

ALLA RICERCA DEL GRAAL: IL “MODELLO 231”
*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche
ed altre ancora*

1. A distanza di circa otto anni dall'entrata in vigore, il d. lgs. n. 231/2001 («Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300») ha raggiunto i suoi scopi?

Ogni norma istitutiva di sanzioni si pone finalità repressive e preventive, ma nel d. lgs. n. 231/2001, le seconde prevalgono nettamente sulle prime.

Il fulcro del decreto è infatti rappresentato dagli art. 6 e 7, che esonerano da responsabilità l'ente che abbia, prima della commissione dei reati, adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (l'articolo indeterminato singolare è nell'art. 7, mentre nell'art. 6 si usa il plurale indeterminato “modelli”; il termine controllo come predicativo del modello è impiegato nell'art. 7, mentre l'art. 6 istituzionalizza il controllo in un organismo dotato di autonomi poteri).

Tralasciando le differenze letterali e le loro eventuali implicazioni normative (ma l'*elocutio* del nostro legislatore non è raffinata al punto che l'interprete debba rilevare queste differenze attribuendo loro un significato pensato e voluto), è un dato di fatto che gli enti esposti alle sanzioni istituite dal decreto, nel tempo progressivamente arricchito di nuove ipotesi (gli articoli 24 e 25, che catalogano i reati produttivi di responsabilità anche in capo all'ente hanno già rispettivamente un *bis* e un *octies*), si sono adoperati per adottare il “modello organizzativo”, opportunamente dotato dell'“OdV”, dell'organo di vigilanza. Questa attività ha coinvolto maggiormente (o quasi esclusivamente) le società di capitali di grandi dimensioni e quasi per nulla altri soggetti, come le medio-piccole imprese costituite in forma societaria e le associazioni, del tutto equiparate alle prime nella disciplina del decreto.

Intorno al decreto si è sviluppata una letteratura imponente ed una convegnistica altrettanto cospicua; le scuole civilistiche e penalistiche si sono disputate il territorio, ma le seconde, destinate ad essere impegnate nel lavoro di *agere* per la difesa hanno prevalso anche nel *cavere e respondere*.

È fiorito anche un fruttuoso *business*: quello della fornitura di modelli organizzativi acconci all'ente, preceduta da una analisi dei bisogni e seguita da una manutenzione del modello, anche attraverso la partecipazione all'OdV e specifici programmi di *audit*.

È esperienza di chi abbia avuto occasione di occuparsi di questi problemi

che, specialmente nelle società di ampie dimensioni, ci si avviluppi, non senza contraddizioni, in un sistema di deleghe, più formali che reali, dal vertice verso i gradini inferiori dell'organizzazione (con lo scopo di proteggere i vertici esponendo la frazione medio-bassa della gerarchia); di santimoniosi codici etici; di protocolli procedurali costituiti da documenti da esibire nel momento opportuno; di organi di vigilanza il cui primario, benché tacito, mandato è quello di non disturbare ma di produrre carta in quantità.

Il decreto non ha istituito sistemi di certificazione esonerativa (vi è una timida "presunzione di idoneità" nei modelli conformi a certe linee guida nella materia della sicurezza sul lavoro, di cui parleremo tra breve) e, perciò, va addebitata alla perfidia del legislatore la circostanza che l'idoneità dei modelli possa essere valutata solo *post factum*, vale a dire dopo che, aperto un procedimento penale per i reati contemplati dal decreto, anche l'ente venga indagato per l'accertamento della responsabilità sua propria ed opponga l'esistenza del modello come esimente.

2. Non pare che in questi otto anni il livello di criminalità al quale contribuiscono i reati contemplati dal decreto sia diminuito, né che l'adozione dei modelli abbia impedito la commissione di reati. Certo, una statistica di efficaci "impedimenti" di reati ad opera dei protocolli costitutivi dei modelli organizzativi e degli interventi degli OdV è pressoché impossibile da realizzare; ma non constano neppure, peraltro, reati (commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente) accertati da qualche OdV, che siano stati da quest'ultimo denunciati all'autorità giudiziaria (non è un obbligo dell'OdV, si dirà, ma come la mettiamo con il reato di favoreggiamento? e comunque un obbligo positivo e penalmente sanzionato di comunicazione è stato introdotto dal d. lgs. n. 231/2007 in materia di antiriciclaggio). In otto anni ne avremmo avuto qualche sentore.

In questi otto anni abbiamo assistito anche a un buon numero di procedimenti aperti, ma non si è creata una giurisprudenza che consenta di delineare, con una certa tranquillità, le caratteristiche di un modello idoneo. Molto si è risolto, se di risoluzione si tratta, in sede di indagini preliminari e di sanzione applicata su richiesta, spesso allo scopo prevalente di evitare misure cautelari interdittive, dopo che, ma sempre nell'ambito di tale fase preliminare, era stata constatata l'inidoneità del modello precedentemente adottato; ed anche l'idoneità di quello successivamente introdotto per operoso ravvedimento, accertata talora da consulenti del Pubblico Ministero al fine di dare il consenso all'applicazione della sanzione su richiesta, non è tale da garantire che, nel caso di successiva commissione di reati - non si può escludere di specie del tutto diversa da quella che aveva dato origine al procedimento - il modello regga. Tale modo di procedere ha suscitato talora l'impressione che il decreto legislativo n.

231/2001 abbia recato, come effetto prevalente, forse non voluto, ma certo non accolto con disfavore *ex parte principis*, anziché la prevenzione di determinati reati, quello di una forma di prestazione patrimoniale imposta, impressione confortata dalla circostanza che, talora, il procedimento per l'applicazione della sanzione amministrativa prende un'accelerazione maggiore del procedimento penale sul quale s'innesta e, raggiunto il *deal* sulla sanzione amministrativa, il procedimento penale finisce per arenarsi nelle secche della procedura e della postergazione a *majora prementia*.

Sappiamo insomma abbastanza quali caratteristiche rendano un modello inidoneo, ma non abbiamo esempi sicuri di modelli idonei.

Molti - mi riferisco naturalmente alle organizzazioni non rivolte istituzionalmente al delitto - fiduciosi nel modesto livello di propensione al crimine dei membri della propria organizzazione, apicali o non apicali che siano, si stanno chiedendo se i costi di realizzazione e manutenzione di un modello organizzativo, dell'OdV e dei programmi di *audit*, tenuto conto dell'elevata probabilità che tali strumenti (benché acquistati a caro prezzo presso società di consulenza specializzate: l'esperienza dimostra che quelli fatti in casa sono predestinati ad una fine ingloriosa), messi alla prova, siano trovati inidonei, valgano il rischio rappresentato dal non avere alcun modello (la cui adozione resta, nel sistema attuale, un onere, ma non un obbligo, tranne, come parrebbe dal testo, per quelli in materia di sicurezza del lavoro).

Su un piano meno serio, ci si sottopone al modello come ad uno dei tanti inevitabili adempimenti burocratici, un elemento decorativo necessario, purché le operazioni non vengano intralciate più di tanto.

Il modello organizzativo è sì uno strumento salvifico, ma irraggiungibile, come il Graal.

3. Forse ci si deve chiedere se l'applicazione che si è fatta del decreto legislativo sia corretta.

Uno studioso acuto qual è Galgano⁽¹⁾ (studioso però di diritto civile e quindi alquanto *déplacé* in una sfera in cui dominano le scuole penalistiche) ha messo in luce la fallacia antropocentrica prevalsa nell'applicazione concreta del decreto. In ossequio a un principio la cui espressione in lingua latina gli attribuisce falsamente antichità e autorevolezza (mentre Bartolo aveva affermato l'esatto opposto) si continua ad escludere la possibilità che *societas delinquere possit*; a negare che la responsabilità sancita dal decreto legislativo sia di natura penale; a

(1) Mi riferisco alla più recente edizione di Galgano, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2006.

rifuggire dalla constatazione che il criterio d'imputazione prescinde dal dolo e dalla colpa (anche quella, di invenzione dottrinale, definita "organizzativa"), ma è invece oggettivo e costituito dall'interesse dell'ente al quale è rivolta la commissione del reato o dal vantaggio oggettivamente conseguito dall'ente; che, come in ogni fattispecie costitutiva di responsabilità, è centrale il tema della prova del nesso di causalità che colleghi il soggetto responsabile all'evento; infine, a concludere che, nel caso dell'art. 6, a differenza del caso contemplato nell'articolo successivo, vi è una presunzione della sussistenza del nesso di causalità.

Ci si è dimenticati di osservare (ma anche ciò è frutto della fallacia antropocentrica e del rifiuto di considerare i delitti commessi nell'interesse dell'ente come *corporate crimes*) che la prova liberatoria del cui onere è gravato l'ente, contemplata nell'art. 6 del decreto, non è esclusiva. Se il decreto legislativo configura una responsabilità penale dell'ente, attribuendogli oggettivamente i reati in esso contemplati, quando siano commessi da determinate persone nel suo interesse o rechino vantaggio all'ente, costituirà prova liberatoria la dimostrazione che l'ente non vi ha dato causa. Nell'ipotesi dell'art. 6 il punto cruciale della prova è costituito non dalla presenza del modello, ma dall'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione, la cui sola presenza, nell'ipotesi dell'art. 7, esclude invece la responsabilità. Nell'ipotesi dell'art. 6, ciò che è richiesto a titolo di esimente è che il *modus operandi* della persona fisica che ha commesso il reato si accresca di un elemento ulteriore rispetto alla condotta tipizzata nella fattispecie criminosa: il superamento, in modo fraudolento, di un ostacolo alla commissione del reato contenuto nell'organizzazione dell'ente. Questo intento è compatibile anche con l'elemento psicologico colposo dei reati contro la persona, recentemente aggiunti alla lista dal testo unico in materia di sicurezza sul lavoro, giacché la violazione delle norme di sicurezza che integra la colpa di tali reati può ben associarsi, senza che il reato contro la persona trasmodi nel dolo, con l'intenzionale volontà di giovare all'ente in cui si opera. La condotta fraudolentemente elusiva è anche la misura dell'idoneità del modello: è inidonea a impedire la commissione del reato l'organizzazione che permette patenti violazioni della legge penale (cioè non frapone ostacoli); è invece idonea quella in cui la commissione del reato è resa possibile solo da una messa in scena che fornisca un'apparente adesione alle regole organizzative dissimulandone la violazione.

4. Ma in questa prospettiva il modello non è quella sovrastruttura che viene comunemente intesa nella pratica, con vere e proprie aberrazioni, che vorrebbero, ad esempio, un sistema di sanzioni disciplinari per gli amministratori e sindaci, anche questi sottoposti al controllo dell'organismo di vigilanza *ad hoc*; una sovrastruttura che, a ben vedere, finisce per deresponsabilizzare gli organi

ordinari e creare opacità anziché trasparenza. Il decreto legislativo si applica ad una platea talmente vasta di enti (dall'associazione del bridge regolata dagli accordi degli associati e che non ha obblighi di tenuta e controllo della contabilità, alla *public company* multinazionale quotata nei mercati regolamentati la cui propaggine italiana è talora una società per azioni eterodiretta i cui organi sociali rispondono, in qualità di lavoratori subordinati, ai dirigenti della *business unit* globale in cui la società è collocata) che non si può pensare che le indicazioni contenute negli art. 6 e 7 siano qualche cosa di più che esemplificazioni appunto di un modello. Il modello non è qualche cosa che si sovrappone alla struttura dell'ente, ma è una traccia legale su cui l'ente deve modulare la propria organizzazione: è l'ente stesso, considerato nella sua struttura e nelle sue modalità di funzionamento.

Se, poi, la struttura dell'ente quale essa è imposta dalla legge o da altri strumenti normativi, anche se adottati su base volontaria, già prevede modalità organizzative ed organi investiti di poteri e doveri di controllo, non si vede perché essi non possano essere identificati come OdV includibili nella fattispecie legale contemplata dal d. lgs. n. 231/2001. Modello e OdV non debbono necessariamente intendersi al singolare. Se l'uno e l'altro servono ad interrompere il nesso causale tra l'agire dell'ente e il reato, in organizzazioni complesse acquisirà rilevanza la modalità organizzativa del settore in cui la persona fisica autrice del reato opera e il sistema di controlli specifico al quale è soggetta.

Una indicazione normativa in tal senso mi pare venga proprio dalla recente acquisizione al sistema del decreto legislativo n. 231/2001 della materia infortunistica ad opera del d. lgs. n. 81/2008. Il modello di organizzazione e di gestione indicato nell'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 e descritto nelle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o nel British Standard OHSAS 18001:2007 ivi richiamate non è una "parte speciale" del "modello-Graal" del d. lgs. n. 231/2001, ma il modo concreto con il quale l'ente si organizza allo scopo della prevenzione degli infortuni sul lavoro. Un modello che non ha nulla a che vedere con quello ipotizzato per prevenire, ad esempio, i reati contro la pubblica amministrazione. I reati che hanno la loro matrice in infortuni sul lavoro sono - per parafrasare l'Apostolo - peccati che si commettono contro il proprio corpo e non fuori dal corpo. Il modello gestionale preventivo degli infortuni è il versante organizzativo della effettiva prevenzione tecnica; sarebbe un annacquamento farne una appendice del modello-Graal inserendo magari nell'OdV un ingegnere.

5. Non è questa la sede per ulteriori approfondimenti sul piano interpretativo. Ma non può essere taciuto il disagio professionale di chi si trova a dover dare consigli in materia o, peggio, si sente proporre di far parte di OdV. Chi chiede

consigli sul modo migliore di organizzare il modello è generalmente animato dal proposito di proteggere l'ente del quale ha la responsabilità direttiva dal rischio di sanzioni nel caso in cui qualcuno dei soggetti menzionati negli art. 6 e 7 del decreto legislativo delinquano. Già questo è un proposito alquanto viziato. Il proposito primario dovrebbe essere quello di evitare che reati abbiano a compiersi, di scoraggiarne quanto meno la commissione evitando soprattutto il sorgere e il radicarsi della falsa rappresentazione del reato commesso nell'interesse dell'ente e senza tornaconto personale come valore sociale di sacrificio per la causa. Se questo fosse il proposito, quello dell'avvocato sarebbe l'indirizzo sbagliato, poiché non vi sarebbe necessità di responsi o cautele legali. Non è raro poi il caso in cui nel proposito protettivo dell'ente sia possibile riconoscere, benché dissimulato, l'intento di proteggere anche una certa "libertà di movimento", contrabbandata come necessità vitale di agire in un mercato competitivo non gravandosi di "lacci e laccioli". Ancor più sbagliato l'indirizzo dell'avvocato.

Forse bisogna dichiarare la resa e dire che il Graal è qualcosa che sempre si deve ricercare e che la virtù consiste appunto nella *quête* dell'inattuabile meta.

Ma *oportet ut scandala eveniant* e, nonostante le migliori intenzioni, la devianza è sempre in agguato. L'emergere della devianza rilevante per l'applicazione del decreto legislativo n. 231/2001 recherà con sé problemi non solo sul versante specifico dell'applicazione delle sanzioni amministrative, ma anche, in modo interconnesso e talora reciprocamente contraddittorio, su altri versanti, come quello della disciplina del rapporto di lavoro con gli autori del reato (che il modello richiede siano puniti inesorabilmente, ma la legislazione sul lavoro e l'applicazione corrente che se ne fa guarda con maggiore benevolenza) e quello fiscale e, *si scandalum evenit*, ciò verrà interpretato, nel modo corrente di intendere il decreto, come segno ineludibile della inidoneità del modello, per quanto costosa ed autorevole ne sia stata la fonte.

Probabilmente la soluzione più efficiente, perché escludente costi di transazione, era quella di stabilire una responsabilità oggettiva senza esimenti codificate, almeno per gli enti esercenti attività d'impresa (ambito del resto nel quale il decreto ha trovato finora applicazione), come espressione del rischio tipico (che ben può includere sia il dipendente infedele che quello delinquente).

L'avvocato chiamato in soccorso farà del suo meglio per difendere chi ricorre alla sua opera. Ma, per come oggi è inteso e applicato il decreto legislativo n. 231/2001, temo che i modelli "in comune commercio", con tutto il loro apparato di protocolli e codici etici, siano un ostacolo più che un aiuto.

Carlo A. Piria
Avvocato in Milano