

Responsabilità amministrativa Un cambio di rotta

L'assenza del MOG non prova la colpevolezza di un'azienda

di Corinna Correra

Avvocato ed Esperta di Diritto alimentare

In una recente sentenza, la Corte di Cassazione afferma che il non aver predisposto il Modello di Organizzazione e Gestione non implica automaticamente la responsabilità amministrativa di un'azienda

I Modello di Organizzazione e Gestione, il cosiddetto MOG, previsto da oltre un ventennio dal decreto legislativo 231/2001 come possibilità della società di adottarlo al fine di prevenire la commissione di reati, è oggi oggetto di numerose riflessioni sia degli esperti del settore sia dei giudici nelle loro pronunce. Quest'ultimi, infatti, di fronte alla contestazione da parte dei pubblici ministeri di un illecito amministrativo derivante dalla responsabilità amministrativa della società di cui al decreto legislativo 231/2001, si confrontano con realtà societarie ora prive del Modello di Organizzazione e Gestione, ora dotate di tale Modello, che richiede però le dovute valutazioni di adeguatezza dello stesso.

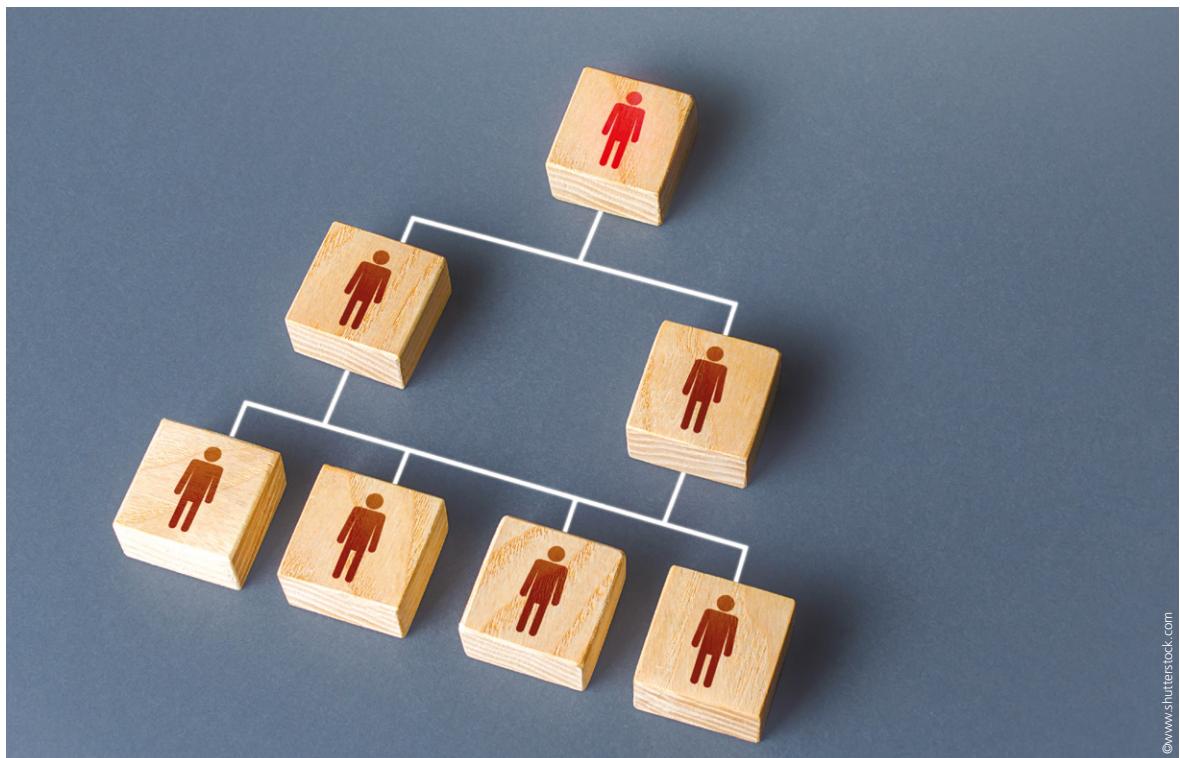
Una molteplicità, evidentemente, di situazioni societarie collegate a loro volta a una molteplicità di reati-presupposto della responsabilità della società. La norma prevede un catalogo molto ampio di reati, che spaziano da quelli ambientali a quelli tributari, a quelli in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e ancora a quelli agroalimentari che – insieme ad altri requisiti richiesti dal decreto – concorrono a costituire i presupposti per la contestazione della responsabilità amministrativa della società.

I requisiti richiesti

I giudici così si trovano a dover valutare la sussistenza fondata e provata di tali reati, ma ciò non basta per approdare a una sentenza di "condanna" da illecito amministrativo per la società in quanto dovranno vagliare la sussistenza degli altri requisiti richiesti dal decreto, vale a dire:

- la commissione del reato da parte di un soggetto posto in un ruolo dirigenziale o comunque apicale in azienda; e
- che si sia agito nell'interesse o a vantaggio della società.

Su tale ultimo requisito vi sono non poche pronunce della Suprema Corte in cui si evidenzia



©www.shutterstock.com

23

che il giudice deve accertare che vi siano criteri di collegamento teleologico dell'azione della persona fisica, autore del reato-presupposto, all'interesse o vantaggio dell'ente collettivo.

Necessario provare l'interesse o il vantaggio della società

Siamo dinanzi a una fattispecie complessa dove la società risponde di un fatto illecito proprio e non di un fatto altrui e in tale fattispecie complessa – afferma la Suprema Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 45100/2021 – “*il reato è un presupposto, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o vantaggio*”. È evidente, quindi, che non basta riconoscere la sussistenza del reato per addebitare alla società una responsabilità amministrativa ai sensi del decreto legislativo 231/2001, ma occorre verificare e provare – stante nell'ambito delle regole del processo penale – l'interesse o il vantaggio della società derivante dalla commissione dell'illecito penale.

Non basta riconoscere la sussistenza del reato per addebitare alla società una responsabilità amministrativa

Sul punto la Corte – nella sentenza su richiamata – afferma testualmente che “*la responsabilità della persona fisica si estende 'per rimbalzo' dall'individuo all'ente collettivo solo a condizione che siano individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente*”. Si sgombra il campo così dal rischio della responsabilità oggettiva della società, ovvero la responsabilità per fatto altrui, e si inizia un nuovo percorso processuale anche per tale imputazione del tutto peculiare anche in considerazione del fatto che trattasi di illecito amministrativo contestato nel processo penale e con le regole del rito.

Adozione del MOG prima e dopo la commissione del reato

In un quadro così delineato con numerosi spunti e "spigolature" giuridiche si inserisce l'aspetto dell'"esimente" del Modello di Organizzazione e Gestione, modello previsto dall'articolo 6 del decreto legislativo 231/2001 come "salvacondotto" per la società nell'ipotesi in cui sia stato adottato prima della commissione del fatto-reato.

E infatti il decreto – pur riconoscendo il carattere facoltativo e non obbligatorio del Modello di Organizzazione e Gestione – lo prevede come espressione di diligenza della società nell'organizzazione aziendale tale da adottare un modello che individua i possibili reati che possono essere commessi nell'ambito dell'attività imprenditoriale e le misure per prevenirli attraverso il controllo e il meccanismo sanzionatorio di un organismo di vigilanza posto a presidio del MOG.

L'adozione del MOG, invece, successiva alla commissione del fatto-reato determina per la società – come prevede lo stesso decreto in sede di articolo 12 – una riduzione della sanzione amministrativa pecunaria.

Se è vero quindi che l'adozione del Modello prima del fatto-reato contestato ai sensi del decreto legislativo 231/2001 esclude la responsabilità amministrativa della società, il dettato normativo in realtà richiede non solo la sussistenza del modello, ma anche la sua efficace attuazione. Di qui le pronunce dei giudicanti che escludono la responsabilità della società sempre che ritengano il Modello adeguato al tipo di società ed efficacemente attuato.

L'assenza del MOG non implica un addebito di responsabilità

Fin qui sembrerebbe tutto chiaro, se non fosse che si è arrivati all'equazione semplicistica che l'assenza del MOG in azienda coincide con la "prova" della responsabilità amministrativa della società: un'equazione che considera così il Modello di Organizzazione e Gestione o meglio

la sua mancanza uno dei requisiti non scritti dell'illecito contestato alla società.

E invero il decreto legislativo 231/2001 stabilisce tra i requisiti di tale illecito:

- la commissione di un reato tra quelli inseriti nel "catalogo" dei reati previsti espressamente dalla norma;
- la commissione degli stessi da parte di un soggetto che svolga un ruolo dirigenziale o apicale;
- la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio della società.

Lo "scudo" legale del MOG, ove adottato dalla società, ha forse nel tempo opacizzato i tre requisiti fondamentali previsti dalla normativa stessa per giungere all'accertamento della responsabilità amministrativa della società.

A spezzare questa interpretazione è stata però l'illuminata sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezione IV penale, n. 18413 del 15 febbraio 2022, che si è pronunciata in tema di responsabilità di una società ai sensi dell'articolo 27 septies, ovvero conseguente a lesioni commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Il fatto riguarda una dipendente rimasta ferita ad una mano durante la sua attività lavorativa, fatto per il quale si contesta al legale rappresentante il reato di lesioni personali aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche e alla società la responsabilità amministrativa ai sensi del decreto legislativo 231/2001 in quanto si è ritenuto il reato commesso nell'interesse della società dal momento che la società era priva del Modello di Organizzazione e Gestione e del relativo organismo di vigilanza, che avrebbe potuto verificare l'adeguatezza dei sistemi di sicurezza installati.

La società condannata ricorre in Cassazione evidenziando che la lavoratrice era esperta e adeguatamente istruita e che l'incidente si era verificato per aver la stessa agito d'istinto e pertanto la società lamenta – nel ricorso – il riconoscimento di una responsabilità oggettiva addebitata alla società per fatto altrui istintuale. La difesa della società evidenzia, inoltre, che nonostante si fossero documentati gli elevati costi

sostenuti dalla società in materia di sicurezza, si rinviene l'interesse o vantaggio economico della società per la mancata adozione del MOG, scelta intesa come volontà di risparmio aziendale.

Vi è quindi in questa vicenda processuale, prima del suo approdo in Cassazione, un esempio concreto di equazione per cui la mancata adozione del Modello di Organizzazione e Gestione equivale all'accertata responsabilità amministrativa della società.

I giudici dell'Ermellino, però, pongono una battuta d'arresto a questo orientamento giurisprudenziale diffuso e già nelle prime battute della sentenza precisano che *"la mancanza (del MOG), di per sé, non può implicare un automatico addebito di responsabilità"*.

Particolarmente interessante è la parte in cui si precisa in sentenza che, per addivenire alla responsabilità dell'ente, occorre che l'accusa provi che la persona fisica, all'interno della società, che ha commesso il reato-presupposto lo abbia compiuto nell'interesse o a vantaggio della società: interesse inteso come valutazione ex ante di carattere soggettivo e il vantaggio, come valutazione ex post, di carattere oggettivo. Ne consegue che di fronte a una responsabilità penale della persona fisica per il reato-presupposto e una responsabilità autonoma della società vi siano due colpe autonome e quindi una colpa di organizzazione autonoma della società rispetto a quella della persona fisica, posta in posizione apicale, autrice del reato-presupposto. Tale colpa di organizzazione della società non si può confondere con la responsabilità colposa dell'amministratore - persona fisica che non ha rispettato le norme sulla prevenzione, né si può identificare nella mancata adozione del Modello di Organizzazione e Gestione.

Nella sentenza si evidenzia che l'accusa deve provare specificatamente la colpa di organizzazione della società e *"l'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono ex se elementi costitutivi dell'illecito dell'ente"*. E inoltre la Suprema Corte aggiunge ancora: *"I giudici di merito, in definitiva, fondano la responsabilità amministrativa [...] sulla "accertata mancanza del modello organizzativo e sul conseguente risparmio di spesa quale tempo lavorativo da dedicare alla sua predisposizione e*

attuazione richiamando, genericamente, ulteriori voci di (possibile) risparmio di spesa".

E ancora si ribadisce in sentenza che *"l'affermata 'mancanza del modello organizzativo' non può costituire elemento tipico dell'illecito amministrativo in contestazione, per la cui sussistenza occorre invece fornire positiva dimostrazione della sussistenza di una 'colpa di organizzazione' dell'ente"*. Ecco che torna un aspetto a volte dimenticato nel processo penale, ovvero la ricerca delle prove da parte dell'accusa, che non può limitarsi a considerare la linea difensiva sufficientemente valida e fondata. L'accusa deve invece essa stessa avere le prove – in questo caso del tutto peculiare sul piano processuale – della colpa di organizzazione della società.

L'accusa deve avere le prove della colpa di organizzazione della società

25

La colpa di organizzazione della società va così provata in modo autonomo rispetto alla colpa dell'amministratore della società, persona fisica, quest'ultima elemento essenziale per la sussistenza del reato-presupposto imputabile all'autore del reato, ma autonoma e distinta dalla colpa di organizzazione della società.

La recentissima sentenza su cui ci siamo doverosamente soffermati pone evidentemente una nuova interpretazione sul "valore legale" del Modello di Organizzazione e Gestione previsto dal decreto legislativo 231/2001 nel processo che vede anche la contestazione della responsabilità amministrativa della società, un "ravvedimento operoso" da parte dei giudici dell'Ermellino, a parere della scrivente, che mette nella giusta luce l'adozione del MOG, giustamente inteso come una scelta di campo ispirata all'etica aziendale, ma la cui carenza non può costituire apoditticamente prova di responsabilità.

A questo punto non resta che augurarsi che questa sentenza non costituisca un "unicum", ma sia l'inizio di un vero cambio di rotta!