

VERSO UNA CENTRALITA' DEI MODELLI ORGANIZZATIVI NELLE STRUTTURE DI COMPLIANCE
La sentenza del Tribunale di Milano Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, dott. Manzi, 17 novembre 2009

Il Tribunale di Milano ha emesso, nell'Ufficio del GUP dott. Manzi, una sentenza destinata a fare scuola nel panorama dell'applicazione del Decreto Legislativo 231/01 e di tutta la disciplina dei modelli organizzativi. Accade infatti per la prima volta che un Giudice abbia pronunciato il proscioglimento di un ente in base all'art. 6 del Decreto, valutando quindi positivamente l'idoneità del modello organizzativo a suo tempo adottato dall'impresa.

La severità sinora tenuta dalla giurisprudenza nella valutazione dei modelli organizzativi aveva, di fatto, scoraggiato la loro adozione, relegandone l'attuazione ad una forma di inconsistente cautela, decisamente poco sentita dai soggetti chiamati all'attuazione del Decreto.

I consulenti e gli studiosi che si sono sempre impegnati a cercare lo stato dell'arte nella realizzazione dei modelli organizzativi operavano quindi con la tetra prospettiva che il frutto del loro lavoro sarebbe stato giudicato negativamente una volta realizzato uno dei cosiddetti "reati presupposto".

I motivi adottati finora dalle decisioni dei giudici si incentravano, generalmente, su una constatazione che, ben lungi dal poter essere accolta, presenta un vizio logico ed uno sistematico.

Il vizio logico è rappresentato dalla interpretazione della legge secondo cui, semplificando, il fatto stesso della commissione di un reato presupposto sarebbe la dimostrazione della inidoneità del modello organizzativo a prevenirlo, e quindi automaticamente della sua inefficacia a produrre l'effetto esimente per il quale il modello organizzativo viene adottato. Il vizio consiste, a ben vedere, nell'eccesso di prova: infatti una logica siffatta assegna unicamente al modello organizzativo in quanto tale il compito di prevenzione; invero la prevenzione è il risultato della complessa attività svolta dai soggetti chiamati all'applicazione del modello e delle sue regole, e di quelli chiamati a vigilare su tale applicazione.

Ne discende che la commissione di un reato presupposto può essere il risultato dell'attività (o inattività) di tali soggetti, oltretutto dell'idoneità o meno delle regole che essi sono chiamati ad applicare. Una corretta attività giudiziaria dovrà quindi spingersi sempre a verificare tutti e tre questi elementi:

- l'idoneità delle regole adottate nel modello organizzativo;
- la correttezza del comportamento di chi le doveva osservare
- la diligenza di chi doveva vigilare su tale comportamento.

Pertanto una decisione che si limita a ritenere l'azienda responsabile in forza della prima osservazione per il solo fatto della commissione del reato presupposto, è affetta dal vizio logico di cui si diceva.

Il vizio sistematico di simili decisioni è di più immediata evidenza: infatti una posizione siffatta giunge a vanificare definitivamente l'operatività dell'art. 6 del Decreto, introducendo una fattispecie di responsabilità oggettiva. Ciò non è accettabile: a voler accogliere la posizione ormai prevalente anche in giurisprudenza, secondo la quale la responsabilità "amministrativa" degli enti è in realtà una forma di responsabilità penale, ci troviamo nel pieno vigore dell'art. 42 ultimo comma del Codice Penale, secondo il quale "la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione". Un tale risultato non può avvenire per effetto di una interpretazione giurisprudenziale.

Venendo quindi all'esame dei contenuti della sentenza si deve osservare che la sua motivazione si muove attraverso alcune importanti considerazioni:

- innanzitutto la motivazione della sentenza mette in chiaro il recepimento della critica logica sopra mossa, e pertanto afferma che "la sussistenza dell'illecito amministrativo contestato non discende automaticamente dal riconoscimento della commissione del reato – in quanto tale conclusione equivarrebbe a ritenere operante una sorta di "responsabilità oggettiva" dell'ente per gli illeciti penali commessi dai suoi vertici" .
- il Modello organizzativo esaminato stabiliva obblighi di verifica annuali per i principali atti societari e per la validità delle procedure di controllo:
uno degli aspetti che depongono a favore della idoneità ed efficace attuazione del modello infatti è quello della adozione di misure di controllo degli atti che possono dare luogo a processi sensibili; invero secondo l'art. 6 D.lgs. 231/01 tale compito dovrebbe essere demandato all'Organismo di Vigilanza che, nel caso di specie, è stato ritenuto non efficace dalla sentenza esaminata. Tuttavia il fatto che nel modello organizzativo fossero previsti dei meccanismi di controllo ha fornito al Giudice l'indizio di una ragionevole efficacia del sistema nella prevenzione dei reati presupposto, anzi più specificamente del reato contestato, come vedremo in seguito.
- Il Modello organizzativo prevedeva una parte speciale suddivisa in capitoli corrispondenti alle varie fattispecie di reato:
tale osservazione si rivolge ad un'esigenza tutt'altro che banale di informazione e formazione dei soggetti chiamati all'applicazione della disciplina del D.lgs. 231/01; nonostante infatti si tratti di

soggetti normalmente piuttosto preparati sulle normative cogenti d'impresa, non è certo che essi siano esperti in materia penale, o che conoscano a sufficienza le fattispecie costituenti i cosiddetti reati presupposto: è quindi opportuno che il modello organizzativo contenga una sommaria spiegazione delle fattispecie stesse e della loro applicazione. Si tratta inoltre di uno degli adempimenti più semplici da realizzare, poiché già dagli albori dell'applicazione della disciplina le linee guida redatte da CONFINDUSTRIA contengono una esemplificazione sufficiente delle fattispecie di tutti i reati presupposto.

– Erano previste delle misure di prevenzione del reato di agiotaggio:

come si diceva poco sopra, il modello organizzativo esaminato non si limitava a porre delle regole generiche, ma adottava delle misure specifiche destinate proprio ad escludere o limitare al minimo il rischio di commissione del reato contestato. Ciò si pone in ossequio della disposizione dell'art. 6, che pone con ciò uno dei requisiti fondamentali per l'idoneità del modello organizzativo. Tali misure si concretavano essenzialmente in questi accorgimenti:

1) Erano previste delle procedure interne che prevedevano la partecipazione di due o più soggetti al compimento delle attività a rischio.

2) Erano previste delle attività di monitoraggio e controllo con la nomina di un responsabile dell'operazione.

Queste osservazioni ci portano a concludere con buona certezza che

a) le procedure organizzative devono fare parte integrante del modello,

b) che esse devono necessariamente conformare l'attività in modo da escludere o minimizzare il rischio,

c) che nelle stesse procedure devono essere previsti dei meccanismi di monitoraggio e controllo di fase già nell'esecuzione dell'operazione costituente un processo sensibile.

– in ossequio alle disposizioni contenute nel modello organizzativo si effettuavano attività di formazione periodica sulla normativa.

Anche in tal caso ci troviamo di fronte ad un limpido esempio di applicazione coerente della norma dell'art. 6: la formazione e l'informazione dei soggetti interessati alla corretta attuazione del modello organizzativo sono infatti requisiti di idoneità dello stesso nei confronti della necessità di prevenzione dei reati presupposto. Si tratta di uno dei requisiti più frequentemente ignorati nella realizzazione ed applicazione del modello organizzativo, e la ragione, purtroppo, si può anche spiegare con la scarsa considerazione riservata finora dalla giurisprudenza alla sostanza del modello organizzativo delle imprese incriminate, sotto il profilo della idoneità ex art. 6 del modello stesso. Tuttavia non può essere questo l'unico motivo per tale noncuranza; in realtà la formazione è un adempimento generalmente trascurato dalle aziende, tranne che si tratti di formazione espressamente sancita come obbligatoria da una norma imperativa. *Quando però, come in questo caso, la formazione rappresenta un requisito di idoneità, essa viene facilmente passata in second'ordine dai responsabili dell'impresa e quel che è peggio, dai consulenti che hanno contribuito a realizzare il modello organizzativo.*

È invece di estrema importanza che le regole in esso contenute siano adeguatamente comunicate a shareholders e stakeholders: si tratta di un'attività che va ben oltre la semplice efficacia promozionale, essendo essenziale per proclamare con fermezza il proposito dell'azienda di agire correttamente (affiancando tali proclami con quelli già doverosamente presenti nel codice etico), e chiamando quindi tutti gli stakeholders a contribuire direttamente all'osservanza delle regole del modello organizzativo, segnalando le violazioni più significative.

Oltre all'attività di comunicazione è essenziale quella di formazione: le regole devono essere comunicate in modo che i valori che esse rappresentano vengano pienamente condivise dai soggetti chiamati alla loro applicazione.

Si tratta a ben vedere dei passaggi essenziali nell'efficace attuazione dei modelli organizzativi, in assenza dei quali le regole contenute nei modelli organizzativi hanno talora poche speranze di essere veramente applicate e rispettate.

– Si tenevano riunioni periodiche tra il collegio sindacale e l'organismo di vigilanza per verificare l'osservanza delle normative.

Si tratta di un passaggio alquanto controverso della decisione esaminata, dal momento che essa, in altro punto reputa complessivamente inefficace l'operato dell'organismo di vigilanza. In effetti il fatto delle riunioni periodiche fra il collegio sindacale e l'organismo di vigilanza appare alquanto inconferente rispetto all'efficacia di quest'ultimo, vista la differenza di competenze e di attribuzioni che contraddistingue i due organi. La sentenza è comunque importante per aver finalmente posto l'accento sul funzionamento dell'organismo di vigilanza, e sulla sua necessità ai fini della corretta attuazione del sistema nell'azienda.

Inevitabilmente questa sentenza ha aperto la strada ad un esame che d'ora in avanti sarà attento e

severo sull'operato dell'organismo di vigilanza, ed i criteri di valutazione della sua credibilità ed efficacia possono così riassumersi:

a) previsione di un preciso flusso di informazioni verso l'organismo di vigilanza: in mancanza di ciò l'organismo non può funzionare; in molti casi infatti i suoi componenti si fanno promotori di saltuarie richieste all'azienda di fornire documentazione relativa alle attività sensibili; ciò non può bastare. Il reporting delle attività sensibili deve essere previsto già nel modello organizzativo.

b) l'organismo deve essere collegiale e composto da membri esterni all'azienda e da almeno uno interno ad essa. I membri esterni devono essere professionisti seriamente accreditati ed esperti nella gestione di sistemi 231; il membro interno è indispensabile per fornire le necessarie informazioni sull'operato dell'azienda nell'esecuzione dei processi sensibili.

c) le adunanze dell'organismo devono avere una frequenza commisurata alla realtà dell'azienda e devono essere correttamente verbalizzate.

In conclusione possiamo affermare che questa sentenza ci porta sulla giusta strada. Tutti gli elementi costitutivi di un corretto sistema 231 sono adeguatamente considerati e valutati, ed è lecito attendersi che le motivazioni da cui prende le mosse non resteranno isolate nel panorama della giurisprudenza.

Una previsione questa che si sposa con l'auspicio che i Giudici abbiano l'interesse e l'impegno di spingersi, anche in casi meno risonanti di quello oggetto di questa sentenza, a valutare approfonditamente gli aspetti di idoneità dei modelli organizzativi, preferibilmente attraverso l'operato di consulenti tecnici d'ufficio, scelti fra i soggetti che possono dimostrare una adeguata conoscenza della materia dei modelli organizzativi.

25 febbraio 2010

pietro domenichini