

I modelli di organizzazione e gestione, ex D.Lgs. n. 231/2001, nella prevenzione dei reati ambientali (parte prima)

✓ Valentina Veneroso

L'estensione della responsabilità degli enti agli «ecoreati»

L'art. 2 del D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121 interviene nella disciplina del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e ha esteso, per la prima volta, la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai reati ambientali, inserendo all'art. 25 *undecies* di quest'ultimo provvedimento un ampio elenco di reati presupposto, aventi ad oggetto la materia ambientale (1).

La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato ex D.Lgs. n. 231/2001: lineamenti della disciplina

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (2) ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica responsabilità della persona giuridica nel caso in cui una persona fisica legata alla prima da un rapporto funzionale abbia commesso, nell'interesse o a vantaggio di essa, uno dei c.d. **reati presupposto**, previsti dal capo I, sez. III del decreto.

Nel sistema elaborato dal legislatore, si presume l'esistenza di una specifica ed autonoma (3) responsabilità della persona giuridica, quando ricorrano i seguenti presupposti:

- 1) necessaria commissione di uno dei reati presupposto da parte di una persona fisica;
- 2) esistenza di un rapporto di natura organica tra l'autore del reato e la persona giuridica, al momento della commissione del fatto incriminato;
- 3) evidenza di una connessione tra la persona giuridica e il fatto-reato, basata sulla finalizzazione del reato stesso all'interesse o al vantaggio della persona giuridica. Ricorrendo tali condizioni, l'accertamento di un reato determina in capo alla persona giuridica, presunta responsabile, l'onere di fornire una prova contraria (4), che consiste nell'aver adottato ed attuato efficacemente dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatesi (5).

Note:

✓ Studio legale Anello&Partners.

(1) L'articolo coinvolge illeciti in materia di acque, rifiuti, bonifiche, emissioni in atmosfera. Per un approfondimento sui reati considerati dalla normativa e sulle prime osservazioni alle problematiche applicative in materia penale si veda innanzitutto i contributi di:

- A. Scarcella, *Nuovi ecoreati ed estensione ai reati ambientali del D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in questa Rivista, 2011, 10, 857 s. e
- C. Manduchi, *La riforma dei reati ambientali e il D.Lgs. n. 231/2001: prime riflessioni*, in questa Rivista, 2011, 8/9, 731;

si segnalano inoltre le osservazioni di:

- P. Fimiani, *cit.*, 17, nonché le analisi contenute nella Relazione n. III/09/2011 del Massimario della Corte di Cassazione redatta da L. Pistorelli e A. Scarcella.

(2) Per semplicità espositiva il presente contributo si limita a ripercorrere i tratti fondamentali della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, premessa indispensabile per comprendere la portata dell'estensione legislativa di tale sistema sanzionatorio ai reati ambientali. Per approfondimenti sulla materia si rinvia a:

- G. Grasso, *La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica*, in *Contratto e Impresa*, 2001, 1429 s.;
- C. E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 47 ss.;
- P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, *cit.*, 65 ss.

(3) Sul concetto di «autonomia» della responsabilità dell'ente, si rinvia al successivo paragrafo dedicato alla «colpa di organizzazione».

(4) Come si vedrà nel prosieguo tale meccanismo dell'inversione dell'onere della prova sussiste nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione «apicale»; nel caso in cui, invece, il reato sia stato commesso da un soggetto «sottoposto», la pubblica accusa dovrà comunque dimostrare, secondo i tradizionali canoni dell'onere della prova, che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Anche in quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 7 comma 2, D.Lgs. n. 231/2001,

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

(5) Tale sistema è stato costruito dal legislatore traendo ispirazione dall'ordinamento statunitense, che sin dal codice penale di New York del 1882 opera

(segue)

Qualora l'Ente non dimostri il possesso di quest'ultima esimente, il giudice applicherà nei confronti dell'Ente stesso *in primis* una sanzione pecuniaria (6), accompagnandola, se del caso, con alcune sanzioni accessorie (7) (interdittive; la confisca; la pubblicazione della sentenza).

Ambito soggettivo di applicazione del D.Lgs. n. 231/2001

Sotto il profilo soggettivo tale disciplina, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2001, si applica «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica»; non si applica «allo Stato, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

Sul punto, la giurisprudenza è intervenuta in più occasioni a precisare quali siano i destinatari della normativa compresi nella generica espressione di legge.

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche:

- «alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001» (8);
- «agli enti pubblici che svolgono attività economica ed alle società commerciali a capitale misto, pubblico e privato, che svolgono servizi pubblici» (9);
- alla «società capogruppo per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una controllata, purché nella consumazione concorra, con il soggetto che commette il reato, una persona fisica che agisca per conto della holding, perseguendo anche l'interesse di quest'ultima» (10);

Recentemente i Tribunali di merito hanno riconosciuto l'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 anche:

- alle associazioni ONLUS (11);

Note:

(continua nota 5)

in questa direzione attraverso i c.d. *compliance programs*, rappresentando sicuramente l'esperienza maggiormente significativa a livello internazionale. Con tale espressione, appunto, vengono indicati i codici di autoregolamentazione di cui società, imprese, associazioni ed enti no profit sono chiamati a dotarsi, onde evitare l'applicazione di sanzioni, nel caso di reati commessi dai loro rappresentanti. Per approfondire il tema, si veda la regolamentazione disposta dal *Chapter eight* delle *Federal sentencing guidelines* elaborate dalla *United States Sentencing Commission*, organo federale statunitense che opera nel settore giudiziario. Per una panoramica in chiave comparatistica del problema della repressione della criminalità d'impresa in Europa e nei sistemi di *Common Law* si veda G. Grasso, *cit.*, 1441 s.

(6) La sanzione pecuniaria viene applicata dal giudice, ai sensi dell'art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001, per quote in un numero non inferiore a cento, né superiore a mille.

Il numero delle «quote» viene determinato dal giudice tenendo conto «della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'Ente, dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti» (art. 11, Decreto).

L'importo di ciascuna quota va da un minimo di euro 258,23 ad un massimo di euro 1.549,37 (art. 10, comma 3, decreto). Tale importo è fissato dal giudice «sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione».

Sul punto, la Relazione Ministeriale al Decreto ha specificato (punto 5.1.) che «nel contesto della responsabilità sanzionatoria degli enti, l'esigenza dell'adeguamento della sanzione pecuniaria alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente costituisce un aspetto irrinunciabile e fondamentale della disciplina, se si vuole evitare il rischio di rendere inefficace la sanzione».

La Relazione, inoltre, ha precisato che, «quanto alle modalità di accertamento delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, il giudice potrà avvalersi dei bilanci o delle altre scritture comunemente idonee a fotografare tali condizioni. In taluni casi, la prova potrà essere conseguita anche tenendo in considerazione le dimensioni dell'ente e la sua posizione sul mercato. [...] Il giudice non potrà fare a meno di calarsi, con l'ausilio di consulenti, nella realtà dell'impresa, dove potrà attingere anche le informazioni relative allo stato di solidità economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente».

La somma finale della sanzione, pertanto, viene calcolata moltiplicando l'importo della singola quota e un numero compreso tra 100 e 1000 (identificato dal giudice in relazione al disvalore attribuito all'illecito).

(7) Si veda:

- sanzioni interdittive (art. 9 comma 2 del D.Lgs. n. 231/2001);
- la sanzione della confisca del prezzo o del profitto del reato (art. 19 D.Lgs. n. 231/2001);
- la pubblicazione della sentenza (art. 18, D.Lgs. n. 231/2001).

Per un approfondimento sulle sanzioni e le misure cautelari applicabili si rinvia ai contributi di:

- G. Grasso, *cit.*, 1457;
- P. Fimiani, *cit.*, 25;
- C.E. Paliero, *cit.*, 60.

(8) Si veda la recente:

- Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2556 (s.m.) (nota di Pistorelli): in motivazione i giudici di legittimità hanno affermato che «risulta indubbio che la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231 del 2001 sia senz'altro applicabile alle società a responsabilità limitata, così come è notorio che molte imprese individuali spesso ricorrono ad una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare dell'impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso coinvolgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore, ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale».

(9) Si veda:

- Cass. pen., sez. III, 21 luglio 2010, n. 28699, in *Guida al diritto* 2010, 38, 93. I giudici di legittimità hanno affermato che

«il tenore testuale della norma è inequivocabile, nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica». Il caso di specie riguardava una s.p.a., partecipata al 51% da capitale pubblico, costituita per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento rifiuti, trasferite alla stessa da un ente pubblico territoriale (società d'ambito).

(10) Si veda:

- Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583, in www.dejure.giuffrè.it.

(11) Si veda:

- G.u.p. Trib. Milano, 30 marzo 2011, n. 820; in www.dejure.giuffrè.it.

Nel caso esaminato i rappresentanti dell'associazione avevano utilizzato i fondi dell'ente, provenienti dall'incasso delle convezioni sottoscritte e delle sovvenzioni pubbliche, attraverso prelievi girocontati sui c/c personali e con l'utilizzo di carte di credito, per giocare d'azzardo al casinò, per soggiornare in Brasile e per motivi personali, cedendo, addirittura, quote inesistenti dello stesso ente a un volontario. Riconoscendo il Giudice anche un vantaggio dell'associazione derivante dai proventi di tali attività illecite, è stata quindi riconosciuta per la prima volta la responsabilità amministrativa dell'Associazione, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001.

b) agli enti esteri non aventi sede in Italia in relazione a reati commessi in Italia (12).

La commissione del reato presupposto da parte di un soggetto in posizione qualificata, nell'interesse o vantaggio dell'Ente

La responsabilità dell'ente viene connessa, come anticipato, alla posizione funzionale rivestita dai soggetti autori del reato presupposto, che devono avere agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente (13) e possono rivestire le seguenti qualifiche (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 231/2001):

- «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», ovvero i c.d. soggetti in **posizione apicale**;
- «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)», ovvero i soggetti **sottoposti**.

Le categorie elencate dal legislatore sono a tal punto **elastiche** da porre, in più di qualche caso, problemi interpretativi sulla individuazione di un soggetto apicale o sottoposto, tenendo conto delle polimorfe strutture organizzative interne, che possono assumere società, imprese ed enti collettivi.

Per questo motivo la giurisprudenza sta elaborando dei criteri generali da applicare nell'identificazione del rapporto organico, che lega l'autore del reato all'ente.

Il Tribunale di Milano (14), ad esempio, in una sentenza rimasta paradigmatica, ha precisato che

«la nozione di **soggetto apicale** di un ente viene definita dall'esercizio formale di funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione, mentre l'esercizio di fatto per essere rilevante deve avere riguardo cumulativamente alle funzioni di gestione e controllo, volendosi includere tra i vertici solo quei soggetti che esercitano un penetrante dominio sull'ente. In assenza di una definizione delle citate funzioni di amministrazione, rappresentanza e direzione, si possono utilizzare in via interpretativa le norme dettate in proposito in altre branche dell'ordinamento interno, così da ricostruire il concetto di amministrazione come legato al potere di gestione e controllo delle risorse materiali dell'ente, il concetto di direzione come legato al potere di gestione e controllo del personale dell'ente, il concetto di rappresentanza come legato alla formazione, manifestazione all'esterno e alla ricezione della volontà dell'ente in relazione agli atti negoziali» (15).

Per quanto attiene, invece, alla categoria dei «sottoposti», il criterio dirimente per identificare il rapporto è che la persona, legata comunque da una relazione funzionale

con l'ente, sia anche sottoposta **alla direzione o alla vigilanza** di un soggetto apicale.

Se chiaramente sono ricompresi i lavoratori subordinati (16), gli interpreti hanno esteso tale *genus* anche ai lavoratori parasubordinati, o vincolati all'ente da qualsivoglia rapporto contrattuale purché caratterizzato da un

«assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione dell'autonomia e l'inserimento nell'organizzazione aziendale» (17).

Questo criterio dovrebbe portare ad escludere i requisiti indicati dall'art. 5 comma 1, lett. b) D.Lgs. n. 231/2001 in capo ad agenti, concessionari di vendita, *franchises*, fornitori o consulenti esterni, previa verifica dell'assenza di un vincolo, formale o sostanziale, di tale soggetto al potere direttivo e disciplinare del preponente o della controparte contrattuale (18).

La c.d. «colpa di organizzazione» dell'ente

Qualora il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, **quest'ultimo** si presuppone **responsabile** ai sensi dell'art. 6, D.Lgs. n. 231/2001, **salvo che non**

Note:

(12) Si veda:

- G.i.p. Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, in www.dejure.giuffrè.it.

(13) Per un approfondimento di questi concetti, che per agilità espositiva si trascura di esaminare in questa sede, si veda il contributo di

- C. Santoriello, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2008, 49.

(14) Si veda:

- Trib. Milano, sez. XI, 26 giugno 2008, in *Foro ambrosiano*, 2008, 3, 335.

Tale pronuncia evolve un orientamento già impresso dallo stesso Tribunale Milanese, (sent. 20 dicembre 2004, in www.dejure.giuffrè.it) sul punto dell'esercizio «di fatto» delle funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione.

(15) Un'interessante approdo dottrinario e giurisprudenziale, sul tema del «dominio» sull'ente, è rappresentato dalla questione se un amministratore di una società capogruppo (c.d. *holding*) possa considerarsi in una posizione apicale rispetto ad una società controllata, pur essendo formalmente organicamente estraneo alla stessa. Per un approfondimento sulle varie posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia si veda il contributo

- A. Rossi, *La responsabilità degli enti (D.Lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2008, 193.

(16) Nella dottrina e nella giurisprudenza giuslavoristica il requisito della altrui vigilanza e controllo corrisponde solitamente ad un vincolo di subordinazione.

(17) In questa prospettiva si veda:

- P. Fimiani, cit., 21, che cita, a proposito della differenza sostanziale tra lavoratore subordinato e lavoratore autonomo Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2003, n. 9900, in *Giust. civ. Mass.*, 2003; dello stesso avviso

- A. Rossi, cit., 194.

(18) Per ulteriori approfondimenti si rinvia alle analisi

- A. Rossi, cit., 195 e

- F. Ardito e G. Catalano, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i Modelli 231*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2011, 13 ss.

dimostri di avere adottato ed attuato efficacemente un modello organizzativo e gestionale efficace a prevenire la commissione di reati di quel tipo.

Qualora, invece, il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione subordinata l'ente è responsabile solo ove **la pubblica accusa dimostri** che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: in questa ipotesi, dunque, sarà il pubblico ministero a dover dimostrare la **carente regolamentazione interna dell'ente**, mentre quest'ultimo avrà **ampia facoltà di fornire la prova liberatoria** (19). In ogni caso, afferma il legislatore all'art. 7, D.Lgs. n. 231/2001, anche in questa ipotesi la responsabilità è esclusa

«se l'ente prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, introdotta dal D.Lgs. n. 231/2001, appare, dunque, un *tertium genus* rispetto ai tradizionali e noti canoni di responsabilità penale ed amministrativa, legato ad **una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale** (20), ovvero una **c.d. colpa di organizzazione** (21).

Per questo motivo l'opinione ormai consolidata in materia ritiene che **l'ente non sia chiamato a rispondere per un fatto altrui** (ovvero per il reato presupposto commesso dalla persona fisica), ma per un **fatto proprio**. Sul punto la Cassazione ha recentemente precisato che

«il fatto - reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come **proprio** anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione» (22).

La responsabilità dell'ente, sebbene connessa alla commissione del reato presupposto da parte di una persona fisica ad essa funzionalmente collegata, ha **rilevanza autonoma** (23). Tale autonomia si manifesta normativamente all'art. 8 del D.Lgs. n. 231/2001, che prevede che la responsabilità della persona giuridica sussista anche quando l'autore del reato presupposto non sia stato identificato, ovvero non sia imputabile, o infine, lo stesso reato presupposto si estingua per causa diversa dall'amnistia (24). Si segnala che la dottrina ha letto in modo assai critico la **prima** delle tre ipotesi, ovvero l'autonoma responsabilità dell'ente nel caso in cui il soggetto attivo del reato presupposto non sia stato identificato, non solo

perché la responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001 assume un rilievo marcatamente diverso nel caso in cui l'autore del fatto sia un soggetto apicale o un soggetto subordinato, ma anche perché sotto il profilo penale

«è evidente che l'accertamento del dolo o della colpa in relazione al fatto può essere effettuato soltanto con riferimento ad una persona determinata, previa la sua identificazione» (25).

Questa previsione, secondo la condivisibile opinione dell'autrice richiamata, rischia di tradursi, in caso di difficoltà probatoria sulla responsabilità della persona fisica, in

«una spinta forte a perseguire non più le persone fisiche, ma gli enti».

Il modello organizzativo e di vigilanza: i requisiti di idoneità

Come già anticipato nei paragrafi che precedono, il legislatore del D.Lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di *corporate compliance* di matrice anglosassone (26), incentrato sul

«dovere di autocontrollo dell'ente» e su un «sistema di incentivi ad adempiere [...] in virtù del quale gli enti vengono progressivamente obbligati ad internalizzare le proprie inefficienze organizzative» (27).

Note:

(19) Entrambe le citazioni sono tratte da:

- Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Guida Dir.*, 2010, 39, 68 (s.m.)

(20) In questi termini:

- Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, in *CED Cass.*, 2009

(21) Si veda:

- F. D'Arcangelo, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2011, 131 ss.: per una più approfondita esegesi delle motivazioni della sentenza citata nel testo e richiamata alla nota 19, si rinvia all'approfondimento dello stesso Autore. L'espressione ormai è d'uso comune presso i commentatori: si veda anche - P. Fimiani, cit., 21.

(22) Si veda:

- Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Guida Dir.*, 2010, 39, 68 (s.m.)

(23) Si veda:

- Cipolla, *Il D.Lgs. n. 231 del 2001 nella prassi giurisprudenziale a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Giur. merito*, 2011, 1468 ss.

(24) Lo stesso articolo, nell'ipotesi dell'amnistia, precisa, ai commi 2 e 3, che «salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione» e che «l'ente può rinunciare all'amnistia».

(25) Si veda:

- A. Rossi, cit., 197.

(26) Si rinvia alle considerazioni indicate alla nota n. 5.

(27) Si veda:

- F. D'Arcangelo, cit., 129 e

- D. Galletti, *I modelli organizzativi nel D.Lgs. n. 231/2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, I, 127.

Per quanto, infatti, la giurisprudenza abbia cura di sottolineare che «nel D.Lgs. non si prevede alcuna forma di imposizione coattiva dei modelli organizzativi, la cui adozione invece è sempre spontanea» (28), la loro adozione viene evidentemente e fortemente incentivata dal sistema esaminato.

Inoltre la giurisprudenza ascrive sistematicamente tali modelli alle norme del diritto societario, che sanciscono il principio di adeguatezza del governo societario (29).

Il modello organizzativo e gestionale (d'ora innanzi «Modello Organizzativo») si traduce in un documento contenente le regole di condotta, che vanno a costituire il modello comportamentale per chi agisce nell'ambito dell'ente, orientato ad impedire la commissione di determinati reati (30).

I contenuti del Modello Organizzativo sono definiti, nell'ordinamento, da un sistema complesso di fonti, secondo il seguente valore gerarchico:

1. normative primarie e *sub* primarie di settore (art. 6, D.Lgs. n. 231/2001 e art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 (31) in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro);
2. norme tecniche (linee-guida Uni-Inail o British Standard OHSAS in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro) (32);
3. da codici di autodisciplina e linee guida emesse dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative (33).

Un ulteriore fondamentale parametro di riferimento, nella redazione del Modello Organizzativo, è ormai dato dalle prescrizioni sempre più puntuali ed incisive della giurisprudenza nazionale, soprattutto di merito, che esprime il proprio sindacato sulla idoneità dei modelli attraverso il canone della **specificità**. Quest'ultimo criterio impone di **contestualizzare** la verifica sull'adeguatezza del modello in base alla **specificità attività** della persona giuridica, alla quale si riferisce (ed in cui è stato posto in essere) l'illecito, ad una **visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico formale** (34) e di valutarne l'efficacia **al tempo della sua adozione ed attuazione** (35). La giurisprudenza che si è formata in questi primi dieci anni di applicazione della disciplina, ha, quindi, dato esito ad un **complesso di regole prevenzionali** (36), delle quali l'ente dovrebbe tenere conto nella redazione del proprio Modello Organizzativo.

Il contenuto minimo del Modello Organizzativo

Entrando nell'esame più specifico della disciplina dei contenuti dei Modelli Organizzativi, la prima fondamentale fonte normativa ineludibile è quella costituita dalle indicazioni sul **contenuto minimo** dei Modelli contenute all'art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001. Tale disposizione prescrive che i Modelli debbano 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».

Le regole enunciate nella disciplina primaria dal legislatore sono apparse, già ai primi commentatori, assai generiche, caratterizzate «**da un'elevata - e solo in parte inevitabile - indeterminazione**» (37); sarebbe apparso, invece,

Note:

(28) Si veda:

- Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, in *Cass. pen.*, 2007, 1, p. 92.

Si veda anche il commento di

- F. D'Arcangelo, *cit.*, p. 136.

(29) In particolare l'art. 2381, comma 3 e 4, e l'art. 2403 cod. civ.: Trib. Milano, sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774, con commento di

- Bonocore, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Giur. comm.*, II, 2009, 177 ss.

(30) Si esprime in questi termini la Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 231/2001 richiamata da P. Fimiani, *cit.* p. 23.

(31) L'art. 30, comma 5, D.Lgs. n. 81/2008, considerata la specialità dei reati in materia di salute e sicurezza del lavoro, indica con ulteriore dettaglio rispetto alla previsione dell'art. 6, D.Lgs. n. 231/2001 il contenuto minimo dei modelli, con riferimento a tali fattispecie.

(32) L'art. 30, comma 5, D.Lgs. n. 81/2008 sancisce una *presunzione di idoneità* dei Modelli Organizzativi ex D.Lgs. n. 231/2001 conformi a tali linee guida.

(33) L'art. 6, comma 3, D.Lgs. n. 231/2001 prevede l'adozione di tali linee guida e il loro valore di «parametro di riferimento» della redazione dei modelli, ove emanate secondo un procedimento specificamente delineato nella disposizione. Tra le Linee Guida approvate dal Ministero della Giustizia si ricordano, senza pretesa di esaustività, quelle di Confindustria, Confapi, ABI, Assobiomedica, ASSTRA, ASSOSIM, Assogestioni, Assonime, Ania, Confservizi, ecc.

(34) G.i.p. Tribunale Milano, 20 settembre 2005, in *Foro it.*, 2005, II, c. 560.

(35) Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, il G.i.p. Tribunale Milano, 17 novembre 2009, in *Società*, 2010, 473 verifica l'efficacia del Modello Organizzativo in base alle conoscenze e alle esperienze vigenti in materia *all'epoca della commissione del fatto*, affermando che

«nel giudicare la responsabilità della società, per non cadere in una sorta di responsabilità oggettiva degli enti, occorre valutare la efficacia del modello con valutazione *ex ante* e non *ex post* rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori».

Questa decisione appare importante e paradigmatica in quanto costituisce (per quanto noto) la prima sentenza che, entrando nel merito, affronta il tema della responsabilità dell'ente, prosciogliendo la persona giuridica per un reato presupposto effettivamente commesso dai vertici della società.

(36) Esemplare, sotto questo profilo la pronuncia:

- Gip Tribunale Milano, 9 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 528 che dispone un vero e proprio «decalogo» di regole per la redazione di un adeguato Modello Organizzativo.

(37) Si veda:

- V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2007, 79.

più che mai necessario stilare un elenco di regole maggiormente stringenti, in grado di proporsi anche come parametro di riferimento nella valutazione dei Modelli e delle loro, lacune, irregolarità, incompletezze o invalidità. Se tale considerazione poteva apparire condivisibile già all'ingresso del D.Lgs. n. 231/2001 nel panorama normativo italiano, la questione della eccessiva indeterminazione delle prescrizioni di legge appare, oggi, ancor più attuale, tenuto conto che, in **dieci anni**, si è assistito ad una vera e propria proliferazione dei reati presupposto, fenomeno che, come affermato da parte della dottrina, **ha fatto perdere all'impianto legislativo una fisionomia unitaria** (38).

La genericità della formulazione di legge, in questo ambito, appare quasi anomala rispetto alla inclinazione del legislatore nazionale ad intervenire, sotto il profilo della tecnica normativa, con discipline minuziosamente articolate nel dettaglio; ed appare quasi paradossale se confrontata con la disciplina della materia negli ordinamenti anglosassoni, nei quali si registra una decisa tendenza alla puntuale codificazione di linee guida e *pillars* per la costruzione di *effective ethics and compliance program*, contestualizzata alle diverse fattispecie criminali, ai distinti settori di attività degli enti, nonché alle dimensioni di questi ultimi (39).

Della insufficienza dello strumento indicato dall'art. 6 comma 2, D.Lgs. n. 231/2001 sembra aver preso atto lo stesso legislatore nel 2008, quando, nella riscrittura della disciplina in materia di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, ha inserito nel corpus del TU di cui al D.Lgs. n. 81/2008 (all'art. 30), la previsione secondo cui:

«il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche [...] di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

- g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate».

Il modello organizzativo e gestionale, ai sensi dell'articolo richiamato, dovrà prevedere:

- a) idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività sopra indicate;
- b) per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- c) un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate;
- d) nonché un sistema di aggiornamento del modello in seguito alla eventuale scoperta di 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.

Viene, inoltre, incaricata una **commissione consultiva** permanente presso il Ministero del lavoro per l'elaborazione delle procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei Modelli Organizzativi.

Per la prima volta, inoltre viene sancita una **presunzione di conformità** dei Modelli Organizzativi

«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».

Ad integrare, infine, le scarse indicazioni legislative soccorre, come anticipato, la giurisprudenza di merito, che ha compilato un ulteriore elenco di requisiti, che sono divenuti patrimonio ormai consolidato dei Tribunali. Se-

Note:

(38) Si veda:
- V. Mongillo, *cit.*, 77.

(39) Si fa riferimento, in particolare, al *chapter eight* delle *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (entrate in vigore nel 1991 e riformate nel 2004 e nel 2010). Per maggiori indicazioni si veda anche la nota n. 5. Ma si ricorda anche lo *U.K. Bribery Act* del 2010, in materia di corruzione, che ha demandato al Ministero della Giustizia il compito di redigere delle linee guida per costruire all'interno degli enti le *adequate procedures*. Il Ministero della Giustizia inglese, nel marzo 2011, ha pubblicato le *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, rinvenibili alla pagina web <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

condo i giudici (40), in particolare un Modello Organizzativo **deve, quanto meno** (41):

1. essere preceduto da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo.
2. prevedere che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;
3. prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'ODV la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile;
4. modulare e differenziare la **formazione** a seconda che sia rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza ed ai preposti al controllo interno;
5. determinare il contenuto dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi.
6. prevedere espressamente la comminazione di sanzione disciplinare nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che per negligenza ovvero imperizia non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati;
7. prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze

particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato *turn-over* del personale);

8. prevedere controlli di routine e controlli a sorpresa - comunque periodici - nei confronti delle attività aziendali sensibili;
9. prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza;
10. contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

(Continua nel prossimo numero)

Note:

(40) Si allude all'ormai celebre Decalogo contenuto nella pronuncia

- G.i.p. Tribunale Milano, 20 settembre 2005, in *Foro it.*, 2005, II, c. 560, nella quale il giudice sviscera in modo analitico le lacune, inesattezze, imprecisioni, invalidità dei Modelli Organizzativi depositati dalle società coinvolte nel procedimento.

(41) Per un approfondimento si rinvia anche alla sintesi elaborata da:

- M. Arena, *Il «Decalogo 231» del Tribunale di Milano*, in www.reatisocieta-ri.it, dal quale contributo è mutuato il decalogo riportato dal testo.