U.

In prima battuta è possibile evidenziare che la progettazione e l'implementazione del sistema di prevenzione e protezione aziendale è demandato alle persone fisiche individuate come garanti della salute e della sicurezza dei lavoratori¹⁵⁰. Dell'adozione ed efficace attuazione del Modello è invece responsabile l'ente.

Per quanto attiene all'*iter* procedimentale per l'adozione di uno e dell'altro si può evidenziare come la metodologia sostanzialmente non differisca¹⁵¹. In entrambi i casi l'approccio metodologico si ispira al quello che si è già richiamato nel Capitolo I¹⁵², il cd. ciclo di Deming, che si articola nelle quattro fasi della pianificazione, della realizzazione, della verifica, del mantenimento e/o miglioramento.

Dal punto di vista degli "obiettivi", è evidente che tanto il MOG quanto il sistema di prevenzione condividono l'obiettivo finale, che la salvaguardia della salute e la incolumità fisica dei lavoratori. Differiscono invece sul piano dell'obiettivo immediatamente perseguito, che nel caso del MOG, è la prevenzione del rischio del reato e non direttamente l'evento, (morte o lesioni grave e gravissime) che costituiscono invece il fine immediato del sistema di gestione della sicurezza¹⁵³.

¹⁵⁰ Quanto al progetto istitutivo ai datori di lavoro, assistiti e affiancati dai responsabili del servizio di prevenzione e protezione, dal medico competente, da consulenti esterni *etc*; per i profili attuativi e direttivi ai dirigenti; per quanto attiene invece alla immediata supervisione ai preposti.

¹⁵¹ Anzi si è già evidenziato *supra* come il legislatore delegato del 2000 nell'introdurre i MOG avesse a disposizione l'esperienza maturata nell'ambito della prevenzione degli infortuni.

¹⁵² *Supra* CAPITOLO I, §3.1

¹⁵³ CASTRONUOVO D., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008*, in Basenghi F., Golzio L. E., Zini A. (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, Milano, 2009, 181, ravvisa come i modelli previsti dalla disciplina lavoristica «sono direttamente orientati a eliminare e ridurre i rischi da lavoro» mentre i MOG «sono direttamente orientati a eliminare e ridurre il rischio-reato, ossia il rischio che coloro che agiscono all'interno dell'organizzazione commettano reati nell'interesse o a vantaggio della stessa»

Sulla stessa scia la posizione di una giurisprudenza di merito secondo cui nei MOG «è il reato rischio da prevedere e, quindi, prevenire. E' il reato l'evento da evitare: non il diverso evento-

Un sistema di prevenzione che sia conforme ai parametri fissati dalla normativa del T.U. punta ad assicurare l'osservanza di tutte quelle cautele doverose (siano esse positivizzate o di comune esperienza) direttamente funzionali alla «eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, [al]la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico»¹⁵⁴.

Si tratta evidentemente di regole propriamente cautelari in senso stretto, cioè volte a plasmare l'esercizio di un'attività pericolosa al fine di evitarne conseguenze o degenerazioni pregiudizievoli per la salute del lavoratore e di regole invece cautelative o pre-cautelari in senso lato, che invece sono finalizzate ad agevolare l'osservanza e il rispetto di quelle cautelari in senso stretto. In altre parole sono ricomprese tra queste ultime proprio le norme che impongono la pianificazione o programmazione dell'attività preventiva, cominciando da quelle che scandiscono la procedura da seguire nella individuazione e mappatura dei rischi da gestire o ai canoni di adeguata selezione, formazione e supervisione del personale addetto al processo preventivo *etc...*

Vale la pena sottolineare sin d'ora un aspetto che si pone proprio come centrale anche nella problematica relativa all'essenza della colpa organizzativa quale criterio di ascrizione della responsabilità dell'ente: vale a dire la difficoltà di dimostrare in concreto l'effettiva incidenza, dal punto di vista causale ed eziologico, della violazione di alcune regole a contenuto eminentemente procedimentale ed organizzativo rispetto alla verifica dell'evento dannoso "finale", in questo caso l'infortunio¹⁵⁵.

Per quanto attiene invece ai Modelli di organizzazione e gestione, essendo questi rivolti alla prevenzione di un rischio che come si ricava testualmente dagli artt. 6 e 7 del Decreto e dall'art. 2, comma 1, lettera dd) del T.U., non riguarda direttamente i fattori insiti nel processo produttivo e potenzialmente lesivi, ma nel rischio di commissione di reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro da parte dei soggetti apicali o sottoposti.

naturalistico- dedotto nei reati colposi di cui è parola in tutti e tre i commi dell'art. 25^{septies} »

¹⁵⁴ Art. 15, comma 1, lett. c), T.U.S.

¹⁵⁵ Sul tema cfr. CIVELLO C., *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen tra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 25 e ss.

Ebbene, la valutazione di questo rischio è ben altra cosa rispetto alla valutazione incorporata nel DVR, in quanto l'oggetto dell'analisi del *risk assessment* non coincide, cosicché, di conseguenza, dovranno necessariamente variare anche le concrete misure organizzative che definiscono i contenuti dei due documenti. Ciononostante, la valutazione del rischio-reato, in virtù del collegamento stabilito dall'art. 30 T.U., non può prescindere dalla valutazione del rischio-infortunio.

Rispetto al modello, la valutazione dei rischi si pone e si configura però solo come uno degli interventi destinati a trovare collocazione nella suddivisione delle competenze. La valutazione dei rischi è al punto di intersezione fra la salvaguardia della persona e la pianificazione dell'organizzazione¹⁵⁶, coerentemente con il disposto dell'art. 2087 c.c.¹⁵⁷: ma la stessa protezione del lavoratore presuppone un'analisi compiuta: per questo motivo il modello organizzativo ex art. 30 deve programmare, tra gli altri adempimenti, proprio la valutazione dei rischi.

Due gli aspetti che ne discendono e che si andranno ora a sviluppare:

- 1) la redazione di un MOG rispondente ai requisiti dell'art. 30 non può evidentemente esaurirsi nella predisposizione del DVR, così come negli altri singoli e puntuali adempimenti richiesti dal T.U., ma vi è comunque, necessariamente, un *quid* in più, che risiede proprio nell'aspetto organizzativo avente ad oggetto questi specifici adempimenti e che si traduce nel modello ex art. 30¹⁵⁸;
- 2) le conseguenze della mancata/inidonea predisposizione del DVR e dello

¹⁵⁶ MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, in Biagi M. (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991, 385.

¹⁵⁷ La disposizione, generalmente intesa quale norma di chiusura del sistema antinfortunistico, stabilisce che «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»

¹⁵⁸ Sul punto è concorde anche la giurisprudenza di merito, cfr Tribunale di Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri, secondo cui «In tema di 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, la riduzione della sanzione pecuniaria nei confronti dell'ente, prevista dall'art. 12, comma 2, lett. b), D. Lgs. n. 231/2001 in caso di adozione e attuazione di un modello organizzativo dopo la commissione del reato-presupposto della responsabilità dell'ente, e prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, non può essere invocata dall'ente che, anziché il modello di organizzazione e di gestione di cui all'art. 30, D. Lgs. n. 81/2008, ha adottato in quel lasso di tempo il documento di valutazione dei rischi ex artt. 26 e 28, D. Lgs. n. 81/2008» in *Dir. pen. proc.*, 2010, 848 e ss, con nota di AMARELLI G.

specifico adempimento rispetto al MOG e viceversa.

2.1 Modelli organizzativi e sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.

La non sovrapposibilità ma al contempo la stretta interazione sinergia tra modello organizzativo e sistema di prevenzione del T.U. si evince chiaramente dal dettato normativo¹⁵⁹. Come già evidenziato, il *corpus* di adempimenti richiamati dall'art. 30 T.U. costituisce la struttura del sistema di prevenzione delineato dal T.U. per i diversi destinatari dell'obbligo di sicurezza. Ciò che si chiede all'ente è di organizzarsi in maniera tale da poter assicurare l'adempimento di quegli obblighi da parte dei destinatari degli stessi, ma non assume una responsabilità in proprio per la singola violazione colposa che il soggetto-persona fisica dovesse commettere.

L'ente infatti non risponde per la violazione colposa della regola cautelare da parte del singolo, ma per non aver posto e mantenuto le condizioni organizzative che avrebbero permesso l'osservanza individuale della norma cautelare imposta dal T.U.

Da questo punto di vista appare condivisibile la tesi del Tribunale di Trani secondo cui l'art. 30 T.U. prevede «un modello organizzativo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica». Ne consegue che l'elaborazione di un mero documento di valutazione dei rischi *ex artt.* 26 e 28 T.U., non può essere equiparata all'adozione del modello *ex art.* 30¹⁶⁰. Il DVR infatti è rivolto anche ai lavoratori, per informarli dei pericoli presenti all'interno del ciclo

¹⁵⁹ Occorre peraltro segnalare la presenza di una certa dottrina che ritiene invece la coincidenza dei due sistemi e la loro sostanziale riduzione *ad unum*. Tra gli altri si vedano: PULITANO' D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 103; GIUNTA F., *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *Resp. amm. soc.*, 2013, 4, 15 secondo cui «la colpa da organizzazione nel settore antinfortunistico coincide con la stessa colpa antinfortunistica del datore di lavoro»; ID., *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 243 e ss.

¹⁶⁰ Al riguardo si evidenzia come anche la Guardia di Finanza chiarisca con propria circolare n. 83607/2012 che la p.g., nell'ambito della propria attività di indagine, deve tener presente che i documenti di valutazione dei rischi redatti ai sensi del T.U. non sono equiparabili al modello organizzativo e, pertanto, non assumono valenza nella direzione di assicurare l'efficacia esimente di cui al decreto 231/2001.

produttivo, ed è strutturato «in modo da garantire a tali destinatari una rete di protezione privata e collettiva perché addetti concretamente a determinate mansioni». Il sistema di gestione di cui al d.lgs. n. 231/2001 e all'art. 30 si rivolge principalmente «a coloro che, in seno all'intera compagine aziendale, sono esposti al rischio di commettere reati colposi e di provocare quindi le lesioni o la morte nel circuito societario, sollecitandoli ad adottare standard operativi e decisionali predeterminati, in grado di obliterare una responsabilità all'ente. Dall'analisi dei rischi del sistema produttivo l'attenzione viene spostata ai rischi del processo decisionale finalizzato alla prevenzione»¹⁶¹

In questo senso il MOG *ex art. 30* viene definito, dal punto di vista funzionale e strutturale, come un sistema di “secondo livello” o “secondo grado”¹⁶², teso a garantire l'effettiva predisposizione, ad opera dei vari garanti individuali, di un adeguato e efficace sistema di organizzazione, gestione e controllo di “primo livello”, il complesso e articolato sistema di prevenzione ordito dal T.U., integrato da quelle misure preventive e azioni direttamente tarate sul rischio di infortuni.

Si può dire che tra MOG e sistema di prevenzione esista un rapporto di “mezzo a fine”, nel senso già sopra evidenziato.

2.2 L'essenza protocollare- preventiva del modello organizzativo ex art. 30.

Anche i *compliance programs* in materia antinfortunistica si sostanziano nella predisposizione e implementazione di strumenti di conformazione e controllo dei processi decisionali che sono a rischio-reato: quindi norme comportamentali, appositi protocolli preventivi e relative procedure attuative.

In particolare, i processi decisionali e attuativi saranno volti a curare

¹⁶¹ Tribunale di Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri, cit.

¹⁶² lo stesso PULITANO' D., *Responsabilità degli enti e reati colposi*, in Stile A.M., Mongillo V., Stile G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 251, contrariamente a quanto sostenuto in precedenza (cfr. nota 26) sembra poi aver aderito alla visione che concepisce il modello *ex art. 231* e *ex art. 30* come un modello «(per così dire) di secondo grado»

l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici minuziosamente elencati all'art. 30 T.U., assicurando nel contempo che il datore del lavoro e gli altri soggetti coinvolti curino effettivamente l'attivazione e l'attuazione di un sistema di prevenzione che risponda ai requisiti di legge.

In questo modo all'ente che, quantomeno sul piano protocollare, dimostri di aver predisposto, *ex ante*, tutto quanto ci si potesse attendere per contenere o eliminare il rischio di condotte negligenti da parte dei garanti della sicurezza, nulla dovrebbe essere rimproverato per un reato colposo commesso dalla persona fisica. Ma in cosa consistono nel particolare settore in esame i protocolli decisionali in questione?

Certamente non possono assimilarsi alle mere procedure di lavoro in sicurezza, vale a dire le procedure operative o gestionali da osservare in presenza di determinate situazioni di rischio: quelle configurano piuttosto le regole cautelari di primo livello la cui violazione comporta la diretta responsabilità amministrativa o penale della persona fisica.

Le contromisure procedimentali "autonormate" dall'ente mirano invece, come già illustrato, a regolamentare i processi di formazione e attuazione delle decisioni demandate ai garanti della sicurezza, quali potenziali autori dei reati indicati all'art. 25^{septies} ¹⁶³.

Il quadro dei protocolli preventivi che potrebbero comporre il modello preventivo di cui all'art. 30 T.U., potrebbero essere individuati in quelle procedure preventive aventi ad oggetto, ad esempio, la regolamentazione:

- delle modalità di individuazione e valutazione dei rischi e delle necessarie misure di controllo;
- dell'identificazione e l'aggiornamento costante dei riferimenti normativi in materia di sicurezza sul lavoro;

¹⁶³ Si può rimarcare da questo punto di vista, la polivalenza funzionale dei protocolli preventivi nello specifico ambito dei reati colposi, che ben più articolata delle cautele contenitive del rischio di reati dolosi: le misure preventive nel campo dei reati colposi non hanno come obiettivo solo quello di rendere tracciabili e creare "intralci" ad eventuali comportamenti consapevolmente inosservanti, ma puntano ad assistere e guidare i comportamenti dei destinatari dell'obbligo prevenzionistico, rendendoli edotti delle cautele da osservare e riducendo al complessità delle decisioni da adottare. Su questa tematica cfr. PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 848 e ss.

- del sistema di gestione delle deleghe ai sensi dell'art. 16 T.U., per assicurare la validità e prevenire situazioni *di culpa in eligendo* e *in vigilando* del delegante;
- della programmazione, modalità di svolgimento e documentazione, e i lineamenti essenziali dell'attività formativa, informativa, "addestrativa", per assicurare il rispetto degli obblighi normativi;
- dei rapporti con i fornitori, appaltatori e subappaltatori, per garantire le esigenze di sicurezza di tutti i soggetti coinvolti;
- dell'approvvigionamento di macchine, attrezzature, prodotti e servizi, per assicurare che in tale fase siano tenuti in considerazione gli aspetti relativi alla sicurezza;
- della gestione delle emergenze;
- delle modalità di esecuzione, della periodicità e dei soggetti deputati all'attività di *audit* e vigilanza sull'organizzazione e sui protocolli di sicurezza;
- delle indagini sulle cause delle non conformità o degli incidenti e dunque delle azioni correttive da intraprendere;
- del monitoraggio e degli indici da considerare per la misurazione dei risultati ottenuti;
- della gestione delle segnalazioni concernenti le violazioni del modello organizzativo.

Merita particolare attenzione il ruolo che i MOG sono chiamati a giocare in un settore particolarmente sensibile della materia antinfortunistica, quale quello degli appalti. L'art. 30 T.U., comma 1, lett. a), infatti, annovera tra gli adempimenti che il MOG deve presidiare quelli relativi alla gestione degli appalti. Significativo è peraltro che la prima sentenza di merito che si è occupata di responsabilità dell'ente per il reato presupposto di cui all'art. 25septies¹⁶⁴ avesse ad oggetto proprio un caso di morte e lesioni prodottesi in esecuzione di un contratto di appalto privato¹⁶⁵.

¹⁶⁴ La già citata sentenza del Tribunale di Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010.

¹⁶⁵ Il caso, tra i più gravi occorsi in materia di 231, riguardava l'incidente occorso il 5 marzo 2008 presso lo stabilimento della Truck Center s.a.s di Molfetta, in cui morirono quattro operai e lo stesso titolare dell'azienda, durante i lavori di bonifica di un *container*, commissionati da una società del gruppo Ferrovie dello Stato, ad un'altra ditta di bari che a sua volta aveva subappaltato

Secondo il giudice chiamato a valutare l'idoneità del modello approntato *post factum* non interveniva adeguatamente su quegli specifici aspetti che avevano già costituito il punto debole del sistema di prevenzione esistente. A parere del Tribunale sarebbero state necessarie:

- procedure informative che assicurassero il passaggio di informazioni sui rischi inerenti i prodotti pericolosi nelle relazioni con altre società;
- procedure di *due diligence* nella selezione degli appaltatori, onde verificare l'idoneità ad operare nel particolare settore specialistico della chimica;
- protocolli di controllo preventivo sull'esistenza di presidi antinfortunistici e il loro corretto utilizzo negli impianti di società terze affidatarie (come era in questo caso la Truck center) di servizi rischiosi
- strumenti di controllo successivo, come «l'obbligo di inserimento di clausole contenenti sanzioni contrattuali a carico di terzi che potrebbero essere inadempienti rispetto agli obiettivi comuni prefissi oppure con l'adozione negoziale di poteri ispettivi sull'andamento delle attività nelle aziende esterne, onde verificare direttamente l'osservanza delle norme di prevenzione, specificamente concernenti il lavoro affidato».

In altre parole quello che si chiede è la predisposizione di procedure che si rivelino concretamente idonee ad assistere e guidare i garanti aziendali nel compiere e mettere in atto poi le decisioni che materialmente incidono sul fattore di rischio.

2.3 La metodologia applicabile alla predisposizione dei modelli ex art. 30 T.U. Rinvio.

La procedimentalizzazione organizzativo-gestionale richiesta dall'art. 30 T.U. nei termini sopra evidenziati non è affatto nuova in materia di infortuni e sicurezza sul lavoro. L'approccio metodologico in questione, infatti, ricalca con tutta evidenza le *best practices* nazionali e internazionali in materia di Sistemi di

il lavoro alla Truck center. In particolare, gli operai morirono per un'intossicazione acuta causata dalle esalazioni di acido solfidrico liberate dallo zolfo fuso precedentemente trasportato nel *container*.

Gestione della Sicurezza sul Lavoro (SGSL).

Il sistema in parola «definisce le modalità per individuare, all'interno della struttura organizzativa aziendale, le responsabilità, le procedure, i processi e le risorse per la realizzazione della politica aziendale di prevenzione, nel rispetto delle norme di salute e sicurezza vigenti ¹⁶⁶».

E' bene notare che mentre la serie di adempimenti posti a tutela della salute e sicurezza del lavoratore e dei luoghi di lavoro in capo ai diversi garanti del sistema sicurezza è chiaramente obbligatoria, e la sua inosservanza sanzionata, la scelta di organizzare questi stessi obblighi in un sistema di gestione è lasciato alla discrezionalità dell'impresa.

L'analogia tra il MOG e il SGSL trova espresso riconoscimento anche a livello normativo, laddove l'art. 30, comma 5, T.U., stabilisce che «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.»

Tale norma apre la strada a una serie di questioni di grande rilevanza per la tematica oggetto del presente lavoro, quale la presunzione di idoneità del MOG redatto in conformità delle Linee Guida UNI-INAIL o del *British Standard OHSAS 18001:2007*, che sarà oggetto di trattazione nei paragrafi che seguono¹⁶⁷.

Basti ora osservare come entrambi questi strumenti che, preme ribadirlo, sono di adozione volontaria, possono dirsi assolutamente consolidati nella prassi.

Tuttavia essi presentano caratteristiche differenti, in quanto la BS OHSAS è una norma internazionale, mentre lo strumento proposto da UNI-INAIL in accordo con le parti sociali è una linea guida di vocazione più strettamente legata all'ambito nazionale italiano.

Il primo essendo una norma tecnica internazionale consente di ottenere, dietro la verifica della corretta implementazione del SGSL secondo i requisiti dettati, il rilascio di un certificato di conformità da parte di organismi di

¹⁶⁶ Linee Guida UNI-INAIL

¹⁶⁷ Cfr. *infra* § 3.

certificazione¹⁶⁸.

Le Linee UNI-INAIL invece non definiscono requisiti ma solo indirizzi applicativi di supporto per l'implementazione di un SGSL e non sono suscettibili di verifica di un soggetto terzo.

I due modelli si equivalgono comunque dal punto di vista della funzionalità del sistema di gestione che vanno ad implementare, anche se sicuramente il BS OHSAS, risulta più spendibile sotto il profilo economico e promozionale, in quanto certificabile e di matrice internazionale.

2.4 Il sistema disciplinare e il sistema di controllo.

Una prima asimmetria rinvenibile tra SGSL e MOG riguarda la previsione da parte di quest'ultimo, di un sistema disciplinare «idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello» che invece non è espressamente richiesto né dalle Linee Guida UNI-INAIL, né dal *BS OHSAS 18001:2007*¹⁶⁹.

Per quanto attiene invece al sistema di controllo, è bene chiarire che non si tratta dell'attività di supervisione e sorveglianza che è di appannaggio dei «fisiologici “presidi di vigilanza” già contemplati dal testo unico sulla sicurezza sul lavoro»¹⁷⁰, vale a dire dei preposti sui lavoratori, affinché osservino i loro obblighi di legge, nonché le disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza e di uso dei mezzi di protezioni collettivi¹⁷¹; del datore di lavoro e dei dirigenti sull'operato dei garanti sottordinati¹⁷² e di eventuali delegati e sub-delegati¹⁷³.

¹⁶⁸ Il processo di accreditamento degli organismi di certificazione, normato a livello internazionale, si basa su un riconoscimento di idoneità professionale e su un monitoraggio continuo del loro operato da parte di un soggetto avente rilevanza pubblica. In Italia questo ruolo compete ad ACCREDIA, che sovrintende non solo alle attività di controllo, ma si interfaccia stabilmente con i soggetti pubblici e istituzionali (che sono poi quelli che riconoscono l'efficacia delle certificazioni emesse) per determinare le regole tecniche ed operative da applicarsi al processo certificativo.

¹⁶⁹ *Infra* § 3.

¹⁷⁰ GALANTINO L., *Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 31.

¹⁷¹ Art. 2, comma 2, lett. e, e comma 19 T.U.

¹⁷² Art. 18, comma 3bis, T.U.

Quello che invece il MOG mira a potenziare è una vigilanza aziendale che si affianca ai presidi di “primo livello”, assicurando le condizioni organizzative dell’effettiva e efficace attuazione di questi. L’ente è così chiamato a predisporre una garanzia e un controllo sull’effettività non tanto del piano di sicurezza aziendale in sé, quanto dei presidi di vigilanza alla sua concreta attuazione.

Le cautele che, in concreto, un ente potrebbe adottare si possono individuare innanzitutto in una misura di tipo “documentale e formale” come richiesto dal comma 2 dell’art. 30, laddove prevede «idonei sistemi di registrazione dell’avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1»: tali registrazioni infatti attestano i risultati conseguiti, ne assicurano la tracciabilità, e agevolano così un’efficace attività di *audit*.

Le Linee Guida UNI – INAIL suggeriscono¹⁷⁴ l’implementazione di un monitoraggio pianificato che abbia ad oggetto i provvedimenti tecnici organizzativi e procedurali di prevenzione e protezione realizzati dall’azienda, gli obiettivi di salute e sicurezza sul lavoro pianificati, nonché il SGSL stesso. L’impostazione di un piano di monitoraggio si dovrebbe sviluppare attraverso:

- la pianificazione temporale delle verifiche (frequenza);
- l’attribuzione di compiti e di responsabilità dell’esecuzione dei monitoraggi;
- la descrizione delle metodologie da seguire;
- le modalità di segnalazione delle eventuali situazioni di non conformità.

Ma a chi demandare questo compito di controllo? Ancora una volta emerge infatti, anche sotto questo aspetto, il mancato coordinamento tra le prescrizioni specifiche della normativa di settore e quella generale del Decreto.¹⁷⁵

¹⁷³ Art. 16, commi 3 e 3 bis T.U.

¹⁷⁴ Cfr. sezione F delle Linee Guida UNI-INAIL

¹⁷⁵ Sul punto si registra infatti un sostanziale disaccordo in dottrina. Da una parte vi è chi sostiene che vi sia una coincidenza tra il meccanismo di verifica di cui al comma 4 dell’art. 30 e quello previsto dall’art. 6 d.lgs. 231/2001. In questo senso: PISANI N., *Struttura dell’illecito e criteri d’imputazione*, in Astolfo A., D’Avirro A. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell’impresa. La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, 156; LOTTINI R., *I modelli di organizzazione e gestione*, in Giunta F., Micheletti D., *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 183; DE SANTIS G., *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il “correttivo” (d.lgs. 106/2009) al T.U.S.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *Resp. amm. soc.*, 2010, 2, 138; MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto ‘correttivo’. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 100. Ritene invece che si richieda «un ulteriore presidio di controllo attraverso l’istituzione di un’apposita istituzione aziendale» che sia altro rispetto a

Ma anche sulla scorta della circostanza che i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. vedono coinvolti più frequentemente i “piani alti” dell’organizzazione aziendale, a ben vedere l’organo più adatto appare effettivamente l’Organismo di vigilanza, in quanto dotato di quella sufficiente autonomia e indipendenza che, non solo la lettera della norma dell’art. 6, ma anche la giurisprudenza¹⁷⁶ ritiene essenziali per il corretto svolgimento del loro compito. Evidentemente, nel particolare ambito in esame sarà opportuno che la composizione dell’organismo preveda anche la presenza di un esperto nel settore della sicurezza, ma quel che più conta è che, onde evitare possibili conflitti di interessi ed assicurare la necessaria distanza tra chi organizza l’attività preventiva e chi è deputato a controllarne l’operato, non vi facciano parte soggetti già facenti parte dell’organigramma aziendale¹⁷⁷. L’organismo di Vigilanza dovrebbe quindi essere strutturato in modo tale da poter (avere al suo interno le competenze professionali per) verificare direttamente anche l’adeguatezza del sistema di cautele adottato dall’ente nel settore degli infortuni sul lavoro¹⁷⁸.

A chiusura del sistema di controllo il comma 4 dell’art. 30 prevede poi «il riesame eventuale modifica del modello organizzativo, [...] 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». Se questa attività di riesame ben potrebbe essere affidata allo stesso OdV, coerentemente con quanto espresso finora¹⁷⁹, è evidente che l’effettivo “rimaneggiamento” del MOG che dovesse rendersi necessario all’esito di tale verifica dovrà necessariamente essere demandato all’organo amministrativo (analogamente all’originaria adozione stessa del modello).

Interessante notare che, mentre l’art. 6 subordina la modifica del modello

quelle già previste dalla disciplina di settore e rispetto allo stesso OdV: CARDIA M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 2,127

¹⁷⁶ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, Impregilo Spa, in *CED Cass.*, n. 257988

¹⁷⁷ Il riferimento è in primo luogo ai soggetti “classici” quali il Responsabile del servizio di prevenzione protezione, il medico competente, i delegati a particolari funzioni *etc...*

¹⁷⁸ Cfr. ARENA M., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose*, Milano, 2009, 144; CARDIA M., *I modelli di organizzazione in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro alla luce della sentenza del Tribunale di Trani*, in *Resp. amm. soc.*, 2010, 4, 176.

¹⁷⁹ In verità anche questo sembra costituire un punto di frizione con quanto previsto dalle Linee guida che attribuiscono l’attività di riesame alla “Alta direzione”.

alla scoperta di violazioni dello stesso (quindi di violazioni della regola “progettuale”), l’art. 30 collega la necessità di modifica alla scoperta di violazioni delle norme di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali: sembrerebbe così anticiparsi la tutela, in chiave prevenzionale, al momento della singola e specifica violazione cautelare, in quanto sintomatica di una inefficienza del modello a prevenire quelle condotte colpose potenzialmente in grado di degenerare nella commissione dei reati *ex art. 25septies*.

2.5 Il ruolo dei modelli di organizzazione rispetto al documento di valutazione dei rischi e agli altri adempimenti per la sicurezza.

Passando ora all’altro aspetto che discende dalla apparente sovrapposizione tra il sistema 231 e il sistema di prevenzione, si è già detto di come siano orientati a finalità immediate diverse (il rischio-reato l’uno, l’evento lesivo da infortunio l’altro) e come diversi siano i destinatari del MOG rispetto alla VDR (come dei singoli adempimenti demandati alle diverse figure del sistema antinfortunistico).

Si è anche messo in luce come questi sistemi non possano dirsi coincidenti e sovrapponibili, delineando l’uno un sistema di cautele di primo livello, attraverso regole cautelari in senso stretto, positivizzate e non, poste immediatamente a tutela del bene giuridico dell’incolumità fisica del prestatore di lavoro; l’altro un sistema di cautele di “secondo grado”, delle regole progettuali, la cui violazione non può essere messa in immediata correlazione con l’evento lesivo¹⁸⁰.

Ebbene, la violazione di una regola progettuale/organizzativa da parte dell’ente non implica necessariamente la contestuale violazione di una specifica regola cautelare; così come la condotta colposa in materia antinfortunistica non presuppone l’inosservanza delle prescrizioni del modello organizzativo.

¹⁸⁰ A ben vedere questo è l’aspetto su cui occorre concentrarsi per cercare di dare corpo al paradigma della colpevolezza dell’ente, anche al di fuori del perimetro della previsione di cui all’art. 25septies.

L' idoneità astratta e l' effettiva attuazione del modello ben potrebbero, in teoria, escludere il coefficiente personalistico di imputazione della responsabilità all' ente, vale a dire la colpa/colpevolezza in organizzazione, anche in presenza di una colpa individuale per il reato presupposto.

Come si è cercato di mettere in luce, il MOG, proprio per la sua complessa articolazione, non si riduce ad una "ridondante superfetazione"¹⁸¹ del modello di sicurezza che il T.U. affida, *in primis*, al datore di lavoro. Colpa individuale colpa collettiva dell' ente sono coefficienti soggettivi caratterizzati da una propria unicità sul piano fenomenologico, prima ancora che normativo¹⁸², motivo per cui in sede di accertamento giudiziale, occorrerà indagare, ai fini probatori, proprio sul quel distinto *quid* in base al quale è possibile ascrivere la rispettiva responsabilità all' ente.

Proprio la stretta connessione che si è messa in luce tra gli adempimenti individuali e quelli posti in capo all' ente, fa sì che il giudizio di idoneità del modello organizzativo non possa restare insensibile e impermeabile alla sostanza e all' entità della condotta tenuta dal garante della sicurezza.

Questa connessione sarà tanto più stretta quanto più la colpa individuale abbia ad oggetto o riguardi l' inosservanze di cautele di natura procedimentale e organizzativa, come può darsi nel caso del datore di lavoro che ometta completamente l' individuazione di un rischio nella DVR, oppure ometta di pianificare le risorse e gli investimenti necessari per mettere a norma i macchinari o gli ambienti di lavoro. In questi caso tanto più risulteranno consistenti le deficienze organizzative che possono imputarsi ai singoli, tanto più queste mancanze o disfunzioni saranno ascrivibili anche all' ente.

In ogni caso si dovrà necessariamente accertare il nesso tra il delitto colposo commesso dalla persona fisica e la lacuna organizzativa che si assume possa esserne stata l' occasione: il reato dovrà rappresentare la concretizzazione di quel rischio che la carente autoformazione o carente attuazione della regola predisposta nel MOG mirava ad evitare.

In questa prospettiva si potrebbe arrivare anche ad ipotizzare che nemmeno la totale assenza del modello potrebbe, di per sé, far discendere

¹⁸¹ MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 57.

¹⁸² Id., cit., 57.

un'automatica responsabilità dell'ente, dovendosi comunque accertare anche la prevedibilità ed evitabilità dell'evento concreto.

Inoltre, anche una volta individuata la regola progettuale trasgredita, bisognerà anche appurarne la concreta efficacia impeditiva che avrebbe potuto svolgere nei confronti del reato concretizzatosi. Questa indagine risulta ancora più complessa laddove la regola trasgredita consista in una procedura, che si limiti a stabilire modalità di scansione o aspetti formali del processo decisionale, e che si ponga, rispetto all'evento, come più lontana, fumosa, elastica.

3. La valutazione di idoneità del MOG ex art. 30. La conformità alle Linee Guida UNI-INAIL e BS OHSAS 18001:2007.

Le Linee Guida UNI- INAIL e le BS OHSAS 18001:2007 sono dei «documenti di natura tecnica che contengono regole da seguire per la realizzazione di sistemi di gestione della sicurezza che esprimono la best practice nazionale e internazionale in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro»¹⁸³.

Si è già ricordato come l'art. 30, al comma, 5 stabilisca una presunzione di idoneità dei modelli che siano implementati sulla base di questi documenti: in primo luogo occorre dunque puntualizzare che questa disposizione non intende negare, *a contrario*, l'idoneità di un modello pur non redatto in conformità di queste linee guida.

L'operatività della presunzione incontrerebbe però un duplice limite: temporale («in sede di prima applicazione») e contenutistico («per le parti corrispondenti»).

Su quest'ultimo aspetto si è già avuto modo di evidenziare come l'unica sostanziale asimmetria tra l'art. 30 e le linee guida riguardi la previsione di un sistema disciplinare. Peraltro questa differenza è stata rilevata dallo stesso Ministero del Lavoro che ha fornito una vera e propria tabella di correlazione tra i

¹⁸³ AMATI E., *La responsabilità degli enti per i reati colposi di omicidio e lesioni gravi e gravissime commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro*, in Montuschi L. (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, TOMO III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, 69.

requisiti richiesti dall'art. 30 e quelli identificati dalle Linee Guida UNI - INAIL e da BS OHSAS¹⁸⁴.

Quanto al riferimento al periodo non meglio circoscritto «di prima applicazione» espone certamente l'interprete a grosse incertezze¹⁸⁵.

Ciò precisato, ci si pone il problema di verificare in che senso operi questa conformità attribuita dallo stesso legislatore e occorre mettere in luce quale sia stata la *ratio* ispiratrice di tale disposizione: come è stato osservato¹⁸⁶, si è infatti voluto, da un parte, orientare maggiormente le imprese e, dall'altra, contenere «l'interpretazione creatrice del giudice». Secondo autorevole dottrina¹⁸⁷ la presunzione di conformità appare inoltre ispirata all'esigenza di recepire e legittimare gli strumenti di prevenzione già esistenti e per di più collaudati.

La dottrina si è però interrogata sulla natura di questa presunzione, in particolare se sia essa assoluta e relativa e, quindi, che margini di valutazione lasci all'interprete.

Secondo una prima tesi si tratterebbe di una presunzione *iuris et de iure*, cosicché il giudice dovrebbe necessariamente ritenere idonei i modelli definiti conformemente alle linee guida UNI INAIL e BS OHSAS 18001:2007¹⁸⁸.

Secondo altra tesi invece si tratterebbe di una semplice presunzione *iuris tantum* che in quanto tale non impedirebbe l'eventuale accertamento della

¹⁸⁴ Circolare del Ministero del Lavoro 11 luglio 2011.

¹⁸⁵ Tra gli altri, critica la genericità di questa disposizione MANCINI C., *I modelli di organizzazione e di gestione*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del d.lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 188.

¹⁸⁶ MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc.*, 2011, 3, 85.

¹⁸⁷ BERNASCONI A., sub Art. 6, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 117.

¹⁸⁸ Cfr. AMATI E., cit., 70 sostiene che il dato normativo non lascia spazio a dubbi: verificata la corrispondenza tra il modello adottato dall'ente e gli *standards* indicati dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, il giudice non potrà che concludere che per l'idoneità del modello. LOTTINI R., *I modelli di organizzazione*, cit., 191 e ss. specifica in che senso operi questa presunzione di conformità: tale presunzione infatti riguarda la conformità del modello che sia adottato sulla base delle Linee Guida UNI-INAIL o BS OSHAS alle indicazioni dell'art. 30 T.U. e non la conformità del modello concretamente adottato agli indicati *standards*, perché questo rimane in ogni caso oggetto di accertamento giudiziale. In altre parole, il giudice dovrà verificare la conformità del modello ai documenti tecnici indicati al comma 5: considerato che questi documenti contengono criteri generali che, in quanto tali, necessitano di specificazione per adattarsi alla concreta realtà aziendale, è chiaro che la discrezionalità del giudice conservi ampi margini di apprezzamento. Infatti, secondo l'Autore questi rimane totalmente libero nel verificare, in sostanza, la corrispondenza con i contenuti della linee guida, ma una volta appurata la conformità degli stessi non potrà che concludere per l'idoneità del modello.

inidoneità del modello¹⁸⁹. Tra l'altro questa impostazione sembrerebbe suggerire una nuova inversione dell'onere probatorio a favore dell'ente, in quanto in questo caso toccherebbe all'accusa vincere la presunzione offrendo prova contraria.

Ma anche a fronte di questa disomogeneità di vedute, la questione sembra perdere, almeno in parte, la sua rilevanza dal momento che un modello, seppure astrattamente idoneo "sulla carta", non esplicherà comunque alcuna valenza esimente nel caso in cui risultasse poi concretamente inefficace nella sua attuazione¹⁹⁰.

Interessante, invece, evidenziare come, proprio il tema della distribuzione dell'onere probatorio nel caso specifico dell'art. 30 T.U., a cui poc'anzi si faceva cenno, ha aperto un articolato dibattito¹⁹¹ che si intreccia e si aggiunge al già annoso problema del criterio di attribuzione della responsabilità nel generale caso dell'art. 6 del Decreto.

Da un parte infatti non manca chi sostiene che, indipendentemente dalla qualifica rivestita dalla persona fisica autrice del reato presupposto *ex art. 25septies*, sia essa apicale o subordinata, l'art. 30 attribuisce sempre e comunque l'onere probatorio (evidentemente in ordine alla inidoneità del modello) in capo all'Accusa. Una tesi più restrittiva attribuisce questo effetto solo ai casi di conformità del modello *ex comma 5*: vale a dire, l'idoneità che discenderebbe dalla conformità supera l'articolazione di verifica di tenuta del modello nelle due ipotesi di reato commesso dagli apicali o dai subordinati.

Infine, secondo un altro orientamento la struttura dell'art. 30 T.U. non

¹⁸⁹ RUSSO Y., *Sicurezza e responsabilità "penale-amministrativa" degli enti collettivi: i modelli di organizzazione e gestione (Titolo I, Capo III art. 30)*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e della sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Milano, 2009, 113, secondo cui- operando un parallelismo con quanto prevede l'art. 6 del Decreto- così come deve escludersi una presunzione di idoneità derivante dall'adeguamento del singolo modello alle linee guida predisposte dalle associazioni di categoria ancorché validate a livello ministeriale, in quanto mere indicazioni di carattere generale che prescindono dalle peculiarità dei vari contesti aziendali, allo stesso modo deve escludersi che eventuali certificazioni di idoneità, sia che provengano da enti pubblici, privati, o para-pubblici, possa conferire una "patente di idoneità" che obliteri l'accertamento giudiziale.

Esclude, parimenti, che si tratti di una presunzione di conformità assoluta GRAGNOLI E., sub *Art. 30 d.lgs. n. 81/2008*, in Carinci F., Gragnoli E. (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, 307 e ss.

¹⁹⁰ Nessuna presunzione potrebbe essere operante proprio perché la valutazione sulla efficacia e sull'effettività del controllo spetta solamente al giudice. In questo senso cfr. PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit.

¹⁹¹ Per una disamina di queste posizioni si veda LOTTINI R., cit., 197 e ss.

influisce affatto sul meccanismo di imputazione delineato dal Decreto, sicché l'ente dovrà comunque provare le condizioni di esonero di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, con l'unica differenza che potrà ritenere assolto l'onere probatorio in ordine alla mera idoneità del modello nel caso di conformità alle Linee guida.

4. Modello organizzativo e obbligo di vigilanza del datore di lavoro.

Stando al tenore letterale dell'art. 16, comma 3, T.U., per il quale l'obbligo di vigilanza che il datore di lavoro deve esercitare nel caso di delega di funzioni «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all' articolo 30, comma 4,» si desume che il dovere di vigilanza tradizionalmente attribuito al datore di lavoro delegante sul corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite sia assimilabile a quel sistema di controllo richiesto dall'art. 30 comma 4. Controllo che, come si è visto *supra*, appare pacificamente riconducibile a all'attività esplicata dall' Organismo di Vigilanza. Come già opportunamente sottolineato, l'art. 30 non impone un obbligo nell'adozione di questo strumento di controllo, ma sicuramente permette al datore di lavoro di avvalersene per far fronte a doveri di vigilanza che a lui stesso competono.

Se l'ente è fornito di efficaci meccanismi di controllo sul particolare aspetto della gestione delle deleghe e della verifica delle prestazioni del delegato e se all'organismo a ciò deputato è assicurata una vigilanza autonoma e indipendente sull'attuazione di questi strumenti, allora il datore di lavoro potrà sostenere di aver fatto tutto quanto da lui concretamente esigibile e nessun addebito gli potrà essere mosso a titolo di *culpa in vigilando*.

Se questa è la conclusione a cui si può giungere, ci si trova di fronte, ancora una volta, alla necessità di verificare come possa concretamente atteggiarsi questa sovrapposizione di compiti e funzioni, soprattutto dal punto di vista della attribuzione (o dello slittamento) delle eventuali responsabilità dell'uno (datore di lavoro) e dell'altro (OdV).

L'attività dell'Organismo di Vigilanza è preordinata alla efficace attuazione del modello di cui all'art. 30 e , quindi, degli obblighi ivi previsti, quali ad esempio quelli connessi alla valutazione dei rischi. La vigilanza sarà in questo caso mirata al rispetto delle procedure per la valutazione del rischio dettate dagli artt. 28 e 29 T.U., cioè che «siano individuate e adottate procedure per la attuazione delle misure e previsti ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbano provvedere». In quella che è stata giustamente definita l'organizzazione del controllo del rischio¹⁹², il compito di vigilanza dell'OdV si focalizza sulla osservanza e sulla funzionalità di quei protocolli cautelari senza tuttavia sconfinare in un controllo preventivo e sistematico volto a impedire specifici eventi o comportamenti illeciti realizzati dagli apicali. All'Organismo di Vigilanza compete, infatti, un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità, sulla potenzialità preventiva e sulla tenuta del modello 231 che non porta con sé alcun obbligo giuridico fondato sull'art. 40 c.p. di impedire l'evento (vale a dire la commissione di reati): al *compliance officer* non spettano funzioni operative effettive, non disponendo egli di poteri impeditivi tali da ricollegarvi un correlativo obbligo di intervento riconducibile ad una posizione di garanzia sua propria che consenta un reale potere di ingerenza nella condotta criminosa altrui. D'altra parte l'affermazione di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'Organismo renderebbe eccessivamente gravoso il loro compito al di là di quanto non sia ragionevolmente esigibile¹⁹³.

Si ritiene quindi preferibile parlare di un obbligo di sorveglianza la cui omissione, pur esponendo l'ente a responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* non investirà direttamente l'organismo in ordine alla punibilità per il reato-presupposto¹⁹⁴.

In quest'ottica si deve quindi escludere in capo all'OdV l'obbligo di

¹⁹² MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., 211.

¹⁹³ Una "pericolosa" tendenza a investire l'OdV di compiti di intervento non previsti dal Legislatore è stato acutamente avvertito, sebbene in un caso che non attiene alla materia infortunistica, da BERNASCONI A., «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1436-1437.

¹⁹⁴ Ciò che contraddistingue l'obbligo di sorveglianza è infatti l'assenza di poteri autenticamente impeditivi in capo al titolare. In argomento CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1985, 175 e ss., PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.

impedire l'evento- reato, svolgendo questi una funzione preventiva indiretta¹⁹⁵ consistente non tanto nel prevenire concreti episodi delittuosi, ma nell' assicurare l'effettività dei modelli adottati.

Ora, questa lettura del contenuto dell'obbligo di controllo di cui all'art. 30, comma 4, si riflette sul dovere di vigilanza in tema di delega di funzioni: dall'art. 16 comma 3 T.U. sembra, infatti, che ad oggi, proprio tramite il rinvio all'art. 30, pure il controllo a cui è tenuto il delegante sia un mero controllo sull'adeguatezza della organizzazione delegata e non sugli specifici processi che influiscono sulla sicurezza del lavoratore: in altre parole, la vigilanza (dal momento che viene attuata tramite il meccanismo dell'art. 30) si esplicherebbe attraverso i sistemi di sorveglianza e controllo ivi previsti, vale a dire attraverso l'adozione e efficace attuazione dei modelli idonei a prevenire la commissione dei reati-presupposto.

Questa forma di vigilanza, stando alla lettera dell'art. 16, dovrebbe fungere da meccanismi di esonero della responsabilità anche per il datore di lavoro persona fisica oltre che per l'ente, ma non può con questo significare un trasferimento della posizione di garanzia in capo all'organo deputato al controllo, proprio perché, come si è detto, tale l'organismo non può vedersi attribuiti diretti poteri impeditivi dell'evento.

Una corretta lettura della norma è quella per cui il dovere di vigilanza e il conseguente meccanismo di imputazione *ex art. 40 c.p.*, resta un obbligo personalissimo del datore di lavoro delegante, il cui corretto adempimento deve essere verificato nel caso di reato imputabile al delegato o di verifica di un evento lesivo. E la verifica potrà avere esito positivo, con liberazione da responsabilità del delegante, nel momento in cui si provi non solo l'adozione di un modello organizzativo (e di un sistema di controllo) sulla carta idoneo, ma, soprattutto, concretamente ed efficacemente attuato, perché questo significherebbe che vi è un sistema di controllo che, più che operare un diretto controllo sul rispetto delle prescrizioni antinfortunistiche delegate dal datore di lavoro, si basa sulla previa configurazione di specifici protocolli informativi e di *audit* in relazione alle attività del delegato, attività nelle quali si estrinseca veramente

¹⁹⁵ PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, 1367 e ss.

quella vigilanza di secondo livello dell'OdV a cui si ricollega il dovere di segnalare all'organo gestorio le lacune organizzative eventualmente riscontrate¹⁹⁶.

In altre parole, come si è evidenziato già in apertura, si può dire che *ex post* il dovere di vigilanza del datore di lavoro sulle funzioni delegate abbia avuto effettivamente luogo attraverso la verifica di efficienza svolta da sistema di vigilanza informativo- preventiva, idoneo a garantire la circolazione delle informazioni lungo la rete di garanti, senza che però ciò sconfini in una indebita moltiplicazione di posizioni di garanzia, non supportate dai necessari poteri di intervento e non supportate normativamente in ossequio al principio di legalità e determinatezza.

5. L'asseverazione dei modelli e le "buone prassi".

L'art. 51, comma 3*bis*, T.U. prevede la possibilità per le imprese di richiedere l'asseverazione, da parte degli organismi paritetici, dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli di cui all'art. 30.

Vi è da domandarsi in che cosa consista questa asseverazione e, soprattutto, che valore giuridico abbia: difatti sembra scontato che debba essere distinto dalla certificazione, pur implicando «la formulazione di un giudizio fermo e deciso»¹⁹⁷. Sembrerebbe piuttosto trattarsi di una esplicita e preventiva attestazione della idoneità dei modelli senza che, tuttavia, possa essere esclusa o limitata, per ciò solo, l'indagine svolta dal giudice¹⁹⁸.

A limitare l'effettiva portata pratica di questi strumenti è peraltro la stessa circostanza per cui ad oggi questa attività non è adeguatamente regolamentata, posto che ad esempio non sono specificate né le caratteristiche né le competenze professionali che dovrebbe possedere l'organismo paritetico¹⁹⁹, né la durata

¹⁹⁶ MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., 75.

¹⁹⁷ LAI M., *Il sistema di rappresentanza e delle relazioni collettive*, in Pascucci P. (a cura di), *Il D.Lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I "sistemi" del diritto della sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni di Olympus*, 2011, 2, 555.

¹⁹⁸ Cfr. LAZZARI C., *Gli organismi paritetici nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, in *Working papers di Olympus*, 2013, 21, 12.

¹⁹⁹ Si può segnalare come la Commissione nazionale dei comitati paritetici territoriali per

dell'asseverazione stessa.

Il ruolo dell'asseverazione rimarrebbe quindi limitato ad un intervento di mera collaborazione affidata agli organismi paritetici volta a supportare e coadiuvare le imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative, di buone prassi aziendali che siano volte alla tutela della salute del lavoratore.

Un altro strumento che spicca tra le "fonti" delineate dal legislatore in materia di prevenzione dei rischi lavoratori rientrano anche le cd. buone prassi, definite come quelle soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro, elaborate delle Regioni, dall'Inail e dagli organismi paritetici, validate dalla commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro istituita presso il ministero del lavoro e della previdenza sociale²⁰⁰.

Ai fini della loro validazione è necessario che le stesse siano presentate secondo un preciso modello predisposto dalla commissione consultiva ovvero che siano approfonditamente indicati, oltre all'azienda proponente, l'attività che ha determinato il pericolo o per la quale è sorta l'esigenza di un miglioramento, la descrizione dell'insorgenza del rischio, nonché la soluzione di tipo tecnico, organizzativo e procedurale, i risultati raggiunti e attesi i costi maturati durante l'attuazione della nuova soluzione. L'attenzione deve essere rivolta, soprattutto, alla trasferibilità delle informazioni fornite che potranno essere così utilizzate da altre realtà con le stesse caratteristiche, senza limiti di divulgazione²⁰¹.

La questione che può porsi in relazione al tema di questo lavoro è legata, anche in questo caso, al ruolo che questi strumenti giocano nella dinamica dell'organizzazione, posto che è evidente che tali strumenti sembrano più immediatamente posti a tutela del rischio infortunio piuttosto che come strumenti di progettazione e organizzazione ai fine della prevenzione del rischio di

l'edilizia nel febbraio 2013 ha pubblicato un documento volto a disciplinare le modalità con cui gli organismi paritetici dovrebbero dar luogo alle asseverazioni, organizzando anche, di concerto con l'INAIL un corso per tecnici asseveratori.

²⁰⁰ Art. 2, lett. v), T.U.

²⁰¹ Ad oggi non sono poche le buone prassi raccolte e diffuse dagli enti incaricati, in particolare dall'INAIL. Tra le più recenti si possono ricordare le soluzioni di tipo procedimentale tese a sperimentare un nuovo processo di valutazione dei rischi, attraverso la partecipazione e il coinvolgimento dei lavoratori, nonché a fornire uno strumento di supporto per l'applicazione della procedura di valutazione dei rischi.

commissione del reato: parrebbe quindi potersi concludere che nessuna rilevanza giochino, in sé considerati, ai fini di un'efficacia esimente della responsabilità dell'ente per la verifica di un reato di cui all' art. 25^{septies} d.lgs. 231/2001.

CAPITOLO III

LA VALUTAZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE.

Sommario: 1. I modelli organizzativi nella prassi 2. La valutazione del modello 3. L'elusione fraudolenta 4. I modelli e la colpevolezza dell'ente 5. Il caso Impregilo Spa 6. Conclusioni

1. I modelli organizzativi nella prassi.

Il decreto 231/2001 fonda la responsabilità dell'ente sulla sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 5, 6 e 7: qualora si verifichi un determinato reato nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso, questi risponderà dell'illecito amministrativo se non prova di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, di aver istituito un sistema di vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo che ne garantisca l'osservanza e l'aggiornamento e che il soggetto apicale abbia eluso fraudolentemente il modello. Parallelamente, nel caso di reato commesso da un soggetto subordinato, l'ente è chiamato a rispondere, in pratica, se vi è stata l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza da parte quest'ultimo; l'inosservanza è esclusa se l'ente abbia adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo.

Si è quindi tentato, nei capitoli precedenti, di delineare quale siano le

caratteristiche strutturali e funzionali dei modelli di organizzazione e gestione previsti dalla normativa, con particolare riferimento al settore della sicurezza sul lavoro; ambito, quest'ultimo, nel quale, da un lato, essi trovano più compiuta specificazione dal punto di vista contenutistico e, dall'altro, meglio sembra declinarsi, nel rapporto tra regole cautelari di primo e secondo livello, il paradigma della colpa di organizzazione.

Si tratta ora di indagare quale sia effettivamente l'incidenza dei modelli organizzativi nella prassi e quali siano gli "ostacoli" che ancor oggi permangono a livello interpretativo e giurisprudenziale, tali da svilire, o sviare, le lodevoli finalità perseguite con l'introduzione di un titolo di responsabilità autonomo per la persona giuridica.

Dall'entrata in vigore del Decreto si è assistito ad un sempre più crescente ricorso all'imputazione degli enti per l'illecito "amministrativo" anche se dal punto di vista delle applicazioni giurisprudenziali gli aspetti che hanno impegnato maggiormente i giudici di merito e di legittimità attengono per lo più ai profili strettamente processuali, quali ad esempio la possibilità di costituirsi parte civile nei confronti dell'ente, o le formalità per la costituzione dell'ente in giudizio, oppure profili più strettamente sanzionatori, in ordine ad esempio alla confisca, e, soprattutto, cautelari.

In questo panorama il tema dell'adozione dei modelli organizzativi, dalle loro caratteristiche strutturali, alla loro valenza esimente, alla valutazione di idoneità e adeguatezza sembra ancora per lo più relegato nelle discussioni dottrinali più che affrontato nelle aule giudiziarie. La ragione di ciò pare esserne in realtà anche la conseguenza: la lamentata carenza di chiare indicazioni a livello normativo circa i contenuti che il MOG "ideale" dovrebbe possedere; la gravosa *probatio diabolica* a cui l'ente è tenuto per discolarsi; l'eccessiva "burocratizzazione" e considerevoli costi per l'impresa; il timore, se non quel "certo fastidio nei confronti degli spazi di discrezionalità riconosciuti al giudice"²⁰², non hanno favorito il diffondersi dei modelli organizzativi, che piuttosto vengono adottati *ex post*, a fini riparatori, solo nel caso in cui si realizzi una fattispecie criminosa che importi la responsabilità dell'ente. D'altro canto, la

²⁰² FIDELBO G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, cit., 176.

scarsa diffusione di questi strumenti ha dato luogo ad una altrettanto scarsa produzione giurisprudenziale che sia incentrata prevalentemente, e non solo incidentalmente, sul punto: ed ecco creato un circolo vizioso che ben si presta ad essere strumentalizzato quale “scusa” e ragione della scarsa diffusione dei modelli organizzativi, o di una loro apparente adozione, meramente di “facciata”²⁰³.

Un primo aspetto critico e “spinoso” che è già emerso è senz’altro quello relativo all’attribuzione dell’onere della prova in ordine all’adozione dei modelli organizzativi in capo all’ente.

Se anche si ritenesse di aderire a quel filone interpretativo che vede nell’adozione del modello una mera facoltà e non un obbligo, questo diventerebbe comunque uno strumento necessario per l’ente che voglia andare esente da responsabilità. Specie nella più articolata ipotesi dell’art. 6, ambito di elezione dell’immedesimazione organica, l’ente che vuole prendere le distanze dall’azione del suo vertice, si troverebbe in ogni caso a dover dimostrare (vuoi in esecuzione di un vero e proprio e più stringente onere probatorio, vuoi anche in semplice esecuzione di un meno gravoso onere di allegazione) una pluralità elementi distribuiti, come ritiene autorevole dottrina, su due piani ²⁰⁴.

In primo luogo è richiesta la prova in ordine all’adozione ed efficacia dei modelli e della istituzione di un organismo di controllo: e questi due fatti si collocherebbero necessariamente in un momento precedente la commissione dell’illecito. In secondo luogo, e su un altro versante, l’ente che pur “superasse” questa prova, dovrebbe dimostrare anche che il reato è stato consumato nonostante l’efficace vigilanza dell’Odv ²⁰⁵ e che vi sia stata un’elusione fraudolenta del soggetto agente idonea a neutralizzare tutte le contromisure messe in atto. Si tratterebbe di una prova «costruita ad imbuto», in cui «il grappolo dei fatti sintomatici dell’assenza di colpa nella organizzazione o nella vigilanza

²⁰³ Non si può trascurare d’altra parte un dato molto importante, vale a dire la “giovane età” del decreto, specie se si considera che, soprattutto dal punto di vista squisitamente operativo, ha visto una concreta applicazione solo negli ultimi anni, grazie soprattutto all’introduzione tra i reati presupposto dei reati societari e colposi, che hanno fatto decisamente “decollare” il sistema anche all’interno delle Procure della Repubblica.

²⁰⁴ AMODIO E., cit., 323.

²⁰⁵ L’Autore parla proprio in termini di una *culpa in vigilando*, la quale presupporrebbe, però, in capo all’Odv una serie di poteri impeditivi che invece non sembrano potersi ricollegare all’organo *de quo*. Per le considerazioni in ordine a questo particolare aspetto, si rinvia al capitolo II.

rimane imbrigliato nella strettoia della prova positiva in tema di elusione fraudolenta». ²⁰⁶ Il modello organizzativo, secondo l'Autore, non sarebbe che il presupposto della prova veramente liberatoria, vale a dire l'elusione del modello, la quale si porrebbe come quella evenienza non prevedibile, né evitabile, tale da escludere il nesso di causalità tra la condotta dell'agente e la posizione dell'ente. In altre parole lo schema delineato dall'art. 6 si collocherebbe al di fuori dell'area che il sistema penale attribuisce al principio di colpevolezza, svelando la natura sostanzialmente oggettiva del criterio di imputazione ²⁰⁷.

A fronte di questa impostazione così critica, gli sforzi della dottrina sono comunque in genere rivolti a inquadrare la fattispecie in esame nel paradigma penale della colpevolezza, e d'altra parte, non sfugge come al di là della qualificazione del tipo di responsabilità, voluta dallo stesso Legislatore, come amministrativa, sia stato proprio quest'ultimo ad esprimere chiaramente nella Relazione Ministeriale la volontà di assicurare all'ente le garanzie sostanziali e processuali del sistema penale.

Dunque non paiono certo «costruzioni implausibili» ²⁰⁸ gli sforzi degli interpreti volti a ricondurre la categoria della colpa di organizzazione, e quindi gli stessi modelli organizzativi, al principio della colpevolezza al fine di ricondurre l'imputazione dell'illecito ad una dimensione soggettiva.

In ogni caso, e comunque si voglia intendere la prova liberatoria dell'art. 6, occorre prendere le mosse dal primo elemento richiesto, vale a dire il modello organizzativo.

²⁰⁶ Id. 323.

²⁰⁷ Nel caso dell'art. 7 la formula, come osserva FERRUA P., cit., 80, è piuttosto contorta perché qui il fatto impeditivo, che è pur sempre l'adozione del modello, anziché negare direttamente la responsabilità dell'ente, esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza; ma evidentemente l'esito non muta, ma semplicemente se vi è prova dell'idoneità ed efficacia del modello il giudice dichiarerà l'insussistenza dell'illecito, essendo irrilevante ogni indagine sull'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Cfr. anche BASSI A., EPIDENDIO T.E., cit., 242.

²⁰⁸ Testualmente AMODIO E., cit., 321.

2. La valutazione del modello.

Nonostante gli si attribuisca una rilevanza centrale nell'ambito del sistema della responsabilità degli enti, il Legislatore si è però dimostrato molto cauto nel dettare, al di là dei requisiti strutturali “minimi”, i contenuti e le caratteristiche specifiche che un modello organizzativo debba possedere perché sia considerato idoneo ed efficace.

Si può anzi notare come, nell'individuare il cd. contenuto minimo dei modelli, il Decreto faccia riferimento a due criteri di definizione, uno, per l'appunto, strutturale, che definisce il modello attraverso determinati elementi compiutamente descritti, e uno funzionale, in cui il contenuto viene descritto in maniera dinamica, cioè in base all'obiettivo che deve raggiungere²⁰⁹. In quest'ultimo caso è già evidente il maggior margine di discrezionalità che viene lasciato all'interprete nella valutazione del modello.

Come si legge infatti nella stessa Relazione, nel decreto si è scelto di tracciare l'ossatura dei modelli in funzione della minimizzazione del rischio-reato, sicché l'assenza di uno o più di quegli elementi ivi indicati già di per sé determina una sorta di inidoneità o inefficacia del modello, per così dire evidente e macroscopica.

Del resto, risulta difficile immaginare che il modello possa essere legislativamente delineato nella sua complessità, in ragione delle innumerevoli variabili necessarie per prevenire tutti i reati contemplati e che non troverebbero spazio in un testo normativo²¹⁰. Il rischio di reato è talmente diversificato, a seconda della realtà aziendale in cui è calato, che solo attraverso un'autovalutazione dello stesso soggetto collettivo è possibile realizzare un efficace sistema di cautele.

Certo è che la mancanza di indicazioni precise sui criteri di progettazione delle cautele preventive ha prevedibilmente scatenato reazioni contrastanti, «animate non di rado da pulsioni regressive»²¹¹.

²⁰⁹ BASSI A., EPIDENDIO T. E., *cit.*, 223.

²¹⁰ FIDELBO, *cit.*, 174.

²¹¹ In questi termini PIERGALLINI C., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, *cit.*, 376.

Lo scenario che si presenta all'interprete, ad oltre un decennio di effettiva applicazione della normativa, evidenzia uno scarso apporto di concretizzazione da parte della *hard law*, vale a dire leggi e regolamenti di fonte statale, a vantaggio di fonti di *soft law* provenienti dalle linee guida delle associazioni di categoria e dalle cd. *best practices*, nel segno di una tendenza alla privatizzazione delle fonti (aspetto sul quale sarà opportuno soffermarsi più diffusamente *infra*); dal canto suo, la giurisprudenza non è ancora stata capace di offrire contributi di chiarificazione certi e univoci, concentrandosi, piuttosto, su altri aspetti.

Il requisito di idoneità del modello, quindi, fonda e limita nello stesso tempo la possibilità di corresponsabilizzare l'ente²¹², proprio in ragione delle difficoltà sopra evidenziate. Esso consiste in una valutazione sulla efficacia preventiva del modello approntato, intesa come capacità di evitare il rischio di commissione di reati.

Un punto pare comunque fuori discussione, vale a dire che il giudizio in ordine alla idoneità del modello è ancora rimesso al giudice, e alla sua *auctoritas* *nomotéta*²¹³. Si è quindi tentato da parte della dottrina di verificare come dovrebbe avvenire questo giudizio sulla *compliance* e quali criteri il giudice dovrebbe utilizzare.

In primo luogo è ormai chiaro che la valutazione non potrà prescindere dalla peculiare dimensione esistenziale dell'ente collettivo²¹⁴.

Ciò precisato, sul tema della valutazione giudiziale del modello organizzativo si è fatto correttamente ricorso al concetto più generale di "adeguatezza", benché non sia un requisito previsto espressamente dalla norma²¹⁵. A ben vedere l'art. 6 del Decreto fa riferimento all'idoneità e all'efficacia, che si possono riferire, in linea con il dettato normativo, a due momenti distinti, quello dell'adozione e dell'attuazione.

Non si tratta, evidentemente, di due valutazioni indipendenti, ma di valutazioni che costituiscono le tappe di un unico processo logico-valutativo del

²¹² MANES V., TRIPODI A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., 137.

²¹³ Id., 139.

²¹⁴ DE VERO G., *La responsabilità penale*, cit., 174.

²¹⁵ Cfr. GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 3, 11 e ss.

giudice²¹⁶ volto al riconoscimento del medesimo effetto giuridico (sia esso un effetto esimente o semplicemente attenuante).

La valutazione di idoneità del modello sotto il profilo dell'adozione, deve avere ad oggetto in primo luogo l'identificazione dei contenuti essenziali del modello. Si tratta necessariamente di una valutazione astratta in ordine ai requisiti minimi fissati dall'art. 6, comma 2, del Decreto²¹⁷, che qui si richiamano brevemente: la mappatura dell'analisi dei rischi, l'individuazione degli ambiti nei quali possono essere commessi reati, l'indicazione delle contromisure adottate *etc...*

L'astrattezza della valutazione deriva dalla sua funzione meramente "definitoria", che prescindendo dalle peculiarità concrete del singolo caso è tesa a individuare caratteristiche necessarie per poter considerare la sussistenza di un documento che risponda ai requisiti del modello organizzativo.

L'altro aspetto che la verifica di idoneità riguarda invece il funzionamento del modello inteso nel suo complesso come articolazione concreta di quei contenuti, finalizzata a accertare se il modello è costruito in maniera idonea per gestire il rischio di commissione di reati: in questo caso non si può invece prescindere dall'adozione di quel concreto e particolare modello, di cui dovranno considerarsi le caratteristiche e peculiarità²¹⁸.

La valutazione giudiziale deve però andare oltre, e verificare anche la fase di concreta attuazione del modello in termini di efficacia. In questo secondo *step* il giudice non potrà limitarsi alla semplice lettura del documento in cui è trasfuso il modello²¹⁹, ma dovrà fondare il suo giudizio su elementi fattuali concreti, desumibili dagli elementi di prova acquisiti ovvero dai risultati delle perizie disposte, al fine di verificare la reale operatività delle misure approntate nel documento²²⁰.

²¹⁶ BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 213.

²¹⁷ *Supra*, CAPITOLO I

²¹⁸ Cfr. Tribunale di Napoli, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 26 giugno 2007, in www.rivista231.it, secondo il quale «il modello deve costituire non un mero strumento di facciata, dotato di valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico, idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa ed organizzativa della persona giuridica».

²¹⁹ GARUTI G., cit.

²²⁰ In poche parole il giudice è chiamato ad accertare:

- che siano state predisposte regole di comportamento idonee;

Questo passaggio implica inevitabilmente una penetrante attività di indagine, certamente invasiva delle scelte organizzative e di gestione dell'ente, capace di condizionare, in qualche modo, quello che è un aspetto fondamentale della stessa autonomia imprenditoriale.

E' questo è uno dei profili che più prestano il fianco a critiche da parte della dottrina, che non ha mancato di evidenziare come il sistema 231 rappresenti «una dichiarata invasione, di matrice tecnocratica, nel tessuto della prassi organizzativa degli enti»²²¹. E' stato pure ritenuto eccessivo lo «spazio di valutazione discrezionale del giudice con conseguente sovraesposizione della magistratura e ingerenza nelle scelte dell'impresa»²²².

Questi timori risultano in parte sconfessati dalla stessa giurisprudenza che ha avuto “premura” di precisare come il Decreto «non può essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa ma nel senso di una necessaria verifica di compatibilità tra queste e i criteri di cui al d.lgs. 231/2001»²²³.

D'altra parte è pur vero che il controllo dell'efficacia del modello è sempre indirizzato a verificarne l'adeguatezza in relazione alla prevenzione di reati «della specie di quello verificatosi», così che il giudice debba testarlo solo in rapporto alle singole regole cautelari violate e che potrebbero determinare, ancora, la commissione del medesimo reato²²⁴.

-
- che le medesime siano state dichiarate vincolanti per chi opera nell'ente da parte di un soggetto legittimato a farlo;
 - che le stesse siano state applicate nei casi concreti;
 - che il modello sia stato verificato dagli organi di controllo nel corso del suo concreto funzionamento e che lo stesso sia stato modificato o aggiornato qualora si fossero verificate inosservanze.

²²¹ PIERGALLINI C., *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato*, in Lattanzi G., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 196 evidenzia come il sistema 231 rappresenti «una dichiarata invasione, di matrice tecnocratica, nel tessuto della prassi organizzativa degli enti».

²²² BERNASCONI A., *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in Id. (a cura di), *Il processo de societate*, Milano, 2006, 94.

²²³ Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 settembre 2004, cit.

²²⁴ E' questo un particolare non trascurabile e a cui si può ricollegare quanto già affrontato in tema di adozione del modello quale adempimento obbligatorio o meramente facoltativo: la finalità cautelare della regola organizzativa deve essere parametrata al rischio reato che si intende scongiurare, con la conseguenza che si potrebbe ammettere, paradossalmente, che non si possa considerare punibile l'ente che non abbia formalmente adottato un modello, o che n abbia adottato uno carente su quel particolare rischio di reato, se la lacuna organizzativa non può essere messa in relazione all'evento (il reato, per l'appunto) dal punto di vista causale.

Inoltre il giudizio in concreto a cui è chiamato il giudice costituisce a vantaggio dell'impresa un'importante conquista di garanzia, in quanto consente di operare questa verifica del modello nel contesto in cui viene ad operare ²²⁵.

Difatti, in entrambi i casi, vale a dire sia con riferimento alla idoneità che all'efficacia, il giudizio sarà necessariamente condotto alla stregua del criterio della prognosi postuma, da condursi, per l'appunto, in concreto *ex ante*, su base parziale.

Contrariamente ai timori espressi anche da parte di certa dottrina ²²⁶, sembra di poter affermare che la verifica di un fatto di reato non sia mai stato di per sé considerato come prova dell'inidoneità del modello ²²⁷, alla stregua di una *self fulfilling prophecy* ²²⁸.

Come nel caso del reato tentato ²²⁹, il giudice deve invece necessariamente fare riferimento a un momento precedente la verifica del reato presupposto cioè “collocarsi mentalmente” al momento della commissione del fatto e verificare le caratteristiche del modello alla luce delle circostanze conosciute o conoscibili dall'ente, secondo l'*id quod plerumque accidit*: si dovrà pertanto accertare se, in quelle concrete condizioni contingenti il modello fosse in grado di fronteggiare quel rischio e se quindi il reato sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze “eccezionali”, che non potevano essere previste nel modello stesso ²³⁰ che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione. Occorrerà individuare nella serie causale che ha determinato l'evento-reato se siano intervenute circostanze imprevedibili sotto un profilo probabilistico (o statistico) al momento dell'adozione del modello, che pertanto non le ha previste o non poteva ragionevolmente ritenere di doverle prevedere ²³¹.

Sicuramente la valutazione operata *ex ante* ben si attaglia al caso di modello organizzativo adottato prima della commissione del reato presupposto.

²²⁵ VIGNOLI F., *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 1, 10.

²²⁶ FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Riv. soc.*, 2010, 1294.

²²⁷ Recentemente il principio è stato ribadito anche nel caso Impregilo: cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, 4677, Impregilo spa., cit.

²²⁸ “Una profezia auto avverante”; in altre parole si è sempre rifiutata la logica secondo la quale se il reato è stato commesso, di conseguenza il modello deve considerarsi inidoneo a prevenirlo.

²²⁹ Art. 56 c.p.

²³⁰ In quest'ottica potrebbe leggersi anche l'elusione fraudolenta, per cui si rinvia *infra* § 3.

²³¹ Così BASSI A., EPIDENDIO T. E., cit., 219.

Nell'ipotesi di modello adottato *post delictum*, la realizzazione stessa dell'illecito non potrà lasciare indifferente il giudice in ordine a quelle che ne possono essere state le cause a livello organizzativo ai fini della verifica della tenuta del modello appositamente costruito: essendo egli chiamato a valutare l'adeguatezza, sotto il profilo dell'idoneità e dell'efficacia, di un modello che è in questo caso specificamente volto a impedire la commissione di reati della stessa specie di quello già verificatosi, non potrà non fare riferimento, per operare questa valutazione, al momento che segue la commissione del fatto, in cui la "falla", il punto debole dell'organizzazione, è emersa. La condizione concreta, conosciuta e conoscibile è questa, e, il fatto che l'illecito si sia realizzato, in parte elimina il grado di incertezza che è insito in una valutazione di tipo probabilistico²³². Un conto è dover immaginare se quel dato modello in quel momento aveva le carte in regola per fronteggiare quel determinato rischio manifestatosi. Un altro conto è prendere atto della verificazione di un reato, conoscere la situazione e le condizioni contingenti che ne hanno favorito o determinato la commissione, adottare sulla base di elementi che sono tutti conosciuti e verificabili, le contromisure atte ad evitare che quella stessa dinamica si manifesti in un futuro²³³.

In questo senso, a sommosso avviso di chi scrive, va forse intesa quel maggior rigore, quella maggiore incisività che si richiede nell'accertamento dell'adeguatezza del modello *post factum*. Non perché sia necessario un modello strutturato in maniera diversa²³⁴, ma perché il giudice dovrà operare una valutazione che non sia «in termini esclusivamente prognostici ed ipotetici, ma anche in considerazione del dato fattuale desumibile dalla prospettiva accusatoria²³⁵»: il modello adottato *post delictum* deve essere giudicato in grado di eliminare quelle specifiche lacune organizzative che hanno favorito la

²³² LUNGHINI G., *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in Monesi C. (a cura di), *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, 262 osserva infatti come «l'esperienza vale a modificare la base conoscitiva».

²³³ Id., cit., 261, in proposito afferma: «Quando il rischio si è concretizzato e manifestato in un'elevata probabilità di commissione dell'illecito ad parte della società, i Modelli Organizzativi predisposti dall'ente dovranno necessariamente risultare maggiormente incisivi in termini di efficacia dissuasiva e dovranno valutare in concreto le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente che hanno favorito la perpetrazione dell'illecito».

²³⁴ *Supra* CAPITOLO I, § 4

²³⁵ AMATO G., *Con l'eliminazione delle situazioni di rischio le misure cautelari diventano superflue*, nota a Trib. Roma, Ufficio Gip, 4 aprile 2003, in *Guida dir.*, 2003, 72.

commissione dell'illecito.

Definiti i parametri di valutazione a cui il giudice penale deve attenersi resta ancora il problema di “come” valutare idoneità ed efficacia. E' stato osservato che il modello per risultare idoneo debba riportare:

1) gli esiti dell'analisi dei rischi in grado di individuare le attività dell'ente che possono dare luogo alla commissione dei reati rilevanti ai fini della responsabilità dell'ente stesso;

2) l'indicazione delle contromisure che riguardano sia le modalità di svolgimento dell'attività sia il controllo delle misure da compiersi tramite l'istituzione di un organismo interno; la previsione di obblighi di informazione nonché la creazione di un sistema disciplinare in grado di sanzionare il mancato rispetto delle misure organizzative.

3. L'elusione fraudolenta e il controllo da parte dell'ente.

Dimostrare l'adeguatezza del modello non e' sufficiente per mandare assolto l'ente per l'illecito amministrativo: l'art. 6 richiede, infatti, una serie di condizioni le quali, più che essere “a imbuto”, forse sono tra loro strettamente connesse o, meglio, concatenate²³⁶.

L'ente deve infatti dimostrare che il soggetto apicale abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello adottato dall'ente: non basta allora la prova di un fatto “proprio” ma occorre dar prova di un particolare comportamento “altrui”²³⁷.

La frode viene dunque a segnare il livello di *standard* qualitativo necessario per far beneficiare l'ente dell'effetto esonerante, nel senso che il modello deve essere di un tale livello qualitativo, nel suo contenuto e nella sua

²³⁶ Cfr. TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2013, 39: «La previsione della componente elusiva (...) funge da elemento di chiusura del cerchio sotto il profilo della coerenza logica del meccanismo d'esonero delineato dalla legge: il modello era idoneo nonostante il reato sia stato commesso, tant'è, che per poterlo commettere, è stato eluso (fraudolentemente)».

²³⁷ TRIPODI A.F., cit., 2

attuazione, da poter essere eluso solo con una condotta fraudolenta²³⁸. Comprensibilmente è stata ritenuta il «gradino più alto per l'esenzione della responsabilità»²³⁹, in quanto rappresenta la barriera in grado di precludere che tutta la attività di organizzazione aziendale basata sul modello venga posta nel nulla, con immenso spreco di risorse, a causa della commissione dell'illecito.

Oltre alle difficoltà²⁴⁰ di carattere probatorio è sembrato peraltro poco plausibile che un vertice dell'ente, resosi improvvisamente infedele rispetto a un ente virtuoso, metta in atto una frode in grado di eludere il controllo predisposto dall'ente stesso attraverso l'Organismo di Vigilanza. I casi sono due: o è infedele "dalla radice" e agisce in seno all'ente per perseguire un interesse o vantaggio proprio, ma in tal caso a escludere la responsabilità dell'ente c'è già l'art. 5. Oppure bisognerebbe pensare ad una condotta collusiva tra ente, solo apparentemente virtuoso, e vertice il quale fungerebbe da capro espiatorio al fine di mandare esente da responsabilità la *societas*. Stando alla logica che permea il Decreto sembra invece volersi ammettere una situazione nella quale vi è, da un lato, l'agire criminale del singolo nell'interesse dell'ente a cui, però, si oppone una posizione di quest'ultimo dissociata da tale iniziativa per via dell'adozione dello strumento del modello organizzativo, ma non per questo automaticamente esente da responsabilità se l'organizzazione che si è data non si dimostri all'altezza degli *standards* normativi.

Al di là di queste osservazioni ciò che rileva è il nesso di collegamento tra idoneità ed effettività del modello, la sua elusione fraudolenta e il reato presupposto commesso. Infatti, se il giudizio di adeguatezza del modello è presupposto per il successivo accertamento in ordine all'elusione dello stesso, d'altra parte la verifica di questo aspetto funge da controprova dell'adeguatezza del modello.

A ben vedere l'elusione fraudolenta rappresenta l'altra faccia di quel nesso di derivazione del reato dalla disorganizzazione della *societas*, necessario affinché la colpa di organizzazione non si traduca in una responsabilità per il

²³⁸ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit.

²³⁹ Testualmente BERNASCONI A., *Modelli organizzativi*, cit., 86.

²⁴⁰ AMODIO E., cit., 323 in termini critici parla di fatto «dimostrabile con enorme difficoltà».

difetto organizzativo in sé, per il modo di essere dell'ente²⁴¹ : in altre parole, come la specifica lacuna organizzativa si pone in termini causali rispetto al quel determinato reato commesso rappresentando così un momento di “appartenenza” del reato all'ente, così l'elusione fraudolenta, andando a corroborare l'idoneità del modello, quindi l'idoneità dell'assetto organizzativo, ne sancisce la “non appartenenza”, in quanto fatto tendenzialmente non dominabile, fuori dal controllo dell'ente stesso. Paradossalmente, espungere il requisito dell'elusione fraudolenta, quale passaggio causale rispetto alla commissione del reato, svilirebbe quel profilo di collegamento qualificato con quest'ultimo, sganciando il giudizio di idoneità e effettività dalla sua dinamica fattuale.

Da quanto detto emerge come il requisito dell'elusione fraudolenta rappresenti in realtà un passo ulteriore rispetto al mero fenomeno dissociativo tra la volontà vertice e la volontà dell'ente, che già trova realizzazione mediante l'adozione del modello: «è la corretta e virtuosa organizzazione ad attribuire già all'ente la patente di legalità »²⁴². Il requisito dell'elusione fraudolenta, invece, in coerenza col contesto in cui si inserisce, sembra collocarsi nell'orbita della colpevolezza mettendo in risalto soprattutto se letto congiuntamente alla necessità che sia anche escluso un insufficiente controllo, come il reato si sia verificato al fuori di ogni possibile (ed esigibile) autocontrollo.

E' chiaro che il concetto di fraudolenza restringe ulteriormente i margini di operatività dell'esonero dalla responsabilità, dato che non una qualsiasi elusione del modello sarà significativa in tal senso. Si è quindi posto il problema di delimitare e delineare il significato di tale termine²⁴³.

Infatti esso non può consistere in una mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello, ma, coerentemente con il concetto di frode di derivazione penalistica, in una condotta ingannatoria, falsificatrice, obliqua, subdola: occorre

²⁴¹ *Supra* CAPITOLO I § 2

²⁴² TRIPODI A.F., cit., 25

²⁴³ Cfr. BERNASCONI A., *Modelli organizzativi*, cit., 87 , il quale confronta i diversi approdi ermeneutici delle Linee Guida di Confindustria e del settore bancario nei primi anni: le prime sembrano appiattire il concetto di fraudolenza a quello di semplice volontarietà, intenzionalità. In tale ottica « il sistema di prevenzione deve essere tale da non poter essere aggirato se non intenzionalmente»; le seconde sposano una interpretazione più rigorosa per cui « 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 all'elusione del precetto».

cioè che il comportamento dell'apicale si sostanzia in una condotta di aggiramento di una norma imperativa, e non in una semplice e frontale, aperta violazione della stessa²⁴⁴.

Il tentativo di agganciare il dato dell'elusione del modello all'orbita della colpevolezza così che, come si è detto poc'anzi, si possa rimproverare all'ente un fatto solo se questi non possa provare di non averlo potuto evitare perché fuori dal suo controllo mostra tuttavia un evidente limite nella previsione di cui all'art. 8 del Decreto: nel momento in cui non si esclude la responsabilità dell'ente anche nel caso in cui non venga identificato l'autore del reato presupposto rende veramente ardua ogni indagine in ordine alle caratteristiche fraudolente nei termini sopra ricordati, di una sua condotta²⁴⁵.

In stretto rapporto all'elusione fraudolenta, in quella circolarità di elementi che l'art. 6 richiede per mandare la *societas* esente da responsabilità, si pone anche il momento del controllo da parte dell'ente stesso, che costituisce lo snodo centrale per verificare che il modello sia stato (efficacemente) attuato: difatti, il ruolo dell'elusione fraudolenta nella delimitazione dei confini tra volontà dell'ente e volontà della persona fisica, cioè in quella dissociazione di cui si è parlato *supra* si riesce a cogliere proprio a partire dalla relazione tra controllato e controllore. E' sempre la Cassazione nella più volte citata sentenza Impregilo a chiarire come il carattere elusivo e fraudolento della condotta del vertice tale da palesare quel distacco tra le due volontà può essere compiutamente colta solo se tale condotta venga valutata non staticamente, considerata in sé e per sé quale violazione della regola, ma dinamicamente, in relazione alle condotte di quei particolari soggetti deputati al controllo, cioè essenzialmente incaricati di contrastare eventuali condotte elusive²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, Impregilo spa, in *CED Cass.* n. 257987.

²⁴⁵ Il rilievo critico, che vale all'Autore come ennesima conferma di quella che in realtà sarebbe un'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva è di BERNASCONI A., *Modelli organizzativi*, 88.

²⁴⁶ VILLANI E., *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione*, cit., 266.

4. I modelli organizzativi e la colpevolezza dell'ente.

Quanto sin qui evidenziato mostra però come, ancora, l'indagine sui modelli e sulle loro caratteristiche non esaurisce, in alcun modo, l'accertamento della colpevolezza dell'ente.

E' giunto il momento di provare a tirare le fila di quanto si è provato ad analizzare fin qui nella prospettiva di verificare la plausibilità di una ricostruzione, in termini di colpevolezza, della responsabilità dell'ente. Una ricostruzione che come si è chiarito da subito, non può prescindere dal prendere in considerazione i modelli organizzativi come nucleo del meccanismo esimente di cui all'art. 6 e del Decreto, onde evitare che la colpevolezza coincida con la sua mera disorganizzazione, per il suo "modo di essere" ma assuma una fisionomia più confortante costruita sulla "dominabilità soggettiva" dell'ente rispetto al reato che sia effettivamente verificato.

La regola che impone all'ente di organizzarsi non può dirsi immediatamente funzionale alla previsione di un determinato tipo di evento, ma ha natura pianificatoria, progettuale, fungendo da condizione necessaria per l'esistenza delle vere e proprie regole cautelari ²⁴⁷.

La questione che si pone è se questo dato, cioè il carattere cautelativo della regola organizzativa, impedisca di ricostruire la colpevolezza nei termini di una colpa penale, impedendo cioè di rintracciare i contenuti più propriamente cautelari che da quegli adempimenti preliminari debbano discendere ²⁴⁸.

La risposta pare essere negativa in quanto, come si è visto, è necessaria un'indagine in ordine alla dominabilità dell'ente rispetto al fatto verificatosi, indagine che deve avere come punto di riferimento il fatto di reato nello specifico realizzatosi: a questo andrebbe collegata la particolare regola, necessaria alla sua prevenzione, rimanendo addirittura irrilevante l'assetto organizzativo, considerato

²⁴⁷ «Le regole che disciplinano l'istituzione e il funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, quelle che si occupano della formazione e del sistema disciplinare per venire, infine, alla segregazione di funzioni, che informa le regole procedurali, sono, in prima battuta, orientate a minimizzare i rischi (tutti i rischi) di consumazione dei reati con i quali l'ente si confronta. Hanno dunque una impronta cautelativa che può, bensì, trasmutare in cautelare solo quando si dispone della prova del rilievo causale della loro violazione o della loro inadeguatezza» PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, PARTE II, cit., 859.

²⁴⁸ VILLANI E., cit., 238.

nel suo complesso, che dovesse risultare eventualmente incompiuto.

In questa prospettiva sarebbe possibile addirittura dare rilevanza alla deliberata volontà di non darsi un'organizzazione e quindi per questo muovere un rimprovero all'ente che non abbia adottato un modello organizzativo solo quando la predisposizione di un'idonea organizzazione avrebbe concretamente supportato la possibilità di prevedere e quindi prevenire il reato. Assume quindi un decisivo rilievo il collegamento tra il fatto di reato e la violazione della specifica regola cautelare che l'organizzazione avrebbe dovuto evitare attraverso la sua organizzazione.

L'indagine svolta in tema di modelli organizzativi in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro ha il pregio di mettere in luce in maniera piuttosto nitida il rapporto tra regola cautelare "di primo livello" che grava sulla persona fisica e quella di "secondo grado", cioè l'onere organizzativo dell'ente volto specificamente ad evitare la violazione della prima e quindi strettamente collegata, in punto di causalità, alla verifica del reato. Con la precisazione, e l'avvertenza, che non bisogna confondere e sovrapporre i due piani, in quanto la regola cautelare mira alla prevenzione dell'evento lesivo, mentre quella cautelativa alla verifica del reato (che, certo, dà luogo all'evento lesivo).

Chiarita la peculiarità della colpa organizzativa, come necessariamente legata al fatto di reato, resta da considerare come concretamente il suo accertamento possa risalire dalla regola organizzativa violata alla particolare regola cautelare che è più immediatamente spiega efficacia causale rispetto all'evento, per stabilire se l'ente fosse rimproverabile o meno.

E, a ben vedere, è qui che la bontà dello sforzo di enucleare una forma di imputazione adatta alla persona giuridica si scontra con il dato della scarsa concretizzazione, a livello positivo, delle regole che l'ente dovrebbe darsi.

La prevedibilità, dunque, entra inevitabilmente nell'accertamento della colpa organizzativa, ma ancora una volta ci si trova di fronte alla necessità di declinarla secondo le caratteristiche soggettive dell'ente, onde evitare, nuovamente, una ricaduta in termini oggettivistici. In altre parole, nell'ambito di un'organizzazione complessa, qual è il soggetto che dovrebbe prevedere il verificarsi del reato? Affinché l'accertamento pervenga ad una personalizzazione

effettiva della responsabilità, non potrà prescindere dall'analisi delle azioni concretamente realizzate e realizzabili dalle persone fisiche che in esse operino²⁴⁹. Non si può, cioè, prescindere dal pluralismo insito nella dimensione collettiva dell'ente, senza che però questo snaturi i contenuti essenziali del rimprovero colposo. Si tratterà allora di comprendere come questo si traduca sul piano dell'accertamento che il giudice è chiamato a svolgere rispetto alle dinamiche e agli assetti organizzativi dell'ente.

In questo senso rileva la necessità che oltre a un modello idoneo sulla carta, vi sia una efficace attuazione dello stesso a cui è preordinata l'attività di controllo da parte dell'organismo di vigilanza: l'indagine sulla colpa dell'ente prenderà le mosse da una valutazione statica della prevedibilità dell'evento - reato rispetto agli organi deputati all'attuazione, proseguendo poi con la verifica dinamica circa il rispetto delle regole e che interesserà invece i soggetti deputati al controllo, investendo così la pluralità dei soggetti che compongono l'ente, secondo quella relazione circolare e interconnessa che si è evidenziata nel paragrafo precedente.

Lo specifico angolo visuale della soggettivizzazione a cui il requisito della prevedibilità si richiama, porta con sé la necessità di personalizzare il rimprovero nell'accertamento della diligenza richiesta all'ente. Si richiede quindi un accertamento della colpa che oltre che individualizzato sia anche calato nella concreta realtà nella quale si è trovato ad agire.

5. Il caso Impregilo S.p.a.

Estremamente esemplificativo del tentativo di ricondurre lo schema dell'art. 6 alla forma di colpevolezza di organizzazione, nei termini sin qui delineati, è una delle rare pronunce che ad oggi hanno avuto ad oggetto proprio la valutazione di adeguatezza del modello organizzativo implementato dall'ente, la sentenza della Sezione V della Corte di Cassazione del 18 dicembre 2013, n. 4677²⁵⁰.

²⁴⁹ VILLANI E., cit., 260.

²⁵⁰ Sentenza Impregilo spa, cit.

Il caso si mostra estremamente interessante sotto diversi punti di vista: innanzitutto perché la Suprema Corte è giunta a ribaltare letteralmente il giudizio di assoluzione nei confronti della società che aveva trovato conferma anche nel grado di appello. Inoltre il Collegio ha puntualizzato alcune delle più spinose questioni sul tappeto, quali il concetto di elusione fraudolenta o i doveri dell'Organismo di Vigilanza, ma senza convincere del tutto la dottrina che, pur riconoscendo alla sentenza evidenti pregi continua a vedere, tra le maglie delle argomentazioni svolte, alcuni profili di «irrazionalità»²⁵¹.

La società per azioni Impregilo era stata chiamata a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001 a seguito delle condotte del suo presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato, i quali erano stati tratti a giudizio per aver diffuso al mercato la falsa notizia in base alla quale il bilancio di liquidazione di una società collegata si sarebbe chiuso sostanzialmente in pareggio, risultando in grado di ripagare il debito nei confronti della società principale e del sistema bancario.

Sia il Giudice dell'udienza preliminare che la Corte di Appello avevano mandato assolta la società dall'illecito di cui all'art. 25^{ter} del decreto 231/2001 ritenendo che il modello organizzativo adottato e attuato dalla società fosse idoneo a neutralizzare gli eventuali comportamenti criminosi dei suoi vertici, con specifico riferimento al reato di aggrigotaggio: a riprova di ciò vi era la circostanza per la quale tali comportamenti si erano resi possibili solo grazie alla violazione da parte dei vertici delle regole di condotta stabilite dallo stesso ente, sulla scorta delle linee guida dettate da Confindustria e del codice di autodisciplina dettato da Borsa Italiana spa. Secondo quanto accertato in sede di merito, il presidente e l'amministratore delegato avevano dolosamente manipolato i dati elaborati dagli uffici competenti per poi inserirli nei comunicati stampa, così da renderli appetibili per il mercato. Si trattava evidentemente di una elusione fraudolenta atteso che la frode cui si fa riferimento nell'art. 6 riguarda non gli operatori del mercato a cui l'informazione è diretta, ma gli altri protagonisti delle procedura: la frode, infatti, deve avere funzione strumentale rispetto all'elusione del modello

²⁵¹ Il termine è usato nel titolo del commento alla sentenza *de qua* di BERNASCONI A., «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, cit., 1429 e ss.

organizzativo e delle sue procedure. Secondo i giudici di primo grado «non sarebbe stato ipotizzabile un modello diverso, in quanto non si vede come sarebbe possibile attribuire ad altre persone il compito di manifestare all'esterno dell'ente le notizie relative allo stato della società»

Il Procuratore Generale aveva presentato ricorso contro la sentenza di appello lamentando che detta ricostruzione era basata su un'evidente errore logico-giuridico: il modello presentava in realtà un grosso limite proprio nel consentire ai vertici di poter comunicare direttamente le notizie all'esterno al di fuori di ogni controllo e di possibilità di verifica, che invece sarebbe stata possibile se si fosse previsto un contraddittorio "finale" con i responsabili degli uffici che avevano originariamente preparato i comunicati.

La Corte ha ritenuto fondati i rilievi del ricorrente e nel far ciò ribadisce alcuni approdi interpretativi.

In primo luogo che la responsabilità dell'ente non può trovare fondamento nel non aver impedito la commissione del reato, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. Né, d'altro canto, sarebbe corretto affermare che poiché, in ipotesi, il reato di aggio è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo fosse inadeguato²⁵².

La Corte ripudia poi la tesi che vede nella colpa di organizzazione la ricerca di un atteggiamento psicologico improntato a colpa (una sorta di *culpa in ordinando* o *in vigilando*), ma chiarisce che si deve valutare l'adeguatezza del modello che deve essere approntato per impedire che i vertici dell'azienda commettano determinati reati. E' un giudizio che prescinde da apprezzamenti psicologici e si fonda su una prospettiva di conformità e adeguatezza rispetto agli scopi che si propone e, conferma la Corte, si tratta quindi di un giudizio «strettamente normativo».

Il Collegio ridimensiona inoltre il ruolo che il comma 3 dell'art. 6 affida alla *soft law*, in particolare nel caso di specie ai codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative in quanto:

- l'articolo in parola non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici che possono certamente essere

²⁵² Come si è visto questo sembra un punto piuttosto incontrovertibile in dottrina.

assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare il quale tuttavia deve essere poi calato nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione;

- il fatto che siano comunicati al Ministro della Giustizia che di concerto con gli altri ministri competenti può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il “crisma della incensurabilità”, come se il giudice fosse vincolato a un *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, (la Corte ripudia in sostanza ogni prospettiva di privatizzazione della normativa).

Ma, soprattutto, viene completamente ribaltato il giudizio di idoneità del modello organizzativo espresso nelle sentenze di merito che lo basavano sulla circostanza per cui esso prevedeva «che gli uffici concorressero nella predisposizione di informazioni delicate; vi era stata dunque una elusione del modello da parte dei responsabili della società che non avevano seguito il corretto *iter* di formazione dei comunicati stampa, che erano stati emessi con dati falsi e manipolati rispetto ai dati elaborati dai tecnici competenti».

In primo luogo, si può notare come la Corte abbia avuto cura di precisare come il modello organizzativo, per essere anche solo astrattamente idoneo, avrebbe dovuto mostrarsi concretamente orientato alla prevenzione del reato di aggio: «in quanto delitto “per così dire” di comunicazione», era proprio su quel versante che dovevano prevedersi misure efficaci. E solo un efficace sistema di controllo, che non si riducesse a «un mero simulacro», poteva garantire che non ci fossero alterazioni o manomissioni dei comunicati. Tale non poteva definirsi il controllo operato da un organo che era alle dirette dipendenze del presidente. Il modello era quindi in radice meramente apparente.

La debolezza e apparenza del controllo nel caso di specie era stata poi confermata dalla palese e sin troppo facile violazione che aveva permesso la diffusione del comunicato alterato. Non può integrare una elusione connotata da frode la «semplice e “frontale” violazione» di una regola, quale nel caso concreto era stata la alterazione della bozza con la sostituzione di dati non veritieri. Tale condotta integra semmai un «abuso distorto del potere».

Pur nell'apprezzabile tentativo di sciogliere importanti nodi interpretativi, la Corte svolge alcune argomentazioni che, tuttavia, prestano il fianco ad alcune

critiche.

Nel delineare le caratteristiche che un Organismo di Vigilanza deve possedere perché sia messo nelle condizioni di operare un efficace e reale controllo sul modello, la Corte sembra spingersi troppo oltre, «nel momento in cui assegna ai controlli dell'organo interno una valenza impeditiva dell'evento»²⁵³, confondendo scopi e metodologia delle verifiche affidatigli dal Decreto. Una strada pericolosa, questa, che attribuisce in maniera surrettizia compiti di sostanziale gestione che invece gli sono estranei e paventando, nel contempo, l'ipotesi, sin ora rifiutata dalla dottrina, di una autonoma responsabilità dell'OdV.

L'attribuzione di un controllo così ampio, che nel caso di specie avrebbe dovuto spingersi secondo la Corte fino a ogni singolo atto di gestione e ogni passaggio della procedura comunicativa, ha destato forti perplessità²⁵⁴ anche in ordine ad un altro importante profilo della ricostruzione della colpa organizzativa in senso soggettivistico delineata nei paragrafi che precedono, vale a dire l'impedibilità in concreto (la c.d. copertura del rischio tipico) che il modello avrebbe potuto perseguire. Sarebbe necessario poter distinguere tra quelle sfere di amministrazione "impedibili" attraverso la procedimentalizzazione e il controllo da quelle che sfuggono per sé a una possibilità di controllo preventivo. Diversamente si maschererebbe una responsabilità oggettiva sotto le mentite spoglie di una richiesta, nei fatti, inesigibile.

Il difetto di soggettivizzazione viene rinvenuto anche nella «mancata valorizzazione del dato fattuale»²⁵⁵ che avrebbe permesso di calare il caso di specie nella realtà storica contingente al fine esprimere un giudizio di rimproverabilità: il riferimento è al passaggio della sentenza che, negando valore esimente alla conformità delle Linee Guida, sembra travisare le sentenze di merito, le quali, lungi dal fondare una presunzione assoluta, avevano dato rilievo "allo stato dell'arte" del momento del fatto. All'epoca, infatti, erano ancora scarse le indicazioni in materia: si poteva quindi dire concretamente esigibile (e perciò rimproverabile?) un qualcosa di più di quello che era un recepimento adattivo alla

²⁵³ BERNASCONI A., «Razionalità» e «irrazionalità», cit., 1436.

²⁵⁴ PALIERO C.E., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"*, in *Soc.*, 2015, 11, 1289

²⁵⁵ Id., cit., 1288.

singola realtà aziendale? Questo il quesito che avrebbe dovuto porsi la Corte e che correttamente si erano posti i giudici di merito.

In altre parole, permane una forte tensione, per dirla con l'Autore, tra oggettivo e soggettivo, che smaschera un possibile tradimento degli scopi della 231, laddove la sostanziale impossibilità di dimostrare la sussistenza dell'esimente svuoterebbe di contenuto la norma.

6. Conclusioni.

La strada percorsa dal Legislatore sembra orientata con decisione nella definizione di un titolo di responsabilità che si affranchi da una prospettiva oggettivistica.

Quello che sembra emergere da quanto fin qui illustrato è che nei fatti ci si scontri, in un modo o nell'altro, con un atavico retaggio che sembra non potersi "scrollare via di dosso". La sensazione è quella che l'ordinamento non sia pronto ad andare fino in fondo, nell'affermazione di un titolo di responsabilità autonomo per l'ente: una responsabilità che non si ha il coraggio (o non si può) definire penale sentirà sempre troppo strette le vesti di un paradigma che, già per definizione, non le appartiene.

Se ancora dopo tanti decenni di dibattito l'ordinamento non è ancora pronto di accogliere *in toto* un principio di piena responsabilità degli enti, sarà sempre difficile "far digerire" dei meccanismi di imputazione che risulteranno sempre una forzatura, con il risultato di intravedere agitarsi, sempre e comunque, lo spettro di una responsabilità per fatto altrui.

Eppure la strada del modello *ex art.30 T.U.* sembra mostrare il giusto viatico per una corretta operatività dello strumento dei modelli organizzativi: l'esperienza del settore prevenzionistico ha aperto la strada a una visione etica dell'impresa, alla procedimentalizzazione delle decisioni, alla definizione dei ruoli e delle competenze; ha mostrato i lati oscuri del pericolo di un appesantimento e di una eccessiva burocratizzazione, come di un adeguamento meramente di facciata.

Ma il rapporto tra regola cautelativa- progettuale e regola cautelare nella

particolare dinamica dell'art. 30, offre lo spunto per indirizzare l'interprete a capire in che senso può andare quella positivizzazione delle cautele utile a mettere alcuni punti fermi su cui costruire il proprio modello autenticamente "su misura".

Certo è che, al di là del piano squisitamente interpretativo e dogmatico, alcune modifiche strutturali al decreto sembrano ormai inevitabili, prima tra tutte l'attribuzione dell'onere della prova in capo all'Accusa.

D'altra parte, come è stato correttamente osservato, «l'imposizione di obiettivi di prevenzione per il tramite dell'autocontrollo perde di significato laddove il beneficio non possa essere conseguito, con il travolgimento della logica del "bastone" e della "carota"»²⁵⁶.

Le proposte di modifica più rilevanti sino a questo momento hanno avuto come fulcro proprio la riduzione dello spazio di discrezionalità lasciato al giudice attraverso due principali linee direttrici: da un lato la "degiurisdizionalizzazione", dall'altro la positivizzazione delle cautele.

Nel primo caso due sono state sostanzialmente le proposte di modifica, quella presentata dall'AREL²⁵⁷ e fatta propria da un disegno di legge del Ministro della Giustizia e la proposta di legge dell'On. Della Vedova²⁵⁸.

In particolare la prima proponeva un meccanismo di preventiva certificazione del modello ad opera di privati (iscritti in appositi albi presso il Ministero), soggetti a un controllo pubblico e guidati nella loro opera da un regolamento ministeriale che ne avrebbe dovuto indicare i criteri di giudizio.

La certificazione conseguita avrebbe avuto come effetto quello di

²⁵⁶ COLACURCI M., *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi. Seminario di Noto 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 77. In questo senso anche PALIERO C.E., «Soggettivo» e «oggettivo», cit., 1285: «se l'ordinamento impone una condotta che non può essere tenuta dal destinatario, una condotta inesigibile, come potrebbe essere un'attesa umanamente irrealizzabile di autorganizzazione da parte dell'ente, si condanna *ab origine* la norma ad un'ineffettività di primo grado. Se è impossibile per l'ente adempiere all'obbligo (*ipse dixit!*) di auto-organizzazione, cioè rispettare il precetto che la norma impone, la regola è incapace nel suo stesso momento genetico di realizzare la sua funzione, ovvero l'osservanza del destinatario, incidendo sulle sue scelte di condotta. La norma può allora essere effettiva solo sul piano della sanzione: il precetto è valido perché l'ente che lo viola viene punito. Questa prospettiva di effettività della norma non offre in alcun modo una risposta soddisfacente, giacché una pena irrogata a un ente solo per dimostrare l'effettività della norma, senza una funzione general-preventiva o special-preventiva è una pena pacificamente incompatibile con l'art. 27 Cost.»

²⁵⁷ Il testo è consultabile su *De Jure*, 2010, 6; si rimanda a MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità*, cit., 86.

²⁵⁸ «Proposta di modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"»

escludere la responsabilità dell'ente a norma di un nuovo art. 7bis.

Facilmente intuibili le critiche²⁵⁹ che sono state mosse a questo sistema improntato ad una sostanziale privatizzazione e burocratizzazione della colpevolezza dell'ente: in particolare assai discutibile appare l'affidare a una fonte sub-legislativa la regolamentazione sostanziale in ordine al contenuto della certificazione, cioè ad un atto di autonomia privata, un effetto scriminante, oltre al fatto che non sembra plausibile la verifica dell'adeguatezza che prescindendo dal dato storico e fattuale accaduto.

Una meno marcata marginalizzazione dell'intervento giudiziale è rinvenibile nella proposta Della Vedova la quale, oltre a ristabilire l'onere probatorio in capo al P.M., prevedeva una presunzione di idoneità con le Linee Guida elaborate dalle associazioni rappresentative degli enti. Ma anche in questo caso si possono riproporre le critiche fin ora svolte dalla dottrina nei confronti dell'adozione "ad occhi chiusi" delle Linee Guida: è infatti evidente la distanza che passa tra un atto di indirizzo generale quale può essere necessariamente il codice di comportamento²⁶⁰ e l'abito *taylor made* che si richiede all'ente, percorso da una fitta rete di procedure preventive calibrate sulla singola realtà aziendale.

Le preoccupazioni sulla bontà del modello non possono trovare rimedio in "improbabili" certificazioni, da cui la colpa di organizzazione uscirebbe non solo burocratizzata, ma intollerabilmente privatizzata.²⁶¹ La strada allora più percorribile, in linea con struttura che si vuole dare alla colpa di organizzazione, è forse quella che agisce sul versante delle cautele.

Il punto di partenza da cui questa riflessione della dottrina muove è la consapevolezza che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possono essere ricompresi nell'alveo dei rischi comuni, riferibili al dominio della colpa generica:

²⁵⁹ Cfr. FLICK G.M., *Le prospettive*, cit., 4032 e ss; MUCCIARELLI F., *Una progettata modifica al D.lgs. 231/01: la certificazione del modello come causa di esonero della responsabilità*, in *Soc.*, 2010, 10, 1247 e ss; MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità*, cit., 86.

²⁶⁰ «Assolvono a una funzione prevalentemente pedagogica: evocano i principi costitutivi del modello, le finalità preventive e le regole generali di comportamento, senza rilasciare una elencazione analitica delle cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio – reato. Si collocano perciò a metà strada tra il piano della mera enunciazione dei valori aziendali, fissati, di regola, nel codice etico, e il livello di dettaglio che deve contraddistinguere il modello adottato dalla società. Possiedono dunque una funzione orientativa, di indirizzo, sì che la valutazione sull'efficacia e sull'effettività del modello concretamente adottato resta, in larga parte, affidato al giudice.» così PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, PARTE II, cit., 861.

²⁶¹ *Id.*, cit., 862- 863.

ciò che serve è il “consolidamento delle cautele”²⁶².

E’ chiaro e connaturato alla stessa giovane età del decreto che questa è una strada che richiede tempo, ma non ammette facili scorciatoie quali le certificazioni. Occorre piuttosto intensificare la produzione di regole, che permettano di conformare la colpa di organizzazione alla stregua della colpa specifica, attraverso la positivizzazione dei protocolli cautelari imperniati sulle *best practices*, in maniera non dissimile da quanto avviene per i protocolli terapeutici. Una volta reperite e formalizzate queste regole “pilota”, sarebbe allora ipotizzabile conformarvi l’accertamento del giudice: egli avrà così a disposizione un catalogo di cautele, sarà libero di discortarsene, ma in tal caso sarà necessaria una motivazione particolarmente rinforzata²⁶³.

Il percorso verso una autentica e efficace responsabilizzazione dell’ente appare ancora lungo, ma la strada della soggettivazione della responsabilità dell’ente, di quella colpa di organizzazione che fonda il Decreto, può ancora essere utilmente perseguita, a dispetto dei timori e delle resistenze del mondo dell’impresa.

²⁶² Id., cit., 865.

²⁶³ Id., cit., 868.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N.

La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario, in *Analisi giuridica dell'economia*, fascicolo monografico dal titolo *Società e modello 231: Ma che colpa abbiamo noi?*, 2009, 2, 187

ALESSANDRIA A.

I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità, in Mongillo V., Stile A.M., Stile G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Napoli, 2013, 223

Id.

Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina, in Alessandri A. Belluta H, Bricchetti R.(a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti: il D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 25

AMARELLI G.

Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 151

AMATI E.

La responsabilità degli enti per i reati colposi di omicidio e lesioni gravi e gravissime commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro, in Montuschi L. (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Tomo III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, 46.

AMATO G.

Con l'eliminazione delle situazioni di rischio le misure cautelari diventano superflue, nota a Trib. Roma, Ufficio Gip, 4 aprile 2003, in *Guida dir.*, 2003, 71

AMODIO E.

Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti, in *Cass. pen.*, 2005, 323

ARENA M.

La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose, Milano, 2009

ASTROLOGO A.

Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001, in *Resp. amm. soc.*, 2006, 192

BARTOLOMUCCI S.

Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal- preventiva, in *Il corriere giuridico*, 2010, 2

BASSI A., EPIDENDIO T. E.

Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari, Milano, 2006

BASTIA P.

Sistemi di pianificazione e controllo, Bologna, 2008

Id.

I modelli organizzativi, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005

BEDA A.

La responsabilità sociale d'impresa: strumenti e strategie per uno sviluppo sostenibile dell'economia, Milano, 2004

BERNASCONI A.,

«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1429

Id.

sub Art. 6, in Presutti A, Bernasconi A., Fiorio C. (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 109

Id.

Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori, in Id. (a cura di), *Il processo de societate*, Milano, 2006, 55

BRICOLA F.

Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti, in *Giur. comm.*, I, 659

CARDIA M.

I modelli di organizzazione in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro alla luce della sentenza del Tribunale di Trani, in *Resp. amm. soc.*, 2010, 4, 167

Id.

La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 2, 117

CARMONA A.

Verso l'obbligatorietà del lavoro e dei suoi contenuti?, In AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*,

Napoli, 2012, 423

CASTRONUOVO D.

La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008, in Basenghi F., Golzio L. E., Zini A. (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, Milano, 2009

CENTONZE F.

Controlli societari e responsabilità penale, Milano, 2009

CICALA S.

Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche dal punto di vista punitivo interno, in *Rass. pen.*, 1929, 628

CIVELLO C.

La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen tra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 25

COCCO G.

L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90

COLACURCI M.

L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi. Seminario di Noto 2015, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 77

CORDERO F.

Procedura penale, Milano, 2001

CORSO S.M.

Lavoro e responsabilità d'impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Torino, 2015

D'ARCANGELO F.

La responsabilità da reato degli enti negli infortuni sul lavoro, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 2, 77

DE MAGLIE C.

L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società, Milano, 2002.

Id.

Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 106

DE SANTIS G.

Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il “correttivo” (d.lgs. 106/2009) al T.U.S.S. (d.lgs. 81/2008), in Resp. amm. soc., 2010, 2

DE SIMONE G.

La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

DE VERO G.

La responsabilità penale delle persone giuridiche, Milano, 2008

Id.

*Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi, in De Francesco G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004, 89*

Id.

Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 1126

DI GERONIMO P.

Responsabilità da reato degli enti: l'adozione dei modelli organizzativi post factum e il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari, in Cass. Pen., 2004, 254

DI GIOVINE O.

*La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo, in Manna A., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 423*

FALZEA A.

*La responsabilità penale delle persone giuridiche, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comunitario. Atti della conferenza di Messina 30 aprile- 5 maggio 1979*, Milano, 1981, 157*

FERRUA P.

Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni, in Dir. pen. proc., 2001, 29, 1479

Id.

Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa, in D&G, 2001, 29, 80

FIDELBO G.

*L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale, in Mongillo V., Stile A., Stile G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Napoli, 2013, 173*

Id.

Le misure cautelari, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, 509

FIGLIOLA A.

La colpa per la difettosa organizzazione generale, in Compagna F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 267

Id.

sub *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, vol XXXIX, 1329

Id.

Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa, Firenze, 1985

FIGLIOLA A., SELVAGGI N.

Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale, in *Dir. pen. cont.*, rivista trim, 2014, 3/4, 105

FLICK G.M.

Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?, in *Riv. soc.*, 2010, 1294.

FOLLA N.

Le sanzioni pecuniarie, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002

FRANZONI C.

Il sistema sanzionatorio e cautelare, in Bernasconi A. (a cura di), *Il processo de societate*, Milano, 2006, 168

FRIGNANI A., GROSSO P.

L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche, in Monesi C., *I modelli organizzativi ex d.lgs 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005

FRIGNANI A., GROSSO P., ROSSI G.

I modelli di organizzazione previsti dal D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti, in *Soc.*, 2002, 143

GALANTINO L.

Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: note introduttive, in Id. (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009

GARUTI G.

Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 3, 11

GENCO A.

Responsabilità sociale e cultura organizzative nelle imprese, Padova, 2003

GENNAI S., TRAVERSI A.

La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, Milano, 2001

GENTILE G.

L'illecito colposo dell'ente collettivo, Torino, 2009

GIUNTA F.

I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico, in *Resp. amm. soc.*, 2013, 4, 15

Id.

Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, 243

GRAGNOLI E.

sub art. 30 d.lgs. n. 81/2008, in Carinci F., Gragnoli E. (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010

GUERNELLI M.

La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo, in *St. Iur.*, 2002, 292

GUERRINI R.

La responsabilità da reato degli enti, Milano, 2006

LA ROSA M.

Teoria e prassi del controllo “interno” ed “esterno” sull'illecito dell'ente collettivo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1303

LAI M.

Il sistema di rappresentanza e delle relazioni collettive, in Pascucci P. (a cura di), *il D.Lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni di Olympus*, 2011, 2

LAZZARI C.

Gli organismi paritetici nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in *Working papers di Olympus*, 2013

LONGHI S.

La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale, in *Riv. Pen.*, 1906,

403.

LOTTINI R.

I modelli di organizzazione e gestione, in Giunta F., Micheletti D., *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 167

Id .

Il sistema sanzionatorio, in Garuti G. (a cura di) , *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 144

LUHMANN N.

Organizzazione e decisione, Milano, 2005

LUNGHINI G.

L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001, in Monesi C. (a cura di), *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano 2005, 251

MAIELLO V.

La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 879

MANACORDA C.

Responsabilità amministrativa e responsabilità sociale delle imprese: divergenze e convergenze, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 4, 59

MANCINI C.

I modelli di organizzazione e di gestione, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del d.lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 188

MANES V., TRIPODI A.F.

L'idoneità del modello organizzativo, in Centonze F., Mantovani M.(a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 137

MARRA G.

I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per gli infortuni, in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, 483.

Id.

Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale: tre studi sulla tutela della sicurezza, Torino, 2009

MILITELLO V.

La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia, in *Riv.*

trim. dir. pen. econ., 1992, 101 e ss.

MONGILLO V.

Responsabilità penale individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro e malattie professionali: i criteri di imputazione e di accertamento, in Stile A.M., Fiorella A., Mongillo V., *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 19 e ss.

Id.

La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2012, n. 2, 75

Id.

Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione, in *Resp. amm. soc.*, 2011, 3, 69

MONTUSCHI L.

Diritto alla salute e organizzazione del lavoro, in Biagi M. (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991, 385

MUCCIARELLI F.

Una progettata modifica al D.lgs. 231/01: la certificazione del modello come causa di esonero della responsabilità, in *Soc.*, 2010, 10, 1247

PADOVANI T.

Diritto penale del lavoro, Milano 1994

Id.

Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, De Francesco G.(a cura di), Torino, 2004, 18

PALAZZO F.C.

Introduzione, in AA.VV., *Societas puniri potest*, Padova, 2003, 1.

PALIERO C.E.

Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti", in *Soc.*, 2015, 11, 1288

Id.

Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, n. spec., 15

PALIERO C.E, PIERGALLINI C.

La colpa di organizzazione, in *Riv. Amm. Soc.*, 2006, 3, 167

PASCULLI M. A.

Rilevanza della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 293

Id.

Questioni insolute ed eccessi di delega nel d.lvo. n. 231/01, in *Riv. pen.*, 2002, 739

PEDRAZZI C.

Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, 1367 e ss.

Id.

Profili problematici del diritto penale d'impresa, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1988, 137

PELAZZA M.

Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato degli enti, in *Corriere mer.*, 2010, 6, 651

PERONI F.

Il sistema della cautele, in Garuti G. (a cura di), *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2002, 260.

PIERGALLINI C.

Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001) PARTE I, in *Cass. pen.*, 2013, 376

Id.

Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001) PARTE II, in *Cass. pen.*, 2013, 848

Id.

Il modello organizzativo alla verifica della prassi, in Stile A.M., Mongillo V., Stile G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, 375.

Id.

La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato, in Lattanzi G., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 153

PISANI N.

Struttura dell'illecito e criteri d'imputazione, in Di Amato A., D'Avirro A., *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*,

Padova, 2009, 77

Id.

Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni, Milano, 2003

PRESUTTI A.

sub Art. 45, in Presutti A., Barnasconi A., Fiorio C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 395

PREVITALI P.

Modelli organizzativi e compliance aziendale. L'applicazione del d.lgs. 231/2001 nelle imprese italiane, Milano, 2009

PULITANO' D.

Responsabilità degli enti e reati colposi, in Stile A.M., Mongillo V., Stile G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 243

Id.

Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 102

Id.

La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415

REBAUDENGO P.

Prefazione, in Montuschi L., Tullini P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, , Bologna, 2006, XII

REMOLOTTI T.E.

Modello organizzativo e corporate social responsibility: la via etica alla 231, in *Riv. Amm. Soc.* 2009, 2, 123

RIVERDITI M.

"Interesse o vantaggio" dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 399

RORDORF R.

Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi, per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002

ROSSI A.

Modelli di organizzazione, gestione e controllo. Regole generali e individuazioni

normative specifiche, in *Giur. it.*, 2008, 1836

RUSSO Y.

Sicurezza e responsabilità "penale-amministrativa" degli enti collettivi: i modelli di organizzazione e gestione (Titolo I, Capo III art. 30), in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e della sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Milano, 2009, 95

SALVATORE A.

Il sistema di sanzioni interne a garanzia dei modelli ex 231, in *Il Sole 24Ore, Amb. sic.*, 2008

SANTORIELLO C.

Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o vantaggio della società, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 1, 161

SARTARELLI S.

sub Art. 12, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Presutti A., Bernasconi A., Fiorio C. (a cura di), Padova, 2008, 188 e ss.

SELVAGGI N.

L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato, Napoli, 2006

Id.

L'interesse dell'ente quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato colposo, in Compagna F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012

STOLFA F.

Le definizioni, in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, 76

STORTONI L. TASSINARI D.

La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?, in *Ind. pen.*, 2006, 7

SUTHERLAND E.H.

La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti, Milano, 1986

Id.

White collar criminality, in "American sociological review", 1940

TRIPODI A.F.

L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità degli enti, Padova, 2013

VIGNOLI F.

Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 1, 7 e ss.

VILLANI E.

Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato, Napoli, 2016

VITARELLI T.

Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti. Un difficile equilibrio normativo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695

VITTORINI P.

Le norme sull'esecuzione, in Bernasconi A. (a cura di), *Il processo de societate*, Milano, 2006, 369