

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA  
*Ufficio per gli Incontri di Studio*

Incontro di studio sul tema:  
“Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”

*Roma, 28 - 30 marzo 2011*  
*Ergife Palace Hotel*

Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del  
“MODELLO ORGANIZZATIVO” *ex d. lgs. 231/2001*)

Relatore  
**Prof. Carlo PIERGALLINI**  
Ordinario di diritto penale nell'Università di  
Macerata



## PARADIGMATICA DELL'AUTOCONTROLLO PENALE (DALLA FUNZIONE ALLA STRUTTURA DEL "MODELLO ORGANIZZATIVO" EX D. LGS. 231/2001)

SOMMARIO: 1. Le funzioni del modello di prevenzione del rischio-reato. - 2. Il dovere di 'auto-organizzazione' dell'ente e la sua natura giuridica. - 3. L'intelaiatura del modello: premessa. - 4. La Parte Generale del modello. - 4.1. Il modello di *governance*, i sistemi organizzativi e di controllo interno. - 4.2. Il sistema delle procure e delle deleghe. - 4.3. Il Codice etico. - 4.4. L'attività di informazione e di formazione. - 4.5. Le modalità di rilevamento delle violazioni del modello. - 4.6. Il sistema disciplinare. - 5. L'istituzione, la composizione e le funzioni dell'Organismo di Vigilanza (OdV): premessa. - 5.1. La struttura dell'Organismo di Vigilanza. - 5.2. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. - 5.3. Gruppo di società e Organismo di Vigilanza. - 5.4. La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza. - 6. La Parte Speciale del modello. - 6.1. La "mappatura" delle attività a rischio-reato (*risk assessment*). - 6.2. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente: dal catalogo formale a quello effettivo. - 6.3. I protocolli di gestione del rischio-reato (*risk management*). - 6.3.1. La decisione dell'ente come "processo". - 6.3.2. La struttura dei protocolli. - 6.3.3. Il contenuto delle cautele. - 6.3.4. Cautele "autonormate" e cautele "eteronormate". - 6.3.4.1. Il banco di prova della prassi. - 6.3.5. I protocolli di gestione nelle aree cc.dd. strumentali. - 7. Il modello come strumento "cautelare" e "cautelativo". - 8. La costruzione delle cautele 'sostanziali' e il problema della loro "positivizzazione".

### 1. Le funzioni del modello di prevenzione del rischio-reato.

Il recente superamento del *Societas delinquere et puniti non potest*, per opera del d. lgs. 231/2001, è tuttora oggetto di riflessione da parte della dottrina: in questo ambito, risalta il contributo di Mario Romano, Maestro al quale questo scritto è dedicato, proteso a 'reclamare', con il risaputo rigore, la natura 'amministrativa' della responsabilità dell'ente, in ragione dell'impossibilità di trasferire, meccanicisticamente, gli istituti dell'*Individualstrafrecht* (ritagliati sopra una concezione antropomorfa del diritto penale) a soggetti dotati di una conformazione collettiva<sup>1</sup>. La *querelle* sulla 'natura' della responsabilità non ha, tuttavia, mai posto in discussione, nel pensiero del Maestro, la necessità, politico-criminale, di pervenire a forme di corresponsabilizzazione della *societas*. Questo saggio, perciò, si propone di affrontare il tema della responsabilità da reato degli enti collettivi, non già nella sua dimensione 'ideologica', bensì con riguardo agli strumenti che fungono da supporto del dovere organizzativo della *societas*, funzionale alla prevenzione del rischio-reato.

Il decreto 231/2001, nella consapevolezza che il reato d'impresa affonda stabilmente le sue radici in una struttura organizzata, che partorisce una propria cultura, ha puntato direttamente al cuore delle organizzazioni complesse, con l'obiettivo di implementare l'adozione di regole di comportamento che orientino l'agire verso la prevenzione ragionevole del rischio-reato e, dunque, in direzione della legalità. Per conseguire un simile obiettivo, il legislatore si è esplicitamente ispirato alla filosofia dei *compliance programs* statunitensi che, sviluppando l'esperienza dei codici etici, costituiscono

---

<sup>1</sup> ROMANO, *La responsabilità degli enti, società o associazioni*, in *Riv. soc.*, 2002, 393 ss. Prima della riforma del 2001, va ricordato il saggio *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1031 ss.

modelli di comportamento destinati a prevenire i reati e a scoprirne l'esistenza<sup>2</sup>. Solo l'adozione di effettivi programmi di prevenzione e di riduzione del rischio-reato può determinare, infatti, la dissociazione tra la responsabilità (la colpevolezza) della persona fisica e quella dell'ente collettivo nel cui interesse la prima ha agito. I modelli di prevenzione impingono, pertanto, nelle dinamiche dell'*imputazione soggettiva*<sup>3</sup>.

Il decreto distingue, come è noto, a seconda dei *soggetti* che hanno commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. La vicenda è più semplice da decrittare quando l'illecito è stato commesso da soggetti che rivestono la qualifica di *dipendenti*, perciò estranei alla struttura verticistica. In questo caso, disciplinato dall'art. 7 del decreto, la responsabilità dell'ente fa capo ad un *difetto di vigilanza e di controllo*, cioè alla violazione di standard di diligenza "particolareggiati", formalizzati in altrettanti modelli di prevenzione e di controllo funzionali alla minimizzazione di uno *specifico* rischio-reato. Qui, la colpevolezza (rimproverabilità) dell'ente assume sembianze ben definite: cioè quella di una responsabilità da *agevolazione colposa*, per non aver impedito un reato commesso da soggetti "controllati".

Il meccanismo di ascrizione si rivela più complicato quando il reato è stato commesso da *soggetti* collocati ai *vertici* della struttura aziendale. In questa evenienza, opera la *teoria dell'identificazione* dell'ente con la persona fisica: la responsabilità dell'ente non è colposa (per difetto di organizzazione, cioè), ma autenticamente *dolosa*, perché la persona fisica, a causa delle sua collocazione apicale, costituisce la *mano visibile* del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda. Al cospetto di un criterio di ascrizione sostanzialmente incontrovertibile, il legislatore del 2001 si è chiesto se questa forma di responsabilità dolosa fosse sempre e in ogni caso rimproverabile all'ente, o se si dessero ipotesi in cui il vertice aziendale potesse legittimamente *dissociare* la propria responsabilità da quella di chi lo ha rappresentato all'esterno. L'interrogativo è scaturito dall'esigenza di tenere conto delle moderne dinamiche organizzative aziendali, sempre più pervase da una *compartimentazione orizzontale* delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente<sup>4</sup>. A ben vedere, se ciò può dirsi vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico quello imperniato sull'amministratore unico), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello rigidamente

---

<sup>2</sup> Sui *compliance programs*, v. l'approfondita analisi di DE MAGLIE *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 102 ss.

<sup>3</sup> Per una recente, stimolante riflessione, di natura dogmatica e politico-criminale, sulla criteriologia imputativa del fatto-reato commesso nell'interesse dell'ente, v. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

<sup>4</sup> Per una sottolineatura di questi aspetti, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. tim. dir. pen. economia*, 2002, 589-590.

verticistico, ma si distende su un'ampia *base orizzontale*<sup>5</sup>, alla quale i poteri di amministrazione sono delegati dal consiglio di amministrazione che conserva, dunque, il potere-dovere di vigilare sull'andamento della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli (art. 2392 c.c.). Può, dunque, accadere che il compimento di un illecito da parte di uno dei svariati soggetti in posizione apicale non rifletta la politica di impresa espressa dal consiglio di amministrazione, che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l'essere un *organo intermedio* (con funzioni di generale sovrintendenza sull'amministrazione) tra l'assemblea e l'organo di vera e propria gestione della società (comitato esecutivo o gli amministratori delegati). Per queste ragioni, il legislatore ha introdotto, all'art. 6, un *paradigma di colpevolezza*, per il vertice societario, costruito *negativamente*, alla stregua cioè di una *scusante con inversione dell'onere della prova a carico dell'ente*<sup>6</sup>. Ferma la regola di identificazione sopra esposta, l'ente (di regola, il consiglio di amministrazione) può evitare di incorrere nella responsabilità se prova: 1) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 2) di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un organismo interno dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; 3) che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente<sup>7</sup> i modelli di organizzazione e di gestione di cui al n. 1. Ne deriva, allora, che l'adozione di un sistema di prevenzione, la cui effettività trova un limite

---

<sup>5</sup> Su questi aspetti, cfr. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, 165 ss. L'organizzazione industriale sta, peraltro, conoscendo nuovi fenomeni di deverticalizzazione: si pensi alle forme dell'*impresa-rete*, che attua le proprie strategie attraverso relazioni non competitive, ma collaborative, con altre imprese, per ricercarne vantaggi comuni; in argomento cfr. BASTIA, *Gli accordi tra imprese*, Bologna, 1989.

<sup>6</sup> Così, efficacemente, DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la <<parte generale>> e la <<parte speciale>> del D. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 107. E' da rimarcare che l'esistenza di una compartimentazione orizzontale delle responsabilità si atteggia come *condicio sine qua non* per invocare l'operatività dell'art. 6, in deroga alla "teoria dell'identificazione": è di intuitiva evidenza che, al cospetto di un *ente di piccole dimensioni*, governato da un amministratore unico, è impensabile costruire un modello di organizzazione volto a contenere il rischio-reato che si appunta su tale figura apicale; vi ostano ragioni logiche prima che giuridiche, atteso che l'amministratore unico non può certo costruire e incardinare un modello per controllare se stesso. Per contro, in simili realtà, in cui risalta la 'semplicità' della struttura organizzativa (in cui, cioè, il vertice e la base operativa si 'toccano', senza una significativa presenza della linea intermedia – il *management*), il modello potrà essere adottato nei confronti dei dipendenti (o di un dirigente) sì che, in tale evenienza, l'amministratore unico potrà esercitare personalmente le funzioni di controllo di pertinenza dell'Organismo di Vigilanza (v. art. 6, comma 4).

<sup>7</sup> Si sofferma, di recente, sul significato da attribuire al termine "fraudolentemente", PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione <<lassista>> o interpretazione costituzionalmente orientata?*, nota a G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, in *Le società*, 4/2010, 481 ss. Secondo l'A., la formula utilizzata dal legislatore potrebbe prestarsi ad un duplice percorso interpretativo: a) il predicato della "fraudolenza" potrebbe riferirsi alle *modalità della condotta*, vale a dire all'esistenza di *comportamenti concreti*, diversi dalla condotta delittuosa tipica, specificamente diretti all'elusione del modello organizzativo e tali da neutralizzare il presidio cautelare; è di intuitiva evidenza che questa interpretazione pone ragguardevoli problemi di accertamento; b) in una seconda opzione ermeneutica, la "fraudolenza" potrebbe, invece, risolversi nell'*intenzione dell'agente*, riproponendo le ben note vicende che hanno riguardato l'identica espressione linguistica contenuta nel vecchio art. 2621 c.c. (false comunicazioni sociali). Si tratta di opzioni interpretative che, a parere dell'A., rappresenteranno la "spina nel fianco" della giurisprudenza.

solo nell'elusione fraudolenta (non agevolata da un difetto di controllo), rende *non rimproverabile* all'ente la realizzazione dell'illecito consumato da un soggetto formalmente deputato ad incarnare la politica d'impresa (funzione *esimente* del modello)<sup>8</sup>.

Va, poi, ricordato che il modello di prevenzione del rischio-reato svolge una ulteriore, importante funzione di natura *riparatoria*: la sua adozione (o il suo adeguamento) *post delictum* determina, ricorrendo altre condizioni (v. artt. 12 e 17 d. lgs. 231/2001), una ragguardevole riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle temute sanzioni interdittive. Il rilievo assegnato alle condotte di ravvedimento denota una significativa cofunzionalità con i criteri di iscrizione della responsabilità, atteso che viene valorizzato, in chiave *specialpreventiva*, il ruolo dei modelli in vista della minimizzazione del rischio-reato.

Dunque, la duplice funzione (esimente e riparatoria) del modello svolge un ruolo *sistematico* autenticamente *fondativo* nel nuovo sistema della responsabilità degli enti. Proprio per questo, sembra importante provare a tracciare le *linee di una paradigmatica* che consenta di ritagliare la *struttura* di un modello idoneo a perseguire efficacemente la descritta funzione preventiva. Le disposizioni degli artt. 6 e 7 si limitano, su questo versante (e non poteva essere diversamente), a fornire indicazioni *generali*, riferibili ai *requisiti costitutivi* dello strumento di prevenzione (rilevazione delle aree gravate dal rischio-reato, procedimentalizzazione delle decisioni, istituzione dell'organismo di vigilanza, flussi informativi e sistema sanzionatorio-disciplinare) e all'individuazione del *livello di rischio 'accettabile'* (da identificare in un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non con il ricorso a condotte fraudolente). Le norme, in definitiva, enucleano, sommariamente, soltanto scheletro lo del modello. Il problema della sua *progettazione* (rivolta a dare forma e contenuto ai requisiti che lo integrano) e quello della sua *'tenuta'* al cospetto del giudice, sono strettamente correlati alla funzione preventiva che è chiamato a svolgere, che si atteggia, perciò, come la 'bussola' che deve costantemente guidare l'elaborazione della sua intelaiatura. *E' la funzione che, in questo caso, informa sulla struttura e le dà volto*, con un percorso metodologicamente inverso rispetto ai tradizionali meccanismi di ricostruzione degli istituti giuridici.

La circostanza, poi, che, sul piano delle *fonti* di costruzione, il modello risulti, in massima parte, *'autonormato'* alimenta una diffusa sensazione di 'malessere' da parte degli enti: la sua redazione

---

<sup>8</sup> Si può solo accennare in questa sede ad un problema, inevitabilmente destinato a porsi nella prassi, concernente il rilievo da assegnare al *comportamento alternativo lecito*: in altre parole, vi è da chiedersi se l'esimente possa ricorrere anche nel caso in cui l'ente non si sia dotato di un modello *ante delictum*, ma sia comunque in grado di provare che la sua adozione ed efficace attuazione non avrebbero impedito la consumazione del reato, vuoi per l'imprevedibilità del rischio, vuoi per l'impossibilità di prevenire l'elusione fraudolenta dello stesso. La risposta negativa esalterebbe il profilo derogatorio della norma dell'art. 6, limitandone l'applicazione ai soli casi in essa previsti (si da impedire qualsiasi allargamento di tipo analogico). Per contro, la diversa opzione interpretativa punterebbe a valorizzare il principio di colpevolezza, circoscrivendo la portata derogatoria della norma alla sola inversione dell'onere probatorio.

impone di mobilitare risorse e ‘saperi’, ma il confezionamento sconta il timore dell’imprevedibilità e dell’insuccesso dinanzi all’interlocutore più temuto, il giudice penale.

Per tentare di dipanare le difficoltà, legate alla costruzione del modello e alla sua efficacia preventiva, sembra necessario compiere un ‘viaggio’ al suo interno, allo scopo di setacciare una struttura cofunzionale alle esigenze di prevenzione volute dalla legge. Di conseguenza, ci si interrogherà, dapprima, sulla ‘*progettazione*’ delle cautele nelle organizzazioni complesse e, successivamente, sul loro possibile processo di ‘*formalizzazione*’/‘*positivizzazione*’. In questo percorso, l’indagine farà riferimento, per quanto possibile, alla prassi applicativa: seppure scarna, permette, comunque, di attingere sia ai codici di comportamento forgiati dalle associazioni di categoria, sia ai modelli elaborati da note società di capitale, sia, infine, ai primi, significativi verdetti sull’idoneità dei modelli, partoriti nelle aule giudiziarie<sup>9</sup>.

E’ di intuitiva evidenza, però, che se il modello formalizza, in chiave imputativa, processi organizzativi che condizionano decisioni, prima ancora di proiettarsi al suo ‘interno’, occorre, sia pure concisamente, richiamare prima l’attenzione sul suo *habitat*, sul fatto, cioè, che nasce e si sviluppa nel contesto di *organizzazioni complesse*, espressione di un aggregato di individui che, proprio perché organizzati, esprimono una strategia collettiva destinata a fronteggiare situazioni ‘complesse’ non dominabili dal singolo o da una pluralità ‘disorganizzata’ di soggetti.

## 2. Il dovere di ‘auto-organizzazione’ dell’ente e la sua natura giuridica.

Sul piano *strutturale*, l’organizzazione contempla una *dotazione di competenze* (il personale) e di *vie di comunicazione*, orientate all’assunzione di *decisioni* in reciproca progressione. Per poter esprimere decisioni, l’organizzazione, come sistema ‘artificiale’ – a differenza di un sistema naturale, che semplicemente *esiste* – deve, a sua volta, *organizzarsi* (*organizzazione della organizzazione*). Il principale vantaggio che deriva dall’agire organizzato è infatti da intravedere nella formazione di una “*metacompetenza*” superiore alla somma delle competenze degli individui:

---

<sup>9</sup> I modelli di molte grandi società sono agevolmente reperibili sui corrispondenti siti Internet: in genere, vengono pubblicate la Parte generale e la Parte Speciale del modello, mentre non sono disponibili i (ben più interessanti) protocolli di gestione del rischio-reato. Anche i Codici di Comportamento, redatti ai sensi dell’art. 6, comma 3, d. lgs. 231/2001, sono facilmente rintracciabili in rete: in questa sede, ci limitiamo a richiamare: le *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d. lgs. n. 231/2001*, redatte da CONFINDUSTRIA il 7 marzo 2002 e successivamente aggiornate fino alla versione del 31 marzo 2008 (v. sul sito [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it)), e, per la non comune e, dunque, molto apprezzabile analiticità il *Codice di Comportamento delle imprese di costruzione*, adottato dall’ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), edito in Roma, 2005. Sul versante giurisprudenziale, sono tuttora scarse le pronunce che si sono occupate di vagliare l’idoneità preventiva dei modelli: tuttavia, risalta, proprio di recente, una decisione che ha riconosciuto funzione esimente al modello, a norma dell’art. 6: cfr. G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, cit., 473 ss., con nota di PALIERO, *Responsabilità dell’ente*, cit., 476 ss. Cfr., per contro, per una valutazione di inefficacia, G.i.p. Roma, ord. 4 aprile 2003, in *Guida al diritto*, 31/2003, 66 ss.; G.i.p. Milano, ord. 20 settembre 2004, *ivi*, 47/2004, 69 ss. Di particolare interesse risulta, infine, il contenuto di sei perizie collegiali, depositate presso il tribunale di Bari, che hanno ricostruito e valutato l’adeguatezza preventiva dei modelli adottati da sei società multinazionali farmaceutiche, condannate, con sentenza di ‘patteggiamento’, per fatti-reato di corruzione: con riguardo al contenuto di tali perizie, v., *infra*, par. 6.3.4.

il gruppo, rispetto ai singoli componenti, possiede, di norma, maggiori informazioni e conoscenze, la capacità di proporre soluzioni alternative e una più accentuata condivisione degli obiettivi (c.d. ‘effetto esponenziale’ del fenomeno organizzativo). Per contro, un organismo ‘disorganizzato’ resta in balia dei rischi decisionali, si abbandona all’incertezza, manifestandosi incapace di contenere le ‘irritazioni’ che si scaricano sul sistema<sup>10</sup>.

Questo aspetto, relativo al fenomeno dell’ “*organizzazione dell’organizzazione*”<sup>11</sup>, assume un ruolo centrale ai fini della nostra analisi. Aiuta, infatti, a comprendere che anche il problema della *prevenzione del rischio-reato*, negli enti collettivi, *non è tanto un problema di persone*, ma soprattutto di “*organizzazione della organizzazione*”.

Nel sistema di gestione complessiva dei rischi aziendali (finanziari, sociali, ambientali, tecnologici, ecc.), la prevenzione del *rischio-reato*, come *rischio normativo*, rappresenta un momento irrinunciabile nella conformazione dell’agire collettivo in direzione della legalità. Il rispetto delle norme penetra nella stessa fase di progettazione della strategia di impresa, in modo da adeguare lo stile e i comportamenti dell’ente alle pretese dell’ordinamento, innescando un meccanismo virtuoso capace di ‘contenere’ le spinte criminogene connaturate al conseguimento ad ogni costo del profitto. Ecco, allora, che l’ente è gravato da un dovere di auto-organizzazione, rivolto alla prevenzione del rischio-reato, contraddistinto da due profili.

Il *primo* profilo del dovere di organizzazione per la persona giuridica consiste nella *predisposizione di una griglia capillare di garanti*, collocati nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo. L’oggetto della garanzia dipenderà dalla funzione svolta: così, chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l’adozione di un modello organizzativo che consenta un’adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; scendendo ai ‘piani’ inferiori, la garanzia si concretizzerà in rapporto al tipo di funzione (di direzione, di controllo, di consulenza, di preposizione, ecc.) in concreto esercitata<sup>12</sup>.

Il *secondo* profilo è rintracciabile nella predisposizione dei cc. dd. *modelli di prevenzione del rischio-reato*, autentico *supporto materiale* del dovere organizzativo. Quest’ultimo, ben lungi dal risolversi in un indistinto obbligo di sorveglianza e di controllo, deve tradursi in *regole*

---

<sup>10</sup> Cfr. PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 172. Sotto questo profilo, è stato rilevato (ATTILI, *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1247) il ruolo *incipite* dell’organizzazione: se non adempie al dovere di auto-organizzarsi efficacemente, *incrementa* in modo esponenziale il *tasso di pericolosità* dell’attività, che finisce per svolgersi al di fuori di ogni controllo; per contro, menti collettive ben organizzate possono esibire *prestazioni superiori* anche sul versante del *rispetto della legalità*; l’adozione di un efficace modello organizzativo, che abbia ad oggetto i processi decisionali a rischio-reato, implementa il ricorso a *regole cautelari iper-descritte* (altamente *tassative*), che si atteggiano come altrettanti *freni inibitori* alla commissione dei reati da parte della società

<sup>11</sup> Il fenomeno dell’ “organizzazione dell’organizzazione” è stato particolarmente tematizzato e sviluppato, sul piano sociologico, da LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 249 ss.

<sup>12</sup> Sulla struttura e la dislocazione delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse, v. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2007, 486 ss.



*autonormate*, che integrano un programma di autodisciplina finalizzato a: 1) *mappare le aree* esposte al rischio-reato e *individuare i soggetti* più esposti al rischio (soggetti apicali, *middle management*, dipendenti, ecc.); 2) forgiare *regole cautelari* orientate a ridurre il rischio-reato; 3) predisporre adeguati *meccanismi di controllo* sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; 4) prevedere un *sistema disciplinare* rivolto a sanzionare i comportamenti devianti, implementato da meccanismi di *scoperta/chiarimento degli illeciti*<sup>13</sup>.

E', dunque, il modello a dare forma e sostanza al dovere di auto-organizzazione dell'ente. Ma si è al cospetto, sul piano più strettamente giuridico, di un *obbligo* o di un *onere*?

La tesi assolutamente prevalente che l'adozione del modello sia del tutto facoltativa: lo si ricaverebbe dal tenore letterale degli artt. 6 e 7 e dal contenuto della relazione governativa al d. lgs. 231/2001. Si addita, così, la figura dell'onere, che esalterebbe, specie nell'art. 6, la rilevanza *ad probationem* del modello, finalizzato a non incorrere nella responsabilità amministrativa<sup>14</sup>.

Ad un più attento esame, però, sembra cogliere nel segno quella dottrina che, di recente, ha efficacemente prospettato che i doveri organizzativi, contenuti nel decreto 231, <<paiono oneri e sono obblighi>><sup>15</sup>. I profili di doverosità discenderebbero dalla riforma del diritto societario del 2003, in cui *il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi* interni all'impresa è assunto da autentica "architrave" della *governance* della società per azioni. L'art. 2381 impone, infatti, agli organi delegati di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a "valutare" tale adeguatezza. L'art. 2043 c.c. appunta, poi, sui sindaci l'obbligo di vigilare sui principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società. Come si vede, il legislatore, richiamando il principio di adeguatezza, richiede che ciascuna fase dell'attività venga formalizzata in un procedimento e che questo procedimento formi oggetto di valutazioni preventive, in ordine alla sua adeguatezza, e di continui controlli, deputati a saggiarne la corretta applicazione. Da questo nuovo scenario normativo, deriva che se, da un lato, di facoltatività nell'adozione del modello può

---

<sup>13</sup> La struttura del programma di 'autodisciplina, riportata nel testo, è tratta da PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 173 ss.

<sup>14</sup> Per una ricognizione delle posizioni della dottrina prevalente, orientata a qualificare l'adozione del modello come un 'onere', v. BERNASCONI, sub art. 6, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Padova, 2008, 119 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 20 marzo 2007, soc. My Chef s.r.l., in *Dir. prat. soc.*, 2007, 71 ss. Profila, invece, una situazione sostanzialmente riconducibile all' 'obbligo', GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fascicolo monografico dal titolo: *Società e modello <<231>>: ma che colpa abbiamo noi?*, 2/2009, 243 ss. Distingue tra il modello destinato a contenere il rischio di commissione dei reati degli apicali e dei dipendenti, proiettando la figura dell' 'obbligo' solo in direzione di questa seconda condizione, di cui all'art. 7 d. lgs. 231/2001, PULITANO, *Responsabilità <<da reato>> degli enti: criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 431.

<sup>15</sup> Così, ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., 193.

astrattamente parlarsi con riguardo all'ente, non così, per contro, rispetto agli organi sociali, segnatamente agli amministratori, gravati da un obbligo di corretta amministrazione, sì che non possono sottrarsi al dovere di verificare se l'ente, da loro amministrato, possa esporsi al rischio di una propagazione della responsabilità sanzionatoria da reato<sup>16</sup>. Un tale obbligo si risolve, sul piano degli assetti organizzativi, dapprima nel censimento delle potenziali aree a rischio-reato e, successivamente, nella predisposizione del modello. Pertanto, in tutti gli enti in cui opera il ricordato principio di adeguata organizzazione, l'adozione del modello risulterà inevitabile e la sua mancata attivazione potrà issarsi ad un inadempimento ascrivibile agli amministratori in termini di responsabilità e, prima ancora, <<quale giusta causa di revoca ex. art. 2383, quale grave irregolarità denunciabile ai sensi dell' art. 2409 e quale fatto censurabile suscettibile di essere segnalato all'organo di controllo ai sensi dell'art. 2408 c.c.>><sup>17</sup>.

### 3. *L'intelaiatura del modello: premessa.*

La descritta bipartizione del dovere di auto-organizzazione dell'ente trova nel modello la sua traduzione formale e sostanziale. La prassi applicativa fa registrare una diffusa tendenza a suddividere il modello in una *Parte Generale* ed in una *Parte Speciale: la prima rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello (definizione di istituti, funzioni, nozioni, principi, di 'generale' applicazione), la seconda indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio-reato*. Di norma, il *contenuto delle cautele*, dirette a ridurre il rischio-reato, viene ulteriormente formalizzato in singoli *protocolli operativi*, richiamati nella Parte Speciale del modello, che si limita, perciò, a riprodurre i contenuti essenziali delle cautele.

Nell'ambito della suddetta bipartizione, occorre, tuttavia, evidenziare subito l'*autonomo ruolo, (funzionalmente) trasversale*, rivestito dall'*Organismo di Vigilanza (OdV)*, che funge da elemento di *saldatura* tra la Parte generale e la Parte Speciale del modello. Se, per un verso, la prassi affida alla Parte Generale il compito di disciplinare l'istituzione e le modalità di funzionamento (dunque, la struttura per così dire 'irripetibile'), per altro verso, va posto in risalto che l'organismo - come vedremo - esplica *specifiche funzioni di controllo e di vigilanza* nel contesto di *ciascuna delle aree a rischio-reato*, elevandosi al rango di un *presidio autenticamente 'cautelare'*. L'attività di controllo, infatti, è destinata a compenetrarsi con le altre cautele (procedimentali e sostanziali) che

---

<sup>16</sup> E' la conclusione a cui perviene ABRIANI, *La responsabilità da reato*, cit., 195.

<sup>17</sup> Così, ancora, ABRIANI, *La responsabilità da reato*, cit., 198. In giurisprudenza, si segnala Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 177, che ha condannato il presidente, con funzioni delegate, di una società di capitali, priva del modello 231, a risarcire i danni patiti dall'ente, in termini di sanzioni pecuniarie, per effetto della mancata attivazione del presidio preventivo. Inediti profili di doverosità emergono anche da talune discipline di settore: si pensi, per fare un esempio, al *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana*, ove si indica, tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica di "Star", l'aver adottato il modello di organizzazione, di cui al d. lgs. 231/2001.

plasmano la struttura dei singoli protocolli di gestione del rischio-reato<sup>18</sup>. Proprio per questo, dunque, la trattazione della struttura e della funzione dell'organismo verrà autonomamente collocata a cavaliere tra la Parte generale e la Parte speciale.

#### 4. La Parte Generale del modello.

##### 4.1. Il modello di governance, i sistemi organizzativi e di controllo interno.

L'incipit del modello deve atteggiarsi alla stregua di una *carta di identità* dell'ente, che 'fotografa' la *configurazione giuridica societaria* e i correlati *organi di amministrazione e di controllo* che lo compongono, dando atto di eventuali modificazioni intercorse nel tempo. Particolare rilievo assume la circostanza che l'ente faccia parte di un "gruppo"<sup>19</sup>: in tal caso, è necessario riportare le forme di collegamento societario. La descrizione della struttura societaria è di fondamentale importanza, perché consente di esprimere, già in questa fase, un giudizio in ordine all'idoneità dell'assetto societario a confrontarsi con la sfera dei rischi normativi, in particolare con il rischio-reato. Una evidente *sfasatura tra le dimensioni strutturali ed operative dell'ente e la forma societaria* può - già di per sé - costituire la spia di una *potenziale inadeguatezza giuridico-strutturale della governance societaria*<sup>20</sup>.

Il Modello deve, poi, riportare la *struttura organizzativa aziendale* (divisioni, funzioni di *line*, di *staff*, di supporto, ecc.), indicando anche gli organismi interni che svolgano funzioni di coordinamento operativo e di controllo: si pensi ai *comitati* o alle *commissioni interne*, che hanno il compito di sovrintendere ad alcune attività (trasversali), che coinvolgono diverse unità operative. Una particolare importanza riveste la descrizione dei *sistemi di controllo interno*, costituiti da *sistemi operativi*, finalizzati specificatamente alla *prevenzione dei rischi* (di mercato, ambientali, reputazionali, strategici, organizzativi, operativi, finanziari, normativi) e al superamento delle criticità, quando queste si sono manifestate.

---

<sup>18</sup> Sul volto 'composito' della cautele formalizzate nei protocolli di gestione del rischio-reato, si rinvia alla disamina condotta nel successivo paragrafo 6.3.3.

<sup>19</sup> Sulla nozione di "gruppo", sul versante penale e societario, v., nel contesto di una letteratura particolarmente ampia, MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 367 ss.; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, 23 ss. Con riguardo ai rapporti tra dinamiche del "gruppo" e i nessi imputativi previsti dal d. lgs. 231/2001, v. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.

<sup>20</sup> Così, per fare un esempio, il ricorso alla forma della *società a responsabilità limitata* (s.r.l.) da parte di una *società di grandi dimensioni* può ingenerare perplessità: la forma della s.r.l. è volta a soddisfare esigenze legate al mondo delle piccole e medie imprese, tanto che, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata, può essere sottratta alle rigidità della disciplina imposta alle società per azioni. All'interno di questa configurazione, il sistema di *governance* prevede un consiglio di amministrazione composto interamente da dirigenti della società, senza l'intervento di alcun membro indipendente (o anche non esecutivo) dalla proprietà e/o dal *management*. Vi è, dunque, di regola, una connessione tra l'organo della società e la guida dell'azienda, che rende palese l'assenza di un contrappeso istituzionale capace di fomentare strategie virtuose sul versante del rispetto della legalità e delle norme di condotta.

Nella rete capillare di controlli, spicca il *sottosistema dei controlli di linea*, riferibili ai responsabili e al personale che operano in linea esecutiva, nell'ambito di funzioni di *line* o di *staff*, congiuntamente impegnati nella conduzione dei *business* aziendali. Una significativa classificazione dei *controlli di linea* è data dai *controlli di primo livello* e di *secondo livello*: i primi sono immediatamente effettuati dal personale e dai responsabili sulla propria specifica attività, in virtù delle competenze tecnico-professionali e dell'esperienza possedute, nonché dell'immediatezza del presidio fisico sull'attività in fase di svolgimento (autocontrollo e controlli orizzontali concomitanti); i secondi sono quelli esercitati da altro organo, quale il superiore gerarchico in fase di ratifica o di verifica, ovvero da altri organi di controllo specialistici (controlli di qualità, controlli statistici, controlli tecnici, controllo di gestione, controlli amministrativi, controlli informatici).

Una particolare importanza rivestono, altresì, i *controlli diretti* e i *controlli indiretti (a distanza)*: i primi sono riferiti a verifiche dirette, da parte di altro soggetto (diretto superiore, *Internal auditing*, Collegio sindacale, Società di revisione, Organismo di vigilanza), rispetto all'esecutore materiale di un compito; i secondi sono forme di controllo esercitate "a distanza", da altro soggetto rispetto all'esecutore dell'attività oggetto d'indagine, mediante l'impiego di supporti di analisi (*reporting*, indicatori, tabelle, grafici, sintomi, dati ed informazioni rilevanti): vertice aziendale, *management* (diretto superiore), *Controller*, *Internal auditing*, *Risk manager*, *Compliance manager*, Collegio sindacale, Organismo di Vigilanza.

In questo contesto, particolare rilievo assume l'attività di *Internal Auditing*: l'esistenza di una simile funzione, che costituisce *diretta emanazione del vertice aziendale* (di regola, riporta al Consiglio di amministrazione), andrà indicata nel modello, descrivendone i compiti, la strategia e la metodologia di analisi.

L' *Internal auditing* costituisce l'architrave del *sistema dei controlli interni*. Si tratta di una funzione specialistica, che possiede le più elevate competenze in materia di controlli interni, e che opera a vantaggio dell'azienda con un impegno continuativo e sistematico, avvalendosi di risorse professionalmente qualificate per soddisfare i bisogni derivanti dall'operatività aziendale. Tutti i processi gestionali e tutte le unità organizzative devono essere potenzialmente oggetto di indagine e la necessità di una funzione di puro controllo deriva dal fatto che i controlli di linea, per quanto fondamentali ed irrinunciabili, sono comunque condotti dagli organi esecutivi. La piena applicazione del principio di *segregazione del controllo dalla gestione* si attua, così, con l'introduzione dell'*Internal auditing*, funzione che - come si è detto - riferisce solamente all'apice aziendale. Le verifiche della revisione interna sono fondamentalmente di due tipi: 1) *dirette*, mediante visite ispettive con accesso fisico presso le unità operative, sia centrali che periferiche; 2) *a distanza*, tramite analisi e metodologie che utilizzano flussi informativi rilevanti ai fini degli accertamenti.

Le verifiche in parola sono di *secondo livello*, in quanto operano parallelamente ai *controlli di linea*, integrandoli e ponendoli come oggetto stesso di verifica. Possono sussistere anche verifiche di *terzo livello*, quando interviene l'*Internal auditing* della capogruppo, alla quale sono di pertinenza i controlli sul corretto funzionamento delle società controllate.

Infine, andranno illustrati, sinteticamente, i principali *sistemi di gestione dell'area amministrativa e tecnico-contabile*, dando conto del loro livello qualitativo e del grado di affidabilità sul piano nazionale ed internazionale<sup>21</sup>.

La descrizione dei sistemi di controllo interno, oltre a rilevare sul piano dell'assetto organizzativo, esercita, come vedremo, una importantissima funzione in sede di "mappatura delle aree a rischio-

---

<sup>21</sup> Si pensi, ad esempio, alle piattaforme *Oracle Application* per l'area contabile e per la distribuzione dei prodotti, al sistema *ARIBA*, provvisto di marcate funzioni di controllo nella gestione dei flussi di approvazione, al sistema *SAP*, che consente la gestione integrata di diverse attività aziendali (acquisti, magazzino, pianificazione, controllo, contabilità, ecc.).

reato”, in cui occorre ‘misurare’ l’impatto preventivo di tali sistemi di controllo interno allo scopo di ritagliare la sfera del cd. “rischio residuale”.

#### 4.2. *Il sistema delle procure e delle deleghe.*

Il sistema disegna la *ripartizione dei poteri (e dei correlativi doveri)* all’interno della società: individua, cioè, il novero dei soggetti chiamati ad assumere *responsabilità di direzione e di gestione* dei diversi compartimenti dell’ente. Spetta al Consiglio di amministrazione approvare le deleghe ed i poteri di firma, in coerenza con le responsabilità organizzative e gestionali dei designati, prevedendo una *puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese*. Il sistema può altresì contemplare, tenuto conto del livello di complessità aziendale, che i delegati ( in genere i direttori delle funzioni, delle sezioni o delle unità) possano a loro volta sub-delegare alcuni frammenti di funzione. L’intero sistema, in ragione dell’indiscutibile rilievo che assume sul terreno dell’individuazione delle responsabilità, deve risultare minuziosamente *formalizzato*, anche allo scopo di ottimizzare i flussi informativi endoaziendali. In definitiva, la delega deve contenere l’indicazione: a) della *funzione delegante* e la fonte del suo potere; b) del *soggetto delegato*, con l’esplicita *descrizione delle funzioni attribuite e della posizione organizzativa rivestita*; c) delle *risorse economiche* assegnate al delegato, nel cui ambito questi è legittimato a svolgere i compiti assegnati.

Laddove le funzioni delegate implicino l’assolvimento di *posizioni di garanzia penalmente rilevanti*<sup>22</sup>, vanno indicati i sistemi di monitoraggio e di controllo preposti ad esercitare una vigilanza sul corretto disbrigo delle funzioni delegate e, dunque, sulla “tenuta” della sistema organizzativo prescelto.

#### 4.3. *Il Codice etico.*

Il Codice etico si attegga come una imprescindibile *tavolozza di valori*, una sorta di *Wertordnung*, che addita, in chiave prevalentemente ‘evocativa’ ed ‘esortativa’, i valori e le prescrizioni che permeano la cultura di impresa, deputata ad informare i comportamenti individuali dei dipendenti e dei *partners* abituali dell’ente. Sotto questo profilo, i protocolli, contenuti nel modello, devono costituire la concreta attuazione dei principi contenuti nel Codice etico<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Come quelle - risapute - in materia di tutela della sicurezza e della salute sul lavoro, che devono soggiacere ai requisiti di cui all’art. 16 d. lgs. 81/2008.

<sup>23</sup> Va segnalato il profilo (piuttosto ricorrente) relativo all’adozione, da parte di *società controllate*, del *Codice etico adottato dalla Capogruppo* (il cd. *Codice etico di Gruppo*): in questa evenienza, va valutata l’effettiva adeguatezza del Codice rispetto all’attività svolta dalla “controllata”. Una simile valutazione dovrà necessariamente ispessirsi quando la Capogruppo è situata all’estero: in questo caso, il Codice, forgiato dalla controllante, potrebbe contenere previsioni che, per eccesso o per difetto, non si armonizzano con la legislazione interna della “controllata”.

#### 4.4. *L'attività di informazione e di formazione.*

L'adeguata formazione e informazione del personale rappresentano fattori di massima importanza per l'efficace attuazione del sistema di prevenzione aziendale. Negli enti di grandi dimensioni, appare opportuno elaborare un'apposita procedura, che disciplini gli snodi del percorso formativo e le funzioni coinvolte.

Al fine di divulgare e implementare la comprensione delle procedure e delle regole comportamentali adottate, la società deve curare l'organizzazione di qualificate *iniziative di formazione*, ispirandosi ai *criteri di continuità* e di *intensità*. La formazione, cioè, non deve essere impartita occasionalmente, ma inserirsi in un *progetto pianificato* da sottoporre al parere dell'OdV. La formazione verrà differenziata, nei contenuti, nei tempi e nelle modalità di erogazione (criterio di *intensità*), a seconda della qualifica dei destinatari, del livello di rischio dell'area in cui questi operano, dell'avere o meno funzioni di rappresentanza della società.

La *partecipazione ai corsi di formazione* dovrà ritenersi *obbligatoria* ed essere accompagnata da una *verifica sul livello di apprendimento*.

#### 4.5. *Le modalità di rilevamento delle violazioni del modello.*

E' criminologicamente assodato che un fattore significativo di prosperità della illegalità di impresa è da rinvenire nei meccanismi di occultamento dell'eziologia degli illeciti e delle loro dinamiche: di qui, l'attecchimento di una diffusa sensazione di *immunità*, espressiva di una cultura della *conformità* nei confronti delle politiche (anche illegali) di impresa<sup>24</sup>. Di qui, la necessità che il modello fomente meccanismi di resistenza nei confronti di una simile cultura, fondati sull'esigenza di denunciare gli illeciti e le irregolarità che maturano nel corpo della *societas*. L'adeguatezza e l'effettività del Modello dipendono, allora, dalla predisposizione di un *efficace sistema di rilevamento delle violazioni*, che permetta la tempestiva emersione delle trasgressioni delle regole di comportamento, non soltanto nelle loro forme più gravi, ma anche quelle che si traducono in mere deviazioni da regole di *compliance* che, se non vengono immediatamente neutralizzate, potrebbero fomentare un clima di *anomia*, foriero, nel tempo, di conseguenze ben più rilevanti per la società.

---

<sup>24</sup> Rimarca, con grande efficacia, questi aspetti, FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, relazione tenuta al ciclo di conferenze e seminari su "L'uomo e il denaro", Milano, 6 novembre 2008, organizzati dall'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa e dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, Facoltà di Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicuratrici, Quaderno n. 15, Milano, 2006, 49 ss. Su questi temi, è d'obbligo il rinvio alla celebrata indagine di SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, (trad. it. di Forti), Milano, 1987.

Un efficace sistema di rilevamento delle violazioni suggerisce, specie negli enti di grandi dimensioni, di istituire uno *specifico protocollo*, che *formalizzi l'intero processo*.

Sul piano del contenuto, il sistema deve contemplare:

- l'*obbligo*, per tutti i componenti dell'azienda (apicali e non) e per i terzi collaboratori, *di denunciare le violazioni (anche solo 'sospette')* del Modello, del Codice etico e delle procedure operative di cui vengano a conoscenza, pena l'irrogazione di sanzioni disciplinari;
- la possibilità di denunciare tali violazioni al proprio superiore o ad un apposito organismo aziendale;
- in aggiunta, la possibilità di eseguire *in forma anonima tali denunce*, tramite l'utilizzazione di un apposito sito Intranet, ovvero presso altra struttura;
- l'assicurazione che la denuncia, ove non sporta per finalità diffamatorie o comunque illecite, non darà luogo ad alcuna forma di ritorsione;
- che, una volta ricevuta la denuncia, questa debba essere trasmessa, tempestivamente, alla funzione competente e all'OdV.

#### 4.6. *Il sistema disciplinare.*

Il sistema costituisce un elemento deputato a rafforzare l'efficacia dissuasiva e pedagogica del modello: soprattutto, ne assicura l'*effettività*. Una volta individuati i *soggetti destinatari delle sanzioni disciplinari* (i soggetti apicali, i dipendenti, i collaboratori esterni), esso dovrà prefigurare il ventaglio delle sanzioni, i criteri di commisurazione e le condotte rilevanti, distinguendo, in punto di gravità, tra quelle che si risolvono in *mere violazioni formali* e le *quelle che possono comportare conseguenze pregiudizievoli per l'ente* (ad esempio, la sua responsabilità a norma del d. lgs. 231/01). Andrà, poi, disegnato il *procedimento di irrogazione delle sanzioni*, indicando il *titolare dell'azione disciplinare*, le *garanzie* a tutela dell'accusato, la *funzione competente* ad applicare la sanzione.

Quanto al *contenuto* delle sanzioni, di regola, per i dipendenti e i dirigenti, coincide con quello enucleato nei rispettivi contratti collettivi di lavoro. Più delicato appare, per contro, profilare l'arsenale di sanzioni da riferire alle *violazioni commesse dagli amministratori*.

Si potrebbe sostenere che, nei confronti degli *amministratori*, possa esercitarsi unicamente l'*azione di responsabilità*, prevista dagli artt. 2393 c.c.: effettivamente, questa è la soluzione prescelta in molti modelli di prevenzione. Peraltro, si può ragionevolmente ritenere che l'autonomia funzionale delle prescrizioni del modello legittimi un'*autonoma scelta sanzionatoria*, fondata su una *gamma diversificata di sanzioni (ammonizione verbale e scritta, sanzione pecuniaria, sospensione temporanea dalla carica, destituzione)*, *proporzionate alla gravità delle infrazioni*. Del resto, la

scelta di affidarsi alla sola azione di responsabilità potrebbe rivelarsi disfunzionale: si pensi, per fare un esempio, a modeste violazioni formali del Modello, rispetto alle quali la messa in moto dell'azione di responsabilità apparirebbe eccessiva. Di qui, l'evenienza che, in simili casi, si preferisca non agire, con il rischio, però, di favorire il progressivo consolidamento di pratiche devianti, destinate a non essere sanzionate. La previsione di un distinto ed autonomo sistema sanzionatorio presuppone, ovviamente, che l'amministratore, all'atto della nomina, ne prenda visione e si impegni, contrattualmente, a rispettare le previsioni del Codice etico e del modello e a soggiacere alle sanzioni *ivi* stabilite. Si sarebbe, dunque, al cospetto di *sanzioni "convenzionali"*.

Va riservata, infine, una particolare attenzione ai *possibili rischi-reato sottesi alle dinamiche retributive*: segnatamente, alle retribuzioni composte da una parte fissa e da una variabile. L'ente deve ridurre il rischio che la parte variabile della retribuzione possa risultare improntata a criteri eccessivamente "sfidanti", che potrebbero alimentare prassi comportamentali scorrette o, peggio ancora, in violazione di leggi, delle regole del Codice etico e/o del modello 231. Di qui, la necessità di prevedere "*decurtazioni*", di natura "*sanzionatoria*", sulla parte "*variabile*" della retribuzione (commisurata, cioè, ai livelli di *performance*) corrisposta ai dipendenti o ai dirigenti, in presenza di condotte in contrasto con le regole della *compliance*, ma funzionali ad innalzare le prestazioni.

##### 5. *L'istituzione, la composizione e le funzioni dell'Organismo di Vigilanza (OdV): premessa.*

Il modello, espressione di un insieme articolato e proceduralizzato di cautele preventive, richiede, rispetto ai *reati riconducibili alle figure apicali* delle organizzazioni complesse, la creazione di un *organismo interno di vigilanza (OdV)*, che ha il compito di *vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne, al tempo stesso, l'aggiornamento*. Si tratta di un'assoluta novità nell'ambito dei sistemi di *governance* delle società. Inoltre, nella prassi, si sta affermando l'idea di 'sfruttare' la funzione di sorveglianza esercitata dall'OdV *anche nei confronti degli illeciti dei dipendenti*: una scelta, questa, che, sebbene normativamente non imposta (arg. *ex art. 7 d. lgs. 231/01*), appare nondimeno espressiva di una apprezzabile volontà degli enti di adeguarsi, *in toto*, alle finalità preventive della riforma.

Se si prova, fin da ora, a raffigurare la *funzione* dell'OdV, si può immaginare una stella con tante punte, che si muovono, continuativamente, a doppio senso: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i *flussi informativi* previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono insinuarsi nel processo, come *controllori di secondo grado*, esercitando *poteri ispettivi e di vigilanza*. *Destinatario* dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il *vertice della società*, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: *esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di*



*controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva: tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della imparzialità dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse.*

### 5.1. *La struttura dell'Organismo di Vigilanza.*

Il legislatore del 2001 non ha ritenuto di introdurre una disciplina troppo dettagliata sulla configurazione strutturale dell'organo, anche al fine di consentire che esso possa essere modulato rispetto al grado di complessità aziendale, lasciando la più ampia libertà agli operatori del settore. La scelta di una disciplina scarna non ha mancato di sollevare, però, una serie di questioni di carattere interpretativo ed applicativo.

*La ricostruzione della struttura dell'organo, stante la laconicità della norma, va, perciò, effettuata alla stregua delle funzioni che gli sono state assegnate. In questa ottica, se la funzione coesenziale all'organismo è quella del controllo, ne deriva che esso dovrà necessariamente atteggiarsi, per ragioni di effettività, come un'istituzione autonoma e imparziale rispetto agli altri organi societari, munita di un ampio corredo di poteri di ispezione e di sorveglianza.*

Sulla scorta di questa premessa, l'indagine della struttura dell'OdV si snoderà attraverso l'esame dei seguenti aspetti: (a) l'istituzione e la nomina; (b) i requisiti che ne devono marcare l'azione di controllo.

(a) Sul terreno dell'*istituzione*, ci si è interrogati, poco dopo l'emanazione del decreto, sulla necessità di apprestare, all'interno della società, un nuovo distinto organismo o se, per contro, fosse stato compatibile, con il dettato e lo spirito della riforma, assegnare la funzione di controllo e di sorveglianza, indicata nell'art. 6, ad uno degli organismi già presenti nel tessuto della *corporate governance*. La questione ha trovato una unanime soluzione nel senso della istituzione di un *nuovo organismo*, per ragioni di intuitiva evidenza, legate all'autonomia e all'indipendenza dell'organo<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Non è ovviamente possibile demandare la funzione di vigilanza al *Consiglio di amministrazione*: così facendo, si verificherebbe una perfetta *coincidenza tra controllante e controllato*.

Quanto al *Collegio sindacale*, nelle società in cui è presente, avrebbe pure la necessaria professionalità, ma vi sono, però, almeno due ostacoli insuperabili. Il primo è che il Collegio sindacale non svolge un'azione di vigilanza continuativa, che si richiede, come vedremo tra breve, all'OdV. In secondo luogo, si profila una più radicale *incompatibilità funzionale*: il Collegio sindacale è impegnato, in prima persona, nello svolgimento di funzioni che impingono in un'importante area a rischio-reato, come quella pertinente alla formazione e alla redazione del bilancio, sottoposta al controllo dell'OdV. Dunque, si innescherebbe un insanabile corto circuito, derivante dalla *'confusione' di controllore e controllato*. Ne deriva, logicamente, l'improponibilità del ricorso al *Consiglio di Sorveglianza*, in quanto trattasi di struttura cui si possono muovere le stesse obiezioni mosse al Collegio sindacale.

È ancor meno ipotizzabile il ricorso al *Comitato per il controllo sulla gestione*, caratteristico del sistema monistico: stiamo parlando di veri e propri amministratori (ancorché "non esecutivi" ed "indipendenti") e, perciò, di soggetti che assommerebbero la qualifica di controllori e controllati.

Il discorso è, in parte, diverso per ciò che concerne la funzione di *Internal auditing*. In effetti, quella di *Internal Auditing* rappresenta una struttura che non svolge compiti operativi e che esercita la propria attività in modo continuativo; inoltre, in diversi casi, è già chiamata a disimpegnare una funzione di *fraud auditing*, ossia di monitoraggio e prevenzione dei reati commessi all'interno dell'azienda. Nondimeno, *trattandosi di una struttura situata in dipendenza funzionale dal Consiglio di amministrazione o dall'amministratore delegato*, vanta un *ridotto tasso di autonomia* rispetto a quello che il decreto richiede per l'OdV: si pensi alla possibilità di esercitare poteri ispettivi in via

Un *diverso problema*, che alimenta tuttora il dibattito, è quello relativo alla *composizione dell'organo*, destinato a trovare soluzione in sede di analisi dei suoi requisiti.

(aa) Circa la *costituzione*, è da ritenere che spetti al *vertice* dell'ente (consiglio di amministrazione, ecc.) *la competenza a nominare l'organo interno*. In favore di questa soluzione milita la circostanza che, nell'esercizio delle sue funzioni, l'organismo di controllo è chiamato a “dialogare” con il vertice, al quale, oltre ad essere legato contrattualmente, è ovviamente tenuto a riferire sull'attività svolta e sulla presenza di irregolarità o di situazioni a rischio che impongano l'immediato intervento della dirigenza. Per contro, nell'eventualità che l'amministrazione venga esercitata collegialmente, senza ricorrere a deleghe, la nomina dell'organismo potrebbe anche far capo all'assemblea: in questo caso, tuttavia, l'organismo di controllo non potrebbe certo avere come interlocutore l'organo controllato (il consiglio di amministrazione), ma dovrebbe fare riferimento (per la segnalazione di irregolarità o per l'attivazione di procedimenti disciplinari) al collegio sindacale e all'assemblea. Sono sin troppo evidenti le difficoltà di funzionamento di un simile sistema, che finirebbero per pregiudicare le istanze di fluidità e di tempestività che devono contraddistinguere il controllo interno.

(b) I *requisiti di azione* dell'OdV possono essere enucleati nel modo seguente.

(i) L'*indipendenza* è da riferire alle persone che lo compongono, che *non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società*. L'indipendenza dell'organismo va garantita collocandolo come *unità di staff*, al di fuori dell'autorità di *line*: si tratta, infatti, di un organo chiamato a dialogare con il vertice, ma che non ne deve subire il condizionamento. Va ribadito che l'OdV vanta essenzialmente *poteri di sorveglianza*, ai quali sono *estranei poteri impeditivi e gestionali*, che, ove esercitati, finirebbero proprio per pregiudicarne l'indipendenza: *una volta segnalata una violazione, la scelta di correre o non il rischio-reato spetta, in ultima analisi, al vertice della società*.

E' su questo terreno, allora, che va risolto il problema della *composizione dell'organo*.

La prima questione concerne la *provenienza dei componenti*: in altre parole, si discute se l'OdV debba avere una conformazione *interna od esterna*, ovvero se sia preferibile una *composizione mista*.

Un OdV, *formato esclusivamente da membri della società* (dunque, a *composizione interna*), denota indiscutibilmente i *vantaggi* correlati ad una maggiore conoscenza dell'architettura societaria e delle dinamiche strategiche e operative. Nondimeno, una simile scelta *incide negativamente sul*

---

del tutto autonoma o “a sorpresa”, impensabili per una funzione la cui strategia operativa è plasmata dalle decisioni del vertice aziendale.

Quanto alle *società quotate*, che aderiscono al *codice di autodisciplina* (il cd. codice Preda), spicca la presenza del *Comitato di controllo interno (Audit Committee)*: esso è parte del Consiglio di amministrazione e, dunque, soggiace al controllo voluto dal d. lgs. 231/01, sì che non appare possibile alcuna confusione con l'OdV.

*requisito dell'indipendenza*, vanificandolo per ragioni legate all'indiscutibile condizionamento che il vincolo societario proietta sull'azione di controllo dell'organismo.

La *composizione interamente esterna* tradisce problemi diametralmente opposti: pur *salvaguardando significativamente il requisito dell'indipendenza* (a patto che i membri esterni siano soggetti che non abbiano avuto ricorrenti rapporti di collaborazione o di consulenza con la società o che siano stati componenti, a vario titolo, della compagine sociale), rischia, però, di involvere in difficoltà operative derivanti da una *insufficiente conoscenza del tessuto societario*, si da scontare l'evenienza di azioni di controllo tardive inefficaci.

Si registra, allo stato, un *consenso piuttosto diffuso* per una *composizione mista*, ritenuta come quella più idonea a coniugare le finalità di indipendenza e di effettività di azione. Purtroppo, l'adozione di una simile configurazione non esime dall'affrontare il problema, tutt'altro che marginale, relativo alla *scelta dei componenti interni* da nominare come membri dell'OdV.

E' di intuitiva evidenza che l'opzione per una composizione mista può dirsi davvero tale quando il rapporto tra membri di provenienza eterna ed interna integra un ragionevole equilibrio<sup>26</sup>. Circa la *provenienza dei membri interni*, non appare ammissibile la presenza di *componenti del collegio sindacale*. Prima di tutto perché il collegio sindacale, per quanto "indipendente", costituisce, pur sempre, un organo "endoaziendale", a stretto contatto con la gestione dell'ente, e che risulta comunque espressione del gruppo di comando della società. Inoltre, la presenza di un membro del collegio sindacale può innescare un conflitto di interessi, dovuto al fatto che entrambi gli organismi svolgono attività di controllo e di vigilanza sulle modalità di svolgimento dei rispettivi compiti. Si pensi ai controlli che il collegio sindacale è chiamato ad eseguire nei confronti dell'organismo di vigilanza per quanto concerne il rispetto delle prescrizioni regolamentari, il funzionamento dell'organo e la gestione del *budget* assegnato. Specularmente, quest'ultimo esercita controlli su alcuni reati societari, presupposto della responsabilità dell'ente (tra i quali il falso in bilancio), che annoverano, tra i possibili "autori", i membri del collegio sindacale, sì che il collegio può diventare esso stesso oggetto di controllo da parte dell'organismo di vigilanza.

A maggior ragione, *contrasta irrimediabilmente con le funzioni dell'OdV l'appartenenza al Consiglio di amministrazione*, visto che l'attività dell'OdV è prevalentemente orientata proprio a vigilare sull'attività dei soggetti in posizione 'apicale' (v. art. 6 d. lgs. 231/2001); vi è, perciò, una chiara ed inammissibile contaminazione tra funzioni di direzione e di controllo, visto che il *membro del Consiglio di amministrazione, anche se indipendente (e sprovvisto di deleghe)*, costituisce una propagazione, immediata, della struttura direzionale della società.

---

<sup>26</sup> Proprio allo scopo di valorizzare l'indipendenza dell'OdV, la scelta del presidente dovrebbe cadere su un membro esterno, anche in ragione dei maggiori poteri che tale figura vanta (formalizzati nel regolamento che disciplina il funzionamento dell'organismo).

Parimenti *inammissibile* appare, poi, la possibilità di nominare, come membri dell'OdV, *soggetti che svolgono funzioni di direzione in aree coinvolte nel rischio-reato*: si tratta, infatti, di soggetti che contribuiscono, in prossimità dei vertici aziendali, a configurare l'orientamento strategico di fondo dell'impresa, visto che sono chiamati a gestire aspetti tra i più significativi dell'attività aziendale. La concentrazione in capo a tali soggetti di poteri di controllo (di secondo grado, come membri dell'OdV) fomenta una promiscuità che pregiudica l'imparzialità e l'attendibilità dell'operato dell'organismo. Un discorso a parte merita l'*area legale*. Buona parte dei modelli sinora adottati contempla, tra i membri dell'OdV, il responsabile (o un funzionario) dell'area legale, anche allo scopo di assicurare l'indispensabile "sapere giuridico" e organizzativo in ordine ai rapporti tra le diverse funzioni aziendali. Una simile scelta non sembra esporsi ad obiezioni, a patto, però, che l'area legale non svolga, come talvolta accade, un significativo ruolo attivo (di natura decisionale o consultiva) nelle attività esposte al rischio-reato: in questo caso, si innescherebbe un inammissibile conflitto di interessi.

*Non vi sono, invece, ostacoli* a che entrino a far parte dell'organismo membri della *funzione di Internal Auditing*, a condizione che la loro presenza, munita di indubbi requisiti di professionalità, non finisca per condizionare eccessivamente la strategia operativa dell'organo di vigilanza. Va ricordato, in proposito, che l'*Internal Auditing* è una funzione che si trova in rapporto di dipendenza con il Consiglio di amministrazione (dunque, con i vertici societari), sì che una presenza assorbente o comunque significativa all'interno dell'organismo di vigilanza rischia di minarne irreparabilmente l'indipendenza dal vertice. Sicuramente auspicabile, per contro, è la possibilità che l'organo di vigilanza si avvalga, in funzione ausiliaria, alla stregua di un "braccio armato", dell'*Internal Auditing* per l'esecuzione della sua attività.

(ii) L'*autonomia* è espressione di effettivi ed incisivi *poteri di ispezione e di vigilanza*, anche *proattivi*, potendo l'organo attivarsi, *motu proprio*, per prevenire possibili violazioni.

(iii) La *professionalità* è un requisito di natura soggettiva, che riguarda i componenti dell'organismo. Questi debbono possedere *competenze specifiche* in tema di attività di controllo, da intendersi però in senso lato: *auditing*, controllo di legalità (dunque, conoscenze di diritto societario, fiscale e, non ultime, penali, specie sul terreno della cultura e della costruzione delle cautele doverose), tecnico-contabile, direzionale e strategico. Ovviamente, la professionalità può essere garantita ed implementata anche attraverso il ricorso a *risorse esterne* (consulenze).

Come si vede, è necessario un *sapere multidisciplinare*, che può essere garantito solo dalla coesistenza di diversificate competenze. Ne discende che, specie nelle aziende di maggiori dimensioni, l'OdV non potrà che avere una *composizione collegiale*, l'unica in grado di assicurare la descritta pluralità di competenze. I requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV dovranno trovare riscontro in un *adeguato compenso*, anche a garanzia della loro effettiva autonomia.

(iv) La *continuità di azione*: l'OdV deve assicurare un funzionamento *costante nel tempo* ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società. Assicurazione che non può ritenersi conseguita in presenza di un'attività saltuaria, meramente burocratica, appiattita sul mero *reporting* passivo. Nell'ottica del perseguimento della continuità di azione, assumeranno particolare rilievo le attività di programmazione dell'attività, consistenti nell'effettuazione (periodica o a sorpresa) di controlli, di ispezioni, ecc.: in definitiva, l'OdV deve manifestare una propria, autonoma *strategia operativa*, priva di soluzioni di continuità, capace di far emergere le criticità e di proporre i necessari interventi correttivi e di adeguamento. Ovviamente, per funzionare, l'OdV dovrà essere destinatario di *adeguate risorse finanziarie* e la sua attività dovrà formare oggetto di analitica disciplina in un apposito *regolamento*<sup>27</sup>.

(v) L'*imparzialità* deriva dalla *sommatoria* dei requisiti di indipendenza e di professionalità: solo una condizione di indipendenza dei membri dell'organismo, accompagnata da caratteristiche di *onorabilità*<sup>28</sup> e di elevata professionalità, può permettere di raggiungere un'azione improntata ad equità.

## 5.2. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza.

L'OdV si atteggia, sul piano funzionale, come uno strumento di controllo, pervasivo, sull'effettività e l'adeguatezza del modello di prevenzione del rischio-reato. Tale obiettivo viene perseguito, sinergicamente, tramite l'espletamento di *attività informative e di controllo*, a cui si affiancano *poteri propositivi e di accertamento disciplinare*.

(a) Sul versante *informativo*, giuoca un ruolo decisivo il piano delle *informazioni e delle comunicazioni* verso l'OdV. L'effettività dei flussi informativi dipende dalla chiara individuazione del canale di comunicazione, cioè dall'esistenza di un *responsabile del processo a rischio-reato*, che funga da interfaccia informativo dell'OdV.

Circa il *flusso informativo in direzione del vertice aziendale*, l'OdV sarà tenuto, tra l'altro:

1) a convogliare, con *periodica regolarità*, *report* sull'attività svolta;

---

<sup>27</sup> Proprio con riguardo alla necessità di apprestare un regolamento, questo deve prevedere, tra l'altro, la *verbalizzazione delle sedute* ed evitare, soprattutto, che venga adottato un *sistema di votazione che possa paralizzare la capacità decisionale dell'organo*. Nella prassi, infatti, si registra, talvolta, la tendenza a prefigurare meccanismi di votazione che richiedono la totalità dei voti favorevoli, ovvero la presenza di tutti i membri dell'OdV, oppure che assegnano maggiore forza al voto del membro di provenienza interna (del tipo: "la decisione non si intende approvata se non ha conseguito il voto favorevole del membro di estrazione interna"). Si tratta di disposizioni, adottate soprattutto nei collegi a formazione "mista", con le quali il vertice della società è in grado di condizionare pesantemente l'attività dell'organo di controllo, vanificandone la continuità e l'effettività di azione, oltre che l'autonomia (è sufficiente, infatti, 'suggerire' al membro interno di non partecipare alla seduta o di votare contro o di astenersi per evitare il rischio di una decisione 'sgradita').

<sup>28</sup> Caratteristiche che, nel modello, trovano una pertinente declinazione tramite la predisposizione di una griglia di *cause di ineleggibilità e di decadenza* dalla carica di membro dell'OdV.

2) a trasmettere, con tempestività, tutte le informazioni riguardanti eventuali *violazioni del modello*, oppure la necessità di un suo *adeguamento*, in presenza di un *deficit* di effettività o di modificazioni del tessuto organizzativo aziendale.

(b) Sul terreno del *controllo*, vanno richiamati i *poteri ispettivi e di vigilanza*, esercitabili sia in seguito ad una *strategia pianificata*, sia *a sorpresa*.

(c) Quanto alle *attività propulsive e disciplinari*, spiccano, tra le altre:

1) il ruolo dell'OdV in ordine alle *attività di informazione e di formazione* sui contenuti del modello e del Codice etico;

2) la *capacità di proposta e di valutazione in relazione all'adeguatezza e all'effettività del modello e dei protocolli di gestione* delle attività a rischio-reato;

3) il *potere di monitorare e di accertare le infrazioni al modello, al Codice etico e alle procedure aziendali*, esercitando, quando il modello lo prevede, il correlato *potere di azione disciplinare*.

### 5.3. Gruppo di società e Organismo di Vigilanza.

E' risaputo che il *gruppo di imprese*, in senso verticale, si fonda sulla *supremazia di una società sulle altre*: segnatamente, su quella della *holding*, che detiene, in tutto o in maggioranza, le azioni o le quote delle società che operano nei diversi settori di attività o nelle distinte fasi del processo produttivo, esercitando, per questa via, il governo del gruppo. Qualora sussista una separazione tra le funzioni operative e quelle direttive, alla *holding*, definita "pura", spettano compiti di gestione delle partecipazioni azionarie e, talvolta, la prestazione accentrata di alcuni servizi a beneficio delle società controllate; la *holding* viene qualificata "impura", quando è carente la citata segregazione. Dunque, si è al cospetto di un fenomeno complesso: *le società, che compongono il gruppo, mantengono una distinta ed autonoma soggettività giuridica*, mentre, dal punto di vista economico, spicca la dimensione unitaria del gruppo, in cui la *holding* svolge una *attività di direzione e di coordinamento* (v. art. 2497 c.c.).

Il gruppo, pertanto, costituisce espressione della volontà di diversificazione dei rischi, che, sul versante *empirico-criminologico*, fomenta, da un lato, una preoccupante dispersione delle responsabilità individuali (con rischi di autentico oscuramento) e, dall'altro lato, una tendenza a sfruttare lo schermo del gruppo per piegare l'azione delle controllate a finalità illecite, in nome del superiore ed unitario interesse del gruppo stesso.

Il d. lgs. 231/2001 non disciplina espressamente questo fenomeno e la stessa legge-delega taceva sul punto. Ciò non vuol dire che non sia possibile pervenire ad una ricostruzione della complessa orditura di questo fenomeno, che - è chiaro - impone di ricercare un equilibrio tra l'autonomia delle singole società del gruppo e le funzioni di direzione e coordinamento che questo esercita.

Poiché il d. lgs. 231/2001 ha ad oggetto, al di là delle diverse etichettature, un sistema ‘punitivo’, non si può prescindere da un rigoroso rispetto del *principio di legalità*, che funge da ostacolo rispetto ad interpretazioni analogiche. Fissata questa cornice, è evidente che il *decreto si proietta verso gli enti dotati di una propria, autonoma soggettività*: ne deriva che la *politica di prevenzione del rischio-reato non può che gravare, anche all’interno del gruppo, su ciascuna società che lo forma e sulla stessa holding, in relazione alla propria attività*<sup>29</sup>. Il *destinatario* delle disposizioni

---

<sup>29</sup> Sul distinto, ma correlato, terreno dei nessi imputativi, l’individuazione di forme di corresponsabilizzazione sanzionatoria delle società del Gruppo nel reato commesso da “apicali” legati ad una delle entità giuridiche che lo compongono costituisce, senza dubbio, uno degli aspetti più controversi della normativa. Dall’analisi giurisprudenziale, in prima approssimazione, può cogliersi la tendenza ad un *etica del risultato*, che conduce talvolta a trascurare i principi di legalità e di personalità che conformano anche il d.lgs. 231/2001, in considerazione della natura indiscutibilmente affittiva della sanzioni.

Volendo focalizzare i problemi d’imputazione del reato, parte della giurisprudenza ritiene di poter configurare un *interesse di gruppo*, al quale parteciperebbe ogni singolo componente del medesimo. D’altra parte, notano alcuni giudici di merito (per tutti, G.i.p. Milano, 20 settembre 2004, cit., 75 ss.), tramite le società “figlie”, la *holding* eserciterebbe attività di impresa in forma *mediata*; la partecipazione agli utili, inoltre, manifesterebbe un *indiretto*, ma sempre presente, interesse della controllante alle attività (lecite e non) delle controllate.

Si può obiettare, tuttavia, che la riforma del diritto societario – in particolare, il capo IX, titolo V, libro V del codice civile – semplicemente statuisce l’esigenza di valutare l’interesse delle singole società che lo compongono in una prospettiva diversa (e più ampia) di quella con cui si guarda, di regola, all’impresa individuale. L’art. 5 d.lgs. 231/2001, d’altro canto, rimanda ad un interesse *diretto* dell’ente collettivo, che per essere fondativo di responsabilità deve emergere per *concretezza ed attualità*: requisiti che non paiono sussistere, ad esempio, nell’interesse della controllante alla (eventuale ed incerta) distribuzione degli utili che potrebbero fruttare alla controllata dall’aggiudicazione di appalti. Più propriamente, un immediato interesse/vantaggio della *holding* può cogliersi rispetto alla conservazione od all’incremento di valore della partecipazione azionaria nella controllata: l’accertamento, in ogni modo, va condotto in concreto, senza ricorrere a discutibili presunzioni.

Esclusa, pertanto, la possibilità di ascrivere reati direttamente al Gruppo, va sondata la possibilità di scorgere nella *holding* l’amministratore “di fatto” della controllata. In casi del genere, infatti, gli apicali della controllante potrebbero impegnare anche la responsabilità “penale” dell’ente controllato, in quanto persone che <<esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso>> (lett. a, art. 5, d.lgs. 231/2001); viceversa, alla *holding* potrebbero addebitarsi i reati commessi nel suo interesse/vantaggio da esponenti della società controllata, giacché persone <<sottoposte alla direzione o alla vigilanza>> (lett. b, art. 5) dei vertici della controllante.

Non è accettabile, in ogni modo, la elevazione indiscriminata degli apicali della *holding* ad amministratori “di fatto” della controllata, basandosi sulla mera direzione unitaria del gruppo. Va osservato, in proposito, che le nozioni di *controllo* e *gestione* nell’art. 5 del d.lgs. 231/2001 somigliano solo lontanamente alla *direzione* ed al *coordinamento* cui rimanda la disciplina dei gruppi societari (art. 2497 c.c.). Il concetto di *controllo*, si aggiunga, neppure trova espressa considerazione nell’art. 2639 c.c., che condiziona la prevalenza del dato sostanziale su quello formale al comprovato esercizio *continuativo e significativo* dei poteri tipici inerenti alla qualifica ed alla funzione. Soprattutto, il fenomeno dei gruppi societari mostra una realtà estranea al totale asservimento dei *managers* delle controllate alla volontà ed alla gestione dettata dalla controllante: ai primi, sovente, viene lasciata discrezionalità operativa nella scelta degli strumenti per conseguire gli obiettivi strategici fissati dalla *holding*.

Fuori da questi casi di “gruppo apparente”, la responsabilità della *holding* per un reato commesso in seno alla controllata passa per l’accertamento di un vero e proprio *concorso di persone*, che veda la *partecipazione di almeno un esponente della controllante, nell’interesse/vantaggio della quale sia posto in essere il contributo concorsuale*. Non è sostenibile, invece, il concorso “diretto” – a prescindere, cioè, dalla mediazione della persona fisica – della *holding* nell’illecito commesso dalla controllata, adattando agli enti collettivi gli artt. 110 e seguenti del codice penale. E’ evidente, infatti, che i margini di compatibilità del sistema sanzionatorio della *societas* con il diritto penale “tradizionale” sono già fissati dal legislatore nel d.lgs. 231/2001: andare oltre, al fine di colmare lacune punitive, significherebbe violare il principio di legalità (lo rileva PALIERO, *La società punita*, cit., 1539; più in generale, sul tema dei rapporti tra concorso di persone nel reato e criteri di imputazione della responsabilità ente, v. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Indice pen.*, 2005, 1016 ss.).

Se, dunque, la “circolazione” della responsabilità delle *societates* all’interno del gruppo dipende dall’accertamento di un concorso tra persone fisiche, vengono al pettine le note difficoltà che, innanzi alle organizzazioni complesse, l’imputazione penale “tradizionale” è costretta a fronteggiare. Bastino, in proposito, solo dei cenni.

E’ possibile che la giurisprudenza riconosca vere e proprie *posizioni di garanzia* sui vertici della *holding*, volte all’*impedimento di reati* in seno alla controllata: di qui la possibile responsabilità concorsuale dei medesimi vertici per

del decreto è il *singolo ente*, nel cui ventre cova e si manifesta il rischio-reato: quindi, la gestione di tale rischio spetta al soggetto che esercita l'attività che lo ingloba. I precipitati di tale affermazione sono di intuitiva evidenza: 1) *ogni società del gruppo deve dotarsi di un proprio modello di organizzazione* (in piena autonomia dalla Capogruppo) e 2) *di un distinto Organismo di Vigilanza*.

Il ricorso ad un modello di organizzazione unitario, "di gruppo", denota, quando ci si confronta con imprese operanti in più settori, una sorta di 'cecità' preventiva rispetto alle esigenze ricavabili dalla specificità dell'attività svolta. Ove adottato in forma 'unitaria', la sua violazione e la commissione di reati potrebbe fatalmente innescare un meccanismo, talvolta incontrollabile, di 'rincorsa' verso l'alto della responsabilità, in cui ci si affida alla generica nozione di "interesse del gruppo" per governare il sistema dei criteri di imputazione, aprendo il campo ad una vera e propria gemmazione delle responsabilità.

Tuttavia, laddove si sia in presenza di *attività funzionalmente omogenee*, appare ammissibile che la capogruppo, nell'esercizio della sua *funzione di coordinamento*, possa uniformare la politica di prevenzione degli illeciti nel contesto delle società del gruppo, fatto salvo il potere di queste società di adattare le prescrizioni alle peculiarità dell'attività svolta e alla specificità dei rischi normativi che corrono. E' evidente, peraltro, che tale funzione di direzione non potrà risolversi nell'imposizione di regole di dettaglio, espressione di una sorta di potestà "d'ordine", pena il rischio di un coinvolgimento nel reato commesso dai soggetti operanti nella controllata, di cui si potrebbe sostenere la riferibilità, in termini di "interesse", alla controllante. Dunque, l'attività di direzione e di coordinamento non può oltrepassare il limite dell' "indirizzo", consistente nell'emanazione di principi generali e di direttive, rivolti a sollecitare, ad esempio, l'adozione del modello (magari con l'indicazione delle sue linee portanti) e l'istituzione dell'OdV.

---

omesso impedimento. Tuttavia, specie dopo la riforma della disciplina societaria, bisognerebbe prendere atto della sostanziale autonomia degli enti che formano il gruppo, solitamente svincolati da effettivi poteri impositivi in capo alla *holding*: manca negli apicali di quest'ultima, il più delle volte, quella "signoria dell'accadere" che deve caratterizzare una autentica posizione di garanzia, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Non è di regola sufficiente, per il concorso morale degli esponenti della *holding*, la disposizione di mere direttive strategiche, pur quando, perfette sulla carta, poi si rivelino impraticabili senza ricorrere al reato: perdono consistenza, in questi casi, la tipicità del contributo – non risulta tangibile, al di là della preventiva determinazione di un lecito obiettivo, il concreto peso del contributo causale – e la colpevolezza, non essendo normalmente individuabile in capo agli amministratori della *holding* la effettiva rappresentazione delle condotte illecite di attuazione degli uomini della controllata. Per la responsabilità concorsuale occorre, invece, la (pur difficile) prova di direttive più specifiche, che si traducano in vere e proprie forme di *istigazione al reato*. Resta fermo, peraltro, che nessuna responsabilità potrà ricadere sulla *holding* in caso di istigazione volta all'esclusivo interesse/vantaggio della controllata.

Per alcune significative applicazioni giurisprudenziali, in materia di rapporti tra il fenomeno del "gruppo di società" e la disciplina apprestata dal d. lgs. 231/2001, v. G.i.p. Roma, ord. 4 aprile 2003, cit., 66 ss.; G.i.p. Milano, ord. 20 settembre 2004, cit., 69 ss. In dottrina, per un esame delle dinamiche imputative del "gruppo" nel contesto del d. lgs. 231/2001, v. SCAROINA, *Il problema del gruppo*, cit., 211 ss.



Il discorso diventa, se possibile, più stringente, per quanto concerne l'istituzione dell'OdV, dovendosi ritenere *assolutamente inidoneo*, sul piano preventivo, un *organismo centralizzato*. Questa scelta, oltre ad eludere inequivocabilmente il dettato normativo, proiettato sul singolo ente, non appare minimamente idonea a salvaguardare i requisiti di indipendenza ed autonomia nei confronti delle diverse soggettività del gruppo.

Allo stesso modo, *non appare ammissibile la presenza, nell'OdV della "controllata", di membri dell'OdV della "controllante" o, addirittura, di qualificati componenti del vertice della Capogruppo*: si fomenta il rischio, tutt'altro che virtuale, che l'attività dell'organismo possa essere 'sviata' per realizzare forme 'improprie' di intrusione nella vita delle controllate, anche allo scopo di veicolare informazioni 'interessate' verso la *holding*, così da potere persino strumentalizzare la stessa gestione del rischio-reato<sup>30</sup>.

Particolarmente delicato appare, inoltre, il problema della legittimità del ricorso, da parte delle controllate, alle *funzioni cd. ausiliarie* accentrate nella Capogruppo. Mosso da comprensibili intenti di economicità, tale ricorso va esplicito con prudenza, specie con riguardo alla funzione di *Audit*. Essendo questa espressione del vertice della società e, dunque, gravata, nel caso del Gruppo, da un obbligo di riporto alla controllante, va posto in luce che, qualora si preveda, magari per contratto, il suo impiego al servizio dell'OdV istituito presso le società controllate, una simile attività di controllo debba svolgersi nel rispetto dell'autonomia di queste, nel senso che i risultati dell'*Audit* dovranno essere portati a conoscenza dell'OdV impiantato presso la società controllata. La circolazione delle notizie, infatti, all'interno del Gruppo non può che rimanere nella sfera di responsabilità dei vertici societari, mentre la funzione di supporto, esercitata contrattualmente dall'*Audit*, non può spingersi fino al punto da integrare uno strumento di "impropria" veicolazione *infragruppo* di informazioni<sup>31</sup>.

#### 5.4. *La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza.*

La previsione, nel d. lgs. 231/2001, del nuovo organismo di vigilanza ha alimentato, subito, il dibattito in ordine alla configurabilità di una *responsabilità penale* dei membri dell'organismo per *omesso impedimento* del fatto di reato consumato da esponenti dell'ente. Dibattito che è lievitato, di recente, in ragione della responsabilità penale, prevista per i componenti dell'OdV, dal decreto anticiclaggio 231/2007, che, oltre ad introdurre un generale dovere di vigilanza sulle disposizioni del decreto, stabilisce che l'organismo è tenuto ad effettuare una serie di comunicazioni, relative ad

---

<sup>30</sup> Lo rileva SCARONA, *Il problema del gruppo*, cit., 267 ss., in specie 281.

<sup>31</sup> Così, SCARONA, *Il problema del gruppo*, cit., 272 ss.

infrazioni della normativa antiriciclaggio, dirette sia verso gli organi interni dell'ente, sia verso le autorità di vigilanza di settore. L'omissione di tali comunicazioni viene punita come delitto<sup>32</sup>.

In un recente, approfondito studio in tema di posizioni di garanzia<sup>33</sup>, si è sostenuto che la funzione di vigilanza dell'OdV è orientata alla tutela di interessi esterni all'impresa societaria, sì che sarebbe possibile profilare l'esistenza di una posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., tra l'organo di controllo e i beni esposti alle violazioni dei soggetti apicali e dei dipendenti. Sul piano dei poteri dell'organo, a fronte di indiscutibili poteri ispettivi, quelli impeditivi, seppure di difficile enucleazione, potrebbero comunque essere ravvisati <<nella naturale vocazione dei modelli (...) ad identificare e formalizzare procedure mediante le quali sono adottate le decisioni, [sì che] l'organismo [di vigilanza] potrebbe intercettare una sequenza fondamentale nello sviluppo di vicende illecite, rallentarne il corso, e, se il modello adottato gliene conferisce il potere, irrogare sanzioni o promuovere il relativo procedimento>><sup>34</sup>. Seppure con cautela, dunque, questo orientamento reputa configurabile una posizione di garanzia, con il possibile coinvolgimento dei membri dell'OdV a titolo di concorso omissivo.

La maggioranza della dottrina è, tuttavia, di contrario avviso. Si tratta, è bene dirlo, di una posizione condivisibile, che vanta solidi appigli. In primo luogo, va rilevato che l'istituzione dell'OdV è il frutto di un atto di *autonomia privata* e che, di regola, si ritiene che la volontà privata non possa creare nuovi obblighi penalmente sanzionati, ma soltanto trasferire su altri centri di imputazione l'esecuzione di una preesistente posizione di garanzia<sup>35</sup>. Ma non basta. L'OdV è *sprovvisto di poteri gestori ed impeditivi*, vantando esclusivamente un pervasivo potere di controllo sulla funzionalità e l'adeguatezza del modello di organizzazione, che rilascia - come si vedrà meglio in seguito<sup>36</sup> - una "funzione preventiva indiretta", 'lontana', cioè, dalla verifica dei concreti episodi delittuosi<sup>37</sup>. Ne consegue, perciò, che la responsabilità dei membri dell'OdV non potrà che assumere una coloritura esclusivamente *civilistica*. Questa conclusione non muta neppure con riferimento alla prevenzione del rischio-reato di riciclaggio. Il delitto di "omesso avviso" integra un *reato proprio*, che si risolve in un obbligo di sorveglianza, non munito di poteri in grado di impedire la verifica del *money laundering*<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. gli artt. 52 e 55, comma 5, d. lgs. 231/2007

<sup>33</sup> NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009.

<sup>34</sup> NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., 382, 386.

<sup>35</sup> Cfr., in proposito, GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2006, 611.

<sup>36</sup> V., *infra*, par.6.3.4.

<sup>37</sup> Così, PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, 1375. Nello stesso senso, di recente, si colloca la monografia di CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 405 ss.

<sup>38</sup> Così, CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, 415 ss. Più in generale, sulla figura dell'"obbligo di sorveglianza" e le sue differenze rispetto alla posizione di garanzia,

## 6. La Parte Speciale del modello.

### 6.1. La “mappatura” delle attività a rischio-reato (risk assessment).

La redazione e l’implementazione di un modello di prevenzione sono strettamente legati ad una efficace *mappatura dei rischi-reato*. Si tratta di una fase *cognitivo-rappresentativa*, funzionale alla *percezione del rischio* e alla *valutazione della sua intensità*. Così come, nel diritto penale individuale, tanto il dolo quanto la colpa presuppongono che l’agente si rappresenti, o debba comunque rappresentarsi, il pericolo innescato, tramite la combinazione delle *conoscenze nomologiche* (disponibili) con il *contesto situazionale* (l’*Anlass*) idoneo a mettere sull’avviso circa la pericolosità della condotta<sup>39</sup>, allo stesso modo l’ente collettivo è chiamato ad effettuare una ricognizione a tappeto dei fattori di rischio e degli elementi di criticità del suo agire. Solo che, nelle *organizzazioni complesse*, a causa della *frammentazione delle competenze* e della *polverizzazione dei centri decisionali*, il potere decisionale fuoriesce dal dominio del singolo individuo e piega nel senso della ‘*procedimentalizzazione*’, scandita da una molteplicità di fasi, accomunate dalla circostanza che ciascuna di esse prevede, quasi sempre, il coinvolgimento di *più soggetti*. La scansione può essere così raffigurata: *stimolo* → *informazione* → *consiglio* → *scelta* → *autorizzazione* → *azione-esecuzione*<sup>40</sup>.

La mappatura, pertanto, dovrà snodarsi attraverso il seguente procedimento:

- a) individuazione delle *aree potenzialmente a rischio-reato* (sulla scorta della ‘parte speciale’ del d. lgs. 231/2001): in questo ambito, va operata una *importante distinzione* tra: (i) le *aree a rischio-reato in senso proprio*, selezionate alla stregua del novero delle fattispecie elencate nel d. lgs.; (ii) le *aree cd. strumentali*, che gestiscono gli *strumenti finanziari* destinati a supportare la commissione dei reati nelle aree *sub a*);
- b) rilevazione e valutazione del *grado di efficacia dei sistemi operativi e di controllo già in essere*, allo scopo di reperire i punti di criticità rispetto alla prevenzione del rischio-reato;
- c) *indagine ‘retrospettiva’*, avente ad oggetto la *storia* dell’ente, vale a dire la sua eventuale propensione alla illegalità;

---

rilevante ai sensi dell’art. 40 cpv c.p., cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, 156 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*.

<sup>39</sup> Sulla struttura della fase ‘rappresentativa’ nel reato colposo, è d’obbligo il rinvio a FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 201 ss.

<sup>40</sup> La scansione riportata nel testo è tratta da MINTZBERG, *La progettazione*, cit., 172. Le fasi descritte nel testo individuano, peraltro, le tappe di un processo decisionale nella sua fisionomia *idealtipica*: sul piano concreto, ciascuna di esse può possedere maggiore o minore importanza, poiché il flusso dei processi decisionali può concentrarsi di più su una fase a discapito delle altre.

d) descrizione delle *possibili modalità di commissione dei reati*, allo scopo di forgiare le indispensabili ‘cautele’ preventive.

Sul *piano metodologico*, la *valutazione del rischio* muove dalla distinzione tra *rischio inerente* (concernente l’ipotesi di una totale assenza di controlli) e *rischio residuale* (calcolato in base all’esistenza dei controlli rilevati nel corso dell’attività di *assessment*).

Una volta individuato il rischio residuale, si tratta di appurare il suo grado di accettabilità rispetto al dettato del d. lgs. 231/2001, che prefigura, normativamente, il *rischio tollerabile*: il decreto, infatti, impone la costruzione di un *sistema di prevenzione* (idoneo, adeguato ed effettivo) *non aggirabile se non con il ricorso a condotte fraudolente*, che non siano state, peraltro, agevolate da un omesso o insufficiente controllo (v. art. 6, comma 1, lett. c) e d)). Di conseguenza, il rischio residuale, che emergerà all’esito dell’attività di mappatura, andrà rapportato al grado di prevenzione imposto dal decreto: se persisterà un *deficit* di prevenzione, occorrerà implementare, nell’ambito dell’attività di *risk management*, il livello delle cautele (forgiando nuovi protocolli o irrobustendo quelli esistenti) e dei controlli.

6.2. *I reati-presupposto della responsabilità dell’ente: dal catalogo formale a quello effettivo.*

L’esigenza di ‘mappare’ le aree cc.dd. *strumentali* e i recenti *ampliamenti del novero dei reati-presupposto* della responsabilità dell’ente inducono a riflettere sull’effettiva estensione della *compliance* da parte della *societas*.

(a) La necessità di governare la gestione delle risorse finanziarie, imposta dall’art. 6, comma 2, lett. c, d. lgs. 231/2001, fa sì che gli *illeciti tributari* assurgano ad oggetto del modello: la commissione di alcuni reati-presupposto (su tutti: la corruzione) richiede, il più delle volte, la creazione di provvista extracontabile e, dunque, la consumazione, in chiave strumentale, di un reato tributario. Anche con riguardo al reato di riciclaggio, si ammette, ormai, che il reato di frode fiscale possa fungere da presupposto della successiva condotta di *laundering*: ne deriva, anche questa volta, la necessità di governare, in un’ottica preventiva, i profili tributari dell’attività, specie quando vi sono operazioni di finanziamento infragruppo. Come si vede, pur se i reati tributari non rientrano nella “parte speciale” del d. lgs. 231/2001, gli stessi ne fanno ‘sostanzialmente’ parte, perché si atteggiavano come ineludibili strumenti per la commissione di alcuni dei reati contenuti nel decreto.

(b) Il catalogo dei reati-presupposto si è, proprio di recente, arricchito con la previsione dei delitti di criminalità organizzata, segnatamente dei *reati associativi* (art. 24-ter, introdotto dall’art. 2 l. 94/2009). Va posto in evidenza che l’estensione sembra riflettere scelte venute di simbolismo (anche massmediatico) che, anziché muoversi in direzione di una razionalizzazione criminologica del *societas delinquere potest*, rischiano di alimentare una confusione tra l’area della “criminalità di

impresa” e quella, affatto diversa, della “impresa-associazione criminale”<sup>41</sup>. Prova ne sia che appare fuor di luogo additare l’attività di ‘mappatura’ e la successiva regolamentazione cautelare per enti sostanzialmente “illeciti” (si pensi a società nelle mani di associazioni mafiose). Nei confronti di un’impresa “lecita”, il fenomeno associativo può essere immaginato con riguardo ad alcune patologie che la prassi non di rado rilascia. Si pensi ad associazioni temporanee di impresa, che prevedano la stabile commissione di determinati reati-presupposto della responsabilità dell’ente (corruzione, frode nelle pubbliche sovvenzioni, ecc.); oppure, ad un ente che si proponga la consumazione di una pluralità di illeciti fiscali o avanti ad oggetto reati in materia di smaltimento di rifiuti. In tali evenienze, un’adeguata ed effettiva *compliance* impone l’adozione di *cautele* sia con riguardo alla prevenzione della *costituzione del sodalizio criminoso* (si da sollecitare, ad esempio, l’acquisizione di informazioni sulle società che entrano a far parte di un’associazione temporanea di imprese<sup>42</sup>), sia con riferimento ai *reati-scopo*: è evidente, infatti, che l’estensione delle disposizioni del modello anche ai reati-scopo (pure esorbitanti dal d. lgs. 231/2001) riduce sensibilmente il rischio che il sodalizio possa conseguire gli obiettivi illeciti che si era proposto. Pertanto, se un ente opera nel settore dello smaltimento dei rifiuti, in cui talvolta si assiste alla contestazione del reato associativo (sia nei confronti di esponenti di più imprese, che operano in collegamento, sia della stessa impresa, in ragione della commissione di una pluralità di illeciti), la *societas* dovrà necessariamente confrontarsi anche con i rischi-reato sottesi alla gestione e allo smaltimento di rifiuti, allo scopo di apprestare cautele che diminuiscano il rischio della loro commissione, alla stregua di reati-scopo.

In definitiva, l’attività di *risk assessment* deve tenere conto non soltanto del catalogo ‘formale’ dei reati-presupposto, ma deve pure farsi carico degli illeciti penali strumentali alla consumazione di quelli previsti nel decreto, nonché dei reati che possono protendersi come reati-scopo.

### 6.3. I protocolli di gestione del rischio-reato (*risk management*).

#### 6.3.1. La decisione dell’ente come “processo”.

Il protocollo di gestione del rischio-reato deve riprodurre la procedimentalizzazione del sistema decisionale, contraddistinta da una *frammentazione delle competenze* e della *polverizzazione dei centri decisionali*. La sua articolazione si svilupperà secondo la seguente sequenza:

---

<sup>41</sup> A tal proposito, cfr. PALAZZO, «Associazioni illecite e illeciti delle associazioni», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 443 ss.

<sup>42</sup> Ad esempio: certificazioni antimafia, verifica delle *black list*, adozione del modello 231 da parte della società *partner*, ecc.

1) Fase dell'iniziativa: *individuazione della funzione proponente → articolazione documentata della proposta → approvazione del superiore gerarchico* → 2) Fase del consiglio: *parere sulla compatibilità legale, amministrativa e contabile della proposta, da richiedere alle competenti aree* → 3) Fase dell'approvazione: *decisione (positiva o negativa) sulla proposta da parte del direttore della funzione o del vertice societario* → 4) Fase dell'esecuzione: *esecuzione della decisione → controllo sull'effettività dell'esecuzione → archiviazione formalizzata del procedimento.*

Ciascuna operazione, che avviene all'interno di tali fasi, deve rispondere al requisito della *tracciabilità*, sì da risultare *individuabile, verificabile, trasparente e non alterabile*<sup>43</sup>. La proceduralizzazione della decisione non si concilia, infatti, con l'idea dell'informalità delle relazioni, che vanificherebbe la ricostruzione del processo, sì da fomentare il rischio di percorsi decisionali 'oscuri', insuscettibili di verifica.

### 6.3.2. *La struttura dei protocolli.*

I protocolli hanno, come obiettivo strategico di fondo, quello della *cautela*, cioè l'apprestamento di misure idonee a *ridurre, continuativamente e ragionevolmente, il rischio-reato*. Lo strumento per conseguire tale obiettivo è la predisposizione di un *processo*, di un *sistema operativo*, cioè, che coinvolge una *pluralità di soggetti e di funzioni*.

I protocolli devono, perciò, contenere *regole comportamentali ed operative* munite di *iperdescrittività*: devono essere, cioè, *altamente tassativi* e orientati sullo *specifico rischio-reato* da contenere. Queste esigenze richiedono che il protocollo si traduca, sul piano strutturale:

(a) nella *effettiva regolamentazione del processo*, vale a dire nella predeterminazione delle scansioni deputate alla concretizzazione della pretesa cautelare e nella individuazione dei soggetti che hanno il presidio della funzione;

(b) nella *specificità e dinamicità*, laddove il primo requisito evoca la sua *aderenza sostanziale* (la *connessione di scopo*, cioè) rispetto al *rischio da contenere*; il secondo requisito mette capo all'*adeguatezza diacronica* del protocollo, cioè alla necessaria *prontezza del suo adeguamento*, in ragione sia della presenza di segnali di insufficienza operativa che dell'insorgenza di modifiche strutturali e strategico-operative dell'ente, che impongano di ridisegnare (adeguandole sollecitamente) le modalità della cautela;

(c) nel garantire la *completezza dei flussi informativi*, che rivestono un ruolo assolutamente centrale sul versante dell'effettività della prevenzione;

---

<sup>43</sup> Le operazioni e i flussi informativi andranno effettuati, salvo motivate eccezioni, in forma elettronica, con il ricorso a tecniche che ne impediscano, in tutto o in parte, la contraffazione, l'alterazione o la soppressione.

- (d) nell'agevolare l'*emersione delle violazioni*, che metta immediatamente in condizione di intervenire l'organismo di vigilanza e i vertici dell'ente;
- (e) nella *documentazione formale* delle attività;
- (f) nel *monitoraggio e controllo di linea*;
- (g) nella indicazione di un *responsabile del processo a rischio-reato*, su cui grava il compito di dotare di una propria '*evidenza*' il processo a rischio-reato.

### 6.3.3. *Il contenuto delle cautele.*

Circa il piano della *progettazione delle cautele*, teleologicamente rivolte alla minimizzazione del rischio-reato, il loro *contenuto*, nell'ambito degli enti, rivela un ragguardevole tasso di *complessità*, che aderisce alla *dimensione collettiva e procedimentalizzata* delle decisioni aziendali. La descritta cornice di complessità è, dunque, destinata a riversarsi sul "contenuto" delle cautele, che non sono più riconducibili al 'dominio' di un individuo, ma che rilasciano un volto composito, che riflette l'impronta collettiva dell'azione dell'ente. Preso atto, dunque, che si è al cospetto di decisioni in sequenza, è possibile ritagliare le seguenti *distinzioni*, in ordine alla *tipologia* e alla *finalità* delle cautele.

(a) *Cautela procedimentale*, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente. Una volta disegnato il meccanismo procedurale, distinguendo le diverse fasi che lo integrano, il processo decisionale deve ispirarsi al *principio di segregazione delle funzioni* tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato: si tratta di una cautela volta ad evitare la concentrazione dei poteri e l'insorgenza di conflitti di interesse, di ostacolo alla trasparenza e alla verificabilità dei processi decisionali. La 'dispersione' ('democraticizzazione') dei poteri costituisce, dunque, una irrinunciabile architrate di un'adeguata prevenzione del rischio-reato. La *funzione* delle cautele procedimentali è *duplice*.

1) Da un lato, *di per sé considerate*, denotano *finalità "cautelative"*, visto che sono *immediatamente orientate* ad evitare la concentrazione dei processi decisionali, un fenomeno, cioè, che può atteggiarsi come '*prodromico*' rispetto al rischio di commissione di *tutti* i reati-presupposto della responsabilità dell'ente: non si staglia, dunque, sullo sfondo una immediata correlazione di rischio tra la violazione della regola e uno specifico tipo di rischio-reato, che contraddistingue le norme autenticamente "cautelari". Una simile impronta cautelativa è strettamente collegata alla circostanza che la segregazione delle funzioni si eleva a *principio generale dei processi decisionali*, potenzialmente gravati dal rischio di verifica di reati.

2) Dall'altro lato, *nel momento in cui si affiancano, sinergicamente, alle regole sostanziali*, di cui alla lettera che segue, presentano pure un contenuto, *mediatamente*, "*cautelare*", nella misura in cui

si atteggiavano come “*strumenti*” diretti ad implementare ed assicurare il buon funzionamento e l’effettività delle cautele sostanziali. In questo senso, le regole procedurali potrebbero essere definite alla stregua di “*pre-condizioni*” di funzionamento delle regole sostanziali. In altre parole, la regola cautelare, per poter operare efficacemente, ha bisogno di calarsi in un “ambiente proceduralizzato”, che eviti concentrazioni di potere e conflitti di interesse, come potenziali elementi di travisamento e di paralisi della cautela.

(b) *Cautela sostanziale*, concernente il contenuto della decisione a rischio-reato, che viene conformato sul piano dell’*an*, del *quomodo* e del *quantum*, in diretta correlazione funzionale con il lo specifico tipo di rischio da contrastare (criterio di copertura del rischio tipico): la natura di queste regole di comportamento è, perciò, autenticamente “cautelare”, perché replica le fattezze dei meccanismi di ascrizione della colpa sul terreno dell’*Individualstrafrecht*.

(c) *Controllo*, che traduce l’esigenza di assicurare l’adeguatezza e l’effettività della cautela, con l’adozione di meccanismi di supervisione di primo grado, interni, cioè, al processo decisionale, e di secondo grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale. Questo tipo di cautela tramanda una ben chiara strumentalità funzionale con le cautele sostanziali, avendo lo scopo di garantire l’efficienza e l’effettività operative di quest’ultime.

La riduzione del rischio-reato deve comportare, allora, di regola<sup>44</sup>, la convergenza di queste tre tipologie di cautele, se intende corrispondere ai requisiti di adeguatezza e di effettività previsti dal d. lgs. 231/2001.

#### 6.3.4. Cautele “autonormate” e cautele “eteronormate”.

L’aspetto nevralgico delle cautele non è dato, per vero, dalla costruzione del loro volto procedimentale, plasmato, come si è visto, dal principio di segregazione delle funzioni: specie nelle imprese di apprezzabili dimensioni, esistono, da tempo, procedure operative standardizzate conformate da questo principio, ritenuto il più idoneo a salvaguardare le esigenze di trasparenza delle decisioni aziendali e le collegate istanze di controllo, difficilmente implementabili in presenza di decisioni fortemente accentrate.

Forgiare le cautele sostanziali risulta, per contro, molto più complicato, anche se il grado di complessità è sensibilmente diverso in base alla tipologia di reati con i quali ci si confronta. Sotto questo profilo, occorre muovere dalla distinzione tra: (a) reati/decisione e (b) reati in attività.

(a) Il novero dei reati/decisione coincide, per lo più, con l’orbita della criminalità dolosa, in cui le cautele devono proiettarsi verso processi aziendali, in cui sono all’opera una pluralità di individui, riuniti in cellule funzionali, che adottano decisioni in sequenza. Il rischio-reato può, dunque,

---

<sup>44</sup> Non si può escludere, per vero, che, in alcuni limitati casi, la cautela possa esaurirsi nella predisposizione di regole procedurali.



annidarsi, con diversa intensità, in ciascuna fase della sequenza. Per contrastarlo, l'ente è chiamato ad individuare ed implementare cautele *'autonormate'*, nell'ambito di un percorso squisitamente maieutico: dopo aver scrutato se stesso (con l'attività di *risk assessment*), deve stabilire *come autoregolamentarsi* in funzione della prevenzione del rischio-reato. Si tratta, cioè, di 'governare' il rischio-reato, tramite una autonormazione cautelare autenticamente 'originale', per ciò stesso 'fluida', 'riflessiva' e diacronicamente 'fragile'. Non essendovi un catalogo prestabilito di precauzioni da consultare, l'ente si cimenta con un'attività indiscutibilmente complessa, in cui il rischio dell'inadeguatezza è sempre dietro l'angolo. Si pensi, per fare alcuni esempi, ai reati di corruzione, di frode nelle pubbliche sovvenzioni, ai reati societari: tutti reati dolosi, in cui il dolo, come espressione massima di organizzazione finalistica dell'agire umano, sia pure calato in contesti organizzati, fomenta le difficoltà di confezionamento di cautele efficaci. Peraltro, nell'ambito dei reati/decisione, ve ne sono alcuni in cui la prevedibilità del rischio è, sia pure in parte, 'eteronormata', sì da rendere più agevole la loro 'mappatura'. E' il caso, ad esempio, dei reati di riciclaggio e di *market abuse* (negoziale/operativo), in cui alcuni organismi tecnici, sopranazionali e non, formano e aggiornano gli "indici di rischio", sottesi nei compimenti di talune operazioni. Solo che, proprio la redazione di questo "codice allertativo" tramanda un ruolo 'ancipite': per un verso, infatti, esplica una funzione 'rischiaratrice' su alcune delle costanti empirico-criminologiche di tali reati; per altro verso, tradisce l'affanno legato alla necessità di rimontare lo svantaggio conoscitivo nei confronti di crimini, i cui autori - che potremmo definire 'ipertecnologici' - vantano capacità operative "superiori", frutto di particolari abilità, le cui condotte sono spesso in grado di 'sorprendere' il sistema dei controlli. Le agenzie, che hanno il compito di formalizzare gli indici di rischio, intervengono, dunque, quando un evento avverso si è consumato: introiettano e metabolizzano, perciò, un insuccesso preventivo allo scopo di evitarne altri. Ne deriva, pertanto, che, in questi settori, si richiede una costante prudenza di giudizio nel valutare la *compliance* aziendale: se, infatti, sono difficilmente ammissibili vuoti o insufficienze preventive rispetto ad attività la cui insidiosità è già nota, occorre, per contro, essere sempre avvertiti che il rischio della lacuna previsionale è un connaturato compagno di viaggio, la cui mancata identificazione non può essere ritenuta rimproverabile senza un'attenta valutazione del grado di complessità tecnica ed operativa dell'illecito.

(aa) La maggiore insidiosità dei reati/decisione è da rintracciare nel *dolo* che li anima: sono, infatti, espressione di un agire finalisticamente orientato, in cui la fase cognitiva e quella volitiva di saldano sinergicamente, lasciando un'impronta indelebile nel 'tipo'. In contesti organizzativi complessi, l'orientamento in direzione dell'illecito può insinuarsi nelle pieghe delle fasi del processo decisionale, attraverso meccanismi di abuso e/o di alterazione del contesto, non sempre agevoli da

svelare. Le difficoltà sono poi destinate a lievitare in ragione del risaputo fenomeno che vede più soggetti issarsi a potenziali autori del crimine. La predisposizione di una rete di controlli e di cautele denota, quindi, un tasso di complessità incomparabilmente superiore rispetto a quello che, ad esempio, contraddistingue le posizioni di garanzia che hanno ad oggetto l'impedimento di reati da parte di soggetti ben individuati (isolabili ed isolati). Il soggetto apicale può sfruttare la complessità dell'organizzazione per decidere in direzione dell'illecito. Di conseguenza, la prevenzione di tale rischio, spesso oscuro, non può che muovere da un efficace processo di 'auto-organizzazione', che, per essere davvero tale, non può che dipanarsi nel "*campo antistante*" la verifica (o la concreta probabilità di verifica) dell'evento avverso: segnatamente, in quello del *rischio*. In altre parole, le cautele, che l'ente è chiamato ad adottare, devono stagliarsi come altrettanti "*fattori di disturbo*" ("*controspinte*") rispetto al dolo, collocandosi a *ragguardevole distanza* dal momento in cui la consumazione dell'evento illecito vanta elevate *chances* di verifica. Una volta che un'area, all'esito dell'attività di mappatura, è stata identificata a rischio-reato, le cautele devono mirare, prima di tutto, ad evitare il rischio di processi decisionali immuni da regole, o perché fortemente accentrati, oppure perché sprovvisti di elementi conformativi. La redazione di un protocollo cautelare deve, perciò, tradursi in una *prevenzione organizzata sistematicamente*, in cui si individuano i soggetti gravati dal rischio-reato, le fasi che scandiscono la decisione, la segregazione dei poteri e, infine, i limiti che incidono sull'*an* e sul *quomodo* della decisione stessa. E', peraltro, evidente che la *distanza dall'evento avverso* costituisce un'entità *graduabile*: di regola, è *maggiore nelle cautele 'procedimentali'*, che integrano un indispensabile avamposto preventivo, se solo si pensa che l'agire doloso può iniziare ad esplicarsi già nelle fasi che segnano l'avvio dell'*iter* decisionale, tramite l'aggiramento di controlli di linea, l'alterazioni di flussi informativi, ecc. La distanza, per contro, tenderà ad *abbreviarsi* con riguardo alle *cautele 'sostanziali'*. Occorre ribadire, tuttavia, che si tratta, pur sempre, di cautele che non sono a ridosso della fonte del rischio; dovendo incidere su comportamenti umani, dolosi e dinamici, mirano a ridurre ragionevolmente il rischio (la possibilità) dell'evento avverso, non già la concreta probabilità (il pericolo) che lo stesso accada. Su questo terreno, latitano supporti nomologici, che permettano di formulare giudizi prognostici scientificamente testati: è, dunque, impossibile individuare, con l'aiuto della scienza, il 'momento' in cui intervenire per disinnescare il pericolo. La combinazione 'sistemica' delle cautele, procedimentali e sostanziali, tende a costruire un percorso decisionale virtuoso, in cui, una volta definita l'intensità del rischio-reato, si ritagliano, a tutto campo, presidi funzionalmente deputati a 'governare' tale rischio, in modo tale che la decisione per l'illegalità potrebbe trovare spazio solo tramite *comportamenti elusivi* non 'contenibili' da un agente-modello collettivo. In definitiva, ad ogni cautela corrisponde una

funzione e la loro saldatura, vale a dire la loro efficace organizzazione in un sistema, fa sì che la decisione finale costituisca espressione di un potere e di una cultura orientati alla legalità.

(b) I *reati in attività* sono quelli che si situano nel cono d'ombra del rischio di impresa: dunque, i reati colposi, segnatamente quelli in materia di sicurezza e salute sul lavoro. Qui la redazione delle cautele è senz'altro meno problematica, atteso che la gran parte di esse è *'eteronormata'*, sì da rilasciare un elevato grado di fruibilità. Del resto, l'idea della *'prevenzione mediante organizzazione'* era già stata fatta propria dal d. lgs. 626/1994. Basti pensare al ruolo assegnato al *Documento di Valutazione dei Rischi*, che, vale la pena di sottolinearlo, costituisce il principale elemento di supporto del modello. Da un lato, contiene la *'mappatura'* dei rischi nell'ambiente di lavoro; dall'altro lato, le misure idonee a *'governare'* tali rischi, sì da eliminarli o ridurli. E le cautele, funzionali a questo scopo, sono quelle contenute nei testi legislativi di riferimento: dunque, il terreno in cui il modello affonda le radici è propriamente quello – già noto ed ampiamente sperimentato – della *colpa specifica*. Calate nel modello, tali cautele si saldano, sinergicamente, con altre disposizioni, di natura organizzativa e di controllo (relative al ruolo dell'OdV, ai flussi informativi, ai sistemi di controllo tra i garanti, alle regole che presiedono alle decisioni sugli investimenti sulla sicurezza), sì da restituire il volto di un sistema in cui l'obiettivo della sicurezza viene perseguito in maniera altamente formalizzata e proceduralizzata, in un contesto, cioè, *'organizzato'*.

(bb) Nell'ambito dei reati in attività, è di intuitiva evidenza che una buona parte delle cautele rivela un significativo *tasso di prossimità* rispetto alla *fonte del pericolo*: è sufficiente richiamare il processo di edificazione delle cautele che il legislatore ha forgiato per impedire o ridurre determinati pericoli connessi allo svolgimento di determinate attività produttive. Basta guardare, dall'interno, tali regole, per comprendere che la prevenzione si proietta verso un *evento intermedio*, rispetto a quello finale previsto dalla fattispecie incriminatrice: individuata la fonte di pericolo (sia essa meccanica, fisica, chimica, ecc.), la cautela si appunta proprio sull'anello causale intermedio, che, a sua volta, rivela un collegamento, nomologicamente fondato, con l'evento finale (l'uso di una scala, per fare un esempio, fomenta il rischio da scivolamento – primo anello intermedio – che, a sua volta, può provocare lesioni – evento finale). Tuttavia, pure in questo contesto, il modello pullula di regole procedurali, legate ai flussi informativi, all'attività dell'OdV, alle decisioni concernenti le risorse da destinare alla sicurezza sul lavoro, rispetto alle quali la distanza dall'illecito ripropone le considerazioni svolte a proposito dei reati/decisione.

#### 6.3.4.1. *Il banco di prova della prassi*

Per comprendere appieno il grado di complessità nella elaborazione delle cautele ‘autonormate’, non vi è nulla di meglio del *banco di prova della prassi*, sia pure con l’avvertenza che questa presenta ancora dimensioni piuttosto ridotte, sia sul versante giudiziario (atteso che il d. lgs. ha iniziato a dare segni di vitalità applicativa solo in seguito all’ampliamento dei reati-presupposto), sia sul piano documentale, poiché le aziende non rendono consultabili i singoli protocolli di gestione del rischio-reato (che contengono, nel dettaglio, le cautele), ma soltanto la parte generale e speciale del modello. Tuttavia, le riflessioni, che seguono, prendono lo spunto - come si vedrà - da un rilevante processo per fatti di corruzione “farmaceutica”, in cui è stato affidato ad una perizia il compito di valutare l’idoneità preventiva dei modelli delle aziende indagate<sup>45</sup>, nonché da una sentenza di merito, che, per prima nel panorama giurisprudenziale, ha apprezzato l’efficacia esimente di un modello<sup>46</sup>. A ciò si aggiunga l’esame delle linee-guida elaborate da alcune importanti associazioni di categoria.

1) Muovendo dal reato di *corruzione*, è risaputo che costituisce una delle forme più insidiose della criminalità economica, riconducibile al paradigma dei comportamenti ‘elastici’, economicamente orientati<sup>47</sup>. In ambito farmaceutico, poi, il rischio-corruzione percorre trasversalmente tutte le fasi che vanno dalla sperimentazione fino alla messa in commercio di un farmaco. Con riguardo alla *commercializzazione e alla diffusione dei prodotti farmaceutici*, il *marketing* ha fatto segnare una vera e propria *escalation*, alla quale si è associata un’impennata del rischio-corruzione<sup>48</sup>. Lo scenario è, dunque, favorevole all’insorgenza di un *ambiente fortemente competitivo*, in cui la penetrazione sul mercato dei farmaci integra un pressante obiettivo di *performance*. I protagonisti di questa competizione sono le aziende, la classe medica, i farmacisti e gli stessi ricercatori. Circa la *morfologia* del rischio, quello legato al *marketing* presenta caratteristiche affatto peculiari, che lo rendono particolarmente *insidioso*, perché tende a manifestarsi in modo *dinamico*, coinvolgendo una pluralità di soggetti (apicali e non), e attraverso la pratica delle *ccd. remunerazioni improprie*: con un ricorso, cioè, a liberalità, donativi, omaggistica, consulenze e attività di

---

<sup>45</sup> Si tratta di un procedimento penale, aperto dalla Procura della Repubblica di Bari, nei confronti di sei multinazionali farmaceutiche, indagate per il reato di corruzione. Nel corso del procedimento, segnatamente nella fase dell’*udienza cautelare* (v. artt. 45 ss. d. lgs. 231/2001), il G.i.p. ha disposto accertamenti peritali diretti a ricostruire e valutare l’adeguatezza preventiva dei modelli adottati dalle società, sia all’epoca della commissione dei reati di corruzione, presupposto della responsabilità amministrativa da reato, sia di quelli riversati, *post delictum*, nel corso dell’udienza allo scopo di scongiurare l’applicazione di una misura interdittiva cautelare (v. art. 49). Le perizie, affidate ad un collegio di esperti in materie aziendalistiche e giuridiche, sono state depositate e il procedimento si è concluso, nei confronti di tutte le società con sentenza - definitiva - di ‘patteggiamento’, a norma degli artt. 444 ss. c.p.p. I riferimenti e le considerazioni, che seguono nel testo, prendono spunto dalle indagini attuative (dirette a ricostruire e descrivere la *compliance* delle aziende) e valutative (circa l’idoneità e l’effettività dei modelli) svolte dai periti. Si segnala che una di queste perizie sarà pubblicata in uno dei prossimi numeri della Rivista italiana di diritto e procedura penale.

<sup>46</sup> G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, cit., 473 ss.

<sup>47</sup> Per un’analisi di questo tipo di comportamenti, v. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss.

<sup>48</sup> Questo è dipeso essenzialmente dalle mutate strategie di mercato delle grandi aziende farmaceutiche. La svolta è da intravedere nel *boom* dei farmaci *cc.dd. me too*: destinati a curare le malattie (di lunga durata) della società del benessere (artrite, depressione, ipertensione, colesterolo alto, ecc.), si limitano a presentare alcune differenti composizioni chimiche rispetto a quelli originali, senza che si possa parlare, peraltro, di un effettivo miglioramento rispetto a quest’ultimi. A volte, viene semplicemente allungata la vita di un farmaco *blockbuster*, il cui brevetto è in scadenza, mettendone a punto uno nuovo virtualmente identico. Il fenomeno del “doppione farmaceutico” (due farmaci, stessa chimica, si potrebbe dire) ha fatto segnare una vorticosa implementazione delle risorse destinate dalle industrie farmaceutiche alla commercializzazione. Prova ne sia che il settore Ricerca e Sviluppo rappresenta una parte relativamente piccola nei *budget* delle grandi aziende, che si riduce davvero a poca cosa rispetto alle spese per il *marketing* e l’amministrazione. Per un’analisi delle strategie delle industrie farmaceutiche, cfr. CAGLIANO-LIBERATI, *I farmaci*, Bologna, 2001; ANGELL, *Farma&Co, Industria farmaceutica: storie straordinarie di ordinaria corruzione*, Milano, 2006; LAW, *Big Pharma. Come l’industria farmaceutica controlla la nostra salute*, Torino, 2006.

formazione, in contrasto con i presupposti richiesti dalla legge. Tali condotte, anche quando non si risolvono in reati di corruzione, costituiscono nondimeno *comportamenti prodromici*, che possono implementare stili di condotta ‘laschi’, *anticamera della corruzione*<sup>49</sup>. Il ricorso alla corruzione o a forme di retribuzione impropria è strumentale alla creazione di una vera e propria *relazione simbiotica con i medici*, che sono lo snodo più importante tra il farmaco e il mercato. Relazione che si sviluppa su diversi piani: dalla prescrizione dei farmaci, alla formazione fino all’attività di consulenza. L’elevato numero di informatori scientifici e il loro radicamento territoriale integrano una non trascurabile *spinta criminogenetica*, che ha come obiettivo proprio la “*fidelizzazione*” del medico, fondata su una *reciprocità* che le pratiche corruttive tendono a rinforzare sino al punto di incardinare una sorta di “*esclusiva*”<sup>50</sup>.

Proviamo, dunque, ad esaminare le cautele apprestate, prendendo come settore privilegiato di indagine quello della *gestione delle donazioni*. Pur essendo un rischio-reato topograficamente circoscritto all’interno dell’azienda, il suo legame con la commercializzazione dei farmaci è affatto evidente. Le elargizioni ‘improprie’ possono, infatti, essere orientate ad alterare i meccanismi concorrenziali, creando rapporti privilegiati con gli enti richiedenti. Scorrendo i protocolli forgiati dalle aziende, va rilevato che buona parte di essi *rispetta il principio di segregazione delle funzioni* (assegnando: alla Direzione Medica l’apprezzamento del valore scientifico e delle meritevolezza dell’elargizione, all’Area Legale e Fiscale la valutazione della conformità a legge dell’atto e, infine, alla funzione Amministrazione e Bilancio il compito di verificare la corrispondenza al *budget* predefinito), a dimostrazione che si è al cospetto di un principio ormai ‘interiorizzato’ dagli enti. Per contro, *latitano, o sono insufficienti, le cautele sostanziali, teleologicamente rivolte a minimizzare il rischio di fidelizzazioni improprie di enti pubblici*. Al più, ci si limita a ritagliare limiti quantitativi all’importo delle donazioni, prevedendo che, qualora la liberalità oltrepassi la soglia prefissata, la sua elargizione vada rimessa al vertice della società (consiglio di amministrazione). E’ evidente che protocolli siffatti sono sprovvisti di una apprezzabile efficacia preventiva, visto che il rispetto del principio di segregazione delle funzioni non è idoneo a manifestare - da solo - alcuna incidenza sulla fisionomia del rischio-tipico, da intravedere, come si è detto, nella instaurazione di relazioni simbiotiche, di contenuto preferenziale, con l’ente destinatario della liberalità. Un protocollo autenticamente cautelare richiede, allora, in uno con la segregazione delle funzioni, l’autonormazione di alcune cautele ‘sostanziali’, che conformano il *quomodo* della decisione. Esse possono consistere, tra l’altro:

- (i) nella *predeterminazione di un budget annuale delle donazioni*, che potrà essere aggirato solo previa decisione del Consiglio di amministrazione dell’ente, prevedendo il coinvolgimento informativo dell’OdV (la *proiezione teleologica* della cautela consiste nella predeterminazione dell’ “offerta” di donativi, sì da attenuare il rischio-reato legato a decisioni puramente discrezionali, mirate a creare “alla bisogna” rapporti privilegiati con gli enti beneficiari, e nel coinvolgimento informativo dell’OdV in presenza di potenziali *situazioni criticità*, come quelle riferibili ad eventuali scostamenti dal *budget*);
- (ii) nella previsione di un *importo massimo di donazioni* eseguibili da ciascuna funzione, individuando altresì il *valore massimo della donazione fruibile dal singolo ente* (il *rischio contrastato* afferisce alla possibile implementazione di retribuzioni “improprie”, a scopi di fidelizzazione);
- (iii) nell’introduzione di un criterio di *alternanza temporale* nella fruizione delle elargizioni (del tipo: “quando l’ente ha fruito di una donazione nel corso di un anno, non potrà risultare beneficiario di altra se non

---

<sup>49</sup> Lo stesso vale per le condotte di comparaggio (art. 170 T.U.L.S.) e per gli altri illeciti penali ‘minori’, legati alla concessione o promessa di premi o vantaggi pecuniari o in natura, previsti dagli artt. 123 e 147, comma 5, del d. lgs. 219/2006 (che riproducono, in buona sostanza, il contenuto delle fattispecie di cui agli artt. 11 e 16 d. lgs. 541/1992). Pur non incardinando la responsabilità sanzionatoria dell’ente, tali illeciti si collocano evidentemente in prossimità della corruzione e sono altresì perfettamente cofunzionali all’ambiente competitivo sopra descritto. Sulla struttura e la funzione delle fattispecie di comparaggio, v. MUCCIARELLI, voce *Comparaggio*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 335 ss.; CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, 21 ss.

<sup>50</sup> Il *movente economico* della corruzione *raccorda*, poi, *funzionalmente* gli interessi ‘personali’ delle persone fisiche, che agiscono per conto dell’ente (gli informatori scientifici, i capi-area, ecc.), e quelli dell’ente: l’autore dell’illecito è mosso dall’intento di conseguire premi di produttività o comunque incentivi legati al raggiungimento di un *target* e, congiuntamente, di enfatizzare la sua efficienza presso i superiori gerarchici, corrispondendo alle loro aspettative; l’azienda, anche nel caso in cui si limiti a tollerare le pratiche corruttive, risente comunque di un *vantaggio economico* in termini non soltanto monetari (di fatturato) ma soprattutto sul piano del *gradiente di penetrazione del mercato*, ancor più importante in ragione dell’esplosione del “doppione farmaceutico”, che rende, come si è visto, particolarmente aspra la competizione.

siano decorsi almeno [due/tre] anni”]; si *contrasta*, così, la *dimensione diacronica* del *rischio di fidelizzazione*);

(iv) nella creazione di un *meccanismo di controllo ex post* sul rispetto dei predetti limiti quantitativi e temporali;

(v) nell’inoltro di *report periodici verso l’OdV* (la cautela adempie ad una funzione informativa: trattandosi di un’attività esposta al rischio-reato, l’OdV deve essere posto nella condizione di vagliarne, anche con cadenze temporali predeterminate, la gestione, fatte salve le situazioni di criticità).

1.1.) Sempre con riferimento al rischio-corruzione, l’analisi di alcuni modelli e delle linee-guida di categoria rivela, ancora una volta, una buona valorizzazione della segregazione delle funzioni, ma un livello di autonormazione cautelare ‘sostanziale’ piuttosto ‘lasco’. Così, per fare un esempio, nell’ambito della disciplina delle attività di *sponsorizzazione* e di gestione delle *consulenze*, aree strumentali alla consumazione di reati di corruzione, le cautele si risolvono, per lo più nella formalizzazione dell’attività, nel richiedere la congruità del prezzo rispetto alla prestazione e, infine, nell’esigere che vi sia un’apposita funzione aziendale, diversa dalle altre coinvolte nel processo decisionale, abilitata a riscontrare l’effettuazione e l’adeguatezza della prestazione. Tutte prescrizioni - queste - indiscutibilmente apprezzabili, ma, comunque, insufficienti. Anche in questo ambito, potrebbero essere reiterate consulenze e sponsorizzazioni verso funzionari o enti pubblici, con un obiettivo – improprio – di fidelizzazione. Come pure, simili attività potrebbero essere effettuate e reiterate quando l’ente partecipa a gare pubbliche o ha richiesto il rilascio di atti amministrativi ‘rilevanti’. La riduzione del rischio-reato non può che passare, anche questa volta, nell’apposizione di cautele destinate ad incidere sull’*an* e sul *quomodo* della decisione. Rispetto all’ultima delle evenienze segnalate (un ente che partecipa a gare pubbliche), potrebbero ritagliarsi cautele che individuano una sorta di *black period*, nel corso del quale vi sarebbe un *obbligo di astenersi* dall’adottare sponsorizzazioni o assegnare consulenze nei confronti dell’ente o di suoi funzionari. Nell’ipotesi, invece, di reiterazione di tali attività, si richiama il criterio dell’alternanza temporale, che si proietta sopra la dimensione diacronica del rischio-reato.

2) Come si è detto poco sopra, vi è stata, di recente, una *sentenza di merito*, che ha riconosciuto l’*efficacia esimente* di un modello, adottato dall’ente, rispetto al reato di *aggiotaggio informativo*. Si tratta di una decisione, che, seppure meritevole di apprezzamento in alcuni passaggi argomentativi<sup>51</sup>, appare ‘tecnicamente’ errata proprio in ordine alla valutazione delle cautele apprestate dall’ente. Questo, in breve, il fatto. Gli amministratori della società erano imputati del reato di aggiotaggio informativo (artt. 110 c.p. e 2637 c.c.), commesso, sul finire del 2002 e nei primi mesi del 2003, comunicando al mercato notizie false sulle condizioni economiche e patrimoniali della società, idonee ad alterare sensibilmente il valore delle azioni. Ne è seguita la contestazione dell’illecito amministrativo all’ente, nel cui interesse il reato era stato commesso (art. 25-ter d. lgs. 231/2001). Dovendo effettuare comunicazioni *price sensitive*, i soggetti apicali imputati avevano richiesto ad un responsabile di funzione di inoltrare dati concernenti la situazione economica e patrimoniale della società. Ottenutigli, uno degli apicali sollecitava il responsabile di funzione a fornire dati ‘diversi’, forzandolo in direzione di una valutazione ‘migliorativa’, alla quale il responsabile si prestava. Il modello 231 era stato approvato dalla società nel gennaio 2003 e, con riferimento alle misure di prevenzione del reato di aggiotaggio, prevedeva che, conformemente a quanto stabilito nella linee-guida di Confindustria, la gestione delle informazioni concernenti la società e le sue controllate fosse rimessa al Presidente del consiglio di amministrazione e all’amministratore delegato. La procedura prescriveva che la divulgazione dovesse avvenire in modo completo, tempestivo, adeguato e non selettivo. Inoltre, ai predetti soggetti apicali veniva riconosciuto il potere di rivisitare i dati offerti dalle funzioni competenti prima della

---

<sup>51</sup> Secondo PALIERO, *Responsabilità dell’ente*, cit., 478 ss., appare meritevole di incondizionato apprezzamento il passo della decisione in cui il giudice rimarca correttamente che l’accertamento della responsabilità dell’ente (della sua colpevolezza) deve essere eseguito con una valutazione *ex ante* e non anche *ex post*, secondo la perversa logica del ‘senno di poi’ (del tipo: un reato si è consumato, dunque le misure preventive adottate dall’ente sono inefficaci). Quanto al proscioglimento, tecnicamente errato, va, però, messo in risalto che il giudice ha, molto probabilmente, inteso valorizzare la ricorrenza di alcune significative circostanze concomitanti: in particolare, la circostanza che, sebbene i fatti fossero avvenuti nel 2003, dunque a pochi anni dall’entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, l’impresa si era già dotata (“pionieristicamente”, sottolinea il giudice) di un modello e che, nel forgiarlo, si era avvalsa delle linee-guida elaborate da Confindustria, che, all’epoca, si atteggiavano come l’unico, autorevole strumento di supporto nell’attività di formazione del modello. E’ ovvio - prosegue PALIERO - che, alla luce dei ‘saperi’ di oggi, <<la corrispondenza del modello organizzativo adottato dalla società ai soli codici etici e linee-guida istituzionali (Borsa, Confindustria) suonerebbe come *indice di non idoneità*, per il carattere <<generalistico>> se non addirittura generico di tali testi>> (p. 479).

divulgazione. Il giudice ha ritenuto che la condotta degli imputati si sia risolta in una fraudolenta elusione delle disposizioni, provviste di efficacia preventiva, del modello: in particolare, l'elusione sarebbe consistita in un metodo di formazione delle informazioni del tutto contrario ai principi stabiliti nel modello, atteso che il dato da comunicare non era quello elaborato dall'ufficio preposto, ma quello, non veritiero, "imposto" dal vertice societario. In sostanza, vi sarebbe stata una iniziativa unilaterale dei vertici societari, che non avrebbero seguito la corretta procedura di formulazione del giudizio attraverso la necessaria istruttoria tecnica. La debolezza dell'apparato argomentativo del giudice si coglie, per vero, in modo piuttosto agevole. A ben vedere, il potere di gestione delle notizie *price sensitive* era per intero nelle mani dei soggetti apicali, ai quali veniva riconosciuto il potere di 'rivedere' i dati<sup>52</sup>. Sul piano della vigilanza, va poi evidenziato che l'ente, di grandi dimensioni, aveva istituito un organismo di vigilanza monocratico<sup>53</sup>. La previsione relativa alla completezza, tempestività ed adeguatezza dei dati esplicava un effetto puramente esortativo, sprovvista come era dell'indicazione di cautele funzionali al perseguimento di tali obiettivi. Ma non basta. I meccanismi di attivazione e di svolgimento dell'istruttoria risultavano meramente 'informali': il vertice richiedeva i dati e poteva attivare meccanismi di *feed back* a suo piacimento, sollecitando accomodanti revisioni. Pertanto, nella vicenda in esame, non pare ravvisabile alcuna elusione fraudolenta del modello, visto che i soggetti apicali coinvolti avevano il dominio nella gestione del rischio-reato, in assenza di qualsiasi forma di controllo<sup>54</sup>. Un protocollo autenticamente cautelare, sul piano procedimentale e sostanziale, deve, per contro, prevedere un'elevata formalizzazione delle fasi che conducano alla *disclosure*. Segnatamente: i) deve essere avvertito l'OdV dell'inizio di una procedura a rischio-reato; ii) la richiesta dei dati, da inoltrare alle funzioni competenti, deve essere formalizzata e sempre ricostruibile; iii) eventuali *feed back* informativi (richiesta di chiarimenti o di riesame dei dati) deve essere motivata, 'tracciata' e portata a conoscenza dell'OdV; iv) va escluso qualsiasi potere dei soggetti apicali, deputati a diffondere le notizie, di integrazione e/o correzione dei dati, ufficialmente formati. Come si vede, un simile protocollo esclude qualsiasi tipo di relazione informale, richiedendo, per contro, in modo altamente tassativo, una rigorosa procedimentalizzazione del processo decisionale.

Lo scenario, offerto dalla prassi, evidenzia chiaramente come il processo di 'autonormazione' denoti corpose difficoltà quando ci si confronta con il contenuto 'sostanziale' della cautele, autentico 'nervo scoperto' della *compliance* aziendale.

### 6.3.5. I protocolli di gestione nelle aree cc.dd. strumentali.

Come si è visto, in sede di esame dell'attività di *risk assessment*, le *aree cc.dd. strumentali* sono quelle che gestiscono *strumenti e risorse finanziarie destinati a supportare la commissione dei reati*. Il loro rilievo è normativamente riconosciuto dall'art. 6, comma 2, lett. c), d. lgs. 231/2001, che prevede l'individuazione di modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati.

In questa parte del modello, vengono, dunque, in considerazione la *gestione aziendale*, il *flusso dei valori economici e patrimoniali*, il *controllo della gestione*.

La *gestione aziendale* costituisce la *coordinazione consapevole* delle operazioni poste in essere dall'azienda per la creazione di valore, che, nelle imprese, si esplica attraverso la produzione di beni

---

<sup>52</sup> Lo rileva PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., 479.

<sup>53</sup> Sottolinea PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., 479, che un simile organismo di vigilanza, formato da un soggetto subordinato posto alle dirette dipendenze del Presidente della società, costituisce l'antitesi paradigmatica di quei connotati di autonomia e poteri di controllo che devono conformare l'organismo a norma dell'art. 6 d. lgs. 231/2001.

<sup>54</sup> Così, PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., 479.

e servizi per il mercato. Si tratta di una gestione “organizzata”, perché disciplina le scelte e le decisioni delle diverse unità che concorrono ai processi decisionali.

Nell’ambito della gestione aziendale, il decreto 231 impone di conformare i processi decisionali nel contesto di alcune attività che, ove sprovviste di controlli efficaci, possono veicolare risorse verso finalità extra-aziendali e illecite.

Sinteticamente, le modalità di gestione delle risorse finanziarie si proiettano sul versante del sistema della *contabilità*, che, attraverso graduali sintesi informative, trova la sua cristallizzazione nel *bilancio*. Nell’ambito di tale sistema, poi, una particolare attenzione va dedicata all’analisi dei *ccdd. costi sensibili*, vale a dire a quelle *voci di costo che, in ragione della loro particolare natura, presentano indiscutibili elementi di criticità*, in quanto sono le più esposte al rischio di essere convogliate a scopi illeciti (si pensi, a titolo di esempio, ovviamente non esaustivo, alle spese per le consulenze, la pubblicità, ecc.).

(a) Per quanto concerne il *sistema di gestione amministrativo-contabile*, andranno formalizzati, all’interno dei protocolli, i principali *sistemi di gestione dell’area amministrativa e tecnico-contabile*, dando conto del loro livello qualitativo e del grado di affidabilità sul piano nazionale ed internazionale. Le procedure di gestione dovrebbero, pertanto, coprire: il ciclo attivo, il ciclo passivo, il magazzino, il *reporting* finanziario, i rimborsi spese, la tassazione.

(b) In ordine al *controllo di gestione dei flussi finanziari*, particolare rilievo assumano gli *speciali protocolli di verifica della gestione delle risorse con riguardo all’area dei ccdd. costi sensibili*, che, oltre a garantire la verificabilità e la tracciabilità delle spese, puntino a definire in modo chiaro e sistematico le risorse a disposizione delle singole funzioni ed il loro perimetro di impiego, prevedendo strumenti di rilevazione di *eventuali scostamenti*. Per conseguire tali obiettivi, è opportuno articolare: 1) *processi di definizione strategica dei budget*, di impronta *pluriennale*, che individuino gli ambiti di spesa, la pianificazione dei costi e dei ricavi e i soggetti che concorrono alla definizione delle risorse; 2) *processi di consuntivazione*, volti a garantire la costante verifica sulla *coerenza tra le spese effettivamente sostenute e gli impegni assunti* in sede di pianificazione, con la previsione del coinvolgimento informativo dell’OdV, qualora emergessero significativi scostamenti dal *budget* o anomalie di spesa.

(c) Relativamente alla *formazione del bilancio civilistico*, i più moderni studi aziendalistici e ragioneristici hanno da tempo posto in luce come il bilancio debba essere studiato alla stregua di un *processo*, che si snoda per il tramite di *distinti livelli di approssimazione al vero*<sup>55</sup>. I valori di bilancio, cioè, sono raffigurabili come altrettanti *prodotti* (aventi ad oggetto stime certe o congetture) preceduti da *procedure di definizione sorrette da costanti flussi informativi*. Ed è

---

<sup>55</sup> Cfr., in proposito, CARAMIELLO, *Indici di bilancio*, Milano, 1993; PAOLONE, *Il bilancio di esercizio delle imprese in funzionamento e dei gruppi societari*, Torino, 1998; DEZZANI-PISONI-PUDDU, *Il bilancio*, Milano, 2001.



proprio la *qualità* dei modelli metodologici e informatici adoperati dall'impresa a conformare la qualità dell'informazione e la sua attendibilità. Sul versante della *formazione del bilancio*, sono, dunque, già ampiamente disponibili una *pluralità di protocolli* specificamente orientati ad implementare l'*attendibilità*, sul piano dell'approssimazione al vero, dei valori esibiti. Si tratta, conviene precisarlo, di processi deputati a garantire la definizione corretta dei flussi operativi. Ecco, allora, che sul versante della formazione, della trasformazione e della elaborazione definitiva dei dati di bilancio, l'adozione di simili procedure di conformazione integra, a pieno titolo, una parte significativa della *compliance* di cui si parla nell'art. 6.

*L'OdV può svolgere, su questo terreno, importanti e autonome funzioni.*

La prima è quella di *vigilare continuativamente, e in autonomia, sulla funzionalità del procedimento*, individuando, quando occorre, i necessari aggiornamenti e adeguamenti tecnologici. La seconda ha a che fare con il flusso informativo: l'organismo di controllo potrà reclamare l'inoltro di *report* periodici e verificare sul campo la correttezza delle procedure di formazione e di rilascio delle informazioni. Ma non basta. Non sempre l'attendibilità delle grandezze contenute nel bilancio è garantita dall'adeguatezza dei processi formazione e di misurazione dei dati.

Ecco, allora, che l'OdV è chiamato ad effettuare, continuativamente e professionalmente, due tipi di controllo: a) il primo - già descritto - sull'*adeguatezza dei processi di formazione e di elaborazione dei dati*; b) il secondo tipo di controllo è di natura *selettiva* e prende le mosse dalla considerazione della società come luogo in cui pullulano interessi soggettivi diversi, che condizionano l'attendibilità delle grandezze contenute nel bilancio. Ne deriva la necessità di adottare modelli di prevenzione e di controllo proiettati verso *alcuni profili* più esposti al rischio-reato.

Nello specifico settore del bilancio, un rilievo strategico è destinato ad assumere il *flusso informativo*, cioè la capacità dell'organismo di controllo di ottenere, anche attraverso ispezioni, informazioni sull'esistenza di *situazioni di criticità generale e/o particolare*. Così, per fare un esempio, qualsiasi *scostamento dai principi estimativi civilistici e contabili*, sia pure motivato, *deve essere portato a conoscenza dell'OdV*, rappresentando, comunque, una deviazione suscettibile di vaglio critico.

E' poi risaputo che il falso in bilancio è spesso funzionale alla consumazione dei reati di corruzione che, lo si ripete, implicano la creazione di *riserve liquide occulte*. Allo scopo di prevenire tali reati, l'OdV dovrà concentrare i suoi poteri di controllo sulla *gestione contabile* (per fare alcuni esempi, sulle fatturazioni, i sospesi di cassa, le note spese, le collaborazioni esterne, le sponsorizzazioni, gli atti di liberalità, ecc.), sulla struttura e le finalità delle cd. "*triangolazioni chiuse*" e delle "*costruzioni societarie*" (entrambe destinate, non di rado, a consentire la creazione di fondi extracontabili), sull'uso di *prodotti derivati*, sulla stipulazione di contratti *futures* su titoli, indici,

ecc., sull'esame della documentazione aziendale e sul rispetto delle procedure amministrative dirette a conformare i comportamenti operativi ai principi di correttezza e trasparenza gestionale.

(d) Nell'area a rischio-reato, definita strumentale, deve, infine, trovare disciplina, in uno specifico protocollo, la *dinamica retributiva* concernente i dipendenti e/o collaboratori dell'ente, che godono di un trattamento economico legato al raggiungimento di obiettivi di *performance* (cd. *retribuzione variabile*). Il movente economico, che può spingere alla commissione di reati, salda gli interessi delle persone fisiche (alle quali ottime *performance* consentono non solo di percepire migliori retribuzioni, ma anche avanzamenti di carriera) e della persona giuridica (che ritrae, comunque, un vantaggio dai contratti provento della corruzione): dunque, un tale movente va 'contenuto', *evitando obiettivi di target troppo sfidanti* o pratiche incentivanti particolarmente 'appetitive', come pure gravose penalizzazioni collegate al mancato raggiungimento della *performance*.

#### 7. Il modello come strumento "cautelare" e "cautelativo".

La costruzione del modello e l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza costituiscono i perni del sistema di esclusione della responsabilità (*rectius*: della *colpevolezza organizzativa*) dell'ente. Di recente, autorevole dottrina<sup>56</sup> ha posto sul tappeto una importante questione dogmatica, relativa all'inquadramento di un siffatto sistema all'interno del *tipo colposo* in senso stretto, alla stregua, cioè, di un <<'normale' *crimen culposum*>>, oppure come <<un *obbligo di condotta* meramente *preventivo*, non tanto cautelare, quanto *cautelativo* orientato alla prevenzione *astratta* del rischio-reato>>. La descritta *antitesi* è destinata a provocare rilevanti ricadute anche sul piano applicativo, specie con riguardo al criterio di accertamento della responsabilità dell'ente.

Nel primo caso, infatti, l'ente risponderebbe di un *illecito di evento*, contraddistinto da un *doppio nesso di causalità*: il primo intercorrente tra la condotta della persona giuridica e l'evento-reato consumato dalla persona fisica; il secondo da intravedere nella correlazione che deve saldare la concreta violazione della regola cautelare e il rischio tipico di reato, di cui l'illecito perpetrato dalla persona fisica costituisce la concretizzazione. All'interno di questo schema, non ci si discosterebbe dalle istanze correlate alla salvaguardia del principio di colpevolezza e le scansioni dell'accertamento replicherebbero, in massima parte, quelle proprie del reato colposo di evento.

Per contro, nella seconda ipotesi, si staglierebbe un modello di *illecito di pericolo*, prossimo al paradigma dell'*illecito di rischio*, nel quale <<la nomologica ricostruzione del nesso causale è soppiantata dalla stocastica valutazione dei tassi di aumento/diminuzione del rischio>><sup>57</sup>. Per questa

---

<sup>56</sup> PALIERO, *La società punita*, cit., 1545.

<sup>57</sup> PALIERO, *La società punita*, cit., 1545.

via, il sistema piegherebbe in direzione di un modello di imputazione oggettiva dell'evento, a discapito del principio di colpevolezza.

Si è al cospetto di problematiche che sollecitano riflessioni ed approfondimenti che meriterebbero una autonoma e più ampia trattazione. Tuttavia, anche in questa sede, si può provare a offrire qualche spunto argomentativo. Partendo dal dato normativo: alcune significative disposizioni del decreto 231 proiettano esplicitamente l'adeguatezza preventiva del modello in direzione dei *reati della specie di quelli verificatisi* (v. artt 6, comma 1, lett. a, 7, comma 2, 12, comma 2, lett. b, 17, comma 1, lett. b). Dunque, l'opzione per una riconduzione del sistema nell'alveo del *crimen culposum* sembra vantare un sostegno testuale, per giunta cofunzionale alle istanze di salvaguardia del principio di colpevolezza che il legislatore ha inteso perseguire<sup>58</sup>. Del resto, privilegiare la natura "cautelare" del modello significa ancorare l'accertamento a parametri suscettibili di un'opera di concretizzazione già ampiamente sperimentata sul terreno dello 'colpa' e, per ciò stesso, più agevolmente 'maneggiabile' e verificabile dagli antagonisti processuali e dal giudice chiamato a dirimere il conflitto. Certo: il riscontro del secondo nesso di causalità - quello, di natura normativa, integrato dalla copertura del rischio tipico - impone di tenere conto del contenuto 'composito' delle cautele, per come descritto poco sopra. Di qui una *distinzione*, in ordine all'*adeguatezza preventiva* del modello, che, a nostro avviso, si può profilare a seconda del *tipo di ruolo* che è chiamato a svolgere in presenza di un comportamento illegale dell'ente. Il giudizio di efficacia preventiva denota una diversa orbita quando il modello viene in esame sul versante dell'*esistenza del nesso imputativo* (dunque, nella sua *funzione 'esimente'*: artt. 6 e 7), oppure quando si ha a che fare con la sua *funzione riparatoria* (artt. 12 e 17).

(a) Nel sistema di *ascrizione soggettiva* della responsabilità, il giudice deve accertare la colpa dell'ente in relazione allo *specifico rischio* concretizzatosi nel reato commesso dalla persona fisica. In questo caso, deve ricercare la *specificca cautela*, la cui violazione rivela una *connessione di rischio* con l'evento del tipo occorso, interrogandosi, poi, sull'*efficacia impeditiva* del comportamento dovuto. Nella maggior parte dei casi, la violazione riguarderà una regola di comportamento autenticamente cautelare (di quelle, cioè, che conformano l'*an*, il *quantum*, il *quomodo* della decisione dell'ente). Talvolta, la trasgressione potrà riguardare una cautela procedimentale, quando la prevenzione del rischio si esaurisce nel rigoroso rispetto delle scansioni del processo decisionale. Quello che, però, va tenuto fermo, se si vuole salvaguardare la 'sostanza' colpevole del rimprovero, è che il mancato reperimento di una concreta e specifica regola cautelare violata, o reputata inadeguata, non può essere surrogato dal riscontro di altre lacune preventive, sprovviste di una immediata finalità cautelare rispetto all'evento concretamente verificatosi. Va

---

<sup>58</sup> Chiaramente ricavabili anche dalla *Relazione governativa* esplicativa del d. lgs. 231/2001, pubblicata in *Guida al diritto*, 26/2001, 44 ss.

sottolineato, ancora una volta, che le *regole procedimentali*, che disegnano il volto della decisione dell'ente, e gli *istituti della Parte Generale* del modello *non rilasciano, immediatamente, una funzione autenticamente cautelare, bensì cautelativa*. Le regole che disciplinano l'istituzione e il funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, quelle che si occupano della formazione e del sistema disciplinare, per venire, infine, alla segregazione delle funzioni, che informa le regole procedimentali, sono, in prima battuta, orientate a *minimizzare i rischi (tutti i rischi)* di consumazione dei reati con i quali l'ente si confronta. Hanno, dunque, una impronta *cautelativa*, che può, bensì, trasmutare in cautelare solo quando si dispone della prova del rilievo causale della loro violazione o della loro inadeguatezza.

(b) Quando viene in giuoco la *funzione riparatoria* del modello, l'orbita del giudizio è, *nel contempo*, “cautelare” e “cautelativa”. Il modello, infatti, atteggiandosi come una *condotta di ‘ravvedimento’*, impone una valutazione *prognostica* dell'idoneità a ridurre, in *futuro*, il rischio di commissione del reato della specie di quello occorso (artt. 12 e 17). La fase ‘*patologica*’ (la commissione di un illecito dipendente da reato) si salda con quella ‘*prospettica*’ (relativa all'effettività del ‘ravvedimento’): ne deriva, pertanto, che il giudice, partendo dallo specifico evento avverso (la ‘patologia’), dovrà, non soltanto valutare l'idoneità preventiva delle specifiche regole cautelari ‘sostanziali’, di nuovo o aggiornato conio, deputate a ridurre il rischio di verificazione dell'evento, ma deve pure apprezzare l'*efficacia cautelativa* degli istituti e delle norme di comportamento che interagiscono, *strumentalmente*, con le ‘vere’ regole cautelari. Di conseguenza, la circostanza che, per fare un esempio, il rischio-reato, legato all'indebita percezione di risorse pubbliche, sia stato regolamentato da efficaci e specifiche disposizioni cautelari, non mette al riparo da una valutazione di inadeguatezza, quando il giudice riscontra carenze nella segregazione delle funzioni, nel sistema dei controlli, piuttosto che nelle modalità di funzionamento dell'organismo di vigilanza, ovvero nell'intensità dell'attività di formazione. Eventuali lacune, in questi settori, potrebbero infatti compromettere la funzionalità delle regole cautelari e vanificarne l'implementazione operativa. E' chiaro che, se si ragiona in una prospettiva prognostica, le descritte insufficienze cautelative non potranno che essere apprezzate in termini di *aumento/minimizzazione del rischio*. Solo che, in questo caso, non si profilano preoccupazioni in ordine ad una possibile deriva ‘oggettivistica’, atteso che, per definizione, non viene coinvolta la dinamica dei meccanismi imputativi della responsabilità.

#### 8. *La costruzione delle cautele ‘sostanziali’ e il problema della loro “positivizzazione”.*

L'analisi, sinora effettuata, dimostra che il processo di autoregolamentazione degli enti tramanda *segnali di sofferenza* soprattutto sul terreno della *elaborazione delle cautele sostanziali*, di quelle,

cioè, più immediatamente rivolte a conformare la decisione dell'ente. Di qui, una condizione di *diffusa incertezza* in ordine all'individuazione di un sistema di prevenzione dotato di requisiti di idoneità preventiva e di effettività tali da resistere al vaglio del giudice<sup>59</sup>.

Il problema, a ben vedere, non è nuovo. Riecheggia la mai sopita discussione sui 'saperi' e i 'doveri' dell'*agente-modello*, nelle ipotesi *colpa generica*: si va da una concezione '*deontica*', alla continua ricerca del "ciò che si deve fare", ad una '*prasseologica*', che valorizza le regole comportamentali, diffuse e praticate nella prassi della cerchia sociale di riferimento<sup>60</sup>.

Sta di fatto che, nei territori della colpa generica, è ormai il giudice ad assumere il ruolo di 'creatore' della regola cautelare dovuta, sfruttando l'indeterminatezza che affligge la figura-modello.

La 'complessità' dell'agire organizzato amplifica tali difficoltà, sia in ragione del volto 'composito' delle cautele, sia per l'*approccio multidisciplinare* che presiede alla costruzione delle stesse. Con riguardo a quest'ultimo profilo, va posto in risalto che, da un lato, bisogna ricorrere ai più sperimentati ed accreditati '*saperi*' *aziendalistici*, *informatici* nonché alle tecniche di *programmazione e controllo*; dall'altro lato, risaltano le "conoscenze" *empirico-criminologiche*, deputate a scrutare, dall'interno, la *morfologia e l'orditura dei singoli rischi*, in vista del ritaglio delle singole, specifiche *regole cautelari* rivolte a ridurre ragionevolmente tali rischi. A questa multidisciplinarietà fanno da contrappunto i '*saperi*' *del giudice*, visibilmente *inattrezzato*, per cultura e formazione, a confrontarsi con le organizzazioni complesse. Il rischio che si instauri una sorta di incomunicabilità tra la *societas* e il suo giudice è tutt'altro che virtuale.

La costruzione di un modello "a prova di giudice" e la ricerca di criteri capaci di 'guidarne' la discrezionalità, si atteggiano - lo si è visto - come ricorrenti motivi di 'pressione' da parte degli enti. Anche il legislatore del 2001, peraltro, aveva colto lo spessore del problema: la disposizione del comma 3 dell'art. 6 lo testimonia<sup>61</sup>. Più di recente, in coincidenza con l'ampliamento dei reati-

---

<sup>59</sup> Va, inoltre, evidenziato che l'esistenza di differenti livelli di prevenzione nell'ambito di aziende operanti nello stesso settore può ingenerare ripercussioni sul versante della concorrenza, in termini di maggiore o minore 'aggressività sul mercato. Evocative, in proposito, le risultanti delle indagini peritali, relative alla corruzione farmaceutica, dalle quali si ricavano assetti di *compliance* estremamente diversificati, che rendono, così, più o meno 'sfidante' la competizione nell'area *marketing*.

<sup>60</sup> Alla prima, che enfatizza il profilo della tutela dei beni giuridici, si rimprovera di atteggiarsi alla stregua di un manuale non facilmente consultabile, in cui l'asticella dei doveri finisce fatalmente per lievitare verso l'alto, sì da integrare un formidabile volano di sentenze di condanna. Alla seconda concezione, che sicuramente esterna un tasso di maggiore determinatezza nella individuazione della regola prudenziale, si obietta che non sempre le prassi comunemente seguite coincidono con le buone prassi, sì da aprire il campo a preoccupanti discontinuità della tutela. Per una aggiornata ed elegante riproposizione della concezione '*deontica*', v. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.; sul versante della concezione '*prasseologica*', v. le approfondite considerazioni di GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295 ss. Per una recente rieditazione del tema, v. ATTILI, *L'agente-modello*, cit., 1240 ss.

<sup>61</sup> La norma prevede che i modelli possono essere adottati sulla base di Codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti: tale modelli possono, poi, essere inoltrati al Ministero della Giustizia, che, entro

presupposto della responsabilità dell'ente alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi, derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica, il legislatore ha introdotto la norma dell'art. 30 d. lgs. 81/2008 (Testo Unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro), che, al comma 5, stabilisce che, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale, definiti in conformità alle *linee-guida* redatte dall'INAIL o al *British Standard OHSAS 18000:2007*, si presumono conformi ai requisiti di idoneità fissati nei commi precedenti della stessa disposizione. Dunque, mentre i codici di comportamento, di cui all'art. 6, comma 3, 'avallati' dal Ministero della Giustizia, possono, al più, fungere da meri indicatori di idoneità preventiva, nella materia di sicurezza sul lavoro il legislatore sembra intenzionato a privilegiare la strada delle presunzioni di conformità, con l'intento evidente di mettere al riparo la *societas* dai rischi interpretativi giurisdizionali. A ben vedere, però, si è in presenza di strumenti che non paiono minimamente in grado di conseguire gli obiettivi per i quali sono stati predisposti.

I *Codici di comportamento* assolvono ad una funzione prevalentemente *pedagogica*: evocano i principi costitutivi del modello, le finalità preventive e le regole generali di comportamento, senza rilasciare una elencazione analitica delle cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio-reato. Si collocano, perciò, *a metà strada* tra il piano della mera enunciazione dei valori aziendali, fissati, di regola, nel codice etico, e il livello di dettaglio che deve contraddistinguere il modello adottato dalla società. Possiedono, dunque, una funzione orientativa, di indirizzo, sì che la valutazione sull'efficacia e sull'effettività del modello concretamente adottato dall'ente resta, in larga parte, affidata al giudice.

Quanto alle *disposizioni di più recente conio*, circoscritte alla materia della sicurezza su lavoro, rischiano, per come formulate, di rivelarsi prive di operatività. Per ragioni logiche, prima ancora che giuridiche. La disposizione dell'art. 30 accorda alle linee-guida dell'INAIL e del *British OHSAS* lo statuto di documenti capaci di proiettare una valutazione di conformità ai modelli che li recepiscono, in sede di prima applicazione del T.U. A tacere del corvivo rinvio alla fase di "prima applicazione", basta scorrere tali documenti per comprendere che si è al cospetto di sistemi che delineano la struttura dell'organizzazione aziendale (sul versante degli apparati e dei flussi informativi), in vista dell'implementazione di una *concezione 'sistemica'* della politica della sicurezza sul lavoro. Che non può rilasciare, però, alcuna presunzione di conformità: l'idoneità e l'adeguatezza preventiva riguardano il sistema e la sua funzionalità, ma non, per fare un esempio, il contenuto dei presidi cautelari che integrano il Documento di Valutazione dei Rischi. L'apprezzamento del Documento non potrà che rimanere di pertinenza del giudice<sup>62</sup>.

Le preoccupazioni sulla 'bontà' preventiva del modello non possono, dunque, trovare rimedio con 'improbabili' certificazioni. Inoltre, è bene ribadire che le difficoltà, nella redazione delle cautele, riguardano principalmente i '*rischi dolosi*' che l'ente è chiamato a ridurre. Qui, il processo di

---

trenta giorni, può avanzare osservazioni sull'idoneità dei modelli. E' evidente che, per come formulata, la norma non attribuisce al Ministero la capacità di cristallizzare una valutazione di idoneità preventiva che vanifica il potere discrezionale del giudice.

<sup>62</sup> Inoltre, la conformità non potrà in alcun modo attingere l'*effettività del modello*, che pertiene alla sua funzione *diacronica* ('dinamica'). Il modello – è risaputo – non è solo un'entità 'statica', ma pure 'dinamica', che, per essere concretamente testata, richiede lo svolgimento di accertamenti spalmati nel tempo, secondo scansioni predefinite, insuscettibili di esecuzione da parte di organismi come quelli individuati nella proposta di riforma. La disposizione, in definitiva, mostra come la forza vincolante delle certificazioni risulti poco più che virtuale.

‘autonormazione’ delle cautele denota, indiscutibilmente, un tasso di maggiore complessità e la pretesa di setacciare criteri di formalizzazione appare meritevole di attenzione, a patto di non ‘inquinare’ tale obiettivo con irraggiungibili pretese di certezza.

La strada verso la ‘positivizzazione’ delle cautele, che potrebbe essere utilmente intrapresa, deve, prima di tutto, muovere da un’opera di chiarezza sui *rapporti* che, già sul terreno del diritto penale ‘individuale’, intercorrono tra la ‘colpa generica’ e la ‘colpa specifica’, per poi riadattare le conclusioni al peculiare *milieu* empirico-criminologico che marca l’attività degli enti.

Va posto in risalto che la *colpa specifica* è funzionalmente ‘altra’ rispetto alla colpa generica: questo è – a nostro avviso – il primo irrinunciabile, ma non del tutto introiettato, punto di partenza. L’identità di struttura – la violazione di un obbligo di diligenza – non deve offuscare la *diversità funzionale*. La *colpa generica* è destinata disciplinare le *più comuni, quotidiane situazioni di rischio*. Proprio per questo si fonda sul ricorso a *norme esperienziali*, che tendono ad orientare il comportamento secondo criteri di *normalità*.

Opposta è la filosofia cautelare che marca le *regole positivizzate* e le ragioni di tale diversità vanno ricercate proprio sul versante della loro *genesì*. Ci si affida, infatti, alla *colpa specifica* in presenza di *rischi ‘qualificati’*, che riguardano *aree di attività sostanzialmente omogenee* (si pensi alla circolazione stradale e alla materia antinfortunistica) in cui la *ripetitività dei comportamenti*, la *rilevanza dei beni* in giuoco e l’*affinarsi delle conoscenze* consentono di proiettare una affidabile cornice nomologica in direzione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell’evento. In definitiva, la ‘specificità’ delle aree di rischio da disciplinare (riguardanti attività umane seriali e beni giuridici rilevanti) impone di ricorrere a dispositivi cautelari supportati da una piattaforma scientifica, che si affida alle più collaudate conoscenze.

E’ nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell’alveo di quelli ‘comuni’, da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore* e coinvolgono *decisioni ed attività seriali, proceduralizzate*. Ciò che *latita*, ancora, è il *consolidamento delle cautele*: il loro processo di emersione e di confezionamento è in *progress*. Uno stato di incertezza - questo - per certi aspetti fisiologico, ma tale condizione di precarietà non legittima vie di fuga velleitarie, come quelle di improbabili certificazioni. Se davvero si vuole corrispondere alla (condivisibile) domanda di maggiore certezza ‘orientativa’ e ‘applicativa’, reclamata dagli enti, occorre intensificare la produzione di regole, tenendo conto delle peculiarità del contesto (decisioni adottate da organizzazioni complesse). Il profilo genetico della colpa specifica costituisce un utile punto di riferimento, a patto che lo si

armonizzati con gli ulteriori elementi di ‘specificità’, che (contrad) distinguono la complessità della *societas*. Lungo questa direttrice, vengono in rilievo almeno due profili.

(a) Il primo attiene alla *sfera ‘cognitiva’*, presupposto indispensabile per forgiare cautele adeguate ed effettive. Si consuma, qui, una significativa *frattura* rispetto alla colpa penale ‘individuale’. Il riferimento all’agente-modello individuale è inutilizzabile, per manifesta inadeguatezza. Una ‘*mente collettiva*’, a condizione che sia *ben organizzata*, può conseguire prestazioni di gran lunga superiori rispetto a quelle ‘richiedibili’ all’agente-individuale. La nozione tradizionale di agente-modello, interamente ricavata dalle capacità di dominio e di controllo del singolo rispetto ad una situazione di rischio, risulta, in questo caso, *ipodotata*: si confronta, infatti, con una situazione di ‘complessità’, contrassegnata da una pluralità di apparati, in cui *nessun individuo* governa il processo decisionale. Occorre, allora, puntare alla creazione di una <<*macrostruttura preventiva* (distribuzione di uomini lungo la filiera della gestione del rischio e predisposizione di modelli specifici di prevenzione)>>, che <<si risolve (...) nella individuazione di altrettanti freni inibitori alla commissione di reati da parte della società>><sup>63</sup>. E’, dunque, sulla *macrostruttura* che occorre impiantare la figura di un *agente-modello collettivo* destinatario di doveri di informazione, di adeguamento e di prevenzione, che devono tenere in considerazione la sue *superiori capacità* rispetto a quelle individuali.

(b) Il secondo profilo concerne il *contenuto delle cautele*, che, analogamente alla colpa ‘individuale’, sono orientate al contenimento di ben specifiche cornici di rischio. Ma l’assonanza termina qui. Il rilievo del fenomeno organizzativo fa sì che, come si è notato sopra, le regole cautelari, in una organizzazione complessa, fanno segnare la compresenza di tre concorrenti tipologie: procedimentale, sostanziale e di controllo.

La possibilità di pervenire ad una *formalizzazione del processo di elaborazione delle regole cautelari*, in contesti organizzativi complessi, che consenta all’ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele, richiede un approccio metodologico di taglio squisitamente *induttivo*. A distanza di nove anni dall’entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, più che attardarsi nella redazione di ‘generici’ codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* imperniati sulle *best practices*. Detto in altre parole, le associazioni rappresentative degli enti dovrebbero implementare indagini conoscitive sul grado di sviluppo e di evoluzione dei modelli. Una indagine, si badi, da eseguire secondo gli schemi di un’azione procedimentalizzata (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), segnata dalle seguenti scansioni:

---

<sup>63</sup> Così, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 181.



1) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero sollecitare la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività a rischio*;

2) successivamente, procedere ad una *valutazione critica* dei diversi livelli di *compliance*, allo scopo di reperire, con l'ausilio di 'saperi' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici), *comuni standard cautelari*, che risultino espressione delle 'superiori' prestazioni richiedibili ad un agente-modello collettivo;

2.1.) la descritta operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dal formante giurisprudenziale;

3) parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: dunque, è altamente raccomandabile l'instaurazione di flussi informativi che agevolino la circolazione dei 'saperi' ma anche degli errori, compagni di viaggio delle attività organizzate.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata dai protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero, quindi, puntare al confezionamento di *modelli e protocolli 'pilota'*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio', dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente.

Si tratta, inutile negarlo, di un'attività difficile, ma intrisa di elementi di (stimolante) novità, capaci di fornire un rinnovato impulso allo studio della colpa nei contesti organizzativi complessi.

CARLO PIERGALLINI  
*Ordinario di diritto penale  
nell'Università di Macerata*