

LA SFIDA ALL'ILLEGALITÀ

IL MODELLO

Le linee guida contengono alcune indicazioni e misure anche per la redazione di codici etici

di Giorgio MANTOVANO

Il recente aggiornamento, alla data del 31 marzo 2008, delle linee guida elaborate da Confindustria (pubblicate anche sul sito www.confindustria-lecce.it, sezione documenti) per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dal decreto legislativo n. 231/2001, offre lo spunto per alcune brevi riflessioni in ordine al delicato tema della responsabilità amministrativa nell'ambito soprattutto delle piccole imprese.

Le linee guida contengono una serie di indicazioni e misure, anche per la redazione di codici etici di cui dovrebbero dotarsi gli enti e società, tratte dalla pratica aziendale, ritenute in astratto idonee a rispondere alle esigenze di prevenzione dettate dal d.l. n.231/2001. Tuttavia, si avverte che, data l'ampiezza delle tipologie di enti presenti nella realtà associativa, non è possibile fornire riferimenti puntuali in tema di modelli organizzativi e funzionali, se non sul piano esclusivamente metodologico. Difatti, non è proponibile la costruzione di casistiche decontestualizzate da applicare direttamente alle singole realtà operative.

È interessante notare lo sforzo di Confindustria di offrire alla classe imprenditoriale, in appendice alle varie indicazioni, un "case study", un catalogo cioè delle singole fattispecie di reato a cui si applica oggi la disciplina in esame, con connessa sintetica indicazione, per aree di attività aziendale, dei rischi tipici di illecito, dei controlli preventivi specifici adottabili (i cosiddetti protocolli) e delle principali attività esperibili da parte dell'organismo di vigilanza.

Pur confacendosi ad enti di notevoli dimensioni, l'ambito dei destinatari della normativa è particolarmente esteso comprendendo gli enti forniti di personalità giuridica, le società di qualunque tipo e le associazioni non riconosciute. Resterebbero escluse soltanto le ditte individuali (cfr. Cassazione, Sez. IV Penale, sentenza n.18941/2004).

Rispetto all'originaria formulazione, la tipologia dei reati cui si riferisce l'impianto normativo, sotto la spinta comunitaria, si è notevolmente ampliata nel tempo, sino a comprendere anche i reati societari ed altre fattispecie criminose (manipolazione di mercato, abuso di informazioni privilegiate, delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, pornografia, ecc.) e, più di recente, i delitti commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, i reati di criminalità transnazionale, la ricettazione ed il riciclaggio. È un catalogo, comunque, destinato in futuro ad ampliarsi ulteriormente.

I modelli organizzativi e l'esonerazione da responsabilità

La normativa in questione contempla, tuttavia, una forma di esonero da responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati sopra considerati, di avere adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la realizzazione degli illeciti penali. Il sistema prevede l'istituzione di un organo di controllo interno all'ente con il compito di vigilare sull'efficacia ed attuazione reale del modello.

È necessario sottolineare che l'esonerazione da responsabilità dell'ente

IL DECRETO



Enti e società puniti legalmente

Per combattere l'illegalità d'impresa, il decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n.231 ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità in sede penale delle società e degli enti, che si aggiunge a quella delle persone fisiche che hanno realizzato materialmente il fatto illecito. Tra i reati, truffa in danno dello Stato o di un ente

pubblico, concessione e costruzione, reati societari, abusi di mercato, omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, delitti contro la personalità individuale.

Aziende più responsabili

Per le piccole imprese evidente conflitto d'interesse se la funzione di controllo è nelle mani del controllato



passa attraverso il giudizio d'idoneità che il giudice penale è chiamato a formulare in occasione del procedimento penale a carico dell'autore materiale del fatto illecito.

La valutazione del giudice - necessariamente giudizio di prognosi postuma con tutte le conseguenti comprensibili difficoltà - non potrà prescindere dalla distinzione tra modelli organizzativi adottati prima della commissione del reato e modelli "post factum". Questi ultimi, inevitabilmente, dovranno essere dotati di maggiore specificità rispetto ai primi per la semplice considerazione che il reato si è già consumato sicché dovranno dimostrare l'eliminazione di quelle carenze organizzative che avevano favorito il commesso illecito stesso.

Va detto, a scanso di equivoci, che non esiste un obbligo giuridico che imponga l'adozione del modello organizzativo, non essendo prevista alcuna sanzione nei casi in cui la società non provveda a dotarsi di esso in via preventiva. Ma, qualora vengano commessi reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, tale omessa adozione precluderà la possibilità di ottenere l'esonerazione da responsabilità, potendosi al più adottare modelli organizzativi ex post, in funzione riparatoria.

Pertanto, avverte Confindustria, in ipotesi di incidente di percorso, legittimamente i soci potrebbero esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inerti che, non avendo adottato il modello, abbiano impedito alla società di fruire di un possibile esonero da responsabilità.

Secondo le norme il modello organizzativo deve:

1) individuare le attività nell'ambito possono essere commessi reati (l'inventario, si noti bene, deve essere costantemente aggiornato);

2) prevedere specifici protocolli per la formazione ed attuazione delle decisioni per le attività aziendali a rischio;

3) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie le più trasparenti possibili;

4) prevedere obblighi di adeguata informazione nei confronti dell'Organo di vigilanza;

5) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle varie misure indicate.

Appare evidente che la progettazione ed attuazione di un idoneo modello è attività complessa, che richiede competenze distinte trasversali, non solo tecniche ma anche e soprattutto di carattere penalistico, con un costo correlato alla concreta attuazione dei controlli previsti dalla normativa. Il Consiglio di amministrazione (o altro organo amministrativo), nel valutare la scelta strategica di adozione del modello dovrà non solo verificare compiutamente costi e benefici aggiuntivi, ma anche e soprattutto accettare una nuova e più pervasiva filosofia del controllo, la presenza cioè di non pochi vincoli procedurali e, con essa, la conseguente limitazione di possibili privilegi. Ed è questa la vera difficoltà, visto che l'elaborazione giurisprudenziale, chiamata a valutare l'idoneità dei modelli soprattutto in enti di grande dimensione, registra, ad oggi, un orientamento assai restrittivo: sovente i modelli adottati si sono dimostrati scollegati dalla specifica realtà aziendale, con carenti mappe delle aree di rischio, insufficienti sistemi di controllo e carenti criteri sanzionatori. Si è proceduto, spesso, ad un banale "copia ed incolla" tra schemi di modelli standard, con la effimera speranza che tale scel-

ta dai costi sicuramente più contenuti, potesse costituire una valida esimente da responsabilità.

La realtà delle piccole imprese Il legislatore (art.6, comma 4), con una discutibile norma di compromesso, ha ritenuto che nella realtà degli enti di "piccole dimensioni", la funzione di vigilanza possa essere svolta dallo stesso organo di amministrazione, evidentemente presupponendo che gli amministratori possano essere autonomamente in grado di esercitare efficacemente il controllo su se stessi.

Considerando la pregnanza e l'estensione dei controlli nei confronti dell'attività dell'organo amministrativo, riesce difficile attribuire un significato a tale norma, che se giustificata sul piano dei costi aziendali appare del tutto disarmonica rispetto all'effettiva finalità di prevenzione.

Al riguardo, le linee guida affermano che, tenuto conto delle molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente l'organo dirigente deve applicarsi, è «auspicabile ritenere che, nell'assolvimento di questo ulteriore compito, esso si avvalga di professionisti esterni, ai quali affidare l'incarico di effettuare periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello».

Confindustria chiarisce che i compiti delegabili all'esterno sono quelli relativi allo svolgimento di tutte le attività di carattere tecnico, fermo restando l'obbligo del professionista di riferire all'organo dell'ente. E' evidente, aggiungono le linee guida, che l'affidamento di questo tipo di delega

non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge.

Tali considerazioni non eliminano, in alcun modo, a modesto parere di chi scrive, l'evidente conflitto di interessi presente allorché la funzione di controllo si concentra nelle mani del controllato. Inoltre, va sottolineato che non è chiaro quali siano gli enti di "piccole dimensioni". Il d.l. n.231/2001 non lo precisa, finendo con l'affidare all'interprete la relativa valutazione, assolutamente opinabile, in ogni sede, specie in ambito giuridico, poiché svincolata da parametri giuridici ed economici certi.

Nel tentativo di ancorare la definizione degli enti di piccole dimensioni a requisiti obiettivi, alcuni autori hanno prospettato la possibilità di basarsi sui parametri del fatturato e del numero di dipendenti, ritenendo che tali elementi possano costituire i tipici indici dimensionali di una società.

Altri, invece, hanno ritenuto tale soluzione poco soddisfacente, ove si consideri che la determinazione del concetto di ente di piccole dimensioni dovrebbe attenersi all'aspetto organizzativo e non a quello produttivo. Sul punto le linee guida precisano che la "definizione di "piccola impresa" va ricercata più che in parametri quantitativi, nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale. Ma nulla esse dicono su quale debba essere la soglia di complessità dell'organizzazione oltre la quale un ente possa o meglio considerarsi di piccole dimensioni.

Permane, comunque, l'aldilà delle pur autorevoli opinioni, la più assoluta genericità. Ma il silenzio sulla soglia dimensionale di un ente o società, che non consente di comprendere in maniera certa se si è tenuto o meno ad istituire l'organismo di vigilanza, finisce con il tradursi nell'indeterminatezza degli stessi presupposti del giudizio di colpa.

In definitiva, vi è il comprensibile timore, non palesemente, non palesemente dalle linee guida che,

Pene severe per i delitti commessi con violazione delle norme antinfortunistiche

nell'ambito delle cosiddette piccole imprese, in quelle nemmeno tenute per legge ad avere un collegio sindacale, e si tratta di un numero assolutamente cospicuo nella realtà italiana, il conflitto di interessi sopra indicato e l'indeterminatezza normativa sulla misura della soglia dimensionale, comportano, anche in ipotesi di adozione di un articolato e costoso modello, non poche difficoltà a superare comunque il vaglio di idoneità del giudice penale. Per le piccole imprese, dunque, l'ossequio del d.l. n.231/2001 appare paradossalmente una sorta di "probatum" diabolica che finisce per nuocere proprio alle più esigue realtà imprenditoriali.