

Appunti sparsi sulla responsabilità degli enti alla luce della più recente giurisprudenza

avv. Vittore d'Acquarone

avv. Riccardo Roscini-Vitali



1. Il Modello 231 e l'Odv al centro del sistema della responsabilità dell'ente
2. Il Modello 231: il tema della sua 'idoneità a prevenire'
3. Il rischio di una responsabilità oggettiva
 - 3.1. Spin-off: l' 'enciclopedico' catalogo dei reati presupposto
 - 3.2. Spin-off: i principali standard per il presidio dei principali rischi aziendali
4. Un possibile rimedio: un'interpretazione alternativa dell'idoneità alla prevenzione
 - 4.1. La misura oggettiva della 'possibilità'
 - 4.1.1. Spin-off: la gerarchia delle precauzioni in rapporto all'intensità dei rischi di reato quale misura della loro proporzionalità
5. Problema: la colpa in organizzazione non sembra gravitare intorno all'orbita degli elementi costitutivi della fattispecie
 - 5.1. Conseguenze critiche con riguardo alla contestazione dell'illecito amministrativo
6. La recente virata della giurisprudenza verso l'Odv
 - 6.1. Primo tema sull'Odv: inquadramento della sua natura giuridica
 - 6.1.1. Requisiti dell'Odv: profili definitivi
 - 6.2. Secondo tema sull'Odv: responsabilità dell'Organismo in sede penale e civile (il retroterra normativo)
 - 6.2.1. *Segue*: responsabilità dell'Odv in sede penale (le indicazioni di Confindustria)
 - 6.2.2. *Segue*: responsabilità dell'Odv in sede civile (il tracciato teorico della dottrina)
 - 6.2.3. *Segue*: annotazioni sparse sulla responsabilità dell'Odv in sede penale e civile
 - 6.2.4. *Segue*: un potenziale 'cono d'ombra' sulla c.d. colpa di reazione?
 - 6.3. Terzo tema sull'Odv: Codice della crisi e dell'insolvenza (alcune telegrafiche coordinate normative)
 - 6.3.1. *Segue*: il nuovo co. 2 dell'art. 2086, c.c. (lo specifico dovere organizzativo dell'imprenditore)
 - 6.3.2. *Segue*: il Modello 231 e i presidi aziendali specialistici
 - 6.3.3. *Segue*: il Modello 231 coincide con l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e viceversa?
 - 6.3.4. *Segue*: controindicazioni all'immedesimazione tra Modello 231 e assetto organizzativo, amministrativo e contabile
 - 6.3.5. *Segue*: dall'integrazione dei 'sistemi' alla segregazione intelligente dei compiti e delle responsabilità

1. Il Modello 231 e l'Odv al centro del sistema della responsabilità dell'ente

Quelli del Modello 231 e dell'Odv possono apparire temi 'eccentrici' rispetto alle questioni di stretto diritto e procedura penale della responsabilità dell'ente. Tuttavia, sembrano costituire il 'cuore' elettivo della disciplina, gravitando intorno a essi alcune tra le principali – e ancora aperte – questioni sostanziali e procedurali.

Modello 231

«I modelli di organizzazione e gestione costituiscono il **vero cardine** del nuovo sistema di responsabilità delle persone giuridiche»

Trib. Bari, sez. g.i.p., 18 aprile 2005

Odv

«L'aver elaborato e adottato un modello idoneo di organizzazione **non basta** ad esimere la società da responsabilità amministrativa, essendo anche **necessaria** l'istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di modelli attribuita ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo»

App. Milano, sez. II, 21 marzo 2012 (dep. 8 giugno 2012), n. 1824

2. Il Modello 231: il tema della sua 'idoneità a prevenire'

«[...] 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 [...]

Art. 6, co. 1, lett. a), D.Lgs. 231/2001

Il legislatore non sembra utilizzare il verbo «prevenire» in altre occasioni. Per esempio, nel codice penale sembra potersi rintracciare tale verbo in una sola occasione: **art. 437, co. 1, c.p.** (Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro)

Prevenire: «prendere **tutte le precauzioni necessarie** perché un evento negativo o dannoso non si verifichi»

Vocabolario Treccani

3. Il rischio di una responsabilità oggettiva

Trasponendo la definizione di 'prevenire' elaborata da Treccani all'interno del contesto del D.Lgs. 231/2001, sembra che il Modello 231 possa dirsi idoneo nel solo caso in cui lo stesso contenga **tutte le precauzioni necessarie** a mitigare i rischi di reato

Se così è...



Atteso che:

- i reati presupposto attualmente presenti nel catalogo di cui al D.Lgs. 231/2001 sono più di **220**;
 - gli **standard** per la prevenzione dei rischi aziendali si sono, nel tempo, moltiplicati e raffinati;
- il Modello 231 sembra fisiologicamente non potere contenere «tutte le precauzioni necessarie perché un evento negativo o dannoso non si verifichi».



Se così intesa l'idoneità alla prevenzione, sembrano destinati (i) il Modello 231 a essere sempre dichiarato inidoneo e, di conseguenza, (ii) l'ente a essere sempre condannato. Si rischia, perciò, che la contestazione all'ente si risolva in una forma di **responsabilità oggettiva**, risultante dall'equazione per cui la consumazione stessa del reato presupposto certificherebbe di default l'inidoneità del Modello 231.

3.1. Spin-off: l'‘enciclopedico’ catalogo dei reati presupposto

Illeciti amministrativi					
Art. 24, D.Lgs. 231/2001	Art. 24- <i>bis</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 24- <i>ter</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25, D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>bis</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>bis</i> .1, D.Lgs. 231/2001
Reati presupposto					
Art. 316- <i>bis</i> , c.p. Art. 316- <i>ter</i> , c.p. Art. 640, co. 2, n. 1, c.p. Art. 640- <i>bis</i> , c.p. Art. 640- <i>ter</i> , c.p. Art. 356, c.p. Art. 2, L. 898/1986	Art. 491- <i>bis</i> , c.p. Art. 615- <i>ter</i> , c.p. Art. 615- <i>quater</i> , c.p. Art. 615- <i>quinqies</i> , c.p. Art. 617- <i>quater</i> , c.p. Art. 617- <i>quinqies</i> , c.p. Art. 635- <i>bis</i> , c.p. Art. 635- <i>ter</i> , c.p. Art. 635- <i>quater</i> , c.p. Art. 635- <i>quinqies</i> , c.p. Art. 640- <i>quinqies</i> , c.p. Art. 1, co. 11, D.L. 105/2019	Art. 416- <i>bis</i> , c.p. Art. 416, c.p. Art. 416- <i>ter</i> , c.p. Art. 630, c.p. Art. 74, D.P.R. 309/1990 L. 203/1991 Art. 407, co. 2, lett. a), n. 5, c.p.p.	Art. 317, c.p. Art. 318, c.p. Art. 319, c.p. Art. 319- <i>bis</i> , c.p. Art. 319- <i>ter</i> , c.p. Art. 319- <i>quater</i> , c.p. Art. 320, c.p. Art. 321, c.p. Art. 322, c.p. Art. 322- <i>bis</i> , c.p. Art. 346- <i>bis</i> , c.p. Art. 314, c.p. Art. 316, c.p. Art. 323, c.p.	Art. 454, c.p. Art. 453, c.p. Art. 455, c.p. Art. 457, c.p. Art. 459, c.p. Art. 460, c.p. Art. 461, c.p. Art. 464, c.p. Art. 473, c.p. Art. 474, c.p.	Art. 513- <i>bis</i> , c.p. Art. 513, c.p. Art. 514, c.p. Art. 515, c.p. Art. 516, c.p. Art. 517, c.p. Art. 517- <i>ter</i> , c.p. Art. 517- <i>quater</i> , c.p.

Illeciti amministrativi					
Art. 25-ter, D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>quater</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>quater</i> .1, D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>quinqües</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>sexies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 187- <i>quinqües</i> , TUF
Reati presupposto					
Art. 2621, c.c. Art. 2621- <i>bis</i> , c.c. Art. 2622, c.c. Art. 2625, co. 2, c.c. Art. 2626, c.c. Art. 2627, c.c. Art. 2628, c.c. Art. 2629, c.c. Art. 2629- <i>bis</i> , c.c. Art. 2632, c.c. Art. 2633, c.c. Art. 2635, c.c. Art. 2635- <i>bis</i> , c.c. Art. 2636, c.c. Art. 2637, c.c. Art. 2638, co. 1 e 2, c.c.	Art. 270, c.p. Art. 270- <i>bis</i> , c.p. Art. 270- <i>bis</i> .1, c.p. Art. 270- <i>ter</i> , c.p. Art. 270- <i>quater</i> , c.p. Art. 270- <i>quater</i> .1, c.p. Art. 270- <i>quinqües</i> , c.p. Art. 270- <i>quinqües</i> .1, c.p. Art. 270- <i>quinqües</i> .2, c.p. Art. 270- <i>sexies</i> , c.p. Art. 280, c.p. Art. 280- <i>bis</i> , c.p. Art. 280- <i>ter</i> , c.p. Art. 289- <i>bis</i> , c.p. Art. 289- <i>ter</i> , c.p. Art. 302, c.p. Art. 304, c.p. Art. 305, c.p. Art. 306, c.p. Art. 307, c.p. Art. 1, L. 342/1976 Art. 2, L. 342/1976 Art. 3, L. 442/1989 Art. 5, D.Lgs. 625/1979 Art. 2, Convenzione di New York del 09/12/1999	Art. 583- <i>bis</i> , c.p.	Art. 600, c.p. Art. 600- <i>bis</i> , c.p. Art. 600- <i>ter</i> , c.p. Art. 600- <i>quater</i> , c.p. Art. 600- <i>quater</i> .1, c.p. Art. 600- <i>quinqües</i> , c.p. Art. 601, c.p. Art. 602, c.p. Art. 603- <i>bis</i> , c.p. Art. 609- <i>undecies</i> , c.p.	Art. 184, D.Lgs. 58/1998 Art. 185, D.Lgs. 58/1998	Art. 15, Reg. (UE) 596/2014 Art. 14, Reg. (UE) 596/2014

Illeciti amministrativi					
Art. 25- <i>septies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>octies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>octies</i> .1, D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>novies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>decies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>undecies</i> , D.Lgs. 231/2001
Reati presupposto					
Art. 590, c.p. Art. 589, c.p.	Art. 648, c.p. Art. 648- <i>bis</i> , c.p. Art. 648- <i>ter</i> , c.p. Art. 648- <i>ter</i> .1, c.p.	Art. 493- <i>ter</i> , c.p. Art. 493- <i>quater</i> , c.p. Art. 640- <i>ter</i> , c.p.	Art. 171, co. 3, L. 633/1941 Art. 171, co. 1, lett. a- <i>bis</i>), L. 633/1941 Art. 171- <i>bis</i> , co. 1, L. 633/1941 Art. 171- <i>bis</i> , c. 2, L. 633/1941 Art. 171- <i>ter</i> , L. 633/1941 Art. 171- <i>septies</i> , L. 633/1941 Art. 171- <i>octies</i> , L. 633/1941	Art. 377- <i>bis</i> , c.p.	Art. 452- <i>quater</i> , c.p. Art. 452- <i>bis</i> , c.p. Art. 452- <i>quinquies</i> , c.p. Art. 452- <i>sexies</i> , c.p. Art. 452- <i>octies</i> , c.p. Art. 727- <i>bis</i> , c.p. Art. 733- <i>bis</i> , c.p. Artt. 1, 2, 3- <i>bis</i> e 6, L. 150/1992 Art. 137, D.Lgs. 152/2006 Art. 256, D.Lgs. 152/2006 Art. 257, D.Lgs. 152/2006 Art. 259, D.Lgs. 152/2006 Art. 258, D.Lgs. 152/2006 Art. 452- <i>quaterdecies</i> , c.p. Art. 260- <i>bis</i> , D.Lgs. 152/2006 Art. 279, D.Lgs. 152/2006 Art. 8, D.Lgs. 202/2007 Art. 9, D.Lgs. 202/2007 Art. 3, L. 549/1993

Illeciti amministrativi						
Art. 25- <i>duodecies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>terdecies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>quaterdecies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>quinquiesdecies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 25- <i>sexiesdecies</i> , D.Lgs. 231/2001	Art. 12, L. 9/2013	L. 146/2006
Reati presupposto						
Art. 22, co. 12- <i>bis</i> , D.Lgs. 286/1998 Art. 12, co. 3, 3- <i>bis</i> , 3- <i>ter</i> e 5, D.Lgs. 286/1998	Art. 604- <i>bis</i> , c.p.	Art. 4, L. 401/1989 Art. 1, L. 401/1989	Art. 2, D.Lgs. 74/2000 Art. 3, D.Lgs. 74/2000 Art. 8, D.Lgs. 74/2000 Art. 10, D.Lgs. 74/2000 Art. 11, D.Lgs. 74/2000 Art. 4, D.Lgs. 74/2000 Art. 5, D.Lgs. 74/2000 Art. 10- <i>quater</i> , D.Lgs. 74/2000	Art. 282, D.P.R. 43/1973 Art. 283, D.P.R. 43/1973 Art. 284, D.P.R. 43/1973 Art. 285, D.P.R. 43/1973 Art. 286, D.P.R. 43/1973 Art. 287, D.P.R. 43/1973 Art. 288, D.P.R. 43/1973 Art. 289, D.P.R. 43/1973 Art. 290, D.P.R. 43/1973 Art. 291, D.P.R. 43/1973 Art. 291- <i>bis</i> , D.P.R. 43/1973 Art. 291- <i>ter</i> , D.P.R. 43/1973 Art. 291- <i>quater</i> , D.P.R. 43/1973 Art. 292, D.P.R. 43/1973 Art. 295, D.P.R. 43/1973	Art. 442, c.p. Art. 440, c.p. Art. 444, c.p. Art. 473, c.p. Art. 474, c.p. Art. 515, c.p. Art. 516, c.p. Art. 517, c.p. Art. 517- <i>quater</i> , c.p.	Art. 74, D.P.R. 309/1990 Art. 12, co. 3, 3- <i>bis</i> , 3- <i>ter</i> e 5, D.Lgs. 286/1998 Art. 291- <i>quater</i> , D.P.R. 43/1973 Art. 377- <i>bis</i> , c.p. Art. 378, c.p. Art. 416, c.p. Art. 416- <i>bis</i> , c.p.

3.2. Spin-off: i principali standard per il presidio dei principali rischi aziendali

Principali rischi aziendali (esemplificativi)					
IT (Art. 24-bis, D.Lgs. 231/2001)	Corruzione (Art. 25, D.Lgs. 231/2001)	Genuinità del prodotto e dell'informazione (Art. 25-bis.1, D.Lgs. 231/2001)	Salute e sicurezza sul lavoro (Art. 25-septies, D.Lgs. 231/2001)	Ambiente Art. 25-undecies, D.Lgs. 231/2001	Fiscalità (Art. 25-quinquiesdecies, D.Lgs. 231/2001)
Principali standard (esemplificativi)					
UNI CEI EN ISO/IEC 27001:2017 Tecnologie Informatiche - Tecniche di sicurezza - Sistemi di gestione della sicurezza dell'informazione - Requisiti	UNI ISO 37001:2016 Sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione - Requisiti e guida all'utilizzo	UNI EN ISO 9001:2015 Sistemi di gestione per la qualità - Requisiti	UNI ISO 45001:2018 Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro - Requisiti e guida per l'uso	UNI EN ISO 14001:2015 Sistemi di gestione ambientale - Requisiti e guida per l'uso	OECD Tax Control Framework (TCF)



La gestione di almeno i principali e più gravi rischi aziendali sembra già trovare cittadinanza in standard globalmente accreditati



Il 01/07/2021 è entrata in vigore la norma UNI ISO 37301:2021 (Sistemi di gestione per la compliance - Requisiti con guida per l'utilizzo), che specifica i requisiti e fornisce le linee guida per istituire, sviluppare, attuare, valutare, mantenere e migliorare un efficace sistema di gestione per la compliance all'interno di un'organizzazione.

4. Un possibile rimedio: un'interpretazione alternativa dell'idoneità alla prevenzione

Prevenire come 'prendere **tutte le precauzioni possibili** perché un evento negativo o dannoso non si verifichi'.

N.B. ↓

Il concetto di 'possibilità' sembra essere pressoché assente nella giurisprudenza di legittimità.

- «È da considerarsi 'colpa di organizzazione' dell'ente **ogni mancanza** propria dell'organizzazione produttiva complessa» [Cass. pen., S.U., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343]
- «[...] la c.d. colpa di organizzazione dell'ente, il non avere cioè predisposto **un insieme di accorgimenti preventivi idonei** ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato [...]» [Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010), n. 27735]

4.1. La misura oggettiva della 'possibilità'

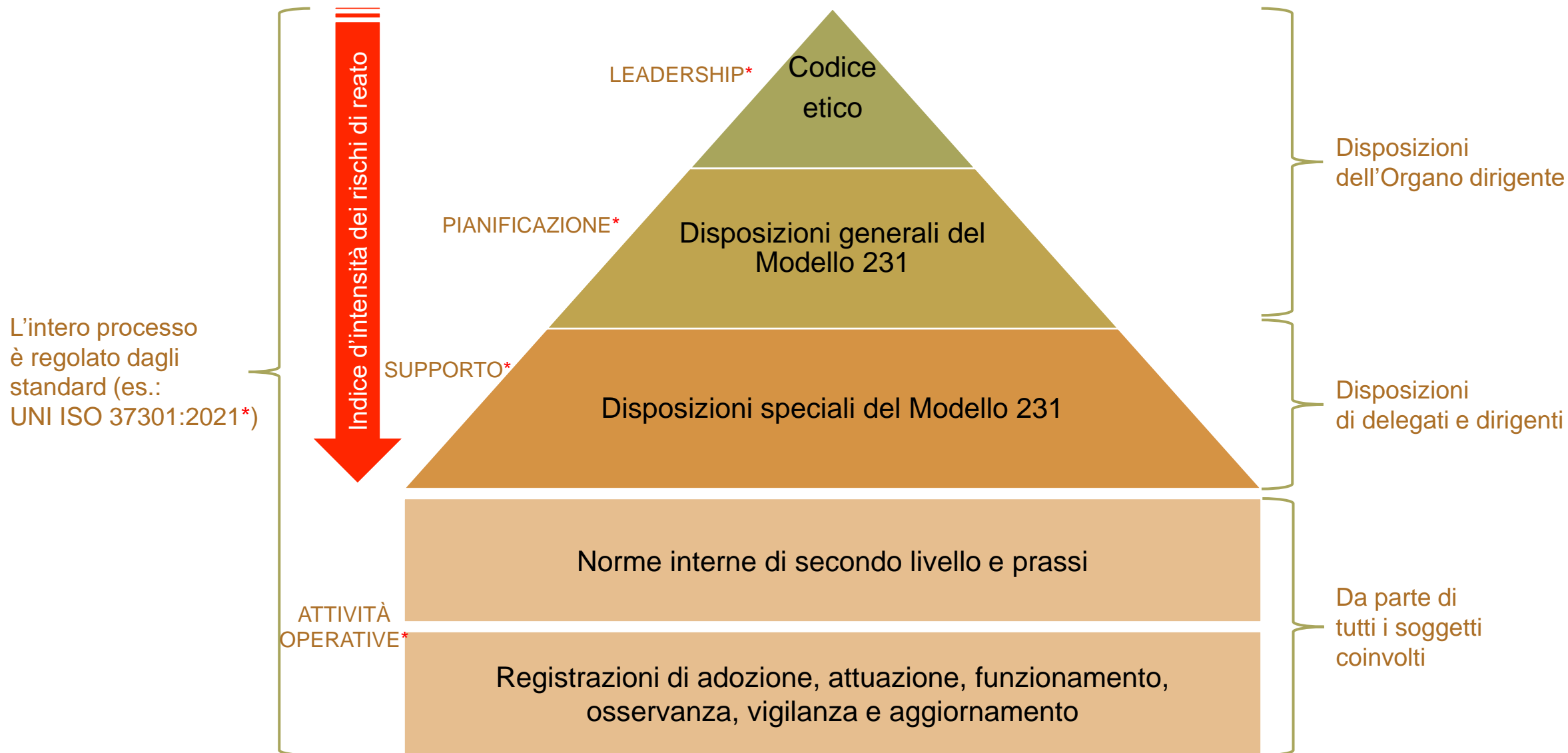
La 'possibilità' delle precauzioni sembra potere essere oggettivamente misurabile secondo due parametri: la **priorità** e la **proporzionalità** delle precauzioni in rapporto all'**intensità dei rischi di reato**.

N.B. ↓

I concetti di 'priorità' e 'proporzionalità' delle precauzioni sembrano essere presenti in parte della giurisprudenza di merito.

- «L'obbligo di **fattibilità** dei modelli va **correlato ai rischi specifici** di commissione degli illeciti, avuto riguardo alle dimensioni, all'organizzazione, alla natura dell'attività svolta e alla stessa 'storia' operativa dell'ente, di guisa che **più elevato è il pericolo nel caso concreto, più urgente e prioritario è l'obbligo di adozione dello strumento organizzativo**» [trib. Novara, sez. g.u.p., 1° ottobre 2010]
- «La efficacia, la specificità e la **dinamicità** appaiono elementi strutturali dei *compliance programs* cui si voglia attribuire una concreta idoneità ad assolvere le funzioni a cui sono destinati. [...] il modello dovrà essere dunque concreto, efficace e dinamico, cioè tale da **seguire i cambiamenti dell'ente** cui si riferisce. La necessaria concretezza del modello, infatti, ne determinerà ovviamente **necessità di aggiornamento parallele all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti**» [trib. Milano, sez. g.i.p., 20 settembre 2004]
- «I modelli, in quanto strumenti organizzativi della vita dell'ente, devono qualificarsi per la loro concreta e specifica efficacia e per la loro **dinamicità**: essi devono scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale. [...] per rendere cioè il modello non un mero strumento di facciata, dotato di un valore solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico, idoneo a **conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa ed organizzativa della persona giuridica**» [trib. Napoli, sez. g.i.p. (ord.), 26 giugno 2007]

4.1.1. Spin-off: la gerarchia delle precauzioni in rapporto all'intensità dei rischi di reato quale misura della loro proporzionalità





5. Problema: la colpa in organizzazione non sembra gravitare intorno all'orbita degli elementi costitutivi della fattispecie

Come segnalato, la colpa in organizzazione sembra essere **tipizzata** da fonti *extra* D.Lgs. 231/2001.

- «Vanno respinti i motivi di ricorso in merito alla non sufficiente precisione legislativa dei modelli organizzativi, in quanto che **l'obbligo gestionale imposto all'ente è ben delineato dalla normativa**. Va escluso ogni profilo di indeterminatezza in quanto, sebbene il legislatore non abbia indicato direttamente **l'integrale contenuto e le caratteristiche del modello**, queste **possono** ben **rinvenirsi** proprio **nella più generale normativa prevenzionistica** [...] nel rispetto dell'obbligo di autonormazione imposto al datore di lavoro nella valutazione dei rischi e nell'adozione delle misure» [Cass. pen., S.U., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343]

Cionondimeno, secondo parte della giurisprudenza, la colpa in organizzazione, *ut supra* intesa (non avere colposamente preso tutte le misure possibili secondo criteri di priorità e proporzionalità), non rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie inerente alla responsabilità dell'ente.

- «Ed è proprio l'esplicita previsione dell'inversione dell'onere della prova che induce a ritenere **il reato già perfetto e completo in tutti i suoi elementi costitutivi allorquando ricorrano le condizioni di cui all'art. 5**: reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetto che rivesta al suo interno una posizione apicale» [trib. Napoli, sez. g.i.p. (ord.), 26 giugno 2007]
- «Il perfezionamento della fattispecie di responsabilità amministrativa [...] in presenza dei soli elementi di cui all'art. 5 è avvalorato dalla disposizione contemplata nel comma 5 dell'art. 6 [...]. Risulta, pertanto, confermata la **natura di elemento impeditivo e non costitutivo** di siffatte condizioni (prima fra tutte l'adozione *ante factum* di idonei ed efficaci modelli di organizzazione e di gestione), nonché di elemento idoneo a paralizzare alcuni, ma non tutti, gli effetti giuridici sfavorevoli dipendenti dalla commissione dell'illecito che, sussistendo le condizioni di cui all'art. 5, deve ritenersi perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi» [trib. Napoli, sez. g.i.p. (ord.), 26 giugno 2007]

5.1. Conseguenze critiche con riguardo alla contestazione dell'illecito amministrativo

La conseguenza pratica della premessa giurisprudenziale di cui alla slide precedente è l'omessa precisazione, in forza presso la magistratura requirente, del difetto organizzativo all'interno della contestazione dell'illecito amministrativo. Ciò nonostante il legislatore prescrive, nell'art. 59, co. 2, D.Lgs. 231/2001, che «La contestazione contiene [...] **l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative** [...]».

Fortunatamente, sembrano non mancare alcune voci dissenzienti nella stessa magistratura giudicante.

- «[...] a conferma della netta distinzione tra comportamento-non reato addebitabile all'ente e comportamento-reato addebitabile alla persona fisica imputata, è che la norma distingue espressamente il fatto da cui deriva la responsabilità dell'ente dal reato. [...] Il detto art. 59 comma 2 del decreto dà chiara conferma, pertanto, che **una cosa è il reato, altra cosa è il fatto addebitabile all'ente**» [trib. Milano, sez. g.i.p. (ord.), 25 gennaio 2005]
- «Nessuna inversione dell'onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, **gravando** comunque **sull'accusa l'onere di dimostrare** [...] **la carente regolamentazione interna**» [Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010), n. 27735]
- «Allorché l'ente sia dotato di modello organizzativo al momento della commissione del reato presupposto [...], **è onere specifico del pubblico ministero precisare in che cosa si concretizzi l'inidoneità assunta a base dell'accusa**» [trib. Milano, sez. g.u.p. (ord.), 6 ottobre 2011]

Trib. Milano, sez. X, 28 settembre 2021 (dep. 24 dicembre 2021), n. 9501, p. 79 s.

«[...] l'assoluzione degli apicali dai reati loro rispettivamente ascritti per insussistenza del fatto conduce necessariamente al proscioglimento della società dal corrispondente illecito amministrativo; e tuttavia appare opportuno spendere ancora poche parole per rilevare come la contestazione nei confronti dell'ente sia *ictu oculi* generica quanto all'interesse o al vantaggio dell'ente medesimo, e come **l'istruttoria non abbia recato alcun elemento a sostegno dell'inidoneità del modello organizzativo a prevenire la consumazione dei delitti.** [...] Sotto il secondo profilo si rileva che, in presenza di un modello analiticamente predisposto e rigidamente proceduralizzato quale quello di [...] (si vedano per esempio le linee guida per il bilancio [...] – commesse a lungo termine; la *standard corporate procedure* per la redazione dei PSR; la *management system guideline* sul *market abuse*) **sarebbe stato preciso onere dell'Accusa evidenziarne lacune e carenze a cagione delle quali poteva essere favorita la commissione dei reati in contestazione».**

6. La recente virata della giurisprudenza verso l'Odv

Forse complici le ancora profonde incertezze della giurisprudenza in materia di valutazione giudiziale del Modello 231 – acuite dalla citata omessa precisazione, da parte della pubblica accusa, del difetto organizzativo all'interno della contestazione dell'illecito amministrativo, che sembra, di conseguenza, dilatare a dismisura l'oggetto della valutazione giudiziale stessa – **la giurisprudenza più recente sembra focalizzare piuttosto l'attenzione sull'Odv**, le cui attività possono apparire di più agevole accertamento.

Di seguito si cercherà di affrontare sinteticamente alcuni tra i principali nodi interpretativi connessi all'Odv, muovendo dalla giurisprudenza più recente.

Trib. Milano, sez. II, 15 ottobre 2020 (dep. 7 aprile 2021), n. 10748, p. 287 ss.

«Si è [...] richiesta l'esibizione delle risultanze delle due ispezioni di vigilanza nonché concordato un confronto con il legale dell'Ente. Non vi è, tuttavia, prova dell'inoltro della documentazione richiesta (o di solleciti in tal senso) né, tantomeno, di attente riflessioni dell'OdV sul tema (nonostante l'evidente rilevanza). [...] non si è neppure tenuta una successiva riunione per discutere dell'esito dell'incontro con il legale della Banca, meramente menzionato nella relazione sull'attività svolta nel primo semestre 2013 [...] Null'altro si è aggiunto né tantomeno richiesto, in specie con riguardo alle criticità riscontrate e alle modalità di risoluzione. Neppure si è domandato quale fosse l'innominata operazione, perniciosamente connotata da anomalie. Niente di tutto ciò. [...] L'OdV [...] non si è premurato di chiedere ulteriori informazioni (o, in seguito, di disporre indagini conoscitive), limitandosi a ricevere delle slide predisposte da [...] per gli incontri con il Comitato Controllo e Rischi [...] Della circostanza l'organismo di vigilanza ha meramente preso atto, concordando con il funzionario dell'Ente un ulteriore confronto dopo l'estate, in prossimità dell'udienza preliminare [...] non vi è mai stato un sostanziale confronto sulla spinosa questione contabile, che aveva ormai assunto una chiara e allarmante dimensione giudiziaria. In definitiva, l'organismo di vigilanza – pur munito di penetranti poteri di iniziativa e controllo, ivi inclusa la facoltà di chiedere e acquisire informazioni da ogni livello e settore operativo [...], avvalendosi delle competenti funzioni [...] – ha sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati), nonostante la rilevanza del tema contabile, già colto nelle ispezioni di Banca d'Italia (di cui l'OdV era a conoscenza) e persino assunto a contestazione giudiziaria [...] Nel periodo d'interesse l'organismo di vigilanza ha assistito inerte agli accadimenti, limitandosi a insignificanti prese d'atto, nella vorticoso spirale degli eventi (dalle allarmanti notizie di stampa sino alla *débâcle* giudiziaria) che un più accorto esercizio delle funzioni di controllo avrebbe certamente scongiurato. Così, purtroppo, non è stato e non resta che rilevare l'omessa (o almeno insufficiente) vigilanza da parte dell'organismo, che fonda la colpa di organizzazione di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/01».

Trib. Vicenza, 9 marzo 2021 (dep. 17 giugno 2021), n. 348, p. 796 ss.

«[...] i poteri riconosciuti all'Organismo in caso di accertamento di violazioni del modello e/o della commissione di reati-presupposto che comportino la responsabilità amministrativa della Società si limitano alla segnalazione gerarchica – dunque agli stessi controllati – senza che sia previsto alcun [...] autonomo potere di intervento. [...] Nessuna previsione di controlli a sorpresa nei confronti delle attività aziendali sensibili. [...] manca qualsiasi proceduralizzazione dei flussi di dati provenienti dalle strutture aziendali afferenti all'area di rischio, ad esempio attraverso report periodici. [...] [L'OdV] viene descritto come organo che svolge un'attività meramente formale, priva di 'incisivo vaglio critico', assente quanto all'analisi degli aspetti maggiormente critici della gestione. Dunque, il modello predisposto da [...] non supera il vaglio di idoneità sotto plurimi profili: [...] poteri ispettivi e controllo (del tutto carenti); flussi informativi adeguati (la cui mancanza contribuisce a privare di adeguata piattaforma cognitiva un ODV già inadeguato per carenza di autonomia e poteri). [...] alcuni chiari episodi di criticità che avrebbero dovuto indurre approfondimenti e segnalazioni non sono mai stati portati all'attenzione né valutati dall'ODV. [...] Si richiama poi l'intervento effettuato dal socio [...] all'assemblea dei soci del 26.4.2014 sulla sussistenza del fenomeno degli acquisti finanziati; assemblea cui partecipa [...] che di lì a poco assumerà le funzioni di Presidente dell'ODV, cui seguì però la totale inerzia dell'ODV [...] cui seguì, ancora una volta, l'assenza di qualsivoglia intervento dell'ODV. [...] a fronte di ciò nessuna segnalazione o attivazione da parte dell'ODV. Sull'inerzia nella veicolazione delle informazioni all'ODV e sul mancato intervento dell'organismo ha pesato certamente l'assenza di indipendenza dei membri dell'ODV rispetto agli organi di vertice sia la mancanza di poteri autonomi di iniziativa e controllo. [...] **I verbali dell'ODV [...] danno conto di una attività assolutamente inconsistente dell'ODV, che si esaurisce in un esercizio formale della funzione, limitata ad un confronto con il responsabile della funzione compliance e il presidente del collegio sindacale su alcune tematiche di poco spessore, senza programmazione di alcuna autonoma attività di verifica, sostanzialmente delegata e appiattiva su quella effettuata dall'audit (cioè l'organo dipendente gerarchicamente dai controllati) e senza alcun minimo accenno a tematiche attinenti ad effettive criticità rilevate, nemmeno quelle afferenti i casi più eclatanti.** [...] Lo stesso [...] ha confermato come l'attività dell'ODV fosse davvero minimale e di come l'attività formativa, pur prevista dal modello (e [...] necessaria per garantirne efficace attuazione), era di fatto inesistente. Ciò nonostante **non risulta essere mai stato effettuato alcun intervento sanzionatorio da parte dell'ODV [...] Il modello organizzativo, pertanto, [...] non è stato adeguatamente attuato attese le gravi carenze nell'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Organismo a ciò deputato».**

6.1. Primo tema sull'Odv: inquadramento della sua natura giuridica

A norma dell'art. 6, co. 1, lett. b), D.Lgs. 231/2001, «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: [...] il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli [e] di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un **organismo dell'ente** dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo».

Muovendo dal dato normativo-giurisprudenziale, sembra potersi qualificare l'Odv come '**organismo**', ossia come 'ufficio/funzione', dell'ente, anziché come 'organo' sociale (cfr. rel. min. al D.Lgs. 231/2001, § 3.4., quinto cpv.: «per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la *societas* si avvalga di una **struttura che deve essere costituita al suo interno**»; trib. Milano, sez. V civ., 4 agosto 2012, n. 9258: «L'organismo di vigilanza costituisce un soggetto necessariamente indipendente dalla società della cui vigilanza è incaricato, e ciò deve reputarsi sufficiente per **negare che esso possa avere natura di organo sociale**»). Sotto il profilo esegetico, due sembrano essere le principali ragioni che consentirebbero di qualificare l'Odv come organismo anziché come organo.

- 1) La disciplina normativa dell'Odv è differente rispetto a quella dettata per gli organi sociali tipici
Per esempio: la **disciplina normativa dell'Odv è sostanzialmente inesistente**, a differenza di quella, a elevato grado di dettaglio, dettata per l'assemblea dei soci, l'organo amministrativo o gli organi di controllo; a differenza di quanto accade con riguardo agli organi sociali tipici, **le vicende costitutive, modificative o estintive dell'Odv non sono oggetto di pubblicità all'esterno**.
- 2) L'Odv non è dotato di compiti operativi e, quindi, di poteri impeditivi
A differenza degli organi sociali tipici, «all'Organismo di Vigilanza non s[ono] attribuiti **compiti operativi**» (LCG, p. 77). Perciò, «l'obbligo di vigilanza non comporta di per sé l'**obbligo di impedire l'azione illecita**» (LGC, p. 91).
Attenzione: si iniziano a registrare in giurisprudenza talune ambiguità sul punto (per esempio, trib. Vicenza, 9 marzo 2021 (dep. 17 giugno 2021), n. 348, p. 801: «[...] non risulta essere mai stato effettuato alcun **intervento sanzionatorio da parte dell'ODV** [...]).

Cambia qualcosa, tra le altre, in punto di inquadramento giuridico dell'Odv e, conseguentemente, delle sue responsabilità nel caso in cui dovesse essere l'assemblea dei soci e non l'organo amministrativo a nominare l'Organismo?

6.1.1. Requisiti dell'Odv: profili definitivi

Anche in dipendenza dell'inquadramento della natura giuridica dell'Odv sembrano potersi diversamente declinare i requisiti dell'Organismo, che sono cinque: **autonomia**, **indipendenza**, **professionalità**, **onorabilità** e **continuità di azione**. Essi possono trovare definizione nelle principali linee guida di riferimento (CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, 4^a ed., 2021, p. 76 ss.; AODV²³¹, *Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*, 2010; CNDCEC-ABI-CNF-CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2018, p. 30 ss.).

6.2. Secondo tema sull'Odv: responsabilità dell'Organismo in sede penale e civile (il retroterra normativo)

Il tema della responsabilità penale e civile dell'Odv sembra appena affiorare, laconicamente, nell'art. 6, co. 1, lett. d), D.Lgs. 231/2001: «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: [...] non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)», ossia l'Odv.

6.2.1. Segue: responsabilità dell'OdV in sede penale (le indicazioni di Confindustria)

In tema di eventuale responsabilità dell'OdV in sede penale, si segnalano le indicazioni elaborate da Confindustria.

«Fermo restando il generale dovere di vigilanza dell'OdV e l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero dalla responsabilità nel caso in cui vi sia stata omessa vigilanza, sono opportune alcune considerazioni rispetto all'eventuale insorgere di una responsabilità penale in capo all'OdV, nel caso di illeciti commessi in conseguenza del mancato esercizio del potere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del Modello. La fonte di detta responsabilità potrebbe essere individuata nell'articolo 40, comma 2, del Codice penale e, dunque, nel principio in base al quale "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Pertanto, l'Organismo di vigilanza potrebbe risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente, a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza e controllo sull'attuazione di Modelli organizzativi allo stesso attribuito. Al riguardo, però, è opportuno tenere presente che **l'obbligo di vigilanza non comporta di per sé l'obbligo di impedire l'azione illecita**. Quest'ultimo obbligo, e la responsabilità penale che ne deriva ai sensi del citato articolo 40, comma 2, del codice penale, sussiste solo quando il destinatario è posto nella posizione di garante del bene giuridico protetto. Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di vigilanza sembra evincersi che ad esso siano devoluti compiti di controllo in ordine non alla realizzazione dei reati ma al funzionamento e all'osservanza del Modello, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento.

Una diversa lettura, che attribuisse all'OdV compiti d'impedimento dei reati, mal si concilierebbe con la sostanziale assenza di poteri impeditivi, giacché l'Organismo di vigilanza non può neppure modificare di propria iniziativa i modelli esistenti e assolve, invece, a un compito consultivo dell'organo dirigente. Peraltro, l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la polizia giudiziaria. Infine, si sottolinea che, secondo l'opinione prevalente, l'obbligo di impedire la realizzazione dei reati non è previsto neanche in capo ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio che, a differenza dell'Organismo di vigilanza, hanno il dovere di segnalare all'Autorità giudiziaria i reati di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie attività. Tale situazione non muta con riferimento ai delitti colposi realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente. Anche in questo caso l'Organismo di vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati» (LGC, p. 91 s.).

6.2.2. Segue: responsabilità dell'Odv in sede civile (il tracciato teorico della dottrina)

In caso di commissione di un reato presupposto, il danno derivato all'ente, ai soci, ai creditori sociali o ai terzi può essere imputabile all'omessa o insufficiente vigilanza da parte dei componenti dell'Odv (art. 6, co. 1, lett. d), D.Lgs. 231/2001) e legittimare l'esperimento, nei loro confronti, di un'azione di responsabilità?

La disciplina specifica «deve [...] essere ricostruita ed individuata dall'interprete sulla base delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie e dei criteri ermeneutici previsti dal codice civile» (BAUDINO-SANTORIELLO, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, fasc. 2, p. 59).

DATO INTERNO (responsabilità verso l'ente, secondo la dottrina)		DATO ESTERNO (responsabilità verso soggetti terzi, secondo la dottrina)
Responsabilità contrattuale	Revoca	Responsabilità extracontrattuale
<p>L'Odv entra in rapporto con l'ente attraverso un contratto di prestazione d'opera professionale.</p> <p>L'omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Odv sembra potere determinare una responsabilità civile di natura contrattuale e, conseguentemente, l'obbligo al risarcimento del danno.</p> <p>A norma dell'art. 1218, c.c., occorre accertare: (i) l'<u>inadempimento dell'obbligo contrattualmente previsto</u>; (ii) l'esistenza del <u>danno</u>; (iii) la sussistenza del <u>nesso di causalità</u> tra l'inadempimento e il danno.</p> <p>A norma dell'art. 1294, c.c., i componenti dell'Odv sembrano essere tenuti al risarcimento del danno <u>in solido</u> tra loro.</p>	<p>L'ente (<i>organo amministrativo o assemblea dei soci?</i>) sembra potere procedere alla revoca dei componenti dell'Odv.</p> <p>A norma dell'art. 2393, co. 5, c.c., sembra, inoltre, potere operare la revoca automatica per effetto della deliberazione dell'azione di responsabilità, purché assunta con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale.</p>	<p>Non sembra possibile configurare una responsabilità extracontrattuale a norma dell'art. 2043, c.c. nei confronti di soggetti terzi eventualmente danneggiati, non essendo l'Odv titolare di obblighi di garanzia nei confronti dei terzi (<i>e nel caso, per esempio, di documenti sullo stato dell'arte della compliance aziendale richiesti all'Odv e da quest'ultimo emessi nell'ambito di due diligence condotte in contesti di M&A?</i>).</p> <p>A norma degli artt. 2395 e 2407, c.c., questi ultimi sembrano, invece, potere agire a tutela dei propri diritti risarcitori direttamente nei confronti dell'ente, dei suoi amministratori o dei suoi sindaci.</p> <p>Tuttavia, l'ente sembra potere svolgere regresso contrattuale nei confronti dell'Odv nel caso in cui sia configurabile l'inadempimento di quest'ultimo.</p>

6.2.3. Segue: annotazioni sparse sulla responsabilità dell'Odv in sede penale e civile

In entrambe le sedi, penale e civile, sembra, comunque, rilevare un elemento: le prestazioni dell'Odv sembrano più opportunamente inquadrabili nell'ambito delle cc.dd. **obbligazioni di mezzi e non di risultato**. Infatti, «dal dettato normativo emerge [...] che l'Organismo di Vigilanza non è tenuto a garantire un risultato utile, consistente nell'impedire che, attraverso la vigilanza sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del Modello, gli amministratori ed i loro sottoposti commettano illeciti: né è tenuto a garantire che il Modello Organizzativo, sul cui funzionamento, osservanza ed aggiornamento l'Organismo deve vigilare, regga alle censure del Tribunale» [DE GASPERIS, *La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, p. 528 s., nt. 8].

Peraltro, deputato ad adottare ed efficacemente attuare «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» è «l'**organo dirigente**» (art. 6, co. 1, lett. a), D.Lgs. 231/2001). Potrebbe, perciò, eventualmente operare il principio di diritto sancito nell'**art. 1227, co. 2, c.c.**, per cui «il risarcimento [da parte dell'Odv] non è dovuto per i danni [da reato presupposto] che il creditore [*i.e.*: l'organo dirigente o, comunque, l'ente] avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza» (es.: osservando, a norma dell'art. 7, co. 1, D.Lgs. 231/2001, gli **obblighi di direzione o vigilanza** dall'ordinamento posti in capo all'ente stesso).

Sulla responsabilità degli amministratori, cfr., per esempio, trib. Milano, sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774: «**L'amministratore delegato e presidente del C.d.A.** è tenuto al risarcimento della sanzione amministrativa di cui all'art. 10 d.lg. n. 231/2001, nell'ipotesi di condanna dell'ente a seguito di reato, qualora non abbia adottato o non abbia proposto di adottare un modello organizzativo».

Al netto di quanto sopra, sembra, in ogni caso, opportuno che l'organo dirigente circoscriva e descriva in modo attento e accurato l'esatto perimetro d'intervento dell'Odv – e di ciascun suo componente nel caso di Odv collegiale – nel **contratto** stipulato con l'Organismo e che quest'ultimo faccia altrettanto nel successivo **Regolamento** delle proprie attività, in entrambi i casi evitando il ricorso alla formula, davvero eccessivamente generica, contenuta nell'art. 6, co. 1, lett. b), D.Lgs. 231/2001 («[...] compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli [e] di curare il loro aggiornamento»).

6.2.4. Segue: un potenziale ‘cono d’ombra’ sulla c.d. colpa di reazione?

Si segnala che l’attenzione del collegio meneghino sembra appuntarsi, in particolare, sulle iniziative promosse dall’Odv **dopo** la consumazione del reato presupposto: «[...] l’organismo di vigilanza [...] ha sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, **indisturbatamente reiterati**), nonostante la rilevanza del tema contabile, [...] persino assunto a **contestazione giudiziaria** [...] **Nel periodo d’interesse** l’organismo di vigilanza ha assistito inerte agli accadimenti, limitandosi a insignificanti prese d’atto, nella vorticoso spirale degli eventi ([...] sino alla **débâcle giudiziaria**)» [trib. Milano, sez. II, 15 ottobre 2020 (dep. 7 aprile 2021), n. 10748, p. 294 s.]. Se la prima consumazione dei reati presupposto sembra collocabile, con riguardo alle transazioni ‘Santorini’ e ‘Alexandria’, al tempo del bilancio al 31 dicembre 2012, approvato in data 29 aprile 2013, i Verbali di riunione dell’Odv presi in considerazione dal collegio sono, infatti, rispettivamente datati 29 gennaio 2013, 17 marzo 2014, 17 aprile 2015, 19 maggio 2015 e 4 novembre 2015, quindi successivi a tale prima consumazione.

Ci si può, quindi, interrogare sulla potenziale responsabilità dell’Odv proprio rispetto alle **iniziative ex post**, in quanto queste sembrano aderenti più alle *skills* dell’Organismo che a quelle dell’organo dirigente.

Peraltro, non sembra, con ciò, spostarsi il focus dell’accertamento giudiziale dalla c.d. **colpa in organizzazione** alla c.d. **colpa di reazione**, essendo anche la reazione alla condotta illecita o alla violazione del Modello 231 già consumate parte integrante della struttura e della logica di funzionamento del Modello 231 stesso (potrebbe parlarsi, al riguardo, di **colpa in organizzazione della reazione**). Infatti: (i) «I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono [...] uno o più canali che consentano [...] di presentare [...] segnalazioni circostanziate di **condotte illecite** [...] o di **violazioni del modello di organizzazione e gestione** dell’ente» tentate o consumate (art. 6, co. 2-bis, lett. a), D.Lgs. 231/2001); (ii) «L’efficace attuazione del modello richiede [...] l’eventuale modifica dello stesso quando sono **scoperte significative violazioni delle prescrizioni**», anche in questo caso tentate o consumate (art. 7, co. 4, lett. a), D.Lgs. 231/2001). Può, quindi, essere la reazione alla condotta illecita o alla violazione del Modello 231 a consentirne la gestione affinché non si ripeta nuovamente («[...] **indisturbatamente reiterati** [...]).

6.3. Terzo tema sull'Odv: Codice della crisi e dell'insolvenza (alcune telegrafiche coordinate normative)

Con D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il legislatore ha istituito il **Codice della crisi e dell'insolvenza**.

In data 6 agosto 2021, il Consiglio dei Ministri ha disposto con D.L. il rinvio dell'entrata in vigore del Codice al 15 maggio 2022 e, in particolare, dei cc.dd. strumenti di allerta al 2024.

6.3.1. *Segue: il nuovo co. 2 dell'art. 2086, c.c. (lo specifico dovere organizzativo dell'imprenditore)*

Con art. 375, co. 2, D.Lgs. 14/2019, il legislatore ha aggiunto un nuovo **co. 2 all'art. 2086, c.c.**: «**L'imprenditore**, che operi in forma societaria o collettiva, **ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».**

A norma dell'art. 389, co. 2, D.Lgs. 14/2019, la modifica è entrata in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del citato decreto (16 marzo 2019).

La norma sembra collocarsi entro il solco di un più generale dovere organizzativo dell'imprenditore da tempo già sancito nell'ordinamento. Si pensi, per esempio, all'**art. 41, co. 3, Cost.** («La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»), all'**art. 2082, c.c.** («È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi») o all'**art. 2555, c.c.** («L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»).

6.3.2. Segue: il Modello 231 e i presidi aziendali specialistici



Secondo Confindustria, «[...] il modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto 231 spesso incrocia altri sistemi di prevenzione e gestione di rischi già previsti e implementati nell'organizzazione aziendale» nel contesto dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (LGC, p. 43).

ESEMPI DI SISTEMI DI PREVENZIONE E GESTIONE DEI RISCHI	ESEMPI DI CORRISPONDENTI 'CONTROLLORI' DI TALI SISTEMI (ulteriori rispetto, per esempio, all'imprenditore, al <i>Compliance Officer</i> o all' <i>Internal Auditor</i>)
Modello 231	OdV
Art. 30, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (es.: art. 25- <i>septies</i> , D.Lgs. 231/2001)	Datore di lavoro, preposti, ecc.
<i>Tax Control Framework</i> o sistema di gestione e controllo del rischio fiscale (es.: art. 25- <i>quinquiesdecies</i> , D.Lgs. 231/2001)	Collegio Sindacale, revisori, ecc.
Sistema di compliance privacy e GDPR (es.: art. 24- <i>bis</i> , D.Lgs. 231/2001)	<i>Data Protection Officer</i> (DPO)
Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT) (es.: art. 25, D.Lgs. 231/2001)	Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT)
<i>Antitrust compliance program</i> (es.: art. 25- <i>bis</i> .1, D.Lgs. 231/2001)	Responsabile del Programma di compliance <i>antitrust</i>
Sistema antiriciclaggio (es.: art. 25- <i>octies</i> , D.Lgs. 231/2001)	Funzione antiriciclaggio, Funzione di revisione interna e Responsabile delle segnalazioni di operazioni sospette
Sistemi di gestione aziendale ISO (es.: rispetto alla norma UNI EN ISO 14001:2015, art. 25- <i>undecies</i> , D.Lgs. 231/2001)	Es.: rispetto alla norma UNI EN ISO 9001:2015, <i>Quality Manager</i>

6.3.3. Segue: il Modello 231 coincide con l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e viceversa?

Secondo Confindustria, «[...] un **approccio integrato** dovrebbe [...] contemplare **procedure comuni** che garantiscano efficienza e snellezza e che non generino sovrapposizione di ruoli (o mancanza di presidi), duplicazioni di verifiche e di azioni correttive, in termini più ampi, di conformità rispetto alla copiosa normativa di riferimento, laddove tali ruoli rispettivamente incidano e insistano sui medesimi processi. Le società tenute al rispetto delle diverse normative dovrebbero valutare l'opportunità di **predisporre o integrare tali procedure** tenendo conto delle peculiarità sottese a ciascuna di esse, **portando a sintesi gli adempimenti**, individuando le modalità per intercettare e verificare gli eventi economici e finanziari dell'impresa nell'ottica del corretto agire. Per dare attuazione a una **gestione integrata** di questo tipo occorre quindi anche definire **specifici e continui meccanismi di coordinamento e collaborazione tra i principali soggetti aziendali interessati** tra i quali, a titolo esemplificativo, il Dirigente Preposto, la funzione Compliance, l'*Internal Audit*, il Datore di lavoro, il responsabile AML (per le imprese che ne sono tenute), il Collegio sindacale, il Comitato per il controllo interno e la revisione contabile (ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 39/2010) e l'**OdV** (che **ha pur sempre il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento**)» (LGC, p. 42 s.).

Cercando di porre a sistema tale principio, sembra potersi dedurre che «il *corpus* normativo aziendale si pone rispetto al Modello 231 in un rapporto di **completa immedesimazione** tanto da far sì che l'idoneità preventiva del sistema di regole di cui esso si compone può essere garanzia di buon funzionamento del Modello mentre, all'opposto, la sua inefficacia [...] può compromettere irreversibilmente l'efficacia preventiva del MOG, presentandosi come la potenziale causa del giudizio sulla sussistenza della colpa di organizzazione» [GRADILONE, // *rapporto con il corpus normativo aziendale*, in PIVA (a cura di), *op. cit.*, p. 430].

Attenzione: come si concilia tale presunta «completa immedesimazione» con il fatto che l'istituzione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile rappresenta per l'ente un obbligo (art. 2086, co. 2, c.c.: «L'imprenditore [...] la il dovere [...]»), mentre l'adozione del Modello 231 rappresenta per l'ente stesso una facoltà [Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006 (dep. 2 ottobre 2006), n. 32627: «[...] nella normativa contenuta nel d. lgs. n. 231/2001, [...] non si prevede alcuna forma di imposizione coattiva dei modelli organizzativi, la cui adozione, invece, è sempre spontanea [...]»]?

6.3.4. Segue: controindicazioni all'immedesimazione tra Modello 231 e assetto organizzativo, amministrativo e contabile

Pure senz'altro rappresentando un *upgrade*, la completa immedesimazione tra Modello 231 e altri sistemi di prevenzione e gestione dei rischi e, quindi, l'indirizzamento dell'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile verso il Modello 231 quale piattaforma comune di integrazione e sintesi sembra potere indurre taluni effetti collaterali di non poco momento. Per esempio:

1. il **Modello 231** può rischiare di trasformarsi in un 'titano' (*se già non lo è!*) di assai difficile governo, per esempio in sede di aggiornamento;
2. il coordinamento e la collaborazione di conseguenza richiesta alla nutrita platea di 'gestori' e 'controllori' del sistema unico integrato rappresentato dal Modello 231 può rischiare di tradursi nella definizione di **flussi informativi** 'elefantiaci', quindi ingestibili, e di non pretendibile comprensione da parte di tutti i loro destinatari (per esempio, l'avvocato penalista componente dell'Odv può comprensibilmente faticare a comprendere i contenuti specifici del flusso informativo proveniente dall'*Internal Audit* sull'*audit* ambientale, e viceversa, ciascun 'gestore' e 'controllore' essendo legittimamente dotato di un differente *background* formativo, professionale ed esperienziale);
3. l'**attività di vigilanza dell'Odv**, già complessa in ragione del numero tendenzialmente enciclopedico dei reati presupposto contenuti nel c.d. 'catalogo 231' (LGC, p. 80: «[...] l'Organismo di vigilanza deve essere dotato di tutti i poteri necessari per [...] l'espletamento dei seguenti compiti: [...] verifica dell'efficacia del Modello organizzativo rispetto alla prevenzione e all'impedimento della commissione dei reati previsti dal decreto 231», quindi di tutti i reati presupposto), può rischiare il collasso per via dell'eccessiva ampiezza dell'oggetto della vigilanza (*se già non lo rischia!*).

Allora, forse «trattasi di 'equivoco di fondo'» (trib. Bari, 9 agosto 2013).

6.3.5. Segue: dall'integrazione dei 'sistemi' alla segregazione intelligente dei compiti e delle responsabilità

Alla base del tentativo integrativo del Modello 231 sembra esservi l'esigenza di garantire al Modello 231 stesso più l'efficacia esimente' – quasi mai ottenuta nella prassi giudiziaria – che non l'efficacia organizzativa'.

Si potrebbe, forse, immaginare e sperimentare un differente approccio: il Modello 231 e l'attività di vigilanza dell'Odv dichiaratamente costruiti, implementati e attuati **al netto** degli altri sistemi di prevenzione e gestione dei rischi e dei corrispettivi 'controlli' e 'controllori' eventualmente presenti nell'ente, ciascun 'sistema' – Modello 231 compreso – costituendo un tassello dell'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Così operando, il Modello 231 e la sua gestione e vigilanza, consapevoli della loro rispettiva fisiologica non esaustività e fiduciosi nella bontà degli altri 'sistemi', 'controlli' e 'controllori' (comunque sempre complessivamente sotto il controllo dell'ente), potrebbero, forse, aspirare a diventare in qualche misura concretamente '**possibili**', ridimensionati e orientati rispetto ai focus di volta in volta decisi dall'organo amministrativo. Il colloquio dell'Odv con gli altri 'controllori' si tradurrebbe, così, nella **verifica che 'ciascun controllore abbia svolto la propria attività di controllo'**.

Nel caso di contestazione all'ente di un illecito amministrativo dipendente da reato, il giudice dovrebbe, quindi, avere a oggetto del proprio accertamento l'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile e non il solo Modello 231: «[...] nell'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente il giudice penale non è chiamato a valutare una condotta umana, ma il 'frutto' di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale» [Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677]. In tema di contestazione all'ente di un inidoneo apparato normativo, cfr. trib. Milano, sez. X, 28 settembre 2021 (dep. 21 dicembre 2021), n. 9501, p. 79 s.]: «[...] l'istruttoria non [ha] recato alcun elemento a sostegno dell'inidoneità del modello organizzativo a prevenire la consumazione dei delitti. [...] in presenza di un modello analiticamente predisposto e rigidamente proceduralizzato quale quello di [...] sarebbe stato preciso onere dell'Accusa evidenziarne lacune e carenze a cagione delle quali poteva essere favorita la commissione dei reati in contestazione».

Evidentemente, tutto ciò dovrebbe transitare anzitutto attraverso una **riforma del testo del d.legisl. 231/2001** in ottica di non accentramento dell'efficacia preventiva sul solo Modello 231 e sul solo Odv, avendo, altresì, a mente inevitabili semplificazioni per gli enti di piccole dimensioni, spesso sprovvisti di sistemi di prevenzione e gestione dei rischi ulteriori rispetto ai potenziali Modello 231 e Odv.