ODCEC m@ster

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

La responsabilità amministrativa degli enti ex D. Lgs. 231/2001

IL GIUDIZIO DI IDONEITÀ DEL MODELLO 231 E IL CONCETTO DI COLPA DI ORGANIZZAZIONE

AVV. ELIO GIANNANGELI

29 settembre 2023

IL GIUDIZIO DI IDONEITÀ DEL MODELLO 231

Art. 6 D.Lgs. n. 231/2001

«L'ente non risponde se prova che (...) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, **modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi**»

IL GIUDIZIO DI IDONEITÀ DEL MODELLO 231

Uno dei profili più problematici della responsabilità da reato degli enti attiene alla c.d. **VALIDAZIONE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO in sede giudiziale**, intesa come valutazione da parte del giudice penale circa l'idoneità del sistema di *compliance* adottato dall'ente e la capacità dello stesso di dimostrare l'assenza di colpa organizzativa nel caso di commissione di un reato al proprio interno.

È stato osservato dalla dottrina che le imprese che adottano un Modello organizzativo sottoscrivono di fatto una sorta di *cambiale in bianco*: a fronte dell'utilizzo di ingenti risorse economiche e organizzative, necessarie per la predisposizione di un adeguato sistema di *compliance*, non sono in grado di prevedere *ex ante* se questo impegno sarà apprezzato in sede giudiziale.

IL GIUDIZIO DI IDONEITÀ DEL MODELLO 231

Le previsioni relative ai c.d. criteri soggettivi di imputazione (artt. 6 e 7 D.Lgs. n. 231/2001) non offrono alle imprese indicazioni puntuali e stringenti in ordine alla struttura e ai contenuti propri del Modello organizzato che possa aspirare ad ottenere una «*patente di idoneità*» da parte del giudice, la cui valutazione rimane altamente discrezionale e imprevedibile.

In questo contesto, la giurisprudenza ha progressivamente attribuito maggiore importanza alla **COLPA DI ORGANIZZAZIONE**, chiamata ad assumere un ruolo di primo piano nella responsabilità da reato degli enti.

LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE

1. In un *primo momento* la **colpa di organizzazione** è stata intesa come mancata predisposizione o inefficace attuazione di un Modello organizzativo idoneo, considerata come *fatto impeditivo* il cui **onere della prova** è addossato alla persona giuridica.

Seguendo questa prospettiva, i giudici si sono spesso limitati ad accertare l'esistenza del requisito oggettivo dell'interesse o vantaggio dell'ente, dando per scontato la conseguente sussistenza della colpa organizzativa.

LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE

2. Nella *giurisprudenza più recente* è al contrario emersa la tendenza ad attribuire autonoma rilevanza alla **colpa di organizzazione** come elemento costitutivo dell'illecito dell'ente, più precisamente come presupposto psicologico (*da non confondere con l'elemento soggettivo del reato presupposto!*).

Seguendo questa prospettiva, **LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE NON COINCIDE** *sic et simpliciter* **CON L'INESISTENZA DI UN IDONEO ED EFFICACE MODELLO ORGANIZZATIVO**.

L'ENTE RISPONDE PER UN FATTO PROPRIO, NON PER UN FATTO ALTRUI.

Cass. pen., Sezioni unite, sent. n. 38343/ 2014, Espenhahn

Con la sentenza n. 38343/2014 relativa al caso ThyssenKrupp le Sezioni Unite hanno definito la **responsabilità da reato degli enti** come una vera e propria **responsabilità da colpa di organizzazione** caratterizzata dal malfunzionamento della struttura organizzativa dell'ente, la quale dovrebbe essere volta a prevenire la commissione di reati mediante la predisposizione di adeguati Modelli organizzativi.

La colpa di organizzazione fonda dunque una **colpevolezza autonoma dell'ente**, distinta seppur connessa a quella della persona fisica.

Cass. pen., sent. n. 32899/2021, c.d. strage di Viareggio

Con la sentenza n. 32899/2021 relativa alla c.d. strage di Viareggio la Corte di Cassazione ha meglio definito la **colpa di organizzazione** e attribuito all'accusa l'**onere di provarne la sussistenza nel caso concreto**.

«La **mancata adozione e l'inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione** (...) non è un elemento costitutivo della tipicità dell'illecito dell'ente ma una circostanza atta *ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione (...). La quale, però, sul piano concettuale non coincide con l'inesistenza di un idoneo ed efficace modello organizzativo e di gestione; allo stesso modo in cui il fatto da provare non coincide con la circostanza che per presunzione legale vale a dimostrarlo. Ciò conferma la persuasività dell'affermazione secondo la quale incombe sull'accusa l'onere di dare dimostrazione della colpa di organizzazione, mentre l'ente può dare dimostrazione della assenza di tale colpa».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

Con la successiva sentenza n. 23401/2022 (Impregilo) la Corte di Cassazione ha meglio definito:

1. il **giudizio di idoneità del Modello** richiesto al giudice;
2. il concetto di **colpa di organizzazione**.

Secondo la Corte, nel giudizio di idoneità del Modello ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001 non è prevista alcuna inversione dell'onere probatorio, essendo piuttosto necessario analizzare proprio il concetto di **colpa di organizzazione** quale principio a fondamento della responsabilità dell'ente (come già precisato dalle Sezioni unite, sent. n. 38343/ 2014, Espenhahn).

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

«Nel giudicare dell'**idoneità del modello organizzativo**, poi, è indiscutibile che non possa assegnarsi rilievo al fatto che un reato sia stato effettivamente consumato: ad opinare diversamente, infatti, qualora un reato venisse realizzato, essendosi il modello rivelatosi, nei fatti, incapace di prevenirne la commissione, la clausola di esonero della responsabilità dell'ente non potrebbe mai trovare applicazione e la citata disposizione normativa sarebbe, di fatto, *inutiliter data*.

La commissione del reato, in altri termini, non equivale a dimostrare che il modello non sia idoneo. Il rischio reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l'ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

In presenza di un Modello organizzativo, la Corte ha dunque **escluso qualsiasi automatismo tra la commissione del reato presupposto e la responsabilità dell'ente**.

«Il modello costituisce uno degli elementi che concorre alla configurabilità o meno della **colpa dell'ente**, nel senso che la rimproverabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, l'imputazione ad esso dell'illecito sono collegati all'inidoneità od all'inefficace attuazione del modello stesso, secondo una **concezione normativa della colpa**: in estrema sintesi, **l'ente risponde in quanto non si è dato un'organizzazione adeguata**, omettendo di osservare le regole cautelari che devono caratterizzarla, secondo le linee dettate dal citato art. 6».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

Quello dell'ente è dunque da considerare un **ILLECITO COLPOSO DI EVENTO**, ove l'evento è rappresentato dal reato presupposto (*che non può essere inteso come mera condizione obiettiva di punibilità*).

In questa prospettiva, la Corte si sofferma sulla c.d. **causalità della colpa**, valorizzando il c.d. **comportamento alternativo lecito**: non vi è colpa quando non è possibile escludere *con certezza* la verificazione dell'evento reato anche nel caso fosse stata osservata la cautela prescritta.

«Se, cioè, l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa. Ne deriva che, nel caso in cui non sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, **la responsabilità colposa non potrà essere affermata**».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

«Nel momento in cui si costruisce una responsabilità dell'ente per colpa, questo tipo di valutazione dev'essere condotta anche nel **giudizio sull'idoneità dei modelli adottati**. Ne consegue che il giudice, nella sua valutazione, dovrà collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed evitabilità qualora fosse stato adottato il modello "virtuoso", secondo il meccanismo epistemico-valutativo della c.d. "**prognosi postuma**", già sperimentato in altri ambiti del diritto penale. Peraltro, tale valutazione dovrà necessariamente spingersi a verificare anche l'**attuazione del modello in termini di efficacia** (D.Lgs. n. 231 cit., artt. 6 e 7), basandosi su elementi di fatto concreti, raccolti in istruttoria (testimonianze, perizie, prove scientifiche)».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

La Corte riconosce poi l'importanza della predisposizione di un «**Modello sartoriale**», ritagliato cioè sulle specificità dell'ente.

«Il giudice, dunque, è chiamato ad una **valutazione del modello in concreto**, non solo in astratto. Tale controllo, tuttavia, è sempre limitato alla verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché dev'escludersi che il controllo giudiziario del *compliance* abbia una portata "totalizzante", dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. È all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

Nella sentenza Impregilo e in altre successive pronunce (v. sent. n. 570/2023) la Corte identifica dunque la **COLPA DI ORGANIZZAZIONE addebitabile all'ente** nella mancata predisposizione di tutti gli accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati *del tipo* di quello realizzato, intesa come ***deficit* organizzativo** il cui riscontro conduce all'imputazione dell'ente dell'illecito realizzato nel suo interesse o a proprio vantaggio.

La **mancata adozione**, l'**inidoneità** o l'**inefficace attuazione dei Modelli** non rappresenta un elemento costitutivo della tipicità dell'illecito dell'ente, quanto piuttosto una circostanza idonea a dimostrare *ex lege* l'esistenza di una colpa di organizzazione, che deve essere comunque provata dall'accusa e smentita dall'ente.

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

I profili di colpa ascrivibili all'autore del reato presupposto nulla hanno a che vedere con la **colpa di organizzazione** che caratterizza l'illecito amministrativo imputabile all'ente, la quale costituisce il modo d'essere colposo, specificamente individuato, proprio dell'ente che ha permesso al soggetto (persona fisica) di commettere il reato.

L'elemento finalistico della condotta deve essere conseguenza non tanto dell'atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica, quanto di un preciso **assetto organizzativo negligente dell'impresa** inteso in senso normativo, in quanto fondato sul rimprovero derivante dall'inottemperanza dell'obbligo di adottare le cautele organizzative e gestionali necessarie a prevenire la commissione di un determinato reato.

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

La Corte indica poi il **parametro** a cui ancorare il giudizio di idoneità del Modello organizzativo.

«Le **linee-guida elaborate dagli enti rappresentativi di categoria** non possono rappresentare la regola organizzativa esclusiva ed esaustiva. L'art. 6, comma 4, D.Lgs. cit. prevede un procedimento funzionale, almeno nelle intenzioni del legislatore, da un lato, a fissare, attraverso le c.d. linee guida, parametri orientativi per le imprese nella costruzione del "modello organizzativo"; dall'altro, a temperare la discrezionalità del giudice nella valutazione dell'idoneità del modello stesso. Tuttavia, occorre prendere atto che il percorso in ordine ai criteri di progettazione e implementazione del modello da parte dell'impresa è frutto di un processo di auto-normazione, in cui è l'impresa, anche tenendo presenti le indicazioni delle associazioni di categoria, che individua le cautele da porre in essere per ridurre il rischio di commissione dei reati».

Cass. pen., sent. n. 23401/2022 (ud. 11.11.2021), Impregilo

«Vi è, quindi, la necessità che il modello sia quanto più singolare possibile, perché, solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge.

Di contro, in presenza di un **modello organizzativo conforme a quei codici di comportamento**, il giudice sarà tenuto specificamente a motivare le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi la "colpa di organizzazione" dell'ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato».

ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO DELL'ENTE

IN CONCLUSIONE

L'assenza del Modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell'illecito dell'ente.

Al contrario, sono **elementi costitutivi dell'illecito dell'ente** la **colpa di organizzazione**, il **reato presupposto** e il **nesso causale tra i due** (unitamente al requisito oggettivo dell'interesse o vantaggio dell'ente).

MA COME RISOLVERE IL PROBLEMA DELL'INCERTEZZA DERIVANTE DALLA VALIDAZIONE GIUDIZIALE DEL MODELLO?

De lege lata…

Nel riconoscere la colpa di organizzazione come elemento costitutivo della responsabilità da reato degli enti e nell'attribuire alle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria un ruolo di «guida» nella redazione dei sistemi di *compliance* interni all'ente, la Corte di Cassazione ha compiuto dei significativi passi in avanti rispetto all'originaria interpretazione del *post hoc, ergo propter hoc*.

Ciononostante, permangono ancora alcuni **aspetti problematici**, derivanti soprattutto dalla costante **incertezza legata alla validazione dei Modelli** da parte del giudice penale.

MA COME RISOLVERE IL PROBLEMA DELL'INCERTEZZA DERIVANTE DALLA VALIDAZIONE GIUDIZIALE DEL MODELLO?

De lege ferenda…

Seguendo autorevole dottrina, è possibile pensare ad una **formalizzazione del processo di elaborazione dei Modelli organizzativi**, sulla scorta delle linee guida in ambito medico.

Le associazioni di categoria potrebbero puntare alla creazione di **Modelli e protocolli pilota**, sempre suscettibili di integrazioni di dettaglio in ragione delle peculiarità organizzative e operative di ciascun ente.

I sistemi di *compliance* costruiti secondo queste regole potrebbero essere assistiti da una presunzione *iuris tantum* di idoneità preventiva, superabile dal giudice solo tramite una motivazione «rafforzata».

MA COME RISOLVERE IL PROBLEMA DELL'INCERTEZZA DERIVANTE DALLA VALIDAZIONE GIUDIZIALE DEL MODELLO?

De lege ferenda…

Sarebbe inoltre possibile pensare ad una **cooperazione tra Pubblica Amministrazione ed ente nella fase di predisposizione del Modello**, ad esempio tramite un **sistema di certificazione preventiva** dello stesso che permetta alle società di conoscerne *ex ante* l'idoneità e non avere pertanto «sorprese» in sede giudiziale, nel caso di concreta ed efficace attuazione.

Ciò avviene già in alcuni sistemi sudamericani, tra cui quello cileno (*sistema di certificazione preventivo*, che consente alle imprese di sottomettere preventivamente l'adozione del proprio Modello alla valutazione di un ente certificatore registrato) e quello peruviano (*perizia sull'idoneità del Modello* adottato prima della commissione del reato).