



CIRCOLARE N. 26/IR DEL 10 NOVEMBRE 2011

**L'ADOZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE EX D.LGS. N. 231/2001
TRA OBBLIGO E OPPORTUNITÀ**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le caratteristiche e la funzione esimente dei modelli organizzativi. – 2.1. Modelli per la prevenzione dei reati commessi da soggetti in posizione apicale. – 2.2. Modelli per la prevenzione dei reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione. – 3. Le conseguenze della mancata adozione dei modelli organizzativi. Profili di responsabilità degli amministratori. – 4. Le condizioni per il riconoscimento della validità esimente del modello 231. – 5. Il modello 231 quale opportunità di controllo volontario del rischio tra *corporate governance* e *risk management*. – 6. Casi di intervenuta obbligatorietà del modello organizzativo *ex* D.Lgs. n. 231/2001. – 7. Conclusioni.



1. Premessa

La responsabilità da reato delle imprese ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹ continua a costituire un tema di estrema attualità, atteso che il catalogo degli illeciti che ne determinano l'insorgere è stato oggetto di un costante e progressivo ampliamento nel corso degli anni successivi alla prima emanazione della norma.

Anche la crescente attenzione da parte della giurisprudenza ha contribuito ad alimentare il dibattito in merito all'efficienza del sistema dei modelli organizzativi previsti per la prevenzione dei reati e, più in generale, allo stato di attuazione di questa normativa da parte dei soggetti interessati.

Da ultimo non va sottaciuta la circostanza che il maggiore interesse verso le istanze del c.d. sviluppo sostenibile, verso la *compliance* non solo alle norme di legge, ma anche alle regole etiche poste a presidio dello svolgimento delle attività economiche, della correttezza nei fenomeni competitivi e dell'equità dei profili di remunerazione di capitale e fattori di produzione, han costantemente incrementato l'attenzione e la sensibilità degli operatori economici e del diritto rispetto a questa materia.

Nondimeno va rilevato che, a fronte di un numero sempre più elevato di reati dal cui compimento può derivare una responsabilità dell'ente, non si è registrato un aumento altrettanto consistente delle imprese che si siano organizzate in modo adeguato per prevenire i rischi corrispondenti.

Muovendo da tale considerazione, la presente circolare intende offrire alcuni spunti di riflessione in merito a quella che a nostro avviso costituisce una delle fondamentali questioni connesse al D.Lgs. n. 231/2001, e cioè se l'adozione dei modelli organizzativi soddisfi esclusivamente una necessità di controllo volontario del rischio, ovvero se, attese le conseguenze potenzialmente derivanti dall'omessa adozione degli stessi, allo stato attuale possa configurarsi – se non un vero e proprio obbligo giuridico – quanto meno una necessità.

A tal fine al centro dell'analisi sono posti il modello, le sue funzioni, nonché le caratteristiche imprescindibili ai fini del riconoscimento di una effettiva validità esimente in sede giudiziale.

2. Le caratteristiche e la funzione esimente dei modelli organizzativi

2.1. Modelli per la prevenzione dei reati commessi da soggetti in posizione apicale

Nell'ambito del sistema penal-preventivo delineato dal D.Lgs. n. 231/2001, un ruolo di primaria importanza è attribuito ai modelli organizzativi cui, al ricorrere di determinate circostanze, è riconosciuta la possibilità di esonerare l'ente dalla responsabilità derivante dalla commissione di uno dei reati contemplati dallo stesso Decreto. In particolare, gli artt. 6 e 7 disciplinano il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità agli enti cercando, da un lato, di ancorarla a parametri di carattere soggettivo e, dall'altro, attribuendole una natura autonoma rispetto a quella degli autori materiali del reato. Così, il primo comma dell'art. 6 dispone che, in caso di reato compiuto da soggetto in posizione apicale², l'ente non è responsabile se:

¹ È il provvedimento recante la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300*”.

² Si tratta delle 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 persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 231/2001).



- prima della commissione del fatto ha adottato ed attuato modelli organizzativi e di gestione idonei a prevenire reati analoghi a quello verificatosi;
- ha affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo il compito di vigilare sul funzionamento di detti modelli e di curare il loro aggiornamento;
- a fronte del reato è stata riscontrata l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi;
- il menzionato organismo di vigilanza ha espletato le sue funzioni nel modo corretto.

Il legislatore ha individuato nei modelli organizzativi e gestionali una fattispecie esimente dal reato, realizzando una vera e propria inversione dell'onere della prova: ove il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale, è la società a dover dimostrare che essi hanno violato il divieto da essa imposto ed eluso i modelli predisposti per la sua tutela.

In altre parole l'ente deve dimostrare non solo che la volontà criminale è riconducibile esclusivamente al soggetto che materialmente ha compiuto l'illecito, ma anche di avere efficacemente implementato un sistema idoneo a realizzare gli effetti preventivi previsti dalla norma. L'adozione dei modelli, la nomina dell'organismo di vigilanza, l'efficace esercizio delle funzioni di controllo da parte di quest'ultimo, l'elusione fraudolenta da parte dell'autore materiale del reato: sono questi gli elementi di prova che l'ente deve produrre al fine di sottrarsi all'applicazione delle sanzioni. La relativa verifica è effettuata dal giudice penale, tenuto ad accertare *post factum* non solo la colpevolezza dell'autore materiale del reato, ma anche la sussistenza delle suddette circostanze esimenti, valutando discrezionalmente l'adeguatezza del modello.

Il secondo comma dell'art. 6 completa la disciplina definendo i requisiti dei modelli organizzativi, i quali per prevenire i reati devono individuare le attività nell'ambito delle quali questi ultimi possono essere commessi, prevedere specifici protocolli e modalità di gestione, introdurre obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza, nonché un idoneo sistema disciplinare per punire il mancato rispetto delle misure contenute nei modelli.

Rispetto al dato normativo descritto si rendono opportune alcune considerazioni.

Da una prima lettura potrebbe infatti desumersi che l'adozione dei modelli non è imposta coattivamente dal legislatore, il quale piuttosto si limita a suggerirne l'adozione alla società con evidenti fini di contenimento del rischio e – al verificarsi di talune condizioni – di esonero dalla responsabilità.

Occorre dunque inquadrare correttamente il ruolo dei modelli organizzativi e la loro reale portata esimente.

A tal fine giova ricordare che la responsabilità dell'ente, allorché sia stato commesso uno dei reati elencati dal D.Lgs. n. 231/2001³, è autonoma: per effetto del rapporto di immedesimazione organica tra soggetto

³ Sul punto, tuttavia, si segnala la portata dirompente della recente Cass. Pen., 19 luglio 2011, n. 28731, che ha comminato la sanzione della confisca per equivalente ex D.Lgs. n. 231/2001 a carico di una cooperativa ritenuta responsabile per l'illecito di cui all'art. 10 del D.Lgs. n. 74/2000 (occultamento o distruzione di documenti contabili finalizzato alla commissione di evasione fiscale) perpetrato dall'amministratore, ancorché la relativa fattispecie non sia contemplata nel catalogo dei reati-presupposto. In particolare, la Suprema Corte ha contestato che dalla mancata inclusione degli illeciti fiscali tra quelli punibili ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 possa discendere l'assenza di responsabilità della società: si osserva infatti che *“il D.Lgs. 231/2001 ha introdotto un nuovo genere di autonoma responsabilità amministrativa dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o vantaggio, di un reato da parte di soggetto che riveste nell'ente una posizione apicale; non trattasi di responsabilità oggettiva in quanto necessita sia riscontrabile una «colpa da organizzazione» che non ha evitato la perpetrazione dell'illecito penale”*. Nella sentenza viene inoltre evidenziato che le conseguenze patrimoniali del reato –



agente ed ente, il reato commesso dal primo diviene direttamente ascrivibile al secondo, il quale risponde quindi per fatto proprio senza che ne risulti violato il principio, sancito dall'art. 27 Cost., in virtù del quale la responsabilità penale è personale⁴. Non va dimenticato, peraltro, che ai sensi dell'art. 5, co. 1, del D.Lgs. 231/2001 l'ente risponde esclusivamente nel caso in cui il reo abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, essendo al contrario esclusa (ai sensi del successivo secondo comma) la responsabilità ove l'autore dell'illecito abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi diversi dall'ente, rompendo il rapporto di immedesimazione organica⁵.

Dunque ai fini dell'esonero dalla responsabilità l'ente deve dare prova di aver posto in essere le misure descritte dall'art. 6 del Decreto, in mancanza delle quali trova piena giustificazione l'applicazione delle sanzioni, ravvisandosi nella carenza organizzativa e gestionale la sua colpa⁶. Si è detto che la presenza del modello organizzativo non è di per se sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente, essendo quest'ultimo tenuto a dimostrarne anche l'efficace attuazione. Invero si è molto discusso sulla legittimità costituzionale dell'inversione dell'onere della prova contemplata dall'art. 6 per difetto di determinatezza in relazione agli artt. 24 primo comma, 25 secondo comma e 27 primo e secondo comma Cost.⁷. Più precisamente, l'indeterminatezza risiederebbe nella genericità della previsione normativa, che si limita a contemplare l'adozione e l'attuazione dei modelli senza tuttavia indicarne in concreto i contenuti e senza delimitarne il grado di specificità. L'assenza di specifiche indicazioni normative e di prassi, da un lato, impedirebbe agli enti di conformarsi in maniera adeguata alle prescrizioni del D.Lgs. n. 231/2001 e, dall'altro, non fornirebbe al giudice elementi sufficienti per valutare l'adeguatezza del modello a reato già perpetrato.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha argomentato che la censura di incostituzionalità è infondata in quanto la prescrizione normativa inerente all'adozione e all'attuazione del modello rileva esclusivamente ai fini dell'esimente e non già del perfezionamento della responsabilità da reato dell'ente. In altre parole la possibilità per l'ente di documentare l'esistenza di un sistema organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati, escludendo in tal modo la propria responsabilità, vale a negare l'illegittimità dell'art. 6 per violazione dei principi di uguaglianza e di diritto alla difesa contemplati rispettivamente dagli artt. 3 e 24 Cost.

ancorché quest'ultimo sia addebitabile al suo autore materiale – ricadono sulla società in quanto si è ravvisato in capo a quest'ultima un vantaggio e/o un interesse derivante dall'atteggiamento del suo amministratore. In particolare, i giudici hanno osservato che la società non può essere considerata terza estranea al reato nella misura in cui partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati, a meno che non venga provata una rottura del rapporto organico tra i due soggetti (ente e amministratore).

⁴ In tal senso vd. Cass. Pen., 9 luglio 2009, n. 36083.

⁵ Sulle nozioni di “interesse” e di “vantaggio” e sui problemi di coordinamento interno alla legge che da essi derivano si veda Cass. Pen., 30 gennaio 2006, n. 3615.

⁶ Così Cass. Pen. n. 36083/09, cit.

⁷ Trib. Milano, 3 novembre 2010, recentemente oggetto di analisi (ASSONIME, Il Caso, 6/2011, *Responsabilità della società da reati finanziari e societari: una mappa della disciplina 231 in un caso giudiziario*); e, in precedenza, Cass. Pen., 18 febbraio 2010, n. 27735, seppure con riferimento alla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 5 del D.Lgs. 231/2001 per contrasto con gli artt. 3, 24 e 27 Cost.



Anche il rilievo relativo all'assenza di indicazioni normative e di prassi in merito ai modelli organizzativi deve ritenersi infondato.

Secondo il Tribunale di Milano⁸, il D.Lgs. n. 231/2001 delinea un contenuto tipico dei modelli organizzativi, fermo restando che ciascun ente “*può mutuare le prescrizioni organizzative di dettaglio dall'insieme della disciplina primaria e subprimaria di settore, dagli atti di autoregolamentazione vigenti e dalle linee guida emanate dalle associazioni di settore*”.

La previsione di cui all'art. 6 si colloca infatti nell'ambito di un quadro normativo preesistente, perfezionatosi successivamente con la riforma del diritto societario del 2003. In particolare, l'adozione di misure idonee alla prevenzione dei reati ben rientra nell'ambito del più generale concetto di adeguatezza organizzativa della società, concetto affermato sia dall'art. 2381, quinto comma, c.c. che attribuisce agli organi amministrativi delegati il compito di curare che l'assetto organizzativo sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e al consiglio di amministrazione il compito di valutarne l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute, sia dall'art. 2403 c.c. che impone al collegio sindacale il compito di vigilare sul rispetto della legge e dello statuto nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, con particolare riguardo alla adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. La pronuncia in esame cita poi, tra le altre norme, quella relativa all'istituzione della figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (legge n. 262/2005) e ricorda altresì l'attenzione che il codice di autodisciplina delle società quotate dedica all'articolazione dei ruoli nell'ambito del consiglio di amministrazione, in modo da garantire la *best practice* in tema di organizzazione dell'impresa. Il tutto al fine di dimostrare che l'attività dell'ente può essere procedimentalizzata seguendo le regole e le indicazioni previste direttamente da norme di rango primario e secondario, nonché da un ampio compendio di codici di autodisciplina e di *guidelines* di settore. Ne consegue che il giudice, chiamato a pronunciarsi in merito all'adeguatezza dei modelli organizzativi, può fare riferimento ad alcuni parametri, tra cui appunto la disciplina di un determinato settore al tempo in cui è stato commesso l'illecito contestato: il tutto al fine di verificare quali cautele organizzative siano state adottate dall'ente per evitare quel fatto criminoso e come le stesse in concreto siano state poste in essere.

Per essere ritenuto idoneo, il modello organizzativo deve essere costruito sulla scorta delle conoscenze “*consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito*” in relazione ai metodi di neutralizzazione o minimizzazione del rischio. In tal senso, la valutazione di adeguatezza del modello non può che consistere in una verifica della compatibilità delle scelte organizzative compiute dall'ente rispetto ai principi sanciti dal D.Lgs. n. 231/2001. Con il passare degli anni anche la giurisprudenza ha contribuito, seppur in modo indiretto, alla elaborazione di modelli sempre più “adeguati”, delineando alcune caratteristiche in base alle quali valutare l'idoneità dei modelli alla prevenzione dei reati per cui sono stati adottati: efficacia, specificità, attualità e dinamicità⁹. Al contempo la valutazione del modello non può che essere compiuta con riferimento al

⁸ Vd. nota precedente.

⁹ Sulla valutazione dei modelli in sede giudiziale, F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 129 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Bari, 18 aprile 2005; Trib. Milano, 20 settembre 2004; Trib. Milano, 27 aprile 2004; Trib. Roma, 4 aprile 2003.



momento in cui lo stesso è stato adottato e attuato: il giudizio di idoneità non può infatti prescindere da una contestualizzazione del modello, sia in relazione all'attività o al settore in cui si è verificato il reato, sia in relazione alle conoscenze disponibili all'epoca in cui lo stesso è stato commesso¹⁰.

Sulla scorta degli elementi sinteticamente descritti l'organo giudicante dovrà fondare la decisione in merito all'adeguatezza del modello; decisione che è solo eventuale in quanto non va dimenticato che in caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale la relativa iniziativa è rimessa all'ente responsabile.

2.2. Modelli per la prevenzione dei reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione

L'art. 7 del decreto prevede che, ove il reato sia stato compiuto da soggetti sottoposti all'altrui direzione¹¹, la responsabilità dell'ente sussiste se lo stesso sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Ciò in quanto la diversa posizione di tali soggetti nell'ambito della gerarchia aziendale induce a ritenere che la volontà criminale degli stessi non possa essere ricondotta direttamente in capo all'ente, essendo a tal fine necessaria l'inosservanza, da parte degli organi dirigenti, degli obblighi di direzione e vigilanza ad essi imposti. Anche in tal caso, tuttavia, detta inosservanza è esclusa se l'ente ha adottato modelli organizzativi che prevedono misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge, nonché ad eliminare le eventuali situazioni repute a rischio. Dunque, nel caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza, l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi non costituisce l'unica forma di esonero dalla responsabilità, dal momento che l'assenza della *culpa in vigilando* può essere dimostrata anche in mancanza degli stessi. Invero la differenza rispetto all'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale risiede proprio nell'onere della prova, che nel primo caso grava sull'ente, presunto colpevole, mentre in quest'ultima circostanza grava sull'accusa, alla quale spetterà il compito di dimostrare il compimento del reato-presupposto, l'esistenza di un rapporto qualificato con l'ente e l'interesse/vantaggio di quest'ultimo, nonché l'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza.

In altre parole, nel considerare responsabili non già coloro che esercitano le funzioni di vigilanza e controllo, bensì quelli che ad esse sono soggetti, il legislatore delinea due distinte ipotesi:

- i) assenza del modello organizzativo. In tal caso la responsabilità dell'ente ex D.Lgs. n. 231/2001 sussiste nel caso in cui il pubblico ministero riesca a dimostrare che la commissione dell'illecito ad opera del soggetto "subordinato" è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza da parte degli organi a ciò tenuti (*culpa in vigilando*);
- ii) presenza del modello organizzativo. Ove l'ente abbia già adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati della specie di quello poi verificatosi, ai fini della

¹⁰ È questo il criterio in base al quale è stata affermata l'idoneità del modello organizzativo ai fini dell'esonero dell'ente dalla responsabilità nell'unica pronuncia di questo tipo finora rinvenuta in giurisprudenza (Trib. Milano, 17 novembre 2009).

¹¹ In particolare, si tratta delle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza altrui, le quali eseguono nell'interesse dell'ente le decisioni intraprese dal vertice (art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 231/2001). Come rilevato da F. ARDITO e G. CATALANO, *Reati degli apicali e reati dei sottoposti: come cambiano i modelli 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 13 ss., il tema inerente al corretto inquadramento delle persone fisiche nella categoria dei soggetti "apicali" piuttosto che in quella dei "sottoposti all'altrui direzione" ha avuto finora uno scarso riscontro a livello di dibattito giurisprudenziale. Ad ogni modo, per una disamina delle principali indicazioni si veda Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004 e ord. 20 settembre 2004.



applicabilità all'ente della disciplina di cui al D.Lgs. n. 231/2001 il pubblico ministero dovrà dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti a ciò preposti. Va da sé che, ove non sia possibile provare la *culpa in vigilando*, la presenza di un modello organizzativo "idoneo" varrà ad escludere la responsabilità dell'ente.

3. Le conseguenze della mancata adozione dei modelli organizzativi. Profili di responsabilità degli amministratori

Nel sistema normativo brevemente descritto in precedenza, l'adozione dei modelli organizzativi si delinea a pieno titolo come una precisa scelta di *governance*. In particolare la decisione di identificare il rischio-reato e gestirlo, al fine di ridurre la possibilità che il relativo evento si verifichi, rientra in una politica che deve necessariamente essere definita dai vertici amministrativi dell'ente in ossequio alle norme codicistiche che impongono la cura e la vigilanza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (artt. 2381, quinto comma e 2403 c.c.; e, con riferimento alle società quotate, art. 149 TUF). In quest'ottica la facoltatività dei modelli organizzativi per anni asserita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente diviene un assioma difficilmente sostenibile¹². Le norme richiamate in tema di adeguatezza organizzativa non possono che riverberare i propri effetti anche sulla responsabilità dell'ente *ex* D.Lgs. n. 231/2001, imponendo agli organi gestori e di controllo quanto meno il dovere di verificare l'esposizione al rischio-reato della società amministrata. Di tanto si è preso atto anche in giurisprudenza, ove si è evidenziata in modo crescente la tendenza ad affermare la responsabilità civile degli amministratori per omessa adozione dei modelli organizzativi previsti dal Decreto 231: in particolare, la responsabilità è stata ravvisata nell'inerzia degli amministratori a fronte di uno specifico dovere di attivare i modelli organizzativi¹³.

Sul punto, si rende tuttavia opportuno un distinguo tra obbligo di adozione dei modelli e obbligo di verifica dell'esposizione al "rischio 231" della società amministrata. Quest'ultimo, infatti, non sembra riconducibile ad una attività meramente discrezionale, dovendosi al contrario configurare in capo agli amministratori un vero e proprio obbligo nell'ambito del più ampio dovere di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392, primo comma, c.c.). La verifica in oggetto si traduce in una attività di *risk assessment*, intesa quale individuazione delle aree o dei settori di attività nel cui ambito possono verificarsi gli illeciti, nonché delle concrete modalità di attuazione delle fattispecie criminose nelle suddette aree. A seguito di tale attività gli amministratori potranno deliberare l'adozione del modello organizzativo, ove i rischi rilevati

¹² Sul tema si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in AGE, 2/2009, 187 ss.; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 5 ss.; P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, Relazione al convegno Assonime "Molte regole, nessun sistema: proposte per una razionalizzazione del sistema dei controlli societari" tenutosi il 31.03.2009 a Milano, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 643 ss.; ID., *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno. Spunti per una riflessione*, in *Riv. Soc.*, 2002, 837 ss.; P. SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in AGE, 2/2009, 265 ss.; ID., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 154 ss.

¹³ Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774; ma anche Trib. Milano, 31 luglio 2007, n. 3300.



risultino tali da renderlo necessario, ovvero limitarsi a monitorare periodicamente i rischi, nel caso in cui gli stessi siano risultati accettabili.

Allo stato non sembra invece, quanto meno in base al tenore letterale della norma, potersi ravvisare in capo all'ente un vero e proprio obbligo giuridico di adozione del modello organizzativo. Nondimeno, è innegabile che gli amministratori, ai quali spetta vigilare sul generale andamento della gestione, sono responsabili se non hanno adempiuto a tale obbligo o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non ne hanno impedito il compimento o quanto meno eliminato o attenuato le conseguenze dannose (*ex art. 2392, secondo comma, c.c.*). Impedire il compimento di reati dannosi per l'ente rientra certamente nel novero degli adempimenti legati a detto obbligo: in caso contrario, ci si troverebbe di fronte ad amministratori inadempienti e, dunque, esposti all'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della società per i danni ad essa provocati dall'applicazione delle sanzioni, che oltre agli interessi economici della società vanno a ledere anche quelli di tutti i soci. In tale ottica, l'adozione dei modelli organizzativi può essere considerata un "onere" piuttosto che una facoltà. A conferma di ciò depongono i già citati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di merito, che sempre più spesso ha ravvisato la sussistenza – in capo agli amministratori di società di capitali che abbiano omesso l'adozione di un modello organizzativo *ex D.Lgs. n. 231/2001* – della responsabilità per i danni subiti dalla società a causa della mancata attivazione del presidio penal-preventivo.

Alla luce di quanto detto pare dunque condivisibile il distinguo tra "doveri di adeguatezza organizzativa" gravanti sugli amministratori e onere di adozione del modello organizzativo, quest'ultimo riferibile esclusivamente all'ente destinatario della normativa¹⁴. In tale ottica la scelta di adeguamento al Decreto 231 rientra nel più ampio dovere di organizzare in modo adeguato l'impresa gestita.

In altre parole, sembra corretto affermare che la responsabilità di matrice civilistica dell'amministratore debba farsi scaturire non tanto dall'omessa adozione del modello organizzativo e di gestione, quanto piuttosto dall'omessa valutazione in merito all'opportunità di prevenire i reati contemplati dal D.Lgs. n. 231/2001 attraverso l'elaborazione di detto modello¹⁵. Tale valutazione è peraltro destinata a divenire sempre più complessa, atteso il progressivo ampliamento del catalogo dei reati-presupposto inclusi nel Decreto, che ormai impone l'estensione dell'attività di *risk assessment* alla quasi totalità dei settori d'impresa, comportando un significativo aumento del numero degli enti in relazione ai quali si rende opportuna l'adozione dei modelli organizzativi¹⁶. La *ratio* dichiarata della norma è infatti quella di ampliarsi costantemente sino a ricomprendere tutti i potenziali reati della *corporate criminality*, armonizzandosi così con gli altri ordinamenti statuali europei.

¹⁴ In tal senso F. D'ARCANGELO, *cit.*, 137.

¹⁵ In tal senso S. BARTOLOMUCCI, *Amministratore diligente e facoltativa adozione del compliance program ex D.Lgs. n. 231/2001 da parte dell'ente collettivo*, in *Società*, 12/2008, 1507 ss. (nota a Trib. Milano, n. 1774/2008, *cit.*), il quale evidenzia l'opportunità per l'amministratore – anche ai fini della costituzione di sufficienti elementi probatori – di verbalizzare l'eventuale esito negativo della verifica o comunque di dare una formale rappresentazione documentale del processo valutativo effettuato e delle motivazioni che hanno indotto alla decisione di non adottare il modello, ovvero di rinviarne l'adozione.

¹⁶ Da ultimo si segnala il recepimento (ad opera del D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 177 del 1° agosto 2011) della Direttiva comunitaria 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente e della direttiva 2009/123/CE sull'inquinamento delle navi. In specie, è stato disposto l'inserimento nel codice penale dell'art. 727-bis (*Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette*) e dell'art. 733-bis (*Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di*



A ciò si aggiunga che l'adozione di un modello organizzativo "adeguato" può effettivamente valere ad escludere la responsabilità dell'ente nell'ipotesi di reato commesso dai vertici aziendali, come dimostrato dal recente orientamento giurisprudenziale che, segnando una svolta storica nell'ambito della giurisprudenza finora formatasi in materia, ha riconosciuto l'adeguatezza del modello adottato dalla società, consentendo alla stessa di beneficiare dell'esimente di cui all'art. 6 del Decreto¹⁷.

4. Le condizioni per il riconoscimento della validità esimente del modello 231

Il modello di organizzazione, gestione e controllo è introdotto dal D.Lgs. n. 231/2001 nel dichiarato intento di "schermare" l'ente in caso di commissione di uno dei reati-presupposto, consentendo in alcune ipotesi l'esenzione dalla responsabilità, evitando la comminazione delle sanzioni previste dalla norma o determinando, in altre circostanze, il cosiddetto "sollievo sanzionatorio"¹⁸.

In merito alle caratteristiche e ai requisiti che un modello deve possedere al fine di essere considerato idoneo a svolgere la sua funzione, è ormai noto come la disciplina si presenti scarna e priva di riferimenti di rilievo. Sotto il profilo tecnico-operativo, infatti, l'art. 6, comma 2, del Decreto fornisce poche sintetiche indicazioni per la redazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo: alla lettera a) viene richiesto che il modello consenta di "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati"; alla lettera b), in aggiunta, la norma stabilisce che lo stesso debba prevedere "specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire".

Nondimeno la lettera del Decreto fornisce elementi suscettibili di approfondimento e interpretazione estensiva, in quanto segnala le due fasi fondamentali in cui deve articolarsi la costruzione del modello, a loro volta da articolare in modo maggiormente dettagliato e puntuale:

- 1) l'identificazione dei rischi, con specifica indicazione delle attività maggiormente esposte alla probabilità di commissione di uno dei reati-presupposto;
- 2) l'implementazione di un sistema di controlli volto alla riduzione dei rischi, attraverso la costruzione di specifici protocolli e procedure in grado di prevenire comportamenti illeciti.

La mancanza di prescrizioni maggiormente puntuali, che apparentemente garantisce flessibilità e ampi margini di manovra, è stata verosimilmente una delle cause più importanti del mancato riconoscimento della validità esimente alla quasi totalità dei modelli, nel corso dei vari procedimenti, da parte dell'autorità giudiziaria.

Al riguardo la dottrina, le linee guida delle associazioni di categoria e, soprattutto, la giurisprudenza consentono di decifrare le espressioni utilizzate nel Decreto, estrinsecandone il significato dal punto di vista teorico e le conseguenze sotto il profilo operativo per i soggetti destinatari della norma. Dall'esame delle numerose

un sito protetto). Reati contravvenzionali, questi, che sarebbero stati destinati a rimanere segregati nella nicchia normativa di settore, ma che, tuttavia, riscontrano forte interesse anche in questa sede, dal momento che comportano l'introduzione nel D.Lgs. n. 231/2001 del nuovo art. 25-*undecies*, sancendo così l'ingresso della responsabilità degli enti anche nel diritto dell'ambiente.

¹⁷ Si tratta della già citata Trib. Milano, 17 dicembre 2009, in *Società*, 4/2010, 473 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione dalla colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, 476 ss. Sull'argomento si veda anche ASSONIME, Il Caso, 1/2010, *Adeguatezza dei modelli organizzativi ed esclusione della responsabilità della società: la prima pronuncia giudiziale*.

¹⁸ Così Cass. Pen., 23 giugno 2006, n. 32627.



pronunce di diniego, infatti, è possibile pervenire *a contrario* ad una ricostruzione interpretativa in merito ai requisiti e alle caratteristiche che un modello deve possedere, nonché alle fasi da seguire per la sua costruzione.

Il modello di organizzazione, gestione e controllo *ex* D.Lgs. n. 231/2001, al fine di vedersi riconosciuta una effettiva validità esimente, deve essere in grado di “*prevenire reati della specie di quello verificatosi*”, a meno di comportamenti fraudolenti ed elusivi dello stesso da parte dell’autore materiale dell’illecito.

Per quanto riguarda le caratteristiche essenziali del modello 231, sulla base del tenore letterale delle disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza le hanno individuate nei canoni dell’idoneità, dell’efficacia e della adeguatezza. In particolare, affinché risulti adottato in modo idoneo, il modello deve riportare, tra gli altri elementi, gli esiti dell’analisi dei rischi in grado di individuare le attività dell’ente che possono dare luogo alla commissione dei reati rilevanti ai fini della responsabilità sancita dal Decreto e l’indicazione delle contromisure che riguardano sia le modalità di svolgimento dell’attività, sia il controllo delle azioni da compiersi tramite l’istituzione di un organismo interno¹⁹.

Mentre il requisito della idoneità attiene al momento dell’adozione del modello, quello dell’efficacia concerne la fase della sua effettiva realizzazione. Al riguardo, sia l’art. 6, comma 1, lett. a), sia l’art. 7, comma 2, del Decreto parlano esplicitamente di “efficace attuazione” dei modelli organizzativi, a rimarcare appunto che, oltre alla corretta elaborazione dei protocolli e delle procedure idonee ad evitare la commissione di determinati reati, la *ratio* della realizzazione del modello si estrinseca su un piano pratico di misurazione concreta della efficacia delle misure predisposte²⁰. Ciò trova conferma anche nel contenuto dell’art. 7, comma 4, il quale richiede l’esistenza di un duplice requisito: da un lato, una verifica periodica del modello e un suo eventuale aggiornamento (ad esempio, in caso di significative violazioni delle prescrizioni, quando intervengono mutamenti nell’organizzazione e nell’attività, nell’ipotesi di sostanziali modifiche normative); dall’altro, un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate.

Il concetto di adeguatezza, infine, attiene ad entrambe le fasi dell’adozione e dell’attuazione del modello 231. Anche tale categoria presenta un carattere concreto e comporta la verifica che le regole poste nel modello (esistenza ed efficace funzionamento del sistema di deleghe, dei poteri aziendali e del controllo, della normazione interna, nonché attribuzione delle risorse finanziarie specifiche) siano state adeguatamente seguite nella realtà organizzativa dell’ente²¹.

In seguito alla identificazione e valutazione dei rischi, allo scopo della loro mitigazione e riduzione, il D.Lgs. n. 231/2001 prevede la costruzione di “specifici protocolli”: quest’ultima locuzione dovrebbe essere opportunamente interpretata in chiave estensiva e sistemica. Essa, infatti, nella sua formulazione letterale, implica e sottende un’idea di *governance* e di gestione aziendale di stampo burocratico-formale ancorata a processi decisionali gerarchicamente definiti e programmati in maniera rigida, difficilmente riscontrabili in una moderna organizzazione imprenditoriale: il dettato della norma, in base al quale gli strumenti di controllo dovrebbero

¹⁹ In questi termini, G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2007.

²⁰ In tal senso, A. BASSI - T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.

²¹ Cfr. G.C. LUCENTE, *Le caratteristiche del modello organizzativo esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2011.



essere atti a “*programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente*”, presuppone una struttura organizzativa verticale e processi decisionali fortemente gerarchizzati che spesso non vengono riscontrati nella realtà. Anche in aziende di medie dimensioni, infatti, di frequente la catena di comando non è ben definita, il sociogramma effettivo differisce dall’organigramma formale ed è presente una forte autonomia decisionale anche da parte di soggetti collocati in posizioni intermedie della scala gerarchica.

Di conseguenza, è opportuno ampliare la prospettiva di analisi, interpretando la volontà del legislatore nel senso della necessità di costruire un vero e proprio “sistema integrato di prevenzione”, vale a dire un impianto organizzativo complessivo che svolga la propria funzione attraverso “specifici” presidi autorizzativi, sistemi decisionali e procedure operative in grado di mitigare il rischio di commissione di reati, riducendo la probabilità che essi si verifichino e l’impatto connesso alla loro eventuale realizzazione²². I protocolli menzionati dal Decreto, dunque, non si limitano ai processi autorizzativi e decisionali, ma devono essere interpretati come un più ampio schema di prevenzione, che preveda strumenti e meccanismi di controllo quali:

- segregazione delle funzioni;
- sistema di deleghe e poteri;
- meccanismi autorizzativi;
- trasparenza e tracciabilità delle operazioni;
- flussi informativi continui.

Le relative attività di analisi e i meccanismi di gestione del rischio dovranno essere elaborati e integrati tra loro secondo un approccio *customizzato*, avendo riguardo alle peculiarità dell’ente, al sistema di controllo interno già esistente, alle aree e ai processi “sensibili”, al settore di riferimento, alla cultura aziendale presente all’interno dell’organizzazione, e così via. Siffatta impostazione è ampiamente condivisa, trovando il consenso e il sostegno delle Linee Guida delle principali associazioni di categoria²³ e, soprattutto, di numerose pronunce giurisprudenziali, tra cui l’ormai noto “decalogo 231”²⁴.

In tale prospettiva ermeneutica, dunque, oltre alle caratteristiche generali sopra menzionate, la giurisprudenza ha individuato nella specificità e nella dinamicità i caratteri strutturali dei modelli di organizzazione cui si voglia attribuire una concreta idoneità ad assolvere le funzioni cui sono destinati, evidenziando al contempo

²² In tal senso, G. AITA - S. BOCCUNI - V. STILLÀ, *Le best practices dei protocolli di cui all’art. 6, comma 2b, d.lgs. 231/2001 in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2011.

²³ Tra cui si segnalano Confindustria, Abi, Assifact, Ania e altre.

²⁴ Tra i provvedimenti giurisdizionali che, nell’esaminare l’idoneità dei modelli, sottolineano maggiormente tali caratteristiche si evidenzia l’ordinanza cautelare del GIP del Tribunale di Milano (dott.ssa Secchi) depositata il 9 novembre 2004. Tale esaustiva sentenza individua in maniera puntuale i requisiti che il modello deve tassativamente rispettare affinché possa essergli attribuita idoneità ed efficacia esimente. Tra quelli strettamente attinenti alla costruzione vera e propria del modello è opportuno ricordare: *i.* come imprescindibile punto di partenza, una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo; *ii.* la previsione di sistematiche procedure di ricerca e identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (ad es., emersione di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale); *iii.* l’esistenza di controlli di routine e/o a sorpresa – comunque periodici – nei confronti delle attività aziendali sensibili; *iv.* la elaborazione di protocolli e procedure specifici e concreti. Anche la sentenza “storica” (GIP di Milano, 17 novembre 2009, *cit.*), più che al rispetto formale di normative e linee guida di settore, fa esplicito riferimento alle specifiche procedure previste nel modello in relazione ai reati commessi.



l'inadeguatezza del pedissequo recepimento di Linee Guida o di codici etici generali e astratti²⁵. Il primo requisito, già descritto in precedenza, si estrinseca nella concreta aderenza del modello alle peculiarità strutturali dell'ente che l'adotti²⁶; in relazione alla dinamicità, è assolutamente pacifico ritenere che la necessità di un costante aggiornamento del modello sia *“parallela all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti”*²⁷.

5. Il modello 231 quale opportunità di controllo volontario del rischio tra *corporate governance* e *risk management*

Sulla base di quanto fin qui analizzato, è possibile comprendere come l'elaborazione e l'adeguata attuazione di un efficace modello 231 si configuri come un vero e proprio meccanismo integrato di gestione del rischio, che parte dall'analisi della situazione esistente per giungere all'attivazione di opportuni sistemi di controllo e prevenzione di comportamenti illeciti e di qualsiasi altra forma di rischio.

L'interpretazione estensiva fornita in relazione al concetto di protocollo e agli obiettivi generali del modello 231 rende quest'ultimo molto vicino ad un più generale strumento di *corporate governance*, che si basa su un sistema di controllo interno inteso come *“l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati”*²⁸.

Il modello 231, inoltre, può configurarsi come aderente e in perfetta sintonia con uno dei più importanti *framework* di riferimento per il governo del rischio aziendale, vale a dire l'*Enterprise Risk Management* (ERM): tale approccio definisce il sistema di gestione del rischio come *“un processo, posto in essere dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendale, utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione, progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro i limiti del 'rischio accettabile' e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali”*.

Il contenuto delle definizioni appena riportate, che comprendono tutti gli elementi finora citati in relazione al modello 231 (incluso il richiamo al concetto di “rischio accettabile”, menzionato anche dalle Linee Guida di Confindustria), rende di immediata comprensione la vicinanza, teorica e tecnico-operativa, del modello in questione agli standard e alle *best practices* nazionali e internazionali in tema di *corporate governance* e *risk management*. Tale considerazione, anche in virtù della ormai ampia e incisiva pervasività della disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 231/2001, ha indotto parte della dottrina a ritenere che detto impianto normativo possa assumere *de facto* la valenza di una matrice di impostazione, progettazione, redazione e revisione di un “super modello” attraverso cui l'alta direzione dell'azienda può ottenere riscontri particolarmente dettagliati su efficacia ed efficienza dell'organizzazione e dei sistemi di gestione aziendali e sugli interventi migliorativi realizzabili in una visione integrata.

²⁵ In dottrina, *ex multis*, A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006; D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 438.

²⁶ In tal senso P. BASTIA, *I modelli di organizzativi*, in *AA.VV., Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, 2005.

²⁷ Cfr. Trib. Bari, ordinanza 18 aprile 2005.

²⁸ Cfr. Borsa ITALIANA, *Codice di autodisciplina delle società quotate*, 35.



Un modello 231 costruito in maniera *customizzata* e specifica seguendo le indicazioni provenienti dai *framework* sopra menzionati, dalla giurisprudenza e dalle linee guida delle associazioni di categoria, diventa uno strumento non più limitato alla prevenzione degli illeciti contemplati dalla normativa, ma più in generale rivolto al miglioramento del sistema di controllo interno complessivo e all'attuazione di azioni correttive mirate nell'ambito di specifiche aree, attività, funzioni o processi aziendali.

Ulteriore elemento a supporto di un simile orientamento è da rinvenirsi nella necessità di garantire al modello le caratteristiche di dinamicità in precedenza menzionate e sancite anche dalla stessa norma, la quale affida ad un organismo *ad hoc* “*il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento*”.

Le Linee Guida Confindustria, dal canto loro, ribadiscono come i protocolli e tutti i meccanismi di riduzione del rischio, per essere efficaci, “non possono ridursi ad attività *una tantum*” ma devono estrinsecarsi in un “*processo continuo (o comunque svolto con una periodicità adeguata), da reiterare con particolare attenzione nei momenti di cambiamento aziendale*”²⁹. Un'adeguata attuazione del modello, unita ad un suo costante aggiornamento, dunque, consentirebbe di introdurre all'interno dell'azienda un approccio di gestione del rischio che si discosta da quello meramente reattivo, introducendo un modello di *risk management* di tipo proattivo, caratterizzato da un'elevata intensità dell'attività di pianificazione e dalla volontà di porre in essere meccanismi di controllo prima che un evento dannoso si verifichi effettivamente (c.d. *continuous risk management*). Secondo il succitato paradigma dell'*Enterprise Risk Management*, oltre agli obiettivi strategici, allo scopo di consentire all'organizzazione di realizzare la creazione del massimo valore possibile, è fondamentale che i meccanismi di prevenzione supportino il conseguimento di altri obiettivi, riconducibili alle seguenti categorie:

- conformità (osservanza delle leggi e dei regolamenti in vigore);
- operatività (efficace ed efficiente impiego delle risorse aziendali);
- reporting (affidabilità delle informazioni riportate internamente ed esternamente).

In virtù di quanto finora evidenziato, risulta facile intuire come l'elaborazione e l'adeguata attuazione del modello possano garantire il raggiungimento di tutti i traguardi in questione, oltre che il mero rispetto delle previsioni normative vigenti, consentendo, soprattutto, un incremento dell'efficienza nell'impiego delle risorse e nella gestione dei processi aziendali.

Da ultimo, non è irrilevante sottolineare un altro importante ruolo giocato dal modello nell'ambito della gestione delle attività delle organizzazioni: se è vero che le aziende sono considerate sempre più come “*istituzioni sociali a finalità plurime*”³⁰ e che l'orientamento ormai prevalente le ritiene responsabili non più solo verso gli azionisti, bensì nei confronti del più ampio gruppo dei portatori di interesse (*stakeholders*) che a vario titolo interagiscono con l'ente, è facile comprendere come un'organizzazione “*231 compliance*” possa perseguire al meglio anche quegli obiettivi di legittimazione che al giorno d'oggi non possono essere trascurati da nessuna

²⁹ Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001*, ult. agg. 9 aprile 2008.

³⁰ Cfr. A.B. CARROLL, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, 3rd ed. Cincinnati: South-Western College Publishing/International Thompson Publishing, 1996.



impresa³¹. Considerando la legittimazione come “*la generalizzata percezione o assunzione che le azioni di un’organizzazione sono desiderabili, corrette o appropriate nell’ambito di sistemi socialmente costruiti di norme, valori ed opinioni*”³², il modello 231 è certamente un potente strumento in grado di far ottenere, all’ente che se ne dota, un rilevante vantaggio anche in termini di immagine, reputazione e legittimazione presso tutti gli *stakeholders* di riferimento.

6. Casi di intervenuta obbligatorietà del modello organizzativo ex D.Lgs. n. 231/2001

Pur in mancanza di una specifica direttiva da parte del legislatore nazionale, sono sempre più frequenti i casi in cui enti pubblici o altre istituzioni richiedono obbligatoriamente ai propri interlocutori l’adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. n. 231/2001. I relativi provvedimenti stanno dando luogo a una sorta di inversione di tendenza, dal momento che l’adozione del modello diviene in tali circostanze indiscutibilmente obbligatoria.

Tra i più rilevanti ricordiamo:

- **Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana S.p.A.**, modificato nel 2007 dalla Consob, in base al quale l’adozione del modello 231 è obbligatoria per ottenere la qualifica STAR ed avere accesso a questo particolare segmento del Mercato Azionario;
- **Legge Regione Calabria n. 15 del 21 giugno 2008**, in base alla quale le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria erano tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 231/2001 (art. 54, comma 1). Il mancato adeguamento avrebbe impedito il rinnovo dei contratti di convenzione in scadenza e la stipula di nuovi contratti di convenzione con la regione (art. 54, comma 2);
- **Decreto della Regione Lombardia n. 5808 dell’8 giugno 2010**, che ha stabilito che tutti gli enti di formazione che volessero accreditarsi o mantenere l’accreditamento dovevano approvare il codice etico e nominare un organismo di vigilanza entro il 31 dicembre 2010 ed elaborare il modello completo entro 31 marzo 2011;
- **Legge Regione Abruzzo n. 15 del 27 maggio 2011**, che pone a carico degli enti dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica, dei consorzi, delle agenzie e delle aziende regionali, nonché delle società controllate e partecipate dalla Regione, ad esclusione degli enti pubblici non economici, l’obbligo di adottare entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui agli articoli 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001. La *ratio* alla base di tale legge risiede nella volontà, da parte dell’Amministrazione Regionale, di garantire lo svolgimento dell’attività delle società in oggetto “*nel rispetto della legalità, della eticità e della trasparenza, nonché di scoprire ed eliminare preventivamente e tempestivamente eventuali situazioni a rischio*” (art. 3).

³¹ Cfr. J. GUTHRIE, L.D. PARKER, “Corporate Social Reporting: A Rebuttal of Legitimacy Theory”, *Accounting and Business Research*, 1989, Vol. 19, Issue 76; D.M. PATTEN, “Exposure, legitimacy theory and social disclosure”, in *Journal of Accounting and Public Policy*, 1991, Vol. 10, n. 4.

³² M.C. SUCHMAN, “Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches”, in *Academy of Management Review*, 1995, Vol. 20.



Tali provvedimenti costituiscono evidente dimostrazione di come, pur dopo anni dalla sua emanazione, gli effetti del D.Lgs. n. 231/2001 si stiano riverberando in maniera sempre più pervasiva e incisiva su un'ampia ed eterogenea pletera di soggetti che, pur non essendo destinatari diretti della normativa, ne sono comunque influenzati (ad es., enti pubblici territoriali detentori di quote o azioni in società partecipate).

In relazione agli Enti pubblici, i provvedimenti menzionati costituiscono certamente un importante precedente, che sta spingendo anche altre amministrazioni verso l'emanazione di norme simili: in tal senso vale la pena richiamare, ad esempio, la proposta di legge n. 58/2010 della Regione Piemonte, finalizzata *“al sostegno degli enti che attuano gli strumenti di cui al D.Lgs. 231/2001 e ad assicurare che i servizi di fornitura siano erogati tramite contratti stipulati con i medesimi che diano garanzia di legalità, professionalità, lealtà e serietà, finalizzando il tutto alla soddisfazione dei bisogni della Pubblica Amministrazione, secondo criteri di qualità, efficienza, efficacia e trasparenza”*.

Con l'emanazione dei recenti Decreti Regionali 1179/2011 e 1180/2011, anche la Regione Sicilia ha mostrato di cogliere appieno l'essenza della normativa in commento, anche se in controtendenza rispetto alle Regioni che prima d'ora hanno voluto incentivarne l'adozione, in quanto queste ultime hanno imposto dei veri e propri divieti d'accesso al mercato per le aziende che intendevano addivenire alla contrattazione con la P.A., ponendo *quale condicio sine qua non* la conformazione ai modelli 231. Al contrario, con il Decreto 1179/2011 è stato disposto un incremento dell'1,2% sul budget delle singole strutture private accreditate ivi indicate – trattasi di case di cura di alta e media specialità – che, entro l'esercizio 2011 *“hanno adottato, hanno in corso d'adozione o adotteranno il modello organizzativo, delle procedure e delle modalità di controllo previsti dall'applicazione del Decreto Legislativo n. 231/2001”*; mentre, per quanto concerne il Decreto 1180/2011, è stato decretato un *plus* dello 0,2% sul budget stanziato per le strutture private operanti nel settore della specialistica ambulatoriale che *“hanno adottato, hanno in corso d'adozione o adotteranno il modello organizzativo, le procedure e le modalità di controllo previsti dall'applicazione del Decreto Legislativo n. 231/2001”*. Per l'effetto, sono stati stanziati fondi per 584.000 euro (demandando le modalità di assegnazione ad un successivo provvedimento dell'Assessorato). Risulta d'interesse notare la tecnica legislativa con cui è stato fatto espresso riferimento non alla mera adozione di un modello 231, bensì alle *“procedure e modalità di controllo previste dall'applicazione del Decreto Legislativo n. 231/2001”*, da ciò potendosi desumere la volontà di assicurarsi che le imprese adottino ed attuino efficacemente quanto disposto dalla 231 ai fini di una concreta ed efficace prevenzione di possibili reati dei colletti bianchi.

Altro aspetto ugualmente degno di nota è quello legato al crescente interesse che negli ultimi anni il mondo della sanità ha mostrato nei confronti dell'adozione di codici etici e modelli organizzativi, sempre più considerati strumenti di ottimizzazione dell'organizzazione e di miglioramento dell'efficienza della gestione, con particolare riferimento alla qualità dei servizi resi, oltre che di veicolo verso l'esterno dei principi ispiratori dell'attività aziendale e di rafforzamento dell'immagine. Emblematico al riguardo è il caso della Regione Lombardia che, già dal 2004, ha mutuato i principi contenuti nel D.Lgs. n. 231/2001 e ne ha disposto l'applicazione in via sperimentale per una serie di aziende sanitarie locali e di aziende ospedaliere, procedendo con l'introduzione di un codice (o sistema) etico-comportamentale, basato sulla normativa relativa alla responsabilità amministrativa degli enti *“non unicamente per la prevenzione degli eventuali illeciti (di cui al D.Lgs. 231/2001), ma quale ulteriore garanzia della migliore organizzazione e trasparenza dell'operato delle aziende”*.

Inoltre, non devono essere sottovalutati i risvolti di un altro importante *trend* in atto: un numero sempre crescente di istituti di credito e società di *factoring*, per l'ammissione a determinate operazioni, richiedono che le



aziende clienti siano in possesso di un modello di organizzazione, gestione e controllo redatto ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, considerato come una importante forma di garanzia rispetto alla solvibilità e alla probabilità di *default* del cliente affidato. Se un simile *trend* dovesse trovare conferma nel tempo, è facile comprendere che si amplierebbe la platea dei soggetti per i quali l'adozione del modello 231 diverrebbe sostanzialmente obbligatoria ai fini della loro stessa sopravvivenza.

In definitiva, ci si sta muovendo sempre più verso un avvicinamento alle istanze ed ai principi ispiratori della norma in oggetto: sempre più spesso, all'interno dei contratti stipulati con i terzi, gli enti richiedono in maniera tassativa l'accettazione della cosiddetta "clausola 231", sulla base della quale il soggetto contraente dichiara di aver preso visione dei contenuti del modello e del codice etico della società, di impegnarsi a rispettare le prescrizioni in essi esplicitate e a tenere un comportamento conforme alle previsioni in essi contenute, a pena di risoluzione dell'accordo. Tale specifica viene normalmente inserita negli atti stipulati con fornitori, consulenti, partners, società appartenenti allo stesso gruppo e qualsiasi altro soggetto che può essere considerato a "rischio 231" nei suoi rapporti con l'organizzazione. Oltre allo scioglimento del rapporto, l'inosservanza della clausola da parte di un terzo, configurandosi come grave inadempimento degli obblighi contrattuali, genera il diritto al risarcimento dei danni eventualmente procurati. La presenza sempre più frequente della clausola 231 in innumerevoli tipologie di contratti costituisce indubbiamente un potente strumento per veicolare le previsioni normative del D.Lgs. n. 231/2001 ad un ampio numero di operatori. Inoltre, l'inserimento di una tale disposizione contrattuale coinvolge in maniera diretta ed incisiva tutti i destinatari del modello di una società, vincolando, dunque, anche gran parte dei suoi *stakeholders* al rispetto di determinati principi e di rigorosi standard di trasparenza e legalità nello svolgimento delle proprie attività operative.

7. Conclusioni

A poco più di dieci anni dalla rivoluzione generata dall'introduzione del D.Lgs. n. 231/2001, è necessario offrire una nuova prospettiva alle imprese, che per troppo tempo hanno considerato il modello previsto dalla norma alla stregua di un ulteriore appesantimento dei processi operativi in grado di generare solo ulteriori costi, inutili oneri di burocratizzazione e una parziale immobilizzazione della struttura organizzativa dell'ente.

Il progressivo ampliamento del novero dei reati presupposto, l'accresciuta sensibilità alla tematica e un chiaro indirizzo giurisprudenziale inducono a ritenere che, ancorché non viga un vero e proprio obbligo normativo rispetto all'adozione del modello (ad eccezione dei casi sopra citati, tra l'altro in costante aumento), la sua elaborazione e adeguata implementazione possono costituire in molti casi un dovere proprio degli amministratori in ragione della carica assunta. Appare evidente infatti che, se in taluni ambiti di operatività l'adozione di un modello rappresenta quasi una sorta di pre-requisito per poter concorrere in alcuni mercati e/o nei confronti di particolari controparti-committenti, in termini più ampi la valutazione dell'esposizione al rischio di compimento di reati presupposto non può essere omessa dagli amministratori, richiedendosi, di fatto, agli stessi l'espressione di una valutazione consapevole al riguardo così da ritenere che, in ottica evolutiva, le *best practices* imporranno l'adozione di delibere consiliari di espressa esclusione della necessità di adottare un modello, dovendosi, negli altri casi dare per scontata la sua necessità.



In termini generali, la prima sentenza che ha riconosciuto validità esimente a un modello³³ può costituire certamente un potente incentivo alla sua adozione da parte di una platea sempre più ampia di soggetti. Ma in ogni caso, al di là della funzione esimente in caso di commissione di reati, non possono essere in alcun modo trascurati gli altri indubbi vantaggi di cui può beneficiare l'ente che si doti di un modello costruito sulla base dei requisiti di adeguatezza, idoneità, efficacia, specificità e dinamicità. Come già sottolineato, infatti, un modello di organizzazione, gestione e controllo "idoneo" si fonda sull'analisi del sistema di controllo interno esistente, su una accurata azione di *risk assessment* e su una conseguente attività di gestione e riduzione del rischio attraverso l'istituzione di procedure e protocolli adeguati. Inoltre, l'ormai comprovata aderenza del modello 231 agli standard e alle linee guida sancite dalle *best practices* internazionali in ambito di *corporate governance* fa sì che lo stesso concorra a un miglioramento dei meccanismi di controllo e della gestione dei processi sensibili, conducendo, in ultima analisi, a un incremento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione nel raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Ulteriore elemento da sottolineare in favore dell'adozione del modello, al di là delle previsioni di legge e della sua funzione esimente, è costituito dall'aspetto culturale: analizzare i rischi ai quali l'impresa è esposta, stabilire meccanismi di controllo e protezione, sancire flussi informativi definiti, significa anche e soprattutto sensibilizzare i destinatari e diffondere una "cultura 231", intesa quale insieme di principi orientati alla trasparenza, alla legalità, all'efficienza e alla correttezza. Quest'ultimo fattore non è da sottovalutare, dal momento che il complesso di valori e la cultura d'impresa, costituendo parti del sistema di controllo interno presente nell'ambito dell'organizzazione, possono rivelarsi utili ed efficaci meccanismi di prevenzione di comportamenti scorretti o addirittura illeciti³⁴: lo stesso Decreto 231, all'art. 6, comma 3, fa esplicito riferimento a "codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti".

Nel valutare le opportunità connesse all'adozione del modello, è dunque necessario abbandonare una logica fondata esclusivamente sul confronto tra i costi e i benefici connessi a una simile operazione: allorquando nel sentire comune delle imprese il modello inizierà a configurarsi davvero come un potente strumento di *corporate governance* e *risk management*, la "rivoluzione timida"³⁵ di cui si è parlato in sede di introduzione del Decreto completerà la sua trasformazione verso una vera e propria "rivoluzione di sistema", che influenzerà aspetti organizzativi e culturali delle imprese e, probabilmente, del contesto economico generale del Paese.

³³ Trib. Milano, 17 novembre 2009, *cit.*

³⁴ In tal senso, A.N. LICHTA, C. GOLDSCHMIDTA, S.H. SCHWARTZ, *Culture, Law, and Corporate Governance*, in *International Review of Law and Economics*, n. 2/2005.

³⁵ Si veda D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, supplemento al n. 6, 2003, 8.