

L' "idoneità preventiva" del Modello Organizzativo e Gestionale (MOG) in punto di sua costruzione e in punto di sua valutazione: l'approccio al rischio da parte dell'ente e da parte del Giudice.

E' incontrovertibile come la nostra società possa essere definita - e lo è stata, d'altronde, più volte da eminenti personalità della sociologia e della filosofia¹ - la "società del rischio", ove le istanze di tutela presentano indubitabilmente una strutturale "dominante collettiva", che colloca l'ente - cioè - al centro: come produttore e moltiplicatore dei rischi e, allo stesso tempo, come soggetto senz'altro privilegiato nel giocare la partita della prevenzione e della minimizzazione dei pericoli.²

Tuttavia, è certo che alcune peculiarità del sistema delineato dal D.lgs. n. 231/2001 abbiano determinato - nell'arco temporale di 20 anni - una assai limitata adozione dei MOG da parte delle società e una assai ridotta contestazione, da parte dei P.M., della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, se non altro perché è ancora diffuso - in Magistratura - un certo attaccamento ad una sorta di "ontologismo antropologico" della responsabilità penale³, tale per cui più che una responsabilità della persona giuridica si tende a cercare una responsabilità nella persona giuridica, o meglio della persona fisica in seno alla persona giuridica.

Ecco, se lasciamo da parte la circostanza per la quale lo schema della 231 è stato pensato male, perché pensato per la grande impresa e - quindi - scarsamente compatibile (e di molto) con la realtà del tessuto imprenditoriale italiano, costituito per la maggior parte da piccole e medie imprese, ove proprietà e management solitamente tendono a coincidere⁴, per cui l'intento preventivo del Legislatore della 231 era ed è destinato a fallire, dal momento che - a queste condizioni - non vi sarebbe certo interesse, tra i nostri imprenditori, a favorire azioni tese a far emergere la propria responsabilità (e da qui nasce quella sorta di "affrancamento dalla obbligatorietà dell'azione penale" in tema di 231, da parte della Magistratura, che costituisce la ragione

¹ Cfr. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

² Cfr. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in DPC, 2018, p.18.

³ Cfr. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in DPC, n. 2/2016, p. 68; cfr. anche INFANTE, *Le ragioni della scarsa applicazione giurisprudenziale*, relazione al convegno "La gestione del rischio come opportunità di crescita aziendale. D.lgs. 231/2001 e la nuova ISO 37001 (Foggia, 24 marzo 2017)", in GP Web, 2017, 12.

⁴ CERVED, *Rapporto PMI 2017*, in <https://know.cerved.com/it/studi-e-analisi/rapporto-cerved-pmi-2017>.

principale della scarsità di contestazioni giudiziarie sul punto),⁵ sicuramente una molto forte criticità del decreto legislativo è costituita dal fumoso requisito della "**idoneità preventiva**" del modello organizzativo adottato dall'ente; un requisito il cui apprezzamento è rimesso al Giudice del caso concreto, che vuol dire - trattandosi di Giudice penale - libero convincimento sul punto, discrezionalità valutativa sul punto, assenza di prove legali sul punto (operative invece, come sappiamo, nel processo civile): di fronte all'impresa cioè, che pur si doti volontariamente del MOG, di fatto si apre sempre uno scenario di sostanziale incertezza in ordine all'operatività di quella esimente costruita dal Legislatore; una incertezza data dalla assoluta sommarietà delle istruzioni operative contenute nell'art. 6, comma 2 del D.lgs. n. 231/2001⁶ (mappatura delle attività; protocolli decisionali; flussi informativi nei confronti dell'OdV; sistema disciplinare-sanzionatorio, che rappresentano soltanto lo scheletro del modello), non fugabile neppure con l'ossequio ai famosi "codici di comportamento", di cui all'art. 6, comma 3 del D.lgs. n. 231/2001⁷ e neppure con l'ottenimento di eventuali, oggettive certificazioni di idoneità da parte di enti terzi o con l'ossequio ad accreditate Linee-Guida predisposte da superiori organizzazioni di categoria (cui sul piano normativo non è mai stato dato valore applicativo).⁸ Nel processo penale - infatti - il convincimento del Giudice è libero da ogni paletto esterno, e non può essere diversamente, incontrando come unico limite solo il rispetto della legge, al di là della quale vi è abuso, arbitrarietà.

L'unico settore, a dire il vero, nel quale il Legislatore si è fatto carico di esplicitare i requisiti propri del "**modello idoneo**", è quello della tutela della sicurezza del lavoro (art. 30 D. lgs. n. 81/2008), individuando tra l'altro uno standard di riferimento in grado di fondare una **presunzione**

⁵ Cfr. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *D. lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Società*, 2011, suppl. al n. 12, pp. 55 e ss.

⁶ Cfr. FIORELLA, in Pinza (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-pwc, Roma, p. 30. Sulla genericità dei parametri elencati nell'art. 6 e il conseguente rischio di eccessiva discrezionalità giudiziale, cfr. anche MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. Giust. N. 23/2001*, p. 10 e BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e modelli probatori*, in *Id. (a cura di), Il processo penale de societate*, Milano, 2006, p. 94.

⁷ Il fatto che tali codici di comportamento, peraltro, siano comunicati al Ministero della Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire ai MOG che vi si ispirino il crisma della incensurabilità, quasi che il Giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati.

⁸ Cfr. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, n. 3/2011, pp. 69 e ss.; sottolinea questo aspetto anche IANNINI, *Modelli di organizzazione aziendale ex d.lgs. 231/2001: utilità di una modifica normativa*, (p. 6), relazione svolta al convegno "*Il Modello 231 idoneo ed efficace*" tenutosi in Milano il 25 marzo 2010.

di idoneità del modello per la fase di prima applicazione della responsabilità da reato dell'ente nel campo considerato.⁹

Ma al di là di questo *unicum*, è chiaro che anche rispetto all'impresa adempiente alle prescrizioni della 231 non sono stati previsti meccanismi di salvaguardia realmente efficaci, in grado di rendere prevedibile per l'ente il rischio penale; non è stata prevista, cioè, alcuna oggettiva, effettiva garanzia per le imprese, che scelgono di autoregolamentarsi e di operare eticamente, a fronte del comportamento scorretto di chi, al loro interno, viola i principi di legalità.

E questo difetto, si badi, è ancor più incomprensibile e stigmatizzabile se pensiamo che, nella "società del rischio" nella quale siamo tutti immersi e all'inizio richiamata, vi sono senz'altro contesti (come quello dell'attività medico-chirurgica) contigui al sistema della 231 - in quanto espressivi del c.d. "rischio amico", ma pur sempre un rischio da affrontare - nei quali l'esigenza di certezza e di prevedibilità del rischio penale, espressa dagli esercenti una attività pericolosa, ma socialmente utile, è stata raccolta dal Legislatore, che ha cercato - appunto - di circoscrivere a monte, rispetto all'applicazione giudiziale, l'ambito della relativa responsabilità penale (mi riferisco alle novelle operate prima con il c.d. "decreto Balduzzi" e poi con la c.d. "legge Gelli-Bianco").¹⁰

Ma tant'è.

Ora, posto che dall'intera disciplina della 231 (e in particolare dal dettato degli artt. 6 e 7 del decreto, ove il concetto di "**idoneità**" viene inutilmente ripetuto per ben 7 volte!) non è dato - in definitiva - estrapolare la formula

⁹ E' controverso se si tratti di presunzione assoluta (*iuris et de iure*), o di presunzione relativa (*iuris tantum*) e quindi superabile attraverso evidenza contraria. Per la prima opinione, cfr. - *ex multis* - IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, cit., n. 2/2008, pp. 69 e ss., nonché LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, p. 157. Per la seconda opinione, invece, cfr. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 835, nonché ROSSI, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, pp. 432 e ss..

¹⁰ Cfr. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, cit., p. 19. Cfr. anche art. 3 D.L. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012, il cui primo comma disponeva che "L'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve", nonché art. 6 l. n. 24/2017, che ha abrogato il predetto primo comma e, contemporaneamente, introdotto il nuovo art. 590-sexies c.p. (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario), il cui secondo comma prevede che "Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto".

che l'organo amministrativo dell'ente dovrebbe applicare al fine di licenziare un documento da battezzare come "idoneo" a prevenire reati della specie di quello verificatosi, così come non è dato - in definitiva - estrapolare paradigmi assiomatici di contenimento del sindacato del Giudice sulla "idoneità" del modello, la domanda che si pone è, ovviamente: è possibile costruire una ragionevole probabilità che ciò che risulta "idoneo" al cospetto dell'imprenditore risulterà "idoneo" anche al cospetto del Giudice? O per meglio dire, esiste un modo per rendere ragionevolmente sovrapponibili/convergenti due giudizi di idoneità/inidoneità preventiva dello stesso modello, nonostante l'uno - quello dell'imprenditore - si effettui il più delle volte *ante factum*, in condizioni fisiologiche di operatività dell'ente (e trattasi di giudizio che necessariamente coinvolge l'intero modello) e l'altro - quello del Giudice - si effettui sempre *post factum*, in condizioni patologiche di operatività dell'ente (e trattasi di giudizio necessariamente circoscritto a una parte del modello, quella segnata dallo specifico reato verificatosi)?

Bene. Io credo che sia possibile rispondere positivamente a questo interrogativo, purché vi sia accordo nel partire da due logici presupposti, che concorrono e devono concorrere entrambi alla formazione di una comune concettualizzazione di "idoneità preventiva", valida ed operativa tanto in punto di costruzione del MOG (nell'ottica dell'imprenditore), quanto in punto di valutazione del MOG (nell'ottica del Giudice):

1) l'"idoneità preventiva" è un concetto che attiene sempre e solo al *contenuto* del modello, non alla *messa in opera* del medesimo. Una cosa, infatti è l'**idoneità** e un'altra è l'**efficacia** del MOG. Entrambe sono necessarie e devono consussistere per beneficiare dell'esimente, ma sono due concetti del tutto diversi, non per forza autoimplicantisi reciprocamente. L'idoneità è un concetto che individua una fondata valutazione prognostica di efficienza del contenuto prescrittivo-cautelare del modello, tenuto conto - in un'ottica economica e non solo giuridica - anche del rapporto tra i costi del controllo e i costi dei benefici (i primi devono essere inferiori ai secondi). L'efficacia, invece, è un concetto che individua la coerenza/conformità del funzionamento del modello rispetto al disegno programmato. Se è vero che un modello efficace è anche un modello idoneo, non è per forza vero che un modello idoneo sia anche efficace, così come non è per forza vero che un modello non efficace sia anche un modello non idoneo.

2) il concetto di "**idoneità preventiva**" veicola sempre l'altro di "capacità organizzativa" dell'ente (in specie del vertice societario): l'ente, infatti, non risponde del fatto di reato materiale-presupposto commesso dalla persona fisica appartenente al suo organico, ma risponde di una sua disorganizzazione che, di fatto, ha consentito il verificarsi del reato-presupposto (se è pur vero che i reati catalogati agli artt. 24 e ss. D.lgs. n. 231/2001 costituiscono la base di una fattispecie complessa contestabile all'ente, è anche vero che la disorganizzazione - *rectius*, una cattiva gestione/amministrazione della dinamica di svolgimento della propria attività sociale - si pone, a sua volta, a monte dello specifico reato verificatosi). Per cui, l'idoneità preventiva contenutistica del modello è senz'altro un elemento necessario, ancorché non sufficiente, per accertare l'insussistenza della c.d. "colpa di organizzazione" e, quindi, per riconoscere il nucleo della ragione che giustifica l'applicazione dell'esimente, ossia la dissociazione dell'ente dal comportamento dell'autore materiale del fatto di reato.¹¹

Se è corretto - come è corretto - partire da questi due presupposti, se diamo correttamente per assodata questa concettualizzazione della "**idoneità preventiva**", allora sarà possibile tracciare la strada della convergenza richiesta, dal momento che solo così ragionando sarà possibile individuare - sia nel precedente apprezzamento, da parte dell'imprenditore, di adeguatezza delle cautele adottate, sia nel successivo sindacato, da parte del Giudice penale, sulla stessa adeguatezza - un identico **campo di indagine** (vale a dire il quotidiano/ordinario svolgimento dei processi decisionali ed esecutivi dell'ente) e una medesima **metodica di interrogazione del contenuto del modello, nel raffronto tra "tipo" di rischio individuato e corrispondente "tipo" di misura di contenimento, praticabile e praticata**.

Solo così l'imprenditore potrà ragionevolmente pronosticare il riconoscimento, da parte del Giudice, di quella sua "capacità organizzativa" che lui, imprenditore, ha espresso nel riempire di quel contenuto l'atto auto-normativo del proprio ente; solo così il Giudice potrà accertare correttamente la sussistenza o meno della c.d. "colpa di organizzazione" (che è, si ribadisce, il nucleo disvaloriale dell'illecito dell'ente), di fatto ripercorrendo le stesse

¹¹ Cfr. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, pp. 140 e ss.; VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex D.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, cit., 2009, n. 1, pp. 7 e ss.; GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, cit., 2007, n. 3, pp. 11 e ss..

orme già percorse dall'imprenditore in fase di costruzione del modello e senza essere condizionato dalla errata equazione per cui la verifica del reato-presupposto è indice, *ex se*, di inidoneità del modello;¹² solo così, alla fine, sarà ragionevolmente probabile - e non solo meramente auspicabile - che dal pronostico imprenditoriale (da una parte) e dall'accertamento giudiziale (dall'altra) consegua un pressoché uguale giudizio di idoneità, poiché sia il primo che il secondo porterebbero all'apprezzamento di una pressoché sovrapponibile "costante di equilibrio" tra rischi-reato connessi all'attività produttiva e correlate misure correttive.

Ciò detto, considerato come l'enorme differenza tra i molteplici settori produttivi e tra le soglie dimensionali dell'impresa è fattore che legittima l'impossibilità di pensare ed elaborare un paradigma di modello universalmente valido, nonché considerato come l'illecito dell'ente sia qualificato dalla dominante giurisprudenza come "illecito di rischio" e non come "illecito colposo di evento", quali sono i crismi dello statuto di "idoneità preventiva" del modello, che - prima l'imprenditore e dopo il Giudice, ciascuno nell'approcciarsi al rischio (l'uno in punto di costruzione del MOG; l'altro in punto di valutazione del MOG) - devono essere presi in considerazione? Quali sono, cioè, gli aspetti contenutistici del MOG che devono essere interrogati ai fini del riconoscimento dello statuto di "idoneità preventiva"?¹³

a) concretezza:¹⁴ il MOG deve risultare un abito cucito su misura della singola realtà aziendale, ossia parametrato al settore merceologico di riferimento dell'ente, alla natura dell'attività svolta dall'ente, alle dimensioni dell'ente, alla collocazione geografico-ambientale dell'ente, alle risorse dell'ente, alla storia dell'azienda, alla estensione dei poteri delegati all'interno dell'ente e alla eventuale esistenza - in capo all'ente - di attività di direzione e coordinamento: la sartorialità del modello è indice di idoneità, perché è indice di genuinità delle sue prescrizioni.¹⁵

¹² Cfr. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, Torino, 2011, pp. 2103 e ss..

¹³ Il tema è stato indagato anche da D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, cit., 2011, n. 2, pp. 129 e ss..

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343; Cass. pen., Sez. II, 9.2.2016, n. 11209; Cass. pen., Sez. VI, 12.2.2016, n. 11442; Cass. pen., Sez. II, 27.9.2016, n. 52316; Cass. pen., Sez. II, 1.10.2009, n. 40749; Trib. Firenze, 15.5.2012; Corte Assise Appello Torino, 27.5.2013.

¹⁵ Sul concetto di "sartorialità" del MOG, cfr. NUNIN, *Fonti normative, responsabilità, sanzioni: i MOG tra cornice legislativa e pratica applicativa*, in Alessandrini/Nunin/Poles/Venturini/Zuliani (a cura di), *Modelli organizzativi e gestionali per la sicurezza sul lavoro. Analisi empiriche e prospettive applicative*, Trieste, 2017, pp. 37 e ss..

Ma un MOG è concreto (e quindi idoneo) anche quando è dinamico, ossia agevolmente plasmabile e adattabile alle specifiche esigenze della singola realtà aziendale, che inevitabilmente mutano e mutano di continuo poiché l'organizzazione di un ente non è mai statica, nonché quando non risulta essere un mero elemento di cosmesi, cioè un prodotto di puro stile incapace di trascendere la propria documentalità, magari pure apodittica/tautologica nella forma. Ciò significa che le contromisure adottate in relazione ai rischi individuati non devono essere meri enunciati teorici (determinati una volta e per sempre), perché ciò renderebbe solo "apparente" il modello, ma devono avere un precipitato empirico riscontrabile come tale, e cioè riscontrabile nel materiale mutamento organizzativo o funzionale dell'ente. Del resto, valutare l'idoneità di un modello limitandosi semplicemente alla verifica di esistenza testuale di enunciati prescrittivi, assunti come "contromisure", significherebbe accertare nulla più che una condotta umana di facciata, e non - come invece deve essere, stante l'oggetto del giudizio di responsabilità dell'ente: la sussistenza o meno della c.d. "colpa di organizzazione" - il frutto di tale condotta, vale a dire l'effettiva esistenza (sul piano organizzativo e gestionale) di soluzioni tecnico-strategiche, realmente operative, specchio del tessuto normativo auto-prodotto in ambito aziendale.

Infine, la concretezza di un MOG si ricava anche da una agevole riscontrabilità dei criteri utilizzati in sede di progettazione e definizione dei contenuti prescrittivi; criteri specifici in relazione alla peculiarità del contesto aziendale cui le cautele devono inerire, in modo tale da fugare ogni ipotesi di "copia-incolla".

b) rispondenza delle regole di prevenzione auto-normate dall'ente non tanto alle regole cautelari di fonte legislativa (o secondaria), quanto e soprattutto alle migliori conoscenze e prassi - consolidate e condivise nel momento storico in cui è costruito il modello - ricavabili dagli specifici settori merceologici di operatività del singolo ente:¹⁶ sotto questo profilo, cioè, un MOG non può essere considerato idoneo se contiene soluzioni tecnico-strategiche (a livello organizzativo e gestionale), in seno alle procedure decisionali ed esecutive dell'ente, che si limitano a rispondere a generici parametri di diligenza/prudenza/perizia. Ciò significa che le cautele individuate devono risultare rapportate, nella loro fisionomia, alle peculiari tipologie di reato-presupposto, e

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 18.12.2013, n. 4677; Cass. pen., Sez. I, 2.7.2015, n. 35818.

quindi devono essere proteiformi, ossia necessariamente diversificate quantomeno per classi omogenee di illeciti (reati-decisione, propri degli apicali; reati-in attività, caratteristici dei subordinati),¹⁷ non asfitticamente omologate in modo unitario.

c) distinzione tipologica delle cautele:¹⁸ per costruire un MOG idoneo occorre distinguere tra "cautele procedurali" (concernenti il modo attraverso il quale la decisione deve essere adottata), "cautele sostanziali" (concernenti il contenuto della decisione a rischio-reato) e "cautele di controllo" (rispondenti ad istanze di monitoraggio, di primo e secondo livello).

Tali cautele devono ricavarsi e costruirsi attraverso un metodo induttivo, che muova da una attività di *discovery* delle buone pratiche messe in campo dalle varie aziende che operano in un settore omogeneo, combinata alla più generale raccolta e confronto delle informazioni provenienti da chi redige i modelli. Solo in questo modo - e cioè attraverso un processo di circolazione delle informazioni - è possibile individuare punti di forza e criticità delle stesse prasseologie aziendali.

Inoltre, tali cautele devono tutte risultare quali "controspinte" rispetto ad una probabile interazione dinamica di fattori potenzialmente eziologici verso un evento di danno, e non rispetto a singoli, statici e soprattutto slegati fattori di rischio nominalmente notori: in buona sostanza, tutte tali cautele devono essere pensate per contenere più un pericolo che un rischio.¹⁹

Infine, tutte tali cautele devono risultare quali "barriere di sicurezza" rispetto ad un evento che, quantomeno, "contenga" quello effettivamente realizzatosi e oggetto di contestazione e processo.

d) chiarezza degli enunciati prescrittivi contenuti nei protocolli:²⁰ la formula dell'"elusione fraudolenta" del MOG non è soltanto funzionale a delimitare l'area di rischio

¹⁷ Nel primo caso, il reato è di natura prevalentemente dolosa e la cautela deve incidere in qualsiasi fase prodromica alla decisione vera e propria, fungendo da adeguata "controspinta" al formarsi della singola volontà criminosa. Nel secondo caso, invece, il reato rientra nel normale rischio d'impresa, che afferisce alla sfera della colpa, per cui la cautela deve intervenire in una fase di maggiore prossimità al fattore di rischio, comune a più realtà produttive.

¹⁸ Cfr. Trib. Roma, 22.11.2002; Cass. pen., Sez. VI, 10.11.2015, n. 28299.

¹⁹ Puntualissimo è l'esempio riportato da PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. Donini (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, p. 166: "Uscire con l'automobile significa di per sé affrontare un rischio, dipendente dalla contemporanea presenza di più utenti sulla strada, dallo stato della strada, dalle condizioni meteorologiche e così via; ma non significa trovarsi in pericolo, che si verifica solo quando l'interazione dei fattori si esprime in termini almeno potenzialmente eziologici verso un evento di danno".

²⁰ Cfr. GIP Trib. Verona, 14.3.2007; GIP Trib. Milano, 8.1.2010.

consentito (l'ente è responsabile qualora, in relazione al reato verificatosi, risulti che era esigibile da esso la scelta di una tipologia di cautela che - più difficilmente aggirabile nella sua dinamica di funzionamento - ne avrebbe ridotto entro limiti più accettabili il rischio di commissione), ma fissa anche il livello di comprensibilità del contenuto del singolo protocollo di formazione e attuazione della decisione, anch'esso esigibile. Infatti, l'articolato delle prescrizioni di prevenzione deve risultare lineare, logico e di oggettiva, immediata assimilazione, dal momento che solo una prescrizione semplice può essere superata dall'inganno, mentre una prescrizione dal contenuto anodino non può che essere sfruttata nella sua nebulosità e superata da una sua violazione frontale: in pratica, laddove vi è "semplicità" è più imprevedibile e obliquo l'illecito (e quindi più scusabile l'ente); laddove vi è "artificiosità" è più prevedibile e diretto l'illecito (e quindi meno scusabile l'ente).²¹

e) trasparenza dei criteri di ponderazione del rischio, per peso ed impatto sul contesto dell'ente (probabilità di accadimento):²² un MOG non potrà mai definirsi idoneo se prevedesse misure uguali rispetto a rischi differenti e misure differenti rispetto a rischi uguali. Dunque, occorre stabilire il grado di esposizione dell'ente rispetto ad ogni singolo rischio-reato.

Un buon criterio di ponderazione del rischio potrebbe essere quello consistente nella attribuzione, ad ogni reato-presupposto, di un indice numerico di rilevanza dato dalla somma di due fattori: **A) grado di attinenza** del reato alle caratteristiche concrete dell'attività sociale svolta (molto conferente, valore 4; conferente, valore 3; non escludibile, valore 2; inconferente, valore 1; inconfigurabile, valore 0); **B) grado di percepibilità, ossia di rilevabilità** del reato ad un corretto controllo aziendale (elevato, valore 1; medio, valore 3; difficile, valore 5).

Ad ogni modo, per onestà intellettuale, non possiamo sottacere come la dottrina più sensibile agli aspetti aziendalistici e societari sia piuttosto ostile ad una "iper-regolamentazione" del modello. Infatti, il frazionamento dell'agire in sotto-processi e sequenze routinarie, scandite da una cadenza binaria e meccanicistica (input/output; dovuto/vietato; corretto/errato, ecc...), sottoposti ad uno

²¹ Sulla formula della "elusione fraudolenta", cfr. anche BRUNETTI, *Gestione dei rischi e modelli organizzativi*, relazione al convegno "La gestione del rischio come opportunità di crescita aziendale. D.lgs. 231/2001 e la nuova ISO 37001 (Foggia, 24 marzo 2017), in GP Web, 2017, 12.

²² Cfr. GIP Trib. Milano 8:3.2012.

stringente controllo, costituisce un tentativo largamente applicato di garantire il non verificarsi dell'imprevisto e l'espunzione dell'anomalia dal ciclo causa-effetto. Con un risultato, però, paradossale: il "funzionario" impiegato e responsabile - nei confronti del superiore gerarchico - della correttezza e conformità dello step di propria competenza può rimanere irresponsabile degli effetti finali dei propri comportamenti. Quindi, un alto tasso di regolamentazione ed una articolata catena delle linee di comando possono indurre a perniciosi effetti, quali il sovraffollamento organico, interferenze e deresponsabilizzazioni, lo stallo decisionale, il discarico delle responsabilità, la burocratizzazione e l'ingessamento dell'operatività dell'impresa, cosicché - invece di prevenire ed impedire - l'azione illecita del singolo-persona fisica può benissimo risultarne, in ultima analisi, agevolata.²³

Tutto sta nella capacità di equilibrio, di bilanciamento: del resto, è legittimamente esigibile che chi, esercitando una attività economica in forma organizzata, stabilisce in perfetta autonomia la complessità, il modo di essere ed il funzionamento dell'organizzazione, con individuazione dei centri decisionali e degli apparati di controllo secondo il flusso delle decisioni e delle informazioni sui controlli, sia anche gravato dell'onere di plasmare un modello che risponda, nella sua analiticità, a quella tipologia di organizzazione.

Avv. Michele Verrucchi

(Avvocato del Foro di Firenze e PhD in Diritto Penale e Processuale presso l'Università degli Studi di Firenze)

²³ Cfr. BARTOLOMUCCI, *Il d.lgs. 231/2001 e la realtà delle Aziende Farmaceutiche: prospettive applicative, problematiche e peculiarità di settore*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, cit., n. 2/2007, pp. 28 e ss..