

Presunzione di non colpevolezza e onere della prova

di Carlo Fiorio

1. Il sistema probatorio “231” tra autonomia della responsabilità e colpa organizzativa.

Intrinsecamente condizionato dall'adozione e dall'efficace attuazione di un modello organizzativo, il sistema probatorio delineato dal D.lgs 231/01 (d'ora in poi: Decreto) assume connotazioni diversificate in relazione al grado di colpa organizzativa addebitabile all'ente¹. Invero, nel calibrare gli oneri probandi con riferimento alla posizione occupata nella gerarchia aziendale dalla persona alla quale il reato-presupposto è addebitato², il Decreto stabilisce regole probatorie differenziate, a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale³ ovvero da persone ad essi sottoposte.

Come è stato lucidamente rilevato, «ascrivere l'autore del reato alla prima o alla seconda categoria è operazione dalla quale derivano *fondamentali conseguenze sul versante processuale*»⁴. Più precisamente, nel disciplinare l'ipotesi in cui il reato sia commesso «da 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», l'art. 6 comma 1 del Decreto realizza una completa inversione dell'onere probatorio, prevedendo che l'ente non risponde se dimostra di avere assunto le misure necessarie ad impedire la commissione di reati del tipo di quello realizzato.

In prospettiva differenziata, per il caso in cui il reato sia stato commesso da un sottoposto, l'onere della prova torna - fisiologicamente - ad incombere sull'accusa: l'ente, infatti, sarà responsabile (art. 7 comma 1 del Decreto) solamente quando risulti provato che la realizzazione del fatto sua stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza. Ed il ruolo centrale del modello organizzativo nel sistema probatorio “231” sale prepotentemente alla ribalta nella previsione del comma successivo, laddove il legislatore delegato specifica che «[i]n ogni caso, è

¹ Cfr., in prospettiva generale, C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, n. 3, p. 167.

² Così A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in ID. (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 65.

³ Sono da considerare soggetti in posizione apicale le «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 le «persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso». Per una puntuale elencazione delle figure così definibili all'interno della gerarchia aziendale, v. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67 ss.; nonché R. LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001 (Parte I)*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2258 ss.

⁴ Così A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 60-61, ove si specifica come «i criteri soggettivi di imputazione previsti dall'art. 5 vanno coniugati o con la *regola di ripartizione dell'onere probatorio* dell'art. 6 (dimostrazione dell'esimente a carico dell'ente) - se l'autore del reato è un soggetto apicale - o con il *requisito della responsabilità* di cui all'art. 7 (la commissione del reato è dipesa dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza) - se l'autore del reato è un dipendente - requisito la cui allegazione incombe sul pubblico ministero».

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

Nel prescrivere che la responsabilità della *societas* sussista indipendentemente dall'identificazione (o dall'imputabilità) dell'autore del reato⁵, l'art. 8 del Decreto metabolizza il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, fattispecie a struttura complessa che postula la commissione di un reato da parte di una persona fisica⁶.

Da siffatta "divaricazione soggettiva" discendono rilevanti implicazioni in ordine alle tecniche dell'accertamento processuale, le quali tendono ad evidenziare una sorta di «alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*»⁷: non solo, infatti, «un pubblico ministero fornito di elementi a carico deboli nei confronti della persona fisica potrebbe artatamente contestare l'illecito amministrativo all'ente al di fine di ottenere comunque una condanna sul medesimo fatto storico»⁸, ma, proprio nei casi in cui non sia identificato l'autore del reato, esso potrà limitarsi ad allegare elementi indiziari per far valere la presunzione che si tratti di un soggetto apicale e "scaricare" sulla *societas* l'onere di dimostrare l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo; l'esistenza di un autonomo e vigile organismo di controllo; l'elusione fraudolenta da parte degli apici delle suddette regole organizzative⁹.

Tali premesse individuano un potere smisurato in capo all'organo d'accusa, in grado di "dosare" l'effettività «del diritto di difesa e del principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 cost.) nella singola indagine, a seconda della tipologia di incolpato coinvolto (persona fisica e/o società)¹⁰.

⁵ L'art. 8 comma 1 lett. b) del Decreto stabilisce, inoltre, che la responsabilità dell'ente sussista anche quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia (morte del reo prima della condanna, utile decorso del termine di sospensione condizionale della pena, oblazione, intervenuta prescrizione del reato-presupposto, remissione di querela).

⁶ Cfr. la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 20, p. 20, ove si precisa che «in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad un determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo: beninteso, a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo».

⁷ Così A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit. p. 80-81.

⁸ Testualmente P.P. PAULESU, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 844.

⁹ Ancora A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 81. Parla di «meccanismi che parrebbero selettivamente costruiti per agevolare l'esercizio della potestà punitiva sul piano probatorio, e quindi, nei fatti, per rendere più probabili le condanne», P.P. PAULESU, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, cit., p. 843. Sottolinea A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 47, che «il mancato accertamento della colpevolezza della persona fisica rende ancor più scopertamente oggettivo il criterio di imputazione»; basteranno, allora, «l'area' e il vantaggio o il profitto: l'eventuale presenza di modelli organizzativi è il solo fatto impeditivo, esimente, ma sarà allora ben difficile dimostrare l'elusione fraudolenta da parte di un soggetto sconosciuto».

¹⁰ Testualmente A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 963-964, ove si rimarca come «la difficoltà di individuare le

Emerge *ictu oculi* la peculiare conformazione del principio di colpevolezza: benché, infatti, il procedimento d'imputazione del fatto all'ente sia asseritamente costruito quale addebito di «una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo», nel caso di reato commesso dagli apici, alcun onere dimostrativo è contemplato a carico dell'accusa, richiedendosi, al contrario, specifiche attività da parte dell'ente sottoposto a processo.

Al riguardo, sono state evidenziate¹¹ talune assonanze con l'art. 2697 c.c.: in particolare, se il dubbio sugli elementi costitutivi (sussistenza del fatto; interesse o vantaggio) determinerebbe un esito assolutorio, quello sui fatti impeditivi indicati nell'art. 6 del Decreto condurrebbe inevitabilmente alla condanna dell'ente¹².

A tale orientamento, peraltro, si contrappone l'impostazione di chi, prendendo le mosse dall'assunto secondo cui «il tema del processo penale è la colpevolezza (e non l'innocenza)», conclude nel senso di ritenere che «all'imputato andrebbe sempre fornita una particolare tutela sul piano della decisione sul fatto incerto, a prescindere dal modo in cui è maturata la situazione di incertezza»¹³.

2. L'adozione del modello organizzativo: obbligo oppure onere?

La dottrina maggioritaria esclude che l'adozione di un modello organizzativo costituisca un obbligo giuridico¹⁴, configurandosi, piuttosto, quale onere, organizzativo ed economico, di cui la società si fa carico sia per prevenire i rischi di reato, sia

reponsabilità personali del *management* aziendale può essere aggirata dal pubblico ministero grazie alla contestazione dello stesso reato alla persona giuridica così guadagnando, sul terreno della elaborazione probatoria, i vantaggi connessi alla inversione dell'onere della prova: è la *societas*, infatti, a dover dimostrare di aver adottato in maniera efficace i modelli organizzativi ex art. 6».

¹¹ Cfr. P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova 2002, 234; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. pen., 2005, 324, nota 14.

¹² Sottolinea A. BERNASCONI, Art. 6, in A. PRESUTTI-A. BERNASCONI-C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2008, p. 150, che l'art. 66 del Decreto, secondo cui il giudice del dibattimento pronuncia la sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo (art. 66) «troverà spazio operativo solo laddove risulti dubbio che il reato-presupposto sia stato commesso dai vertici nell'interesse o vantaggio della società; viceversa, qualora l'incertezza involga l'adozione e l'implementazione degli schemi comportamentali, codificati dalla disposizione in oggetto, il giudice dovrà emettere sentenza di condanna».

¹³ Cfr. P.P. PAULESU, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, in Riv. dir. proc., 2014, p. 849, il quale rileva come, nel processo civile, «vi è un tendenziale automatismo tra le attività probatorie delle parti e gli epiloghi decisori sul fatto incerto: non c'è un interesse ritenuto prevalente, ma ci si ispira ad una elementare esigenza di equità (art. 3 Cost.). Nel processo penale quell'automatismo cade di fronte alla necessità di salvaguardare un valore che la Costituzione considera primario: la libertà dell'individuo di fronte alla potestà punitiva dello Stato (artt. 13 e 27, 2° comma, Cost.; una forma di tutela da estendere ragionevolmente anche ai soggetti collettivi in virtù dell'esplicito riferimento alle «formazioni sociali» presente nell'art. 2 Cost.)».

¹⁴ V. E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 329; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 83; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in Cass. pen., 2003, suppl. 6, p. 82 ss. In prospettiva diversificata v. D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, p. 431, il quale ravvisa il connotato di obbligatorietà per i reati dei sottoposti, ma non per quella degli apici.

per fruire dei benefici qualora incolpata di un illecito¹⁵. Nondimeno, come si avrà modo di approfondire in seguito, la mancata adozione di un modello organizzativo in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi (reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente e posizione apicale dell'autore del reato) vale a integrare quella "rimproverabilità" e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, «costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose»¹⁶.

Va dato atto, peraltro, di un più recente indirizzo dottrinale che ravvisa un connotato di obligatorietà nell'adozione del modello organizzativo da parte degli amministratori. Movendo, in particolare, dal principio di adeguatezza espresso dal combinato disposto degli artt. 2381 e 2403 c.c., tale indirizzo afferma l'esigenza di proceduralizzare ogni fase di attività dell'ente, richiedendo altresì che il procedimento in questione formi oggetto di valutazioni preventive in ordine alla sua adeguatezza e di continui controlli deputati a verificarne la corretta applicazione¹⁷.

In tale prospettiva si colloca la giurisprudenza civile, che ha condannato al risarcimento del danno l'amministratore di una società di capitali priva di modello organizzativo, per l'importo dalla stessa corrisposto a titolo di sanzione pecuniaria per la responsabilità da illecito amministrativo dipendente da reato¹⁸.

Allo stato della normativa, le uniche ipotesi di obbligo riguardano le società emittenti che intendano quotarsi nel c.d. STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti), le quali, a far data dal 1° aprile 2008 sono tenute a dotarsi di un modello organizzativo¹⁹.

Del pari, l'art. 54 comma 1 L.R. Calabria 13 giugno 2008, n. 15, prevede che le imprese «che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria, sono tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi» alle disposizioni di cui al Decreto, «dandone opportuna comunicazione ai competenti uffici regionali»²⁰. Con la successiva L.R. 4 dicembre 2012, n. 60, la Regione ha imposto agli enti pubblici economici dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica; alle fondazioni costituite dalla Regione; alle società controllate dalla Regione (art. 2). di adottare «modelli di organizzazione, di gestione e controllo di cui agli articoli 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001, che prevedono, in relazione alla natura dei

¹⁵ In questo senso, A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 91. In giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita Soc. Coop. a.r.l., in *Mass. Uff.*, 235638, secondo la quale, in tema di responsabilità degli enti dipendente da reato, «non è consentito al giudice, nel revocare la misura cautelare interdittiva, imporre all'ente l'adozione coattiva di modelli organizzativi»; nonché in pari sensi, Id., Sez. II, 5 marzo 2009, A. Soc. Coop. a.r.l., in *www.rivista231.it*.

¹⁶ Testualmente F. CERQUA, Art. 6, in A. CADOPPI- G. GARUTI- P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, 2010, p. 131.

¹⁷ Sottolinea che «paiono oneri e sono obblighi», N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in AGE, 2012, p. 193. In senso analogo v. anche C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001) (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 383.

¹⁸ In questo senso, Trib. civ. Milano, Sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Giur. comm.*, 2009, p. 177.

¹⁹ Cfr. gli artt. 2.2.3, lett. k) e 2.2.3-bis del Regolamento dei mercati di Borsa Italiana.

²⁰ In argomento, specificamente, v. S. BARTOLOMUCCI, *Ancora sulla (neo) obligatorietà dei compliance programs: il precedente della legge Regione Calabria e la sua reale portata*, in *Resp. amm. soc.*, 2008, n. 4, p. 6 ss.

servizi e delle attività svolte e alla dimensione dell'organizzazione, misure idonee a garantire lo svolgimento della propria attività nel rispetto dei principi di legalità, eticità e trasparenza», prevedendo inoltre che «[i]l mancato adeguamento [...] comporta la sospensione della erogazione di contributi, trasferimenti, risorse a qualsiasi titolo erogati dalla Regione fino alla effettiva adozione di tali modelli» (art. 3).

Ed anche l'art. 2 L.R. Abruzzo 27 maggio 2011, n. 15, impone l'adozione di modelli organizzativi "231" per gli enti dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica, i consorzi, le agenzie e le aziende regionali, nonché le società controllate e partecipate dalla Regione Abruzzo²¹.

Benché non sia stato utilizzato lo strumento legislativo, particolare rilevanza assume l'allegato F del DGR n. VIII/7531/2008, approvato dalla Regione Lombardia con delibera del 27 giugno 2008, recante *Indirizzi alle Società partecipate dalla Regione in merito all'applicazione del D.lgs. 231/2001*, attraverso il quale sono stati disciplinati gli oneri (in primis: l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo), cui sono tenuti a conformarsi tutte le società partecipate che aderiscono al Sistema Regionale Allargato (L.R. Lombardia n. 30 del 2006)²².

Infine, l'art. 7 comma 5 dello Statuto della Federazione Italiana Giuoco Calcio prevede che «[i]l Consiglio federale, sentite le Leghe interessate, emana le norme necessarie e vigila affinché le società che partecipano a campionati nazionali adottino modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire il compimento di atti contrari ai principi di lealtà, correttezza e probità in ogni rapporto. I predetti modelli, tenuto conto della dimensione della società e del livello agonistico in cui si colloca, devono prevedere: a) misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività sportiva nel rispetto della legge e dell'ordinamento sportivo, nonché a rilevare tempestivamente situazioni di rischio; b) l'adozione di un codice etico, di specifiche procedure per le fasi decisionali sia di tipo amministrativo che di tipo tecnico-sportivo, nonché di adeguati meccanismi di controllo; c) l'adozione di un incisivo sistema disciplinare interno idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; d) la nomina di un organismo di garanzia, composto di persone di massima indipendenza e professionalità e dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo,

²¹ V. A. SCARCELLA, *Primi passi delle amministrazioni regionali verso l'applicazione del sistema 231: analisi e prospettive applicative*, in *Resp. amm. soc.*, 2012, n. 3, spec. p. 103 ss.

²² Cfr. A. TRESOLDI-E. LUNGARO, *L'applicazione del d.lgs. 231/2001 nel settore pubblico: opportunità normative e best practice*, in *Resp. amm. soc.*, 2012, n. 1, p. 21-22, ove si precisa come «[t]ale iniziativa in realtà era stata, seppur in via sperimentale, anticipata anche per gli "Enti Sanitari" con il DGR n. VII/17864 del 11 giugno 2004 "Introduzione in via sperimentale nelle Aziende Sanitarie pubbliche di un Codice Etico comportamentale", con il Decreto del Direttore Generale Sanità n. 22361 del 9 dicembre 2004 e con il DGR n. VIII/1375 del 14 dicembre 2005 "Determinazioni in ordine alla gestione del Servizio Socio Sanitario regionale per l'esercizio 2006" [...]. Successivamente con il DGR del 13 dicembre 2006 - n. VIII/003776 "Determinazioni in ordine alla gestione del servizio socio sanitario regionale per l'esercizio 2007", il governo regionale ha terminato il periodo di sperimentazione (durato due anni) ed ha inserito l'adeguamento del Codice etico-comportamentale e del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001 tra le "regole" per la gestione del sistema socio sanitario lombardo per il 2007, emettendo le relative "Linee guida regionali per l'adozione del codice etico e dei modelli di organizzazione e controllo delle Aziende Sanitarie Locali e Aziende Ospedaliere". In argomento v. anche G. TONDI, *Enti pubblici economici, enti strumentali di istituzioni territoriali, società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: obbligatorio il MOGC 231*, *ivi*, 2013, n. 4, p. 105 ss.; M. ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 2014, n. 1, p. 115 ss.

incaricato di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento»²³.

Con riferimento alle modalità ed alle tecniche di *drafting*, l'art. 6 comma 3 del Decreto prevede che i modelli organizzativi possano essere adottati «sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati»²⁴. Ispirata ad un'esigenza di uniformità dei modelli organizzativi, la norma postula che le associazioni di categoria siano in grado di interpretare al meglio le istanze del mondo imprenditoriale²⁵, attraverso un'opera di autoregolamentazione riconosciuta alle associazioni rappresentative degli enti.

Resta, peraltro, il fatto che solamente il modello tagliato "su misura" sia idoneo a garantire la società dai rischi "231"²⁶: detto altrimenti, le cc.dd. linee-guida non assicurano alcuna automatica esenzione di responsabilità, essendo demandato al giudice penale la verifica dell'idoneità e dell'efficacia del singolo modello organizzativo, potendo egli rinvenire nel codice di comportamento di categoria esclusivamente un termine di confronto²⁷.

Lo stesso è a dirsi a proposito delle proposte di "certificazione" dei modelli²⁸,

²³ Per quanto riguarda le Leghe, analoga disposizione è contenuta nell'art. 9 comma 5 dello Statuto. In ordine all'efficacia esimente del modello organizzativo rispetto al principio della responsabilità oggettiva per fatti violenti, v. l'art. 13 del Codice di Giustizia Sportiva della F.I.G.C.

²⁴ V., specialmente, B. ASSUMMA, *Il ruolo delle Linee Guida e della best practice nella costruzione del Modello di Organizzazione e di Gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in *Resp. amm. soc.*, 2010, n. 4, p. 193.

²⁵ Così O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 98.

²⁶ Insiste sulla necessità che il modello organizzativo sia costruito tenendo conto delle peculiarità organizzative e gestionali che dipendono dalle dimensioni e dalla natura dell'impresa, nonché dall'attività svolta, P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi* (Atti del Convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002), Cedam, Padova, 2003, p. 55.

²⁷ In questo senso, A. BERNASCONI, Art. 6, cit., p. 166; C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le società*, 2014, p. 475; R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, p. 1032. Sottolinea che le linee guida non hanno il «crisma della incensurabilità, quasi che il giudice [sia] vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati» e che i predetti codici di comportamento altro non sono se non un «paradigma», una «base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere 'calato' nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione», Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, Impregilo, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1430, con nota di A. BERNASCONI, «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi.

²⁸ Cfr. lo schema di d.d.l. il 7 luglio 2010 presentato in un incontro promosso dall'Agenzia di Ricerche e Legislazione (AREL); nonché la p.d.l. C 3640 presentata dall'On. Della Vedova in data 19 luglio 2010. A margine di dette proposte v. G. M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?* in *Cass. pen.*, 2010, p. 4032 ss; S. BARTOLOMUCCI, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Resp. amm. soc.*, 2011, n. 2, p. 47; M. BORTOLOTTI, *D.lgs. 231/2001: quale ruolo per i Modelli Organizzativi certificati?*, *ivi*, 2011, n. 1, p. 177; M. PANSARELLA, *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, *ibidem*, p. 163; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, *ivi*, 2011, n. 3, spec. p. 86; F. MUCCIARELLI,

tendenti ad attribuire efficacia (totalmente o parzialmente) esimente al modello organizzativo redatto secondo regole predeterminate: sicuramente apprezzabili, in considerazione della necessità di creare uno *standard* minimo di adeguamento dei modelli organizzativi, altresì superando i profili di dubbia costituzionalità derivanti dall'inversione dell'onere probatorio, dette proposte non tengono conto della necessità che l'organizzazione aziendale sia oggetto di rivisitazione ad ogni incremento dei reati-presupposto e ad ogni mutamento degli orientamenti giurisprudenziali in materia.

3. *Facta probanda e reati commessi da apici: generalità.*

Ai sensi dell'art. 59 del Decreto la contestazione reca «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova».

Deriva da tanto che i fatti da provare (al di là di ogni ragionevole dubbio²⁹) investono la commissione di uno o più reati-presupposto; la riconducibilità dell'azione o dell'omissione ad un interesse o ad un vantaggio dell'ente³⁰; il *quantum*, infine, di colpa organizzativa, da "misurare" in funzione della tipologia di autore-persona fisica nell'organigramma aziendale.

Peraltro, con specifico riferimento ai reati commessi dagli apici, la colpa organizzativa non si atteggia a fatto costitutivo della responsabilità dell'ente, configurando, piuttosto, una «severa presunzione, che difficilmente si riuscirà a scalfire nel concreto»³¹. Piuttosto, sarà l'assenza di qualsivoglia colpa «a configurarsi come un fatto impeditivo, la cui prova grava interamente sulla difesa che, per schivare la condanna, deve documentare l'adozione di un efficace modello preventivo»³². Detto altrimenti, in palese elusione delle fisiologiche regole in tema di ripartizione dell'onere

Una progettata modifica al d.lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità, in *Le Società*, 2010, p. 1247.

²⁹ In tal senso, P. FERRUA, *Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1845.

³⁰ Prodromica all'accertamento della colpa di organizzazione è la verifica dell'«interesse» o del «vantaggio» che il reato ha apportato all'ente (art. 5 comma 1 del Decreto): se con il primo termine si identifica la condotta delittuosa sotto un profilo soggettivo-finalistico, valutabile secondo una verifica *ex ante*, con riferimento al «vantaggio», lucrabile dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, si deve necessariamente rinviare ad un apprezzamento necessariamente *ex post* (cfr., in tal senso, la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 16). V., in giurisprudenza, Gip Trib. Milano, 20 settembre 2004, n. 30382-03, Irvi Holding e altre, in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 74, nonché in *Foro it.*, 2005, II, c. 528; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo, in *Mass. Uff.*, 232958; Id., Sez. II, 17 marzo 2009, Zaccaria, *ibidem*, 244253 Opera una distinzione tra i due concetti sul piano della dimostrazione probatoria, A. ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D.lg. 231/2001, in *Indice pen.*, 2003, p. 661, la quale propende per un'interpretazione volta a privilegiare l'ascrizione della responsabilità dell'ente tramite il riferimento al «vantaggio». In ordine al rapporto tra i due requisiti, i delitti colposi commessi in violazione della normativa antinfortunistica (art. 25-septies del Decreto) e i reati ambientali (art. 25-undecies del Decreto), v. F. SGUBBI-A. ASTROLOGO, Art. 5, in M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 155 ss.

³¹ Così P. FERRUA, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo - Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*, cit., p. 1846.

³² Ancora P. FERRUA, *loc. ult. cit.*

della prova³³, non sarà l'accusa a dover fornire la prova positiva della colpa organizzativa dell'ente, spettando a quest'ultimo dimostrare il contrario, e cioè l'assenza di responsabilità gestionali e l'adozione di un efficace modello preventivo.

Ed infatti, l'art. 6 del Decreto specifica che, se il reato è stato commesso da un apice, «l'ente non risponde se prova che: a) *l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*; b) *il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*; c) *le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*; d) *non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)*»

Come lucidamente rilevato dalla dottrina più autorevole, l'elenco dei *facta probanda* «appartiene a due piani ben distinti, forzatamente inseriti in un unico contesto»: da un lato, infatti, l'ente deve dimostrare di avere adottato un modello organizzativo e gestionale idoneo a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi e di averne demandato l'efficace attuazione ad un organismo autonomo dotato di poteri di iniziativa e di controllo (art. 6 comma 1 lett. a e b del Decreto); dall'altro lato, invece, esso deve provare sia la mancanza di *culpa in vigilando* da parte dell'organismo di controllo, sia la condotta fraudolenta dell'autore del reato, cui è addebitabile l'elusione delle norme preventive interne (art. 6 comma 1 lett. c e d del Decreto)³⁴.

4. (Segue): adozione, efficace attuazione ed idoneità dei modelli organizzativi.

In via schematica, l'adozione si concretizza nell'approvazione, da parte dell'organo amministrativo, del modello organizzativo; l'efficacia concerne, invece, il concreto funzionamento del medesimo all'interno della realtà aziendale di riferimento; l'idoneità, infine, orienta la fase di adozione del modello ed «attiene alla individuazione dei contenuti salienti del *compliance program*, funzionali ad assicurare, in concre-

³³ Esclude *vulnera* ai principi costituzionali relativi al principio di eguaglianza e all'esercizio del diritto di difesa (art. 3 e 24 Cost.), «perché non si determina alcuna inaccettabile inversione dell'onere della prova nella disciplina che regola la responsabilità dell'ente», dal momento che «grava comunque sull'accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 del decreto n. 231 del 2001 e la carente regolamentazione interna dell'ente, mentre quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria», Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, Scarafia e altro, in *Mass. Uff.*, p. 247666, avallata, più di recente, da Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn ed altri, § 62. Nel senso, invece, che «l'inversione dell'onere della prova in relazione al tipo di responsabilità ascritta agli enti, anche alla luce della Conv. e.d.u. e della giurisprudenza europea e costituzionale, appare coerente con la scelta legislativa di avere creato una responsabilità ibrida (da accertare in sede penale ma con regole speciali che esulano dai principi processuali penali) in cui l'allegazione dell'esimente è rimessa al soggetto che la conosce e intende prospettarla al giudice», G.i.p. Trib. Milano, 27 aprile 2009, X, in *Foro ambrosiano*, 2009, n. 3, p. 359.

³⁴ Così E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 323, il quale evidenzia il carattere congiuntivo dei fatti da provare ai fini dell'esimente, rilevando come la «prova liberatoria delineata dall'art. 6 [sia] costruita ad imbuto. Il grappolo dei fatti sintomatici dell'assenza di colpa nella organizzazione o nella vigilanza rimane imbrigliato nella strettoia della prova positiva in tema di elusione fraudolenta».

to, la prevenzione dei reati»³⁵.

Il procedimento probatorio avente per oggetto tali predicati del modello organizzativo si articola in una serie complessa di sottoprocedimenti: posto, infatti, che non può considerarsi idoneo un modello universalmente valido³⁶, ma solamente quello redatto "su misura", con fare sartoriale³⁷, i *facta probanda* dovranno necessariamente essere parametrati alle peculiari «esigenze» declinate dall'art. 6 comma 2 del Decreto e, segnatamente:

1) all'individuazione delle «attività nel cui ambito possono essere commessi reati»: trattasi della c.d. mappatura del rischio (*risk assessment*), che si concretizza nell'analisi³⁸ del contesto aziendale³⁹ per individuare in quali aree o settori di attività e secondo quali modalità si potrebbero astrattamente verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati dal Decreto⁴⁰. Per «rischio» si intende qualsiasi variabile o fattore che nell'ambito dell'azienda, da solo o in correlazione con altre variabili, possa incidere negativamente sul raggiungimento degli obiettivi indicati dal Decreto stesso⁴¹. In via preliminare, si ritiene che ogni attività compiuta per la costruzione o per il mantenimento del modello debba essere documentata per iscritto. Analogamente è a dirsi per quanto concerne l'effettuazione dei controlli e della supervisione⁴²;

³⁵ Testualmente, A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 89. Rileva C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001) (Parte I)*, cit., p. 379-380, come «[I]e norme, in definitiva, enucleano sommariamente, soltanto lo scheletro del modello. Il problema della sua progettazione [...] e quello della sua 'tenuta' al cospetto del giudice, sono strettamente correlati alla funzione preventiva che è chiamato a svolgere, che si aspetta, perciò, come la 'bussola' che deve costantemente guidare l'elaborazione della sua intelaiatura».

³⁶ Sottolinea efficacemente A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., p. 68, che «non esiste "il" modello. Settori merceologici differenti e soglie dimensionali dell'impresa sono i fattori che danno conto dell'impossibilità di pensare ed elaborare un pattern universalmente valido».

³⁷ Così T.E. ROMOLOTTI, *Modelli organizzativi e soluzioni applicative*, in L.D. CERQUA (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Halley, Matelica, 2006, p. 267.

³⁸ V. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 93, ove si sottolinea l'impeccabilità di una «sinergia fondata sulla multidisciplinarietà delle competenze; la *gap analysis* è un'attività che richiede una integrazione costante di plurime e specifiche professionalità».

³⁹ Ivi compresa l'analisi storica di «eventuali precedenti giudiziari dell'ente imprescindibile per potere individuare i reati che con maggiore facilità possono essere realizzati, nonché le loro modalità attuative»: così B. ASSUMMA-M. LEI, Art. 6, in M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014. In giurisprudenza v. Gip Trib. Milano, 20 settembre 2004, Irvi Holding e altre, cit.

⁴⁰ Con riferimento specifico alle attività di *risk assessment*, v. A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., p. 71-72; P. IELO, *Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, n. 1, p. 109; C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 181 ss.; A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 100 ss.

⁴¹ Testualmente, CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, approvate il 7 marzo 2002 (aggiornate al marzo 2014), p. 28.

⁴² In questo senso A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., p. 77, il quale specifica come «[I]a progettazione del sistema di controllo non si esaurisce in una procedura *tantum* ma richiede un *continuum* applicativo il cui parametro di riferimento è l'efficacia preventiva (dei fattori di rischio e, quindi dei reati); il processo di *risk management* (dalla mappatura dei processi, all'analisi del sistema di controllo preventivo, alla valutazione dei rischi residui, fino alla configurazione dei protocol-

2) alla previsione di «specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire»: trattasi del processo di creazione o di adeguamento del sistema interno dell'ente per la prevenzione dei reati (*risk management*), finalizzato a ridurre ad un livello accettabile i rischi individuati⁴³. In tale ambito, costituirà oggetto di prova l'esistenza di un sistema organizzativo formalizzato e chiaro, ispirato alla separazione dei ruoli e delle funzioni⁴⁴, necessaria per definire compiutamente le varie attribuzioni di responsabilità e le linee di dipendenza gerarchica; alla regolamentazione delle attività a rischio reato ed alla tracciabilità delle fasi decisionali nelle quali possono insorgere i reati-presupposto;

3) all'individuazione di «modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati». Tali modalità costituiscono una specificazione del punto 2), nel senso che si tratta di procedure riguardanti i flussi finanziari, le quali devono ispirarsi ai canoni della verificabilità, trasparenza e pertinenza all'attività aziendale⁴⁵;

4) alla previsione di «obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli» anticipando, ma solo per il momento, quanto costituirà oggetto di maggiore approfondimento, il riferimento corre alla prova dell'effettività dei flussi informativi nei confronti dell'organismo di vigilanza;

5) all'introduzione ed all'adeguata divulgazione di «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello»⁴⁶: trattasi della creazione di un meccanismo funzionale a garantire l'efficacia del modello stesso⁴⁷. Il sistema disciplinare, infatti, deve sanzionare gli apici, i dipendenti ed i collaboratori esterni della società, i quali pongano in essere violazioni del modello organizzativo.

Con riferimento ai contenuti della discrezionalità giudiziale, si ritiene che il giudi-

li) richiede costante consulenza e supervisione; esso si reitera, altresì, in occasione dell'apertura di nuove sedi, di acquisizioni e di riorganizzazioni, di allargamento di attività dell'impresa».

⁴³ Ancora CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 28, ove si specifica come, sotto il profilo concettuale, «ridurre un rischio comporta di dover intervenire - congiuntamente o disgiuntamente - su due fattori determinanti: i) la probabilità di accadimento dell'evento e ii) l'impatto dell'evento stesso».

⁴⁴ V. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 97: «autorizzazione, esecuzione e controllo sono attività che non possono concentrarsi in capo alla stessa persona; questo è un principio di controllo fondamentale, a cui fa da completamento la contrapposizione di funzioni: (l'esecutore non coincide con chi autorizza: costoro, a loro volta, sono monitorati da un controllore terzo)».

⁴⁵ Così A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 98. Insiste sulla necessità che il modello organizzativo debba porre particolare attenzione ai meccanismi di creazione di fondi extra-contabili, alle modalità di redazione dei bilanci, ai meccanismi di fatturazione intergruppo e agli spostamenti di liquidità da una società all'altra del gruppo, Gip Trib. Milano, 20 settembre 2004, Irvi Holding e altre, cit. Per converso, è stato considerato non idoneo il modello organizzativo che non prevedeva strumenti idonei ad individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti (conti correnti riservati all'estero, utilizzazione di intermediari esteri, ecc.): Trib. Milano, 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 269.

⁴⁶ Al fine di rendere effettivo il meccanismo disciplinare, è necessario creare un efficace sistema di rilevamento delle violazioni (c.d. sistema *Whistle Blower*), anche in forma anonima.

⁴⁷ Gip Trib. Bari, 18 aprile 2005, in www.rivista231.it, ha ritenuto inidoneo il modello organizzativo che non conteneva alcun sistema disciplinare, limitandosi a prevedere che i comportamenti tenuti in violazione della normativa sarebbero stati sanzionati dalla legge penale o amministrativa.

zio di idoneità debba essere formulato «in concreto»⁴⁸: in particolare, seguendo le indicazioni della giurisprudenza di merito meneghina⁴⁹, il modello organizzativo deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esauritiva e non meramente ripetitiva del dato normativo; deve prevedere che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale; deve prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'Organismo di Vigilanza (s'ora in poi: OdV) la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile; deve differenziare tra attività rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza e ai preposti al controllo interno; deve prevedere i contenuti dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi; deve prevedere espressamente la comminazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che per negligenza o imperizia, non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni e reati; deve prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersioni di precedenti violazioni, elevato *turn-over* del personale); deve prevedere periodici controlli di *routine* e controlli a sorpresa nei confronti delle attività aziendali sensibili; deve prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori di società di riferire all'OdV notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione dei reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'OdV; deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

5. (Segue): l'organismo di vigilanza

Cartina di tornasole per vagliare l'efficace attuazione del modello organizzativo⁵⁰, l'OdV⁵¹ rileva, quale oggetto di prova, sia in riferimento al concreto esercizio dei poteri di iniziativa e di controllo (art. 6 comma 1 lett. b del Decreto)⁵², sia in relazione all'effettiva ricezione dei c.d. flussi informativi da parte dei destinatari del modello stesso. Come in precedenza accennato, infatti, ricade sempre sull'ente l'onere di provare che l'attività di controllo dell'OdV non ha patito omissioni o insufficienze (art. 6 comma 1 lett. d del Decreto).

Nella prima prospettiva, stando ai requisiti individuati da Confindustria, l'ente deve provare, innanzitutto, l'*indipendenza* dell'OdV, nel senso che i suoi componenti non devono evidenziare conflitti di interessi con la *societas*, né appartenere ai vertici

⁴⁸ Cfr. Gip Trib. Milano, 8 gennaio 2010, X. in *Foro ambr.*, 2010, 350.

⁴⁹ Sul c.d. decalogo 231 v. M. ARENA, *Il decalogo 231 del Tribunale di Milano*, in www.reatisocietari.it.

⁵⁰ Evidenzia con efficacia C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 159, «il peculiare ruolo (funzionalmente) trasversale rivestito dall'Organismo di Vigilanza, che funge da elemento di saldatura tra la Parte generale e la Parte Speciale del modello».

⁵¹ V. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 141 ss.

⁵² Tra i quali si segnala particolarmente l'obbligo di «vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento».

della medesima⁵³. In tale prospettiva, nel caso di struttura collegiale dell'organo, sarà da scartare un OdV a composizione esclusivamente interna, ovvero un OdV che annoveri al suo interno componenti del collegio sindacale oppure un membro del consiglio di amministrazione (anche sprovvisto di deleghe) o del comitato di controllo interno⁵⁴ ovvero, ancora, un soggetto che svolga funzioni direttive in aree coinvolte dal rischio-reato⁵⁵.

Del pari, l'ente sarà tenuto a provare l'*autonomia* e la *professionalità* dell'OdV: se il primo requisito garantisce l'effettività dei poteri di ispezione e vigilanza⁵⁶, il secondo postula specifiche competenze (in diritto penale, societario, industriale, tributario, ambientale, del lavoro, ecc.), assicurate anche attraverso il ricorso a consulenze esterne⁵⁷.

Anche la *continuità d'azione*, che si manifesta attraverso una costante interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società, costituisce oggetto di prova: a tal riguardo, un indice rilevante è costituito dall'esistenza di un *budget* di spesa adeguato a disposizione dell'OdV per audit, formazione e consulenze.

Con riferimento, invece, agli elementi richiesti dall'art. 6 comma 1 lett. d) del Decreto, costituiscono oggetto di prova: a) le informazioni e comunicazioni (c.d. flussi informativi) verso l'OdV; b) quelle provenienti dall'OdV verso il vertice aziendale; c) l'effettività dell'esercizio dei poteri ispettivi e di vigilanza; d) le attività di informazione e di formazione sui contenuti del modello e del codice etico⁵⁸.

I poteri di vigilanza sono strettamente correlati alla piattaforma cognitiva a di-

⁵³ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 56 ss.

⁵⁴ V., però, l'art. 4-bis l. 12 novembre 2011, n. 183, per il quale nelle società di capitali «il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza». Nel senso che si tratti di «*norma invalida*», in contrasto con l'art. 239 comma 1 lett. c) c.c., cfr. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 149.

⁵⁵ Nel senso che l'OdV non debba «avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche», v. Gip Trib. Roma, 4 aprile 2003, in www.rivista231.it. La giurisprudenza ha, inoltre, valutato negativamente il modello organizzativo che attribuisca al dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza il ruolo di membro dell'OdV, deputato a vigilare efficacemente sull'adozione delle misure organizzative volte a prevenire infortuni sul lavoro: il fatto che il soggetto operi in settori oggetto della attività di controllo dell'OdV esclude qualsiasi autonomia di quest'ultimo. Il soggetto sarebbe chiamato a essere «giudice di se stesso», per di più dotato di poteri disciplinari (cfr. Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, *ibidem*). In ordine all'idoneità dell'*internal auditing* a comporre l'OdV si registrano disorientamenti: in senso negativo v. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 143. Contra, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)* (Parte I), cit., p. 393.

⁵⁶ Gip Trib. Milano, 20 settembre 2004, Irvi Holding e altre, cit., opera riferimento - a titolo esemplificativo - al campionamento statistico; alle tecniche di analisi, valutazione e contenimento dei rischi, (procedure autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.); al *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza; alla elaborazione e valutazione dei questionari; alle metodologie per l'individuazione di frodi.

⁵⁷ Secondo Trib. Napoli, 26 giugno 2007, www.rivista231.it, non è sufficiente un generico rinvio al *curriculum vitae* dei singoli componenti: il modello organizzativo deve esigere che i membri dell'OdV abbiano competenze in «attività ispettiva, consulenziale, ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati».

⁵⁸ Cfr. C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 163 s.; A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 119 ss. Con riferimento specifico alla formazione, v. P. GHINI, *La formazione sul modello 231: contenuti e metodi per garantire effettività e concretezza*, in *Resp. amm. soc.*, 2015, n. 2, p. 295.

sposizione dell'OdV: com'è stato opportunamente rimarcato⁵⁹, «solo grazie ad una corretta disciplina dei flussi informativi tra esso e i soggetti controllati», con particolare riferimento alle informazioni ed alle segnalazioni trasmessegli per il monitoraggio dei rischi di illecito e l'indicazione di anomalie e/o criticità⁶⁰, è possibile rimuovere i problemi, adottando gli opportuni provvedimenti ed eventualmente i procedimenti disciplinari.

6. (Segue): l'elusione fraudolenta del modello

Nel prevedere che sull'ente ricada l'onere di dimostrare che i propri apici hanno eluso «fraudolentemente»⁶¹ il modello organizzativo, l'art. 6 comma 1 lett. c del Decreto evidenzia il «passaggio più impervio»⁶² della *probatio diabolica* onerante la società, la quale deve fornire la dimostrazione degli inganni e dei raggiri posti in essere dagli apici per commettere un reato nell'interesse o a vantaggio della stessa.

Sulla scorta dell'orientamento emerso nell'ambito del settore bancario, volto a confutare l'identificazione dell'avverbio con il mero «aggiramento volontario delle regole aziendali»⁶³, la più recente giurisprudenza⁶⁴, escludendo che la condotta fraudolenta possa «consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello», ha precisato che, pur non dovendo necessariamente coincidere con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., essa non può non consistere «in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola. La *fraus legi facta* di romanistica memoria, ad es., comportava la strumentalizzazione di un negozio formalmente lecito, allo scopo di eludere un divieto di legge. Si tratta, insomma, di una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della

⁵⁹ V. A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., p. 972.

⁶⁰ In questo senso P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 166, il quale specifica che i compiti di vigilanza riguardano i «processi dei rischi di reato specifici per la gestione» dell'impresa, i «controlli di linea appositamente istituiti», l'impegno «all'attività di controllo dei responsabili delle diverse aree funzionali», il rispetto dei protocolli adottati, l'adeguatezza della «strumentazione di supporto e del modello organizzativo nel suo complesso», la «revisione del modello stesso, una volta riscontratane l'obsolescenza».

⁶¹ Suola portata dell'avverbio v. C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «assistita» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in Soc., 2010, p. 481 ss.; nonché, più di recente, T. GUERINI, *L'efficacia esimente del Modello organizzativo tra realtà e utopia*, in Resp. amm. soc., 2014, n. 3, p. 91. Con riferimento specifico ai delitti colposi, v. L. CORDOVANA, *L'elusione fraudolenta del sistema aziendale di gestione della sicurezza sul lavoro*, ivi, 2012, n. 4, p. 111.

⁶² Così A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in Enc. dir., Annali, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 972.

⁶³ N tal senso, ABI, *Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, ed. febbraio 2004, 17, ove si sottolineava che «l'elusione fraudolenta non si esaurisce in un aggiramento volontario delle regole aziendali; essa presuppone la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente ed artatamente volta alla elusione del precetto». Va dato atto che nella più recente versione, le menzionate *Linee Guida* nulla prevedono in parte qua.

⁶⁴ Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, Impregilo, cit., a margine della quale v. A. BERNASCONI, «Razionalità e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, cit.; C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo "de profundis"?*, in Le Società, 2014, p. 469; L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggravi ed «elusione fraudolenta» del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo, 3 marzo 2015.

stessa».

Nel ribaltare le conclusioni cui erano pervenuti i giudici di merito⁶⁵, i quali limitavano «l'onus probandi dell'imputato-ente alla sola "intenzionalità/conscietà" dell'elusione di un modello valido da parte dell'autore-persona fisica del reato-presupposto», le Sezioni Unite della Corte di cassazione delineano un impegno probatorio «ciclopico», dovendosi provare, nel caso di reato commesso dai vertici, «sia l'esistenza di concreti comportamenti, diversi dalla condotta delittuosa tipica, specificamente orientati all'elusione del modello organizzativo, sia il nesso di causalità fra la condotta elusiva e la neutralizzazione del presidio cautelare»⁶⁶.

7. (Segue): il modello postumo

Sebbene l'efficacia esimente del modello organizzativo sia subordinata alla circostanza che esso venga adottato ed efficacemente attuato «prima della commissione del fatto» (artt. 6 comma 1 lett. a; 7 comma 2 del Decreto), la normativa riconosce taluni effetti premiali al modello *post factum*, incentivandone l'adozione nella pendenza del procedimento *contra societatem*.

Il riferimento corre, innanzi tutto, all'art. 12 comma 2 lett. b) del Decreto, laddove si impone la riduzione da un terzo alla metà⁶⁷ della sanzione pecuniaria se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente «ha adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

In analoga prospettiva si colloca l'art. 17 del Decreto, il quale sconsiglia l'applicazione delle sanzioni interdittive «quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado [...], 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».

A sua volta, l'art. 17 costituisce norma di riferimento per altre disposizioni volte ad introdurre un trattamento di favore per l'ente *compliant*: sul versante cautelare, infatti, il collegamento genetico sussistente tra gli artt. 9, 45 e 50 del Decreto vale ad escludere che possano essere disposte misure cautelari ontologicamente diverse dalla sanzione definitiva irrogabile⁶⁸. Ma anche con riguardo alla commisurazione della pena «per quote», l'adozione del modello «postumo» riveste un'importanza

⁶⁵ Cfr. Gip Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo, in *Le Società*, 2010, p. 473, con nota adesiva di C.E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei "vertici": una sentenza "apripista"*; App. Milano, 21 marzo 2012, Impregilo, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2012, con nota di L. SANTANGELO, *La Corte d'Appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. n. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*.

⁶⁶ Così C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo "de profundis"?*, cit., p. 469.

⁶⁷ Ulteriormente riducibile dalla metà ai due terzi se l'ente ha altresì «risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso».

⁶⁸ Cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, Castelli, in *Giur. it.*, 2012, p. 2638; Id., Sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, a margine della quale A. BITONTI, *Sulla emissione di misure interdittive in via cautelare contro gli enti*, in *Giur. it.*, 2008, p. 467.

particolare, giocando un ruolo di rilievo sia nel momento di individuazione in concreto di ogni singola quota, sia quale elemento legittimante la riduzione sanzionatoria.

Invero, il giudice è chiamato a stabilire il numero di quote da applicare nel caso concreto, «tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti» (art. 11 comma 1 del Decreto). Successivamente, il medesimo giudice stabilisce la misura di ogni quota (oscillante tra un minimo di euro 258,00 ed un massimo di euro 1.549,00), «sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione» (artt. 10 comma 3 e 11 comma 2 del Decreto).

La confisca del profitto, al contrario, è «comunque» disposta (art. 6 comma 5 del Decreto), anche nella forma per equivalente, indipendentemente dalla circostanza che un modello organizzativo sia stato adottato ed efficacemente attuato dalla persona giuridica. Pertanto, anche qualora la *societas* rimanga immune dall'irrogazione delle altre sanzioni, l'operatività della confisca tenderà a compensare l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto⁶⁹.

8. Reato commesso da sottoposti e onere della prova

Nel disciplinare l'ipotesi in cui il reato presupposto sia commesso dal dipendente, l'art. 7 comma 1 del Decreto addebita la responsabilità all'ente se la realizzazione del fatto è stata resa possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione o di vigilanza. In tale ipotesi, a differenza di quanto avviene per i reati commessi dagli apici, l'onere probatorio ricade sull'accusa, secondo le coordinate tipiche del codice di rito. In tale prospettiva, l'affermazione della colpevolezza della *societas* richiederà non solamente la dimostrazione dell'imputazione oggettiva (reato commesso nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica), ma altresì quella soggettiva, cioè a dire l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza⁷⁰.

A differenza di quanto avviene in riferimento ai reati commessi dagli apici, le situazioni di dubbio legittimeranno, ai sensi dell'art. 66 del Decreto, una sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova dell'illecito amministrativo.

L'art. 7 comma 2 del Decreto specifica che, in ogni caso, «è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

In dottrina è stato sostenuto che il “modello” delineato dall'art. 7 costituirebbe una versione “semplificata” rispetto al paradigma delineato dall'art. 6 del Decreto⁷¹. In particolare, con riferimento al criterio dell'«efficace attuazione», l'art. 7 comma 4 del Decreto si limita, da un lato, a prescrivere la «verifica periodica e l'eventuale

⁶⁹ Così A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 89.

⁷⁰ Così A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., p. 973-974.

⁷¹ Cfr. E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 328. In prospettiva differenziata v., però, A. BERNASCONI, *Art. 6*, cit., p. 166.

modifica [...] quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività», imponendo, dall'altro lato, la creazione di «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello». A ciò si aggiunga, come si è già detto, l'inoperatività dell'inversione dell'onere probatorio caratterizzante l'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dagli apici.

Resta comunque inteso che, anche in tale ipotesi, non sarà sufficiente la mera dimostrazione di modelli “di carta”, imponendosi, al contrario, che la virtuosa organizzazione dell'ente sia provata attraverso le rigorose scadenze descritte.