Convegno Federmanager Bologna Ferrara Ravenna del 26/11/2020

Il D. Lgs. 231/2001

Avv.Andrea Landolfi

Il D. Lgs. n. 231/2001
- La responsabilità dell'Ente e l'esimente

L'ente ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. 231/2001, è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

- da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia funzionale e finanziaria;
- da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione o il controllo dell'ente stesso;
- da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali.

INTERESSE
intenzione a conseguire un vantaggio o profitto per la società anche in assenza di un risultato concreto

VANTAGGIO
profitto (economico o di altra natura) concretamente conseguito dalla società a seguito della commissione del reato

Il D. Lgs. n. 231/2001
- La responsabilità dell'Ente e l'esimente

L' ente non risponde (esimente) se prova:

- che ha *preventivamente* adottato, prima della commissione del fatto, un modello organizzativo e di gestione idoneo ad individuare e prevenire reati
- che ha affidato ad un proprio organismo il compito di vigilare sul funzionamento, osservanza e aggiornamento dei modelli
- la violazione fraudolenta dei modelli da parte degli autori del reato
- la diligenza dell'organismo di vigilanza e dei soggetti incaricati della gestione e del controllo.

Il Decreto Legislativo n. 231/2001: esempi di applicazioni giurisprudenziali

Trib. Milano, sent. 13 febbraio 2008, n. 1774

La predisposizione dei modelli organizzativi e l'istituzione di un organo di controllo sono sicuramente facoltativi.
Tuttavia, la loro mancata attuazione può avere conseguenze sotto il profilo delle responsabilità civili degli amministratori.
Infatti, in caso di condanna dell'Ente, i soci possono esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori per non aver adottato i modelli organizzativi e per non aver provveduto ad istituire un organo di controllo.

Trib. Milano, sent. 13 febbraio 2008, n. 1774 (segue)

Responsabilità degli amministratori per mala gestio
La mancanza di un'espressa obbligatorietà nell'adozione dei modelli ha indotto le imprese ad affrontare la questione relativa all'**adeguamento dell'assetto organizzativo,** in termini di mera **valutazione dei costi - economici e organizzativi** - da sostenere per «attuare» un modello gestorio rispondente alla norma.
La sentenza n. 1774/2008 apre - almeno di fatto - il campo alla **obbligatorietà nell'adozione: pare infatti dire il Collegio** che questo sia il solo modo per evitare la responsabilità per i danni patiti dalla società, qualora quest'ultima incorra nella responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001.

Cassazione, IV sezione penale n. 13575 del 5 maggio 2020

In tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica il vantaggio di cui all’art. 5 d.lgs. 231/2001 operante quale criterio di imputazione oggettiva della responsabilità può consistere anche nella velocizzazione degli interventi manutentivi che sia tale da incidere sui tempi di lavorazione - nell’ipotesi di colpa specifica concernente l'omessa adeguata previsione di un modello organizzativo adeguato rientra anche la mancata formazione dei dipendenti

Nel caso di specie alla società era stata ritualmente contestata un'ipotesi di colpa specifica concernente l'omessa adeguata previsione di un modello organizzativo adeguato, nel quale rientra anche la mancata formazione dei dipendenti

Cassazione, IV sezione penale n. 3731 del 29 gennaio 2020

in tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica il giudice di merito, ove investito da specifica deduzione, deve procedere innanzitutto ad accertare l'esistenza o meno di un modello organizzativo e di gestione, quindi, ove il modello esista, deve verificare che lo stesso sia conforme alle norme ed infine deve accertare che esso sia stato efficacemente attuato o meno nell'ottica prevenzionale prima della commissione del fatto)

Nel caso di specie non vi è stata, in realtà, specifica deduzione difensiva relativa al modello organizzativo e di gestione ex Decreto Legislativo n. 231 del 2001, articolo 6 e Decreto Legislativo n. 81 del 2008, articolo 30, avendo, a ben vedere, la difesa incentrato tutte le proprie argomentazioni sulla efficacia nel caso di specie del documento di valutazione del rischio (DVR), che è cosa diversa dal richiamato modello organizzativo.

Cassazione, IV sezione penale n. 29538 dell' 8 luglio 2019

La colpa di organizzazione deve intendersi in senso normativo ed è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli

Cassazione, IV sezione penale n. 29538 dell' 8 luglio 2019

Ha, inoltre, precisato che il modello organizzativo adottato, sebbene conforme alle norme BS OHSAS 18001:2007, non era stato efficacemente attuato, come richiesto dal Decreto Legislativo n. 231 del 2001, articolo 6, comma 1, lettera a): pur essendosi provveduto all'analisi dei rischi con riferimento all'impianto di verniciatura e, segnatamente, all'attività dei capi turno, l'istruzione operativa predisposta era incompleta Era inoltre mancata un'attività di monitoraggio sulle misure prevenzionistiche già approntate in azienda e di adeguamento della specifica procedura ai rischi propri dell'attività di ricerca dei difetti sul nastro. Ulteriori addebiti erano stati segnalati, anche con riferimento alle attività di audit e ai ritardi nella esecuzione delle attività previste dall'Action Plan

Cassazione, IV sezione penale n. 29538 dell' 8 luglio 2019

L'attenzione del giudice si è focalizzata sull'inefficace attuazione del modello adottato, sia con riferimento alla mancata previsione di istruzioni operative per l'attività di rilevamento dei difetti sopra descritta; che avuto riguardo all'attività di monitoraggio, anch'essa inadeguata rispetto ai rischi esistenti e alla realizzazione di un sistema di vigilanza - da parte del competente organismo - che riguardasse l'attuazione del modello organizzativo e non la concreta osservanza, nei luoghi di lavoro, delle norme in esso previste, come affermato dalla difesa.

Cassazione, VI sezione penale n. 12528 del 20 marzo 2019

Istigazione alla corruzione e truffa - misure cautelari personali - il pericolo di reiterazione del reato deve essere non solo concreto ma anche attuale - l'adozione da parte della società di un codice etico, di un modello di organizzazione e di un organo di vigilanza idonei a prevenire reati del genere di quelli contestati sono circostanze idonee non soltanto ad attenuare ma anche a elidere il pericolo di reiterazione del reato

Cassazione, VI sezione penale n. 54640 del 6 dicembre 2018

con riguardo a reati commessi da chi riveste posizione apicale la stessa trova espressione nell'articolo 6, alla cui stregua l'ente, altrimenti responsabile, può opporre, secondo la scelta del legislatore delegato, la prova della preventiva adozione e attuazione di idonei modelli organizzativi, volti a prevenire reati della specie di quello verificatosi, dell'affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli a organismo dell'ente dotato di autonomi poteri, della fraudolenta elusione dei modelli, della non ravvisabilità di un'omessa o insufficiente vigilanza; con riguardo invece a reati commessi da soggetti non apicali, la colpa, avente comunque il significato di rinviare ad un sistema complessivo di regole, è espressa dall'articolo 7, in forza del quale l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, inosservanza che è comunque da escludere in caso di preventiva adozione e attuazione di idonei modelli organizzativi.
Il sistema nel suo complesso, come posto in luce anche dalla dottrina, si fonda dunque sulla concreta riconducibilità del fatto alla sfera di operatività e interesse dell'ente e ad un profilo di immedesimazione della responsabilità, la quale può essere esclusa solo nel caso di preventiva adozione di idonei modelli organizzativi, cui sia correlato un proficuo e mirato sistema di prevenzione.

Cassazione, VI sezione penale n. 38243 dell' 8 agosto 2018

Il Tribunale di Brindisi e la Corte di appello di Lecce, all'esito di un accurato scrutinio dell'assetto organizzativo della (X), hanno acclarato che, sino al 2008, la (X) s.r.l. non disponeva di alcuna norma organizzativa interna o di alcun presidio di prevenzione del rischio reato; parimenti non vi era una struttura di vigilanza indipendente dall'organo di gestione e vi era alcun sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.
L'attività di vigilanza era demandata all'ufficio del personale, che è privo di quelle connotazioni di autonomia proprie dell'organismo previsto dall'art. 6, primo comma, lett. b), del d.lgs. n. 231 del 2001, né vi era una regolamentazione dei flussi informativi; l'attività di formazione, inoltre, riguardava solo il codice etico.
Nel codice etico previsto dalla (X) A.G., con sede in Germania, e recepito dalla (X) s.r.l, non vi era, peraltro, traccia di una valutazione da parte degli organi gestori delle peculiarità del rischio da reato ed, in particolare, del rischio di corruzione secondo le previsioni dell'ordinamento italiano.
Per converso, solo dopo la emissione delle ordinanza di custodia cautelare relativa ai fatti contestati nel presente processo, era stata effettuata la analisi di rischio, adottato il modello organizzato e tenuta la prima riunione dell'organismo di vigilanza, all'esito della quale erano state irrogate sanzioni disciplinari nei confronti di ….
Correttamente, pertanto, la Corte di appello di Lecce, a fronte della mancata adozione da parte della (X) s.r.l. del modello organizzativo, ha ritenuto sussistente la responsabilità della ricorrente per la radicale mancata adozione di quelle doverose cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità dell'ente stesso.

Cassazione, VI sezione penale n. 38243 dell' 8 agosto 2018 segue

Il codice etico, del resto, pur non espressamente contemplato dal d.lgs. 231 del 2001 può certamente concorrere alla realizzazione delle finalità di adeguatezza organizzativa proprie di tale disciplina, ma non può surrogare la mancata adozione di un modello di gestione e, quindi, di un più vasto ed articolato sistema di cautele organizzative a contenuto cautelare finalizzato a minimizzare il rischio che i soggetti incardinati nella struttura dell'ente possano commettere le varie tipologie di reati cui è connessa la responsabilità dell'ente.
Tale assunto è stato, peraltro, espressamente evidenziato nella giurisprudenza di merito sin dagli albori applicativi del d.lgs. n. 231 (G.I.P. Tribunale Milano 27 aprile 2004), che ha rilevato come la efficacia esimente del modello organizzato si fonda su elementi (mappatura dei rischi di reato; procedure aziendali; istituzione dell'organismo di vigilanza) non presenti nel mero codice etico.
Il riscontro del deficit organizzativo della (X) conseguente alla mancata adozione del modello organizzativo ha, pertanto, consentito una piana e agevole ascrizione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo.
Del resto, nella trama sistematica della responsabilità da reato degli enti, la persona giuridica che abbia omesso di adottare ed attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde del reato presupposto commesso da un suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (Sez. 6, n. 36083 del 09/07/2009, Mussoni, Rv. 244256).

Tribunale di Milano, XII sezione penale, in funzione di Giudice del Riesame 3 maggio 2018

...Del resto il pericolo di reiterazione contrastato con la misura cautelare adottata nei confronti dell'Ente è da individuarsi nel rischio di commissione da parte della società di reati della stessa indole a prescindere dalla persona fisica che possa rendersene autrice e come si è visto l'Ente al suo interno non ha, ancora oggi, gli strumenti organizzativi per fronteggiare in modo adeguato tale esigenza cautelare.

> E' dunque attuale e concreto il pericolo di reiterazione del reato e cioè il rischio che all'interno della società maturino altri reati della stessa indole, posti in essere dagli attuali vertici o grazie alla loro compiacente negligenza, tenuto conto che la struttura organizzativa della società, che per lungo tempo ha consentito la commissione dei reati in questione, ancora oggi anche a seguito dell'adozione del predetto modello di gestione non è idonea a far fronte in modo adeguato al pericolo di commissione di analoghi reati, e che il mutamento dei vertici non ha una portata dirimente, tenuto conto di quanto sopra esposto, per giungere ad una valutazione di assenza del rischio di recidiva.

Del resto non può non sottolinearsi per un verso la rilevanza della sottovalutazione del rischio specificamente collegato alle condotte criminose per cui si procede, contenuta nel modello gestionale e per l'altro la notevole protrazione temporale dello stato esistente, caratterizzato dall'inefficace contenimento del rischio, ciò che dimostra il grave deficit organizzativo, inficiante l'attitudine alla prevenzione del sistema di controllo interno adottato.

Tribunale di Milano, XII sezione penale, in funzione di Giudice del Riesame 3 maggio 2018

colpa di organizzazione riconoscibile in capo all'ente che, all'epoca della vicenda oggetto del procedimento, non era dotato di alcun modello gestionale volto alla prevenzione dei reati –

permeabilità dell'ente rispetto alle condotte di autoriciclaggio non superata dall'adozione del nuovo modello di organizzazione e gestione né dal cambio degli organi apicali –

modello organizzativo successivamente adottato ma viziato da una rilevante sottovalutazione del rischio specificamente collegato ai reati oggetto del procedimento giacché omette ogni ponderazione del rischio di autoriciclaggio e definisce il rischio in ordine alla possibile commissione di reati di riciclaggio soltanto "modesto" –

successivo rapporto dell'organismo interno di vigilanza segnalante proprio l'assenza di procedure aziendali deputate alla prevenzione del rischio di commissione di fatti di riciclaggio -